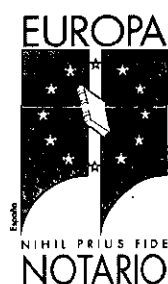


REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2001



La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS DOCTRINALES

BALLARÍN MARCIAL, Alberto: "La sucesión <i>mortis causa</i> en la explotación agraria".....	9
BLANQUER UBEROS, Roberto: "Las circunstancias del estado civil del compareciente. Su expresión y su justificación en relación con la seguridad jurídica. Llamada a la prudencia y búsqueda de seguridad. Reflexión sobre las normas en el Reglamento Notarial y en el Hipotecario"...	31
CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: "La naturaleza de la donación".....	71
JIMÉNEZ PÉREZ, Eloy: "Distribución de hipoteca y ejecución hipotecaria. Problemática que plantea el artículo 216 del Reglamento Hipotecario en sus aspectos fiscal, notarial, hipotecario y ejecutivo".....	101
NÚÑEZ NÚÑEZ, María: "Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles".....	123
RODRÍGUEZ BOIX, Francisco: "La preterición en la reciente Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte. Estudio comparativo con el Código civil".....	171
SEGURA ZURBANO, José M. ^a : "Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal".....	223

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

Estudios acerca de las modificaciones fiscales para el año 2001

DOMÍNGUEZ RODICIO, José Ramón: "Modificaciones fiscales introducidas por las normas publicadas en fechas recientes".....	243
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "Novedades de fin de año, especialmente tributarias".....	303

PRÁCTICA NOTARIAL

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: "Coordinación entre Registro y Catastro: la experiencia del notario".....	357
POU AMPUERO, Felipe: "Actas por sorpresa".....	371

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

"Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, I. La ciencia del Derecho a lo largo de su historia", de Juan Bms. Vallet de Goytisolo	
— "El Filósofo del Derecho", por Francesco Gentile.....	383
— "Vallet y la perspectiva histórica", por José Antonio Escudero.....	389
— "La metodología de la ciencia del Derecho a lo largo de su historia, de Juan Vallet, y el jurista", por Antonio Rodríguez Adrados.....	394
 "Código civil japonés". Estudio preliminar, traducción y notas por Rafael Domingo y Nobuo Hayashi. Prólogo de Antonio Garrigues Walker. Garrigues & Andersen. Colegios Notariales de España. Marcial Pons (Madrid-Barcelona, 2000), 323 páginas. Por Gabriel García Cantero.....	 403

OBSERVATORIO NOTARIAL

DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco: "La integridad de la prestación del servicio notarial".....	409
--	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

"Casos prácticos". Revista <i>Notarius International</i> , vol. 5, 2000.....	417
--	-----

LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN LA EXPLOTACIÓN AGRARIA

ALBERTO BALLARÍN MARCIAL

Notario

SUMARIO: **I.** DERECHO SUCESORIO AGRARIO. **II.** EL TESTAMENTO MANCOMUNADO. **III.** EL TESTAMENTO POR COMISARIO. **IV.** LA CESIÓN Y SUBROGACIÓN EN EL ARRENDAMIENTO. **V.** LA SUCESIÓN EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. **VI.** INSTITUCIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL QUE FAVORECEN O PERMITEN LA ÍNTEGRA CONSERVACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA. **1.** La adjudicación de la explotación a favor del cónyuge que la hubiere llevado con su trabajo. **2.** Fincas indivisibles o que desmerecen mucho por la división. **VII.** LOS PACTOS SUCESORIOS. **1.** Posible justificación. **2.** Crítica de la jurisprudencia y de la doctrina. **3.** Mi interpretación del artículo 1.056,2 favorable al contrato sucesorio aplicable a la explotación familiar.

I. Derecho sucesorio agrario

Podríamos preguntarnos ante todo si existe un Derecho agrario sucesorio. Pienso que la respuesta requiere matización; ello exigiría que se regularan y determinaran las explotaciones agrarias mínimas indivisibles y no las unidades mínimas de cultivo, pues no hay otro modo de revelar el propósito legislativo de conservar las unidades económicas en el fenómeno sucesorio (1). Debemos hacer un esfuerzo para construir por vía interpretativa la indivisibilidad de las explotaciones familiares agrarias mínimas, de rentabilidad mínima y, si se generalizase esta solución habríamos dado un paso adelante de enorme importancia.

Esta cuestión se halla indisolublemente ligada a las ideas sobre la explotación agraria como tal, de modo que la teoría dominante en España parece ser la de su “cosificación”; convendría que ello se expresara claramente por la Ley.

En segundo lugar, se trata de conservar la unidad de las explotaciones en el fenómeno sucesorio, a despecho de una pluralidad de herederos; hay que contar con normas especiales para favorecer la atribución preferencial de las unidades agrarias. Un primer sistema lo fiaría todo a la libertad de testar, de modo que el padre pueda elegir a su heredero único respecto de la explotación. Sería pues una libertad *ut casalia earum conserventur*, estimando que la casa es el equivalente de la empresa en su aspecto objetivo, o sea, de la explotación. Este camino es el seguido por el Derecho foral. Hay una libertad de testar absoluta –Navarra, Fuero de Ayala– o bien aparece tal libertad limitada por una legítima corta: ejemplo catalán. Aragón va en este sentido puesto que la Ley de Sucesiones de 1999 ha reducido la legítima colectiva de los hijos de dos tercios a una mitad.

El otro método consiste en mantener el sistema legitimario en vigor pero atenuarlo mediante la regulación de la **atribución integral facultativa**, lo que ahora se puede estimar logrado en España tras la reforma de los artículos 841 a 847 del Código civil y regular la **obligatoria** para las explotaciones de tipo familiar. Ciertamente es que la doctrina y las reformas legislativas –en especial la de 1981– referidas a la totalidad del Código civil van en aquel sentido más favorable a la libertad y se ha avanzado bastante, pero también es mucho lo que resta por hacer. El Código civil, en su artículo 1.056, permite que la atribución integral de la explotación

(1) Sobre este tema del Derecho sucesorio agrario en Italia puede verse ahora la completa bibliografía que cita Nicoletta FERRUCI en su obra *La famiglia in Agricoltura Profili di rilevanza giuridica*, cit. p. 149, donde se recuerda el fundamental trabajo de A. CARROZZA “Per un diritto agrario ereditario”, en *Rivista de Diritto civile*, 1978, p. 758.

agraria se haga en favor de cualquiera de los hijos, sin exigir que sólo pueda llevarse a cabo en beneficio del que sea colaborador en la llevanza de la explotación agraria. Tampoco está reconocido el derecho de este colaborador a pedir la atribución preferencial de la explotación agraria y ello es así lo mismo en los territorios de Derecho común que en los de Derecho foral; tampoco el nuevo Derecho agrario autonómico lo reconoce; ello representa un grave inconveniente; un verdadero Derecho sucesorio agrario toma en consideración la cualidad de agricultor del heredero o herederos otorgándole preferencia en la atribución de la unidad productiva tanto en la sucesión abintestato como en la testamentaria, o sea que, en ésta, el derecho a la atribución integral se impone a la voluntad del *de cuius*.

Dadas estas dos notas, se puede admitir que un determinado sistema cuenta con normas apropiadas a las exigencias actuales de un Derecho de la empresa, si recoge dos principios básicos: el de conservación de la organización productiva y el de valoración preferencial de la cualificación profesional de empresario en ser o en potencia.

Como lo estamos viendo, no se cumplen esos requisitos ni en el Derecho estatal ni en ninguno de los Derechos autonómicos o forales aunque se ha venido estimando que estos últimos responden mejor a las necesidades de la agricultura y, en términos generales, cabe ver una ventaja de las estructuras agrarias de las Comunidades Autónomas de Derecho foral respecto de las demás, especialmente en el caso de Cataluña, País Vasco, Aragón y Navarra; en cambio, el caso de Galicia es de minifundismo extremo similar al asturiano.

Así pues, los Derechos españoles relativos a la sucesión en las explotaciones nos ofrecen retazos o bases de partida, en algunos casos importantes, para construir un Derecho sucesorio agrario, pero nada más. La labor del intérprete es absolutamente necesaria y a ello responde mi esfuerzo de hoy, en el que no ceso de invocar el *auxilium legis* como se ha visto obligado a hacerlo J. L. DE LOS MOZOS en varias ocasiones en que se ha enfrentado a esta cuestión (2). En definitiva, podemos decir que la sucesión en la explotación agraria se halla fragmentariamente atendida pero lamentablemente no cabe afirmar que dispongamos de un verdadero Derecho sucesorio agrario.

(2) En general y para una valoración comparativa entre Derecho común y Derechos forales desde el punto de vista del Derecho sucesorio agrario, ver José Luis de los Mozos, "Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en el Derecho de la colonización)", *ADC*, separata, 1974, p. 573.

Vamos a analizar una serie de instituciones de Derecho sucesorio desde el punto de vista de los criterios de la agricultura.

II. El testamento mancomunado

JOSÉ ANTONIO OREJAS dice con referencia al mismo que “fue prohibido por el Código civil por el temor a las sugerencias y los límites a la revocación, pero la tendencia actual de creciente conyugalidad hace pensar a ciertos sectores del Notariado sobre la necesidad o conveniencia de admitirlo”.

E. FOSSAR, comentando la Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes (LEEFAJ), subrayaba que admitía el testamento mancomunado pero con dos limitaciones: sólo para los cónyuges y ser testamento abierto; tras estudiar sus antecedentes y problemática, concluía: “cabe aplicar al mismo por analogía cuanto he dicho respecto de los pactos sucesorios” y, con buen sentido, apuntaba que “la institución a favor del cónyuge supérstite puede conducir en ciertos casos a que la sucesión en la explotación familiar recaiga en persona ajena a la agricultura, pues el Proyecto no exige que el viudo o viuda deban poseer la cualidad de colaborador” (3). No le faltaba razón, pues la Ley tampoco lo exigió —lo que era mucho más grave—, tratándose de la designación de heredero continuador de la explotación; el artículo 21 concedía plena libertad al testador para designar a un heredero forzoso o, en defecto del mismo, a un tercero que tampoco tenía que ser agricultor o haber colaborado con el causante.

Personalmente yo estaría a favor del testamento mancomunado entre cónyuges agricultores y colaboradores en la explotación, ya que he atendido a muchos matrimonios —la inmensa mayoría— que quieren hacer el mismo testamento y la verdad es que lo otorgan en el mismo acto, lo que viene a suponer una intención de reciprocidad innegable; además, al ser voluntario, como no podría dejar de serlo, ya escogerían ellos la forma que más les guste. Pero hay que tener en cuenta las acertadas críticas de FOSSAR.

(3) “Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar”, *ADC*, 1980, p. 911.

III. El testamento por comisario

JOSÉ ANTONIO OREJAS dice que el Código civil lo prohibió en contradicción con los Derechos forales, los cuales lo mantienen; los vascos han introducido recientemente la figura tradicional del Alkar o “poderoso”, de modo que el cónyuge comisario puede ejercer el poder indefinidamente o por los años que viviere (4).

E. FOSSAR, tras analizar a fondo los precedentes y el Derecho foral en la materia dice que el artículo 27 (del Proyecto de aquella LEEFAJ) establecía, como la mayoría de los ordenamientos territoriales, que “el titular de la explotación podía nombrar comisario solamente a su cónyuge, sin que hubiera inconveniente para un nombramiento recíproco en testamento mancomunado, sobre todo en el supuesto de que se tratara de un bien ganancial”.

También criticaba, con razón, que no se exigiera por el Proyecto la cualidad de colaborador, lo que no se hizo tampoco por el artículo 25 de la Ley si bien, en defecto de herederos forzosos, sí que contemplaba a los colaboradores (5).

J. L. DE LOS MOZOS, en un trabajo sobre “La sucesión *mortis causa* en la explotación agrícola familiar” habla del “papel muy importante que podría jugar la reforma del artículo 831 del Código civil al posibilitar al máximo la fiducia sucesoria que contiene” (6).

Por mi parte, me inclino a favor de la fiducia que funciona bien en los Derechos de Aragón o Navarra hasta donde se me alcanza y que responde a las profundas motivaciones analizadas magistralmente por ROCA SASTRE en su estudio sobre la fiducia testamentaria del Pallars Sobirà donde ejerció como notario y pudo vivir la institución (7). Me parece que el legislador haría bien incorporando las directrices que pueden deducirse de ese trabajo.

IV. La cesión y subrogación en el arrendamiento

En sentido amplio la sucesión comprende todos los casos en que el arrendatario puede subrogar a otro en su lugar, cuando, a falta de voluntad expresa, es la Ley la que regula quién puede suceder en el contrato.

(4) Las citas corresponden a su trabajo “La sucesión testada en el Derecho agrario”, en RDAA, número 25, julio-diciembre 1994, p. 46.

(5) Ob. cit., p. 911.

(6) Separata, p. 21.

(7) “L’heredament fiduciari al Pallà Sobirà” en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1981, p. 279.

Dado que nosotros tratamos aquí de los negocios relativos a la explotación agraria forzosamente debemos incluir las hipótesis de subarriendo, cesión y subrogación inter vivos de que tratan los artículos 70 a 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR).

Después de proclamar en el artículo 70 la nulidad de los subarriendos y de las cesiones totales o parciales que no pueden ni siquiera ser convalidadas por el arrendador, el artículo 71 se refiere a las excepciones a este principio general:

a) El subarriendo, entre labradores o ganaderos –quiere esto decir que ha de tratarse siempre de profesionales de la agricultura porque como lo dice el número 2 del artículo 79 “en todo caso el sucesor en el contrato ha de serlo en el sentido del artículo 15 de la Ley”– siempre que se produzcan circunstancias ajenas a su voluntad (la del arrendatario) que impidan temporalmente el cultivo de las fincas. La renta del subarriendo no podrá exceder de la del arrendamiento ni el plazo podrá ser superior a tres años.

Se trata de atemperar las exigencias del artículo 15 e incluso del 16 ya que en la hipótesis de este precepto, el arrendatario podrá recurrir a asalariados o al subarriendo cuando no se trate de meras “exigencias estacionales” de la explotación agraria sino de enfermedad sobrevenida de cierta gravedad y duración o haya otra justa causa como puede serlo la ausencia obligada del arrendatario.

El precepto permite subarrendar toda la explotación agraria o una parte de las fincas aunque la letra del artículo 71 a) parece limitar el subarriendo a alguna o algunas de las fincas hasta entonces integradas en la explotación agraria. Sin embargo, existe la misma justificación para la parte que para el todo, yo diría que aún me parece más justificado el subarriendo del todo unitario para conservar la explotación agraria en su integridad.

El otro supuesto que afectará a la explotación agraria es el del apartado d) subarriendo en favor del cónyuge o de descendientes; ahora bien, si el arrendamiento se pactó durante el matrimonio y es de aplicación la sociedad de gananciales no se comprende qué objeto pueda tener el subarriendo como no sea el de cumplir formalmente el requisito de la “profesionalidad” cuando el marido arrendatario se dedica a otra profesión.

Es de especial interés el segundo inciso de este apartado d) del artículo 71 que dice: “*el arrendatario podrá conceder por escrito al descendiente subarrendatario el derecho de sucederle en el arrendamiento*”; esto implica sin duda alguna algo similar al contrato sucesorio si bien el cesionario para entrar en la posesión de las fincas habrá de notificar fehacientemente la cesión al arrendador, tal como lo ordena el artículo 72.

El artículo 73 expresa que: *“el arrendatario podrá subrogar en el contrato a su cónyuge o a uno de sus descendientes, si en él concurre el mismo carácter de profesional de la agricultura, y, en su caso, de cultivador personal.*

Será requisito indispensable la notificación fehaciente hecha por subrogante y subrogado al arrendador”.

El conjunto de estas normas merecen una crítica favorable porque se facilita el paso de la explotación del padre al cónyuge o descendiente, finalidad que yo propongo conseguir mediante el contrato sucesorio cuya validez en Derecho español voy a defender más adelante, siempre que tal contrato se refiera a una explotación familiar entendida en sentido amplio, del mismo modo que la LAR exige siempre en el adquirente la condición de “profesional de la agricultura”.

V. La sucesión en el contrato de arrendamiento

Se regula en el artículo 79 de la LAR que dice así:

“1. En caso de fallecimiento del arrendatario, tendrá derecho a sucederle en el arrendamiento, por orden de preferencia, salvo lo dispuesto en el apartado d) del artículo setenta y uno:

- 1.º El legitimario o cooperador de hecho en el cultivo de la finca que designe el arrendatario en su testamento.*
- 2.º El cónyuge supérstite no separado legalmente o de hecho.*
- 3.º El heredero o legatario que al abrirse la herencia fuera subarrendatario de la finca o cooperador de hecho en su cultivo.*
- 4.º Cualquiera de los restantes herederos.*

2. En todo caso el sucesor habrá de ser profesional de la agricultura”.

La finalidad del precepto es la de establecer el orden de sucesión en el arrendamiento, si bien sobre él prevalece la designación por escrito prevista en el artículo 71 d) y la subrogación del artículo 73 que mantendrá al subrogado por todo el tiempo del contrato aunque durante él fallezca el arrendatario subrogante. En ambos casos, el nuevo arrendatario reúne las condiciones de heredero legítimo y de profesional de la agricultura; automáticamente ha sucedido en el arrendamiento y no habrá lugar a las previsiones de preferencia sucesoria del artículo 79 (8).

(8) AGÚNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de arrendamientos rústicos*, Granada, 1987, p. 210.

Según el orden legal de preferencia será sucesor el legitimario o cooperador de hecho designado. Creo que si ambas circunstancias concurren en uno de los herederos legitimarios, él será el único con derecho a suceder y los demás quedarán excluidos; lo sostengo porque el trabajo tiene un efecto legitimador ya visto en el artículo 14 y, concurriendo las dos causas de legitimación, no parece necesaria la designación que jugará si hubiere varios legitimarios en la misma situación de cooperadores de hecho; además, esta concurrencia de título hereditario y cooperación se contempla en el número 3 del precepto como determinante del derecho, luego en el mismo artículo 79 vemos el papel legitimador del trabajo en la explotación.

La Ley no precisa lo que debe entenderse por cooperador de hecho; los autores lo consideran como “cualquiera que haya ayudado en el cultivo” (9), GIL ROBLES pide acertadamente que lo siga siendo al fallecimiento. Pero yo no creo que baste cualquier tipo de colaboración; GIL ROBLES recuerda el artículo 5,1 de la LEEFAJ que pedía una colaboración que fuese su actividad principal y además este comentarista requiere la “estabilidad” (10). Por lo menos, la colaboración tendría que ser anterior y mantenerse hasta el momento de heredar.

Otra cuestión del mayor interés, atisbada por A. AGÚNDEZ, es esta: ¿estamos ante la sucesión en un contrato o ante la sucesión continuadora de una explotación agraria? Ese autor se plantea si el sucesor sucede en las deudas de la explotación agraria (11) y yo extendería esa pregunta a si sucede en la totalidad de la explotación, en su activo y su pasivo. AGÚNDEZ viene a decirnos que si al heredero en el arrendamiento no se le computa el valor de éste en la partición porque así lo dispone el artículo 81 y, además, de las deudas de la explotación se hicieran cargo los herederos, su beneficio aún sería mayor.

No estoy de acuerdo cuando dice A. AGÚNDEZ que el heredero a que se refiere el número 3 del artículo 79 que comentamos será el abintestato (12), pues lo tendría que haber dicho así la Ley; el testador puede haber designado otros herederos no legitimarios y, si en ellos concurre la condición de cooperador de hecho, excluirán a los demás posibles herederos o legatarios no cooperadores.

GIL ROBLES comentó, con cita de las Sentencias de 10 de mayo de 1954 y 25 de octubre de 1950, que no habrá más que una subrogación, o

(9) Así AGÚNDEZ, Antonio. Ob. cit., p. 79, y GIL ROBLES, *Comentarios prácticos a la Ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1982, p. 212.

(10) Loc. cit.

(11) Ob. cit., p. 213.

(12) Ob. cit., p. 211.

sea, que el arrendatario heredero no podría nombrar sucesor sino que a su fallecimiento se extinguiera el contrato. Esta opinión es hoy más discutible que lo podía ser en el momento de su publicación, pues ahora está determinada la fecha límite de todos los contratos por lo que el peligro de “vinculación indefinida” habrá desaparecido, gracias a la reforma de la LAR de 1980 que puso el tope de 21 años y ahora, la operada por la Ley de Modernización (LM) ha fijado la duración mínima y máxima en cinco años sin prórroga, mas lo cierto es que no se ha derogado y ahí subsiste como una prueba de que al suprimirse el sistema de prórrogas toda la legislación arrendaticia ha de ser revisada.

En cuanto al tema central de si puede aquí configurarse una sucesión en la explotación, AGÚNDEZ pone el dedo en la llaga de las deudas y sostiene con buen sentido que “algo solucionaría el problema al adjudicársele los aperos y útiles instrumentales de cultivo, semillas, abonos, tasándolos en cifra a propósito para lograr un adecuado equilibrio en relación con lo correspondiente a cada uno de los herederos” (13).

No estará de más, llegados a este punto, recordar lo que el Derecho francés llama “atribución preferencial de los elementos mobiliarios de la explotación” regulada por el artículo 832, párrafo 9 del Code civil. Esa atribución juega precisamente en el caso de sucesión en el arrendamiento “donde se ha constatado la falta de armonía entre las disposiciones civiles y rurales” (14).

Pero en Francia el arrendatario habrá de ser al mismo tiempo heredero. También si en España se da esta doble circunstancia creo que el sucesor podrá hacer idéntica petición invocando la regla de que lo accesorio sigue a lo principal y que el negocio jurídico sobre la cosa principal extiende en el caso de la sucesión *mortis causa*, sus efectos a las pertenencias y accesorios (art. 883 del Código civil), pero el aspecto práctico de la cuestión es que los bienes atribuidos en cuanto excedan de las deudas de la explotación asumidas se imputarán a la porción hereditaria del arrendatario heredero o legatario.

Más difícil se presenta la cuestión para el simple cooperador de hecho, ¿podrá también invocar la regla de la accesoriedad comprometiéndose a asumir las deudas de la explotación? La respuesta mía quisiera ser afirmativa para mantener en este caso la unidad de la explotación agraria pero, en definitiva, tendrá que llegar a un acuerdo con los herederos. En el caso de que haya habido designación testamentaria de sucesor en el arrendamiento se podrá interpretar que, en realidad, se le ha querido

(13) Ob. cit., p. 215.

(14) DUPERYON, THERON, BARBIERI. Ob. cit., p. 62.

atribuir la misma explotación que llevaba el causante, a lo que quizá ayuden las palabras utilizadas en la disposición.

En otro caso, será preciso ese acuerdo al que acabo de referirme, pues no veo asidero legal para que el nuevo arrendatario no heredero pueda imponer a los herederos la entrega del capital de explotación aunque se ofrezca un precio por ello y la asunción de las deudas. Aquí de nuevo hay que invocar el *auxilium legis*, pues está claro que la interpretación favorable al trabajador y al principio de conservación de la explotación tiene sus límites, sin olvidar que hoy día, el capital de una explotación puede tener un gran valor (15).

VI. Instituciones contenidas en el Código civil que favorecen o permiten la íntegra conservación de la explotación agraria

Voy a analizar una serie de instituciones contenidas en el Código civil que favorecen o permiten la íntegra conservación de la explotación agraria bien como unidad completa de producción, bien como finca o como unidad pertenencial que pueda considerarse base de partida para organizar una futura explotación en sentido estricto (16).

1. La adjudicación de la explotación a favor del cónyuge que la hubiere llevado con su trabajo.

Aun cuando ello implique la alteración del orden numérico del propio Código, debemos empezar por una norma que no es de Derecho sucesorio pero que reviste, a mi modo de ver las cosas, una importancia extraordinaria y nos puede proporcionar un criterio de analogía para resolver la cuestión básica en la materia de la adjudicación preferencial de la explotación agraria a un heredero colaborador; esta norma no es otra que la del artículo 1.406 junto con la del 1.407, ambos del Código civil.

(15) Esta cuestión de la sucesión agraria viene suscitando un gran interés, no sólo en España. Existe una encuesta, organizada y dirigida por el profesor David, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Poitiers, sobre "La transmission des exploitations agricoles", de cuyo cuestionario, muy completo, tenemos copia pero cuyos resultados no conocemos. En Italia hubo una propuesta de la Asociación Nacional de Jóvenes Agricultores de 17 de noviembre de 1979 sobre "Normas de Derecho hereditario" la cual dio lugar a un estudio muy interesante del profesor A. CARROZZA. Sobre este asunto ha vuelto Antonella MILETTI en su monografía *La successione agraria*, Padova, 1999, p. 22. Para comprobar la extensa bibliografía suscitada por esta cuestión véase la citada en ese libro y en el ya reseñado de Nicoletta FERRUCI, *La famiglia in Agricoltura...*

(16) El epígrafe anterior coincide casi con el título de la importante monografía que Francisco MILLÁN SALAS ha dedicado a esta materia: *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Madrid, 1999.

Estos dos preceptos se refieren a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales tal como quedó regulada por la reforma, de gran importancia a mi juicio, operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, la cual, por cierto, señaló en el artículo 1.410 la evidente analogía de esta división con la de herencia al remitirse a las normas de ésta como supletorias de las de la división de los gananciales, lo que también puede funcionar a efectos interpretativos en sentido contrario, sobre todo si tenemos en cuenta la mayor modernidad de las disposiciones que se introdujeron en 1981, las cuales se atuvieron a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” —como reza el art. 3 del Código— realidad que es la de nuestros días. Por lo demás cabe la interpretación analógica a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 cuando se dé “identidad de razón” en la regulación de supuestos específicos.

Pues bien, este precepto dice así: *“Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:*

2. *La explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo.*

3. *El local donde hubiere venido ejerciendo su profesión”.*

He recogido también este último supuesto para que se vea la especial sensibilidad del legislador de ese tiempo por lo profesional, es decir, por facilitar que el esposo pueda seguir ejerciendo su profesión sin que le perturbe la disolución de la comunidad ganancial, sensibilidad que también se puso de manifiesto en el nuevo artículo 1.346,8 al favorecer la adquisición de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio de cada cónyuge declarando el carácter privativo de los mismos aun cuando se adquieran con dinero común, lo que lógicamente generará un crédito de la sociedad contra aquel esposo; asimismo aparece contemplado “lo profesional” para favorecerlo con la posible disponibilidad de fondos comunes por el cónyuge que ostente tal carácter, todo lo cual nos revela que el legislador tuvo muy en cuenta el valor actual de lo profesional en la economía, no menos que la importancia del ejercicio de una profesión para la realización de la personalidad en el caso del hombre y de la mujer modernos que se consagran a una actividad productiva.

El ilustre civilista DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, que ha estudiado recientemente la autonomía del Derecho agrario, advierte de que “cuando la singularidad de la regulación de la materia llega al punto de contrariar las normas comunes o generalmente aplicables... no se podrán aplicar por analogía” (17). No creo yo que esta postura sea un obstáculo a la aplica-

(17) En su trabajo sobre las “Ramas autónomas del Derecho y la unidad del ordenamiento jurídico”, tomo I del *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, editado por el Centro de Estudios Registrales, p. 172.

ción analógica que yo propugno, pues es preciso distinguir entre norma “excepcional” y norma “especial”, la cual no es contraria al Derecho común sino que viene a desarrollarlo teniendo en cuenta el principio de carácter general de la función social de la propiedad (art. 33 de la Constitución), el cual aplica al caso concreto de la propiedad rústica en cuanto cita la explotación agraria y por ello podemos utilizar la analogía para extender tal norma a otra situación semejante dentro del mismo campo de proyección de la función social. Por otra parte, una concepción dinámica del Derecho como la sostenida por nuestro compañero de Academia LÓPEZ MEDEL apoyado ahora por un interesante trabajo de FRAGA IRIBARNE, nos lleva a la misma solución a fin de adaptar las normas a la realidad social tal como lo quiere el artículo 3 del Código civil (18).

J. M. GARCÍA URBANO ve en estos preceptos “una excepción al principio particional de la igualdad cualitativa entre los lotes resultantes de la liquidación de un patrimonio ganancial (cfr. arts. 1.404 y 1.061 del Código civil), siguiendo la línea marcada por la Compilación de Aragón (cfr. art. 58) y por algunos ordenamientos foráneos (belga, francés, italiano) y deseando primar la protección de ciertos intereses familiares, personales o puramente económicos” (19).

Según aquel precepto aragonés “el cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de su uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al causario. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan”.

Aún nos resta aclarar el sentido de la expresión “que hubiere llevado con su trabajo”; el autor que acabo de citar señala este requisito de “haber sido llevada con su trabajo” (manual, organizativo y direccional). Para GARRIDO DE PALMA y otros (19 bis) lo decisivo es “la cualidad de empresario en el optante”. Creo que bastará que hubiere sido colaborador del empresario suponiendo que lo fuera el otro esposo por ser su “socio”, dada la relación de confianza que se supone existente entre ambos.

Podríamos afirmar desde ahora que existe en nuestro Derecho un principio general en cuya virtud el “colaborador” gozará de protección y por tanto del derecho a reclamar la herencia de una explotación. Así lo proclama la LAR, que en su artículo 79 lo equipara nada menos que al legitimario (número 1) a los efectos de designarle sucesor suyo en el arrendamiento si así lo hiciere constar en testamento.

(18) Ver en ese mismo volumen la aportación de Manuel FRAGA IRIBARNE.

(19) Comentario a esos preceptos, en *Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, p. 797.

(19 bis) Loc. cit. en la nota anterior.

La Ley de Derecho civil de Galicia llega a soluciones semejantes en su artículo 46,3 en la hipótesis de muerte o invalidez del arrendatario; dejando a salvo el derecho de los legitimarios, otorga el derecho de sucesión a “los familiares que con él conviviesen y lo auxiliasen en la explotación de la finca o fincas arrendadas”.

Todo lo anterior nos confirma la existencia de ese auténtico principio general que, por lo tanto, nos sirve para completar por vía interpretativa lo dispuesto por ese artículo 1.406 y nos servirá para resolver la preferencia en cualquier caso en que haya de proceder o solicitarse la sucesión en una explotación agraria.

De acuerdo con GARCÍA URBANO y con GARRIDO DE PALMA en que la llevanza de la explotación ha de ser “efectiva” e inmediatamente anterior a la liquidación de la sociedad de gananciales.

2. Fincas indivisibles o que desmerecen mucho por la división.

Desde el punto de vista del Derecho sucesorio agrario reviste un interés especial el examen del Código civil para analizar las normas sobre indivisibilidad en él contenidas, pues no cabe duda de que el reconocimiento jurídico de la explotación comienza cuando una finca rústica se declara indivisible por contraria a las exigencias de la racionalidad empresarial.

Sabido es que los Códigos o las legislaciones modernas no acogieron la idea de la unidad o de la explotación mínima de cultivo sino desde 1939 en adelante, por lo que no nos ha de extrañar que nuestro venerable primer Cuerpo legal nada diga al respecto, si bien tuvo el mérito de establecer el retracto de colindantes en su artículo 1.523 y de dar trascendencia al hecho de que existen fincas urbanas o rústicas “que no admiten cómoda división” o que “desmerecen mucho por ella”, o tal vez se deban considerar “cosas indivisibles” por naturaleza o por ley, lo que prueba la sensibilidad de sus redactores, en una época en que no había más que débiles conatos de regular la concentración parcelaria en algún país europeo (20).

Procede ante todo examinar el artículo 1.062 expresivo de que “*Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por la división, podrá*

(20) Aparte del precedente que representa la *Memoria sobre la población rural* de don Fermín CABALLERO al señalar como objetivo la conservación de la unidad económica de la casería o casa, es decir, del patrimonio agrario, citaré la aportación realizada en 1908 por don José RAMÍREZ RAMOS, *Proyecto de bases para constituir la propiedad rústica en cotos redondos*, voto particular al Dictamen de la Comisión de concentración parcelaria; en esa obra se analiza el minifundismo español y se propone como unidad mínima la superficie que se pudiera labrar con una yunta durante un día, o sea, una superficie mucho mayor que la establecida en 1954.

adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”; esta norma forma sistema con la del artículo 1.073 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “El contador dirimente, resumiendo los puntos en que las partes estuvieren conformes, se limitará a formular, con arreglo a derecho, aquella o aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión lo mismo que excesiva división de las fincas”, un precepto que viene a completar y a dulcificar la del artículo 1.061: “En la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”.

F. MILLÁN ha analizado estos artículos con finura poniéndonos al día tanto en los aspectos doctrinales como jurisprudenciales, tratando, como lo hace en el conjunto de su obra, de apoyar o de descubrir por su cuenta, las posturas más favorables a la conservación de las explotaciones agrarias; quisiera añadir, sin embargo, algunas consideraciones personales (21).

Por supuesto que estoy de acuerdo con él en que esta normativa se refiere tanto a las fincas propiamente dichas como a las explotaciones o unidades pertenenciales, y me pregunto si cabrá excluir su aplicación cuando se trate de fincas marginales sobre las cuales no quepa asentar una explotación familiar viable, para responder que no procede tal exclusión pues más vale conservar lo que existe aunque sea malo que hacerlo peor todavía.

Para determinar la indivisibilidad no de la parcela sino de la explotación podemos acudir a la Ley extremeña que lleva el título de Ley para la modernización y mejora de las estructuras de las tierras de regadío, que es la 8/1992 de 26 de noviembre, artículos 8 y siguientes. Quiero decir con esto que se ha de contemplar en la partición la totalidad de la explotación que seguramente se compondrá en su base física de varias fincas y será ese conjunto, con sus pertenencias y elementos en general enumerados en el artículo 2,3 de la LM lo que se estime indivisible y, por tanto, adjudicable a uno solo de los herederos aunque debo insistir en que la indivisibilidad se considera también cuando se trate de fincas desnudas de pertenencias pero que, en potencia, pueden constituir la base de una explotación familiar indivisible.

En el caso de que alguien pida la venta en pública subasta, ésta se referirá a la finca o conjunto de fincas susceptibles de basar una explotación, a la unidad pertenencial o la explotación completa según cuál

(21) Ob. cit., pp. 204 a 220.

sea la realidad con la que nos encontremos y, que se dará el retracto de coherederos.

También creo que, de algún modo puede jugar aquí la idea de atribución preferencial a favor del heredero en quien concurra la condición de agricultor que haya llevado o colaborado con el causante en el trabajo de llevar la explotación, cosa que sostengo por analogía con lo previsto en la hipótesis del artículo 1.407 antes examinado, es decir, que aquel heredero podrá pedir a los demás y al contador partidor, caso de que exista, que se le haga la atribución de la unidad económica; si fueren dos o más podrán pedirlo también mostrando su acuerdo para ostentar una titularidad comunitaria de la unidad y, caso de no existir acuerdo, se ventilará la preferencia a favor del más antiguo en la colaboración, como se hace en los ejemplos legislativos examinados.

VII. Los pactos sucesorios

1. Posible justificación.

Según el ilustre jurista alemán TEODORO KIPP, “la razón íntima de que se reconozcan disposiciones por causa de muerte de forma contractual radica en el hecho de que resulta con frecuencia deseable proporcionar una situación estable, mediante la irrevocabilidad, a la otra parte contratante o al tercero designado o dotar de un fundamento suficiente a las disposiciones propias. Así ocurre no sólo en los contratos entre cónyuges y prometidos en matrimonio, en los cuales cada parte busca, generalmente, una posición asegurada para el caso de sobrevivir al otro contratante, sino también cuando el designado asume prestaciones, inducido por la perspectiva a la herencia, en especial cuando se obliga a sustentar al causante (contrato de pensión vitalicia), a gestionar un negocio o cultivar una finca rústica que tenga la perspectiva de heredar a la muerte del causante” (22).

En nuestro sistema citará en contra de la posibilidad de pactos sucesorios la postura de tres grandes civilistas: ROCA SASTRE, VALLET DE GOYTISOLO y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ.

2. Crítica de la jurisprudencia y de la doctrina.

En realidad podríamos decir que el artículo 1.056 ha dado lugar a estudios muy importantes, pero si bien en los aspectos civilísticos se

(22) Loc. cit.

puede dar por relativamente agotado el estudio de la problemática jurídica, no ocurre lo mismo en cuanto a los aspectos agrarios, que me parece no han logrado la debida atención, por lo cual será a ellos a los que habré de referirme a partir de ahora, una vez afirmada mi posición favorable al contrato sucesorio en el caso de la *divisio inter liberos*. Con todo respeto para tan notables civilistas creo que el artículo citado se ha venido interpretando de una forma que lo ha hecho inservible para la finalidad en la que había pensado el legislador de 1889, al que debe serle reconocido un notable mérito de modernidad y deseo de armonización con nuestros Derechos forales. Si acaso habría que hacer una excepción con DE LOS MOZOS, tal vez nuestro primer especialista en estas cuestiones, el cual en las Conclusiones de su estudio sobre la sucesión en el Derecho agrario español recomienda el “Desarrollo de las facilidades de la llamada sucesión contractual, en forma indirecta, aprovechando también las posibilidades de desarrollo sistemático de las normas del Código civil y de acuerdo con los precedentes del antiguo Derecho de Castilla” (23). DE LOS MOZOS hace esa recomendación de *lege ferenda* y, además, aconseja la forma indirecta. Muy interesante y más valiente me ha parecido siempre la postura de CASTÁN VÁZQUEZ, el cual dice, aunque al parecer como criterio de *lege ferenda*, que la “tolerancia de la sucesión contractual en nuestro Derecho Común no sería censurable ya que ésta no es contraria al Derecho Natural, revelando el Derecho Comparado su admisión en muchas legislaciones” y que “la aproximación entre Derecho Común y Derechos Forales parece pues probable en esta materia” (24).

El caso es que el precepto quedó en vía muerta a pesar de lo que cuenta E. FOSSAR para ciertas zonas del norte de España y la prueba es su poco uso por los agricultores; en mi vida de notario –que no ha sido breve y se ha desarrollado en Sevilla y Madrid en contacto constante con agricultores de diversa condición–, no recuerdo ni un solo caso en que un cliente me haya planteado, o yo le planteara a él, la utilización del precepto para alcanzar la conservación de una empresa agraria; la explicación es muy simple: no hay conciencia social sobre la posible atribución de la herencia por vía contractual, sino que permanece la creencia o el subconsciente de que nadie puede dar la herencia antes de morir y de que el testamento es la única vía, aunque ello no sea así en los territorios de Derecho foral por más que quizá también en ellos haya decaído la costumbre de la sucesión contractual como consecuencia de la debilidad que se padece por todas partes en cuanto a la práctica de las capi-

(23) Ver el estudio publicado por el MAPA bajo el título *La sucesión en el Derecho agrario*, Madrid, 1977, como preparación de la Ley del EEFAJ de 1981, p. 287.

(24) “Notas sobre sucesión contractual en el Derecho español”, *ADC*, 1964, pp. 380 y 381.

tulaciones matrimoniales; y por otra parte, si algún notario en los territorios de Derecho común pensara en la atribución en vida tendría más que justificado el temor de hacer algo nulo; por otra parte, atendiendo a la mayoría de la doctrina y a la jurisprudencia vigente, ¿para qué acudir a la fórmula del contrato entre vivos si su contenido ha de estar previamente establecido por testamento y, además, se puede variar éste en todo momento por el padre mientras viva por aquello de que *ambulatoria es enim voluntas testatoris usque ad mortem?*... (24 bis).

Diré en este lugar que justamente el argumento que yo estimo de más fuerza en orden a la admisión excepcional del contrato sucesorio en el precepto tantas veces citado es el que deriva de la necesidad en que se encuentra todo intérprete de dar algún sentido y utilidad a la norma que interpreta; me parece muy poco serio que el padre que ha llevado a cabo la firma de una convención con todos sus hijos o con aquel que vaya a recibir la explotación agraria, al objeto de atribuir ésta ordenando su sucesión en general, pueda al día siguiente revocarlo todo en su testamento sin que haya concurrido ningún motivo, por su simple y soberana voluntad que va contra un acto propio, que falta a la palabra dada ¡por escrito y ante notario!, que quita lo que acaba de dar... en suma, que vulnera una serie de principios y de reglas de moralidad sobre cuya base hemos edificado nuestra sociedad y el Estado de Derecho del que tan orgullosos estamos.

Nos hallamos en un momento especialmente delicado por lo que se refiere a las estructuras agrarias, en vista de la liberalización que se avicina y de la necesidad urgente de modernizar nuestros regadíos, todo lo cual debe llevar al intérprete a plantearse de un modo muy distinto la valoración del precepto y su interpretación a fin de lograr que sirva a aquellas reformas que son las demandadas en este momento por la ciencia agronómica y por el sentido común.

VALLET DE GOYTISOLO afirma que “es una aspiración viva en nuestro agro la de realizar la partición conjunta del patrimonio familiar, que —prescindiendo de las fórmulas basadas en la donación *inter vivos*— se ha

(24 bis) En dos libros muy recientes sobre la sucesión agraria se sigue la tesis dominante sobre el contrato sucesorio: en *El derecho sucesorio agrario español* de María José CAZORLA, publicado por el Colegio Notarial de Granada, en 1998, p. 38, se cita a CASTILLEJO que había insistido en la superioridad del contrato sucesorio y a GARCÍA HERREROS, seguidor de la misma tesis, pero la autora, bien que con algunas matizaciones, no se atreve a sostener su validez; dice, con acierto, que la prohibición de estos contratos que se ve por los autores en los artículos 1.271-2 y en el 1.674 es discutible; mas para pisar un terreno firme se inclina finalmente porque aquellos preceptos favorables al contrato sucesorio sean ampliados a través de las capitulaciones matrimoniales (p. 41).

El otro libro, que también constituye la tesis doctoral del autor, es el de Francisco MILLÁN SALAS publicado por la Editorial Agroalimentaria en 1999, que he citado repetidamente.

intentado realizarla –donde no es usual el régimen de heredero único– con la fórmula de condicionar la mejora y la atribución de la parte de libre disposición a la aceptación de la partición global, e incluso con auténticas cautelas de opción compensatoria de la legítima. Estas particiones suelen ser otorgadas por padres e hijos conjuntamente; a veces las efectúa el cónyuge viudo, y, en otras, las realizan en unión marido y mujer, que las respaldan con sus respectivos testamentos.

Naturalmente en ninguno de los tres supuestos cabe dar fuerza vinculante a la realización de esas particiones con respecto al propio causante (Sentencia de 6 de marzo de 1945) bien la haya hecho individualmente, caso en el cual podrá modificarla, prevaleciendo su última voluntad (supuesto de la Sentencia de 28 de mayo de 1965) o bien, si la efectuó conjuntamente con el otro cónyuge o con los hijos... nuestro derecho ofrece dos términos alternativos al cónyuge viudo y a los hijos que deseen hacer la distribución no sólo de los bienes del premuerto cónyuge sino también de los gananciales y privativos del supérstite:

a) A través de transmisión inmediata a los hijos asignatarios de la nuda propiedad de los bienes del cónyuge viudo, bien la otorgue éste como donación o la concierte a título oneroso como renta vitalicia o como permuta a cambio del usufructo de bienes correspondientes a la herencia del marido.

b) Mediante partición propiamente dicha que, por lo que se refiere a los bienes del cónyuge viudo, ha de regirse por el artículo 1.056 del Código civil y, por tanto, no podrá vincular al causante y menos aún mediatizar su libertad de testar” (25).

VALLET cita la jurisprudencia correspondiente y me interesa destacar de toda ella la Sentencia de 29 de octubre de 1960 que rechaza la partición efectuada por unos cónyuges y sus hijos mediante la constitución de una sociedad con aportación de los bienes de ambos, y digo que me interesa por afectar a la fórmula de la sociedad padre-hijo que el Derecho agrario francés ha establecido con gran éxito en la práctica para lograr la transmisión íntegra de las explotaciones agrarias y porque en la vida diaria española también se acude a esta solución. El Tribunal Supremo estimó que había una violación indirecta de la prohibición de los pactos sucesorios que según su tesis está plenamente vigente en nuestro sistema. Con todos mis respetos para nuestro más alto Tribunal, creo que fue demasiado lejos en esta ocasión demostrando la radical enemistad hacia el pacto sucesorio que domina nuestro ambiente jurídico (26).

(25) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XIV, vol. 2, artículos 1.035 a 1.087 del Código civil, Madrid, 1989, pp. 139 y ss.

(26) Loc. cit., p. 130.

3. Mi interpretación del artículo 1.056,2 favorable al contrato sucesorio aplicable a la explotación familiar.

Mi interpretación del artículo 1.056,2 del Código civil, creo que puede sostenerse que admite el contrato sucesorio por lo siguiente:

a) La dicción literal, ya que en ese párrafo segundo no se habla de “testador” sino de “padre”.

b) En efecto, se trata de un caso ciertamente muy especial: el de la conservación de las explotaciones en lo que ya no hay un mero interés de los padres sino un verdadero interés público que se manifiesta en general en el llamado principio de “conservación de la empresa” y, de un modo mucho más dramático, en el de la explotación agraria por el muy grave problema que tenemos en España del elevado número de explotaciones insuficientes hasta el punto de que cabe decir que ese es el más importante de los defectos de nuestra estructura y hasta cierto punto podemos acusar de ello más que a los autores del Código civil, que, en su día, dieron muestras de ser conscientes del mismo y de abrir un camino de solución, a los intérpretes del precepto que cerraron rápidamente esa vía del contrato sucesorio.

No sería seguramente equivocado atribuir a los autores de nuestra codificación el propósito de introducir la excepción dicha, contenida en el párrafo segundo del artículo 1.056, precisamente para aproximar el Derecho común a las legislaciones forales, en casi todas las cuales, pero señaladamente en las de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra, se admite el contrato sucesorio; ahora bien, ese criterio de la aproximación puede estimarse como un principio general interpretativo o al menos como un desiderátum –recuérdese la postura de un jurista que quiere la armonía entre ambos, como es el caso de CASTÁN VÁZQUEZ– en cuanto contribuye a la coherencia del sistema jurídico y a la igualdad de trato de todos los ciudadanos ofreciéndoles idénticas posibilidades de actuación.

c) Hay que tener muy en cuenta que por el lado del Derecho comparado y hablando de los Estados miembros de la Unión Europea, encontramos una aceptación bastante generalizada de este tipo de contratos sobre todo en lo que se refiere a la explotación agraria, respecto de la cual se ha edificado un conjunto de instituciones que persiguen por todos los medios la conservación integral de las unidades económicas de producción.

Empezaremos por señalar que el Derecho alemán conoce desde antiguo el contrato sucesorio y precisamente cuando KIPP se refiere al mismo cita el gran servicio que puede prestar para la transmisión de la explota-

ción agraria a un heredero que tendrá gracias a ello la seguridad en la continuidad (27).

d) Es de la mayor importancia la evolución habida en Francia, primera potencia agrícola de la Unión, donde el contrato sucesorio fue rechazado totalmente por el Code Napoléon, pero la preocupación por favorecer la conservación de las explotaciones agrarias llevó al legislador a la rectificación operada en 1938.

Veamos finalmente la interpretación que yo llamo agrarista del precepto y que se refiere a la cabal comprensión de la frase “en interés de la familia”:

a) Como lo sostuve en mi primera valoración crítica del Código civil, ese interés no puede consistir en el mantenimiento en las familias de sus grandes fincas, es decir, en aquella finalidad de conservar las casas principales a que aludía el Fuero de Monzón dado por nuestro soberano aragonés Jaime II.

Lo cierto es que el padre no puede interpretar a su gusto el derecho a hacer la distribución de bienes entre sus hijos, pues deberá atender no sólo a su particular interés sino al **interés general** que se manifiesta en las normas sobre la función social de la propiedad, concretamente en el artículo 33 de la Constitución y, de modo más preciso, en los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRDA), donde, aunque sea de modo moderado, se alude a la finalidad de crear nuevas explotaciones agrarias de características adecuadas y, si leemos el artículo 21 percibiremos que esas características son las propias de las explotaciones familiares o comunitarias integradas por cultivadores directos y personales, como lo exigen los artículos 25 y 26, para los cuales el modelo es el de la explotación familiar que cuente con dos unidades de trabajo; cierto es que el concepto o idea de la explotación de ese tipo ha evolucionado de modo que hoy el trabajo directo y personal se ha sustituido por el cultivo directo y efectivo a que se alude en el artículo 15,c de la LAR puesto en relación con el 2,5 de la LM; otro criterio que obtenemos de ésta es el del límite a la superficie que puede llevarse en arrendamiento, que se recoge en el artículo 18,1: 50 hectáreas de regadío, 500 de secano o 1.000 de pastos.

En definitiva sostengo que el “interés de la familia” debe combinarse con el general y que, por tal motivo, la sucesión contractual del 1.056 sólo será aplicable a las explotaciones familiares que tengan viabilidad para producir tres o cuatro rentas de referencia como máximo, ya que sociólogos y economistas están de acuerdo en considerar explotación familiar aquella en la que predomina el trabajo familiar que, en principio, es de

(27) Loc. cit.

dos unidades de trabajo por lo que cabe ampliarla con otra unidad teniendo siempre en cuenta que una cosa es la explotación familiar mínima y otra la explotación viable o modelo aconsejable, la cual supone un tamaño más amplio; la legislación extremeña que hemos examinado en este capítulo es la única que fija, en España, un límite máximo a la explotación protegible: la que supere las dos veces y media a la explotación familiar mínima; es importante, asimismo, el artículo 63 de la Ley 8/1984 de reforma agraria andaluza que recoge el criterio de la Ley del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes (LEEF AJ) al definir la empresa familiar como aquella en que el titular es agricultor a título principal y en la que predomine la mano de obra familiar en los trabajos para la explotación. La verdad es que en cada caso los jueces podrán apreciar si se vulnera el principio de la función social porque se atribuya a un solo hijo una extensión demasiado elevada, a cuyo efecto podrán valerse de los preceptos citados como depositarios de criterios orientadores. Todo ello se corresponde con las orientaciones del Derecho de los países comunitarios que admiten el régimen sucesorio agrario especial sólo en el caso de la explotación familiar y de las que en ella se basan, como es el caso del GAEC francés y lo será en Derecho español el de las empresas comunitarias aludidas en el artículo 26 de la LRDA.

Ahora bien, no existe en España un control administrativo de estructuras semejante al francés que sería previo para la aplicación del precepto; así pues valdrá en principio lo que haga el padre si los hijos están conformes con ello, lo que sí podrá suceder es que la atribución-partición realizada por el padre en su testamento o de acuerdo con el hijo heredero en una escritura pública donde se documente el contrato sucesorio, sea impugnada por otro hijo con base en lo expuesto y también si el padre incurre en abuso de su derecho, por ejemplo al atribuir la explotación a un hijo siendo así que había sido otro el que con él colaboró durante años despertando en el mismo una expectativa legítima de ser el atributario de aquélla, con lo cual podrá llegarse en Derecho español al reconocimiento siquiera sea indirecto y excepcional del llamado *derecho a la atribución preferente de la explotación* que se conoce en casi todas las legislaciones europeas.

Sabemos del principio jurídico, recordado tantas veces por el Tribunal de Luxemburgo, de que no cabe defraudar las expectativas legítimas de los ciudadanos negándoles algo que razonablemente podían esperar; pues tampoco en la vida privada es lícito crear expectativas para beneficiarse del trabajo en la explotación del hijo colaborador y defraudarle luego, como no haya un justo motivo.

Ya hemos examinado el valor a estos efectos del artículo 1.406 del

Código civil del que podemos partir para construir por vía analógica el “derecho a la atribución preferente de la explotación agraria familiar”.

En definitiva y por vía interpretativa, sobre cimientos sólidos pienso haber levantado las tres columnas capaces de sostener un Derecho sucesorio agrario:

- a) La explotación agraria es indivisible.
- b) El padre puede atribuirle por contrato sucesorio incluso a uno solo de sus hijos.
- c) El hijo que haya llevado o participado en la llevanza de la explotación tiene un derecho de atribución preferente respecto de sus hermanos.

Todo ello evitará que se siga pulverizando la propiedad de la tierra y, en mi opinión, esta debe ser la base de partida para modernizar nuestras estructuras agrarias.

**LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ESTADO CIVIL
DEL COMPARECIENTE.
SU EXPRESIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN
EN RELACIÓN CON LA SEGURIDAD JURÍDICA
LLAMADA A LA PRUDENCIA Y BÚSQUEDA
DE SEGURIDAD
REFLEXIÓN SOBRE LAS NORMAS
EN EL REGLAMENTO NOTARIAL
Y EN EL HIPOTECARIO**

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

SUMARIO: **A)** EL REGLAMENTO NOTARIAL, LA MANIFESTACIÓN DEL COMPARECIENTE Y LA CONSTANCIA DOCUMENTAL DE SU ESTADO CIVIL. **B)** ALCANCE DE LA MANIFESTACIÓN DE ESTADO CIVIL, SU VALORACIÓN. **C)** VALORACIÓN DE LA SUFICIENCIA O INSUFICIENCIA DE LA MANIFESTACIÓN DE ESTADO CIVIL RESPECTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. **a)** Caso de la aplicabilidad inalterada en el tiempo de la legislación del Código civil como personal del compareciente. **b)** Modificación constante el matrimonio de la vecindad y legislación civil aplicable al compareciente.

(Conflicto móvil desde legislación con régimen legal de gananciales o de comunidad hasta legislación con régimen legal de separación). **D)** ALCANCE O TRASCENDENCIA DE LA MANIFESTACIÓN RESPECTO DEL COMPARECIENTE QUE LA FORMULA. **E)** ALCANCE DE LA MANIFESTACIÓN RESPECTO DE LA APARIENCIA QUE CREA Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN CASO DE INEXACTITUD. **a)** Se manifiesta soltero. Referencia a la inexactitud en la manifestación. **b)** Se manifiesta casado (tanto da que formule la manifestación simple de estar casado como la compleja de estar casado no separado judicialmente). **b-1)** *Régimen legal / régimen capitulado.* **b-2)** *Dualidad de regímenes capitulados.* **c)** Se manifiesta viudo, divorciado o separado judicialmente. **c-1)** *Viudo.* **c-2)** *Divorciado.* **c-3)** *Separado judicialmente. La inexactitud y sus consecuencias.* **F)** CONCLUSIONES.

Estas notas tienen, precisamente, el alcance simple de unas sencillas reflexiones alejadas de cualquiera de las características de un trabajo con pretensiones de nivel científico; hago gracia de las referencias extensas o críticas, así como de notas detalladas, acerca de los trabajos de otros autores, aunque se puede apreciar que los tengo bien presentes y también reduciré al mínimo imprescindible las referencias a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en algún caso de notable importancia.

A) El Reglamento Notarial, la manifestación del compareciente y la constancia documental de su estado civil

Las circunstancias del estado civil de cada compareciente se conciben o califican en relación con la existencia de matrimonio; de ahí resulta que si el matrimonio no existe se consignará o expresará la circunstancia de estar soltero, viudo o divorciado; y si el matrimonio tuviese existencia actual se expresará que el compareciente está casado o que está separado judicialmente.

Según la redacción tradicional en el Reglamento Notarial: "Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, viudo o divorciado... Si el otorgante fuere casado, viudo o divorciado, y el acto o contrato afectare a los derechos

presentes o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge, diciendo también si está casado en primeras nupcias o en ulterior matrimonio, salvo que por ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales” (art. 159 RN; sin que merezca atención a nuestros efectos el seguimiento de esta norma desde las instrucciones para la redacción de los instrumentos públicos publicadas inmediatamente después de la Ley de 1862 hasta la promulgación de los Reglamentos de 1935 y 1944 y sin que tampoco parezca oportuno dedicar nuestra atención al empleo, a no dudar poco preciso, del término “divorciado” como expresivo de situaciones “anormales” del vínculo conyugal o de su disolución por causa diversa de la muerte del otro cónyuge).

Parece ser que está en estudio una modificación del Reglamento Notarial tendente, en esta materia, a actualizar la norma que he comentado. Si no son erróneas las noticias que me llegan se proyecta dar nueva redacción a su artículo 159, a lo que nos interesa, según el siguiente tenor: “1. Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado. También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión de hecho. 2. Si el otorgante fuese casado, separado judicialmente o divorciado, (quizás sobra esta coma) y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar. 3. Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes. 4. Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente. Si fuera el legal bastará la declaración del otorgante. Si fuese el establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente, a todos los efectos legales, que se acredite al notario su otorgamiento en forma auténtica. El notario identificará la escritura de capitulaciones y en su caso, su constancia registral, y testimoniará, brevemente el régimen acreditado, salvo que fuese alguno de los regulados en la ley, en que bastará con hacer constar cuál de ellos es.”

No me ocuparé de lo referente a la manifestación por los interesados de “su situación de unión de hecho”, en cuanto no tiene la condición de estado civil, cualquiera que sea, o pueda ser, la consecuencia jurídica que se atribuya a la manifestación hecha o a la situación existente. Tampoco me entretendré en comentarios acerca de cuestiones gramaticales.

En mi opinión, está justificado que se plantee la conveniencia de analizar el alcance de cada una de las manifestaciones referentes al estado civil del compareciente así como la de la justificación de la opinión que

estime que el notario pueda, o con la pretensión del mejor ejercicio del arte de notaría deba, pretender asegurarse de su veracidad y a la vez de la certeza del régimen matrimonial de bienes explícita o implícitamente declarado vigente con la finalidad de reflejar en el texto de la escritura de manera completa y cierta lo referente al estado civil del compareciente y al régimen económico de su matrimonio, y entiendo que no está menos justificado el análisis de la trascendencia que puede tener la circunstancia de que resultasen inexactos los datos referentes a estas materias que aparezcan consignados en una escritura, en especial respecto de la obtención de la seguridad de la justicia, o dicho de otra manera de la seguridad jurídica del tráfico y de la del derecho que se entiende debe proporcionar todo documento notarial.

La circunstancia de la soltería tiene un valor total; supone la negación del matrimonio, la negación de su celebración y la negación de la existencia del vínculo, y no cabe plantear cuestión alguna en relación con la prueba de la veracidad de la manifestación de soltería, pues se trataría de una prueba negativa, o más precisamente de la prueba de un hecho negativo: la inexistencia, o la no existencia, de matrimonio. Las presunciones legales referentes a la recta conducta de las personas, que deben entenderse directa e inmediatamente relacionadas con la presunción de inocencia, justifican el valor pleno que pueda, y deba, atribuirse a la manifestación de soltería. Un caso singular sería el de quien manifestase haber contraído un matrimonio luego anulado; el efecto retroactivo de la sentencia, canónica o civil, declarativa de la nulidad del matrimonio se armoniza con la apariencia social y jurídica de un matrimonio válido y real, existente durante el tiempo que hubiese mediado entre su celebración y la firmeza de la sentencia de nulidad, mediante la doctrina del matrimonio putativo por lo que, a los efectos de estas notas entenderé que el caso de quien se manifiesta “soltero por anulación” o “anulado” es similar al de quien se manifiesta “divorciado” o “soltero por divorcio”, que es un caso que ofrece en ocasiones la práctica profesional.

La manifestación del estado de casado tiene un cierto sabor de *contra se pronuntiatio*, dicho esto con todo respeto, y afecto, al matrimonio; en efecto, mediante esta manifestación se reconoce la existencia del vínculo matrimonial entre el compareciente y su cónyuge y la vigencia de sus naturales consecuencias, en particular las derivadas de la necesaria existencia de un régimen económico que sujeta al compareciente con su cónyuge en aspectos de su titularidad sobre bienes y derechos patrimoniales y de la correspondiente legitimación para los actos y contratos de su administración y de su disposición (dicho en términos generales suficientes para la finalidad que persigo con estas notas), bien se trate del régimen legalmente vigente en defecto de capítulos o bien del que se

hubiese convenido en capitulaciones. Luego veremos las diferencias que surgen entre el caso en el que el régimen legal sea uno de comunidad o de comunicación de bienes o de ganancias y aquel otro en el que el legal es el de separación de bienes, diferencia muy apreciable en cuanto a las consecuencias de la prueba de la existencia de un régimen capitulado que altere el legal. Pero parece razonable que la manifestación de la existencia de matrimonio, en cuanto reconocimiento del vínculo matrimonial y como consecuencia necesaria de la existencia de un peculiar régimen de bienes legalmente vigente en defecto de capitulaciones, sea suficiente por sí sola; basta, pues, que el compareciente manifieste que su estado civil es el de casado para sobrentender, en defecto de que otra cosa se exprese, que el régimen económico de su matrimonio es el legal en defecto de capitulaciones (por mero efecto de ley, que podría entenderse por mera presunción legal); sin embargo, para que la escritura exprese los extremos que deben consignarse en el asiento que, como título inscribible, cause en el Registro de la Propiedad debe consignarse que rige el régimen legal en defecto de capitulaciones, bien mediante “reconocimiento directo”, explícito, o bien de “modo indirecto”, atribuyendo al acto o contrato las consecuencias apropiadas según la vigencia del régimen legal. Luego comentaremos la consecuencia, a modo de efecto legal necesario, o a modo de presunción legal, que se sigue de la manifestación de estado civil de casado en cuanto ésta, por sí sola, implica el reconocimiento de la vigencia del régimen patrimonial legal, por lo que de modo diferente la alegación de la vigencia de un régimen diverso que hubiese sido convenido en capitulaciones debe ir acompañada de la prueba auténtica y fehaciente de su veracidad, como veremos en el lugar oportuno.

La manifestación por el compareciente de la circunstancia de ser viudo o de ser divorciado supone la afirmación de que no existe matrimonio actual pero a la vez supone una doble afirmación, la de que ha existido, o existió, un matrimonio y la de que éste ha quedado disuelto antes de la comparecencia; cada una de estas dos afirmaciones implícitas aparece inescindiblemente unida a la otra, ambas son inseparables de manera absoluta según el propio significado del estado civil manifestado. Surge así un problema pues no parece dudoso que se precisa analizar si la afirmación de la disolución del matrimonio (implícita en la de divorcio o en la de viudez) debe considerarse suficiente por sí sola o si es conveniente, o si debe requerirse, la prueba de su veracidad o certeza; es oportuno dilucidar si basta la presunción de veracidad de la manifestación del propio estado civil de viudo o de divorciado o si se puede considerar precisa, o al menos aconsejable, la solicitud de la prueba de la certeza de la disolución del matrimonio anterior para considerar suficientemente desvirtuado el reconocimiento implícito de su existencia que resulta de

la declaración, también de modo implícito, de su disolución o de su extinción.

La manifestación de estado del compareciente que se dice “judicialmente separado”, esto es, “casado judicialmente separado”, también supone una doble afirmación: la de la existencia de un matrimonio todavía vigente en cuanto vínculo conyugal y la de una especial situación sobrevenida: la de separación de los cónyuges judicialmente decidida; cuya separación comporta, además de la suspensión de la vida en común entre los cónyuges, unas especiales consecuencias respecto del régimen matrimonial de bienes puesto que a consecuencia de la sentencia de separación debe regir necesariamente, como efecto legalmente necesario de la sentencia de separación personal, el régimen de separación de bienes, consecuencia que se sigue cualquiera que hubiese sido el régimen legal o capitulado anteriormente vigente hasta la firmeza de la sentencia de separación; conviene destacar, desde la óptica de la vigencia del Código civil, que aunque como legal en defecto de capitulaciones, hubiese regido hasta la sentencia de separación el de sociedad de gananciales, en el que concurren notas de comunidad o de comunicación de bienes o de ganancias, desde la firmeza de la sentencia de separación se produce, por disposición legal y efecto directo y necesario de la sentencia, la finalización del legal régimen de ganancias o de comunidad, que queda disuelto, y el simultáneo comienzo de la vigencia del régimen de separación de bienes, con independencia de la realización de la liquidación final de las ganancias o de la comunidad o de la posposición de su práctica. Surge así el mismo problema apuntado en el párrafo anterior en relación con la valoración de la conveniencia, o de la necesidad, de prueba de la certeza de la situación resultante de la sentencia de separación, lo cual adquiere especial importancia en el caso de que su firmeza hubiese provocado un cambio del régimen matrimonial de bienes, como ocurre en el ámbito de vigencia del Código civil y de aquellas legislaciones civiles que establecen en defecto de capítulos regímenes de comunidad o de comunicación de bienes o de ganancias y consecuencia de la sentencia se sustituye por el de separación. Conviene destacar la diversa trascendencia que la firmeza de la sentencia de separación tiene respecto del régimen de bienes del matrimonio separado cuando con anterioridad hubiese regido como legal el de separación (por ejemplo en Cataluña y en las Islas Baleares) o como convenido en capitulaciones.

B) Alcance de la manifestación de estado civil, su valoración

La justificación de las circunstancias manifestadas puede valorarse, en cuanto a su conveniencia o a su necesidad con unos criterios de muy diverso rigor según los supuestos de hecho que se contemplen. En principio me parece, y expongo con toda modestia mi opinión personal, que la valoración de la necesidad de su justificación depende del alcance de la circunstancia manifestada en cada caso, especialmente cuando ésta supone, de manera implícita, la afirmación de una alteración substancial que afecta a una situación anterior, cuya vigencia resultaba de la mera aplicación de las normas legales que la determinaban (así en el caso de las normas que atribuyen al vínculo matrimonial un determinado régimen patrimonial en defecto de capitulaciones), al sustituirla por una nueva situación diversa; y me influye además la reflexión acerca de si merecen un trato semejante las manifestaciones que tienen un significado análogo, esto es, las manifestaciones que de manera bien explícita o bien implícita vienen a afirmar que en el momento de la comparecencia está vigente un régimen que ha venido a sustituir al que por disposición legal se debía estimar, o se debía presumir, que anteriormente había estado vigente por mera y directa consecuencia de la existencia reconocida, también de modo explícito o implícito, de un vínculo matrimonial anteriormente existente y ya disuelto en el caso del viudo o del divorciado o todavía vigente en el caso del que se manifiesta “separado judicialmente”, en el que el problema adquiere un especial relieve.

La manifestación de soltería no requiere justificación en trance de comparecencia en documento notarial, ya que en cuanto manifestación de la situación de “no casado” no puede ser, por definición o por hipótesis, materia de prueba positiva. Es cierto que puede ser una manifestación inexacta hecha por una persona casada, pero este riesgo no es susceptible de corrección, o de eliminación, imponiendo carga de prueba de su estado al que manifiesta que es soltero. No está de más recordar que la llamada “fe de soltería” sólo proporciona la presunción, o principio de prueba, de la notoriedad del disfrute de dicho estado, sin que sea posible una base documental que autentique y respalde la veracidad y exactitud del hecho notorio o cuya notoriedad se documente.

Cuando el compareciente declare que su estado civil es el de casado no basta esta manifestación sino que además debe, además, expresar, para que así se consigne en el texto de la escritura, el régimen económico de su matrimonio vigente a la sazón. La declaración, pues, se referirá al régimen legal vigente, que rija, en defecto de capitulaciones según la ley, el ordenamiento jurídico, que sea aplicable para determinar los efectos patrimoniales de su matrimonio o, en otro caso, se referirá al régimen

válidamente capitulado al amparo de dicha ley, u ordenamiento, o al amparo de otra ley que resulte aplicable según el sistema español de normas de conflicto y permita la mutación del régimen económico del matrimonio, si bien en este último caso estimo que puede no resultar bastante la “expresión” del compareciente acerca de la aplicabilidad de esta ley, sino que se precisará que además aporte la prueba fehaciente y auténtica de las capitulaciones convenidas en escritura pública y de la real existencia del punto de conexión invocado para justificar la aplicabilidad del ordenamiento que ampara el válido otorgamiento de las capitulaciones de mutación del régimen matrimonial de bienes, a lo menos en el caso, que pienso poco probable, de que no resulte de la escritura capitular aportada.

La afirmación por el compareciente de que su estado civil es el de viudedad o el de divorcio comporta el reconocimiento implícito de dos hechos: uno es el de la existencia anterior de un matrimonio y el otro el de su posterior disolución anterior al momento del otorgamiento al que comparece. Afirmado o reconocido, aunque sea de manera implícita, el matrimonio que tuvo existencia, la prueba de su disolución resulta, siempre, de un hecho cuya realidad puede probarse, si se creyese conveniente, de manera directa, o positiva, por medios auténticos de fácil obtención y aportación; tanto si el medio consiste en un certificado del acta de defunción del cónyuge como si se tratase del testimonio de la resolución judicial firme de divorcio dictada por un tribunal competente. Queda planteada la duda acerca del grado de necesidad, o de conveniencia, de la prueba del cambio de estado civil o, dicho de otra manera y desde otra perspectiva, del cambio de la autonomía patrimonial del compareciente que se dice liberado de las restricciones a la legitimación patrimonial que por disposición legal nacen de modo inmediato de todo matrimonio, como primario efecto del mismo, de notable importancia cuando por efecto legal, en defecto de capítulos, resulta vigente un régimen de sociedad o de comunidad.

Otro tanto podemos decir del caso del compareciente que manifiesta estar separado de su cónyuge por sentencia firme. En este caso se reconoce la existencia presente de un vínculo matrimonial cuya normalidad resulta afectada por los efectos de una sentencia firme de separación dictada por juez competente, la facilidad de la prueba de la alteración de los efectos normales del vínculo matrimonial mediante la aportación del testimonio judicial de la sentencia no parece, en principio, dudosa. Respecto de la necesidad, o conveniencia, de la prueba debemos apuntar que se trata de un caso de clara semejanza con aquél en el que el compareciente se manifiesta casado bajo un régimen capitulado; pues si en el caso del compareciente casado en un régimen que no sea el legal (que sea capi-

tulado) se precisa que la manifestación de esta situación se corrobore o pruebe mediante la aportación del documento auténtico que acredite las capitulaciones, en el caso del compareciente que manifiesta que está casado en situación de separado judicialmente por sentencia firme también ocurre que el régimen de bienes que hubiese regido como legal –hasta la sentencia– queda disuelto por la sentencia, por lo que no es comprensible que no se precise que corrobore o pruebe mediante documento auténtico la sentencia determinante de la disolución del régimen legal de bienes de su matrimonio; cuya prueba o corroboración no sería necesaria si el régimen disuelto fuera similar al resultante de la disolución (fuera el de separación o el de participación).

C) Valoración de la suficiencia o insuficiencia de la manifestación de estado civil respecto de la seguridad jurídica

a) Caso de la aplicabilidad inalterada en el tiempo de la legislación del Código civil como personal del compareciente.

Parece que el Reglamento Notarial y el Reglamento Hipotecario (art. 51.9), y en consecuencia la Dirección General de los Registros y del Notariado, se dan por satisfechos con la manifestación por el compareciente acerca de las circunstancias de su estado civil y la constancia en la escritura pública notarial de lo que resulte de sus manifestaciones, salvo en el caso del que se manifieste casado, y no separado, en cuyo caso se expresará siempre su régimen económico, y si fuese uno establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente que, además, se acredite al notario su otorgamiento en forma auténtica, que éste identifique la escritura de capitulaciones (y en su caso su constancia registral), y que testimonie brevemente el régimen acreditado. Por lo tanto, puede decirse que las normas reglamentarias consideran suficiente que el “soltero”, el “viudo”, el “divorciado” o el “casado separado judicialmente” manifiesten esta situación; con la especial significación en el caso de la manifestación del “casado separado judicialmente” de tener por vigente el régimen de separación de bienes resultante de la firmeza de la sentencia de separación, incluso en el caso de que el régimen legal del matrimonio en defecto de capitulaciones hubiese sido antes uno de sociedad o de comunidad de bienes o de ganancias; a este caso dedicaré especial atención. La Dirección General en Resoluciones de 20 de febrero de 1985 (caso de divorciado) y de 16 de noviembre de 1994 y de 5 de julio de 1995 (caso de “separado judicialmente o de separado legalmente”) estimó redactadas conforme a las prescripciones aplicables e inscribibles las escritu-

ras en las que el otorgante, bien adquirente o bien disponente, manifestó sin acreditarlo su estado de divorciado o de separado judicialmente; con invocación del artículo 51.9 RH, cuyo tenor es coincidente con el del RN.

No pretendo una crítica general de las normas reglamentarias, posiblemente ajustadas al principio de generalidad de los preceptos normativos; pero me parece oportuno llamar la atención acerca de la posibilidad de que los notarios, en el ejercicio profesional, adoptemos las precauciones adecuadas, más allá de la mera y simple observancia de las normas reglamentarias, para que los documentos autorizados o intervenidos por nosotros proporcionen el deseable nivel de seguridad y firmeza respecto de los derechos, situaciones y posiciones jurídicas por ellos creadas.

Nada parece que se deba comentar a lo previsto en el Reglamento respecto del soltero y del casado no separado por sentencia firme. Al menos en cuanto, respecto de este último, se interprete que la necesidad de que en la escritura pública se exprese la vigencia actual de un régimen económico del matrimonio convenido en capitulaciones comprende, como presupuesto imprescindible, no sólo la referencia a la escritura capitular, suficiente para dejarla adecuadamente identificada así como al régimen convenido, sino también la prueba fehaciente de su otorgamiento, todo ello mediante exhibición de su copia autorizada de la que resulte de presente su vigencia íntegra sin modificación. Se trata de la acreditación por medio auténtico de una posición jurídica trascendente de manera muy análoga a la prevista y necesaria prueba de la representación alegada por el compareciente, salvo el caso de preverse y aceptarse por todos los comparecientes que dicha prueba se realice en un momento posterior al otorgamiento o que se produzca, también después del otorgamiento, el reconocimiento del convenio capitular y de su vigencia por el otro cónyuge, lo cual valdría como declaración de verdad y a la vez como disposición de voluntad, con plena eficacia, al menos, frente a la otra parte contratante y seguramente también respecto del otro cónyuge si se considerase, como creo puede suceder, un supuesto de oferta y aceptación entre ausentes. No parece necesario que en la escritura actual además de reseñar la escritura de capitulaciones se haga referencia a su indicación al margen del acta de matrimonio ya que esta referencia sólo es precisa en el caso de que la escritura que otorga el compareciente casado en régimen capitulado sea título de una operación registral que tenga por objeto o contenido el propio otorgamiento de las capitulaciones y la existencia vigente del régimen capitular; no es precisa cuando el régimen convenido en las capitulaciones se invoca por el compareciente como presupuesto de la situación resultante del otorgamiento en trance de realización o de la valoración o calificación de su legitimación suficiente para el acto

o contrato que pretende otorgar. (Véase al respecto la RDGRN de 16 noviembre 1994.)

En los casos del viudo y del divorciado debe prestarse especial atención a la segunda de sus manifestaciones implícitas según se ha puesto de relieve en el anterior apartado, esto es, merece valoración el alcance de la manifestación implícita de la desaparición actual del vínculo matrimonial anterior, también implícitamente reconocido como preexistente a la viudedad o al divorcio manifestados como situación de estado civil actual. Como ya se apuntó antes, la manifestación de estado de viudo o de divorciado supone, en realidad, la realización de dos manifestaciones; una es la de haberse contraído y haber existido un vínculo matrimonial válido y la otra es la de la extinción de ese matrimonio, del vínculo conyugal.

Igualmente la manifestación de separación judicial, la del “estado civil” de casado separado judicialmente, comprende la manifestación de haberse contraído un matrimonio, la de su subsistencia actual y la de haberse establecido por sentencia firme la separación de los cónyuges.

En todo caso, cada una de las diversas manifestaciones implícitas tiene significado contradictorio con las otras, o con la otra; una, la de disolución del vínculo matrimonial, supone la afirmación de un efecto, o de la existencia de una posición jurídica, actual (posterior a la otra anterior) que resulta contradictorio con el significado o el efecto de la posición anterior, la de preexistencia del vínculo que luego y actualmente se manifiesta disuelto o en suspenso; si la manifestación de haber existido o de existir el matrimonio supone el reconocimiento, en contra de quien la formula, de haberse generado y de haber existido ciertas limitaciones en relación al ejercicio de sus facultades, o en su legitimación, e incluso en sus titularidades, bien en su esencia o bien en su estructura, respecto de las que tendría en estado de soltero, la manifestación de estado de viudo o de divorciado o de separado judicialmente supone la afirmación de la recuperación de la autonomía o independencia patrimonial en términos de igualdad con las que son propias del estado de soltero, que tiene el carácter de las facultades absolutas, sin limitaciones nacidas de las normas de derecho de familia (queda el margen de estas reflexiones la posible existencia de obligaciones a cargo del divorciado o del separado impuestas por la correspondiente sentencia y derivadas de la existencia de un vínculo anterior, ahora en un caso disuelto o en el otro “quiescente”). Si la manifestación de la existencia de un matrimonio supone el reconocimiento de restricciones o limitaciones, más o menos extensas, en las facultades patrimoniales del manifestante podemos atribuir a la manifestación de su disolución por fallecimiento o divorcio, o del cese de ciertos efectos por la sentencia de separación, el significado propio de la afirmación el cese de dichas restricciones o limitaciones. Si en la primera

manifestación concurren las notas propias de una declaración contra sí mismo, en contra del propio declarante que se manifiesta obligado o limitado, en la segunda concurren todas las de una declaración en propio beneficio del que la realiza, en cuanto se manifiesta liberado de dichas obligaciones o limitaciones.

Esta última reflexión justifica la conveniencia de profundizar en la materia. En varios aspectos, al menos en uno que podríamos considerar de lógica interna y en otro que se refiere a la seguridad del tráfico. Y, en particular dentro del ámbito del último aspecto, en relación con la firmeza que debe proporcionar la escritura pública, por consecuencia de la labor del notario autorizante, a las posiciones y relaciones jurídicas resultantes del acto o contrato otorgado bajo su fe por los manifestantes de su estado civil.

b) Modificación constante el matrimonio de la vecindad y legislación civil aplicable al compareciente. (Conflicto móvil desde legislación con régimen legal de gananciales o de comunidad hasta legislación con régimen legal de separación.)

Parece imprescindible una llamada de atención acerca de las situaciones en las que pueda concurrir un conflicto móvil en relación con la “vecindad civil” y con las circunstancias determinantes de la legislación civil rectora de los efectos del matrimonio, en particular en el aspecto patrimonial; me refiero a los supuestos en los que coincidan el lugar del otorgamiento y el territorio de la Comunidad Autónoma cuya vecindad civil ostente actualmente el otorgante pero por el contrario no coincidan el ordenamiento civil de esta Comunidad, en cuanto al régimen matrimonial de bienes en defecto de capítulos, con el ordenamiento civil rector de los efectos patrimoniales del matrimonio según el punto de conexión vigente en el momento de las nupcias, cuya legislación no sufre variación después del matrimonio aunque varíen, o pierdan actualidad los puntos de conexión. Esta situación tiene singular relieve en el caso de un casado con vecindad civil actual en Cataluña o en Islas Baleares cuyo matrimonio, según el punto de conexión vigente al contraerlo, se rigiese por legislación que estableciese sociedad de ganancias o comunidad de bienes, por lo que si “el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales del matrimonio actual” se hará constar el nombre del cónyuge y se expresará el régimen económico de su matrimonio. Parece natural deducir la conveniencia, si no la necesidad, de comprobar, si surgiese razonable duda acerca de la coincidencia de la vecindad civil actual, real o aparente la propia del lugar del otorgamiento, con la vecindad civil que estaba, o podía estar, vigente al tiempo del

matrimonio como el principal, o como el primero, de los puntos de conexión eficaces para determinar la legislación aplicable a sus efectos patrimoniales.

D) Alcance o trascendencia de la manifestación respecto del compareciente que la formula

Con referencia a la lógica interna de los supuestos de hecho de cada caso la necesidad de reflexión la provoca la contradicción de los resultados predicables de cada una de las situaciones comprendidas en las manifestaciones de estado de viudo o de divorciado o de separado judicialmente. De manera un tanto imprecisa y en términos generales puede admitirse *como cierto que, en sentido estrictamente jurídico, el vínculo matrimonial produce sujeción y limitación, cuyos efectos desaparecen a consecuencia de su disolución y también a la de la sentencia de separación, aunque en menor grado en este último caso pues subsiste el vínculo. Aun a riesgo de repetición insisto en la circunstancia resultante de la manifestación del compareciente de tener el estado de viudo, de divorciado o de separado judicialmente; en realidad manifiesta la concurrencia de dos contrarios: uno es la existencia de un matrimonio y el otro es o bien el de su disolución, con cesación de todos sus efectos, o bien el de la separación, con cesación de los efectos matrimoniales respecto de la convivencia personal, o íntima, y también, a consecuencia de la necesaria vigencia del régimen de separación de bienes, respecto de las limitaciones de las facultades patrimoniales o de la legitimación. Dicha manifestación no es equiparable a la mera manifestación de soltería porque mientras ésta implica la mera manifestación de “no matrimonio”, simple y puramente negativa, aquélla supone la afirmación del disfrute actual de una posición jurídica más libre que la anterior, esto es, de la situación resultante de la cesación de efectos propios de la vigencia del vínculo matrimonial; cesación que, valga repetirlo, supone un aumento, o un refuerzo, de las facultades patrimoniales individuales y personales del compareciente respecto de las más limitadas que tendría, o podría tener, en el supuesto de continuar vigente el matrimonio que se afirma disuelto por defunción o por divorcio o de continuar la normalidad del vínculo matrimonial afectado por las consecuencias de la alegada sentencia firme de separación.*

Parece muy razonable, y apropiado, que se plantee debate, análisis o estudio, acerca de la conveniencia, o la necesidad, de solicitar una prueba, objetiva al menos y mejor auténtica, de la realidad y veracidad del supuesto, o situación de hecho, que es favorable al compareciente y que

es invocado por éste en su beneficio mediante una afirmación que comprende el reconocimiento de una situación anterior menos favorable nacida de un vínculo matrimonial del que se predica el doble dato de haber existido y de haber quedado disuelto, o extinguido, o privado de los efectos personales y patrimoniales más relevantes. La justificación de esta reflexión en la esfera de la simple lógica parece clara y bien fundada. Pasemos a contemplarla en sus aspectos de práctica jurídica en búsqueda de la seguridad de las transacciones y de los derechos y posiciones.

E) Alcance de la manifestación respecto de la apariencia que crea y de la seguridad jurídica en caso de inexactitud

Mayor importancia y trascendencia alcanza la cuestión que planteo en estas notas en relación con la seguridad jurídica, con la obtención de la seguridad que debe proporcionar la escritura pública, en general todo documento notarial, al acto o contrato que presenta y a la situación o posición jurídica generada, o resultante, del acto o contrato en ella documentado, o presentado, otorgado por los comparecientes que manifiestan su estado civil.

Aun a riesgo de recordar algo bien sabido, y sin entrar por extenso en detalles que nos distraigan de la materia que nos ocupa, me permito traer a colación que el estado civil del compareciente afecta, o puede afectar, a su legitimación, no a su capacidad personal, para otorgar el acto o contrato de que se trate y proporcionarle la totalidad de sus efectos considerados normales, típicos o usuales y por tanto afecta, o puede afectar, si no a la válida constitución y generación del acto o contrato que contiene, sí a su eficacia y a la postre al régimen jurídico del derecho o de la posición o de la relación establecidas mediante el acto o contrato otorgado en lo que depende de su titularidad, en primer o segundo rango, y de las facultades para provocar los efectos dispositivos correspondientes, dicho sea en términos muy generales. Es claro que la manifestación del estado civil que no se ajuste a la realidad, la inexacta manifestación del estado civil, afecta o puede afectar a la firmeza del acto o contrato celebrado (bien por lo que se refiere a su validez o a su eficacia) en cuanto a sus efectos y puede generar una inexacta apariencia de realidad para la titularidad y para la legitimidad resultantes aparentemente beneficiosos para la otra parte contratante del acto o contrato otorgado por quien hubiese hecho la manifestación mendaz. Conviene un repaso de los diversos supuestos de hecho.

a) Se manifiesta soltero. Inexactitud en la manifestación.

La manifestación de soltería deja abierta una puerta a la inseguridad jurídica en el caso de que no fuese cierta. La inexactitud de la manifestación puede resultar intrascendente si el estado real del compareciente manifestante fuese el de viudo, divorciado o separado judicialmente; pero por el contrario adquiere notable trascendencia si fuese casado, o según la terminología reglamentaria "casado no separado judicialmente". Conviene distinguir en esta última hipótesis, en la de ser real el estado de casado propio del compareciente que hubiese alegado soltería, que éste realizase un acto o contrato de adquisición o, en el otro extremo, uno de disposición, sea de enajenación o de gravamen; y además deberemos tener presente el régimen de bienes que esté vigente en su ocultado matrimonio. Las reflexiones que siguen tienen interés teórico como expresión de un análisis de materia jurídica, aunque el supuesto apenas tenga realización práctica. Pero parece un lugar oportuno para su exposición, pues sólo en el supuesto de ocultación al notario del régimen matrimonial que así lo establezca puede surgir el caso de haberse omitido el consentimiento de un cónyuge requerido por la ley para los actos de administración o de disposición que realice el otro respecto de bienes mercedores de una determinada calificación.

Planteada la cuestión respecto de un negocio adquisitivo debemos distinguir entre la faceta de su validez y la del régimen al que queda sujeto el bien o derecho adquirido y, en su caso, el de las obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del adquirente y patrimonio sujeto a responsabilidad en caso de su incumplimiento. La indudable premisa de la plena capacidad personal de todo casado, de su plena capacidad para contratar, nos conduce a la afirmación de la plena validez del negocio adquisitivo, que no resulta afectada en modo alguno por las eventuales reparaciones a las que el cónyuge protagonista quedase obligado en el caso de que la ocultación del matrimonio y de su régimen de comunicación o de sociedad se valorase como conducta en fraude del otro cónyuge, ni tampoco por las responsabilidades de toda índole que pudieran seguirse a cargo del adquirente ("cónyuge falsario") por causa de su inexacta manifestación acerca de su estado civil. (Perdóneseme que recuerde que en este caso se manifiesta claramente la posibilidad de diferenciar los matices propios de la adquisición realizada por una persona aparentemente soltera, en cuanto a la titularidad resultante de su adquisición y a la apariencia de derecho que resulta, de los matices de la real titularidad compartida resultante de la vigencia del régimen de gananciales, así como la defensa de esta diferenciación de titularidades que realicé en opinión que aunque compartida por algunos compañeros ha sido recha-

zada por otros). Queda fuera del objeto de estas notas todo lo referente a las relaciones del adquirente con el transmitente, incluido el problema de la determinación de los bienes que forman el patrimonio de aquél responsable por los créditos de éste. De la validez del negocio adquisitivo resulta la eficacia de la adquisición, y la necesaria consecuencia de atribuir, o de reconocer, al bien o derecho adquirido la cualidad o trato correspondiente al régimen de bienes del ocultado matrimonio, esto es, la condición de bien o derecho de la propiedad exclusiva del adquirente en caso de régimen de separación de bienes o de participación en las resultas (en lo sucesivo debe entenderse hecha la referencia a ambos regímenes aunque cite sólo al de separación, si no hiciese expresa salvedad) o de bien común de ambos cónyuges o de bien de carácter ganancial si así procediese, aunque dicha atribución o reconocimiento queden ocultas como consecuencia de haberse mantenido oculto el matrimonio y por lo tanto el régimen de comunidad, o de comunicación o de sociedad de gananciales. Aquí nace la trascendencia de la ocultación de su matrimonio por el compareciente que inexacta o falsamente manifestó que su estado civil era el de soltero. Los problemas que puedan surgir en relación con la composición del patrimonio responsable de las deudas y obligaciones que pueda contraer el adquirente por causa del acto o contrato adquisitivo, esto es, en relación con la determinación de otros bienes sujetos a dicha responsabilidad patrimonial además del que fuese objeto de la adquisición, se derivan de la legitimación de este compareciente en relación con la finalidad del acto o contrato por el que realiza la adquisición y con el destino atribuido al bien adquirido, según las normas del régimen conyugal de bienes realmente vigente, pero no de su capacidad para contratar, que como aptitud personal carece de límites.

Contemplemos ahora el negocio dispositivo, de enajenación o gravamen, que quien adquirió manifestando inexacta o falsamente que su estado civil era el de soltero realizase posteriormente repitiendo la misma manifestación. Va de suyo que si al otorgar el negocio dispositivo reconociese la realidad de su estado civil vigente al tiempo de la adquisición, la disposición deberá convenirse y realizarse ajustadamente a la situación real que resulte reconocida. Si el régimen económico del matrimonio realmente existente fuese el de separación de bienes, como legal o como capitulado, la inexactitud cometida en la manifestación del estado civil resultaría intrascendente toda vez que la legitimación para disponer de los bienes adquiridos por un casado en régimen de separación de bienes es semejante, por no decir idéntica, a la que corresponde a un soltero respecto de sus bienes. (A salvo lo dispuesto como derecho necesario con la finalidad de proteger el derecho del otro cónyuge a participar en las decisiones afectantes al domicilio familiar de la privativa propiedad del dis-

ponente en la legislación del Código civil y en la vigente en alguna autonomía, y la situación de aquellas autonomías que carecen de norma análoga). De manera bien diversa si el régimen patrimonial del matrimonio ocultado fuese el de gananciales, u otro de comunidad o de comunicación, y los bienes adquiridos en el supuesto de ocultación tuviesen el carácter de gananciales, o de comunes o de comunicados, el acto o contrato de su disposición, enajenación o gravamen, que realizase unipersonal, o unilateralmente, el cónyuge que ocultó, y siguiese ocultando (al que en lo sucesivo llamaré “cónyuge falsario”), su matrimonio, y por tanto el régimen patrimonial del que resulta en primer o en segundo grado una comunidad, o una cotitularidad, de los cónyuges, adolecería del vicio de la falta de concurrencia en este acto o contrato dispositivo del otro cónyuge, del cónyuge ocultado a consecuencia de la inexacta manifestación, o dicho más precisamente adolecería de la falta de su consentimiento.

Surge en este caso el conflicto entre el adquirente, que hubiese adquirido del “cónyuge falsario”, y el cónyuge ocultado por el falsario; y en un tercer vértice, completando el triángulo, está el “cónyuge falsario”. El adquirente tiene, a la vez y sin ruptura de su propia posición jurídica, única y de contornos definidos, una doble y diversa condición en relación con cada uno de los otros vértices; tiene la condición de tercero respecto del vínculo patrimonial existente entre los cónyuges (el falsario y el ocultado), nacido de su régimen matrimonial de gananciales o de comunidad, y a la vez tiene la condición de parte en el acto o contrato dispositivo otorgado por el “cónyuge falsario”, causa de su adquisición del bien o un derecho al que nos referimos. El vicio derivado de la falta de concurrencia a la celebración del negocio dispositivo del cónyuge ocultado, y de la falta de su consentimiento, puede ser invocado por éste como *fundamento para pretender la resolución judicial que anule el negocio dispositivo realizado sin su consentimiento*, o más precisamente que disponga su anulación, lo deje privado de efectos y condene a las restituciones procedentes, en particular la que resulte en beneficio de la sociedad o de la comunidad conyugal a cargo del adquirente (parte en el contrato anulado y a la vez tercero respecto del cónyuge ocultado y de su régimen de bienes con el cónyuge falsario) sin perjuicio de condenar a la que proceda a cargo del falsario para lograr la indemnidad del tercero “inocente”, no cómplice del fraude y sufridor de las consecuencias que la inexacta apariencia provoca en perjuicio de la seguridad jurídica o también, en su caso, a cargo del “cónyuge falsario” y en beneficio de la sociedad o comunidad si la anulación no pudiera dar lugar a la correspondiente restitución por el que la sufre o si la rectificación del daño y del fraude debiese tener lugar en trance de liquidación de la sociedad o

de la comunidad; no procede en estas notas profundizar en las relaciones entre el cónyuge falsario y el tercero. Tal es el mecanismo de protección legal que el artículo 1.322 C.c. ofrece al cónyuge ocultado, cuyo consentimiento se hubiese omitido, y a sus herederos; de él me ocupo con cierto detenimiento.

En trance de contemplar el juego de la protección que prestan los efectos sustantivos atribuidos a la publicidad que resulta del Registro de la Propiedad inmobiliaria (o de cualquier otro dotado de similar régimen de efectos sustantivos pero señalo al inmobiliario como supuesto típico y relevante de la protección registral), debemos partir del acceso al Registro del título por el que el “cónyuge falsario” hubiese realizado su adquisición, en el que se consignó que su estado civil era el de soltero según resultó de su manifestación inexacta, meramente inveraz o dolosamente falsaria, cuyo título adquisitivo anterior ya inscrito sirviese de apoyo, según el tracto registral, para el posterior acceso al Registro del negocio que el falsario hubiese otorgado disponiendo del bien o derecho antes adquirido con ocultación del matrimonio y del régimen de bienes vigente conforme al cual se requiriese el consentimiento de su cónyuge para cualquier acto o contrato de disposición, cuyo negocio dispositivo diese lugar a un asiento de inscripción a favor de quien hubiese adquirido del “cónyuge falsario” a virtud del repetido negocio dispositivo, lo que dejaría convertido a este adquirente en “titular registral”. Como ocurre respecto de todo sujeto de derecho a cuyo favor se haya extendido un asiento en el Registro, la protección del sistema de publicidad registral no actúa para impedir los efectos de cualquier sentencia constitutiva o declarativa de nulidad de su propio título de adquisición, del título, acto o contrato auténtico, que hubiese motivado el asiento a su favor, o de cualquier otra resolución judicial que por causa de fraude o perjuicio privase de eficacia a dicho propio título adquisitivo. Por lo tanto, frente a quien hubiese adquirido del “cónyuge falsario”, en conflicto con dicho adquirente, parece que debe prevalecer el derecho del cónyuge ocultado que resulta perjudicado por esta adquisición que es a la vez disposición del falsario, cuya prevalencia, o preferencia favorable al cónyuge ocultado, se justifican por su condición de partícipe en la titularidad del bien o derecho dispuesto nacida precisamente por consecuencia de la real vigencia del régimen de sociedad o de comunidad, por lo que debe prosperar la acción de anulación que hubiese ejercitado antes de vencer el plazo de su caducidad para obtener la reintegración a la masa ganancial o común del bien o derecho adquirido con ocultación del matrimonio y de su régimen de bienes de sociedad o de comunidad y posteriormente dispuesto por el “cónyuge falsario” a favor de otra persona sin el concurso y sin el consentimiento del demandante “cónyuge ocultado”. Más adelante vol-

veré a reflexionar, aunque también sin entrar en profundidad, acerca del juego de la sentencia de anulación dictada por aplicación del artículo 1.322 C.c. en relación con la protección registral resultante de la aplicación de los artículos 33 y 34 LH en cuanto a quien hubiese adquirido del cónyuge falsario y posteriormente sufriese la anulación de su título adquisitivo.

Queda fuera de la materia de estas notas todo lo referente al derecho que corresponde al adquirente frente al “cónyuge falsario” para ser resarcido del perjuicio sufrido a consecuencia de la pérdida del bien o del derecho adquirido y también lo referente al patrimonio sobre el que puede obtener el resarcimiento que le fuese reconocido. Tampoco me ocuparé del comentario acerca de los medios de defensa de que dispone el cónyuge ocultado frente al cónyuge falsario cuando su acción de anulación resultase ineficaz frente un tercero subadquirente, que hubiese adquirido derivativamente de quien adquirió del falsario y pudiese gozar de la protección del tercero adquirente de buena fe por título oneroso, o de los medios de que dispone, al margen del ejercicio de la acción de anulación, para evitar la consumación del daño sufrido y la del enriquecimiento fraudulento.

A este caso presto atención pues parece que se carece de medios para evitar anticipadamente, sin que concurran dudas de ninguna clase y de ningún alcance, el riesgo de inexactitud o falsedad en la manifestación de estado de soltero y en consecuencia el de la posibilidad de ejercicio con éxito de acciones impugnatorias por un cónyuge ocultado cuyo éxito provoque la ineficacia de un acto o contrato dotado inicialmente de apariencia de validez y de eficacia. Sin perjuicio de la posible firmeza que a la adquisición pueda prestar la efectividad de la protección que del sistema de publicidad registral resulta a favor de los subadquirentes, a los que adquiriesen del adquirente del “cónyuge falsario”, en cuanto concorra en ellos la cualidad de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe; conviene contemplar el problema desde la perspectiva notarial y desde la finalidad de seguridad que del otorgamiento debe resultar a favor del que asumiese, sin tener conocimiento de ello, el doble papel de ser parte en el acto o contrato que celebra para realizar una adquisición y de ser tercero respecto del título por el que su transmitente adquirió (con ocultación de su estado civil y del régimen matrimonial de comunicación) el bien o el derecho objeto de su adquisición.

He empleado la hipótesis del casado falsario al manifestar que su estado civil es el de soltero por la simplicidad del supuesto y la facilidad de situar en el conflicto a los afectados por él para apuntar las diversas consecuencias que se siguen o se pueden seguir de la ocultación del estado civil de casado normal o de “casado no separado judicialmente”; pero

no olvido lo que se dejó indicado acerca de la imposibilidad de buscar en la práctica ningún remedio que permita un mayor grado de seguridad que la que resulta de la confianza en la veracidad de quien se manifiesta soltero. Repito, utilizo el caso por la facilidad y claridad de la exposición de la inexacta manifestación y de sus consecuencias.

b) Se manifiesta casado (tanto da que formule la manifestación simple de estar casado como la compleja de estar casado no separado judicialmente).

b-1) Régimen legal / régimen capitulado.

Respecto del casado no separado judicialmente que esté bajo régimen legal de gananciales (al referirme a este régimen en lo sucesivo entiéndase que me refiero a todos los regímenes de ganancias, de conquistas, de comunidad o de comunicación) no es pensable que una vez manifestado el estado civil de casado realizase una manifestación falsaria respecto del régimen económico de su matrimonio, o al menos no parece que pueda realizarse con facilidad ni que pueda presentarse en la práctica con frecuencia, es causa de ello la necesidad de probar de forma auténtica la vigencia de un régimen distinto al legal de gananciales. En el caso, muy diverso, del casado bajo un régimen de separación que declarase como vigente el régimen de gananciales no parece que esta inexacta declaración genere riesgos que afecten a terceros o puedan perjudicarles, esto es, no parece que esta inexactitud tenga trascendencia práctica, a lo que ahora nos interesa, en el sentido de generar un riesgo perturbador de la seguridad jurídica; en este supuesto sufre la perturbación quien manifestó inexactamente como vigente el régimen de la sociedad de gananciales pues para enmendar la apariencia resultante deberá contar con la colaboración del cónyuge o deberá aportar la prueba auténtica y fehaciente que la desvirtúe. En cualquier caso, la manifestación simple de la vigencia del régimen de gananciales, o de otro de comunidad, por parte del adquirente de un bien o derecho provoca que el notario que posteriormente vaya a autorizar un acto o contrato dispositivo del bien adquirido con tal carácter requiera la concurrencia del consentimiento de ambos cónyuges; y me parece oportuno recordar la diferencia entre este supuesto de legitimación conjunta y el supuesto de legitimación unipersonal de un cónyuge aunque precise el consentimiento del otro (caso del art. 94 RH, sin otro comentario) para disponer de un bien presuntivamente ganancial.

Volvamos al caso del casado en régimen de gananciales que manifiesta inexactamente estar casado en régimen de separación, acerca de

cuya posibilidad en la vida real manifestamos reservas por la necesidad de la acreditación auténtica del convenio capitular de separación de bienes. Pero este criterio poco propicio a la previsión de la realización práctica del supuesto requiere una aclaración adecuadamente matizada, porque si bien en territorio español en el que rija como legal el régimen de gananciales (u otro equivalente) la cuestión es, según se acaba de señalar, de difícil aparición en la práctica por el contrario sí es posible que ocurra en territorios españoles en los que rija como legal en defecto de capitulaciones, según la legislación civil propia vigente en el lugar del otorgamiento, la separación de bienes tanto porque ocurra la realización de una manifestación inexacta, bien no intencional o bien falsaria, de la que resulte como aparente la vigencia de este régimen de separación, legal en defecto de la celebración de capitulaciones, como porque se aplique la presunción de que el matrimonio manifestado esté sujeto al ordenamiento, o legislación civil propia, de derecho privado vigente en dicho lugar con omisión de los precedentes adecuados para valorar la legislación civil española rectora de los efectos del matrimonio según los puntos de conexión vigentes al tiempo de la celebración del matrimonio; parece fácil imaginar o suponer que la inexactitud puede resultar de la omisión, que puede ser fortuita o intencionada, de las referencias que permitan apreciar la existencia de un punto de conexión determinante del ordenamiento legal rector de las consecuencias patrimoniales del matrimonio que fuese distinto de la residencia actual del compareciente, cuando ésta señalase como vigente en defecto de capitulaciones un régimen de separación mientras que el punto de conexión realmente vigente al tiempo de la celebración del matrimonio determinase la aplicación como legal en defecto de capitulaciones de un régimen de gananciales o de comunidad, y es asimismo fácil aceptar la posibilidad de que este supuesto ocurra en la realidad del tráfico, con cierta frecuencia, en territorios españoles cuya legislación civil propia establezca como legal el régimen de separación y reciban inmigración de casados procedentes de territorios cuyo ordenamiento establezca como legal uno de comunidad o de sociedad; no es difícil suponer el caso de la comparecencia de un inmigrante ya casado procedente de uno de estos territorios de régimen “de comunidad” para realizar en territorio de régimen “de separación” una adquisición onerosa; en el caso que acabamos de describir se da lugar a la inexacta apariencia –o presunción legal– de vigencia del régimen de separación de bienes, legal en defecto de capítulos en el lugar de la realización de la adquisición onerosa, y resulta ocultada la vigencia real del régimen de gananciales o de comunidad aplicable al matrimonio del compareciente desde su celebración según el ordenamiento aplicable en aquel momento a consecuencia del punto de conexión entonces

existente. En todo caso, incluso en el de inexactitud de buena fe por ignorancia, la inexacta manifestación del régimen matrimonial de bienes, sea expresa o sea implícita, por suponerse vigente en defecto de capitulaciones el legal en el lugar del otorgamiento de la adquisición, cuando la inexactitud resulta repetida después en el momento de la disposición posterior del bien o derecho que había antes adquirido el casado aparentemente en régimen de separación y realmente en uno de comunidad, se genera una situación y una problemática análogas al caso de inexacta o falsaria manifestación de estado de soltero por un casado en régimen de gananciales o de comunidad. Incluida la reflexión acerca de la dificultad de obtener seguridad preventiva que evite el eventual juego de la anulabilidad establecida en el artículo 1.322 C.c., de cuya materia hice referencia antes y sobre la que volveré más adelante; pues la señalada dificultad sólo puede superarse mediante la respuesta que proporcione el propio adquirente, cuyas circunstancias hagan aconsejable el intento de averiguación, a las preguntas que al efecto le formule el notario.

b-2) *Dualidad de regímenes capitulados.*

Especial atención merece el caso del casado que manifiesta verazmente su estado civil pero expresa con inexactitud la vigencia actual de un régimen capitulado de separación de bienes, sustituido en la realidad mediante nuevas capitulaciones posteriores por un régimen semejante al legal de gananciales; con ello oculta este último régimen realmente vigente. En este caso de la discrepancia entre el régimen de separación aparente tenido por vigente y el régimen de gananciales o de comunidad realmente vigente surge la posibilidad de consecuencias perturbadoras de la seguridad jurídica que se plantean en el conocido eje que tiene en un extremo al cónyuge oculto (en este caso reconocido en cuanto cónyuge pero a consecuencia de la alegación de la separación de bienes oculto en su condición de partícipe según el régimen realmente vigente) y en el otro a quien adquiere del “cónyuge falsario” (falsario en cuanto al régimen de bienes vigente en su matrimonio) con reflejo desde cada uno de los extremos en un tercer vértice ocupado por el “cónyuge falsario”; la solución del conflicto tiene en este caso el factor, no contemplado en los anteriores, de la existencia de dos escrituras de capitulaciones, la primera sustituida o modificada por la segunda; según el supuesto a que me refiero la primera es la que se alega en el momento de la adquisición y después en el de la disposición, mientras que se mantiene oculta la segunda, mediante la que se modifica o se sustituye la primera que estableció la invocada separación y se establece de nuevo un régimen de ganancias o de comunidad de cuya naturaleza o características resulta la necesidad

del concurso de ambos cónyuges para la disposición de los bienes adquiridos durante su vigencia. La realización del supuesto de hecho contemplado precisa la conservación por el “cónyuge falsario” de una copia autorizada de la “primera escritura de capitulaciones” (aunque ya revocada o modificada) sin que en ella aparezca nota alusiva al otorgamiento de la segunda de modificación o de sustitución, lo que añade ciertas notas singulares al conflicto planteado entre los dos citados extremos del eje. De una parte, el adquirente es un tercero respecto de los cónyuges capitulantes y procede estimar que está protegido frente o respecto de éstos por la apariencia documental auténtica resultante de habersele exhibido la copia de la primera escritura de capitulaciones sin nota de modificación o de revocación como instrumento adecuado para justificar el régimen de separación alegado (arts. 1.218, 1.219 y 1.332 del C.c.) y de otra parte, como argumento que conduce al mismo resultado, podría imputársele al “cónyuge oculto” una cierta responsabilidad en relación con su propia conducta puesto que puede atribuírsele la condición y el trato de cooperante, aunque fuese por omisión, en el conjunto de actuaciones de las que resulta la subsistencia de una copia autorizada de los primeros capítulos, no obstante haber quedado revocados o modificados, sin que en ella aparezca nota expresiva de su modificación o de su revocación; ambas consideraciones, y con especial significado la apuntada responsabilidad, o corresponsabilidad, del cónyuge ocultado, pudieran justificar la pretensión del adquirente de oponer, al amparo de la protección que merece la confianza de buena fe en la apariencia documental auténtica, la correspondiente excepción a la acción de anulación ejercitada por el cónyuge oculto así como el éxito de la conservación de su adquisición. Tampoco es oportuno que intentemos profundizar ahora y aquí en el análisis de este conflicto y en la propuesta de las soluciones que se tienen como más fundadas y de más posible éxito pues nos basta con apuntar el problema cuya solución se encuentra en la posibilidad de evitar la inexacta alegación como vigente de un régimen anteriormente capitulado pero después modificado o sustituido por otro convenido en posteriores capitulaciones, posibilidad que parece realizable mediante el control centralizado de las escrituras de capitulaciones mediante un registro al que pueda accederse para comprobar la vigencia real de las alegadas al comparecer en un otorgamiento.

Creo que puede encontrarse una solución práctica para este caso, cualquiera que sea el texto reglamentario en el tema que nos ocupa; para esta solución puede servir de apoyo la potestad reconocida al Consejo General del Notariado de España para el establecimiento de normas tendentes a la unificación de la conducta de los notarios en el ejercicio de su profesión-función y en la posibilidad de la intercomunicación telemá-

tica entre los notarios y la organización colegial; la solución que imagino susceptible de estudio para su implantación consistiría en el establecimiento de un Registro corporativo de la autorización de escrituras de capitulaciones nutrido con la comunicación del hecho de su otorgamiento y, con la especificación del régimen constituido, por referencia al tipo legal correspondiente o por una muy somera reseña si no coincidiese con ninguno de los regulados en la ley aplicable, y además de aquellas otras circunstancias relevantes como, en su caso, la de ser capítulos de modificación o de sustitución de otros anteriores, sin perjuicio de regular además que el notario autorizante de los capítulos modificados, o el titular del protocolo en el que se encuentren, debe recibir noticia de la novación y a su vez debe comunicar al notario autorizante de las capitulaciones de modificación o de sustitución noticia del número de copias libradas de aquéllas, todo ello para lograr el debido control de las notas extendidas en las copias que se hubiesen expedido de la modificada o sustituida para lograr que se asegure que la modificación o la sustitución se ha hecho constar en todas con la finalidad de impedir su uso en términos tales que pueda causar perjuicio a la seguridad preventiva de justicia. El notario autorizante de la escritura de novación o de sustitución de capítulos dejaría constancia, de la forma que se estimara más adecuada al establecer la normativa, en su matriz de la extensión de las notas referidas en las copias de la modificada o sustituida o de habersele manifestado la pérdida o destrucción de aquella copia en la que no hubiese sido posible extender la nota.

c) Se manifiesta viudo, divorciado o separado judicialmente.

Llegamos al caso de la alegación de estado de viudo, de divorciado o de separado judicialmente, y nos corresponde referirnos a la posibilidad de que la manifestación de ese estado civil sea inexacta o mendaz en perjuicio del cónyuge cuya existencia el compareciente haya ocultado pero que realmente exista.

c-1) Viudo.

La manifestación del estado civil de viudo puede producirse en relación con la comparecencia en una escritura cuyo otorgamiento esté motivado por las operaciones derivadas del fallecimiento del cónyuge, de las que, naturalmente, es presupuesto su prueba mediante el certificado del acta de su defunción, además de la de los otros precedentes justificados como los que resultan de la aportación del emitido por el Registro de Últimas Voluntades y del documento auténtico acreditativo de los llama-

mientos, legales o testamentarios, por título de sucesión *mortis causa*. En este caso la redacción de la comparecencia debe, y puede, ajustarse sin reserva alguna a la previsión reglamentaria, en tanto en cuanto de otras partes del texto del documento resulta la plena justificación de la veracidad del estado civil manifestado.

Otro tanto puede decirse del caso de un negocio dispositivo en el que el disponente manifestase su estado civil de viudo en congruencia con lo que resultase del título de su adquisición, en el que concurriesen las características referidas en el párrafo anterior, aportado para preparar aquél, y de lo demás que fuese procedente. Incluso en el caso de que el viudo hubiese contraído nuevas nupcias parece indiferente, desde el punto de vista de la legitimación resultante de la titularidad del derecho sobre el bien que hubiese sido adquirido por consecuencia del fallecimiento del cónyuge del compareciente y posteriormente fuese objeto de la disposición, que se produzca la manifestación correcta de su nuevo estado civil o la manifestación inexacta de permanecer en viudez, pues por razón del cambio de estado civil no se produce alteración ni en su capacidad para contratar ni en la legitimación dispositiva que le corresponde, ni tampoco resulta afectada ésta ni su apariencia por la manifestación inexacta. Queda a salvo la eventual posible concurrencia del supuesto previsto en el artículo 1.320 C.c., al ser objeto de la disposición el domicilio habitual del nuevo matrimonio. Problema diverso sería el planteado respecto de bienes procedentes de las operaciones realizadas a consecuencia del fallecimiento del cónyuge anterior que posteriormente hubiesen sido materia de un negocio dispositivo para su aportación a un nuevo matrimonio, pues en este caso la cuestión derivaría de la nueva titularidad y legitimación dispositiva sobre el bien (resultante del negocio de aportación si éste alterase la titularidad y la consiguiente legitimación) generadas por el negocio dispositivo de aportación pero no obedecerían, como efecto directo, al cambio de estado civil, ni a la vigencia del nuevo matrimonio.

Aunque concurriesen los supuestos determinantes del nacimiento de la reserva viudal y se produjese la ocultación del segundo matrimonio, o del nacimiento de hijo extramatrimonial del viudo, la adquisición resultante de la enajenación de bienes muebles reservables quedaría firme según las normas civiles, a salvo la obligación del viudo reservista de indemnizar a los hijos del anterior matrimonio por su condición de reservatarios (art. 976 C.c.); por el contrario, si el viudo hubiese enajenado, ya nacida la efectividad de la reserva, bienes inmuebles reservables según su procedencia el negocio dispositivo y el derecho del adquirente serían resolubles si al fallecimiento del reservista concurriesen las circunstancias determinantes de la consumación de la reserva, sin perjuicio de lo dis-

puesto en la Ley Hipotecaria (art. 975 C.c.) de la que resulta la protección del que hubiese adquirido del reservista a título oneroso y de buena fe, sin que la mera constancia en los asientos registrales de los presupuestos de la reserva destruya la buena fe del adquirente; de la Ley Hipotecaria resulta para este caso un tratamiento muy singular pues la privación de eficacia de la enajenación de inmuebles en caso de quedar hijos o descendientes del primer matrimonio al fallecer el reservista se paraliza ante el propio adquirente (parte en la enajenación que no debería subsistir) si no se hubiese hecho constar en el Registro de manera explícita la condición, o cualidad, de reservable del bien; de lo que resulta una especial, o singular, protección al adquirente frente a la eventual claudicación de los efectos de su propia adquisición, protección a la parte y no al tercero (arts. 977 y 978 C.c. y 184 y ss. LH). (Me remito, y vale por todos, a lo que nos dicen los ROCA en el “Hipotecario” y VALLET DE GOYTISOLO en el “Panorama”).

El problema, en relación con la materia de que me ocupo en estas notas, se plantea con toda claridad cuando, en trance de otorgamiento de un acto o contrato dispositivo, el adquirente, el otorgante que adquiere, manifiesta que su estado civil es el de viudo, como simple y mera manifestación. Si concurriese en este adquirente la condición de “cónyuge falsario” se producirían las mismas consecuencias que en el caso del compareciente que manifiesta con inexactitud estado civil de soltero y oculta su matrimonio y surgiría el mismo riesgo en contra de la seguridad jurídica respecto de la posible eventual disposición posterior realizada con invocación del mismo e inexacto estado civil. Pero así como en el caso de la inexacta manifestación de estado civil de soltero no alcanzaba a encontrar solución sencilla (que pudiera ser que exista y se me escape) en el caso de la manifestación de viudez la búsqueda de solución precisa la distinción de dos supuestos de hecho distintos. Uno se refiere al precedente, esto es, al matrimonio anterior disuelto por fallecimiento del otro cónyuge, y el otro a la situación actual, o sea, a la permanencia en viudedad o, diversamente, al cambio de estado civil por la eventual celebración de un nuevo matrimonio. La prueba fehaciente de la disolución del anterior matrimonio, implícitamente reconocido por la manifestación de viudedad, es fácil mediante el correspondiente certificado de defunción del cónyuge del compareciente que se manifiesta viudo. Ahora bien, el texto reglamentario establece que al notario le basta con recibir la manifestación de estado civil de viudo por parte del otorgante y de ello resulta que el notario se conduce “reglamentariamente” al estimar como adecuada y suficiente esta manifestación del compareciente; y resulta en consecuencia como mucho que se encomienda a la prudencia o a la suspicacia del notario, sin responsabilidad “reglamentaria” ni de otra clase, al menos

como tesis general, el juicio u opinión acerca de la conveniencia de llevar a cabo la comprobación de la veracidad de la manifestación o alegación por el compareciente de su estado civil de viudo si lo considerase oportuno fundado en alguna razón o causa que despertase o justificase su desconfianza, a consecuencia de la cual solicite la aportación del correspondiente certificado de defunción. La prueba de la permanencia en estado de viudo, esto es, la prueba de no haber contraído nuevo matrimonio, es una prueba negativa con la misma problemática antes comentada al referirme a la manifestación de estado de soltero. El viudo, en el supuesto que analizo en este párrafo, puede resultar "cónyuge falsario" bien porque todavía exista el matrimonio que manifiesta disuelto o bien porque haya celebrado un nuevo matrimonio; si la suspicacia respecto de la inexactitud apuntada en primer lugar puede resolverse con facilidad mediante la prueba fehaciente del fallecimiento del otro cónyuge la posibilidad de evitar la otra forma de inexactitud tiene, como ya he repetido, la misma dificultad que ocurre en el caso del compareciente que se manifiesta soltero. Parece razonable y útil que se conserve la norma reglamentaria, ajustada a lo que usualmente ocurre; pero no parece inapropiada la llamada de atención a la diligencia a desplegar si así lo aconsejase la percepción de las circunstancias. La negativa del otorgante a proporcionar la prueba solicitada por el notario no justifica la negativa de éste a la prestación de su función profesional, a consecuencia de la regulación reglamentaria, pero no obstante su tenor nada impide que en la parte de la escritura reservada a la narración de sus propias actuaciones el notario autorizante dé cuenta de la falta de aportación de la prueba solicitada.

c-2) *Divorciado.*

La manifestación de estado civil de divorciado puede ser contemplada de manera muy similar a lo dicho respecto del viudo en cada uno de los aspectos o problemas contemplados.

Me parece oportuno destacar una peculiaridad derivada de usos sociales, fomentados por la terminología periodística, que sugieren la duda del empleo de manera apropiada, según su preciso y exacto sentido jurídico, de ciertos términos relacionados con las situaciones de crisis matrimonial. Por ello puede ser muy conveniente que el notario, en trance de autorizar una escritura que presente un título de adquisición por quien manifieste estado civil de divorciado, extreme su prudencia al ponderar la conveniencia de comprobar la veracidad de la existencia de una sentencia firme de divorcio, bien solicitando la aportación del oportuno testimonio fehaciente o bien la del certificado auténtico, expedido por el

Registro civil, del acta de matrimonio con indicación marginal de dicha sentencia; en mi opinión el efecto de esta comprobación, en la práctica, puede considerarse sustituido mediante la acreditación de la vigencia del régimen de separación de bienes entre quienes fueron cónyuges durante el matrimonio que se manifiesta disuelto, bien porque se hubiese establecido por capítulos o porque resultase de una sentencia firme de separación o porque fuese el vigente por disposición legal según la legislación o el ordenamiento civil rector de los efectos patrimoniales del matrimonio conforme a lo establecido por la norma de conflicto aplicable si concurriese el supuesto de conflicto móvil, si bien en este último caso debe atenderse a la completa prueba, por medio apropiado, de la concurrencia en el momento oportuno del punto de conexión determinante del ordenamiento rector invocado. La aceptación de la solución reglamentaria en orden a la suficiencia de la mera manifestación del interesado para dejar constancia del estado de divorciado de quien vaya a ser parte en el otorgamiento no excusa que en el ejercicio diario de su función el notario pueda, en algunos casos, extremar su interés y su delicadeza para obtener su personal convicción acerca de la exactitud de la manifestación de estado civil de divorciado. Vale aquí, pues, lo que apunté al final del anterior apartado c-1).

No parece necesario destacar cómo el notario puede fundar la prudencia de su criterio, al aceptar sin dudas ni reservas la manifestación del otorgante, en su conocimiento directo del compareciente y de sus circunstancias, tanto en el caso del viudo como del divorciado, incluso en la confianza que merece en general cada persona así como en el derecho que le asiste para que se acepte la veracidad de sus manifestaciones, salvo que circunstancias concurrentes despierten razonable suspicacia o desconfianza acerca de su veracidad.

c-3) Separado judicialmente. La inexactitud y sus consecuencias.

La manifestación de la circunstancia de separado judicialmente como estado civil del compareciente, hecha con ocasión de las operaciones que naturalmente siguen, o pueden o deben seguir, a la firmeza de la sentencia, como consecuencia de la nueva situación que se ha creado, en la que tienen su fundamento y su precedente causal, y también con ocasión de los actos y contratos posteriores que tienen como título anterior y justificante de legitimación dichas operaciones, no ofrece dudas ni sugiere problemas, toda vez que la propia sentencia de separación es presupuesto de aquellas operaciones y resulta acreditada como antecedente, según la naturaleza de los hechos, en ambos casos. Tampoco ofrece problemas especiales el caso de la comparecencia de ambos cónyuges invocando,

conjuntamente o de común acuerdo, la sentencia firme de su separación, aunque no la justificasen, porque en principio el reconocimiento de la existencia de una sentencia firme, como reconocimiento o como confesión de la justificación de la ruptura de la convivencia conyugal ocurrida en la realidad y de las correspondientes consecuencias, tendría el valor propio de una válida disposición de voluntad acerca de la vigencia de un nuevo régimen patrimonial de separación de bienes y de la liquidación del disuelto de gananciales o de comunidad y porque, además, ninguno de los cónyuges podría invocar en su propio beneficio y en perjuicio de tercero la inexactitud de la referida manifestación, pues al ser conjunta de ambos la manifestación pueden nacer de ella los naturales efectos entre cónyuges, adecuados a lo manifestado, pero nunca pueden resultar efectos directos o indirectos utilizables en perjuicio de tercero. Dejando al margen el supuesto de que en la inexacta manifestación hubiese participado un cónyuge inducido a error dolosamente por el otro.

Vale también para este caso que pueda abrigarse algún temor provocado por la manera vulgar, usual y periodística, con harta frecuencia inapropiada e inexacta, de emplear términos o expresiones que tienen un preciso significado jurídico expresivo del alcance de las crisis matrimoniales, porque en su uso impreciso o inapropiado puede incurrir el compareciente que manifiesta que su estado civil es el de “separado judicialmente” al comparecer en el otorgamiento de un negocio por el que realiza una adquisición. *Conviene recordar que la manifestación de la situación del casado “separado judicialmente” (digo “situación” porque me parece más adecuada, aunque emplee en lo sucesivo la calificación de “estado civil”, que a pesar de su empleo reglamentario tengo como de dudosa exactitud según adecuada técnica jurídica por la subsistencia del vínculo matrimonial) supone un doble reconocimiento, el reconocimiento de la existencia, de la actual existencia y persistencia, de un vínculo matrimonial y el de la suspensión, no obstante la vigencia del vínculo matrimonial, de alguno de sus efectos como la convivencia personal y también la comunicación de intereses patrimoniales entre los cónyuges, entre los cuales queda en situación de necesaria vigencia el régimen de separación de bienes. Dicho de manera sintética: existe un matrimonio sujeto como efecto legal, en la faceta patrimonial, al régimen de separación de bienes. Si en el caso de manifestar el compareciente que su estado civil es el de casado no separado judicialmente se dispone que debe quedar expresado el vigente régimen económico de su matrimonio, previa su adecuada justificación auténtica si no fuese el legal o previa alegación y justificación del punto de conexión determinante del régimen legal vigente si éste fuese diverso del régimen legal según el derecho propio del lugar del otorgamiento, no se comprende que en el caso, bien*

semejante, de manifestar el compareciente que su estado civil es el de casado separado judicialmente, y que por lo tanto el régimen de bienes de su matrimonio necesariamente es el de separación de bienes, se pueda tener como bastante o suficiente la manifestación de esta situación para considerar justificada la vigencia, respecto del vínculo subsistente aunque en suspenso, del régimen de separación, y no se establece con rango normativo la necesidad de que sea aportada prueba con el mismo valor de autenticidad que el establecido para la prueba del régimen capitulado (que excluye la vigencia del legal) por el casado no separado (por el casado en plena normalidad del vínculo); esta reflexión tiene especial alcance y trascendencia práctica cuando la comparecencia se produce en un territorio de España en el que el ordenamiento civil vigente establezca como legal, en defecto de capitulaciones, un régimen de sociedad o de comunidad entre los cónyuges.

No obstante, la semejanza de los supuestos de hecho, a diferencia de lo establecido para “el casado no separado judicialmente a cuyo matrimonio es de aplicación el régimen capitulado de separación de bienes”, el criterio reglamentario es el de la suficiencia de la manifestación del compareciente de estar “casado pero separado judicialmente” para que el otorgamiento se lleve a efecto bien consignándose de manera explícita, o bien resultando de modo implícito, como vigentes tanto el estado de casado separado judicialmente cuanto, como consecuencia legalmente necesaria, la vigencia actual del régimen de separación de bienes (en lugar del legal de sociedad o de comunidad). Este criterio reglamentario nos plantea, y sugiere, como consecuencia de haber considerado que no es necesaria la prueba fehaciente de la sentencia firme de separación, la necesidad de contemplar, una vez más, el supuesto del “cónyuge falsario” (el intencionadamente inexacto), y también el del “cónyuge equivocado” (entendiendo por tal al que sufre un error, que podría calificarse de excusable o de no imputable, provocado por la usual inexactitud en el empleo diario, ordinario o periodístico, de los términos jurídicos); se trata de supuestos de los que nace, a consecuencia de la inexactitud intencionada o errónea, la apariencia, discordante con la realidad, de la vigencia de un régimen de separación de bienes, que no existe, de cuya apariencia se pueden seguir las mismas consecuencias y efectos que antes estudiamos al ocuparnos del caso de la inexacta manifestación de estado civil de soltero por quien estuviese casado bajo el régimen de gananciales. No podemos dejar de lado la reflexión acerca de la posibilidad de evitar esta inexactitud y los riesgos que genera, especialmente para la seguridad de la contratación y para la del tráfico.

El mero y exacto cumplimiento de la norma reglamentaria en lo referente al compareciente casado judicialmente separado puede causar

grave daño para la justicia o para la seguridad jurídica preventiva, esto es, para la prevención de conflictos o de pleitos o para asegurar anticipadamente que no se planteen, y parece prudente sugerir que se evite, o al menos que se trate de evitar, que sean posibles mediante la diligente actuación del notario en la fase de preparación de la escritura; en efecto puede, y en mi modesta opinión debe, ocuparse de obtener la prueba fehaciente y auténtica de haberse pronunciado la sentencia firme de separación para de esa manera proporcionar a la escritura que autorice no sólo la cualidad de título fehaciente de adquisición de un bien o de un derecho sino también la de título, respaldado de modo o manera auténtica, del que resulte con seguridad la índole o la calificación del bien adquirido según el régimen económico del matrimonio del adquirente realmente vigente de conformidad con lo acreditado con documento fehaciente. Al conducirse de esta manera el notario llegará con su actuación más allá del resultado primario de proporcionar un título adquisitivo válido e inscribible que además puede ser presupuesto suficiente para la celebración de un posterior negocio dispositivo, aparentemente válido y también inscribible, pues habrá llegado al resultado añadido de proporcionar firmeza, con base documental auténtica, a la legitimación resultante de la escritura en su función de título adquisitivo pues de ella resulta, de manera prácticamente absoluta, la imposibilidad del ejercicio de una acción impugnatoria contra el posterior negocio dispositivo que pueda resultar perjudicial contra el tercero adquirente, cuya impugnación tuviese su fundamento en la anulabilidad resultante de la falta de legitimación como disponente del “separado judicialmente” por causa de la omisión en el acto contrato dispositivo del necesario consentimiento de su cónyuge (ocultado por la inexacta alegación de la separación judicial e interesado según el régimen de sociedad o de comunidad realmente vigente); el éxito de esta acción sería posible en el caso de haberse cometido inexactitud al formularse la alegación de estado civil de “casado separado judicialmente” y de resultar real la vigencia del régimen de gananciales o de cualquier otro de comunidad o de comunicación que hiciese necesario el consentimiento del cónyuge del disponente.

Quede claro que al recomendar diligencia en la obtención de medios o presupuestos tendentes a reforzar la seguridad de la firmeza de los negocios dispositivos que en el futuro pueda celebrar quien adquiriese manifestando estado civil de “casado separado judicialmente” no me planteo problema referente a la validez del negocio mediante el que realice su adquisición ni a su eficacia, que será la propia del contrato de que se trate, tampoco cuestiono su condición de título inscribible, sino que planteo la recomendación del celo en la obtención de la confirmación con documento fehaciente de la realidad de la situación conyugal manifesta-

da con la finalidad de reducir la posibilidad, o el riesgo, de que pudieran ser atacados por el “cónyuge del falsario” mediante el ejercicio de la acción de anulación prevista en el artículo 1.322 del C.c., los actos de administración o de disposición otorgados posteriormente por quien antes hubiese adquirido el bien o el derecho objeto de la disposición manifestando, con inexactitud y por hipótesis sin acreditarlo con documento fehaciente, que su “estado civil” es el de casado pero separado por virtud de sentencia firme, esto es, el de “separado judicialmente” según la dicción reglamentaria. Conviene recordar que el éxito del ejercicio por el “cónyuge del falsario” de la acción de anulación priva de efectos al acto de administración o de disposición que resulta anulado; nos basta esta consecuencia sin entrar en otras consideraciones, en particular en el interesante debate acerca de si la anulación se predica del acto de administración o de disposición en su condición de contrato o se predica de sus efectos no obstante la validez de aquél, en el que han terciado diversos autores entre los que cito a los notarios TOMÁS GIMÉNEZ DUART –“La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el art. 1.322)”, *Anales Academia Matritense del Notariado*, conferencia publicada en el tomo XXVIII, 1986–; MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ –“Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen II, 1988–; y RODRIGO TENA ARREGUI –“La pretendida anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 31, 1999–, y al profesor titular de Derecho civil en la Universidad de Oviedo ARTURO MERINO GUTIÉRREZ –“Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial”, *Revista jurídica La Ley*, n.º 3.711, 1995–, y también merecen citarse como comentaristas del 1.322 C.c. a LUIS DíEZ-PICAZO en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, volumen II, 1984; a JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA en “Derecho de Familia”, *Elementos de derecho civil IV*, 1984; a MARÍA JOSÉ HERRERO GARCÍA en *Comentario al Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 1991; me excuso por la omisión de otros trabajos que no he conocido ni manejado. La cuestión que me preocupa se refiere a la situación jurídica en la que se encuentra el que hubiese participado en el “acto de administración o de disposición” actuado por el “cónyuge falsario” como otra parte contratante, en particular como adquirente de bienes o de derechos dispuestos por el falsario; no me ocupo de estudiar la posibilidad de que el adquirente pueda atacar el “acto” por causa de estar su consentimiento viciado por el error en el conocimiento del estado civil o en el del régimen económico del matrimonio del “cónyuge falsario”, ni tampoco de los medios de que pueda hacer uso para lograr el resarcimiento del daño

sufrido por causa de pronunciarse la nulidad pretendida por el “otro cónyuge”; me preocupa en concreto y en particular el alcance de la protección que el sistema registral, o dicho de otro modo que la Ley Hipotecaria, pueda prestar a quien hubiese adquirido un bien o un derecho del “cónyuge falsario” y hubiese obtenido la inscripción de su título adquisitivo, incluso del título de la constitución a su favor de garantía hipotecaria. Se ha sugerido la posibilidad de considerar al adquirente del “cónyuge falsario” como tercero por serlo respecto de la adquisición realizada por éste y por lo tanto como merecedor de la protección que dispensa el artículo 34 LH por consecuencia de calificarlo como tercero frente a un determinado contenido registral, frente a la constancia registral del carácter del bien como propio de un casado separado judicialmente que puede disponer libre y unipersonalmente de él y también se ha argumentado que el adquirente debe gozar de la protección registral, no obstante la anulación de su propio título adquisitivo, puesto que el Registro publica la titularidad del “cónyuge falsario” disponente y debe considerarse irrelevante en perjuicio de un titular registral la inexactitud de su estado civil o la del régimen económico de su matrimonio; pero en contra de esta opinión se apuntan diversos argumentos: uno, que la sentencia por la que se constituya la nulidad del acto de administración o de disposición realizado por el “cónyuge falsario” en virtud de demanda formulada por el “cónyuge ocultado” no anula ni resuelve el derecho del “cónyuge falsario” ni afecta a su titularidad en relación con su condición de otorgante del título oneroso inscrito en el que se ampare como tercero el adquirente; otro, que por la sentencia resulta anulado el acto de administración o disposición que carece del consentimiento del cónyuge ocultado, cuyo negocio dispositivo es el título adquisitivo de quien pretende la protección registral, o sea, el título de la propia adquisición del “titular registral”, cuyo título no resulta convalidado por su inscripción en el Registro y cuya inscripción no beneficia a quien como parte en dicho título hubiese realizado la adquisición que se pretende defender o mantener; y otro, como final, que las circunstancias referentes al estado civil de la persona natural cuyo título adquisitivo se hubiese inscrito no forman parte del contenido registral determinante del ámbito o esfera de la protección que el Registro presta a favor del tercero que adquiere a título oneroso de buena fe, por lo que éste no puede invocar en su beneficio la apariencia que resulta de la mención en un asiento registral del estado civil del titular a cuyo favor se extiende. En la situación actual debe considerarse que la mera manifestación por el otorgante del estado civil de “casado separado judicialmente”, inicialmente al realizar una adquisición y posteriormente al llevar a efecto un acto de administración o de disposición del bien o del derecho adquirido bajo aquella manifestación, no excluye con

el deseable nivel de seguridad el posible ejercicio por el otro cónyuge, cuyo consentimiento fuese necesario según el régimen de bienes realmente vigente en el matrimonio, de la acción de anulación del “acto de administración o de disposición” realizado por el “cónyuge falsario”, y tampoco excluye la posibilidad de que la demanda, o pretensión, de anulación prospere y de que de la sentencia constitutiva de la nulidad resulte procedente la correspondiente restitución, en su caso. Tampoco parece oportuno que estudiemos ahora con detalle el alcance de la sentencia de anulación del acto de disposición consistente en la constitución de hipoteca respecto de la operación financiera de préstamo o de apertura de crédito celebrada simultáneamente y bajo el presupuesto de la efectiva constitución de la garantía; pero dado el carácter eminentemente práctico de estas notas creo bastante apuntar la cuestión y la conveniencia de adoptar las precauciones oportunas para reducir al máximo la posibilidad de incidentes tan poco deseables derivados de la inexacta manifestación por un casado de estar “separado judicialmente” en los momentos sucesivos de adquirir y de disponer. Máxime si recordamos que el tiempo de caducidad de la acción de anulación, o de invalidación, empezará a correr desde el día de la disolución (real) de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato el cónyuge de cuyo consentimiento se hubiese prescindido (art. 1.301, final, C.c.). Sin entrar a analizar con detalle la solidez de los argumentos que se han empleado, al menos sin éxito en lo que respecta a mi convicción, para defender la posición de quien fuese adquirente del cónyuge falsario parece oportuno destacar el fundamento de la opinión, a mi criterio convincente, que entiende aplicable la solución que resulta coherente con las normas definitorias del sistema; fundamentalmente que la protección del sistema registral al tercer adquirente no se extiende, o no abarca, a los datos relativos al estado civil y a la capacidad de las personas (en nuestro caso a la legitimación resultante del estado civil que conste en el asiento registral, en cuanto determinante de modo inmediato de la legitimación) y que el acceso al Registro de la Propiedad de un acto o contrato no le inmuniza de las consecuencias de la decisión judicial que le prive de validez y de efectos por causa de su nulidad, cualquiera que sea el tipo y la intensidad de la nulidad, incluso si se tratase de una sentencia que estableciese con posterioridad a la inscripción la anulación del título inscrito por causa de defecto o falta de capacidad o de legitimación del disponente que, por hipótesis, no constase en el Registro. (Así resulta del *Derecho Hipotecario* de ROCA SASTRE y de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en su 8.^a edición, tomo II, pp. 175 y ss., esp. 179; 266 y 7; 275 y ss., esp. 278; 491 y ss., esp. 494; y destacadamente las pp. 697 y ss. en las que analizan los efectos de la inscripción res-

pecto de los actos y contratos nulos; todo ello coordinado con la doctrina sobre la “legitimación registral” en el tomo I, pp. 536 y 551; en el tomo IV sobre el alcance de la mención del estado civil de la persona a cuyo favor se practique el asiento. También es muy significativa en el mismo sentido la exposición de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en el tomo II de su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, referente a “la ineficacia del negocio jurídico derivada de la nulidad y de la resolución de efectos jurídicos”, pp. 231 y ss., y a “la fe pública registral y los datos relativos al estado civil de las personas”, pp. 404 y ss., esp. 406; resulta muy interesante el comentario que dedica a la RDGRN 20 febrero 1985 y su propuesta de aportación de pruebas que, sin necesidad de otro comentario, deben resultar del título inscribible, tal y como trato de argumentar. GARCÍA GARCÍA, al igual que DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, trata de encontrar solución al caso con apoyo argumental en la condición de tercero que tiene el adquirente del cónyuge falsario respecto del régimen conyugal de bienes; pero como ya analicé antes esta cualidad no anula ni priva de valor y efecto la cualidad, concurrente en la misma persona, de parte en el negocio del que resulta su propia adquisición). Tal es el caso de que el titular registral disponente hubiese sido un cónyuge falsario aparentemente dotado de legitimación suficiente según el régimen matrimonial de separación de bienes aplicable conforme a su manifestado “estado” de casado “separado judicialmente” y de que su adquirente resultase vencido a consecuencia del ejercicio de la acción de anulación ejercitada al amparo del real régimen de sociedad de gananciales o de comunidad de bienes por el “cónyuge ocultado”. Aunque crea más defendible la solución que favorece al cónyuge ocultado en su colisión con el adquirente del “cónyuge falsario” no puedo ignorar la fuerza que en la dialéctica tópica pueden llegar a tener los argumentos de opinión diversa; y sobre todo no puedo prescindir de la posibilidad de que se plantee y surja el pleito, con daño de la paz y de la seguridad jurídica; la seguridad jurídica se logra de manera eficaz evitando, tratando de evitar, que nazca el supuesto de la inexactitud respecto del estado civil de la parte otorgante y, en su caso, del régimen económico del matrimonio cuando no rigiese el legal, bien por causa de capitulaciones o por sentencia firme de separación.

Apuntaba antes el paralelo que a mi juicio existe entre la manifestación del estado civil de casado (no separado judicialmente) a la que se vincula la necesaria expresión del vigente régimen económico de su matrimonio (justificado de modo auténtico si no rigiese en defecto de capitulaciones el legal) de un lado y de otro la manifestación de estado civil de separado judicialmente, que implícitamente supone la declaración de la existencia y de la subsistencia del vínculo matrimonial, no disuelto

pero afectado por la de la existencia de una sentencia firme de separación de los cónyuges, y en consecuencia la de la vigencia del régimen de separación de bienes entre los cónyuges como efecto legal directo e inmediato de la sentencia de separación. Y merece especial atención que si bien el paralelo de los supuestos fácticos entre ambas situaciones jurídicas se aprecia fácilmente a primera vista, por el contrario no se produce la consecuencia de un tratamiento jurídico semejante, de lo que resulta que los fundamentos del tratamiento analógico se truncan pues la vigencia del régimen de separación, en este caso, no precisa, según el texto reglamentario, justificación auténtica, aunque resulte de un hecho diverso de la mera celebración del matrimonio, como es la sentencia de separación, que a efectos del establecimiento del régimen matrimonial de separación de bienes se puede considerar similar al convenio capitular.

Puede suceder que resulte difícil la obtención del testimonio fehaciente y auténtico de la sentencia firme que justifique la veracidad de la manifestación de estado de separado judicialmente o del certificado del Registro civil acreditativo de la constancia al margen del acta de la indicación de la sentencia de separación mientras que por el contrario puede ser fácil la obtención de copia auténtica de la escritura de capitulaciones por la que se hubiera convenido la separación de bienes con anterioridad a la firmeza de la sentencia de separación. Siendo así que la manifestación de estado de separado judicialmente supone la implícita expresión de vigencia del régimen de separación de bienes, su certeza puede obtenerse tanto mediante la prueba auténtica del “estado civil” de separado judicialmente como mediante la prueba de modo inmediato y directo a la vigencia del régimen matrimonial de separación de bienes capitulado en debida forma.

Resulta cierto que la redacción de la norma reglamentaria (del Reglamento Notarial y del Hipotecario) justifica su invocación por el otorgante para obtener que el notario considere suficiente su mera manifestación, con estricto cumplimiento de la norma reguladora de sus deberes en la redacción de los instrumentos públicos, y para que en base a ella el notario deba proceder a la autorización de la escritura; pero no obstante este efecto de la norma reglamentaria estimo que nada impide que el notario pueda solicitar la aportación de un medio auténtico de prueba de la sentencia firme de separación (inmediata mediante el correspondiente testimonio judicial o mediata mediante certificado de su constancia en el Registro civil) o de prueba de la vigencia del régimen de separación capitulado y que pueda consignar en la parte de la escritura reservada a la narración de sus propios actos que ha solicitado y que no se le ha facilitado la prueba fehaciente de la separación judicial o la de la vigencia del régimen de separación, con el detalle que juzgue oportuno, e incluso si

lo creyese conveniente que ha advertido del riesgo, no excluido, de la inexactitud del estado civil manifestado y de lo demás procedente. Escapa al carácter de estas notas el estudio de la conducta que debe seguir el notario en caso de conflicto entre su conocimiento directo de la realidad y la declaración discordante del pretendido otorgante; me parece apropiado que el notario niegue la autorización de la escritura solicitada a consecuencia de contener el otorgamiento de un acto o contrato anulable o claudicante, salvo aceptación expresa de su riesgo por la otra parte contratante.

F) Conclusiones

A modo de conclusión podemos señalar:

La manifestación de estado civil de soltero es suficiente según la regulación reglamentaria y debe ser aceptada como cierta; y sólo en caso de suspicacia provocada por información o ciencia privada podría insistirse en la depuración de su certeza, previa a la decisión acerca de la procedencia de la autorización. A salvo la aceptación por la otra parte de la suficiencia de la manifestación tenida por dudosa y de las consecuencias de su inexactitud.

La manifestación de estado civil de casado, sin alegación de la existencia de sentencia de separación de personas, comporta conforme a la previsión reglamentaria la necesidad de expresar, en todo caso, el régimen económico del matrimonio, y si éste no fuese el legal sino que fuese uno capitulado debe acreditarse en forma auténtica, mediante copia autorizada sin nota de novación o de sustitución de la escritura, haberse convenido las correspondientes capitulaciones, que deben identificarse además de relacionar o reseñar resumidamente el régimen capitulado. No debe olvidarse la posibilidad del conflicto móvil por cambio del punto de conexión personal cuando el punto de conexión aplicable al tiempo de la celebración del matrimonio señalase como legal un régimen de comunidad o de ganancias y el punto de conexión actual, al tiempo de la comparecencia y del otorgamiento del acto o contrato de adquisición y en su caso de disposición, señalase como legal un régimen de separación, puesto que como es bien sabido la alteración de la circunstancia de hecho que provoca un cambio de punto de conexión no produce por sí sola cambio en la legislación aplicable a las consecuencias del matrimonio y en particular en el régimen matrimonial de bienes, cuyo cambio sólo puede ocurrir, de conformidad con nuestro sistema de normas de conflicto, a consecuencia de capitulaciones; con independencia de que el cambio del punto de conexión pueda suponer el nacimiento de la legítima y lícita

posibilidad de modificar mediante el otorgamiento de capítulos el régimen matrimonial de bienes. A este respecto resulta muy apropiada la llamada de atención acerca de la conveniencia de utilizar el documento de identidad del compareciente como medio idóneo para conocer antecedentes (lugar de nacimiento) que sugieran la oportunidad de solicitar manifestaciones adecuadas para el conocimiento de los puntos de conexión operativos y determinantes del ordenamiento rector de las consecuencias que deben seguir a la celebración del matrimonio según la norma de conflicto que señale la ley, o el ordenamiento, aplicable entre las distintas legislaciones civiles vigentes en el territorio de España.

La manifestación de estado civil de “separado judicialmente” realizada por un adquirente aunque sea suficiente según la norma reglamentaria para que se redacte y autorice la escritura, puesto que parece que da por supuesto la suficiente acreditación del régimen de separación, de necesaria vigencia por consecuencia de la sentencia firme de separación del matrimonio, puede no obstante, en ocasiones debe, provocar en el notario la preocupación de la conveniencia o necesidad de solicitar y de obtener la certidumbre de esta alegación, puesto que si fuese inexacta y si el régimen del matrimonio fuese realmente uno de comunidad o de ganancias se generaría una situación de incertidumbre jurídica en perjuicio de quien en el futuro, o en lo sucesivo inmediato, adquiriera del manifestante. Si el “otorgante” insistiese, con amparo en lo establecido en la norma reglamentaria, en la suficiencia de su mera manifestación para que el notario proceda de conformidad con lo manifestado, y por acatamiento de la norma reglamentaria, a redactar y a autorizar la escritura y por lo tanto no obtuviese resultado la solicitud de prueba fehaciente formulada por el notario me parece aconsejable, lo repito una vez más, dejar constancia de dicha solicitud y de su fracaso en la escritura, tanto en la de adquisición como en la posterior de disposición, especialmente si ambas fuesen autorizadas a seguido, sin solución de continuidad (por ejemplo, si a la compraventa siguiese un préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca comprada). Si la ciencia o conocimiento personal del notario le proporcionase la convicción de que el acto o contrato celebrado en el otorgamiento de la escritura pudiera ser anulado, fuese claudicante en sus efectos, podría manifestar su negativa a la autorización de la escritura, salvo que la otra parte contratante, en atención a la peculiar anulabilidad establecida en el artículo 1.322 C.c., y a la limitada legitimación para demandarla, asumiese expresamente el riesgo y consintiese el otorgamiento.

La problemática del “casado separado judicialmente” puede manifestarse de manera diversa en aquellos territorios en los que según el ordenamiento de derecho civil en ellos vigente el régimen legal en defecto de

capitulaciones es el de separación de bienes puesto que en tal supuesto la manifestación de vigencia del régimen de separación de bienes por efecto de la sentencia de separación de los cónyuges se superpone en plena coincidencia con la vigencia legal del régimen de separación en defecto de capitulaciones; sin embargo, respecto de estos territorios no es vano el recuerdo a la posible existencia de un supuesto de conflicto móvil y a la posible vigencia, real y ocultada, de régimen de ganancias o de comunidad según el punto de conexión originario. Y es apropiado recordar que las Resoluciones de la Dirección General citadas antes se referían, todas ellas, a escrituras autorizadas en territorio de vigencia del Derecho civil de Cataluña en cuyo texto no se hacía referencia alguna a la circunstancia de que al otorgante separado legalmente le fuese aplicable como derecho personal por su “vecindad civil”, actual o al tiempo de contraer el matrimonio en la actualidad judicialmente separado, la legislación civil de otro territorio de España.

Todo lo dicho no resta un ápice a la conclusión latente en todo lo argumentado hasta aquí, pues creo que sería deseable establecer en la norma reglamentaria para el caso de casado separado legalmente la necesidad de prueba fehaciente o auténtica de la sentencia firme de separación de personas o de la vigencia del régimen de separación de bienes de manera semejante a lo establecido para el casado en situación de normalidad matrimonial (normalidad aparente o no separado por sentencia firme) cuyo régimen matrimonial de bienes resultase convenido en capitulaciones y no fuese el legal en defecto de capítulos.

En relación con la manifestación de estado civil de divorciado realizada por el otorgante de una adquisición, como en la de viudo, podemos repetir la conclusión referente al soltero y recordar la diferencia entre la ciencia propia que proporcione certeza, o sospecha viva razonablemente fundada, acerca de la inexactitud del estado manifestado y la mera suspicacia de posible inexactitud. En principio procede observar lo dispuesto en la norma reglamentaria; sólo la prudencia y la viva suspicacia pueden aconsejar al notario la petición de prueba fehaciente de la disolución del matrimonio anterior, si bien debe prevalecer la invocación de la norma reglamentaria por parte del otorgante, sin perjuicio de las precauciones, ya apuntadas, que puede adoptar el notario para constancia de sus precauciones fallidas. Y quede a salvo la prudencia de la negativa a la autorización si tuviese certeza al menos moral del carácter anulable o claudicante del acto o contrato otorgado y así conviniese a la otra parte, que por el contrario podría asumir expresamente el riesgo de anulación o de claudicación de efectos y consentir el otorgamiento.

Y, en general, recordar que quedan fuera de la preocupación que motiva estas notas las cuestiones nacidas de modo directo de la legitima-

ción para disponer del titular según la índole de su derecho, aunque haya cambiado su estado civil entre el momento de adquirir y el de disponer.

Entiéndase que las reflexiones que dejo hechas no deben entenderse tanto como una crítica del texto reglamentario, a salvo la que merece en el caso del “casado separado judicialmente”, sino como una llamada para estimular la preocupación en el ejercicio del arte de notaría con la finalidad de que la intervención del notario proporcione la mayor seguridad posible a las posiciones adquiridas a resultas del otorgamiento de escrituras y así prevenir y evitar conflictos que puedan surgir en el futuro y para que esa preocupación tenga su adecuado reflejo en el ejercicio del control acerca de la veracidad, o legalidad, del estado civil manifestado por el otorgante previo a dejar constancia en la escritura que pretenda otorgar de su manifestación, acompañada de la justificación adecuada a las circunstancias de cada caso. En particular en el caso del compareciente que manifiesta que su estado civil es el de “casado separado judicialmente”, en relación al cual puede ser muy apropiado, y me permito aconsejarlo, al uso de las facultades que competen al Consejo General del Notariado para la unificación de la práctica si no adoptase una regulación reglamentaria similar a la del casado, no separado por sentencia, en régimen capitulado.

Noviembre 2000.

LA NATURALEZA DE LA DONACIÓN

JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO

SUMARIO: I. CUESTIONES QUE PLANTEA. II. LAS DONACIONES ORDINARIAS ENTRE VIVOS. III. LAS DONACIONES A CAUSA DE MUERTE. IV. NÚCLEO DE LA TESIS DEFENDIDA.

I. Cuestiones que plantea

En la doctrina reina cierta confusión derivada de la variedad de opiniones sobre la naturaleza de la donación; la desorientación se extiende a su régimen jurídico, ya que éste depende de la naturaleza del instituto y, en cierta medida asimismo, la determina. Por ejemplo, cabe preguntar: ¿son revocables en vida del donante *ad nutum* las donaciones *mortis causa*?, ¿cuándo se perfecciona la donación inter vivos, al emitirse la aceptación por el donatario, al llegar ésta a conocimiento del donante, o al ser entregada la posesión de la cosa?, ¿es la donación un contrato, un modo de adquirir, o es, a la vez, uno y otro?; ¿en qué consiste el *ani-*

mus donandi?, ¿se identifica con “la mera liberalidad del bienhechor” (art. 1.274)?; si esta “mera liberalidad” es la causa de la donación, ¿el ánimo de remunerar “a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles” (art. 619) representa una concausa? O, por el contrario, ¿no pasa de ser un motivo prevalente tenido en cuenta por la ley? Cabe asimismo preguntar: ¿se originó la donación de la renuncia traslativa? En este caso, e imaginando que lo único que le añade la donación es el *animus donandi* frente al *animus dereliquendi* de la renuncia, ¿será la donación un modo de adquirir y no un contrato por el vestigio que le queda de renuncia? ¿Es, por ello, la tradición en la donación equivalente a la ocupación que sigue a la renuncia? ¿Explicaría lo indicado que la donación figure entre los modos de adquirir? ¿Es la donación un contrato más, que necesita o que no necesita la tradición para transmitir la propiedad?, ¿es un contrato especialísimo revocable en ciertos casos sin incurrir por ello en la indesistibilidad unilateral de los otros contratos (art. 1.256)? (1). Muy especialmente, ¿son las donaciones *mortis causa* revocables *ad nutum* en vida del donante? En el caso de que sí, ¿qué tienen entonces de contratos? ¿Son estas donaciones una especie de testamentos otorgados sin las solemnidades exigibles para éstos? ¿Se convierten tras la muerte del donante, partiendo de que, en efecto, sean donaciones y no testamentos, en instituciones sucesorias, como son el legado o la herencia? ¿En qué “participan” (art. 620) de “la naturaleza de las disposiciones de última voluntad”, ¿participan en la necesidad de observar las formas de los testamentos y no las de las donaciones? ¿Es en ellas relevante, si es que no son contratos sino testamentos, la voluntad de aceptarlas del donatario o, por el contrario, ésta es irrelevante, dado que la donación a causa de muerte es, en rigor, un testamento en que lo que vale es la voluntad unilateral del donante? ¿Ha liquidado el Código civil, por la vía de su equiparación a los testamentos, las donaciones *mortis causa*? ¿Cabe permitir que éstas sean aceptadas, no solamente en vida del donante, sino incluso tras su muerte? En este caso, ¿qué les queda de contrato, teniendo en cuen-

(1) Piénsese al respecto en la donación a causa de muerte y en la de entre vivos con reserva de la facultad de disponer. Amén de estos tipos de revocabilidad general, la donación es el único contrato que, por ser gratuito, admite siempre causas tipificadas por la ley de revocación (sobrevivencia o superveniencia de hijos, indignidad, ingratitud). Esta mayor, por no decir única, revocabilidad de la donación frente a los demás contratos (onerosos) ha hecho que la doctrina la relacione, la conecte y la asimile a la sucesión hereditaria. CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Venezuela, 1971, subraya esta tendencia de la donación a la revocabilidad, bien legal en casos concretos, bien establecida a través de la reserva de disponer de algunos bienes donados. Dice RUGGIERO, *Istituzioni*, III, 6.ª, Messina-Milano, s.f.p., que las donaciones a causa de muerte deben ser entendidas revocables por participar de la naturaleza del testamento y serles aplicables en parte las disposiciones sucesorias.

ta que la celebración de éste exige que el consentimiento (art. 1.261,1.º) se integre con la fusión de la oferta con la aceptación de dos voluntades vivas, y no en que una de ellas no exista ya por el fallecimiento del emitente?

Si las donaciones a causa de muerte no son, en efecto, contratos sino testamentos encubiertos con la apariencia de una donación, ¿por qué figuran dentro del capítulo sobre donaciones (arts. 618 y ss.)? ¿Son donaciones *cum premoriar* o *si premoriar*? Por otra parte, ¿cómo explicar las abundantes contradicciones (p. ej., arts. 623 y 629) del legislador? ¿De qué sirve la ley cuando, como en la regulación de la donación, está llena de ambigüedades y antinomias? ¿Cómo entender que se incluyan las donaciones entre los modos de adquirir la propiedad (arts. 609 y ss.) y se las trate como contratos? ¿Por qué el legislador silencia la necesidad, o no, de la tradición en la donación? ¿Este contrato es productor de obligaciones o transmite directamente la propiedad? Además, ¿son, en efecto como cree la doctrina, las liberalidades de uso figuras que no son donaciones o, por el contrario, lo son? ¿En qué o cómo nos pueden orientar los precedentes históricos, también ambivalentes y contradictorios? ¿Son donaciones todas las que producen un empobrecimiento voluntario en el donante y un correspondiente enriquecimiento en el donatario?, o ¿son además donaciones aquellas en las que el empobrecimiento y el enriquecimiento no son iguales, de modo que entre ellos no hay correspondencia? Por esto mismo, ¿es donación el comodato, el pago por tercero, el pago a sabiendas de lo indebido, el pago a sabiendas de la deuda prescrita, la construcción en suelo ajeno con materiales propios para que los materiales accedan al dueño del terreno o, a la inversa, la construcción con materiales que se saben ajenos en suelo propio para que éste acceda al dueño de los materiales? ¿Es donación la venta a precio inferior al real para regalar la diferencia al comprador?

¿Qué método seguir para descubrir la naturaleza de la donación a causa de muerte y distinguirla del testamento? ¿Vale guiarse, para ello, de la forma? ¿Puede decirse: tal acto exige las solemnidades del otorgamiento del testamento, luego, aunque parezca una donación es, en realidad, un testamento? O, por contra, ¿el valor que deba atribuirse a la forma es meramente indicativo pero no demostrativo?, ¿es la donación *mortis causa* un pacto sucesorio?

Para analizar estas cuestiones, en cuanto aclaratorias, de la naturaleza de la donación, conviene empezar por las donaciones que los romanos llamaron “ordinarias”, es decir, nuestras donaciones *inter vivos*. Ello es conveniente porque son actos más sencillos y, por ello, más comprensibles que las donaciones a causa de muerte.

II. Las donaciones ordinarias entre vivos

Son donaciones entre vivos aquellas que han de generar efectos en vida del donante. Esto implica que los efectos pueden eventualmente retrasarse hasta su muerte, siempre que se produzcan retroactivamente durante su vida. En las donaciones entre vivos el donante quiere desprenderse en vida de un bien para que lo adquiera el donatario, sin recibir, por ello, a cambio una prestación correspondiente. Esto implica que su finalidad no es, o no es solamente, deshacerse del bien donado sino que es, o es sobre todo, que el donatario lo obtenga. Esto supone que en estas donaciones existe un *animus donandi*, que es “la mera liberalidad” del donante (art. 1.274). Esta regla, sin embargo, queda matizada al admitirse que, al lado de la causa meramente liberal, pueden operar otras concausas o, al menos, ciertos motivos tenidos en cuenta por la ley: así, por ejemplo, las donaciones remuneratorias son donaciones ordinarias en las que la causa de liberalidad no es “mera”, aislada o simple, sino asociada a un motivo prevalente, cual es regalar “a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles” (art. 619). Mediante ellas se pueden cumplir obligaciones naturales, en cuanto permiten remunerar servicios que no se deben jurídicamente sino sólo en el fuero de la conciencia. Así, por ejemplo, si la deuda por un servicio prestado ha prescrito, el pagarla es una donación remuneratoria de su importe.

En las donaciones ordinarias es esencial el *animus donandi*. Éste se compone de dos elementos, que, son, primero, el dejar, abandonar o renunciar la cosa donada *para regalarla* (no regalarla para quitársela de encima); segundo, querer desprenderse de ella *en vida* del donante. Si éste quiere conservarla en vida y dejarla tras su muerte, no tiene voluntad de donar sino de instituir un legado sobre la cosa. Por ello, su entrega *traditoria* en vida del donante es el elemento constitutivo del *animus donandi*.

La donación entre vivos se parece a la renuncia traslativa, pues las dos conllevan la pérdida del dominio (donado, renunciado). Sin embargo, el donante quiere regalar la cosa y con esta finalidad la abandona. O, si se prefiere, quiere transmitir la propiedad y con esta finalidad la renuncia. En cambio, el renunciante quiere solamente dejarla, sin interés en que sea adquirida por un tercero. Ni siquiera en la renuncia traslativa, en la que el renunciante nombra un beneficiario para que ocupe la cosa y así adquiera la propiedad, hay otro interés que el desprenderse del dominio.

En la renuncia traslativa hay una *propuesta*, que no una oferta, emitida por el renunciante y dirigida al beneficiario, para que éste adquiera

el derecho de propiedad renunciado. Tal propuesta no es una oferta porque no es susceptible de aceptación. En efecto, el beneficiario adquiere si no rechaza la propuesta, pero no puede aceptarla. Y no puede porque la renuncia es independiente de la eventual posterior ocupación. Por virtud de ésta, se adquiere no la propiedad renunciada, sino otra equivalente, pues la ocupación es un modo originario de adquirir la propiedad. En rigor, el renunciante no transmite el derecho renunciado, sino que solamente lo extingue. Como no hay en la renuncia oferta ni aceptación ni transmisión ninguna, ella no es un contrato sino solamente un *acto* que suele dar lugar a otro acto, que es la ocupación (2).

En cambio, la voluntad del donante, que “renuncia a su derecho de propiedad” para regalarlo, es *transmitirlo* al donatario. Esta voluntad de transmitir exige una oferta (del donante). Además, nadie puede recibir de otro un derecho sin su consentimiento (art. 1.257,2.º). Por ello, amén de la oferta es necesaria la aceptación (3). En este aspecto, la donación es un contrato (4) por virtud de la fusión de la oferta y la aceptación en

(2) Sobre el particular puede cfr. mi libro *La renuncia a los derechos*, Barcelona, 1986.

(3) VALVERDE, *Tratado*, III, 2.ª, Valladolid, 1920, pp. 390-391, exige para la validez de la donación que la aceptación sea expresa. No vemos por qué no cabe la aceptación presunta, derivada de la conducta concluyente del donatario de recibir el beneficio o regalo, sobre todo teniendo en cuenta que rigen supletoriamente las reglas generales de los contratos (art. 621). Es más, la donación manual, o sea, con entrega simultánea a su celebración de la cosa mueble donada, está muchas veces en el uso de los negocios acompañada de un elocuente silencio. Piénsese en la propina o la limosna, donaciones manuales por excelencia que muchas veces se dan sin mediar palabra. Sin embargo, en el derecho francés se necesita, según JOSSERAND, *Derecho civil*, III-3, trad. esp., Buenos Aires, 1951, p. 38, la aceptación expresa. También HUC, *Code civil*, VI, París, 1894, p. 238.

(4) Actualmente se va abriendo paso la doctrina de la donación como contrato, admitiendo o no que además sea un modo de adquirir la propiedad. PUIG PEÑA, *Tratado*, IV-2, Madrid, 1946, p. 168, advierte que la calificación de la donación como modo de adquirir la propiedad es un error procedente del derecho romano. Este concepto de la donación, “que perfiló Justiniano, no tuvo, sin embargo, aun en la misma Roma, el pleno asentimiento de los jurisconsultos; posteriormente se hizo observar que, aparte de que la donación no siempre transmite la propiedad, pues caben perfectamente las donaciones obligacionales y las liberatorias, no se puede decir que el negocio donacional verifique siempre el transferimiento del dominio; pues, si ello es cierto cuando se trata de una donación manual, no lo es, en cambio, en el resto de sus aplicaciones donde no es más que la justa causa que precisa de la tradición”. PLANIOL y RIPERT, *Traité*, V, París, 1933, p. 13, consideran la donación un contrato solemne. BONNECASE, *Précis*, III, París, 1935, p. 347, conceptúa la donación ordinaria de contrato real en el que no es necesaria la tradición para transmitir la propiedad. Pero, en contra TORRENTE, “La donazione”, en *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* por CICU y MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p. 142, que concibe la donación como un contrato solemne y traslativo de la propiedad de cosas, conceptúa la entrega de la posesión en la donación manual como un necesario acto de tradición. Por su parte, JOSSERAND, *Cours*, III, París, 1930, p. 716, entiende tan esencial la tradición para la perfección de la donación que ella —dice— “da vida a la liberalidad”. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, II, Madrid, 1852, p. 286, sostiene que la aceptación del donatario y la aplicación supletoria de las reglas generales de los contratos a la donación muestran que ésta

vida de las partes (art. 1.261,1.º). En ello se diferencia de la renuncia, que es –como se indica– un acto.

No obstante estas diferencias, la donación tiene algún elemento de la renuncia; pues el donante necesita desprenderse previamente de la cosa. Puede donarla porque *antes* la ha renunciado. Si descomponemos los elementos simples de la donación, encontramos una renuncia seguida de la transmisión del derecho renunciado. Tal transmisión determina –como se ha expuesto– la naturaleza contractual de la donación. Además, hace necesaria la tradición e insuficiente la ocupación (modo éste de adquirir tras la renuncia). Esta es la regla general. Una excepción notable se encuentra en el supuesto en el que el donatario tuviese previamente la posesión, p. ej., como comodatario o depositario. En tal caso el donante no podría trair, ya que para ello necesitaría entregar la cosa, lo que es imposible por tenerla el donatario. Entonces la donación produce una interversión del concepto posesorio: el comodatario o depositario deja de serlo para convertirse en propietario. No habiendo habido entrega de la posesión, no hay tradición. Y, frente a esta conclusión, no vale argumentar que el

es un contrato. En esta idea de que la donación es un contrato como otro cualquiera insiste CASTÁN, *Derecho civil*, IV, 14.ª, Madrid, 1988, pp. 217-223, quien manifiesta que la donación no es un modo de adquirir la propiedad, como lo son el hallazgo o la ocupación por ejemplo, sino un contrato en sentido estricto como la compraventa, el arrendamiento o la permuta. Se trata de un contrato y no de un acto adquisitivo por las siguientes razones: 1.ª La donación no transmite por sí sola la propiedad, sino que es solamente el título que necesita para ello además de la tradición, tal y como ocurre en la compraventa. 2.ª Porque mediante la donación puede no solamente transmitirse la propiedad, sino cualquier otro derecho real limitativo, cederse un crédito, liberar una carga o extinguir una deuda. 3.ª Porque la donación exige el consentimiento propio de los contratos, mediante la aceptación del donatario (arts. 618, 623, 629). 4.ª Porque ella se rige supletoriamente por las reglas generales de los contratos (art. 621). 5.ª Porque se explica su calificación de “acto” (art. 618) a un error de Napoleón, que creyó que los contratos unilaterales (que exigen como todos los demás la fusión de dos voluntades que son la oferta y la aceptación), en cuanto productores de obligaciones sólo en una de las partes (aquí en el donante), no son contratos sino actos. 6.ª La donación además tiene una causa contractual, que es “la mera liberalidad del bienhechor” (art. 1.274). Sin embargo y parcialmente en contra MANRESA, *Comentarios al C.c.*, V, Madrid, 1972, pp. 126-130, matiza en el sentido de añadir que la donación no solamente es un contrato, sino además un modo de adquirir la propiedad, en cuanto su naturaleza gratuita la acerca a las sucesiones por causa de muerte, que son modos de adquirir y no contratos. Probablemente sigue aquí la opinión de BONNECASE, *cit.* BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, pp. 103-108, califica la donación, no de acto sino de contrato, con la consecuencia de ser irrevocable. Pero hace punto y aparte de las donaciones a causa de muerte, que más bien las emparenta con los testamentos. Un trabajo de la misma época es el de FERRANDIS, “Donación traslativa y contrato de donación”, en *Rev. der. Uni. de Madrid*, IV (n.º 7, 1960), pp. 329-361 y 579-609, en el sentido de entender la donación manual un *acto* (no contrato), que no necesita aceptación ni tradición; cosa ésta harto debatible, pues la donación de cosa mueble con su entrega simultánea es un contrato con aceptación posiblemente presunta y tradición coetáneas. Posteriormente DE LOS MOZOS, “La donación en el Código civil”, en *Rev. der. priv.*, LV (enero-diciembre, 1971), pp. 803-821, tipifica la donación como contrato traslativo de la propiedad de cosas (sólo de cosas) de carácter solemne.

donatario recibió la posesión en su día del dueño como consecuencia del contrato de comodato o de depósito; pues la consiguió entonces sin ánimo del comodante o depositante de transmitir la propiedad. De modo que no hubo entonces tradición por faltarle el elemento espiritual. Tras la donación este ánimo existe, pero no hay entrega por tener ya la posesión el donatario, de modo que tampoco hay tradición por faltarle ahora el elemento material. En tal caso se actúa por la ocupación, en base a la donación, una adquisición originaria (5). Este modo de adquirir por donación, típico de la renuncia, se explica por lo que la donación tiene de ésta. En los contratos onerosos el accipiente nunca adquiere por ocupación, como en la donación a veces, aunque tuviese anteriormente a su celebración la posesión. Primero, porque al haber en ellos un precio de adquisición, están distanciados de la renuncia traslativa (que es gratuita) y con ella de la ocupación. Segundo, porque aquellos contratos transmiten derechos reales necesariamente mediante la tradición (art. 609,2.º). Por esto, es mejor entender que la adquisición no se produce nunca por ocupación, sino por virtud de una tradición; en la cual primero el depositante o el comodante entrega como tal la posesión y luego le añade la voluntad de transmitir el derecho real tras la celebración del contrato traslativo.

Cuando el depositario o el comodatario recibe gratuitamente un derecho real limitativo, ya no es posible la ocupación (sólo para la propiedad, art. 609,1.º). Tampoco cabe la tradición por lo anteriormente explicado. En este caso –solamente– la donación deviene un contrato real, que transmite por sí solo sin necesidad de tradición (art. 609,2.º), ya que ésta es aquí impracticable por tener la posesión el donatario.

El que la donación dé lugar normalmente a la tradición, pero a veces a la ocupación muestra que: 1.º La ocupación es el modo de adquirir de mínimo, que está en la base de todos y cada uno de los modos de adquirir. 2.º *La tradición es una entrega con la voluntad de transmitir el derecho a la que sigue una toma de posesión, la ocupación.* 3.º Este esquema explica que la donación, pese a ser un contrato, no esté incluida en los otros contratos que precisan la tradición. La donación está entre el párrafo 1.º del artículo 609 relativo a la ocupación y el párrafo 2.º relativo a la tradición. En todo caso, la posesión del donatario para adquirir derivativamente el derecho donado u originariamente otro derecho equivalente

(5) La adquisición originaria crea un nuevo derecho de propiedad a favor del adquirente. Pero este derecho no es sino una copia exacta del que tenía el dueño, que se extingue a su vez a consecuencia de la constitución de esa idéntica nueva propiedad. Esta construcción permite que los derechos reales o personales que gravaban la propiedad inicial subsistan en el nuevo propietario; pues lo contrario entrañaría una disparatada injusticia. Totalmente de acuerdo, SANZ FERNÁNDEZ, *Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 406.

es esencial. La toma de posesión suele producirse por la tradición, aunque también por la ocupación a falta de la tradición. En la donación verbal de cosa mueble con *entrega* simultánea, la tradición es real. En la donación de bienes inmuebles, que ha de hacerse en escritura pública (art. 633), hay una tradición legal (art. 1.462,2.º); pues el artículo 621 permite la aplicación analógica a la donación del artículo 1.462, aun referido sólo a la compraventa, para facilitar la tradición. El problema reside en el caso en el que se done un bien mueble que no se entrega simultáneamente. Pues, no habiendo aquí una norma como el artículo 1.462 para bienes inmuebles, es difícil atribuir al escrito privado (o público) la eficacia traditoria que tiene en los bienes inmuebles.

No parece suficiente el escrito que contiene la oferta del donante y la aceptación del donatario para actuar la tradición de bienes muebles. Su firma no supone entrega ninguna. Más bien, la tradición se actúa por la entrega del escrito. Ésta resulta análoga a la tradición de los derechos incorporales (objeto de venta) por “el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia” (art. 1.464). Entregar el escrito donando un bien mueble equivale a entregar el bien mismo. Esta es una tradición, por una parte, legal, por otra, simbólica. El Código civil tiene algún otro caso parecido: así, la entrega de las llaves donde están almacenados los bienes muebles equivale a la entrega de éstos mismos (art. 1.463). Para que el escrito *por sí solo* sin que sea entregado al donatario equivalga a la tradición de cosas muebles, es necesario que incorpore el acuerdo expreso de las partes a tal efecto (ex art. *cit.*). A pesar de lo dicho, LACRUZ considera innecesaria la tradición en la donación, ya que ésta “se perfecciona” desde el conocimiento de la aceptación (art. 623) por el donante (6).

De todo lo expuesto, deriva que la donación es un contrato unilateral (en cuanto grava sólo al donante), que necesita la tradición como medio de transmisión. En esto, es un contrato como cualquier otro. Se ha dicho que es un modo de adquirir (como la ocupación, el hallazgo) y, por tanto, un acto. Esta opinión, que hoy día es insostenible, se basa en que el Code Napoléon la calificó de acto y no de contrato. Pero tal catalogación se debió a un error del primer cónsul, quien creyó que para que un acuerdo de voluntades fuese un contrato debía producir obligaciones bilaterales. Como la donación sólo grava al donante, creyó que no era un contrato, sino un acto. Se le olvidó que es contrato el acuerdo de voluntades, aunque produzca obligaciones en una sola de las partes. Sin

(6) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de obligaciones*, II, 3.ª, Barcelona, 1995, p. 93, sostiene que la donación se perfecciona con el simple acuerdo del donante y del donatario sin necesidad de la tradición. Para extraer esta consecuencia aplica literalmente el artículo 623.

embargo, el error es aún más antiguo, pues algunos juristas romanos consideraron la donación como un modo de adquirir la propiedad (7), no como un contrato. Pero, incluso esta opinión fue rebatida en la misma Roma (8). En primer lugar, porque la donación exigía, como todo contrato, un acuerdo de voluntades entre el *tradens* y el *accipiens*; en segundo lugar, porque por donación no solamente se transmitía la propiedad, sino otros derechos reales, se cedía un crédito o se condonaba una deuda. En estos casos no podía ser un modo de adquirir *la propiedad*.

Ciertamente la inercia de la historia determina la calificación legal de "acto" referida a la donación (art. 618). Explica además que se la considere un modo de adquirir la propiedad (pfo. 2.º, art. 609). Que se la acerque así a la ocupación (art. 609,1.º), ya que puede dar lugar a este modo originario de adquirir cuando el donatario poseyese previamente la cosa. Pero al calificarla de acto, se olvida que exige el acuerdo de voluntades (arts. 623, 629) y que se rige supletoriamente por las disposiciones de los contratos (art. 621).

Por todo ello, la donación es un contrato unilateral, solemne (en cuanto exige una forma constitutiva, arts. 632, 633) y gratuito, por el que una persona dispone una liberalidad (art. 1.274) a favor de otra que la acepta. Tal liberalidad puede consistir en un derecho sobre una cosa, en la cesión de un crédito o en la condonación de una deuda (art. 1187,2.º). En ella es esencial el *animus donandi*. Éste se constituye con la entrega traditoria de la cosa en vida del donante o con el aquietamiento a la propiedad del donatario, si éste tuviera previamente la posesión. El carácter gratuito de la donación la hace a veces revocable frente a la férrea irrevocabilidad de los contratos onerosos (9).

A todo ello hay que añadir la pregunta de si el comodato (10), el

(7) Tan importante fue en el derecho romano que el donatario tuviese la posesión al efecto de adquirir la propiedad, que podía en su calidad de poseedor civil ejercitar la acción publiciana, incluso contra el donante, aun sin tener la posesión al tiempo del ejercicio de la acción (*Paul. 19 ed.*), pues ésta se daba precisamente para recobrarla (*Gai. 7 ed. prov.*). Como la donación había quedado perfecta desde el acuerdo de voluntades y, por ello, irrevocable, el ejercicio después por el donante de la acción de revocación ni siquiera interrumpía la usucapión del donatario, si ésta se estaba produciendo por no ser el donante dueño de la cosa (*Marcell. 22 dig.*).

(8) PUIG PEÑA, *loc. cit.*

(9) CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Venezuela, 1971, explica las causas legales de revocación de la donación ordinaria en base a su naturaleza gratuita.

(10) Según VALVERDE, *Tratado*, III, 2.ª, Valladolid, 1920, p. 388, el comodato no es una donación, porque el donante no se empobrece aquí en la medida en que se enriquece el donatario. Pero este argumento es debatible, ya que este autor está pensando que la cosa revierte tras el comodato al comodante sin merma o teniendo que enjugarla, si ocurre, el comodatario. De modo que piensa que éste se beneficia sin perjuicio del comodante. No ha percibido que en tal contrato se produce un lucro cesante en el comodante que es correspectivo al beneficio del comodatario.

pago por tercero o el pago a sabiendas de lo indebido o de una deuda prescrita, la construcción con materiales propios en suelo ajeno o, viceversa, con materiales ajenos en suelo propio para provocar respectivamente la adquisición del edificio o del suelo, son donaciones. La doctrina en general considera que no lo son (11) porque, habiendo una figura jurídica que se antepone a la donación por ser predominante (comodato, pago hecho por tercero, pago por virtud de obligación natural de una deuda prescrita, accesión de inmueble a inmueble), la donación queda eliminada. Este criterio es de recibo, salvo para la deuda prescrita, que puede ser cumplida a través de una donación remuneratoria de los servicios no pagados anteriormente. Se ha añadido, al efecto de considerar todas estas figuras autónomas y no donaciones, que la ventaja percibida en tales supuestos por el beneficiario no tiene por qué corresponderse o ser equivalente con la pérdida del disponente (12). Pero este argumento es erróneo, porque, por ejemplo, el comodante o el tolerante (art. 444) que entregan una cosa pierden durante la ejecución del contrato al menos su valor en uso y posiblemente su lucro cesante, que acrecen exactamente en su medida al comodatario o al precarista.

Quedan por analizar las liberalidades de uso, consideradas actos o pactos distintos de las donaciones. La doctrina desde el principio del siglo pasado (13) las configura de actos distintos de la donación. La finalidad de este criterio es sacarlas, caso de la propina, la limosna, los regalos módicos hechos con ocasión de regocijo familiar, de las exigencias formales excesivas para tales actos propias de la donación. Se considera que tales regalos no están sujetos al régimen del artículo 632, de tal modo que no necesitan, para ser válidos, un escrito donde conste el consentimiento contractual ni la entrega simultánea de la cosa mueble a falta del escrito. No obstante, la opinión de tratar las liberalidades de uso fuera de las donaciones puede considerarse errónea. Hay, al efecto, una razón simple pero contundente: la propina, la limosna, el regalo de boda o de cumpleaños y otros actos similares son siempre donaciones manuales. Y, en este sentido, la celebración es simultánea a la entrega traditoria de la cosa mueble. Y cuando no se emiten expresamente la declaración de oferta y la de aceptación, sino que sencillamente se entrega la propina, la limosna o el regalo, tales declaraciones hay que entenderlas presuntas en

(11) Uno de los estudios más pormenorizados sobre liberalidades que no son donaciones porque están absorbidas en otras figuras jurídicas es el de ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, 2.^a, Milano, 1935, pp. 37 y ss.

(12) Recientemente DE LOS MOZOS, *La donación*, Madrid, 2000, pp. 67-70.

(13) Sobre todo VALVERDE, *Trat.*, III, Valladolid, 1920, p. 393, para quien los servicios gratuitamente prestados por los profesionales de un ramo o la limosna no son donaciones, sino actos de liberalidad distintos de ellas y no sometidos a las reglas de la donación.

el acto de dar y recibir, además de simultáneas a la entrega traditoria de la posesión. Se ha tratado de afianzar la opinión de que las liberalidades de uso son actos extradonacionales diciendo que no hay donación cuando el disponente y el favorecido proceden conociendo que “el concedente obra movido por ser habitual que en la ocasión se proceda así y para... conformarse o acoplarse a lo que se suele hacer”... “como quien da propina maldiciendo por dentro tener que hacerlo...”. Esta opinión, que estima que la intención de donar desaparece cuando se da por virtud de una necesidad usual, es francamente errónea (14), ya que parte de confundir, al menos en su aplicación, conceptos tan elementales como la causa y los motivos de los contratos.

En efecto, la *causa* de la donación es la “mera liberalidad del bienhechor” (art. 1.274), a la que solamente se añade un motivo prevalente (en cuanto tenido en cuenta por la ley) en la donación remuneratoria. El cual es la voluntad de compensar méritos o servicios prestados al donante por el donatario (art. 619). Los demás motivos no importan: si dono por quedar bien, por ser más que otro, por vergüenza, por imitación. Sólo importan, a los efectos de erradicar el *animus donandi*, los motivos que constituyen vicios de la voluntad: así si dono por error, violencia, intimidación o dolo, *ludendi*, *docendi* o *iocandi causa*. Por lo indicado, si *quiero* dar sin recibir a cambio una prestación correspectiva, no importa qué motivos, en el sentido estricto legal del término, me ayuden o me impulsen a hacerlo. Si quise regalar, hay una donación. Si no fuera así, podría, en la misma línea de la opinión criticada, sostenerse que, por ejemplo, quien compra un piso (ahora que está tan de moda) en Marbella sin necesitarlo ni quererlo sino solamente para presumir diciéndoselo a los amigos y conocidos, no quiere comprar, pues pretende dar un precio, no para recibir en realidad la cosa (la vivienda), sino para hacer *ostentación* (motivo que no cuenta en la compraventa, sino sólo en el usufructo de cosa consumible) y de este modo cabe ir poniendo sucesivamente todos los ejemplos imaginables. Así, sería condenadamente diabólico anular las donaciones hechas para eludir los impuestos o para estimular el vicio de los juegos prohibidos con el fin de obligar a pagarlos o de moralizar la sociedad (14 bis).

(14) La indicada opinión la mantiene ALBALADEJO, “art. 618”, en *Com. al C.c. dir.* por el autor y por DÍAZ-ALABART, VIII-2, Madrid, 1986, pp. 5 y 6. A veces, las circunstancias aconsejan reciclarse en los conceptos elementales.

(14 bis) Conformes con que el espíritu de liberalidad es compatible con cualesquiera motivos LACRUZ, *Elementos*, II, 3.^a, Barcelona, 1955, pp. 89 y ss., y DÍEZ-PICAZO, “El *animus donandi*”, en *AAMN*, XXXV, Madrid, 1955, pp. 307-331, el cual además aconseja no excluir de las normas de las donaciones las liberalidades de uso (p. 331).

También han sido consideradas liberalidades de uso y no donaciones las prestaciones de servicios profesionales no remuneradas. Así, por ejemplo, el caso del médico o del abogado que no nos cobra por la consulta. Tal actitud metódica se explica ante la imposibilidad de que los servicios profesionales puedan ser entregados; pues, siendo tales servicios inmateriales, no cabe que sean objeto de tradición. Por otra parte, tampoco son objeto de un escrito tradible, ya que el profesional que los presta suele notificar verbalmente que “no se debe nada” después de realizarlos. Además los servicios profesionales no pueden calificarse de bien mueble ni de bien inmueble (arts. 333-336), de modo que, desde esta perspectiva, plantean el problema de qué solemnidad de la donación debe cumplirse, si la del artículo 633 o la del artículo 634. La doctrina en general elude todas estas dificultades tipificando los servicios profesionales gratuitos de liberalidades de uso, que escapan del régimen de la donación. El yerro es importante, puesto que estos supuestos son (indiscutiblemente) condonaciones por el profesional de la deuda incorporable a la relación de honorarios o a la minuta, deuda que se extingue indirectamente por el mecanismo de la confusión (15).

La conclusión de lo expuesto es que las hasta ahora llamadas liberalidades de uso son donaciones ordinarias.

La doctrina que ha tratado especialmente del artículo 827 puede considerarse acertada. Se ha concebido la mejora con entrega de bienes en vida del donante una donación entre vivos, que persigue la finalidad de que los bienes entregados se imputen a la mejora en vez de a la legítima (16). Por ello, la donación, en su calidad de contrato, es irrevocable

(15) La doctrina no ha descrito todavía el mecanismo interno de la condonación. A primera vista, la deuda jurídica perdonada, cuyo pago no se exige, se extingue por virtud de ésta. Pero en rigor este modo extintivo no puede, ni lo hace nunca, actuar por sí solo, sino a través de la confusión. En efecto, perdonada la deuda, se produce una cesión del crédito a favor del deudor, en cuanto único posible beneficiario. Tras la cesión del crédito, el deudor deviene acreedor de sí mismo y la relación crediticia se extingue por confusión. Esta construcción es más precisa, por ser más analítica, que creer que la condonación actúa directamente.

(16) FUENMAYOR, “La revocación de la mejora con entrega de bienes”, en *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1961, pp. 131-143, opina que la mejora con entrega de bienes en vida del donante es una donación entre vivos con la finalidad de instituir una mejora. Por ello, tal contrato es indirecto, de donación para mejorar. Y es indirecto y no mixto [contra FONT BOIX, “La mejora del tercio por acto entre vivos”, en *Rev. der. not.*, IX (n.º 31, enero-marzo, 1961), pp. 351-381, entiende que se trata de un contrato mixto de donación entre vivos y de mejora] porque no tiene dos causas, la de la donación y la de la institución, sino exclusivamente la primera; aunque eso sí, y por ello es un contrato indirecto, persigue que después de la muerte del donante la donación se impute al tercio de mejora. Estos autores [junto con VALLET DE GoytisoLo, *La donación “mortis causa”*, Madrid, 1950, y también en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978] entienden que la donación es irrevocable por tratarse de una donación ordinaria (salvo, claro está, por las causas legales de revocación), pero que la imputación de la dona-

(art. 1.256; pero sí se puede revocar por las causas de revocación establecidas en la ley). Sin embargo, la imputación de los bienes donados a la mejora es libremente revocable, lo que corresponde a su naturaleza de institución sucesoria. Tal imputación sólo resulta excepcionalmente irrevocable cuando se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero (art. 827); pues en tales supues-

ción a la mejora, dado que se trata de una institución de derecho sucesorio, es libremente revocable. Si se revocase la mejora, valdría la donación, de modo que los bienes serían irremisiblemente siempre adquiridos por el donatario, pero se imputaría a la legítima.

La revocación de la donación, cuando es legalmente posible (p. ej. por ingratitud) conlleva la ineficacia de la imputación, o, si se prefiere, de la institución. Ello se debe a que la donación es la base de la institución sucesoria de mejora, de modo que, si decae la donación, lo hace asimismo la institución. En cambio, la revocación de la imputación por ingratitud o por indignidad, por ejemplo, no conlleva la de la donación, a no ser que conste fehacientemente que el disponente quiso revocar las dos. No obstante la anterior tesis de FUENMAYOR de que la donación-mejora es una donación entre vivos, en "La mejora...", en *Bol. fac. dir. Univ. Coimbra*, XXII (1946), p. 263, admite que se instituya la mejora por donación *mortis causa*.

Aun así, VALLET, *op. cit.*, considera dudoso en principio si la donación con imputación de lo donado a la mejora es una donación *inter vivos* o, por una especie de contagio de la naturaleza sucesoria de la institución a la donación, lo es a causa de muerte. Si fuese una donación *inter vivos* (como sostienen FONT BOIX y FUENMAYOR), la premoriencia del donatario no afectaría ni a la donación ni a la imputación. Si fuese una donación *mortis causa*, tal hecho inhibiría la eficacia de ambas. El indicado autor añade que la mejora puede instituirse por donación *inter vivos*, es decir, con entrega de bienes. En tal caso, la revocación de la mejora no implica la de la donación, sino que hará que ésta se impute a la legítima. También cabe instituir la mejora por donación *mortis causa*, es decir, para que los bienes se entreguen y adquieran tras la muerte del disponente. En tal supuesto, la revocación de la mejora conlleva asimismo la de la donación en cuanto ambas, al ser coetáneas en sus efectos, quedan suprimidas por revocarse cualquiera de ellas. En la idea de que la donación, imputable a la mejora, con entrega de bienes en vida del donante es irrevocable, siendo en cambio revocable la imputación, también militan DE LA CÁMARA, *Compendio de derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 55, y ESPEJO LERDO, *La sucesión contractual...*, Sevilla, 1999, p. 234, n.º 91. Este autor advierte la posibilidad de incluso ordenar parte de la sucesión a través de mejoras acordadas por contrato (de donación), irrevocables si se hacen en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero (art. 827). A ello añade LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, p. 55, que este contrato oneroso celebrado con un tercero, en que está pensando el legislador al redactar el mencionado precepto, y en el que también pensaba el legislador de Toro (Ley 22), es precisamente la donación en capítulos; porque en ellos el causante contrata además de con el beneficiario con otras personas extrañas o terceros. Se admite que la donación con mejora no necesita constar en capitulaciones para que sea considerada hecha en éstas. Bastaría que la mejora se hiciese en consideración al futuro matrimonio para que fuese irrevocable. En este sentido SSTs por ejemplo 11 enero 1915 y 5 diciembre 1930 y también la doctrina con criterio unánime (así, SCAEVOLA, *Código civil*, XIV, Madrid, 1944, pp. 477-478; MANRESA, *Comentarios*, VI-1, 8.ª, Madrid, 1973, p. 435; BLASCO, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, pp. 119-122). La promesa de mejorar equivale a la mejora si es aceptada [GARCÍA GOYENA, *Proyecto de 1851* (art. 658) y jurisprudencia desde las SSTs 30 junio 1858, 30 enero 1875]. En tal caso, es un pacto sucesorio que abarca tanto el tercio como el quinto, es decir, también la parte de libre disposición (ex Ley 22 Toro, GARCÍA GOYENA, *cit.*). También puede cfr. MORELL, "Mejoras", en *RGLJ* (n.º 88, 1893), pp. 280 y ss.; SÁNCHEZ BLANCO, "Sobre la naturaleza y forma de la donación", en *Información jurídica* (n.º 104, enero 1952), pp. 795-816.

tos hay un contrato sucesorio (irrevocable) permitido (art. cit.) en contra de la regla general de prohibición de los pactos sucesorios (art. 1.271,2.º).

La mejora con entrega de bienes es un negocio jurídico indirecto, no mixto, que pretende, a través de la donación ordinaria, instituir la mejora. Se explica que sea un negocio indirecto y no mixto porque no tiene dos causas, la de donar y la de instituir la mejora, como correspondería a un negocio mixto, sino solamente una cual es el *animus donandi* propio de la donación, si bien persigue la imputación.

A toda esta construcción –hasta aquí de la doctrina especializada en el tema– hay que añadir lo siguiente: la donación-mejora es un contrato de donación con oferta y aceptación y consentimiento contractual, que por todo ello resulta irrevocable; pero es además un negocio jurídico sucesorio unilateral del causante en cuanto a la imputación. En rigor, el mejorado como tal no puede por el momento, ni lo hace, aceptar la mejora sino sólo la donación. De tal modo que la institución de mejora es, incluso aquí, unilateral y revocable. Desde este punto de vista, sin negar la naturaleza de negocio indirecto de la mejora con entrega de bienes, ella representa además un caso de negocios jurídicos superpuestos (la donación ordinaria y la institución sucesoria de mejora). Esta superposición no implica, en absoluto, simulación negocial, ya que no existe en las partes el menor deseo de disfrazar o escamotear la donación ni la imputación.

III. Las donaciones a causa de muerte

Este tipo contractual, regulado en el artículo 620, ha provocado un extenso debate doctrinal debido a la disparidad de criterios. Se ha discutido e incluso dudado si tales donaciones existen, pese a estar reguladas en el indicado precepto. En el sentido de entenderlas actualmente suprimidas y decir que el Código firma su certificado de defunción (17), se ha

(17) FUENMAYOR, “Sobre una revisión de las donaciones mortis causa”, en *ADC*, IV-1 (enero-marzo 1951), pp. 1082-1095, dice que la donación a causa de muerte sólo puede vivir como donación, pero dentro de la donación no cabe. Por ello, debe seguir el régimen jurídico del testamento en todo, incluso en la forma de su otorgamiento. ALBALADEJO, “art. 620”, en *Com. al C.c. dir. por el autor*, VIII-2, Madrid, 1986, p. 55, y en la misma obra, I, Madrid, 1991, pp. 1580 y ss., entiende con la doctrina mayoritaria que las donaciones del artículo 620 “participan” de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas de la sucesión testamentaria significa la necesidad de ajustarse incluso a las formas del otorgamiento del testamento; con lo que el indicado precepto suprime las donaciones *mortis causa*, aunque no lo diga expresamente. BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, *Droit civil, Traité des donations*, I, 3.ª, París, 1905, pp. 3-5, dicen que las donaciones a causa de muerte están hoy día prohibidas por el Code. Pero antes eran revocables *ad nutum* y caducaban por la premoriencia del donata-

esgrimido que éste las hace “participar” de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad; hasta tal punto —se añade para suprimirlas— que se regirán incluso en la forma por reglas de derecho sucesorio testamentario y no por las de las donaciones.

Desde el punto de vista opuesto, se ha hecho un notable esfuerzo por conservarlas (18). Tan sólo se ha cedido a la idea de que también son ins-

rio. Actualmente cabe la donación de bienes futuros entre los contrayentes de un matrimonio en capitulaciones matrimoniales, pero éstas no son donaciones a causa de muerte, porque son irrevocables. También porque no caben donaciones a causa de muerte de bienes futuros, sino solamente de bienes presentes. Si se quiere dejar bienes futuros para después de la muerte hay que utilizar el testamento y no se puede, para ello, emplear la donación *mortis causa*. Dado que ésta es una figura híbrida entre la donación y el testamento, según DE DIEGO, *Instituciones*, III, Madrid, 1932, p. 477, debe interpretarse restrictivamente su campo de actuación: en la duda es preferible no permitir donaciones a causa de muerte de bienes futuros. Además, dado que la peculiaridad de estas donaciones es precisamente poder transformarse en donaciones entre vivos, si el donante entrega en vida los bienes, hay que exigirles, como se le exige a la donación ordinaria, que tales bienes sean presentes. En este sentido también DE LOS MOZOS, “art. 1.341”, en *Com. al C.c. dir. por ALBALADEJO*, XVIII-1, 2.ª, Madrid, pp. 284-291, dice que los bienes objeto de donaciones entre contrayentes en capitulaciones matrimoniales pueden ser futuros, pues se trata de un verdadero pacto sucesorio. Pero los bienes objeto de donación a causa de muerte del artículo 620 deben ser presentes. Con criterio desafortunado, en contra, la STS de 11 de marzo de 1864 entendió que por virtud de donación a causa de muerte cabe donar bienes presentes y futuros, con tal de que éstos pertenezcan al causante al tiempo de la apertura de la sucesión.

(18) El principal artifice de que las donaciones a causa de muerte subsisten como tales y con propia autonomía, respaldadas por el artículo 620, cuya función es reconocerlas y reglamentarlas, es VALLET DE GOYTISOLO, *La donación “mortis causa”*, Madrid, 1950, y *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978. Algún autor extranjero ha defendido también su autonomía. Así, por ejemplo, FERRI, “Divieto di patti successori”, en *Comm. al C.c. dir. por SCIALOJA y BRANCA*, Bologna-Roma, 1964, pp. 89-91, considera válidas las donaciones a causa de muerte siempre y cuando los efectos de tales liberalidades queden subordinados a la premoriencia del donante. En tal caso, las indicadas donaciones tienen la peculiaridad de ser libremente revocables en vida del disponente. En el mismo sentido de exigir a las donaciones *mortis causa* la premoriencia del donante y de entenderlas libremente revocables PORRAS IBÁÑEZ, “Donaciones y disposiciones testamentarias”, en *RCDI*, XL (nov.-dic. 1964), pp. 764-776. Ese autor recoge y sigue fielmente la tesis positivista de VALLET. Las donaciones a causa de muerte son donaciones y no testamentos porque: 1.º Están reguladas en el título sobre las donaciones y no en el de los legados. 2.º Para que esas donaciones se rijan por las reglas de la sucesión testamentaria tienen que haber previamente nacido como donaciones. 3.º El C.c. dice que se regirán por las normas de la sucesión testamentaria, no por las relativas al testamento. 4.º No se dice que sean disposiciones de última voluntad, sino sólo que “participan” de la naturaleza de éstas. 5.º Ello significa que los límites y efectos de las donaciones a causa de muerte son los de una institución de legado hecha en testamento, pero que su forma es la de la donación ordinaria. 6.º Estas donaciones, dada su libre revocabilidad, son válidas por no caer en la prohibición de los pactos sucesorios (art. 1.271,2.º). Las donaciones *mortis causa* se diferencian de los legados: a) El donatario recibe la cosa del donante y no del heredero, como la obtiene el legatario. b) El donatario la recibe en vida del donante en el último instante de su existencia, frente al legatario que la adquiere tras la apertura de la sucesión. c) Como el donatario consigue la cosa si no premuere al donante, es claro que no premuere sino que la obtiene en caso de conmoriencia. En este supuesto, en cambio, el legatario no adquiere el legado, pues tiene que

tituciones sucesorias en parte, mediante aplicarles *algunas* disposiciones sobre la sucesión testamentaria (19). Para defender que se trata de donaciones se han manejado argumentos sobre todo gramaticales, lógicos, sistemáticos y teológicos. En esta línea, se nos dice que el artículo 620 se refiere a “donaciones” y se añade que las que regula “participan de las disposiciones de última voluntad”. Luego –se deduce– son donaciones y no son testamentos, de cuya naturaleza solamente participan. Desde el punto de vista lógico, se argumenta que, puesto que las donaciones a causa de muerte están expresamente contempladas en el Código civil, es que existen. A lo que se añade la razón sistemática de su ubicación en el título de las donaciones, en el que no estarían si no lo fuesen. Además, tienen su razón de ser en que no se identifican con los legados (a los que, sin embargo, se parecen). El legatario recibe tras la muerte del causante el legado del heredero, pero el donatario a causa de muerte recibe la cosa directamente del donante en el último instante de su vida.

La doctrina que ha negado las donaciones a causa de muerte y las ha identificado con los testamentos no ha descubierto, sin embargo, las verdaderas razones por las que no son, en rigor, donaciones. Y no lo pueden ser, ni lo son, porque no existe en ellas la “mera liberalidad del bienhechor”, en el sentido de querer dar en vida sin recibir a cambio una prestación corresponsiva. El disponente quiere, al contrario, en vez de dar, conservar los bienes para sí en vida y sólo entregarlos tras su muerte. Es del todo seguro que en estos negocios jurídicos no hay en absoluto *animus donandi*, por lo que no son donaciones. Pero además no son otro contrato típico ni atípico, ya que no pueden tener la causa de los contratos onerosos, que es dar para recibir una prestación recíproca equivalente (art. 1.274). Por ello, las donaciones *mortis causa* no son contratos de ninguna clase ni tampoco donaciones, ¿qué son?

sobrevivir al causante. Sigue decididamente la tesis positiva de VALLET, sin apartarse demasiado de sus argumentos salvo en cuestiones de matiz, BELUCHE RINCÓN, “La donación *mortis causa*”, en *ADC*, LII-3 (julio-sept. 1999), pp. 1057-1108. Sobre el asunto puede cfr. también GUTIÉRREZ, *Códigos*, VII, Madrid, 1874, pp. 385 y ss.; CASTILLEJO y DUARTE, *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, Madrid, 1902; RIPERT-BOULANGER, *Droit civil*, IV, París, 1959, pp. 1192-1221; PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anormale*, Napoli, 1983, p. 31.

(19) VALLET, *ops. cit.*, aplica a las donaciones a causa de muerte los artículos 632 y 633 sobre forma de la donación y el artículo 737 sobre revocabilidad del testamento, pero no el artículo 738 por referirse a la forma testamentaria. Les aplica el artículo 869. El régimen de anulación o resolución debe ser, frente a SCAEVOLA y BORREL y SOLLER que consideran que es el de los legados, el de las donaciones (art. 820,1.º y 2.º). Por tanto, en el caso de tener que reducir las liberalidades del causante, deberán respetarse las donaciones a causa de muerte si, reduciendo o anulando las mandas hechas en testamento, puede cubrirse la legítima. Es también aplicable el artículo 825. Sin embargo, las donaciones a causa de muerte resolutorias, como producen la adquisición de los bienes de inmediato, aunque son resolubles si el donatario premuere al donante, se rigen plenamente por las reglas de la donación ordinaria.

En vida del donante se celebra algo que parece un contrato de donación. Pues la ley, cuando en el artículo 620 se refiere a las donaciones que además ubica en el título correspondiente, exige para ellas oferta y aceptación (arts. 623 y 629). Declaraciones éstas de la voluntad del donante y del donatario que deben llegar a conformar (art. 622: “se regirán por las reglas de los contratos”) el consentimiento (art. 1.261,1.º). El problema entonces es saber qué es este consentimiento, que no puede ser un consentimiento *contractual*, ya que —como se ha expuesto— tal aparente tipo de donación no encaja en ningún contrato (ni siquiera atípico) por falta de causa. Lo que hay que inclinarse a pensar, por lo tanto, por reducción al absurdo es que, no tratándose la donación a causa de muerte de un contrato, no puede ser sino una institución sucesoria. Más exactamente, puesto que ella tiene por objeto la entrega al donatario tras la muerte del donante de una cosa específica (o genérica determinada o determinable), no puede ser sino un legado. Y, con más precisión, sólo puede ser una institución de legado constituida por virtud de un pacto entre el disponente y el legatario. Esta conclusión, sin embargo, tiene que explicar cómo es posible celebrar un pacto sobre una sucesión futura todavía no abierta, cuando los pactos sucesorios están proscritos (art. 1.271,2.º). La aludida opinión también debe justificar cómo es posible que se instituya un legado fuera del testamento. Pues la ley solamente admite deferir los bienes tras la muerte mediante testamento o mediante ley. Si tolerase la donación a causa de muerte, entronizaría un tercer tipo de sucesión, además de la testamentaria y la legal, que sería la pactada.

De lo expuesto se deriva necesariamente que, en último término, decidir si la donación a causa de muerte existe, o no, como pacto sucesorio (bilateral, irrevocable) depende del alcance que se atribuya al párrafo 2.º del artículo 1.271.

Para tal fin, conviene un análisis previo de los textos del Digesto sobre la donación *mortis causa*. “Hay tres clases de donaciones a causa de muerte; una, cuando se dona sin temor a un peligro inminente de muerte, sino tan sólo en previsión de aquélla; otra, ... la del que dona por temor a una muerte inminente, para que lo donado se haga inmediatamente del donatario; la tercera (es el mismo caso), pero no para que lo donado se haga del donatario inmediatamente sino cuando suceda la muerte” (*Ulp. 32 Sab.*). Estas dos últimas formas aluden respectivamente a una adquisición por el donatario bajo la condición resolutoria de que el donante viva o la no adquisición por el momento al estar ella pendiente de la condición suspensiva de que el donante muera. Se insiste repetidamente en la similitud de la donación *mortis causa* con los legados. Así “todo el que pueda recibir legados, puede recibir alguna ventaja a causa de muerte” (*Paul. 3 Sab.*); “las donaciones a causa de muerte

son revocables por equiparación con los legados” (*Iul. 27 dig.*) y pueden “rescindirse las donaciones que se hicieran a causa de muerte, las cuales se asimilan a los legados” (*Iul. 47 dig.*); debe recordarse la regla general que “las donaciones a causa de muerte están equiparadas a los legados” (*Ulp. 15 ad leg. Iul et Pap.*); “decidió el senado que las donaciones a causa de muerte hechas a favor de aquellos a los que la ley prohíbe adquirir deben tenerse de igual condición que los legados que se dejen en un testamento a personas a las que la ley no permite que los adquieran” (= D. 39, 6, 13, 1); *idem* en el caso de manumisión (*Ulp. 8 ad leg. Iul et Pap.*). Tales donaciones son revocables en principio *ad nutum*: así, “la donación por causa de muerte es revocable... mientras está pendiente la posibilidad de que el donante recupere la salud” (*Iul. 29 dig.*), porque esta donación “no parece quedar perfecta hasta que se siga la muerte” (*Ulp. 76 ed.*); “si el donatario a causa de muerte hubiera manumitido el esclavo que le fue donado, responde por la condición del precio del esclavo, pues sabía que se le podía reclamar por la condición si el donante recuperaba su salud” (*Paul. 17 ad Plaut.*). La revocabilidad de la donación *mortis causa* hasta la muerte del donante, que determinaba el momento a partir del cual la donación quedaba *perfecta* y, por ello, irrevocable, era tan esencial que “cuando se hace una donación a causa de muerte de modo que no se puede revocar en ningún caso, hay una donación ordinaria” (*Marcian. 5 reg.*).

De los textos romanos se deriva una notable diferencia entre las donaciones entre vivos y a causa de muerte. Las primeras son contratos (o modos de adquirir la propiedad cercanos a los contratos) y, por ello, irrevocables; además, producen efectos, en principio, en vida del donante. Y, si los produjeran tras su muerte en el caso de que la donación ordinaria fuese acompañada de una condición *si premoriar*, lo harían con efectos adquisitivos en la fecha de la perfección del contrato (*ex tunc*). Las donaciones a causa de muerte, en cambio, no son contratos (ni modos de adquirir la propiedad en vida del donante) y, por ello, son revocables y no devienen perfectas hasta después de la muerte del donante. Producida ésta, la adquisición de la cosa donada se produce con relación a la fecha de la muerte (*ex nunc*), y no con relación a la de la perfección de la donación. Es claro también que en las donaciones *inter vivos* con condición *si premoriar*, el donatario que premoría al donante nada recibía por la donación; pues la condición no cumplida le impedía la adquisición. Sin embargo, las donaciones *mortis causa* no incorporaban la condición de premoriencia del donante, de modo que, si premoría el donatario, sus sucesibles recibían la cosa donada. Por otra parte, la consideración de que las donaciones a causa de muerte tenían que contar con la aquiescencia o aceptación del donatario en vida del donante, se

compensaba con una menor exigencia de capacidad para celebrarlas que la requerida para el testamento (20).

Puesto que donación a causa de muerte era libremente revocable, su eficacia se limitaba extraordinariamente; sólo producía en el donante la obligación natural de consignación. Ello implicaba que el pago hecho en vida del donante al donatario no era cobro de lo indebido, sino que tenía la función de extinguir esa obligación. Si el donante, en vez de revocar la donación, hacía entrega en vida de la cosa donada, transformaba la donación a causa de muerte en una donación ordinaria. Ello sucedía probablemente por virtud del efecto típico de las obligaciones naturales, que es la irretractabilidad del pago voluntario. Entregada la cosa en vida del donante, éste ya no podía exigir su restitución *in natura*. Ello significaba tres cosas: una, que la propiedad había pasado al donatario desde la entrega; otra, que la donación a causa de muerte se había convertido en una donación ordinaria; la tercera, que la donación había quedado *perfecta*, término éste que entre los romanos significaba irrevocable (21). Es elemental que la obligación natural de entregar la cosa posiblemente en vida, que asumía el donante, originaba las acciones de conservación a favor del donatario; acciones que éste mantenía mientras que el donante no revocase la donación. No obstante, hay que advertir que las acciones de conservación no se basaban en un derecho de crédito a la obtención de la cosa (tras la muerte del donante) de naturaleza jurídica, sino de naturaleza moral. La razón de ello es la misma que la esgrimida en pro de la aparición de la obligación natural de consignación. El donante podía revocar la donación con entera libertad, de modo que ni la obligación de entrega ni la de conservar la cosa eran obligaciones en sentido

(20) "Puede donar a causa de muerte tanto el que hace testamento como el que no lo hace. El hijo de familia, que no puede hacer testamento ni con el consentimiento paterno, puede, no obstante, con el permiso de su padre, hacer donaciones por causa de muerte" (*Marcian. 9 inst.*). Este texto muestra que la exigencia de menor capacidad para hacer donaciones a causa de muerte no está en función de la revocabilidad de las mismas, permitiendo al donante ir contra su propio acto, pues tan revocable como ellas es el testamento y, en cambio, tiene una esfera de testamentación activa más reducida (el hijo de familia no puede testar ni con el consentimiento de su padre). La reducción de los requisitos de capacidad en las donaciones *mortis causa* se deriva de la mayor fuerza que éstas adquieren en relación con los legados, en virtud de la fusión de la oferta y la aceptación en una figura muy cercana y muy parecida a un contrato (bilateral).

(21) Ciertamente que a esta irrevocabilidad se opone el texto citado sobre la manumisión del esclavo por el donatario a causa de muerte (*Paul. 17 ad Plaut.*). Pero este texto parece referirse al supuesto especial de la manumisión del esclavo donado, de modo que su regulación no es generalizable. En todo caso, resulta mucho más lógico que, en principio, el donatario a causa de muerte adquiera la cosa desde la entrega, aunque responda de su valor si el donante sobrevive al peligro de la muerte. Esto si no consta la voluntad del donante de que el donatario no adquiera por el momento, sino si ocurre la muerte.

jurídico. La obligación natural de consignación servía como medio de evitar la aplicación de las normas sobre el cobro de lo indebido, mediante la irrevocabilidad del pago voluntario de las obligaciones morales, en el caso en el que el donante hiciere en vida la entrega de la cosa. La obligación moral de conservación era el medio para que el donatario obtuviese una acción útil o pretoria, es decir, no de derecho estricto, al efecto de evitar la destrucción o desmerecimiento de la cosa. Esta acción duraba hasta la entrega de la cosa o hasta la revocación de la donación.

Si la donación no se revocaba y la cosa no se entregaba en vida, ocurrida la muerte del donante, la donación instituía un legado. El problema era el de que, habiendo aceptado el donatario la donación en vida del donante, no parecía posible tras su muerte que rechazase el legado. Al menos, hay que pensar hoy día que, si lo hiciere, iría contra la doctrina de los actos propios (doctrina esta no desarrollada suficientemente entre los juristas romanos).

El ahondamiento en los textos de las Pandectas y el seguimiento de sus lógicos efectos y consecuencias son de notable utilidad para desentrañar la naturaleza de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código civil. Incluso es posible hacerlo al margen de la confusión doctrinal derivada de la variedad de opiniones —como se ve— nada reductibles ni uniformables.

La primera gran cuestión es: ¿constituye el artículo 620 en su reconocimiento de las donaciones a causa de muerte una excepción a la prohibición de pactos sucesorios del artículo 1.271,2.º? La respuesta debe ser negativa por dos razones: 1.ª La donación *mortis causa* es, siguiendo los precedentes romanos y su naturaleza de institución de legado, esencialmente revocable *ad nutum* (22). Dado que los pactos sucesorios están prohibidos por ser irrevocables y dejar imposibilitado al causante cambiar su voluntad, no cabe calificar la donación indicada de pacto o contrato sucesorio. 2.ª En rigor, siguiendo a la doctrina jurisprudencial (23), solamente es pacto sucesorio aquel que tiene por objeto una cosa futura. Por cosa futura se entiende aquella de que no puede disponer el donante al

(22) La jurisprudencia afirma categóricamente que las donaciones a causa de muerte son libremente revocables, por dos razones: una, que no pretenden que el donante pierda por el momento el bien donado, sino que lo conserve en vida, otra, que, por ello mismo, no producen por ahora efectos sino que los originan tras la muerte (SSTS, 21 octubre 1896, 8 julio 1943, 23 marzo 1948, 19 junio, 29 octubre 1956, 27 marzo 1957, 7 enero 1975).

(23) El TS entiende válidos, por no constituir pactos sucesorios prohibidos, los acuerdos relativos a bienes presentes del disponente, que le pertenecen plenamente y están en su patrimonio al hacer la donación (*mortis causa*). Pues lo que proscribe el artículo 1.271,2.º es el acuerdo sobre una sucesión no abierta aún relativo a bienes futuros, que no se puede saber siquiera si formarán parte de la futura sucesión. Así SSTS, 16 mayo 1940, 25 abril 1951, 22 julio 1997 y la opinión favorable de ALMAGRO NOSETTE, *Com. al C.c. dir.* por SIERRA GIL, VI, Barcelona, 2000, pp. 585 y 588.

hacer la donación, bien porque no está, o no está todavía, dentro de su patrimonio, o bien porque, estando en él, no tiene el causante un derecho definitivo o pleno sobre la cosa. De modo que la referencia a la sucesión "futura" del artículo 1.271,2.º implica necesariamente dos requisitos: uno, que se trate de una sucesión no abierta todavía, el otro, que la disposición afecte a bienes o derechos futuros (no existentes aún o no pertenecientes, por el momento al menos, al causante, donante o disponente). En contra de ello, hay que pensar que, puesto que la donación a causa de muerte es, en principio, una donación y no se pueden donar bienes futuros (art. 635), ella afecta a bienes presentes de que se dispone para después de la muerte. De modo que la donación *mortis causa* no excepciona la prohibición de pactos sucesorios, porque ni es irrevocable ni se refiere a bienes futuros.

La segunda cuestión es si la mencionada figura es un sustitutivo del testamento o una especie de testamento sin llenar las solemnidades exigidas a éste para su otorgamiento. Hay razones que alejan la donación a causa de muerte del testamento: 1.ª La donación exige, para quedar celebrada, la aceptación del donatario en vida del donante. El testamento no puede ser aceptado, en cuanto instituya un legado, sino tras la muerte del causante. Con ello, destaca claramente la naturaleza unilateral del testamento, frente a la bilateralidad de la donación *mortis causa*. 2.ª En efecto, el testamento es un negocio unilateral y la donación es bilateral (aunque no produce obligaciones recíprocas), porque tiene que contar con la aceptación del donatario en vida del donante. La razón de esta necesidad consiste en que nadie puede recibir nada que no acepte. Ni siquiera podría alguien recibir sin su voluntad o contra su voluntad una ventaja o un bien para después de la muerte del bienhechor sin su aquiescencia y consentimiento (por ejemplo, art. 1.257,2.º). Dado que la donación a causa de muerte se celebra en vida del donante, necesita entonces la aceptación del donatario. No obstante, siguiendo sobre todo la tradición romanista, todavía en ese momento la donación no queda perfecta, pues cabe su libre revocación antes de la muerte del disponente. Con ello, parece que la donación a causa de muerte podría ser un contrato atípico (ya hemos expuesto que no lo es, ni lo puede ser por carencia de una causa contractual, ya que ni tiene *animus donandi* el donante ni es un contrato oneroso) extraordinariamente desistible de modo unilateral (contra el art. 1.256) por el donante. Sin embargo, la desistibilidad unilateral unida a la falta de causa contractual demuestran que, en rigor, la donación *mortis causa* no es un contrato. Tampoco es una donación, ni aun concebida ésta como un modo de adquirir la propiedad y no como un contrato; pues es notorio que lo que quiere el donante no es regalar la cosa, sino conservarla hasta su muerte.

Establecido lo que la donación a causa de muerte del artículo 620 no es, hay que determinar lo que es. Recordemos: no es un contrato, no es una donación, ni es un pacto o contrato sucesorio. Queda, por eliminación, especificar si es un testamento y añadir, en caso de que lo sea, si debe adaptarse a las formalidades de su otorgamiento.

El primer escollo para afirmar que la donación a causa de muerte es un testamento está en que, frente a este negocio jurídico unilateral del testador, en la donación concurren dos voluntades (la del donante y la del donatario), aunque éstas no lleguen propiamente a conformar un consentimiento *contractual* por falta de causa. Surge entonces el problema de determinar cuál es en tal caso la función de la aceptación, ya que desde luego tal función no es conformar un contrato. Aparece relevante y prepotente la voluntad del donante y empujados la aceptación del donatario, desde el punto que ella no puede impedir una eventual revocación *ad nutum* de la donación. Según lo indicado, la donación *mortis causa* se acerca a la figura (desconocida, incomprendida, no formulada) de un testamento (del donante) aceptado en vida (por el donatario). Y, si esto es así, surge la cuestión ¿qué función o finalidad tiene en tal caso la aceptación? Para mí es clara: la aceptación en vida del donante tiene el rol de constituir la obligación natural de *entregar* la posesión de la cosa al menos tras la muerte del disponente. Tratándose de una obligación moral, bien se entiende que no es exigible ante los tribunales, lo que explica la libre revocabilidad de la donación. Sin embargo, si el donante *anticipa* la entrega, en vez de dejarla para después de su muerte, el donatario adquiere definitiva e irrevocablemente (salvo la revocación por las causas comunes). La donación a causa de muerte, en este caso, se ha *convertido* en una donación entre vivos, gracias al mecanismo de la obligación natural que es la irretractabilidad del pago voluntario. Por otra parte, tal entrega anticipada ha inhibido que en el donatario se produzca un cobro indebido, que le hubiera, en otro caso, obligado a la restitución (art. 1.895). Si la entrega se retrasa a la apertura de la sucesión del causante, la donación se ha *transformado* en un legado y, en contra de lo que piensa VALLET DE GOYTISOLO, éste deberá ser entregado al donatario por el heredero. Pues es un absurdo que, si la donación *mortis causa* necesita para su eficacia –según él– la apertura de la sucesión del disponente, el donatario reciba la cosa donada, no del heredero ni tras la muerte del causante, sino de éste mismo instantes antes de su óbito.

Todo lo expuesto explica perfectamente que las donaciones a causa de muerte “participan” (art. 620) de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad. Pues son unos *pactos* (no contratos) *especiales* celebrados en vida del disponente, que están en una cuerda floja. En efecto, pueden llegar a ser donación entre vivos si finalmente la cosa donada es

entregada en vida del donante. O, por el contrario, constituyen una disposición sucesoria de institución (de legado) si la cosa es entregada por el heredero tras la muerte del causante. La aceptación del donatario tiene una función solamente en el primer caso, que es constituir en el donante la obligación natural de consignación. Por virtud de ésta, si el donante consigna en vida, queda “pillado” por el efecto de la irretractabilidad del pago voluntario (típico de las obligaciones morales); de modo que desde entonces el donatario adquiere la propiedad de la cosa y la donación queda perfecta, o sea, irrevocable. La aceptación del donatario, por el contrario, carece de función *específica* si la entrega de la cosa se verifica tras la muerte del donante. Ya que en este caso es solamente relevante la voluntad unilateral del causante. Ello conduce a que la conversión tras la muerte del disponente de la donación *mortis causa* en un legado, conlleva retroactivamente su transformación en un testamento durante su vida. Quiérese decir que el problema de qué normas deben ser aplicadas, si las del otorgamiento de los testamentos o, por el contrario, las de las formas de las donaciones, queda resuelto por deducción. Si a los tribunales les llega un caso de donación *mortis causa* en que se anticipó la entrega de la cosa durante la vida del disponente, deberán aplicar las reglas de la donación ordinaria. Si, en cambio, la donación fue a causa de muerte hasta el final, porque la cosa se entregó tras la muerte del causante, deberán aplicar las disposiciones sobre el otorgamiento de los testamentos, no siendo suficientes las formas de la donación.

A todo ello hay que añadir una precisión sobre la diferencia de las donaciones a causa de muerte, que son donaciones *cum premoriar*, y las donaciones *inter vivos si premoriar*.

Las primeras no dependen de una condición, cual es la premoriencia del donante, sino que son eficaces incluso si premuere el donatario; en este caso, dada la naturaleza de legado que tiene la donación a causa de muerte y que la cosa se entrega normalmente tras el fallecimiento del donante, ésta será obtenida por los herederos del donatario (art. 889,2.º) (24). Por ello, la donación *mortis causa* es una donación *cum*, no *si premoriar*. Ello explica directamente que, no siendo en ella la muerte del donante una condición sino un plazo, la adquisición se verifique *ex nunc* en la fecha de la apertura de la sucesión del causante. Por ello, los frutos, rentas, aprovechamientos y accesiones de la cosa donada producidos entre la fecha de la celebración del negocio y la relativa a la muerte del

(24) Contra STS 9 abril 1942 sostiene que el donatario que premuere al donante no recibe nada. Tal sentencia confunde que en las donaciones *mortis causa* la muerte del instituyente es un plazo y no una condición *si premoriar*, de modo que la premoriencia del instituido abre el legado a sus sucesibles.

disponente no son acrecimientos de la cosa legada, sino que forman parte de la herencia. Todo lo contrario ocurre en las donaciones *inter vivos si premoriar*. En éstas la premoriencia del donante es una condición suspensiva de la adquisición. Pero si se da el hecho constitutivo de la condición, que es –como se indica– la premoriencia del donante, la adquisición se produce, si bien tras su muerte, en la fecha de la celebración de la donación (en vida del donante). Lo que se debe a que, tratándose de la indicada condición suspensiva, una vez cumplida, los efectos de la adquisición quedan retrotraídos *ex tunc* a la fecha de la donación. Ello implica que los frutos, rentas, aprovechamientos y accesiones de la cosa donada son del donatario desde la fecha de celebración del contrato (o sea, desde su aceptación). La jurisprudencia ha catalogado de donaciones *inter vivos si premoriar* a las que tienen por objeto la transmisión inmediata de la nuda propiedad con reserva del usufructo vitalicio, en las que la plena propiedad se consolida en el donatario si sobrevive al donante (SSTS 26 junio 1946, 5 noviembre 1956, 27 marzo 1957, 13 marzo 1989). Pero tal jurisprudencia no atribuye efecto retroactivo a la condición cumplida, como corresponde a su naturaleza suspensiva. Este efecto adquisitivo *ex tunc* queda paralizado precisamente por virtud de la cláusula de reserva de usufructo.

IV. Núcleo de la tesis defendida

Toda la teoría expuesta sobre la naturaleza de la donación –hay que insistir y matizar– descansa sobre dos puntos: uno, la diferencia entre la renuncia traslativa a la propiedad y la donación; el otro, la existencia, o no, en el disponente de *animus donandi*. Para empezar, hay que advertir que la renuncia traslativa no tiene nada de “traslativa”. Prueba de ello es que el beneficiario adquiere la propiedad por ocupación, y ésta es un modo de adquisición *originario*. Lo que significa que el derecho de propiedad del renunciante no se desliza o traslada, tal cual, al beneficiario, sino que, al revés, éste conquista mediante la ocupación un nuevo derecho de dominio (25). En cambio, la donación es título para, a través de

(25) A pesar de que el beneficiario de la renuncia adquiere un derecho de propiedad nuevo y no el del renunciante, ya que la ocupación es un modo originario de adquirir el dominio, este nuevo derecho es copia exacta del que tenía el renunciante. Así, si la propiedad estaba gravada, las cargas reales o personales que tuviere la cosa (p. ej. usufructo, arrendamiento) *se reproducen* en el derecho conquistado por el ocupante o beneficiario de la renuncia. No puede ser de otro modo, pues el renunciante no puede disponer por la renuncia de lo que no tiene (posición jurídica de usufructuario o de arrendatario) en perjuicio de estos terceros. Es decir, no puede unilateralmente en virtud de la renuncia extinguir tales derechos limitativos.

la tradición, actuar la adquisición *derivativa* de la propiedad (o de otro derecho real) en el donatario. ¿Por qué esta diferencia entre renuncia y donación? ¿Qué añade la donación a la renuncia para transmitir derechos? Sin duda añade el consentimiento contractual entre donante y donatario, que es un título base de la tradición. Sin embargo, en la renuncia traslativa hay dos *actos*, que son independientes, aunque conectados, cuales son la renuncia a la propiedad, por un lado, y, por otro, la ocupación. La necesidad de la ocupación en vez de la tradición se deriva de que en la renuncia traslativa no hay un consentimiento contractual base de la tradición. Este consentimiento es impracticable porque no hay, ni siquiera, oferta y aceptación que pudieren conformarlo. En la renuncia es tomado en cuenta (por la ley) el *acto* de abandono, por una parte, y, por otra, el *acto* de ocupación. La voluntad de realizar esos actos queda postergada a un segundo plano, de modo que no llega a ser un negocio jurídico (de oferta, de aceptación). Y es que la renuncia traslativa no es más que una renuncia abdicativa con indicación de beneficiario. Hasta tal punto que, si, abandonada la cosa, el beneficiario no la ocupa y, en cambio, lo hace un tercero no designado por el renunciante, éste la adquirirá. Por todo ello, la renuncia (incluso la traslativa) no es un título base para la realización de la tradición.

Queda en pie el segundo problema, que es ¿cómo saber cuándo se trata de una renuncia traslativa o, en cambio, de una donación? A ello debe contestarse: sólo la donación tiene *animus donandi*, del que carece la renuncia. El renunciante quiere desprenderse de un bien, no regalarlo; el donante se desprende de él porque quiere regalarlo. Pero, entonces, ¿cómo conocer el *animus donandi*, tan decisivo para delimitar la donación?

Sólo cabe, para contestar, acudir a la jurisprudencia de intereses y de ahí ir a la jurisprudencia de conceptos. En efecto, la peculiaridad de la renuncia consiste en que el renunciante abandona una cosa que no le interesa tener o que le ha dejado de interesar. Este “interés” es precisamente un interés jurídico, en cuanto dotado de acciones judiciales para hacerlo valer en un proceso. Curiosamente, es el interés que constituye el centro o núcleo del derecho de propiedad; pues la esencia del derecho de dominio es la voluntad de conservar o recuperar la posesión. Cuando el indicado interés ha desaparecido de manera definitiva, el abandono de la posesión solamente puede llevar a una renuncia a la propiedad; pero no puede conducir, en tal caso, a una donación. Cuando, en cambio, el interés de tener la cosa persiste en el disponente, de modo que él daña ese interés al abandonar la posesión en beneficio de alguien, se da el *animus donandi*. Éste implica necesariamente el autoperjuicio del interés nucleico del derecho de propiedad (o de cualquier otro; sea real o de cré-

dito que sean objeto de la donación). Cuando, conservando el interés en la posesión, sin embargo se abandona la cosa en beneficio de un tercero, a quien se le entrega, hay donación y no renuncia. Porque entonces existe *animus donandi*. La referencia al interés en la posesión (no se dice interés en la propiedad: primero, porque no se puede tener interés en un derecho como el de dominio cuando tal interés forma parte del derecho; segundo, porque hay donación de la posesión, como la hay de la propiedad, del usufructo o de un crédito), significa que incluso el precario (“actos meramente tolerados”, art. 444) contiene *animus donandi*. Por supuesto, también lo tiene el comodato, y aun existiendo en ellos el ánimo de donar, no son donaciones. Y no lo son porque tienen un régimen jurídico *peculiar*, que debe ser aplicado en vez del relativo a la donación. Por ello, el precario y el comodato, pese a la existencia en el benefactor del ánimo de regalar, son relaciones jurídicas de tipo gratuito *específicas* distintas de la donación. En ellas el bienhechor sacrifica su interés jurídico en la posesión, permitiendo, tolerando que la tenga un tercero, o incluso entregándola. Pero tales contratos no dejan de ser donaciones porque –como se ha sostenido (26)– el donante no se empobrezca en la medida en la que se enriquece el donatario. Así, p. ej., esta circunstancia se predica indebidamente del comodato o del precario sin advertir que el comodatario o el precarista obtienen la misma ventaja por el uso de la cosa que pierde el comodante o concedente al no poder usarla; que en general éstos pierden el lucro cesante, que es el que precisamente obtiene el comodatario o el precarista por el uso de la cosa.

Todo este análisis, por otra parte, fortalece decididamente la tesis de que las donaciones a causa de muerte no son, en principio, donaciones. Porque en ellas el disponente no sacrifica su interés en conservar los bienes, sino que los retiene (en contra del principio francés de “donar y retener no vale”) en vida. Y, una vez muerto, ya no puede tener ningún interés jurídico (aquí sería el de conservarlos), de modo que *los deja* (no los regala) a sus sucesibles mediante instituir legados, que en ellos se convierten las donaciones a causa de muerte tras el óbito del donante. Por todo ello, cabe aceptarlas tras la muerte del disponente, si no han sido aceptadas antes (27).

La entrega traditoria de la cosa a cambio de nada o de menos de lo que se da, en contra del propio interés en conservarla, *es el elemento deficiente del animus donandi*. Más aún cuando, además de tener interés en conservar la posesión, se tiene interés en mantener la propiedad. Y, no

(26) DE LOS MOZOS, *La donación*, Madrid, 2000, pp. 67-70.

(27) DE DIEGO, *Instituciones*, III, Madrid, 1932, p. 476, las considera donaciones, aunque el donatario, que no las aceptó en vida del donante, lo haga tras su muerte.

obstante, se da. Siendo esto así, se deduce la necesidad de la tradición para transferir el dominio por donación. Tan esencial es la tradición que la donación a causa de muerte se transforma en donación ordinaria por virtud de la entrega de bienes en vida del donante (28). Esta entrega anticipada constituye, genera el *animus donandi*. En efecto, el donante a causa de muerte, que al principio quería conservar la propiedad en vida, quiere ahora con la entrega anticipada transmitirla. Y, en efecto, lo logra porque la tradición basada en el título crea el *animus donandi*; es decir, querer *desprenderse* en vida de la cosa donada. Este desprendimiento, que es el *abandono* en la renuncia, es el balancín que le queda a la donación de renuncia. Demuestra además que, en efecto, la base de la donación es la desposesión actual.

Otra reflexión: debe advertirse la trascendencia de la toma de posesión en todos los modos adquisitivos, incluso por encima de la importancia que se atribuya al título de la transmisión. Éste puede estar viciado, nulo, resuelto, rescindido. Sin embargo, no cabe torpedear la eficacia de la ocupación (o de la tradición) atribuyéndole error, violencia, intimidación o dolo. Estos modos de adquisición de la propiedad son, por ello, en cierto modo y grado, invulnerables. Cuidadosamente escondida en ellos la voluntad del actuante (ocupante, adquirente por la tradición) por el acto objetivo (de ocupar, de tradir), poco importan tales vicios. Quiso ocupar, luego ocupó. Que fuere un error, o el miedo el que le impulsó a la ocupación, no importa al derecho. Si tuvo la voluntad *natural* de ocupar, ocupó. En los actos jurídicos lo que vale es el acto. La voluntad de realizarlo exigible es una voluntad *de mínimo*. Ello es lógico, pues si tal voluntad fuese *relevante*, no serían actos sino negocios jurídicos, cosa bien distinta de los actos. Después de lo expuesto, ¿quedará todavía alguna duda doctrinal sobre la necesidad de tradir la cosa donada para que el donatario la adquiera? Por si quedara, hay un argumento lógico y legal. Es el siguiente: carece de sentido que al vendedor, que obtiene por ello un precio, se le impongan más requisitos para la transmisión que al donante, que no lo recibe. El vendedor debe tradir para transmitir, el donante —se nos dice por cierta opinión— no. De modo que es más fácil perder la propiedad no recibiendo nada por ello. Tal consecuencia va además contra un principio general: los contratos onerosos deben ser interpretados en el sentido de la mayor producción de efectos, los gratuitos lo más restrictivamente (art. 1.289). Si esto es así, ¿cómo poner a

(28) Este es uno de los posibles sentidos atribuibles al texto romano “cuando se hace una donación a causa de muerte de modo que (entre otras circunstancias por la entrega anticipada de los bienes) no se puede revocar en ningún caso, hay una donación ordinaria” (*Marcián. 5 reg.*). Otro sentido se refiere a la posibilidad de que en la donación a causa de muerte se introduzca una cláusula de irrevocabilidad absoluta.

la compraventa la traba del requisito de la tradición para la transmisión y quitársela a la donación?

Recientemente se ha opinado que el carácter formal de la donación hace que el título y el modo se fundan en la forma contractual legalmente exigida, sin necesidad de una tradición aparte (29). Esto es verdad a medias: en la donación de bienes inmuebles la escritura pública es traditoria; en la de bienes muebles o hay tradición real por la entrega simultánea de la cosa donada o debe rubricarse un documento conteniendo la oferta y la aceptación, el cual debe ser entregado o tradido al donatario en sustitución de la cosa.

Por otra parte, la donación a causa de muerte no implica un pacto sucesorio por ser esencialmente revocable.

La renuncia traslativa y la donación son diferentes. La primera se compone de un *acto* de abandono de la posesión (de la cosa cuya propiedad es objeto de la renuncia), seguido posiblemente de la adquisición de *otra* propiedad por virtud de ocupación. En la donación hay previamente también abandono, pero éste es seguido, no de ocupación, sino de la tradición, que transmite al donatario el mismo derecho de propiedad del donante. Sin embargo, se parecen, pues en las dos el adquirente obtiene el dominio a cambio normalmente de nada (salvo donación modal). Ello permite acercarlas y describir qué elementos de la renuncia están dentro de la donación. Así, p. ej., la donación resulta ser, desde este punto de vista, un abandono de la posesión (de la cosa donada), como lo es la renuncia, operado por la tradición y no seguido de la ocupación que secunda a la renuncia. La tradición en la donación se necesita para actuar la transmisión del derecho, la cual viene exigida por la presencia en ella del *animus donandi* del que la renuncia carece.

A veces, la renuncia y la donación se aproximan aún más. Ello ocurre cuando el donatario tenga la posesión previa a la donación (p. ej., comodatario, depositario). En este caso, no cabe ya la tradición por existir una entrega anterior (por el comodante, depositante), que no fue una tradición por faltarle entonces la voluntad de transmitir con la posesión la propiedad (entregada sólo en comodato, depósito). Tras la donación, la voluntad de transmitir la propiedad existe, pero no hay entrega de posesión, por tenerla ya el donatario, de modo que tampoco hay tradición ni transmisión del dominio. ¿Cómo lo adquiere en este supuesto el

(29) DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 56, de acuerdo con LALAGUNA. El primero dice que la tradición perdió importancia sobre todo a partir de Justiniano, en que la donación transmitía la propiedad, mediante la tradición o mediante la *stipulatio* que se le añadía. Pero no dice DE LOS MOZOS que la tradición desapareciera, sino que permaneció hasta ser suprimida en el siglo IX por el derecho bizantino (p. 35).

donatario? Inevitablemente por ocupación, pues donada la propiedad (de la cosa comodada, depositada) y, no habiendo una tradición posible, este es el único modo de adquisición del dominio (art. 609,1.º).

Lo expuesto explica que el artículo 618 califique la donación de acto (lo es la ocupación, que muchas veces acompaña y secunda a la renuncia).

También cabe descomponer los elementos de la condonación. En ésta se renuncia al crédito en beneficio del deudor, que lo adquiere, pues es el único beneficiario posible. Convertido en deudor y acreedor de sí mismo, la relación crediticia se extingue por confusión. Aun así, cabe añadir a esta renuncia el *animus donandi*, en cuyo caso la transmisión del crédito donado se opera por tradición (p. ej., entrega del título de pertenencia), de modo que éste no es adquirido por ocupación (propia de la renuncia). Con ello aparecen los elementos simples de la condonación, que son la renuncia previa al crédito donado y la confusión de éste con la deuda, a los que se añade el *animus donandi*.

Considerar el abandono de la posesión (constitutivo de la renuncia) y la ocupación (que normalmente la sigue) elementos simples de la donación; advertir que los elementos simples de la tradición (necesaria para transmitir por donación) son el abandono posesorio de la cosa donada y su entrega, seguida de la ocupación del donatario, ayudan a desentrañar el Código civil. En él la donación, sin dejar de ser un contrato, se asimila a un acto (art. 618), como la ocupación (art. 609,1.º) o el hallazgo (art. 615), frecuentemente precedidos de una renuncia a la propiedad que es otro acto. También ello permite percatarse de que los negocios jurídicos se componen de unas unidades o elementos simples, que son los actos jurídicos; que evolucionan para llegar a ser negocios cuando la voluntad adquiere en ellos un papel preponderante.

DISTRIBUCIÓN DE HIPOTECA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 216 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN SUS ASPECTOS FISCAL, NOTARIAL, HIPOTECARIO Y EJECUTIVO

ELOY JIMÉNEZ PÉREZ

Notario

El presente trabajo es fruto de mis reflexiones sobre la distribución de hipoteca en solicitud privada, su admisibilidad y el posible obstáculo que la misma pueda suponer para la ejecución sumaria de la hipoteca a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Desarrollaré el tema a través de la siguiente estructura:

— PREÁMBULO SOBRE LOS DOS SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN HIPOTECARIA.

— CUESTIONES PREVIAS:

I. Sobre si el artículo 216 del Reglamento Hipotecario se aplica sólo a la distribución necesaria o también a la optativa.

II. Sobre el negocio jurídico de la distribución.

III. Distribución hipotecaria y tasación de las fincas para subasta.

IV. Sobre su constatación documental.

V. Sobre la naturaleza jurídica de la solicitud.

- EL SUPUESTO DE HECHO:
- ASPECTO FISCAL.
- ASPECTO NOTARIAL.
- ASPECTO HIPOTECARIO.
- ASPECTO EJECUTIVO.
- RECAPITULACIÓN.

Preámbulo sobre los dos supuestos de distribución hipotecaria

Nuestra Ley Hipotecaria, desde su primitiva redacción de 1861, establece un doble supuesto sobre la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas, recogiénola en dos artículos distintos, los artículos 119 y 123, cuya redacción ha permanecido inalterable hasta nuestros días sin otra variación que la palabra “garantida”, que es sustituida en la redacción actual por la nueva “asegurada”, en el último de tales preceptos.

De tal regulación surgen dos tipos de distribución: la necesaria y la optativa.

a) La distribución *necesaria* la recoge el artículo 119 de la Ley cuando dice:

“Artículo 119.— Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deberá responder”.

A su vez el artículo 216 del Reglamento Hipotecario determina en consonancia lo siguiente:

“Artículo 216.— No se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas.—...”

Este artículo 216 tiene a su vez su precedente en los artículos 99 y 100 del Reglamento Hipotecario de 1861 que decían así:

“Artículo 99.— Los registradores no inscribirán ninguna hipoteca sobre bienes diferentes, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes o por mandato de juez, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca deba responder”.

“Artículo 100.— Las partes podrán acordar la distribución prevenida

en el artículo anterior, en el mismo título que se deba inscribir, o en otro diferente, que podrá ser escritura pública o solicitud dirigida al registrador, firmada o ratificada ante él por los interesados.

La inscripción en estos casos se hará en la forma que prescribe al artículo 18.”

b) *La distribución optativa* viene recogida en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria que dice así:

“Artículo 123.— Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez”.

Estamos, pues, ante dos casos, diferentes, en el *primero: distribución necesaria*, al hipotecarse varias fincas por un solo crédito el principio de especialidad registral exige la distribución de forma y manera que en este supuesto, *la no distribución impide la inscripción* y, a su vez, la necesaria distribución, protege al tercer adquirente de una de las fincas hipotecadas ya que según el artículo 120, el acreedor no podrá repetir contra ella en su perjuicio sino por la cifra de responsabilidad a la misma asignada.

En cambio, en el segundo supuesto de distribución optativa, inicialmente al gravar la hipoteca *la única finca hipotecada* no será necesaria, sino improcedente, la distribución, para su inscripción registral. Si posteriormente la finca hipotecada se divide, la regla general es la subsistencia íntegra de la hipoteca sobre todas las nuevas fincas en que se divida y *la excepción la distribución* que no se dará “sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor”.

Situados ya en la doble posibilidad que nuestra legislación regula sobre la distribución de la responsabilidad hipotecaria, podemos plantearnos unas:

Cuestiones previas

I. PRIMERA CUESTIÓN. *¿El artículo 216 del Reglamento Hipotecario es sólo aplicable a la distribución necesaria del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, o también se aplica a la optativa del artículo 123 de la Ley Hipotecaria?*

Veamos los dos supuestos:

A) *Primera interpretación:* el artículo 216 del Reglamento Hipotecario se refiere sólo a la distribución hipotecaria necesaria del artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Los argumentos en su favor serían:

1.º La propia dicción del artículo 216 del Reglamento Hipotecario “No se inscribirá ninguna hipoteca *sobre varias fincas...*” mientras que en el supuesto del artículo 123, la hipoteca ya está inscrita *sobre una sola finca*.

2.º Los precedentes del artículo 99 del Reglamento de 1861: “Los registradores no inscribirán ninguna hipoteca sobre varias fincas sin que se determine previamente la cantidad de que cada finca deba responder”.

En el supuesto del artículo 123 la prohibición sobra, pues *la hipoteca ya está inscrita*.

3.º El carácter necesario de la distribución del primer supuesto, por lo que sin ella no hay inscripción ni hipoteca, por el carácter constitutivo de la misma y en el segundo hay hipoteca inscrita y eficaz *erga omnes*.

4.º Y como luego veremos, el primitivo Reglamento Hipotecario lo que pretendía era facilitar la inscripción, lo que por otro lado es totalmente lógico en un Reglamento Hipotecario y ello es necesario en el supuesto del artículo 119 y no en el 123 ambos de la Ley Hipotecaria.

Esta posición, que comparto, es adoptada por Félix Rodríguez López (en la revista *Lunes Cuatro Treinta* número 300, página 20) al decir:

“Por lo visto, debe concluirse que prácticamente no hay un solo párrafo en el artículo 216 del Reglamento Hipotecario que no deje clara su exclusiva referencia al caso del artículo 119 de la Ley, revelando que el artículo 123 de la Ley contempla un supuesto bien diferente al que regula y desarrolla la norma reglamentaria, y que, por lo tanto, debe quedar sujeto a la regla general de documentación pública”.

B) *Segunda interpretación:* a favor de la aplicación del artículo 216 del Reglamento Hipotecario también a la distribución optativa podemos argumentar:

1.º La colocación del precepto bajo la rúbrica genérica “Distribución del crédito hipotecario”.

2.º La no existencia de un precepto paralelo para el supuesto de división posterior de finca hipotecada.

3.º Su aplicación práctica.

CONCLUSIÓN. El artículo 216 del Reglamento Hipotecario por su dicción, finalidad e historia está pensado para el supuesto de la *distribución necesaria* de hipoteca aunque a veces en la práctica se aplique también a la *optativa*.

II. El pacto de la distribución hipotecaria.

Es un negocio jurídico bilateral y así lo reconoce explícitamente el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, al decir, “cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor” y el artículo 216 del Reglamento Hipotecario por “convenio entre las partes”.

Y, además, produce el efecto de creación del derecho real de hipoteca en la distribución necesaria o su modificación en la optativa.

En el caso del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, dicho pacto forma parte ineludible del negocio jurídico de *constitución de hipoteca* y debe regirse por las normas aplicables a las mismas, no solamente hipotecarias, sino también civiles, artículo 1.280 del Código civil, que establece como obligatoria la escritura pública y notariales, artículo 258 del Reglamento Notarial que impide legitimar notarialmente (como veremos) los documentos privados incluidos en los supuestos de dicho artículo 1.280 del Código civil.

Y en el caso de la distribución optativa del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, es un pacto voluntario que *modifica* el derecho real de hipoteca, que sin él *ya existía y puede seguir existiendo* sin modificación, “sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor” y en principio, son aplicables los mismos preceptos citados para la constitución a la modificación y por ello a la distribución hipotecaria.

Recuérdese también el artículo 1.230 del Código civil cuando dice: “Los documentos privados, hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero” y la gran importancia en nuestro Derecho Hipotecario del tercero protegido.

CONCLUSIÓN. La distribución hipotecaria es un negocio jurídico que constituye o modifica un derecho real: la hipoteca.

III. Distribución hipotecaria y tasación para subasta.

Usualmente la distribución hipotecaria suele realizarse acompañada en el mismo documento de la tasación de cada finca para el supuesto de subasta.

Dicha práctica es conveniente, porque la existencia de varias fincas hipotecadas, o la división de la única, y la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ellas (en el segundo caso si así lo convienen los interesados), origina tantas hipotecas como fincas, y por tanto hay que tasar para subasta cada una de ellas, y así poder despachar ejecución separada en su caso por el procedimiento judicial sumario.

Pero el que la tasación sea requisito “sine qua non” para la ejecución

sobre cada finca por el procedimiento judicial sumario de las nuevas hipotecas individuales, en el supuesto de distribución hipotecaria, *no hace que ambos negocios jurídicos, distribución y tasación sean uno solo*. De la misma manera que son distintos negocios jurídicos los de división de finca hipotecada y distribución de hipoteca ya que producido el primero el artículo 123 otorga carácter optativo al segundo y sin él la división es eficaz.

La no fijación de la tasación para subasta en el documento en que se pacte la distribución hipotecaria, no impedirá la inscripción del pacto de distribución y la limitación frente a terceros de la responsabilidad hipotecaria de cada finca, pero originaría sin embargo la imposibilidad de ejecución de la hipoteca, sobre cada una de las fincas, por el procedimiento judicial sumario.

La tasación de las fincas para subasta, como requisito del procedimiento judicial sumario se introdujo, con éste, en la reforma de 1909 y, por tanto, es imposible pensar que se tuviera en cuenta por el legislador de 1861 al redactar el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, antecedente directo del artículo 216 vigente del mismo Reglamento por lo que el fundamento que dicho precepto pueda proporcionar a la inscribibilidad del pacto de distribución, no tiene por qué extenderse al de tasación de las fincas para subasta.

Discrepo de PEDRO ÁVILA (*La hipoteca Estudio Registral de sus cláusulas*. CER. Madrid, 1990, p. 203, citado por CANALS) cuando entiende “que si el procedimiento judicial sumario se ha pactado expresamente en la escritura, la omisión del valor para subasta puede subsanarse con instancia de los interesados del artículo 110 del Reglamento Hipotecario” porque considero entra dentro de la excepción que el propio precepto recoge “siempre que no fuere necesario un documento público” y ni siquiera puede ampararse en la dicción del artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

CONCLUSIÓN. La distribución hipotecaria y la tasación de las fincas son negocios jurídicos distintos aunque suelen pactarse en el mismo documento.

IV. Constatación documental de la distribución hipotecaria.

Del artículo 216 del Reglamento Hipotecario surgen las siguientes formas:

- A. Mandato Judicial.
- B. Convenio de los interesados acordado:
 - B.1. En el título inscribible de la hipoteca.
 - B.2. En otro documento público.
 - B.3. En solicitud dirigida al registrador firmada o ratificada ante él.
 - B.4. En solicitud cuyas firmas estén legitimadas.

Los apartados A, B.1. y B.2. no plantean problemas de admisibilidad al tener claramente el carácter de título inscribible conforme la regla general del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y su tradicional clasificación de títulos inscribibles en: notariales, judiciales o administrativos.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección sexta, de 31 de enero de 2001, en el tercer párrafo de sus Fundamentos de Derecho primero, dice sobre este punto:

“Abundando, ... debemos expresar que, entre los fines de dichas Asociaciones, está la promoción y defensa del Notariado y de la función notarial, de su prestigio e interés, sin que se pueda desconocer que como replican los representantes de aquellas, el título público, cuya redacción corresponde a los notarios, y la inscripción son los elementos sobre los que descansa en nuestro sistema la eficacia frente a terceros de los negocios jurídicos, de forma tal que el binomio título-inscripción se torna insoluble porque el título tiene vocación de ser inscrito para desarrollar su eficacia hasta sus últimas consecuencias y la inscripción tiene como presupuesto necesario la preexistencia del título, de manera que todo lo que afecte a la registración del título afecta también a la función notarial en cuanto a su cometido de redactar los únicos títulos que, junto con los judiciales y administrativos, acceden al Registro de la Propiedad y despliegan con ello sus máximos efectos.”

De dicha sentencia se deduce un reconocimiento totalmente actual de dicha clasificación de los títulos inscribibles.

El problema por tanto nos lo plantea la “solicitud” dirigida al registrador bien en su versión B.3. firmada o ratificada ante él o B.4., cuyas firmas estén legitimadas pues suponen una excepción al título inscribible del que la propia exposición de motivos de 1861 exige “no debe recibir el sello de este archivo público más que aquello que no deje duda de su legitimidad”.

Es de anotar, con respecto a estos dos supuestos, su diferente aparición histórica, siendo muy *posterior* en el tiempo la posibilidad de “solicitud dirigida al Registrador cuyas *firmas estén legitimadas*”, que parece proceder de la reforma del año 1944-46 mientras que la solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él procede de la primitiva redacción del Reglamento Hipotecario de 1861.

Así parece desprenderse del vigente artículo 216 del Reglamento Hipotecario sin variación desde la redacción de 1944-46 en que se recogen ambas posibilidades mientras que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario de 1861 y el 189 del Reglamento Hipotecario de 1915 sólo reconoció la “solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él”.

Nos dice FERNANDO CANALS BRAGE (en el número 33 del *Boletín del Colegio de Registradores*), como explicación del primigenio nacimiento del artículo 100 del Reglamento Hipotecario que:

“Da la impresión, el legislador reglamentario, de no estar demasiado convencido de que el mandato, del legislador legal, que imponía la distribución fuera a ser cumplido, o quizá temiera que, dado el giro Copernicano que suponía en la concepción de la hipoteca, tardara en ser recibido por los escribanos. (Recuérdese que la Ley del Notariado es de 1862, precisamente para adaptar tal cuerpo a las exigencias de la Ley Hipotecaria). Quizá por ello, no sólo se reconoce la posibilidad de impletrar un hoy más que sorprendente auxilio judicial (distribución por «mandamiento judicial»; aunque quizá éste pueda tener como luego veremos otra utilidad), sino que además se permite resolver el «olvido» notarial «en otro documento público o en (la) solicitud» de que nos ocupamos”.

Comparto las razones apuntadas por FERNANDO CANALS, en consonancia con ellas, el primitivo Reglamento Hipotecario no pensó en un principio en la solicitud con firmas legitimadas por notario como un remedio de la falta de distribución y luego se acudió a ella para ampliar el abanico subsanatorio de la misma.

Parece por otro lado que también él considera aplicable en principio el artículo 216 al supuesto del artículo 119 de la Ley Hipotecaria “mandato legal que imponía la distribución” consiguiendo evitar que sin ella la hipoteca constituida sobre varias fincas no pudiera inscribirse.

CONCLUSIÓN. El artículo 216 del Reglamento Hipotecario plantea el problema de citar la solicitud privada en paragón con otros títulos inscribibles, dando pie a interpretaciones ampliatorias de su uso incluso *contra legem*.

V. Naturaleza de la solicitud registral del artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

Nos define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el vocablo solicitud como “Memorial en que se solicita algo”, en este caso, al registrador la inscripción de la distribución hipotecaria.

La solicitud del artículo 216 del Reglamento Hipotecario es por tanto en principio un documento privado por proceder de los interesados y aunque se firme o ratifique ante el registrador, o un notario legitime tales firmas seguirá siendo un documento privado.

Parece por tanto que el supuesto recogido por el artículo 216 del Reglamento Hipotecario es una excepción al título inscribible del artículo 1.280 del Código civil, del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria en gene-

ral y del artículo 145 de la Ley Hipotecaria sobre la hipoteca en particular y cuando dice:

“Artículo 145.— Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

1.º Que se hayan constituido en escritura pública.

2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.”

Porque la legitimación de firmas por notario, como luego veremos, o el ser firmadas o ratificadas ante el registrador no implica en principio la responsabilidad de su contenido por uno u otro, ni su juicio de control de legalidad en cuanto capacidad, consentimiento, representación, vecindad civil, régimen matrimonial..., etc.

Centrándome en la naturaleza de esta instancia coincido con FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO quien la considera perturbadora y añade:

“... La alusión del artículo 216 del Reglamento Hipotecario a que la distribución puede acordarse en instancia dirigida al Registrador es claramente contra legem y no puede provocar la violación de un principio tan esencial como el de legalidad. La única forma de salvar el precepto es entender que el artículo 216 no es en este aspecto sino una aplicación concreta del artículo 110 del Reglamento Hipotecario que dice así: «Las faltas subsanables, cualquiera que sea su procedencia, podrán subsanarse por instancia de los interesados, que se archivará en el Registro, siempre que no fuere necesario un documento público u otro medio especial adecuado»”.

En el mismo sentido PEDRO ÁVILA NAVARRO (*La hipoteca: Estudio registral de sus cláusulas*. CER. Madrid, 1990, p. 139), quien considera el artículo 216 RH, como aplicación de la regla general del artículo 110 del mismo RH, esto es, la subsanación mediante instancia de una falta subsanable de que adolece el documento.

De la misma idea parece ser también JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Civitas, 17.ª ed., Madrid, 1996), pues en nota al artículo 216 del Reglamento Hipotecario dice:

“Respecto a la solicitud compárese con artículo 110 de este Reglamento. Sobre la distribución de responsabilidad, la impone el principio de especialidad, conforme al artículo 119 y ss. de la Ley. Tal como está redactado el precepto, la falta de distribución se configura como defecto subsanable”.

Consecuente con dicho planteamiento FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO afirma que la instancia privada a que se refiere el artículo 216 del Reglamento Hipotecario no tiene otra virtualidad que aclarar o rectificar la previa distribución hipotecaria realizada en documento público siempre que la aclaración o rectificación no sea de tal calibre que exija una

nueva declaración de voluntad en cuyo caso es preciso el otorgamiento de escritura pública o sentencia judicial.

Pero los que opinan que el artículo 216 permite inscribir la distribución de hipoteca y no su rectificación exceden de su carácter subsanatorio y le atribuyen un carácter de título inscribible y de excepción expresa a la regla general del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y concordantes, de ahí su calificación de *contra legem*, sin que en principio sean compatibles dicha naturaleza de instancia subsanatoria y tales efectos de título inscribible.

Luego si la solicitud del artículo 216 del Reglamento Hipotecario es una instancia subsanadora sólo sirve para rectificar una previa distribución y si sirve para inscribirla es algo más que una instancia del artículo 110 de dicho Reglamento Hipotecario y su elevación al rango de documento inscribible conculca el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, por lo que debería modificarse dicho artículo 216 del Reglamento Hipotecario en una u otra dirección.

CONCLUSIÓN. La solicitud del artículo 216 del Reglamento Hipotecario es una aplicación de la regla general contenida en el artículo 110 del Reglamento Hipotecario de instancia subsanatoria, nunca puede ser título inscribible ni ejecutivo.

Debería redactarse de nuevo en la presunta reforma del Reglamento Hipotecario, como consecuencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dicho artículo 216.

El supuesto de hecho

Sin desconocer la importancia de los demás casos lo que actualmente presenta problemas de aplicación práctica es el siguiente supuesto:

“Un promotor que tiene intención de construir un edificio y ha acordado su financiación con una entidad de crédito, firman una escritura de préstamo hipotecario sobre el solar, que se inscribe; una vez construido el edificio se divide en régimen de propiedad horizontal y cuando va a distribuir la hipoteca entre los pisos o locales se encuentra con alguien que le dice: aplica el artículo 216 del Reglamento Hipotecario en su versión de solicitud registral, te ahorras el coste de la escritura y el 0,50% del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados”.

Lógicamente, espoleado por el aliciente del ahorro, el deudor hipotecario propone a su entidad crediticia la solución apuntada y deciden probar, a ver si funciona.

Además de ahorro fiscal el objetivo que persigue esta solución es la

dilación en el tiempo de la decisión sobre la parte de gravamen que interesa fijar para cada nueva finca, pues avanzada la construcción, pueden conocerse las necesidades reales del posible comprador de cada una, que pueden ser totalmente distintas de las de otro comprador de otra finca del mismo tipo.

Y así está funcionando, inscribiéndose en algunos registros las distribuciones de hipoteca en solicitud privada, con firmas legitimadas o ratificadas ante el registrador, que, como no son copias de escrituras notariales, no pagan el impuesto a éstas aplicable de Actos Jurídicos Documentados.

Lógicamente, en la solicitud se produce además la tasación de las fincas para subasta, supuesto no comprendido en el texto del artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

Vemos cómo después de más de un siglo de su redacción, y por motivos fiscales, se ha puesto de moda el artículo 216 del Reglamento Hipotecario, sin que los estudios sobre sus posibilidades y problemáticas hayan proliferado, lo que me anima a hacerlo en los apartados que siguen.

ASPECTO FISCAL.

La regulación fiscal recogida en los artículos 30-1 y 31-2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

“Base Imponible. Artículo 30.

1. En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa.”

“Cuota Tributaria. Artículo 31.

2. *Las primeras copias de escrituras y actas notariales*, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los apartados 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán además, al tipo de gravamen del 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos.”

Da la impresión de que el Fisco se rebela ante el hecho de que un acto inscribible se les escape con exención total y lo grava al menos con dicho impuesto.

De la propia dicción de tales artículos se deduce la sujeción de las pri-

meras copias de escrituras y actas notariales que contengan actos inscribibles y a *sensu contrario* la no sujeción de los documentos privados por no ser primeras copias de escrituras ni actas notariales, aunque puedan llegar a inscribirse.

Se produce así lo que podíamos llamar una penalización inversa porque, discriminando entre los tipos de documentación, penaliza a la pública en relación con la privada que resulta favorecida.

Se origina con ello la siguiente tributación en los diferentes supuestos:

a) Si la distribución entre los pisos y locales se realiza en la misma escritura en que se constituye la hipoteca, ésta pagará el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados sobre la total responsabilidad hipotecaria distribuida directamente en tantas hipotecas como elementos.

b) Si en la escritura de constitución sólo se constituye la hipoteca del solar paga el mismo impuesto que en el caso anterior como hipoteca única.

c) Si la posterior *distribución* se produce *en otro documento público volverá a devengarse el pago*, pero *si se hiciese en documento privado estará no sujeto a él*.

La única razón, para que el legislador fiscal no sometiese a tributación los documentos privados, parece estar en que entendiera que al no ser en principio inscribibles, no reunirían nunca dicho requisito, ya que no es pensable que buscase penalizar la documentación pública, ni eximir el contenido inscribible de la privada.

Hasta que se produzca una, deseable, modificación de la regulación fiscal del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, parece poco probable conseguir que la Administración declare exento por dicha desigualdad el documento público, pues ello implicaría disminución de su recaudación impositiva.

Tampoco parece pueda progresar con la regulación actual la sujeción del documento privado al pago del impuesto. Aunque se han liquidado instancias privadas de cancelación de condiciones resolutorias por caducidad (art. 177 Reglamento Hipotecario) o por confusión de derechos (art. 110 Reglamento Hipotecario) por autoliquidación sin que la Administración Tributaria haya puesto inconveniente al cobro o sólo liquidarlas exentas por prescripción.

Sólo apuntar aquí mi opinión de que el uso de “instancia subsanadora” cada día para más supuestos: rompe la concordancia título inscribible-inscripción y no es buena ni para la titulación pública ni para el Registro.

Si el impuesto gravase el “contenido inscribible del documento” en vez del “documento de contenido inscribible” se hubiera evitado esta

desigualdad y además al estar sometida la inscripción al criterio territorial de Registro, no hubieran prosperado las reducciones de tipo aplicables en algunas Autonomías, que a la par de favorecer a sus propios contribuyentes, compensaban, incluso con superávit de ingreso, con la tributación de otros importantes documentos inscribibles en Registros de la Propiedad o Mercantiles de otras Autonomías (por estar en los territorios de las mismas las fincas o los domicilios), y que sin embargo se desplazaban a ellas atraídas por dichas reducciones de tipos impositivos.

La Ley 13/2000 de la Comunidad Autónoma de Aragón, de fecha 27 de diciembre del 2000, ha introducido un aumento de la cuota tributaria del 0,50% al 1,50% en las primeras copias de escrituras que documenten transmisiones de bienes inmuebles en que se haya procedido a renunciar a la exención del IVA conforme a lo dispuesto en el artículo 20, apartado 2, de la Ley 37/1992, reguladora de dicho impuesto.

Sin entrar en la oportunidad, ni legitimidad de esta reforma, no me parece lógico que cada autonomía regule este impuesto con cuotas tributarias distintas.

CONCLUSIÓN. Para solucionar la injustificada penalización cometida propongo de *lege ferenda* la modificación del citado Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en su cuota gradual para que deje de gravar la forma documental y recaiga siempre sobre el contenido económico del documento o desaparezca, evitando además su distinta regulación autonómica.

ASPECTO NOTARIAL.

1.º Posibilidad de legitimación.

Dice el artículo 258 del Reglamento Notarial:

“Artículo 258.– Están autorizados los Notarios para dar testimonio de legitimación de firmas de toda clase de personas y en cualquier concepto puestas al pie de documentos o de certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que esos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1.280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia.”

Y el artículo 1.280 del Código civil a su vez:

“Artículo 1.280.– Deberán constar en documento público:

1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles...”.

Aplicando tales preceptos, y considerando, como he dicho anterior-

mente, que la distribución hipotecaria o forma parte del íntegro negocio de constitución de hipoteca o supone una modificación a una hipoteca ya constituida y dando por sentado el carácter de derecho real de la hipoteca, pienso que *LOS NOTARIOS NO PODEMOS* legitimar las firmas de los documentos privados en que se pacte la distribución de una hipoteca.

Podría argumentarse en contra de esta posición la dicción concreta y precisa del artículo 216 del Reglamento Hipotecario que recoge expresamente esa posibilidad.

Por tanto, ante las dos tesis contrapuestas, yo me inclino por la de mantener la prohibición de legitimar dichas solicitudes en base a los siguientes argumentos:

1.º) El Reglamento Notarial es específico para la actuación notarial, incluidos los testimonios de legitimación de firmas, no así el Hipotecario.

2.º) El artículo 258 del Reglamento Notarial es coherente con el sistema notarial español, puesto que los notarios, cuya principal función es la autorización de documentos públicos, cuando la legislación civil exige su otorgamiento, sólo podemos intervenir mediante forma documental pública.

El artículo 216 del Reglamento Hipotecario sin embargo es como mínimo un precepto excepcional a la norma general del título público exigida por los artículos 3 y 145 entre otros de la Ley Hipotecaria.

3.º) El artículo 1.280 del Código civil se cumple con el artículo 258 del Reglamento Notarial y se contradice con el artículo 216 del Reglamento Hipotecario, siendo además el Código civil precepto de rango superior y posterior al Reglamento Hipotecario.

4.º) El control de legalidad que los notarios debemos cumplir en los documentos públicos no se extiende a la legitimación de firmas.

5.º) Si la única base para excepción a la prohibición general del artículo 258 del Reglamento Notarial la encontramos en la dicción del artículo 216 del Reglamento Hipotecario, ésta no se amplía a la tasación de las fincas que suele acompañar a la distribución.

Tampoco creo que el supuesto que nos ocupa pueda entrar en el artículo 259 del Reglamento Notarial que dice:

“Artículo 259.– No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el Notario dar testimonio de legitimación de firmas de toda clase de documentos, siempre que se trate de los comprendidos en el número segundo del párrafo segundo del artículo 207 y el mismo Notario cumpla los requisitos que en él se establecen.”

“Artículo 207 del Reglamento Notarial ... Este tipo de acta será utilizable, entre otros supuestos:

2.º Para hacer constar la existencia de un *documento no notarial* cuyas firmas legitime el propio Notario autorizante, que vaya a surtir *efec-*

tos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental.

En estas actas, el Notario identificará a los interesados, quienes comparecerán ante él, y en el mismo acto firmarán el documento no notarial o declararán que las firmas estampadas son las suyas, y, en todo caso, que conocen el contenido del documento y que, libre y voluntariamente, quieren que produzca los efectos que le sean aplicables conforme a lo previsto por las leyes extranjeras. El Notario, además, deberá emitir en cuanto le sea posible el juicio de capacidad legal o civil a que se refiere el artículo 156, 8.º, de este Reglamento, y cumplir lo dispuesto en el mismo respecto de la intervención y representación de los otorgantes.

El documento, o un ejemplar del mismo, original o por fotocopia, quedará incorporado a la matriz del acta en la que se expresará, literalmente o en relación, el texto del testimonio de legitimación.

En dicho texto, a continuación de las firmas legitimadas, se consignarán, abreviadamente, los particulares contenidos en el acta que sean pertinentes.—...”

Como vemos *no es la distribución de hipoteca* por solicitud cuyas firmas están legitimadas, *la posibilidad recogida* en el párrafo segundo del artículo 207 del Reglamento Notarial y aunque tendría reflejo en el protocolo y un mayor control de legalidad la solicitud seguirá siendo privada y aplicables todos los argumentos que de ello derivan ya expuestos antes.

2.º Requisitos de la legitimación en su caso.

Ahora bien, para quienes adopten la posición de entender que el artículo 216 del Reglamento Hipotecario prevalece y nos autoriza a legitimar las firmas de la solicitud, deberán ser puestas o reconocidas en presencia del notario por requerirlo así el artículo 262 del Reglamento Notarial que transcribo, ya que el convenio entre las partes del artículo 216 del Reglamento Hipotecario implica un claro ejemplo de declaración de voluntad.

“Artículo 262.— Sólo podrán ser legitimadas cuando sean *puestas a presencia del Notario o reconocidas* conforme al número tercero del párrafo segundo del *artículo 207* las firmas de letras de cambio y demás documentos de giro, de pólizas de seguro y de reaseguro, talones de ferrocarril y, en general, las de los documentos utilizados en la práctica comercial o regidos por disposiciones especiales, así como las firmas de los que, pudiendo ser legitimados conforme a los artículos 258 y 259, *contengan declaraciones de voluntad.*”

3.º Efectos de la legitimación en su caso.

Es de tener en cuenta aquí el artículo 256 del Reglamento Notarial, según el cual:

“Artículo 256.– La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del Notario, o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada.

El Notario no asumirá responsabilidad alguna por el contenido del documento cuyas firmas legitime.”

De su lectura se deduce que la legitimación es sólo un testimonio en el que no se produce juicio de legalidad ni de capacidad de los firmantes, ni tampoco se incorpora al protocolo.

Sobre el necesario control de legalidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000, sobre la pretensión de un jurista de acceder en igualdad al régimen de los notarios y registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, considera “Que a notarios y registradores, como ha recordado el Tribunal Constitucional en la antes citada STC 207/99 les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad que recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público y sobre los títulos inscribibles. Lo cual ya apunta hacia la existencia de un deber de imparcialidad en la normativa que constituye la regulación de su estatuto funcional”.

Estas legitimaciones deben ser recogidas en el *Libro Indicador* conforme al artículo 283 del Reglamento Notarial y el número de su asiento se hará constar en el documento legitimado.

4.º *De lege ferenda.*

Estando en estudio la modificación del Reglamento Notarial como consecuencia de las innovaciones sufridas en el notariado, es un buen momento para regular las legitimaciones con claridad, los nuevos supuestos que en la práctica se plantean, especialmente entre ellos el que nos ocupa.

CONCLUSIÓN. Los notarios no podemos legitimar conforme al vigente Reglamento Notarial, las firmas de la solicitud de distribución del artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

De poder hacerlo deberían cumplir el requisito de presenciar la firma o su reconocimiento conforme el artículo 262 y ser recogidas en el libro indicador.

ASPECTO HIPOTECARIO.

Debemos distinguir en él dos temas distintos:

- A. La firma o ratificación de la solicitud ante el registrador.
- B. Inscribibilidad de la solicitud privada de distribución hipotecaria.

A. *La firma o ratificación de la solicitud ante el Registro.*

En cuanto a la firma o ratificación de la solicitud ante el registrador, el artículo 216 del Reglamento Hipotecario sólo la cita sin regularla, el artículo 110 habla de instancia que se archivará en el Registro, convendría por ello que se realizara en dos ejemplares, si se quiere devolver uno a los interesados con el cajetín de inscripción.

No me imagino cómo quedará constancia de la ratificación o firma ante el registrador en la solicitud, ni si la ratificación se refundirá en la nota de inscripción, ni cómo se hará constar la coincidencia de ambas solicitudes: la archivada en el Registro y la devuelta a los interesados; en todo caso pienso que tendrá las mismas carencias que las apuntadas para la legitimación notarial.

Además, el propio registrador que ratifica, luego inscribe y esta dualidad puede plantearle problemas de calificación y de qué es lo que está realizando en cada momento y cuándo aplicar el control de legalidad, antes o después: parece muy difícil ratificar la instancia y denegar la inscripción.

Otro problema práctico que plantea esta solución es cómo constatar la distribución en caso de pérdida de la solicitud, al no poder obtenerse copia salvo que se acuda a la certificación registral.

CONCLUSIÓN. La intervención del registrador en la firma o ratificación de un documento inscribible, me parece difícil de compatibilizar con su primordial misión, que es la de calificar e inscribir en su caso los documentos presentados con dicho fin.

B. *Inscribibilidad de la solicitud del artículo 216.*

Partiendo de que en la práctica será más frecuente que se presente al Registro la solicitud con firmas legitimadas notarialmente, el problema hipotecario más importante es el de calificarla e inscribirla en su caso.

Las posiciones sobre su inscribibilidad podemos enumerarlas así:

a) *Instancia subsanadora.*

Según esta posición el artículo 216 del Reglamento Hipotecario es una variante del artículo 110 del mismo, sólo sirve para subsanar una previa distribución ya realizada en documento público, que adolece de algún defecto subsanable, como por ejemplo un error matemático al atribuir la cifra de responsabilidad a una o varias de las nuevas fincas.

Esta tesis permitía denegar la inscribibilidad de la solicitud privada de distribución directa y la interposición de un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que nos sacase de dudas a todos.

b) *Inscribibilidad condicionada* al previo pacto escriturado.

En este caso se partiría de un pacto en la escritura de constitución de hipoteca en el que las partes, en especial el acreedor, que es quien pierde la posibilidad de que todos los elementos respondan del total, convendrían desde entonces y para luego la división de la finca en varios pisos y locales y la distribución entre ellos de la responsabilidad hipotecaria, si bien la concreción matemática de esas cifras de responsabilidad se dejase para un documento posterior: una solicitud vía artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

Sin pacto previo en escritura no podría inscribirse la solicitud privada de distribución de hipoteca que tendría una titulación, de carácter mixto público-privada con complejas consecuencias fiscales, entre otras.

c) *La inscribibilidad directa.*

Aquí la solicitud se inscribe directamente por entender que así lo permite el artículo 216 del Reglamento Hipotecario, que la recoge como un título inscribible en paridad con los otros. Recuérdesse en este supuesto el hecho de que *la tasación* para subasta suele recogerse en la solicitud, sin estar incluido en el texto reglamentario.

CONCLUSIÓN. El acto de calificar es un acto individual y personalísimo que cada registrador debe asumir en el ejercicio de su cargo y tomar la posición que juzgue ajustada a derecho, y de la misma derivan consecuencias totalmente distintas.

ASPECTO EJECUTIVO.

Mantengo en este trabajo la expresión Procedimiento Judicial Sumario por considerarla de más tradición jurídica y más fácil comprensión, aun no desconociendo que la misma ha sido sustituida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil por “de las particularidades de la ejecución (dinerosa), sobre bienes hipotecados o pignorados”.

Ya hemos visto al estudiar la distinción entre distribución y tasación cómo eran dos negocios jurídicos distintos pero solían formar parte ambos de los pactos incluidos en la solicitud del artículo 216 del Reglamento Hipotecario:

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de fecha 7 de enero de 2000, Ley 7/2000 (en su disposición final novena) ha refundido dentro de su texto el ejercicio de acción hipotecaria, que anteriormente venía recogido en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, a los que ha dado un nuevo texto y así, dice el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria:

“Artículo 129.— La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente

contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.-...”

El Libro III de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su título IV “De la ejecución dineraria” y dentro de él en el Capítulo V “De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”, recoge el artículo 682 que dice:

“Artículo 682.- Ámbito del presente capítulo.

Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan *los requisitos siguientes*:

1.º Que en la *escritura de constitución* de la hipoteca se determine el *precio* en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

2.º Que, en la misma escritura, conste *un domicilio* que fijará el deudor, para la práctica de requerimientos y de las notificaciones.”

Hasta producirse la anterior modificación la regulación de dicho supuesto se recogía en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria que decía así:

“Artículo 130.- Para que pueda tramitarse la reclamación con arreglo al procedimiento judicial sumario, será indispensable que en la *escritura de constitución de la hipoteca* se determine el *precio* en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta y *su domicilio*, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

El Registrador hará constar ambas circunstancias en la inscripción de la hipoteca.-...”

Vemos por tanto cómo en ambas regulaciones, la anterior y la vigente, se produce una coincidencia en los requisitos, puesto que ambos textos recogen como necesarios para el ejercicio de la acción hipotecaria (anterior procedimiento judicial sumario) la tasación para subasta y el domicilio de notificaciones en la *escritura de constitución de la hipoteca* y añadiendo el anterior artículo 130 de la Ley Hipotecaria que: “El Registrador hará constar ambas circunstancias en la inscripción de la hipoteca”. Y así lo recoge también el párrafo tercero del artículo 682 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

La coincidencia entre ambos textos no es casual pues nos dice la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil:

“La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria ... El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo

podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable.”

Dice RAFAEL RIVAS TORRALBA en la publicación *Lunes cuatro treinta*, número 278 en la página 12:

“Tanto la tasación para subasta como el domicilio para notificaciones deben hacerse constar en la inscripción de la hipoteca, siempre que figuren en la escritura. Si no es así, la escritura puede ser inscrita (ya que la omisión del domicilio o del valor para subasta no constituyen defectos que lo impidan), pero no podrá ser utilizada esta vía especial de ejecución. El acreedor tendría que seguir las reglas de la ejecución ordinaria.”

Parece consecuente la opinión de RIVAS TORRALBA con los textos legales y no creo que el artículo 216 del Reglamento Hipotecario que ni siquiera cita la tasación para subasta suponga una excepción defendible a lo regulado por la propia Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, específicamente aplicables al procedimiento judicial sumario.

En cuanto al posible carácter de título ejecutivo la Ley de Enjuiciamiento Civil lo regula en los siguientes artículos:

“Artículo 517.º – Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos.

1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ...

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona o quien deba perjudicar o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.—...”

Por tanto, la solicitud del artículo 216 del Reglamento Hipotecario que aun teniendo sus firmas ratificadas o legitimadas sigue siendo un documento privado *no tiene el carácter de título ejecutivo* y por lo tanto no llevará aparejada ejecución.

Y en cuanto a la ejecución sobre bienes hipotecados el artículo 685 apartado 2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dice:

“Artículo 685.º – Demanda Ejecutiva y documentos que acompañarse a la misma...

2. A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución...

En caso de ejecución sobre bienes hipotecados..., si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.”

De este segundo precepto parece deducirse la posibilidad de suplir la necesaria presentación *del título ejecutivo inscrito*, en caso de pérdida del

mismo acompañando al que lo sustituya no inscrito, certificación registral que la complementa, *acreditando la inscripción y subsistencia de la hipoteca*, pero dicha certificación ni es título ejecutivo, ni dota de tal carácter al que acompaña si no lo tuviese por sí mismo.

Además, en cuanto a la prioridad o preferencia entre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el Reglamento Hipotecario la instrucción de 12 de diciembre del 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado dice:

“III.- Se debe entender derogado, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley 1/2000, por ser esta norma de mayor rango y posterior, el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, el cual ha venido amparando que las anotaciones preventivas prorrogadas no caduquen hasta que se ordenase así expresamente por la autoridad que las decretó”.

La misma argumentación sería válida para entender la derogación del artículo 216 del mismo Reglamento Hipotecario, por los artículos 517 y 685 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, el artículo 130 de la Ley Hipotecaria en su anterior redacción exigía para el cambio, por el deudor dentro del mismo término municipal, acta notarial y su conocimiento al acreedor, y para cambiarlo a punto diferente *exigía la conformidad del acreedor* lo que hoy ratifica el artículo 683 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

El consentimiento del acreedor al cambio del domicilio fuera del término municipal debe figurar en título inscribible y es claro también que ninguna solicitud privada cumple el requisito de constar en escritura pública la determinación del precio de tasación para subasta.

De todo ello puede deducirse que, en el supuesto de haberse fijado la distribución y tasación de las fincas en instancia privada, en base al artículo 216 del Reglamento Hipotecario, si algún deudor no paga el préstamo garantizado con hipoteca, y se le intenta despachar ejecución, pueda oponer el deudor ejecutado la no constancia de la tasación en escritura pública, y prosperar dicha oposición, teniendo que acudir el acreedor al juicio ejecutivo ordinario con *pérdida del procedimiento judicial sumario* y de todas las preferencias que de ello derivan.

CONCLUSIÓN. Al ser una práctica reciente, no conozco supuesto de oposición a la aplicación del procedimiento judicial sumario, en los casos de fincas procedentes de distribución hipotecarias en solicitud del artículo 216 del Reglamento Hipotecario, pero las entidades crediticias deberían plantearse su carácter ejecutivo y la posibilidad de carecer de uno de los requisitos del artículo 682 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para su aplicación y por tanto la exclusión del procedimiento judicial sumario.

Recapitulación

— La distribución de hipoteca es un negocio jurídico de modificación de un derecho real para el que el Código civil exige escritura pública.

— El artículo 216 del Reglamento Hipotecario supone una excepción a todo el sistema hipotecario, lo que origina problemas de aplicación práctica.

— La no sujeción fiscal de documentos privados inscribibles supone una injusta penalización al documento público de igual contenido.

— El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados debería unificar tipos en todo el territorio nacional y modificarse o desaparecer.

— Los notarios no podemos legitimar ningún documento privado que contenga modificación de un derecho real.

— Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra terceros.

— Un documento privado con firmas legitimadas, es sólo eso, y no tiene el carácter de título ejecutivo.

— La tasación para subasta debe figurar en escritura pública, como requisito para la aplicación del procedimiento judicial sumario.

— Las entidades crediticias deberán tener en cuenta la regulación legal si quieren tener garantizados sus créditos o préstamos con garantías seguras y eficaces.

Epílogo

Este tema me preocupa y por ello he formulado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de mi Colegio Notarial, consulta, en base al artículo 70 del Reglamento Notarial, para que fundamentalmente me conteste si no puedo legitimar como notario las solicitudes por prohibirlo el artículo 258 del Reglamento Notarial, o puedo hacerlo en base al artículo 216 del Reglamento Hipotecario y en este caso sus requisitos.

Dicha consulta fue presentada en el Colegio Notarial de Zaragoza el día 9 de febrero de 2001, tramitada por éste, tuvo entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el 29 de marzo de 2001; y está en trámite en la Dirección General de los Registros y del Notariado bajo el número 51/01.

REFLEXIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES

MARÍA NÚÑEZ NÚÑEZ

Profesora Ayudante de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO. **II.** LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO CON ANTERIORIDAD A LA LEY 42/1998. **A)** Derecho personal. **B)** Derecho societario. **C)** Derecho de propiedad en condominio sobre el inmueble. **D)** Derecho de propiedad en condominio sobre un alojamiento. La multipropiedad. **E)** Derecho real limitado. **III.** CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO EN NUESTRA LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE. **1.** Es un derecho real limitado. **2.** Es un derecho real “*ex novo*”. **3.** Es un derecho real limitado sobre inmuebles. **4.** Es un derecho real sobre cosa ajena. **5.** Es un derecho real de duración temporal. **6.** Es un derecho que presenta una regulación de carácter imperativo. **1.^a** *Imperatividad de la sujeción a la Ley española.* **2.^a** *Imperatividad en cuanto a la naturaleza del derecho que se ha de constituir.* **3.^a** *Imperatividad en cuanto al contenido del derecho.* **IV.** CONCLUSIÓN. **BIBLIOGRAFÍA.**

En el momento de decidir la estructura de este trabajo, he considerado apropiado comenzar realizando una breve introducción en el mundo de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, ya que, pese a ser un fenómeno ampliamente conocido, no parece correcto iniciar estas páginas sin ofrecer un esbozo panorámico en el que se analice en qué consiste esta relativamente nueva figura, las razones socio-económicas que han justificado y justifican su auge, así como las diversas fórmulas utilizadas en su configuración, para centrarme, posteriormente, en lo que constituye el núcleo de este trabajo, esto es, la naturaleza jurídica de la figura, su carácter de derecho real limitado.

I. Introducción y concepto

La sociedad de nuestros días impone con frecuencia necesidades crecientes a cuya satisfacción no siempre pueden acomodarse las economías familiares medias, y una de estas “necesidades” es el disfrute de un período anual de vacaciones.

Esta tendencia a mejorar la calidad de vida origina, a veces, situaciones de difícil solución al obligar a pasar por fórmulas tradicionales (compraventa o arrendamiento) para resolver alguna de estas exigencias, fórmulas que no siempre son las más convenientes desde un punto de vista económico.

La motivación que lleva a la adquisición de una segunda vivienda puede decirse que es doble; por un lado, está la mera satisfacción de considerarse propietario de la misma, y por otro, la seguridad de disponer de un lugar donde pasar siempre las vacaciones, eliminando así la necesidad de búsqueda y reserva año tras año, a lo que hay que añadir que se trata de una inversión que puede proporcionar ganancias en el futuro. Pero la realidad económica excluye el que una gran mayoría de personas ni siquiera se plantee la posibilidad de adquirir una vivienda vacacional, si se tiene en cuenta que se trata de viviendas que van a ser utilizadas únicamente algunos días al año.

Es en este marco donde se efectúa el siguiente planteamiento: si sólo se dispone de un período anual de vacaciones, no es necesario mantener durante todo el año lo que únicamente se va a disfrutar unos pocos días. Surge así la idea de que la persona interesada pueda comprar sólo el período de tiempo que realmente vaya a utilizar, a fecha fija, cada año, apareciendo, de este modo, la figura objeto de estudio, denominada en nuestro país y tras la **Ley 42/1998, de 15 de diciembre, “derecho de apro-**

vechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", y, en los países anglosajones, "timesharing" (1).

Esta figura permite al comprador adquirir el derecho a disfrutar de una segunda residencia durante un período limitado, generalmente una o dos semanas, en una determinada época del año. Y su atractivo reside en que abre las puertas de las viviendas vacacionales a personas de nivel económico medio que, de otro modo, no podrían hacer frente a la compra individual de las mismas; así, en vez de comprar un apartamento para uso exclusivo, esta figura se basa en la idea de un uso compartido, dividido en el tiempo (2).

La *ratio* subyacente a esta figura reside en que la gente no posee todo lo que usa, ni suele usar todo lo que posee. Por eso, los derechos de aprovechamiento por turno constituyen un intento de aunar el concepto de uso infrecuente con el de propiedad de la cosa, lo que se consigue dividiendo el disfrute y los gastos entre los diversos titulares.

Aunque se trata de un fenómeno relativamente reciente, sin embargo ha tenido una gran difusión, por lo que algunos países han regulado esta forma de goce de inmuebles (así, Portugal en 1981, con la modificación de 1983; y Francia y Grecia en 1986, entre otros) (3). En España (segundo país del mundo en número de complejos), existe la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre **"Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias"** (BOE de 16 de diciembre). Con esta Ley, el Gobierno español cumple su deber de trasponer a la legislación interna española la Directiva de la Comunidad Europea 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994 (4), pero, al mismo tiempo, hace una

(1) Debe precisarse que, etimológicamente, en realidad no es tal "timesharing", ya que lo que se comparte es el espacio y no el tiempo.

(2) Existe un famoso dicho, "el tiempo es oro", que puede entenderse como una forma de describir la relación existente entre el uso del tiempo y la obtención de un beneficio. Los derechos de aprovechamiento por turno no hacen sino ilustrar sobre un nuevo modo de utilizar el tiempo para obtener tal beneficio. LEYVA DE LEYVA ("Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento", *RGLJ*, marzo 1988, p. 346) afirma que "la función del tiempo constituye el núcleo central de cualquier teoría sobre la multipropiedad. El tiempo, se puede decir, es la verdad de la multipropiedad".

(3) Sobre las distintas fórmulas del Derecho Comparado, *vide*, entre otros, VVAA: *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999; ARRIVAS: *La Multipropiedad (Análisis de los derechos nacionales y del derecho comunitario)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pp. 29-53; MUNAR BERNAT: *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; O'CALLAGHAN: *Promoción y Adquisición de Viviendas en Régimen de Multipropiedad ("Time-Sharing")*, Dirección General para la Vivienda y Arquitectura, MOPU n.º 3, Madrid, 1987, pp. 83-92.

(4) El Parlamento Europeo, en Resolución de 14 de septiembre de 1989, declaraba los frecuentes casos de fraude y de prácticas abusivas perpetradas contra compradores de bienes inmobiliarios de otros Estados miembros, y en su sesión de 17 de octubre de 1986, con el fin de amparar los derechos del consumidor frente al fenómeno de la multipropiedad y sus

regulación del derecho que nos ocupa que excede en mucho lo ordenado por la Directiva (5). Tal vez resulte destacable en nuestra Ley el –a nuestro juicio– excesivo proteccionismo que irradia a favor de los adquirentes de estos derechos, lo que quizás pueda constituir un grave obstáculo para el desarrollo de esta institución.

La Directiva no exigía una determinación de la naturaleza jurídica del derecho, sino que dejaba en libertad a los propietarios y titulares de aquél para configurarlo como prefiriesen, por lo que no prohibía otorgar al adquirente una cuota en propiedad sobre un piso (la multipropiedad), o una cuota sobre el edificio entero, o dejar su derecho reducido a la categoría de derecho personal (puro o con carácter societario). La Directiva tampoco señalaba límites de tiempo a la vida máxima del derecho del adquirente, limitándose a establecer que tal derecho debía tener una duración mínima de tres años; ni fijaba límites cuantitativos en cuanto al número de alojamientos que debían integrar el inmueble objeto de derechos de aprovechamiento; ni exigía la inscripción de esos derechos en el Registro de la Propiedad; ni prohibía que, en caso de desistimiento, el adquirente abonara indemnización alguna. La Directiva, en fin, no exigía que la administración del inmueble hubiese de efectuarse precisamente mediante una sociedad de servicios, ni entraba en el detalle de los contratos de seguro que habrían de formalizarse. Se limitaba a establecer a favor del adquirente los siguientes elementos: información sobre lo que iba a adquirir, contenido mínimo de los contratos, y alusión a unos derechos de desistimiento y resolución (6).

La Ley, como es lógico, recoge estas exigencias de la Directiva, pero añade una importante regulación del derecho en sí. En este trabajo vamos a fijar nuestra atención en algunos aspectos de esa regulación.

técnicas de venta agresivas, recomendó que los contratos contuvieran obligatoriamente cláusulas por medio de las que el adquirente pudiera retractarse, desistiendo del negocio sin incurrir en responsabilidad alguna. El 2 de julio de 1992 el Parlamento presentó una Propuesta de Directiva, y el 29 de octubre de 1994 se publicó la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. A pesar de que la Directiva fijaba como plazo para su introducción en los Estados miembros de la Unión el 29 de abril de 1997, el Gobierno español no pudo cumplirlo, debido al enfrentamiento de competencias existente entre el Ministerio de Justicia y la Secretaría de Estado de Comercio, Turismo y PYMES, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda.

(5) Una crítica positiva y negativa a la Directiva puede verse en HERNÁNDEZ ANTOLÍN: “Multipropiedad: Estudio de los problemas que plantea desde una Perspectiva Judicial”, en *IV Encuentros de Derecho Civil. Las nuevas formas de contratación*, Vitoria-Gasteiz, 1997, pp. 90-91.

(6) Así PAU PEDRÓN: “El derecho real de aprovechamiento por turno en la ley 42/1998”, trabajo publicado en el libro *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 93-94.

Del artículo 1.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, podemos entresacar el siguiente concepto: es un derecho que “... atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios...” (7).

Aunque este precepto no recoge en su totalidad el conjunto de facultades del titular del derecho, sí que podemos decir que nos ofrece una definición suficientemente descriptiva. Para completarla, convendría añadir que el titular –salvo que adquiriera por herencia o donación– habrá de pagar un precio por la adquisición de su derecho, que se supone es una parte del precio total de la propiedad del alojamiento, repartiéndose dicho precio total entre los titulares de los turnos. Este supuesto reparto, con el consiguiente abaratamiento para cada titular, constituye la principal razón de la existencia de esta figura jurídica, en tanto que productora de importantes ventajas económicas para el propietario, pues está calculado que el precio final que obtiene vendiendo el alojamiento por fracciones de tiempo es tres veces mayor del que obtendría vendiendo ese mismo alojamiento a un solo titular.

Aludiremos ahora a los sujetos intervinientes en este nuevo derecho (8). De la definición legal tomamos la expresión “titular” para designar a quien se ha venido llamando “multipropietario”, “usuario”, o “consumidor”; en resumen, al titular del derecho de aprovechamiento. Junto al titular, hay otros dos sujetos que han de existir necesariamente: el propietario del inmueble y la sociedad de servicios. Junto a los anteriores, citaremos otro sujeto importante: la compañía de seguros.

La Ley habla también del “... promotor y de cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comerciali-

(7) Son muchos los autores que desde la aparición de la figura han tratado de exponer un concepto de la misma, entre otros, SÁNCHEZ-CIA: *Multipropiedad, timesharing y aprovechamiento por turno* (La Ley 42/98. Comentarios jurídicos), Pons, Zaragoza, 1999, pp. 92-93; NAVAS OLÓRIZ: “Acerca de la multipropiedad. Antecedentes y análisis de la futura ley sobre el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles”, *Revista A Fondo*, 1997, p. 42; LEYVA DE LEYVA: ob. cit., p. 343; ROCA GUILLAMÓN: “Consideraciones sobre la llamada multipropiedad”, *RDN*, julio-diciembre 1982, p. 294; O’CALLAGHAN (ob. cit., pp. 30-31), además de proponer su concepto, recoge también otras definiciones aportadas por diversos autores.

(8) Para ampliar sobre esta materia, vide LETE ACHIRICA: “La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias”, *AC*, n.º 5, febrero 1999, pp. 134-137, y su monografía *El Contrato de Multipropiedad y la Protección de los Consumidores*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 61-95.

zación de los derechos de aprovechamiento por turno" (art. 8.2,a). A estos sujetos, si existen, la Ley les impone determinadas obligaciones. Pero no es necesario que existan, la promoción del inmueble puede hacerla el mismo propietario, que en tal caso será a la vez propietario y promotor, y como su carácter de propietario perdurará indefinidamente, a diferencia del aspecto de promotor que se extingue terminada la promoción, nos atendremos a su condición de propietario.

Cabe también citar a otros sujetos, los que intervienen profesionalmente en la transmisión o comercialización, tales como los agentes de la propiedad inmobiliaria, las agencias de publicidad, notarios y registradores (9); todos ellos —cuando actúen— habrán de cumplir las obligaciones que la Ley les impone.

II. La naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento por turno con anterioridad a la Ley 42/1998

De forma muy sucinta vamos a examinar algunas de las posibles construcciones jurídicas elaboradas en relación a la figura que nos ocupa (10). En líneas generales, y desde un punto de vista teórico, este derecho puede configurarse como un derecho personal o como un derecho real (11). En el primer caso, bien como un derecho de crédito, bien como un derecho societario. En el segundo (12), se ha configurado como un dere-

(9) Exigiendo el artículo 8.2 de la Ley la obligación de informar sobre el régimen de aprovechamiento por turno, dice PAU PEDRÓN (ob. cit., p. 94) que los registradores, entre los obligados a ello, serán "los que puedan dar una información más precisa, porque en sus libros figurará ya inscrita la constitución del régimen".

(10) Son numerosos los autores que hacen una enumeración más o menos exhaustiva de las diversas modalidades que esta figura ha revestido. Vide, entre otros, FERNÁNDEZ APARICIO: "El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo", *RCDI*, noviembre-diciembre 1998, pp. 1833 y ss.; ARRIVAS: ob. cit., pp. 15 y ss.; NAVAS OLÓRIZ: ob. cit., pp. 34 y ss.; MUNAR BERNAT: *Presente y Futuro de la Multipropiedad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 76 y ss.; RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *La Multipropiedad*, s.l.s.n., 1992; HERRERO GARCÍA: *La Multipropiedad*, La Ley, Madrid, 1988, pp. 9 y ss.

(11) SÁNCHEZ-CIA (ob. cit., pp. 42-49) realiza un estudio acerca de los intentos de compaginar el sistema de derecho personal con el de derecho real.

(12) DE PABLO CONTRERAS ("La configuración jurídica de la llamada multipropiedad a la luz del anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios", trabajo publicado en el libro *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad: ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 176) afirma que la configuración de la multipropiedad como derecho real no es una exigencia de su naturaleza, sino una necesidad "para asegurar la efectividad del derecho de uso del multipropietario, frente al propio promotor y frente a terceros", y entiende por ello que "adquiere mucha más significación la consideración de la multipropiedad como una relación estable y continua del beneficiario con una empresa de servicios turísticos, que su consideración como derecho real".

cho de propiedad en condominio sobre todo el edificio, como un derecho de propiedad en condominio sobre un alojamiento (multipropiedad), o como un derecho real limitado.

Aunque la Ley prohíbe, explícitamente, algunas de estas construcciones jurídicas, no deja de tener interés una breve exposición de las mismas.

A) Derecho personal.

Mediante esta fórmula el titular goza solamente de un derecho personal para exigir del propietario que, en cada momento convenido, éste le ponga en posesión y disfrute del alojamiento. El titular tiene, pues, un derecho personal nacido del contrato celebrado entre él y el propietario.

En una situación así, el titular depende en cada período de disfrute de la voluntad de cumplimiento del propietario. Aquél (acreedor de la prestación), necesita la colaboración del propietario (deudor de la misma), para satisfacer su derecho. El titular corre el riesgo de que el propietario incumpla su obligación, tenga o no causa, y le impida el disfrute del alojamiento.

Consecuencia de ese carácter personal es también que el titular no podrá oponer su derecho a terceras personas, concretamente a los sucesivos adquirentes del alojamiento, tanto si la transmisión fue hecha voluntariamente por el propietario como si fue el resultado de una ejecución forzosa sobre el apartamento por deudas o responsabilidades del propietario.

Obviamente resulta posible establecer alguna garantía en orden al cumplimiento de su obligación por el propietario, tal como una pena pecuniaria, y que su pago quede avalado por un tercero. Pero, aparte las dificultades que puedan producirse para el cobro efectivo de la pena, es indudable que, aun tomadas todas las posibles medidas de garantía, el titular se queda sin su turno de aprovechamiento.

B) Derecho societario.

Dentro de las fórmulas societarias cabe hacer referencia fundamentalmente a dos modalidades: la de multipropiedad por acciones y la de *Club* (13).

(13) *Vide*, entre otros, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *La Multipropiedad Inmobiliaria*, Reus, Madrid, 1989, pp. 13 y ss.; y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ: "La Multipropiedad", separata de *RDN*, n.º 139, enero-marzo 1988, pp. 157 y ss.

LINARES NOCI ("Algunas consideraciones sobre la multipropiedad", *RDP*, septiembre 1996, p. 637) hace referencia a las fórmulas societarias, pero admite que "han sido objeto de una

El planteamiento de la multipropiedad por acciones tiene su base en la constitución por parte de la empresa promotora de una sociedad, civil o mercantil, que será la propietaria única del total inmueble cuyos alojamientos van a ser cedidos en régimen de aprovechamiento por turno; y son los socios de dicha sociedad los que tienen ese aprovechamiento referido a un apartamento y a un tiempo concretos. Es, pues, la cualidad de socio la que atribuye el derecho a usar el alojamiento en el tiempo fijado. Los titulares del aprovechamiento gozan, por tanto, de un derecho personal derivado del contrato de sociedad y de los acuerdos sociales que van distribuyendo los turnos entre los socios.

Con esta fórmula, mientras el inmueble esté en propiedad de la sociedad no habrá peligro en cuanto a los turnos de aprovechamiento. El peligro (14) derivará de la enajenación del inmueble a un tercero que no quiera mantener los turnos. Esa enajenación compete a los administradores de la sociedad, y como éstos son elegidos por los socios titulares del aprovechamiento, no es de suponer que aquéllos enajenen sin consentimiento de éstos. Aunque también puede suceder que la sociedad tenga deudas y, en ejecución forzosa de ellas, se adjudique el inmueble a un tercero ajeno a todo compromiso de turnos.

La fórmula societaria presenta, técnicamente, el defecto de que la acción o participación no puede garantizar en todo caso un derecho sobre el alojamiento. El socio no tiene derecho directo sobre el apartamento, sino a través de la sociedad, contra la que habrá de dirigirse para exigir la satisfacción de su derecho. No es propietario del alojamiento y, por consiguiente, no puede utilizarlo como garantía real de sus deudas.

Este sistema es el admitido legalmente en Francia, desde la Ley de 16 de julio de 1971, hoy sustituida por la Ley número 86-18 de 6 de enero de 1986. Por influencia francesa, este planteamiento societario rige también en Alemania y en Italia, aunque en régimen de coexistencia con el sistema de atribución en propiedad en su variante de condominio con señalamiento de turnos.

El sistema societario también es el utilizado en el Reino Unido, pero a través de la fórmula de *Club* (15), que comporta una complicada estruc-

fuerte crítica por parte de nuestra doctrina por haberse pretendido, con el recurso a aquellas figuras, contravenir, de un lado, el recto sentido que hay que dar a lo dispuesto en el número 1 del artículo 10 del Código Civil, y, de otro, porque con ello en el fondo no se pretendía otra cosa que sacar a la multipropiedad de nuestro sistema inmobiliario”.

(14) HERRERO GARCÍA (ob. cit., pp. 59 y ss.) desarrolla extensamente las desventajas y peligros de la configuración societaria.

(15) Este sistema se cita incidentalmente en la SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 6-6-1998 y en la SAP de Málaga de 25-11-1998, entre otras.

tura organizativa, con intervención de varias sociedades, todas vinculadas entre sí, cuyo objeto es ofrecer el disfrute de los inmuebles a todas aquellas personas que pasen a formar parte del *Club*.

Los miembros del *Club* son quienes, en exclusiva, pueden disfrutar del aprovechamiento de los alojamientos y, en garantía de este derecho, la sociedad propietaria del inmueble deposita sus acciones en otra entidad, en fideicomiso o *trustee*. El *trustee* administra las acciones y, consiguientemente, la totalidad del inmueble en beneficio exclusivo de los miembros del *Club*.

Para utilizar esta fórmula en países que no admiten los *trustee* y su actuación fiduciaria, es necesario, como antes se ha dicho, crear una sociedad (civil o mercantil) que sea la propietaria de todo el inmueble, y que quienes hayan de disfrutar del turno de aprovechamiento adquieran la cualidad de socios (16).

C) Derecho de propiedad en condominio sobre el inmueble.

En este diseño el titular del aprovechamiento deviene propietario de una cuota indivisa del total inmueble en el que están integrados los alojamientos y, mediante contrato entre todos los condueños, a cada uno se le señala un apartamento y un tiempo concretos. Es la solución más utilizada en Alemania y en Italia.

El titular del aprovechamiento tiene un derecho real sobre el inmueble total, el de propiedad (17), pero en condominio, lo que le confiere una situación más fuerte que aquella que le correspondería si sólo tuviera un derecho personal frente al propietario (18). Además, con esta construcción del condominio se soluciona el problema de la falta de conexión entre propiedad (de la acción o participación social) y aprovechamiento. Mas no por ello deja de plantear algunos problemas de gravedad notoria, que, de forma sucinta, paso a enumerar:

(16) HERNÁNDEZ ANTOLÍN ("El Derecho de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles: Cuestiones concretas que se plantean con la nueva normativa", *Boletín Colegio Registradores*, diciembre 1999, pp. 3118-3120) estudia la posibilidad de admisión del sistema *club trustee* una vez aprobada la ley.

(17) Poder mágico del término propiedad. Por eso dice HERRERO GARCÍA (ob. cit., p. 48) que las empresas promotoras recurrieron a este término para asegurar el éxito comercial de la operación. En el mismo sentido, DE PABLO CONTRERAS: ob. cit., p. 125.

(18) Por eso, en general, la doctrina se ha mostrado más proclive a explicar la naturaleza jurídica de la multipropiedad acudiendo al ámbito de los derechos reales que al de los personales (PAU PEDRÓN: "Configuración jurídica de la multipropiedad en España", *RCDI*, n.º 584, enero-febrero 1988, p. 16).

1. El aprovechamiento del alojamiento en unas fechas determinadas es un mero pacto entre condueños, válido entre ellos conforme al artículo 392 C.c., pero que no vincula a terceros. Consecuencia de dicha falta de vinculación, el tercero adquirente de la cuota de un titular no puede reclamar, con acción real, el disfrute del mismo período que correspondía al transmitente; y puede oponerse al aprovechamiento exclusivo de otro titular en otro apartamento (art. 394 C.c.), porque dichos disfrute y aprovechamiento traían causa de un pacto entre anteriores condueños, pacto del cual él no formó parte (19).

2. Los derivados de la existencia del retracto de condueños y de la acción de división. El primero constituye una dificultad a la libre transmisión de la cuota en condominio; y la segunda representa una amenaza constante de extinción del régimen. Todo esto produce una reducción del valor de la cuota.

3. No hay responsabilidad en el adquirente respecto de las deudas del transmitente por razón de los gastos comunes, porque la comunidad únicamente tenía una acción personal contra el transmitente, acción derivada de un pacto entre condueños, y no tiene ninguna acción contra el nuevo adquirente, a no ser que éste voluntariamente asuma el pago de dichos gastos.

4. La administración corresponde a todos los condueños, que han de tomar sus acuerdos por la mayoría de cuotas de la comunidad (art. 398 C.c.); es decir, participarán no sólo los titulares de los turnos de cada alojamiento, sino los de todos los alojamientos del inmueble. La dificultad es evidente, ya que, al ser muchos los alojamientos y muchos los turnos de cada uno de ellos, el total de partícipes será extraordinariamente amplio.

5. Los gastos comunes son gastos de la comunidad que ésta repercute, por vía personal, en cada condueño. Si varios de éstos dejan de pagar, sus cuotas pueden ser objeto de embargo y enajenadas a tercero, el cual no tiene obligación de respetar ninguno de los turnos de aprovechamiento preestablecidos mediante pacto por los anteriores condueños, con lo que los propietarios que pagaron puntualmente sus gastos quedarán sin derecho alguno a su turno, debiendo celebrar nuevos pactos con los actuales propietarios.

(19) O'CALLAGHAN ("De nuevo, sobre la multipropiedad", *AC*, n.º 1, 3-9 enero 1994, p. 5) afirma que al carecer el pacto de eficacia real "cualquiera puede vender su cuota y el adquirente, que no contrató, no queda obligado a la organización derivada de aquel contrato en que él no intervino".

La doctrina ha querido dar solución a alguno de los problemas enunciados por el mecanismo de someter el condominio a un Estatuto en el que conste el derecho a un turno concreto, la renuncia al retracto y a la acción de división, la obligación del adquirente de pagar las deudas de comunidad del transmitente relativas al año corriente y al anterior, y hasta llegan a instituirse unos órganos de administración. Cada adquirente, al adquirir, debe aceptar el Estatuto, cosa que suele ocurrir en la práctica.

Pero la eficacia de ese Estatuto, como pacto entre condueños, queda circunscrita a ellos mismos. No afectará a tercero, por lo que no vinculará a aquellos adquirentes que lo hayan rechazado. Entre éstos hay que contar normalmente a quienes adquieran en subasta, en caso de ejecución de deudas de un condueño, porque el Estatuto no puede impedir que los acreedores embarguen y ejecuten la cuota de propiedad del condueño en el inmueble entero.

Entre los mismos copropietarios, es además dudosa la validez de la renuncia al derecho de retracto todavía no nacido, y resulta ineficaz la renuncia a la acción de división en lo que exceda de diez años (art. 400 C.c.).

La acción de división no se puede evitar declarando establecida sobre el total inmueble una “comunidad de intento”, de las previstas en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960 (reformada por Ley 8/1999) (20), expresando que el servicio o utilidad común consiste precisamente en que cada condueño tenga el aprovechamiento de un alojamiento concreto en un tiempo determinado. Tal declaración no resulta legalmente eficaz porque, al no estar constituido el total inmueble en régimen de propiedad horizontal, no será aplicable la Ley de 21 de julio de 1960.

D) Derecho de propiedad en condominio sobre un alojamiento. La multipropiedad.

En esta construcción jurídica se constituye el inmueble entero en régimen de propiedad horizontal, y en cada alojamiento una comunidad ordinaria entre los titulares de los turnos del mismo, de tal manera que cada

(20) La figura jurídica de la comunidad de intento únicamente es aplicable a un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, o a alguna o algunas de sus partes físicamente diferenciadas. El artículo 4 de la LPH establece: “La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley. Sólo podrá ejercitarse por cada propietario pro indiviso sobre un piso o local determinado, circunscrita al mismo, y siempre que la pro indivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios”.

cuota indivisa del alojamiento tenga asignada un turno de aprovechamiento concretado a unas fechas. Por eso, esta construcción ha recibido el nombre de multipropiedad, y el titular de cada turno de aprovechamiento el de propietario, lo que constituye para él una satisfacción. Tiene un derecho real, la cuota de propiedad, derecho real por excelencia, oponible a terceros; y esa propiedad es en cierto modo independiente, pues no se forma un condominio sobre el inmueble o edificio entero, sino que éste queda sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, que configura propiedades separadas para cada alojamiento (21).

En la multipropiedad existe condominio, con sus inconvenientes, pero recae sobre cada alojamiento entre quienes lo aprovechan por turno; o sea, se producen tantos condominios como alojamientos sujetos a turno. Y todos ellos quedan incluidos en la comunidad especial, la de la propiedad horizontal a la que queda sometido el inmueble entero. Por lo tanto, los inconvenientes del condominio son más reducidos, quedan circunscritos a los titulares de los turnos de cada alojamiento, que, aun siendo muchos, son menos que los del edificio o inmueble entero.

La doctrina también ha reflejado las ventajas (22) derivadas de esta construcción, que tal vez no sean tan importantes como pretenden sus defensores. Una de ellas tiene que ver con la responsabilidad que contrae el adquirente respecto a los gastos comunes, responsabilidad que se niega en las situaciones de condominio del inmueble entero, y que sí existe, en cambio, en la multipropiedad. Pero esta responsabilidad se refiere únicamente a los gastos del alojamiento en el inmueble, es decir, los gastos que de forma conjunta deben los titulares de un alojamiento y deben repartirse entre ellos; no se refiere a los gastos de cada titular, pues en cada alojamiento existe un condominio ordinario. En caso de impago de esos gastos, la comunidad del inmueble habrá de dirigirse contra los muchos titulares del alojamiento cuyos gastos no hayan sido totalmente pagados, porque no tiene acción para dirigirse únicamente contra el titular moroso.

Otra ventaja es la derivada de la existencia legal de la Junta de propietarios de la comunidad horizontal. Esa Junta no evita las diferencias entre titulares de un mismo alojamiento, pero al menos sujeta al conjunto de éstos a los acuerdos de la Junta relativos al total edificio o inmueble.

(21) Esta solución jurídica ha sido la aceptada en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales (porque los problemas nunca han llegado al Tribunal Supremo), a propósito de resoluciones de contratos, cuestiones de administración, etc. Entre otras, podemos citar SAP de Baleares de 7-3-1996, SAP de Zaragoza de 2-5-1998, y SAP de Málaga de 15-5-1998 y 5-6-1998.

(22) RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO (ob. cit., pp. 56 y ss.) efectúan un extenso estudio acerca de las ventajas e inconvenientes de la figura.

ble entero, lo que es importante. Pero, aun con esa Junta, la administración de la multipropiedad está falta de un sistema de autoridad que solucione el mayor de los problemas que presenta el aprovechamiento por turno, cualquiera que sea su fórmula, que no es otro que el de que cada titular deje libre el alojamiento en la fecha y hora que tenga señalados, pues, de no hacerlo, el titular del turno siguiente no podrá hacer efectivo su derecho en el momento que le corresponda, y su reclamación judicial, única posible legalmente, vendrá a darle la razón demasiado tarde.

Esta construcción constituye también un sistema ventajoso para quienes defienden que en la multipropiedad no procede ni el retracto, ni la acción de división (23), si así se establece en el Estatuto de propiedad horizontal, que es inscribible en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto –se dice–, es susceptible de perjudicar a tercero (24). Incluso se defiende la posibilidad de que el Estatuto declare la existencia de una comunidad funcional (25), con la finalidad del interés común de los titulares del aprovechamiento y con sus propias normas de organización y de ejercicio de los derechos de cada comunero, comunidad funcional en la que la vinculación entre titulares tendría, no la fuerza de los pactos entre ellos, sino una eficacia institucional. Pero veamos esto con más detenimiento.

(23) DE PABLO CONTRERAS (“El aprovechamiento de inmuebles por turnos (multipropiedad) en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios del Ministerio de Justicia”, AC, n.º 4, 25-31 enero 1993, p. 74; “La configuración jurídica...”, cit., pp. 137-141) niega la acción de división y el retracto de comuneros del régimen de la multipropiedad; en el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ: “Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios de 1991”, trabajo publicado en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad: ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Bosch Editor, Barcelona, 1993, pp. 81-82; O’CALLAGHAN (*Promoción y Adquisición...*, cit., pp. 65-69) afirma la no posibilidad de división, y defiende la aplicación del retracto mientras no se renuncie a él o no lo excluya la ley.

(24) La RDGRN de 4 de marzo de 1993 establece en el Fundamento de Derecho Sexto: “En la llamada multipropiedad, como en la propiedad horizontal no se da el retracto de comuneros ni la acción de división, porque en esos regímenes de la propiedad lo característico es que el dominio o derecho sobre cada una de las unidades inmobiliarias –los períodos, los pisos y locales– constituye, con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes, una sola unidad jurídica...”.

(25) La comunidad funcional es una construcción jurídica, a la que se refiere la RDGRN de 18 de mayo de 1983, que distingue entre comunidad incidental y comunidad funcional pactada, entendiendo que la primera se caracteriza por la nota de inestabilidad, de ahí la acción de división, mientras que la funcional ha de subsistir en tanto exista el destino común de la cosa sobre que recae, y por ello no cabe el ejercicio de la acción de división. Pero dicha Resolución se refería a un caso concreto regido por la Compilación de Navarra, y es evidente que no existe en el Derecho común base legal suficientemente clara para admitir (porque según establece el art. 13.2 del C.c., éste rige como derecho supletorio respecto a los derechos especiales o forales, pero no a la inversa), fuera del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, la comunidad funcional y sus importantes efectos, por más que sean deseables.

En cuanto al retracto, la norma estatutaria que lo excluya no sería otra cosa que una renuncia que hacen los aceptantes del Estatuto. Y, aun cuando lo admitió así la RDGRN de 18 de mayo de 1983 en un caso concreto, es dudoso que incluso entre esos renunciantes sea eficaz, con eficacia real, la renuncia al retracto en abstracto, referida a compraventas futuras, a derechos todavía no nacidos, que es a lo que puede referirse el Estatuto. Más seguro es entender que si el condueño que aceptó el Estatuto ejercita el retracto, ese ejercicio es eficaz, sin perjuicio de que, por haber incumplido lo pactado en el Estatuto, haya de abonar cuantos daños produzca su actuación (26).

Por otra parte, para negar la acción de división, se ha argumentado que el Estatuto puede declarar que en cada alojamiento existe una comunidad de intento de las previstas en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal y que, por lo tanto, resulta improcedente dicha acción. Tampoco es segura esta opinión, porque esa comunidad de intento se refiere a los elementos llamados procomunales, es decir, a locales que, aunque físicamente independientes, son elementos comunes del inmueble, destinados al uso general o al uso individual de algunos propietarios; por ejemplo, el salón para reuniones o el garaje que pueden utilizar sólo los dueños de viviendas. Los alojamientos no son propiedades procomunales, cada uno es una propiedad separada sobre la que recae el condominio ordinario de los titulares de los distintos turnos de aprovechamiento de ese alojamiento, y ninguno está obligado a permanecer en la comunidad, salvo pacto de diez años como máximo, y si el alojamiento no es divisible físicamente, cada titular puede exigir la venta del mismo y el reparto de su precio (arts. 400 y 404 C.c.).

La inscripción en el Registro de la Propiedad no da carácter real a lo que no lo es, solamente hace público lo que ya existe antes de la inscripción. Las normas del Estatuto de la comunidad horizontal declarando la no procedencia del retracto ni de la acción de división, son meros pactos, que afectarán a quienes los acepten, pero no vincularán a terceros no aceptantes.

Además de los defectos indicados, a la multipropiedad se le hace la crítica de que su nombre es engañoso, porque expresa más de lo que contiene. El multipropietario tiene, en realidad, una propiedad meramente nominal o simbólica. A diferencia del propietario de un piso en régimen de propiedad horizontal, que sí puede, el multipropietario no puede variar la estructura interna de su alojamiento, ni el mobiliario y menaje

(26) Cosa distinta sería que la renuncia al retracto se produjera cuando ya hay una concreta compraventa con precio y sujetos específicamente determinados. Es indudable que esta renuncia tendría eficacia real. Pero ya se comprende que el Estatuto no puede referirse —por hipótesis— a estas compraventas, que surgen con posterioridad a la construcción de aquél.

existentes en el mismo, por más que esté deteriorado por el uso de los que le anteceden en el turno de aprovechamiento; y su título de propietario no le permite intervenir de modo eficaz en la administración del inmueble total, ni siquiera de su alojamiento; su cuota de propietario es tan pequeña que difícilmente puede hacer valer sus propios criterios.

La construcción doctrinal de la multipropiedad ha tenido en España gran difusión (27), a pesar de sus defectos, y, para corregirlos, se elaboraron varios anteproyectos. El más conocido es el de la Comisión General de Codificación, de diciembre de 1991, publicado el 25 de septiembre de 1992, en el número 1.648 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, que incluye la multipropiedad en una regulación más amplia, la de Conjuntos inmobiliarios, figura dentro de la que el Anteproyecto sitúa y regula la Propiedad Horizontal, las Urbanizaciones (que el Anteproyecto denomina Complejos urbanos) y la Multipropiedad.

El Anteproyecto de 1991 establecía una regulación muy flexible. Admitía la multipropiedad como tal, o sea, propiedad proindiviso de cada departamento (arts. 51-53). Regulaba con más detalle, como fórmula preferible, la comunidad de aprovechamiento por turno, según la cual el titular del aprovechamiento tiene sobre el alojamiento un derecho real, aunque de duración limitada (arts. 54-62). Permitía expresamente que ese derecho pudiera constituirse sin carácter real (art. 63); y hasta que pudiera resultar de los acuerdos de los órganos sociales sobre utilización por los socios de los bienes de una sociedad (art. 64).

La loable flexibilidad de aquel Anteproyecto no pasó al Proyecto de 1997, en el cual el aprovechamiento por turno se configuró, imperativamente, como un derecho real sobre inmuebles (28).

Por último, en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado, o utilizando la vía contractual arrendaticia contemplada por el artículo 1.6. Y se añade en el artículo 1.4 que “... *no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad*”.

(27) RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO (ob. cit., p. 91) afirman que es la solución menos mala.

(28) Para un estudio de los distintos borradores que se han sucedido, *vide*, entre otros PAU PEDRÓN: “El derecho real...”, cit., pp. 79 y ss.; HERNÁNDEZ ANTOLÍN: “Multipropiedad: Estudio de los problemas...”, cit., pp. 94 y ss.; O’CALLAGHAN: “Posibilidades actuales de la multipropiedad en España”, *Revista Jurídica Sepin*, n.º 169-170, abril-mayo 1997, pp. 50-54.

E) Derecho real limitado.

En esta construcción jurídica el aprovechamiento por turno se configura como un derecho real limitado (29), cuyo contenido es el aprovechamiento de un alojamiento durante un período determinado de tiempo fijado con anterioridad. Al titular del aprovechamiento se le concede ese goce con la categoría de derecho real sobre el alojamiento o sobre el inmueble total, con las siguientes ventajas o efectos propios de los derechos reales:

— Inmediatividad. Es un rasgo característico de los derechos reales, consistente en que el titular no necesita de la colaboración de persona alguna para disfrutar de la cosa, porque de suyo está en contacto directo o inmediato con ella (derechos reales de goce), o puede ejercitar su derecho sin necesitar esa colaboración (derechos reales de garantía y de adquisición).

Este rasgo existe en el derecho de aprovechamiento por turno, porque el titular no necesita la colaboración de nadie para disfrutar de su aprovechamiento, puede gozarlo directamente. Hay que admitir que no es un goce continuado, pero aun así es indudable que el titular está en posesión jurídica continuada de su derecho (30).

— Oponibilidad "*erga omnes*". Esta característica de los derechos reales también existe en el derecho de aprovechamiento por turnos. Se trata de un rasgo fundamental para la seguridad del titular del aprovechamiento, en tanto que la enajenación o el gravamen del alojamiento por parte del propietario, ya sean voluntarios o forzosos, no afectan al titular, pues todo tercero,

(29) HERRERO GARCÍA (ob. cit., p. 77) cita a CASELLI como defensor de configurar la multipropiedad como un derecho real atípico. Su extenso trabajo no estudia esta posibilidad por cuanto considera en 1988 que "la necesidad de recurrir a formas jurídicas atípicas puede estar justificada sólo cuando se haya puesto de relieve la no idoneidad de los instrumentos jurídicos existentes para tutelar los intereses y valores de la nueva realidad social denominada multipropiedad".

MUNAR BERNAT (ob. últim. cit., pp. 144, 146) desde un principio se inclina por la consideración de la multipropiedad en el ámbito de los derechos reales decantándose a favor de la tesis de la creación de un nuevo régimen jurídico inmobiliario, y enumera las ventajas de esta opción en "El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad", *RCDI*, n.º 647, julio-agosto 1998, pp. 1224-1225.

(30) No se trata de un goce continuado porque está limitado en el tiempo a un turno concreto, pero aun cuando el titular no esté físicamente en contacto con el alojamiento, que puede estar poseído por otros titulares, debe entenderse que, durante esos otros períodos, el titular estará en posesión mediata de la cosa.

sea nuevo propietario o titular de otro derecho real que el propietario constituya, en especial los acreedores, quedan afectados por el derecho real de aprovechamiento y nada pueden hacer para negarlo o desvirtuarlo. Las deudas del propietario no pueden afectar al titular del derecho de aprovechamiento.

En esta solución doctrinal, el titular del aprovechamiento no es, pues, propietario, como lo es en la multipropiedad. Solamente es titular de un derecho real limitado, por lo que es evidente que el alojamiento tiene un propietario. Es la fórmula adoptada por el último Proyecto de Ley, cuya E. de M. (cap. I, párr. 16) decía que es “la que mejor protege los derechos del consumidor y mejor se adapta a nuestro ordenamiento jurídico”, pero que sin embargo no adopta exclusivamente la Ley de 1998, que se ha decantado por una vía intermedia, ya que admite, junto al derecho real de aprovechamiento por turno, una configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada.

III. Configuración jurídica del derecho de aprovechamiento por turno en nuestra Ley 42/1998, de 15 de diciembre

Ahora pasaremos a examinar los principales caracteres que presenta el derecho de aprovechamiento, tal como aparece regulado en nuestra vigente Ley 42/1998.

1. Es un derecho real limitado.

Efectivamente, nuestro diseño legal se corresponde con el de un derecho real limitado de goce que otorga a su titular la facultad de disfrutar, durante un período determinado de cada año, de un apartamento amueblado, sin posibilidad de modificar ni el inmueble ni el mobiliario.

El titular del derecho no es dueño o condueño del alojamiento. Únicamente tiene sobre el mismo un derecho real limitado. Por lo tanto, al no ser propietario, no podrá gozar de todas las facultades que pueden tenerse sobre una cosa al modo en que las otorga el derecho de propiedad. Sólo tendrá las facultades limitadas que conlleva la titularidad de un derecho real no pleno.

Ha sido el propio legislador español quien no ha querido configurar este derecho como un derecho de propiedad, porque, como decía la E. de M. del Proyecto de 1997: “no es adecuada la configuración de un derecho pleno cuando sus titulares están físicamente alejados del inmueble”

(cap. I, párr. 15) (31); por eso optó por la figura del derecho real limitado “por ser la que mejor protege los derechos del consumidor” (cap. I, párr. 16).

Este carácter de derecho real limitado aparece expresado claramente en el artículo 1.1, *in fine*, de la Ley: “... *El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado...*”. Y, a más abundamiento, el mismo precepto, en su apartado cuarto, rechaza que este derecho pueda ser configurado como propiedad: “... *no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad...*”.

Al ser el derecho de aprovechamiento por turno un derecho real limitado, o en cosa ajena, es necesario –por hipótesis– que el inmueble o edificio tenga un propietario (32), cuya existencia viene también afirmada en el mismo artículo 1.4, párr. 4.º: “*El propietario del inmueble, sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen y de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno...*”.

El propietario del alojamiento es, pues, persona distinta del titular del derecho de aprovechamiento, lo que hace mucho menos deseable para éstos adquirir el derecho.

2. Es un derecho real “*ex novo*” (y atípico hasta la aparición de la Ley).

Es un derecho nuevo (33) que no encaja en ninguno de los moldes conocidos hasta el momento, aunque posee alguna de las características de los derechos reales limitados existentes con anterioridad a su aparición (34).

No figura entre los derechos reales típicos (35) estudiados por la doctrina y regulados en el Código civil o en leyes especiales. Tal aprovechamiento, con el carácter de derecho real limitado, no ha existido hasta ahora en nuestra legislación, lo establece *ex novo* la Ley, que, en su E.

(31) En el mismo sentido PAU PEDRÓN (ob. últim. cit., p. 83) afirma que: “El hecho de que los titulares estén físicamente alejados del inmueble sería motivo suficiente para rechazar la configuración dominical”.

(32) El cual –dice PAU PEDRÓN (ob. últim. cit., p. 83)– se constituye en segundo garante (tras la sociedad de servicios) del correcto funcionamiento del aprovechamiento por turno.

(33) Entre otros, PAU PEDRÓN: ob. últim. cit., pp. 83-84; MUNAR BERNAT: ob. últim. cit. p. 1225; NAVAS OLÓRIZ: ob. cit., p. 40.

(34) Lo calificó de derecho real atípico la RDGRN de 4-III-1993 alegando que la constitución de las nuevas figuras de derechos reales debe: “ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales”.

(35) RUIZ-RICO RUIZ (*Multipropiedad y aprovechamiento por turno: comentarios sistemáticos a la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, Civitas, Madrid, 2000, p. 71) lo califica de derecho real insólito, y “sin que pueda encajarse tampoco en las figuras doctrinales de derechos reales in faciendo”.

de M. (cap. I, párr. 15), habla “de un nuevo derecho real”. Quizá el derecho más próximo le sea el derecho de habitación (36), pero el legislador ha preferido crear un derecho nuevo y distinto, ya que aquél, a diferencia del derecho de aprovechamiento, no es, en principio, transmisible, y tiene una finalidad diferente: uso estable de una vivienda, frente a un uso meramente vacacional (37).

3. Es un derecho real limitado sobre inmuebles.

El derecho de aprovechamiento debe recaer necesariamente sobre bienes inmuebles (si bien no sobre todos los recogidos en la enumeración del art. 334 C.c., ni siquiera sólo sobre los inmuebles por naturaleza, como acontece con la hipoteca o servidumbre, sino solamente sobre inmuebles que cumplan los requisitos que después veremos), según recoge de forma expresa el artículo 1.1: “... *derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular...*”.

No es posible, pues, constituir este derecho sobre bienes muebles. No cabe duda que los particulares pueden dividirse mediante turnos el uso de bienes muebles que sean aptos para ello, como un automóvil de lujo o una embarcación de recreo, pero este derecho no podrá regirse por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

En el derecho de aprovechamiento por turno, la Ley, además de referir el derecho únicamente a los bienes inmuebles (art. 1), exige, para que pueda crearse tal derecho, que los inmuebles reúnan determinados presupuestos de hecho muy concretos, que paso a enumerar.

1.º Este régimen de aprovechamiento “... *sólo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado. Todos los alojamientos independientes que lo integren, con la necesaria excepción de los locales, deben estar sometidos a dicho régimen*” (art. 1.2). Con ello, la Ley parece querer evitar que en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal los dueños de los pisos se encuentren con la sorpresa de que en uno de ellos se pueda establecer un aprove-

(36) LETE ACHIRICA: “La configuración de la multipropiedad...”, cit., pp. 130-131.

(37) NAVAS OLÓRIZ (ob. cit., p. 40) afirma que quizá la razón por la que el prelegislador español de 1997 no optó por aproximar la configuración del aprovechamiento por turnos al derecho de habitación sea la “intransmisibilidad de tal derecho (art. 525 C.c.), además de la consideración de que tal derecho fue referido por el legislador decimonónico a la vivienda habitual y de poca habitualidad podemos hablar cuando nos referimos al aprovechamiento por turnos”.

chamamiento por turno, con lo que esto implicaría, ya que respecto de ese piso no habría únicamente un condueño para usar los servicios comunes y con quien relacionarse en juntas, sino tantos como turnos. Y, además, en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, la administración correspondería a los dueños de los pisos, mientras que en los regímenes de aprovechamiento por turno correspondería a la sociedad de servicios.

Los locales no están sometidos al régimen de aprovechamiento por turno. Por lo tanto, los propietarios de los mismos no están sujetos a ninguna de las reglas dimanantes de dicho régimen. Y quizá una de las cuestiones de mayor relevancia sea su no sometimiento a la administración de la sociedad de servicios que administrará el resto del inmueble, cuestión que puede tener importancia, ya que si bien hay servicios proporcionados por dicha sociedad que no utilizarán los titulares de los locales, hay otros que les pueden reportar beneficios, como por ejemplo los servicios de vigilancia del inmueble, ya que se beneficiarán de los mismos sin tener que contribuir a su sostenimiento.

También el artículo 1.2 de la Ley permite que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al mismo tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que en tal caso los derechos de aprovechamiento por turno “... *recaigan sobre alojamientos concretos y para períodos determinados*”.

En este punto existe una importante variación entre el borrador inicial y el texto definitivo de la Ley, ya que el borrador no permitía la coexistencia con otro tipo de explotación turística. La E. de M. de la Ley (cap. II, párr. 3) justifica esa coexistencia diciendo que esas dos actividades, “a efectos materiales de convivencia, son tan próximas que ningún perjuicio grave para los clientes y los titulares de los derechos puede derivarse de ello”. Y, además, es una forma de hacer más apetecible la figura a las grandes compañías dedicadas al negocio hotelero (38). Pero esto no impide que coexistan dos administraciones, la de la sociedad de servicios y la del hotelero, con los problemas que esto implicará en el cuidado del inmueble, instalaciones y servicios.

Y los problemas serán aún mayores si la frase “*recaigan sobre alojamientos concretos y para períodos determinados*” se interpreta en el sentido de que unos alojamientos estén, durante ciertos

(38) MUNAR BERNAT: ob. últim. cit., p. 1225.

períodos, destinados a turnos de aprovechamiento, y durante otros, sujetos a la explotación hotelera.

2.º Los alojamientos sobre los que recaiga el régimen han de ser susceptibles de utilización independiente, por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado (art. 1.1) (39).

3.º Los apartamentos deben estar destinados a alojamiento.

El término alojamiento no era utilizado por el Proyecto del año 1997 (aunque sí lo hacía su Exposición de Motivos), si bien esta finalidad se deducía del artículo 4.1. b), que exigía “*cédula de habitabilidad*” para constituir el régimen, y también de la utilización vacacional que tiene por finalidad el alojamiento. Fue la Enmienda número 2 del Proyecto, presentada por el grupo de Izquierda Unida, la que propuso que se sustituyera en todo el texto el término “*departamento*” por el de “*alojamiento*”, motivándolo en que el vocablo departamento es ajeno a la terminología jurídica española en materia de inmuebles, y es una traslación forzada de la denominación anglosajona de apartamento. Esta enmienda fue aceptada y, consiguientemente, el término departamento aparece sustituido en la Ley de 1998 por el de alojamiento.

Parece lógica la exigencia de que los apartamentos estén destinados a alojamiento, ya que los aprovechamientos de corta duración no parecen adecuados para instalar comercios u oficinas. Estas actividades deberán ejercitarse en los locales que la Ley permite que existan en esos edificios y que, según hemos visto, quedan excluidos del régimen.

4.º Los alojamientos han de estar dotados, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto (art. 1.1).

El supuesto de hecho de que se parte es que el mobiliario pertenece inicialmente al propietario, al igual que el edificio entero, y que el derecho del titular recae, además de sobre el inmueble, sobre los muebles. No parece que nos encontremos ante dos derechos, uno de naturaleza inmueble y otro de naturaleza mueble, con sus respectivos regímenes jurídicos, sino ante un único derecho de naturaleza inmueble, porque el artículo 1 de la Ley, al describir el concepto del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, contempla como un único derecho el de dis-

(39) Supuesto de hecho éste que está tomado del artículo 396 Código Civil (reformado por la Disposición Adicional de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal).

frutar de un alojamiento que tiene un mobiliario. Existe un solo y único derecho de naturaleza inmueble; situación que en nada resulta extraña al artículo 334, 4.º C.c., según el cual son bienes inmuebles: los “... *objetos de uso... colocados en edificios... por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo*”. Ha de concluirse, pues, que los muebles son objeto del mismo derecho que tiene el titular sobre el alojamiento (40).

El que los muebles del alojamiento queden sujetos al régimen jurídico del mismo justifica que los titulares no puedan sustituir unos muebles por otros, al igual que no pueden modificar los tabiques o las instalaciones. Es la sociedad de servicios la que puede, y hasta debe, sustituir los muebles deteriorados u obsoletos por otros adecuados a la utilización del alojamiento, razón por la cual, al principio de cada período, convendría que entregara al titular una relación detallada de los muebles y ajuar existentes en el alojamiento (41).

5.º El edificio destinado a los turnos de aprovechamiento ha de tener, “... *al menos, diez alojamientos. Se permite, no obstante, que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística* (42), siempre que los derechos de aprovechamiento por turno recaigan sobre alojamientos concretos y para períodos determinados” (art. 1.2).

El término “no obstante” del precitado artículo 1.2 parece indicar que, en esos casos de explotación mixta, puede ser menor

(40) DE PABLO CONTRERAS (ob. últim. cit., p. 159) afirma que “tales bienes muebles no son sino partes integrantes de la cosa”.

(41) Esta exigencia de inventario aparecía recogida en el artículo 17.2, 3.º del Proyecto de 1997, pero no se mantiene en la Ley, que sólo se refiere al inventario en relación a dos momentos concretos: el de la oferta (art. 8.4) y el de la contratación (art. 9.2). El artículo 8.4 impone al propietario o promotor la obligación de tener a disposición de las personas a quienes proponga la celebración del contrato un inventario completo de todos los muebles, instalaciones y ajuar con que cuente el alojamiento. Por su parte, el artículo 9.2 de la Ley determina que el inventario debe figurar como anexo inseparable a todo contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turno.

MUNAR BERNAT (*La regulación española de la “multipropiedad”: Ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 66) mantiene que el inventario deberá realizarse al comienzo y al finalizar el período de disfrute de cada titular.

(42) La Enmienda número 48, en la que aparece como primer firmante CIU, propuso el cambio de “*explotación de hostelería*” al de “*explotación turística*” justificándolo con las siguientes palabras: “Evidentemente existe aún mayor razón de identidad entre el régimen de aprovechamiento por turno y el de apartahotel o el de apartamentos turísticos que del simplemente hotelero”.

de diez el número de alojamientos susceptibles de derechos de aprovechamiento por turno. Cabría, pues, pensar que un mismo edificio esté en gran parte dedicado a hotel, apartahotel, etc., y tenga, además, unos pocos alojamientos, incluso menos de diez, que sean objeto de aprovechamiento por turno (43).

La exigencia legal de los diez alojamientos elimina la aplicación de la Ley a los edificios o conjuntos que tengan menos de diez, cosa que tiene gran importancia, ya que exime a su propietario del cúmulo de obligaciones económicas y formales que aquélla establece para poder explotar el inmueble constituyendo aprovechamiento por turno; y, sobre todo, le exime de utilizar necesariamente la figura legal. Ese propietario podrá ceder los alojamientos mediante cualquier otra figura jurídica. Las prohibiciones de la Ley para esas figuras no pueden alcanzar a los supuestos de hecho que sean diferentes de los que exige la misma Ley para su aplicación, y uno de éstos es que el edificio o conjunto tenga, al menos, diez alojamientos.

4. Es un derecho real sobre cosa ajena.

El aprovechamiento por turno se concibe como derecho real limitado que debe recaer sobre cosa ajena. Ésta es su propia naturaleza, según se establece a lo largo de la Ley. Ya hemos visto que, en su artículo 1, ésta empieza por establecer la existencia del propietario como contrafigura normal a la del titular del aprovechamiento: *“El propietario del inmueble, sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen y de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno, podrá libremente...”* (art. 1.4, párr. 4.º). Y, posteriormente, el propietario es nombrado en numerosos preceptos; así, por ejemplo, en relación a la constitución del régimen de aprovechamiento por turno (art. 4.1), a la celebración del contrato con la sociedad de servicios (art. 4.1, c), y al cumplimiento de determinadas normas de publicidad e información (art. 8.2).

La Ley, en fin, hace del propietario un sujeto esencial para el nacimiento y para el funcionamiento del aprovechamiento por turno: es quien constituye el régimen (art. 4.1); quien responde de la efectiva pres-

(43) Este razonamiento es coherente con la E. de M. (cap. II, párr. 3) que, como ya hemos visto, justifica la explotación mixta de un inmueble en régimen de aprovechamiento por turno y otro régimen de explotación turística diciendo que “en este caso, las dos actividades, a efectos materiales de convivencia, son tan próximas que ningún perjuicio grave para los clientes y los titulares de los derechos puede derivarse de ello”.

tación de los servicios (art. 16), cuestión ésta que preocupa grandemente al legislador; y el único que puede resolver el derecho del titular, si éste no paga las cuotas correspondientes a la sociedad de servicios (art. 13.1).

Debe resaltarse que, aunque la Ley no lo diga de modo expreso, es indudable que, al extinguirse los derechos de aprovechamiento por turno, cuya máxima duración es de cincuenta años (art. 3.1), el propietario recobra la plena propiedad del inmueble, propiedad libre de los derechos reales limitados que la gravaban. De no admitir esta recuperación de la plena propiedad, consecuencia de la famosa elasticidad del dominio, habría que admitir un absurdo: que el derecho de aprovechamiento, caducado por el plazo, se convertiría en un derecho sin dueño, *res nullius*, a disposición del primer ocupante.

Se ha criticado esta recuperación de la propiedad plena del inmueble por parte del propietario alegando que ya obtuvo, al enajenar los turnos, el valor del inmueble, y que lo recupera gratuitamente y con la plusvalía que normalmente se produce en los inmuebles por el mero transcurso del tiempo, cosa que no ocurre con la solución de la multipropiedad, ya que con ésta esas plusvalías pertenecerían al multipropietario, esto es, al titular del turno.

La crítica parece correcta, pero puede rechazarse, al menos en principio, alegando que el propietario no debería obtener con la enajenación de los turnos todo el valor del inmueble, sino uno menor, ya que no transmite la propiedad del inmueble sino un derecho real temporal sobre la misma; en consecuencia el adquirente del turno debe pagar menos porque adquiere menos (44), no debe pagar por la propiedad, sino tan sólo por el derecho real limitado que adquiere, toda vez que el propietario vendedor retiene la propiedad (45). Lo mismo ocurre con la figura jurídica del derecho de superficie aplicada a los inmuebles de viviendas (art. 289.3 Ley 1/92, de 26 de junio, del Suelo).

El problema radica en si realmente el propietario, tras la venta de todos los turnos, no recibe todo el valor del inmueble o si, por el contrario, lo sobrepasa ampliamente, lo cual no parece difícil, teniendo en cuenta el precio que se paga por el adquirente de cada turno.

Hemos dicho que el aprovechamiento por turno es un derecho real limitado sobre cosa ajena, pero esto no es fácil de armonizar con la declaración recogida en el artículo 1.4, párr. 3.º, *in fine*, de la Ley: “La reunión

(44) MUNAR BERNAT: ob. últim. cit., p. 70.

(45) Así lo justifica la E. de M. de la Ley 42/1998 (cap. I, párr. 1): al adquirente le interesa el derecho de aprovechamiento porque “por un lado, (...) dispone de un lugar estable y seguro para sus vacaciones anuales; por otro, lo hace sin tener que adquirir, y pagar, la entera propiedad del inmueble, con lo que reduce considerablemente la inversión, ajustándola a sus posibilidades reales de disfrute”.

de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella, en una misma persona no implica extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen”.

Quizá el precepto no hace sino resolver una situación transitoria. La reunión existe inicialmente respecto de los turnos todavía no enajenados, y puede darse incluso durante el plazo de vida del turno: por ejemplo, por la resolución contemplada en el artículo 13, por herencia, o por cualquier otra causa, mientras los demás turnos del inmueble siguen su curso. Es algo que tal vez no ocurra con frecuencia, pero que puede suceder, y es de suponer que el propietario quiera desprenderse otra vez del turno aislado readquirido por el plazo que reste. Tal vez sea ésta la razón por la cual la Ley establece esa transitoria subsistencia del derecho, aunque recaiga sobre cosa propia. Pero esto no impide afirmar que el derecho de aprovechamiento por turno es un derecho real sobre cosa ajena, sino simplemente que el régimen de aprovechamiento por turno, una vez constituido, tendrá una duración prefijada, y, durante todo su plazo de vigencia se mantendrá vivo con independencia de quiénes sean los titulares de los diferentes derechos reales limitados, incluso si transitoriamente uno de esos titulares es el propietario. Por eso, si el propietario del inmueble readquiere el derecho y luego lo vuelve a enajenar no será necesario constituir nuevamente el citado régimen, sino que éste se mantendrá en vigor (46).

El propietario, en este caso, es, pues, titular al mismo tiempo del derecho de aprovechamiento y de la propiedad sobre el mismo alojamiento, hasta que por acto oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, en largo o breve plazo, transmita el derecho a un tercero. Hasta que esa transmisión se produzca, el propietario se encuentra en una situación curiosa: no hay consolidación, y es simultáneamente titular de dos derechos de distinta naturaleza sobre la misma cosa. La Ley así lo establece para salvar lo preceptuado en su artículo 1.2: “... *Todos los alojamientos independientes que lo integren... deben estar sometidos a dicho régimen*”.

5. Es un derecho real de duración temporal.

La Ley configura el aprovechamiento por turno como un derecho real de duración temporal: “*La duración del régimen será de tres a cincuenta años*” (art. 3.1). Por lo tanto, el derecho debe tener, necesariamente, una duración temporal (47), que, según quiera el propietario que lo constitu-

(46) MUNAR BERNAT: ob. últim. cit., p. 71.

(47) PAU PEDRÓN (ob. últim. cit., p. 90) justifica esta exigencia afirmando que “no es imaginable que una persona disfrute las vacaciones de toda su vida en un mismo lugar y en un mismo período de tiempo. Llegado cierto momento es imaginable que se desinterese y abandone las cargas económicas que genera un derecho que ya no piensa ejercitar”.

ya, puede oscilar entre tres años (como mínimo) y cincuenta años (como máximo) (48).

Este carácter temporal es una importante novedad en el aprovechamiento por turno (49). Habiéndose venido configurando hasta la entrada en vigor de la Ley principalmente como multipropiedad, se consideraba a este derecho como de naturaleza perpetua, del mismo modo que se considera perpetua la propiedad (50).

La temporalidad del derecho de aprovechamiento por turno, que implica romper con el concepto usual de que el titular de un derecho real tenga un derecho de duración indefinida, se justifica en la E. de M. de la Ley de 1998 (cap. II, párr. 6) en los siguientes términos: “Esta limitación de la duración del régimen (...) permite que el propietario que lo ha constituido siga, durante la vida de éste, vinculado al inmueble”, vinculación que es deseable porque “lo que ofrece el propietario no es sólo una titularidad inmobiliaria, sino también un servicio durante la existencia del derecho, que es lo que explica la naturaleza necesariamente compleja de la relación entre el titular de un derecho de aprovechamiento por turno y el propietario del inmueble”. Y en la E. de M. del Proyecto de 1997 (cap. II, párr. 6) podía leerse lo siguiente: “Si se permitiera que el régimen pudiera tener una duración sensiblemente superior a los treinta años fijados, sería materialmente

(48) Frente al Proyecto de 1997, que establecía un máximo de treinta años, la Enmienda número 52 del grupo de CIU al Proyecto propuso un plazo de cinco a cincuenta años, justificándolo de la siguiente manera: “La limitación a treinta años que contempla el Proyecto de Ley es aleatoria, y no parece claro que se base en consideraciones económicas ni en la realidad existente. En el entorno de países turísticos entre los que se encuentra España, los regímenes superan no sólo los treinta años, sino también los cincuenta, llegando algunos a perpetuarse de forma indefinida en el tiempo. En consecuencia, en términos empresariales la limitación en España a treinta años conllevará una menor competitividad del producto español”. Como vemos, el legislador acogió en parte la sugerencia del grupo catalán.

(49) MUNAR BERNAT (ob. últim. cit., p. 90) afirma que “el carácter temporal es un arma que emplea el legislador para garantizar la viabilidad del régimen” ya que si éste no fuera temporal “no existiría nadie que se hiciera responsable de la viabilidad del régimen porque de alguna forma se habría desvinculado”.

(50) En el concepto de propiedad, sus caracteres clásicos de unidad, perpetuidad, exclusividad, e ilimitadas facultades (entendido este último en el sentido del más amplio señorío sobre la cosa) han sido objeto de múltiples estudios, llegándose a la conclusión de que no hay una sola clase de propiedad, sino varias (urbana, rústica, inmobiliaria, mobiliaria, etc.). También se ha admitido que la propiedad no debe satisfacer exclusivamente a su titular, sino también a la colectividad (función social de la propiedad), y que las facultades del propietario no son ilimitadas, sino que están condicionadas al cumplimiento por éste de una serie de importantes deberes. Pero en ningún momento se ha cuestionado el carácter de perpetuidad, porque la propiedad puede perdurar indefinidamente y, mediante la herencia, sobrevivir al titular. La propiedad dura tanto como su objeto.

Esta duración indefinida de la propiedad, derecho real por excelencia, se predica, en principio, de los derechos reales en general, como por ejemplo del censo (art. 1.608 C.c.).

imposible que el propietario del inmueble pudiera garantizar la prestación del servicio que, sin embargo, es contenido esencial del derecho adquirido”.

Este párrafo ha sido suprimido en la E. de M. de la vigente Ley, bien por acoger ésta la sugerencia del grupo catalán (51), bien porque su justificación no resultaba defendible, ya que parecía olvidar que la mayor parte de las promociones de este tipo de explotación de inmuebles son efectuadas por sociedades mercantiles de duración indefinida; y que el propietario persona física puede desvincularse del inmueble, enajenándolo, y en caso de fallecimiento sus herederos seguirán obligados a cuanto él lo estuviera. La existencia del derecho de aprovechamiento no puede conectarse a una supuesta e incierta duración de la vida del propietario persona física. Una cosa es la existencia de un propietario, persona física o jurídica, y otra muy diferente la duración del derecho. La Ley puede señalar la duración que quiera, pero en ningún caso puede justificar esa temporalidad en la duración de la vida del propietario físico.

Cumplido el plazo de duración se extingue el régimen y los titulares del derecho de aprovechamiento no tienen derecho a compensación alguna, según establece el artículo 3.2 de la Ley (52). Parece que el legislador entiende que el adquirente ya ha obtenido toda la compensación posible por su contraprestación económica.

Extinguidos los derechos de aprovechamiento, la propiedad queda ahora liberada de ellos y el propietario puede volver a constituirlos. No puede prorrogarlos, pero sí puede volverlos a constituir (53), con las mismas personas u otras diferentes, por los mismos plazos u otros distintos, pero siempre con el límite máximo de los cincuenta años. El nuevo plazo será el mismo para todos los alojamientos, porque es el régimen el que dura entre tres y cincuenta años, sometiéndose todos los alojamientos a dicha duración. Y los nuevos titulares tendrán que pagar un precio por su adquisición, el que convengan con el propietario.

El plazo de duración de los derechos se cuenta “... desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción” (art. 3.1). En el caso de que se tratase de un inmueble en construcción la duración se cuenta desde la inscripción de la terminación de la obra “para impedir que el tiempo de vida del régimen corra duran-

(51) *Vide supra* 48.

(52) Artículo 3.2 LAT: “Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna”. Esto mismo establecen los artículos 288.3 y 289.3 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 respecto a la superficie.

(53) Así HERNÁNDEZ ANTOLÍN: “El Derecho de Aprovechamiento por Turno...”, cit., p. 3105.

te la edificación del inmueble”, como decía la E. de M. del Proyecto de 1997 (cap. II, párr. 7).

La duración del régimen deberá recogerse en la escritura pública reguladora del régimen de aprovechamiento por turno. Así lo establece el artículo 5.1.8.º: “*La escritura pública reguladora del régimen de aprovechamiento por turno deberá expresar, al menos, las siguientes circunstancias: Duración del régimen*”.

6. El derecho de aprovechamiento por turno presenta una regulación de carácter imperativo (54).

Este rasgo del derecho de aprovechamiento significa que, en todos los casos en que concurren los supuestos de hecho previstos por la Ley, ésta resultará de aplicación imperativa; es decir, no podrá ser eludida. Esta imperatividad aparece puesta de manifiesto en relación con tres cuestiones fundamentales: 1.ª) el sometimiento o sujeción a la Ley española; 2.ª) la naturaleza del derecho que se ha de constituir; y 3.ª) el contenido de ese derecho. Examinaremos por separado cada una de ellas.

1.ª *Imperatividad de la sujeción a la Ley española.*

Dice la Disposición Adicional segunda de la Ley 42/1998: “*Imperatividad de la Ley. Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración*”. Con esta disposición el legislador español persigue evitar que el contrato se someta a la jurisdicción pactada por las partes, amparándose en la existencia de Estados donde la Directiva comunitaria no haya sido aún traspuesta. La verdad es que este precepto no hubiera resultado necesario, a la vista de lo dispuesto por el artículo 10.1 de nuestro Código civil, en tanto que se trata de derechos sobre bienes inmuebles sitos en España.

Para la constitución del régimen de aprovechamiento por turno, el artículo 4.3 establece que “... *se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad*...”. Lógicamente, el Registro de la Propiedad será aquel que corresponda al lugar donde esté ubicado el inmueble (obviamente, en territorio español).

(54) Así HERNÁNDEZ ANTOLÍN: “Multipl propiedad: Estudio...”, cit., p. 97.

Se entiende, con la dicción de la Ley, que el régimen queda constituido en el momento de su formalización en escritura pública, y no por la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. Claramente lo dice la E. de M. de la Ley (cap. III, párr. 1): “La formalización del régimen en escritura pública se establece como constitutiva, y se impone como obligatoria su inscripción en el Registro de la Propiedad” (55).

2.ª Imperatividad en cuanto a la naturaleza del derecho que se ha de constituir.

Frente a la exigencia del último Proyecto (art. 1.4), conforme al cual “*El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles sólo puede constituirse como derecho real limitado...*”, la Ley permite el establecimiento del régimen bajo fórmula jurídico-real o jurídico-personal, regulación más flexible que ya admitieron los Anteproyectos de 1991 y 1994.

Solamente puede constituirse en una de estas dos formas (56). Por eso, el artículo 1.1 de la Ley establece que “... *El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo*”; el artículo 1.7 dice “*El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, ...*”; el artículo 8.2, b) exige que, en el documento informativo de promoción y venta, se mencionen los siguientes extremos: “*La naturaleza real o personal de los derechos que van a ser objeto de transmisión...*”; y el artículo 9.1, al recoger el contenido mínimo del contrato, dice en su apartado segundo que se expresará “... *la naturaleza real o personal del derecho transmitido...*”.

Que la Ley permita la opción entre la fórmula jurídico personal o real no implica total autonomía de la voluntad para configurar el régimen.

Respecto a la fórmula real, sólo admite la Ley la constitución de este régimen como derecho real limitado, no siendo posible su

(55) Se aparta así la Ley del Proyecto de 1997, desafortunado en esta cuestión, pues quebraba el régimen general previsto por el Código civil y la legislación hipotecaria para constituir derechos y regímenes inmobiliarios. (Varias enmiendas habían propugnado no dar carácter constitutivo a la inscripción registral, pues ello –decía Coalición Canaria– “influiría negativamente en los inversores”).

(56) El legislador no pretende poner al mismo nivel el derecho de aprovechamiento por turno en su configuración real y personal, sino evitar que pueda eludirse la aplicación de la Ley mediante el recurso al contrato de arrendamiento, tal y como reconocen MUNAR BERNAT: “El derecho real...”, cit., p. 1223 y LETE ACHIRICA: ob. últim. cit., p. 133.

constitución bajo otra forma real. No cabe, pues, constituir otro derecho real diferente, ni atribuir cuotas de propiedad o multipropiedad. La Ley prohíbe expresamente otras fórmulas jurídicas utilizadas hasta ahora en la práctica: *“El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad”* (art. 1.4, párr. 1.º) (57).

Respecto a la fórmula de constitución como derecho personal, también rechaza la Ley la solución de que el derecho de aprovechamiento sea un derecho personal (puro o societario).

Con el fin de que la Ley no pueda ser burlada mediante contratos de arrendamiento, el legislador se ocupa de los contratos de este tipo que podrían considerarse generadores de Aprovechamiento por turno, o bien los sujeta al cumplimiento de la Ley de Aprovechamiento por turno, o bien los considera nulos. En este sentido, el artículo 1.6 de la Ley dictamina que: *“Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos...”*. Y añade el punto 7: *“El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos”*.

Los dos preceptos transcritos obligan a distinguir tres clases de contratos de arrendamiento: unos son los no afectados por la

(57) SÁNCHEZ-CÍA (ob. cit., p. 95) resalta la contradicción entre el párrafo. 1.º y 2.º del artículo 1.4, ya que primero se prohíbe la denominación de multipropiedad por razones de carácter terminológico, y a continuación en el párr. 2.º se permite por motivos de promoción, y añade: “si bien es cierto que no resulta atractivo en términos publicitarios ofrecer aprovechamientos por turnos resulta jurídicamente contrario a la fundamentación jurídica contenida en el primer párrafo”.

MUNAR BERNAT (*La regulación española...*, cit., p. 65) subraya que la prohibición de utilizar el término “multipropiedad” la refiere el artículo 1.4, párr. 1.º sólo al derecho real de aprovechamiento por turno, no a la fórmula arrendaticia.

Ley 42/1998, que siguen siendo contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no a la Ley de Aprovechamiento por turno. Otros, que son también válidos, pero quedan sujetos a esta última Ley y han de cumplir sus exigencias. Y otros, en los que –como consecuencia del carácter imperativo de la Ley 42/1998– se produce, como sanción, su nulidad.

Conviene tener en cuenta que presupuesto de la sujeción de los arrendamientos a la Ley de Aprovechamiento por turno es el que se trate de arrendamientos de temporada; que el arrendamiento se refiera a un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado; y, por último, que tenga por lo menos diez alojamientos. Todo esto porque entiendo que no van a ser menores los requisitos, si se trata de contratos de arrendamiento que si se trata de la configuración real.

Por tanto, si el arrendamiento no fuese de temporada o el edificio o conjunto inmobiliario no tuviera diez alojamientos, los contratos de arrendamiento referidos a esos inmuebles no estarían sujetos a la Ley 42/1998, cualquiera que sea su duración o número de rentas anticipadas, porque no se estarían cumpliendo los presupuestos de hecho necesarios para la aplicación de la Ley, independientemente de que se trate de derechos reales limitados o contratos de arrendamiento.

Arrendamientos de temporada son los celebrados entre el propietario y un concreto arrendatario, referidos a un período de tiempo dentro de un año natural, en los que se comprometa el disfrute del alojamiento por un período al año y por varios años sucesivos.

La norma no puede referirse a la totalidad de los arrendamientos de temporada que el propietario pueda celebrar con distintos arrendatarios, para fechas diferentes todas dentro de un año natural; por ello establece un límite, y únicamente somete a la Ley aquellos contratos de arrendamiento que cumplan los requisitos por ella establecidos.

No quedan afectados por la Ley 42/1998 y siguen siendo contratos de arrendamiento de temporada, regidos por la LAU, los contratos de arrendamiento de temporada por menos de tres años o más de cincuenta, tanto si se paga la renta año por año, como si se anticipan todas o parte de ellas. La Ley de Aprovechamiento por turno solamente es aplicable cuando el plazo es de más de tres años y menos de cincuenta y, además, se anticipan rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas.

Del precitado artículo 1.6 de la Ley 42/1998 se desprende que

son válidos como contratos de arrendamiento, pero están a la vez sujetos a la Ley de Aprovechamiento por turno, aquellos contratos que tengan por objeto el arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, con un mínimo de tres y un máximo de cincuenta años, siempre que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas. Estos contratos de arrendamiento “... quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos...” (art. 1.6) (58).

La E. de M. del Proyecto de 1997 explicaba que “esta sujeción hay que entenderla en todo aquello en que sea compatible con la naturaleza personal del arrendamiento” (cap. II, párr. 5); párrafo suprimido quizá por obvio en la E. de M. de la vigente Ley, que se limita a recordar: “arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica” (cap. I, párr. 15).

La Ley 42/1998 no se refiere a los contratos de arrendamiento que se celebren por más de tres y menos de cincuenta anualidades, pero en los que no se anticipe ninguna renta, al igual que tampoco se refiere a los arrendamientos de más de cincuenta anualidades o de menos de tres, se anticipen o no rentas. Sí lo hace, en cambio, la E. de M. cuando nos dice, en su cap. II, párr. 4, lo siguiente: “El ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a éstos que se constituyan sin ajustarse a la Ley, pues aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, ésta no parece por sí sola norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica”. Esta es la razón por la que el artículo 1.7 de la Ley declara a esos contratos nulos de pleno derecho, con la lógica consecuencia de “... ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos”. Parece evidente que el motivo determinante de esta radical sanción no es otro que el anticipo de algunas o todas las rentas, porque lo que la Ley quiere evitar es el que se cobren

(58) PAU PEDRÓN (ob. últim. cit., p. 85) dice que: “El problema que se plantea con estos arrendamientos es el de determinar en qué medida se les aplica, además de la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno, la Ley de Arrendamientos Urbanos y el RD 2877/1982, de 15 de octubre, sobre apartamentos turísticos”.

anticipadamente goces o aprovechamientos de varios años sucesivos, sin estar garantizados tales aprovechamientos mediante el cumplimiento de las exigencias que la misma Ley establece.

La sujeción a la Ley 42/1998 de los arrendamientos de temporada por más de tres años y menos de cincuenta y en los que se anticipen algunas rentas tiene importantes consecuencias para el propietario y para el arrendatario; así, por ejemplo, el propietario habrá de cumplir las muchas exigencias que le impone la Ley de Aprovechamiento por turno: otorgar escritura pública declarando su voluntad de explotar los alojamientos de su inmueble en forma de arrendamientos de temporada sujetos a la Ley de Aprovechamiento por turno, escritura que ha de reunir los muchos detalles que exige esta Ley; inscribir el régimen en el Registro de la Propiedad; obtener las licencias necesarias para ejercer la actividad turística; contratar los servicios con una sociedad de servicios legalmente habilitada; contratar los seguros que ordena la Ley; redactar cada contrato de arrendamiento con el contenido mínimo que exige esta Ley; etc.

El arrendatario, por su parte, añade a esta condición la de titular del derecho de aprovechamiento; goza así de la facultad para desistir y resolver el contrato; tiene los servicios garantizados por la sociedad de servicios y, supletoriamente, por el propietario, etc. Pero el derecho de este especial titular sigue siendo un derecho de arrendamiento y, por lo tanto, un derecho de naturaleza personal. No se transforma, pues, en derecho real limitado, por lo que, en principio, no podrá oponerse a terceros.

Aun tratándose de derechos de carácter personal, estos contratos de temporada pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, porque ha venido a permitirlo la reforma del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria efectuada por la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994 (Disposición Adicional segunda) (59), reforma desarrollada por el Real Decreto de 23 de febrero de 1996. Se pueden inscribir los contratos de toda clase de arrendamientos, sean o no de viviendas. Lo que no está previsto en la LAU, ni en el citado Real Decreto, es la inscripción previa del régimen de esta especial explotación. De todos modos, el arrendatario sigue siendo titular del derecho personal de arrendamiento, porque la inscripción en el Registro no cambia la natu-

(59) Artículo 2.5.º LH: *“En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.”*

raleza de los derechos contenidos en el título inscrito, cosa que resulta especialmente destacable en relación con los terceros.

Los que adquieran la propiedad del inmueble y sean causahabientes del arrendador, tanto por título gratuito como por título oneroso, quedarán subrogados en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Así lo establece el artículo 29 de la LAU, que es la norma legal aplicable porque el arrendamiento por temporada es un arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 3.2 LAU) (60).

Como la LAU no señala aquí ningún plazo mínimo, la subrogación será por el plazo que hubiesen convenido arrendador y arrendatario, contado desde que empezó el arrendamiento. La protección del artículo 34 de la LH no podrá ser invocada por el adquirente, si el contrato de arrendamiento estaba inscrito; el derecho del titular de éste perjudicará al adquirente.

Pero no se producirá subrogación respecto de aquellos otros terceros que no traigan causa del arrendador; tales serán, por ejemplo, los que adquieran la finca como consecuencia de una enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, en cuyo caso el adquirente derivaría su derecho del acreedor hipotecario. En este supuesto, el artículo 13 de la LAU protege al arrendatario de una vivienda y le da derecho a continuar en el arriendo hasta que se cumplan cinco años de su inicio; y si el arrendamiento estuviera inscrito, por toda la duración pactada. Pero, al estar el artículo 13 de la LAU ubicado en su Título II, referente al arrendamiento de vivienda, no se puede aplicar a los arrendamientos por temporada, que son arrendamientos distintos del de vivienda (art. 3.2 LAU), regulados en el Título III de la LAU. Para estos últimos no hay más protección frente a terceros que la establecida en el artículo 29 (61).

(60) Artículo 3.2 LAU: *“En especial, tendrán esta consideración –arrendamiento para uso distinto del de vivienda– los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren”.*

Artículo 29 LAU: *“El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”.*

(61) JIMÉNEZ LINARES (“Algunos aspectos de la nueva regulación de la llamada multipropiedad”, AC, 13 al 19 marzo 2000, pp. 399-409) realiza un amplio estudio de los arrendamientos sujetos a la Ley 42/98.

Ante la imperatividad de la Ley y el estrecho margen de constitución que permite –como derecho real limitado de aprovechamiento o como multiarriendo–, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años constituido al margen de la presente Ley será nulo de pleno derecho (art. 1.7), y, consiguientemente, deberán ser devueltas al adquirente cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas (arg. ex art. 1.303 del C.c.).

3.^a Imperatividad en cuanto al contenido del derecho.

El Proyecto de 1997 establecía en su artículo 1.4 que el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles tenía que “... sujetarse a lo dispuesto en esta Ley...”, frase que ha desaparecido, en su formulación expresa, del vigente texto legal, pero que implícitamente sigue viva todavía, y se deduce de una simple lectura de la Ley.

Es este un punto que debería ser objeto de un análisis en profundidad que excede de la extensión de este trabajo, pero creo interesante analizar someramente algunos de los extremos de este contenido imperativo:

1. La Ley vigente, al igual que el mencionado Proyecto, establece en el artículo 1.3 que: “*El período anual de aprovechamiento no podrá ser nunca inferior a siete días seguidos. En todo caso, dentro de un régimen, los turnos han de tener todos la misma duración...*”.

Este elemento del período de tiempo es una novedad de esta figura. La fijación de la duración del turno es libre. Puede establecerse por días (más de siete), por semanas, o por meses, pero la Ley exige que todos los turnos tengan la misma duración. Se impide al propietario establecer unos turnos más reducidos que otros, atendiendo, por ejemplo, a las estaciones del año.

El titular del derecho de aprovechamiento podrá adquirir uno o más turnos completos, correlativos o no correlativos en el tiempo; pero, ni puestos de acuerdo propietario y adquirente, podrá éste adquirir un turno inferior a siete días. Este período es el que parece imponerse en la práctica en numerosas capas sociales, que vienen experimentando una reducción de su período vacacional.

Es preciso que el período de tiempo adquirido (nunca inferior a siete días naturales) aparezca perfectamente predeterminado en el contrato de adquisición y no plantee dudas su interpretación. Habrá que fijar claramente día, semana, mes y hora de entrada y

salida; así lo indica el artículo 9.1.3.º, al establecer que el contrato debe expresar el “... turno que es objeto de contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina”. En el mismo sentido, el artículo 5.1.3.º, al ocuparse de la escritura reguladora de este régimen, dice: “En cada alojamiento destinado a aprovechamiento por turno se expresará... su duración, indicando el día y hora inicial y final...”.

El período asignado, mayor o menor, va a determinar su valor en venta y la cuota en la comunidad (62).

2. El anteriormente mencionado artículo 1.3 finaliza con la siguiente determinación: “... Deberá, además, quedar reservado para reparaciones, limpieza u otros fines comunes un período de tiempo que no podrá ser inferior a siete días por cada uno de los alojamientos sujetos al régimen”. Esta obligación aparece reiterada en el artículo 5.1.3.º, que, al enumerar las circunstancias que habrán de recogerse en la escritura pública reguladora del régimen de aprovechamiento por turno, habla de “... los días del año no configurados como turnos de aprovechamiento por estar reservados, en ese alojamiento, a reparaciones y mantenimiento...”.

La integración del párrafo obliga a entender que esa reserva será anual y tendrá una duración que, como mínimo, debe ser de siete días. Supongo que lo usual será no sobrepasar estos siete días, ya que esto implicaría perder turnos de venta siempre que la duración de los turnos fuera de siete días. Pero, en el caso de que los turnos tuvieran una duración diferente, habría que hacer cálculos matemáticos, porque puede ser que una vez distribuidos todos los turnos sobren más de siete días, días que pueden destinarse a reserva, ya que si no quedarían sueltos y sin ninguna aplicación concreta.

La finalidad del deber de reserva reside en la obligación del propietario de mantener el alojamiento en idóneas condiciones. Al ser utilizado el alojamiento por numerosos titulares durante cortos períodos de tiempo cada uno, es de suponer que, al cabo de algún tiempo de uso, no se encuentre en las condiciones correctas de limpieza, pintura, tapizado, etc.

No cumple, en cambio, esta reserva la finalidad de garantizar un turno para el caso de que algún titular se viera privado del suyo como consecuencia de algún imprevisto (inundación, incen-

(62) HERNÁNDEZ ANTOLÍN: ob. últim. cit., p. 109.

dio, etc.), porque estos siete días no se reservan para el caso de que fuese necesaria esa utilización (ya que sería difícil la coincidencia entre el período no enajenado y el de imposibilidad de disfrute), sino días destinados a limpieza y reparación de los alojamientos concretos.

En la práctica hotelera, la imposibilidad de utilizar la habitación prevista se resuelve ubicando al cliente en otra habitación de similares características cuando, por cualquier circunstancia, no es posible cumplir con un compromiso preexistente, sin perjuicio de las reclamaciones que por daños y perjuicios pudieran originarse (63). Así lo entendió el artículo 17.2, párr. 5.º, del último Proyecto respecto al derecho de aprovechamiento por turno: *“Cuando los titulares del derecho no puedan, en su turno, ocupar el departamento correspondiente, deberán proporcionarles –la sociedad de servicios– un alojamiento de igual o superior categoría, con los mismos servicios y en la misma zona”*, que no necesariamente en el mismo edificio. La Ley ha suprimido esta obligación de la sociedad de servicios. El titular del derecho de aprovechamiento no puede ser obligado a usar un alojamiento distinto. Pero esto no impide, en aras de mitigar el daño que sufre, que bien el propietario, bien la sociedad de servicios, le ofrezcan otro alojamiento, si lo hubiere libre.

Veamos ahora algunos de los problemas que plantea esta reserva de los siete días:

El máximo de semanas que pueden enajenarse, en el caso frecuente de que los turnos tengan siete días, será de cincuenta y una semanas, reservándose la número cincuenta y dos el propietario para las finalidades más arriba descritas.

La titularidad de ese turno, al igual que la de todos aquéllos que por cualquier causa no lleguen a enajenarse, corresponde al propietario.

Sobre ese turno, y sobre los no enajenados, el propietario ostenta una titularidad plena, no despojada del derecho de aprovechamiento en beneficio del titular del mismo.

Y aquí nos podemos plantear una cuestión, ¿qué ocurre cuando no es necesario realizar ninguna reparación, o cuando se realizan éstas y la limpieza del alojamiento en un tiempo menor al de reserva?; ¿podría entonces el propietario en uso de su derecho de propiedad usar y disfrutar de ese turno imperativamente no enajenable? Puede pensarse que, siempre que no sean precisas las

(63) HERNÁNDEZ ANTOLÍN: ob. últim. cit., p. 109.

reparaciones, limpiezas y renovaciones anteriormente mencionadas, no hay razón de peso para impedir que el titular de un derecho de propiedad pueda usar libremente del mismo. Bastantes obstáculos y dificultades soporta ya el propietario (tanto la Directiva comunitaria como la Ley rompen el principio de equilibrio de las prestaciones sesgándolo a favor del adquirente-consumidor) como para impedirle también el ejercicio de una de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad: usar y disfrutar.

Pero, frente a esta postura permisiva, acorde con el *ius utendi et fruendi* del propietario, cabe también mantener que sobre el mismo recae una nueva prohibición legal comprensiva no sólo de la prohibición de disponer, sino también de la de usar y disfrutar del alojamiento durante el período de reserva.

3. Quizá el punto donde aparece con mayor claridad la inclinación de la balanza de la Ley hacia el adquirente es en su artículo 10, que consagra las facultades de desistimiento y resolución del contrato por el adquirente del derecho de aprovechamiento por turno (64).

El legislador, ante la aparición de nuevos contratos en los que se aprecia el elemento común de la utilización de técnicas captatorias de la voluntad de una de las partes, quizá agresivas, llega a la conclusión de la necesidad de conceder un período de reflexión a favor del adquirente-consumidor, ante la insuficiencia de los remedios clásicos que venía proporcionando el Derecho civil. Este período de reflexión es un remedio *a posteriori* que puede utilizar el adquirente para defender sus intereses, una vez firmado el contrato por ambas partes.

La Directiva 94/47/CE, en su Considerando número 11, justifica la imposición del período de reflexión en beneficio del adquirente con las siguientes palabras: “ofrecer al adquirente la posibilidad de evaluar mejor las obligaciones derivadas de los contratos celebrados, así como los derechos correspondientes”, y para ello “debe concedérsele un plazo durante el cual pueda resolver sin alegar motivo”. Y, en el Considerando número 7, alega que “deben evitarse las indicaciones engañosas o incompletas en la información”. En desarrollo de estos Considerandos, el artículo 5.1 de la citada Directiva plasma dos derechos del adquirente

(64) Para un estudio de esta materia en profundidad *vide* MUNAR BERNAT: ob. últim. cit., pp. 165-185; y LETE ACHIRICA: *El Contrato de Multipropiedad...*, cit., pp. 234-274.

similares, pero no iguales: el derecho de resolver el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de los diez días naturales siguientes, y el derecho de resolver, en el plazo de tres meses, cuando haya habido omisión de la información que menciona.

Nuestro legislador, con buen criterio, al primer derecho lo denomina “*desistimiento*”, que es –como dice la E. de M. de la Ley (cap. I, párr. 8)– “expresión que acentúa ese carácter unilateral e incondicionado”; y al segundo, “*derecho a resolver*”.

El derecho de desistimiento en sentido estricto aparece enunciado en el artículo 10.1 de la Ley: “*El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio...*”. Y el número 2 de este mismo artículo recoge otras dos posibles hipótesis: se podrá desistir cuando el contrato que inicialmente carecía de toda la información exigida haya sido completado en el plazo de tres meses a contar desde la firma del mismo, existiendo diez días desde que se completó la información para ejercer el desistimiento; y también podrá ejercitarse la facultad de desistimiento cuando hayan transcurrido los tres meses sin que se haya completado la información y no se haya ejercido el derecho de resolución, existiendo igualmente diez días desde la expiración del plazo.

Este derecho a desistir permite la extinción de una situación jurídica preexistente mediante una declaración de voluntad unilateral a la que queda sujeto el receptor de la misma; es una declaración de carácter recepticio, ya que para que surta efecto debe llegar a conocimiento del vendedor.

Un fenómeno jurídico como el desistimiento no aparece contemplado con carácter general en nuestro Código civil (65), a

(65) El Código Civil no admite el desistimiento unilateral en la compraventa. En las situaciones de multipropiedad, la voluntad de desistir del comprador no tenía apoyo legal hasta la aparición de la Ley 42/1998, y ésta era precisamente la causa de interposición del mayor número de demandas judiciales, problema que, una vez dictada la Ley, desaparece al otorgar ésta un plazo de diez días para desistir desde la firma del contrato. Son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales sobre la materia del desistimiento, y los jueces buscando la justicia del caso concreto aplican unas veces el artículo 1.124 Código Civil (así SAP de Málaga de 14-8-1998, SAP de La Rioja de 22-2-1999 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30-10-1999, entre otras), y otras veces se declara la nulidad en base a la LGDCU (SAP de Málaga de 5-6-1998, SAP de Madrid de 16-11-1998 y SAP de Vizcaya de 12-2-1999, entre otras), o por vicios del consentimiento (SAP de Málaga de 25-2-1998, SAP de Las Palmas de 22-9-1998, SAP de Málaga de 4-11-1998, entre otras). Algunas de estas sentencias son posteriores a la Ley, aunque los recursos fueron planteados con anterioridad a la misma, pero todas ellas tienen poco interés hoy día porque la Ley en el artículo 10 regula específicamente el derecho de desistimiento sin alegar causa alguna.

diferencia de lo que sucede en el Código italiano, que regula el *recesso unilaterale*, pero tampoco puede decirse que no existan en nuestro Código aplicaciones concretas del mismo; así, por ejemplo, el artículo 1.594, en materia de contrato de obra; el artículo 1.732,2.º en materia de mandato; y el artículo 1.700,4.º, en materia de contrato de sociedad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la Ley 42/1998 no es la única que reconoce este derecho de desistimiento. También lo contemplan otras, tales como la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 10.1), la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (art. 9.1), la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles (art. 5.1), o la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados (art. 9.4).

Todas estas normas no son sino expresión de una tendencia que se viene manifestando recientemente en el Derecho Privado: la de lograr una mejor y más adecuada protección de los consumidores, como consecuencia del desequilibrio en que se encuentran en determinados sectores del tráfico económico. Aunque podría afirmarse que la motivación del reconocimiento de esta facultad no es la misma en todos los casos; así, por ejemplo, en la Ley sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles parece que el plazo de siete días concedido obedece a una finalidad de prueba, finalidad que no existiría en la Ley 42/98, donde el plazo parece más bien tener la finalidad de permitir que pueda volverse atrás el comprador que no supo rechazar una oferta atractiva cuya aceptación no meditó suficientemente (66).

El artículo 10.1 de la Ley establece que “... *Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno*”. Luego los gastos los soportará el propietario. La Ley va más allá de la Directiva, ya que ésta en su artículo 5.3 establece que, si hay desistimiento, al adquirente “... *sólo podrá obligársele al pago, si procede, de los gastos que, de acuerdo con las legislaciones nacionales, se hayan producido debido a la perfección del contrato... Estos gastos deberán mencionarse explícitamente en el contrato*”. Por consiguiente la Directiva admite el pacto de pagar algún

(66) Para PAU PEDRÓN (ob. últim. cit., p. 94), el desistimiento *ad nutum* “pretende facilitar al adquirente la desvinculación de un contrato que ha firmado, no con falta de conocimiento, sino falto de plena voluntad contractual”.

gasto en caso de desistimiento, pero lo prohíbe en el punto siguiente, el cuarto, en el caso de resolución: *“Si el adquirente ejerce el derecho de resolución a que se refiere el segundo guión del apartado 1, no podrá exigírsele pago alguno”*.

Por el contrario, tanto la Ley como la Directiva no prevén ningún resarcimiento al transmitente por los eventuales daños y perjuicios que la fallida transmisión pudiera ocasionarle, incluso en los casos de ejercicio del desistimiento en el que no necesariamente concurre culpa alguna de aquél, solución que, por equitativa, es la que aparece adoptada por los artículos 1.594 y 1.736 C.c. en relación al arrendamiento de obras y al mandato, respectivamente.

El plazo de diez días se cuenta conforme a las reglas del cómputo civil, es decir, según el artículo 5 C.c. Se empieza a contar desde la firma del contrato, sin exclusión de los días inhábiles, pero si el último día resulta serlo, se amplía el plazo al siguiente día hábil (art. 10.1 de la Ley 42/1998). Además, por efecto del artículo 10.3 de la Ley, se produce un aumento del plazo a favor del adquirente, pues establece que *“... Tratándose de desistimiento, será suficiente que el envío [de la notificación] se realice antes de la expiración del plazo...”*. No se requiere, pues, que el vendedor reciba la notificación dentro del plazo de diez días, puede recibirla con posterioridad (67). Este precepto se aparta del criterio del artículo 1.262, párr. 2.º, C.c. que sigue la denominada teoría de la cognición, y opta por la de la expedición.

El medio para desistir aparece descrito en el artículo 10.3 de la Ley 42/1998: *“... La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío...”*. A diferencia de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de Establecimientos Mercantiles, que en su artículo 3 indica que al consumidor que quiera desistir se le facilitará un documento de revocación, la Ley 42/1998 nada dice sobre este particular, por lo que habrá que entender que el adquirente goza de gran libertad sobre este punto.

En un primer momento puede parecer que la notificación por el adquirente –de su derecho de desistimiento o de resolución– podrá realizarse en forma oral o escrita; pero el hecho de que se exija que el medio utilizado para notificar al promotor o a la per-

(67) Así p. ej. HERNÁNDEZ ANTOLÍN: ob. últim. cit., p. 89.

sona designada en el contrato garantice la constancia del contenido de la comunicación, así como la recepción de esa comunicación por el destinatario y la fecha de envío, lleva a la conclusión de que únicamente la forma escrita es la que resulta idónea para conseguir dichos objetivos.

Se exige también que el medio utilizado garantice la constancia del contenido de la comunicación, la recepción de esa comunicación por el destinatario y la fecha de envío. Ante este panorama, la legislación notarial ofrece varias posibilidades que cumplirían esa triple exigencia: las actas de remisión de documentos por correo y las actas de notificación y requerimiento, contempladas en los artículos 201 y 202 del Reglamento Notarial.

También en cuanto a la forma de emisión de la declaración de desistimiento debe distinguirse según que el contrato se haya celebrado en documento privado o público. En el primer caso, basta con que la notificación del desistimiento se realice por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación, de la recepción y de la fecha del envío. En el segundo, sólo podrá efectuarse mediante acta notarial (art. 10.3 párr. 2.º). El legislador parece excusarse en la E. de M. (cap. III, párr. 3) en los siguientes términos: “La intervención del fedatario público sería suficiente para considerar innecesario conceder al adquirente la facultad de desistimiento, pues su presencia impide el que la otra parte haga valer su preponderancia, pero puesto que la Directiva no establece ninguna excepción en favor de estos contratos intervenidos, ha sido necesario conservar esa facultad de desistimiento, si bien exigiendo que el mismo se haga por acta notarial, como documento público equivalente a la escritura en la que se ha formalizado el contrato sobre un derecho de aprovechamiento por turno”.

Ya sabemos que el artículo 1 de la Ley configura el derecho de aprovechamiento como un derecho real o como un arrendamiento especial. Celebrado el contrato en documento privado, para adquirir el derecho real, precisamos en nuestro Derecho la *traditio* o modo. Al documento privado no es de aplicación el artículo 1.462, párr. 2.º, C.c. Por tanto, para que la adquisición así efectuada adquiera efectos reales, será necesaria la entrega material del alojamiento, o puesta en posesión, aunque cabe también una *traditio ficta* conforme al artículo 1.463 C.c.

Producido el desistimiento cuando aún no hay derecho real, sólo se habrá producido la ruptura de un vínculo obligatorio, y no será necesario reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor

del transmitente. Por el contrario, celebrado el contrato ante notario, queda transmitida la propiedad por efecto del artículo 1.462, párr. 2.º, C.c. Por eso, el desistimiento tiene que constar en acta notarial, que es título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del transmitente (art. 10.3).

En relación a la prueba de que se ha ejercitado el derecho de desistimiento, ésta corresponde al adquirente del derecho, ya que es imposible probar un hecho negativo, como sería el no ejercicio por el adquirente del derecho de desistimiento (o del de resolución), si le correspondiera la prueba al propietario-vendedor.

La resolución como consecuencia de la falta de algunas menciones o documentos relativos al contenido mínimo del contrato, a que se refiere el artículo 9 de la Ley, y que el legislador considera imperativos, está más que motivada, ya que si faltan algunos de los extremos enumerados en dicho precepto, o se ha producido contravención a lo establecido en el artículo 8, el adquirente del turno, probándolo, podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses.

Tal vez no hubiera sido preciso este párrafo segundo del artículo 10, pues los contratos sometidos a error o a dolo pueden anularse, según las reglas de los artículos 1.300 y ss. del C.c. Ello no obsta para que, no habiendo resuelto el contrato el adquirente en el plazo de los tres meses, si prueba que ha habido *"falta de veracidad en la información"* y se ha producido, en consecuencia, un caso de error o dolo, pueda todavía ejercitar la acción del artículo 1.301 C.c. durante el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato. Así lo recoge expresamente ahora el artículo 10.2, párr. 3.º, de la Ley.

La acción de resolución va dirigida a poner fin a la relación jurídica surgida de ese negocio. Si el contrato no se resuelve en el plazo marcado por la Ley, entonces produce todos sus efectos, la insuficiencia del contrato queda convalidada (68).

Los efectos extintivos de la resolución se producen con carácter retroactivo, por lo que cada parte deberá restituir a la otra las cosas o prestaciones que le hubieran sido entregadas. Pero como el artículo 11 de la Ley prohíbe el pago de cualquier anticipo *"... antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución..."*, en principio el vendedor nada habría de devolver, porque nada recibió. Sin embargo, si en realidad ha habido anticipos, el párrafo

(68) PAU PEDRÓN: ob. últim. cit., p. 96.

segundo señala una pena: devolver duplicada la cantidad que hubiera anticipado el adquirente al transmitente. El precepto anterior dice también que el adquirente podrá optar entre resolver el contrato o exigir su cumplimiento. La devolución duplicada de la cantidad únicamente procederá si opta por la resolución. La única razón de esta medida parece ser la de imponer una sanción al transmitente para aquellos casos que contradigan lo establecido en el apartado primero del referido precepto, es decir, que reciban anticipos.

En la resolución, a diferencia del desistimiento, la notificación debe llegar a poder del propietario o promotor, dentro de ese plazo de tres meses, primando aquí la recepción y no la emisión, ya que expresamente se señala que sólo si se trata del desistimiento se podrá realizar el envío antes de que expire el plazo, con lo que en realidad se está recortando el plazo de ejercicio de la facultad, según sea el medio de comunicación empleado.

IV. Conclusión

Después de realizar este estudio puede quedar la duda: ¿era necesaria una regulación específica?, ¿es la fórmula adoptada por la Ley 42/98 la más adecuada para cubrir todos los intereses en juego?

O'CALLAGHAN (69) afirma que, siempre que sea posible, hay que procurar huir de las leyes especiales. Por el contrario, MARTÍNEZ-PIÑEIRO (70) se congratula de que el vacío legislativo se haya llenado al fin, pero considera que se trata de “una norma que sólo toma en cuenta los derechos de los consumidores y arrasa a los promotores”.

Comparto ambas opiniones, más quizá en este caso era necesaria una regulación legal específica ante el gran desconocimiento de la figura cuyos problemas trataban de salvarse acudiendo al Código civil y a la normativa en defensa de los consumidores. Pero frente a este dato positivo que supone llenar un vacío legal, la crítica es mayoritariamente negativa. La Ley ha sido acusada de oscura, demasiado formalista, de difícil interpretación, y claramente favorecedora del consumidor en detrimento del propietario-promotor. Aunque comparto todas estas críticas, entiendo que la Ley no merece un juicio enteramente desfavorable, y prueba de su buen hacer es el hecho de que las quejas sobre viviendas de uso com-

(69) En *Promoción y Adquisición...*, cit., p. 99.

(70) En “Comentario de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles”, *RJN*, enero-marzo 1999, pp. 281, 285.

partido se han reducido en un 50% en un año, aunque siguen y seguirán surgiendo problemas como en cualquier otra figura.

En cuanto a la fórmula jurídica adoptada por la Ley 42/98, el legislador crea un nuevo derecho real limitado, al que reviste de unas características que le hacen diferente a los existentes hasta ahora. Bien está la nueva posibilidad, pero ello no debería haber impedido que, en aras de la autonomía de la voluntad, las partes pudieran establecer otras opciones jurídicas para regular la adquisición por un tiempo determinado de un inmueble vacacional, ya que las menciones que hace la Ley a la posibilidad de configuración como un derecho de obligación bajo la vestidura de un multiarriendo son residuales.

Bibliografía:

ARRIVAS, F.: *La Multipropiedad (Análisis de los derechos nacionales y del derecho comunitario)*. Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M.: "El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo". *RCDI*, n.º 649, noviembre-diciembre 1998, pp. 1817-1847.

GARCÍA SÁNCHEZ, A.: "Desistimiento y Revocación de los contratos de multipropiedad". *Economist & Jurist*, enero-febrero 2000, pp. 68-71.

HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: "El denominado Derecho de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial de timesharing". *Actualidad Civil*, n.º 33, 14-20 septiembre 1998, pp. 803-829.

— "Multipropiedad: Estudio de los problemas que plantea desde una Perspectiva Judicial", trabajo publicado en *IV Encuentros de Derecho Civil. Las nuevas formas de contratación*. Vitoria-Gasteiz, 1997.

— "El Derecho de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles: Cuestiones concretas que se plantean con la nueva normativa". *Boletín Colegio Registradores*, n.º 54, diciembre 1999, pp. 3093-3122.

HERRERO GARCÍA, M. J.: *La Multipropiedad*. La Ley, Madrid, 1988.

JIMÉNEZ LINARES, M. J.: "Algunos aspectos de la nueva regulación de la llamada multipropiedad". *Actualidad Civil*, n.º 11, 13 al 19 marzo 2000, pp. 363-409.

— *Jornadas Técnicas sobre Multipropiedad de Inmuebles en el Tiempo (Time Sharing)*. Consejo Superior de Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de España, Madrid, 1988.

LETE ACHIRICA, J.: *El Contrato de Multipropiedad y la Protección de los Consumidores*. Cedecs, Barcelona, 1997.

— "La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias". *Actualidad Civil*, n.º 5, 1-7 febrero 1999, pp. 125-170.

- LEYVA DE LEYVA, J. A.: "Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento". *RGLJ*, marzo 1988, pp. 341-369.
- LINARES NOCI, R.: "Algunas consideraciones sobre la multipropiedad". *RDP*, septiembre 1996, pp. 635-642.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La Multipropiedad". Separata de *RDN*, enero-marzo 1988, pp. 125-182.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "Comentario de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles". *RJN*, enero-marzo 1999, pp. 281-287.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Multipropiedad Inmobiliaria*. Reus, Madrid, 1989.
- MUNAR BERNAT, P. A.: *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *Presente y Futuro de la Multipropiedad*. Tecnos, Madrid, 1992.
- "El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad". *RCDI*, n.º 647, julio-agosto 1998, pp. 1209-1244.
- *La regulación española de la "multipropiedad": Ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- NAVAS OLÓRIZ, J. I.: "Acerca de la multipropiedad. Antecedentes y análisis de la futura ley sobre el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles". *Revista A Fondo*, 1997, pp. 33-43.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "De nuevo, sobre la multipropiedad". *Actualidad Civil*, n.º 1, 3-9 enero 1994, pp. 1-17.
- *Promoción y Adquisición de Viviendas en Régimen de Multipropiedad ("Time-Sharing")*. Dirección General para la Vivienda y Arquitectura, Madrid, 1987.
- "Posibilidades actuales de la multipropiedad en España", *Revista Jurídica Sepin*, n.º 169-170, abril-mayo 1997, pp. 50-54.
- ORTEGA MARTÍNEZ, E.: *La multipropiedad vacacional: el impacto en el sector turístico inmobiliario español*. ESIC, Madrid, 1991.
- PABLO CONTRERAS, P. de: "El aprovechamiento de inmuebles por turnos (multipropiedad) en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios del Ministerio de Justicia". *Actualidad Civil*, n.º 4, 25-31 enero 1993, pp. 63-91.
- "La configuración jurídica de la llamada multipropiedad a la luz del anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios", trabajo publicado en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad: ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Bosch, Barcelona, 1993.
- PAU PEDRÓN, A.: "Configuración jurídica de la multipropiedad en España". *RCDI*, n.º 584, enero-febrero 1988, pp. 9-29.
- "El derecho real de aprovechamiento por turno en la ley 42/1998", trabajo publicado en *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- RIVERO HERNÁNDEZ: "Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios de 1991", tra-

- bajo publicado en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad: ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Bosch, Barcelona, 1993.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: "Consideraciones sobre la llamada multipropiedad". *RDN*, julio-diciembre 1982, pp. 291-343.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, (J.) y DÍAZ-FLORES CALERO, (A.): *La Multipropiedad*. (s.l.: s.n.), 1992.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *Multipropiedad y aprovechamiento por turno: comentarios sistemáticos a la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*. Civitas, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ-CÍA, A. L.: *Multipropiedad, timesharing y aprovechamiento por turno (La Ley 42/98. Comentarios jurídicos)*. Pons, Zaragoza, 1999.

LA PRETERICIÓN EN LA RECIENTE LEY ARAGONESA DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE. ESTUDIO COMPARATIVO CON EL CÓDIGO CIVIL (1)

FRANCISCO RODRÍGUEZ BOIX

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** RASGOS GENERALES DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN ARAGÓN. **A)** Configuración negativa de la legítima. **B)** Sólo son legitimarios los descendientes. **C)** No son legitimarios, a diferencia del Código civil, ni los ascendientes ni el cónyuge viudo. **D)** La cuantía de la legítima es la mitad del caudal hereditario. **E)** Legítima colectiva. **F)** Legítima *pars bonorum*. **G)** Derecho a alimentos. **III.** LA REGULACIÓN DE LA PRETERICIÓN INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA LEY DE SUCESIONES. **A)** El Apéndice Foral. **B)** El Anteproyecto de Compilación de 1961. **C)** La Compilación de 1967. Consideraciones críticas. **IV.** CONCEPTO DE PRETERICIÓN. **V.** REQUISITOS DE LA PRETERICIÓN. **A)** Legitimarios de grado preferente. Examen del artículo 188, apartado 2 LS. **B)** Al tiempo de deferirse la herencia. **C)** No favorecidos en vida del causante. **D)** Ni en su sucesión legal. **E)** No mencionados suficientemente. **F)** En el pac-

(1) Conferencia pronunciada en la Diputación Provincial de Huesca, el día 7 de noviembre de 2000, dentro de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.

to, testamento o en el acto de ejecución de la fiducia. **VI.** CLASES DE PRETERICIÓN. **VII.** EFECTOS DE LA PRETERICIÓN. **A)** La preterición intencional, total o singular. **B)** La preterición no intencional singular o parcial. **C)** La preterición no intencional total. **VIII.** LA ACCIÓN DE PRETERICIÓN. **IX.** BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. Introducción

Quiero, en primer lugar, mostrar mi agradecimiento a los organizadores de estos Encuentros. Constituye una satisfacción la invitación para disertar en este Foro, en el que un buen número de personas, con más conocimientos jurídicos y experiencia profesional que la mía, ya han intervenido.

No obstante, pienso que el haber aceptado la invitación constituye, por mi parte, una osadía. El instituto de la preterición, es decir, de modo lato, la omisión o falta de mención de un legitimario en el acto de última voluntad, es siempre difícil y más aún cuando dicho instituto ha sufrido una profunda modificación como consecuencia de la reciente Ley de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón.

En fin, una doble razón puedo dar para justificar mi osadía:

— Por una parte, la preterición es una institución muy querida y estudiada por el notariado, destacando las fundamentales aportaciones, en este punto, de JUAN VALLET y de MANUEL DE LA CÁMARA.

— Y de otra, que teniendo lugar estos Encuentros en Huesca, ha parecido oportuno que una persona vinculada profesionalmente a esta ciudad acometiera esta ponencia.

Tres últimas apreciaciones previas:

1) La materia que voy a exponer, como suele ocurrir con todas las materias sucesorias, es técnica y compleja, por ello voy a procurar ser lo más didáctico y pedagógico en la exposición, aunque una conferencia sobre derecho que no tenga una cierta dosis de aridez creo que no es una buena conferencia.

2) La preterición es una institución que se presta a todo tipo de sutilezas, a las que los juristas somos tan aficionados, habiendo terminado por constituir recreo de comentaristas y aficionados y tormento para opositores. No obstante, en la práctica, es una figura poco habitual, como lo demuestra el reducido número de sentencias y de resoluciones de la

Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) sobre la institución. El mundo jurídico no está precisamente repleto de preteridos.

3) No pretendo hacer un estudio pormenorizado de la figura, sino tan sólo esbozar, a grandes rasgos, el panorama que presenta esta institución tras la aprobación de la Ley de Sucesiones. No obstante, también voy a exponer, aunque en síntesis, la regulación de la preterición en el Código civil, comparando su regulación con la aragonesa. No voy, por el contrario, a examinar la normativa de los restantes territorios de Derecho Foral, pues ello excedería, con mucho, los límites de la presente, sin perjuicio de que, ocasionalmente, haga alguna alusión a normas de dichos territorios, en apoyo de alguna solución concreta.

II. Rasgos generales del sistema legitimario en Aragón

La Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (en adelante LS), dentro del título VI, dedicado a la legítima, regula la preterición en el capítulo IV (arts. 188 a 193, ambos inclusive).

Como la preterición constituye una institución estrechamente vinculada a la legítima, es decir, a aquella porción de bienes de que el causante no puede disponer por haberla destinado la ley a determinados próximos parientes suyos, llamados legitimarios, estimo necesario, con carácter previo, y como presupuesto para una mejor comprensión de la regulación de la preterición, examinar, a grandes rasgos, los principios fundamentales en los que se asienta, una vez en vigor la LS, la legítima en Aragón; teniendo en cuenta que, como afirma el Preámbulo de la Ley: “Se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer y una pormenorizada regulación que evite la injerencia de normas del Código civil que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto”.

Tales principios son los siguientes:

A) Configuración negativa de la legítima.

Al igual que en el C.c., constituye un freno, traba o límite a la libertad de disponer *mortis causa*. Así, el artículo 3.º LS señala que “el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae*”. Por su parte, el artículo 149 añade: “1. Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de

todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder. 2. El que tenga legitimarios sólo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que se establecen en esta Ley”.

B) Sólo son legitimarios los descendientes.

Pero todos ellos, de modo que aquí se comprenden incluso los de grado no preferente viviendo los de grado preferente, es decir, los nietos viviendo sus padres. Así resulta del artículo 171 LS: “1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 174 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios”.

En el concepto de descendientes entran los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales o no matrimoniales, y por adopción, según resulta de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, que proclaman el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley por razón de filiación, del artículo 108.2.º C.c., así como, en cuanto a los adoptivos, del artículo 19 de la Compilación, en la redacción dada al mismo por la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril. (No obstante, no está claro si en Aragón el hijo adoptivo del hijo por naturaleza tiene sólo un *status filii* o, al igual que en el C.c., también tiene un *status familiae*. Sobre la base del texto del artículo 19.1 de la Compilación, que, a diferencia del artículo 108.2 C.c., no establece ninguna matización o salvedad en la equiparación que realiza entre los hijos adoptivos y los biológicos, me inclino por entender que el hijo adoptivo del hijo por naturaleza es, también, descendiente, a efectos legitimarios, respecto de su “abuelo”).

La LS, con acertada técnica, al igual que la Compilación, habla siempre de legitimarios y no de herederos forzosos como, de forma desafortunada, dice el Código civil.

C) No son legitimarios, a diferencia del Código civil, ni los ascendientes ni el cónyuge viudo.

Al cónyuge viudo le corresponde, en la herencia del premuerto, el usufructo universal de viudedad, en los términos que resultan de los artículos 72 y siguientes de la Compilación, preceptos incardinados, por cierto, en el Libro Primero (Derecho de la persona y de la familia). Por tanto, existe un llamamiento legal directo del cónyuge por razón de su cuota usufructuaria, de modo que, aunque el viudo no haya sido nombrado ni mencionado en el acto por el que el cónyuge premuerto ordena su sucesión, dicho llamamiento legal tendría lugar, sin que dicha omisión pudiera ser tachada de preterición. En suma, en Aragón el viudo no es preterible.

A diferencia del C.c. (que en el art. 807 considera al cónyuge viudo como heredero forzoso, en el art. 814 regula los efectos de su preterición y en el art. 855 las causas de su desheredación), la LS ni considera al viudo como legitimario ni, en los artículos 188 y siguientes, contempla, para nada, su preterición ni su desheredación.

D) La cuantía de la legítima es la mitad del caudal hereditario.

En el C.c. constituye la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del caudal, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 818. La tercera parte restante es de libre disposición. De una de las dos terceras partes que constituye la legítima, la denominada legítima estricta, el testador sólo puede disponer, por partes iguales, en favor de los legitimarios de grado preferente, salvo que alguno de ellos haya incurrido en justa causa de desheredación, en cuyo caso podrá privarle de su participación en dicho tercio; respecto de la otra tercera parte, de las dos que forman la legítima, el denominado tercio de mejora, goza el testador de libertad de distribución entre los hijos y descendientes, pudiendo, incluso, asignarla a un nieto viviendo su padre.

En Aragón, la cuantía de la legítima es la mitad del caudal hereditario, calculado en la forma prevista en el artículo 174 LS. La otra mitad, habiendo legitimarios, es de libre disposición. Según la E. de M. de la LS: “La innovación más visible consiste en la reducción de la porción legítima a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios en que consistía con anterioridad. Se atiende así a las voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron”.

Creo, sinceramente, que para el viaje de reducir la legítima de dos tercios del caudal, cuantía en la que fue fijada por el Apéndice y la Compilación, a la mitad, no hacían falta alforjas.

Tengo que advertir que, en materia de legítimas, me encuentro entre quienes reclaman la supresión de la traba que la legítima supone, admitiendo, en consecuencia, la libertad de testar, no sólo en Aragón, sino, también, en los restantes territorios de España donde esa libertad no existe.

No es el momento de repasar detalladamente los argumentos en favor y en contra de la libertad de testar. Solamente señalar que las variaciones que, en los últimos tiempos, han sufrido en España las cuestiones económico-patrimoniales (hoy todo el mundo, al menos, tiene un piso; el

patrimonio ha pasado de ser rústico a urbano y mobiliario; y, finalmente, el patrimonio ha pasado de ser heredado a ser adquirido con el trabajo de sus titulares) y la estructura familiar (dispersión e independencia de los hijos; multiplicidad de modelos familiares, como consecuencia de la difusión de la separación y el divorcio, etc.), recomiendan ir a un sistema de absoluta libertad de testar, similar al vigente en Navarra, de modo que los cónyuges puedan instituirse recíprocamente herederos, estableciendo, una vez fallecidos ambos, una sustitución preventiva de residuo en favor de los hijos.

Por lo demás, la práctica diaria así lo demuestra. Cuando los cónyuges acuden a la notaría para testar, su deseo es “del uno al otro y muertos los dos para los hijos”.

Como he puesto de manifiesto en otro lugar, “desde un punto de vista crítico, sólo alabanzas y parabienes puede recibir la casi absoluta libertad de disponer *mortis causa* propia del derecho navarro y su corolario de una legítima puramente formal. Dicha libertad se manifiesta en el testamento habitual de los cónyuges navarros: testamento de hermandad con institución mutua y recíproca de herederos entre cónyuges, unida a una sustitución preventiva de residuo (al amparo de la Ley 239) en favor de los hijos, una vez fallecidos ambos testadores. Este tipo de testamento está tan arraigado en el sentir popular que la gente corriente denomina tener testamento de hermandad, no tanto al formalizado en un sólo instrumento, como a la institución mutua y recíproca entre cónyuges y al fallecimiento de ambos los hijos”.

Y no se diga, en contra del sistema propuesto, que fiscalmente resulta caro. En la mayor parte de los matrimonios, el patrimonio está formado, casi exclusivamente, por una vivienda de naturaleza ganancial; de modo que la adjudicación al cónyuge viudo de una mitad de dicha vivienda, en pago de su haber en la disuelta sociedad conyugal, estaría exenta del Impuesto de Sucesiones, y respecto de la otra mitad indivisa, heredada por el viudo, jugarían las reducciones en la base imponible establecidas, con carácter general y para la adquisición de la vivienda habitual del causante, por el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En relación con la cuestión de la libertad de testar, durante la tramitación de la LS, se presentaron dos enmiendas dignas de mención:

— La enmienda número 277, del Grupo Parlamentario Socialista, brillantemente defendida en el Pleno por don RAMÓN TEJEDOR SANZ, en la que se proponía el carácter meramente formal de la legítima aragonesa, con la consiguiente libertad de testar.

— Y la enmienda número 279, de Chunta Aragonesista, en la que se proponía que, caso de existir un solo descendiente, la legítima quedara

reducida a la tercera parte del caudal, con la consiguiente ampliación de la libertad de disponer.

Ambas enmiendas, en aras a la tradición, fueron rechazadas.

En definitiva, pienso que la LS ha dejado pasar una ocasión espléndida para haber establecido un sistema de absoluta libertad de disponer *mortis causa*. De haberlo hecho, una vez más Aragón hubiera sido pionera (al igual que en materia de aportaciones a la sociedad conyugal, ventajas forales o supresión de testigos en los testamentos) de un sistema que, antes o después, terminará por imponerse a nivel del Código civil y de los derechos forales que aún siguen manteniendo la sucesión forzosa.

Me consta, además, que ADOLFO CALATAYUD, miembro de la Comisión Redactora del Proyecto, luchó, aunque sin éxito, por la supresión de la legítima, en base a las ideas que ya había expuesto en su ponencia sobre “Las legítimas en Aragón”, en los Terceros Encuentros de este Foro.

E) Legítima colectiva.

La característica básica de la legítima aragonesa es que es una legítima colectiva, es decir, que sus destinatarios no son los descendientes individualmente considerados, sino el grupo abstracto de tales descendientes. De ahí que sea una legítima de libre distribución entre tales descendientes. Tal y como expresa el artículo 171.2 LS: “Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno sólo”, pudiendo hacerse esta atribución “por cualquier título lucrativo” (art. 172.1 LS).

En definitiva, es como si la mitad del caudal fuera mejora, de modo que, en Aragón, habiendo legitimarios, al menos una mitad del caudal computable, formado y valorado conforme al artículo 174 LS, es legítima respecto de los no descendientes, ya que no puede ir a parar a éstos, pero no es legítima, sino parte de libre disposición, respecto de los descendientes ya que el disponente puede dejar dicha mitad a uno solo de sus descendientes (obviamente también al nieto, viviendo el hijo) sin que nada puedan reclamar los descendientes excluidos, aun los de grado preferente.

Por ello, la desheredación con causa legal sólo es necesaria cuando el causante quiere privar de la legítima a todos o al único legitimario (el art. 196.2 LS señala que la desheredación con causa legal “extingue la legítima colectiva si no hubiera otros descendientes que conserven la condición de legitimarios”); o cuando quiere justificar la no atribución de bienes a un legitimario no único; o, finalmente, cuando se quiera privar

a un descendiente de su condición de legitimario de grado preferente (art. 196.1) y, en consecuencia, de los derechos inherentes a dicha condición. Sin embargo, no será preciso acudir a la desheredación cuando se quiera privar de la legítima a alguno o algunos de los legitimarios, ya que, en tal supuesto, bastará su simple mención o exclusión voluntaria en el acto dispositivo.

La desheredación con causa legal, según el artículo 194 LS, es la que se basa en una de las causas taxativamente señaladas por el artículo 195 LS, cierta y expresada en el pacto, testamento o en el acto de ejecución de la fiducia, causa cuya prueba de ser cierta corresponde a los herederos del causante, si el desheredado la niega.

Aunque el artículo 195 LS, al señalar las causas legales de desheredación, incluye, en primer lugar, las de indignidad para suceder, entre indignidad y desheredación existen diferencias, entre otras:

— Que la desheredación priva de la legítima, mientras que las causas de indignidad privan de la totalidad de los derechos hereditarios. Así el artículo 15.2 LS señala que “la indignidad declarada priva al indigno de la herencia o legado y, en su caso, de la condición de legitimario”.

— Mientras que las causas de indignidad han de ser siempre probadas (“las causas de indignidad sucesoria producirán efecto cuando las invoquen personas que resultarían favorecidas en la sucesión, caso de declararse la indignidad”, art. 15.1 LS), la certeza de las de desheredación sólo debe probarse por los herederos del causante si el desheredado la niega o contradice.

F) Legítima *pars bonorum*.

En Aragón la legítima es, salvo supuestos excepcionales, legítima *pars bonorum*, por ser, de un lado, una parte alícuota de la herencia, que confiere al legitimario la condición de comunero en la comunidad hereditaria (por ello no establece la LS, al igual que el C.c., una especial afección de los bienes de la herencia al pago de la legítima, garantía que, al ser comunero el legitimario, no es necesaria) y el derecho a obtener de la herencia una porción de bienes *in natura* (según el art. 182.1 LS “la legítima debe atribuirse en bienes relictos”); y de otro, una *portio debita*, de la que el causante sólo puede disponer a favor del grupo de legitimarios-descendientes.

G) Derecho a alimentos.

Finalmente, como contrapeso a la libertad de distribución referida, el artículo 200.1 LS señala que “los legitimarios de grado preferente que al

hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les correspondieran, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos”.

III. La regulación de la preterición inmediatamente anterior a la LS

Es inevitable, entiendo, hacer una breve referencia, siguiendo en parte a ELENA BELLOD, al sistema anterior a la LS, para comprender mejor el alcance, en sede de preterición, de la reforma.

A) El Apéndice Foral.

El artículo 32 del Apéndice Foral, sin dar un concepto de preterición, se limitaba a señalar sus efectos y así, dividía las dos terceras partes del caudal líquido, como si el causante hubiera fallecido abintestato, entre los herederos forzosos, si todos ellos hubieran sido preteridos o desheredados sin causa legítima, división que, igualmente, tenía lugar cuando alguno o algunos de los herederos forzosos hubieran sido preteridos o injustamente desheredados, y los demás instituidos por partes iguales. En otro caso, el heredero forzoso preterido o injustamente desheredado tendría derecho a una porción equivalente a la del menos favorecido.

No obstante, de su artículo 30-3.º (“El descendiente legítimo que sea capaz para heredar excluye de esta herencia forzosa a los que por su mediación desciendan del testador, y éste podrá señalar la cantidad o porción de bienes que le plazca para cada uno de los que estén en el grado más próximo...”) parece resultar la necesidad de una atribución patrimonial a los legitimarios sin mediación de persona alguna capaz de heredar, para evitar la preterición, no bastando la mera mención, atribución, eso sí, que podía ser simbólica. Y digo que parece porque dicho párrafo, como el Apéndice en general, no es un dechado de precisión técnica.

B) El Anteproyecto de Compilación de 1961.

El Anteproyecto de Compilación del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, de 1961, en su artículo 71, bajo el título de “legítima formal”, aunque ya no exige referencia patrimonial alguna para evitar la preterición, establecía un deber de mención CUALIFICADA de los legitimarios, no favorecidos en vida del causante o en su sucesión abintestato, en el testamento, ya que dicha mención debería hacerse “al me-

nos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas”. Con muy similar expresión se manifestaban los Anteproyectos aragoneses de 1962 y 1963. (Dicha necesidad de mención cualificada seguimos encontrándola en la actualidad, en el art. 54.2 de la Ley del Derecho civil Foral del País Vasco, territorio donde también la legítima es colectiva, a cuyo tenor: “Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión”).

C) La Compilación de 1967. Consideraciones críticas.

En la Compilación de 8 de abril de 1967:

— De un lado, el artículo 120, bajo el título de legítima formal, sigue manteniendo, al igual que los referidos Anteproyectos, el deber de nombrar o mencionar al legitimario sin mediación de persona alguna capaz de heredar, no favorecido en vida del causante o en su sucesión intestada, en el testamento que los excluya; pero, como consecuencia de la redacción del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965, dicho deber de mención resulta ya menos rígido y formalista, al suprimirse la referencia, antes reseñada, a la forma en que debía tener lugar la mención, contenida en los Anteproyectos de 1961, 1962 y 1963.

— Y por otro, en cuanto a los efectos de la preterición, distinguía, en sus artículos 122 y 123, la preterición o desheredación injusta total, en cuyo caso se habría la sucesión legal de los dos tercios del caudal, si la existencia de todos los legitimarios era conocida por el testador al tiempo de hacer la disposición *mortis causa*, y la de todo el caudal, en otro caso; y la preterición o desheredación injusta (errónea o basada en una causa falsa, según LACRUZ) singular, en cuyo caso se concedía al preterido o desheredado una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

No obstante, la regulación de la preterición en la Compilación planteaba numerosas dudas, de modo que, posiblemente, era una de las instituciones (al igual que la sustitución legal del artículo 141, el hecho de que, al margen de la fiducia colectiva, solamente el cónyuge pudiera ser nombrado fiduciario o, finalmente, el consorcio foral) más necesitadas de reforma.

Entre las críticas más habituales a dicha regulación pueden destacarse las siguientes:

— De un lado, para ADOLFO CALATAYUD, la obligación de mencionar al legitimario en el testamento que lo excluya, o legítima formal, constituye una obligación procedente de los sistemas medievales que pasaron

de la vinculación sucesoria a la libertad de testar y viene a ser como una especie de derecho honorífico, un sucedáneo de la atribución patrimonial. A juicio del mismo, no hay razón, en los tiempos actuales, para establecer derechos honoríficos ni sucedáneos de beneficios patrimoniales, por lo que la legítima formal debería desaparecer.

En la línea de dicha crítica, en la LS ha desaparecido el concepto de legítima formal. A tales efectos, el Preámbulo señala que “se ha evitado el concepto de legítima formal, una novedad de la Compilación, que no parece haya podido cumplir la función sistematizadora y de auxilio a la interpretación que cabía esperar de ella. No hay, por tanto, un deber de nombrar o mencionar a ningún legitimario en el acto de disposición *mortis causa*”.

Como consecuencia de ello, el título del artículo 171 LS pasa a ser el de “legítima colectiva” frente al título “legítima material colectiva” del artículo 119 de la Compilación. No existe, por tanto, en la LS una legítima formal distinta de la material.

— Por otro lado, se regulaban de modo insatisfactorio los efectos de la preterición, al intuir, pero no desarrollar, la distinción entre preterición intencional y la que no lo es y al regular, de modo conjunto, los efectos de la preterición y de la desheredación injusta, siendo así que se trata de instituciones muy diferentes.

La nueva Ley centra su regulación en la distinción entre preterición intencional y no intencional y, además, dentro del Título destinado a la legítima, regula en capítulos diferentes la preterición y la desheredación y exclusión.

— Finalmente, resultaba absurdo, en un sistema de legítima colectiva como el aragonés, que la preterición singular intencional atribuyera al legitimario una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. En dicho sistema, el preterido intencionalmente no ha de recibir nada, como luego veremos.

Por último, la reforma habría devenido urgente, como consecuencia de la peculiar interpretación dada a los artículos 120 y 123 de la Compilación por las conocidas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993 y 11 de noviembre de 1998, a las que luego nos referiremos.

IV. Concepto de preterición

El artículo 188.1 LS dispone: “Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia”.

A la vista de dicho precepto, puede definirse la preterición, en Aragón, como “la falta de mención suficiente en el testamento, pacto sucesorio o en el acto de ejecución de la fiducia, de un legitimario de grado preferente que no haya sido favorecido en vida del causante ni en su sucesión legal”.

Es de alabar que la LS nos de un concepto de preterición, concepto más preciso que el que resultaba del artículo 120 de la Compilación, siendo así que se trata de un concepto no pacífico, a nivel general, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.

Y, por ello, es de lamentar que el Código civil, en su artículo 814, después de las reformas de 24 de abril de 1958 y de 13 de mayo de 1981, rehuya dar un concepto de preterición.

Como consecuencia de ello, la doctrina sigue discutiendo, en el derecho común, si existe o no preterición, entre otros, en los siguientes supuestos:

— Cuando no se menciona a un legitimario en el testamento, pero se le ha favorecido por acto *inter vivos*, a través de una donación imputable a la legítima.

— Cuando se menciona al legitimario en el testamento, pero no se le deja nada en él. Dentro de este supuesto caben diversas variantes, según la forma de la mención.

— Cuando se menciona al legitimario en el testamento pero para atribuirle algo tan singular como una cosa ajena o incluso propia del discutible preterido.

— Cuando, finalmente, se hace al legitimario un legado de cosa específica que posteriormente queda revocado, ex artículo 869 C.c., por la enajenación de la cosa legada.

V. Requisitos de la preterición

Del concepto que hemos dado resulta que la existencia de preterición requiere la presencia de los siguientes requisitos cumulativos:

A) Legitimarios de grado preferente. Examen del artículo 188, apartado 2 LS.

En primer lugar, sólo son preteribles los legitimarios inmediatos o de grado más próximo, en definitiva, de grado preferente o, como decían los artículos 120 y 121 de la Compilación, “aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar”.

Ya hemos visto que, en Aragón, son potenciales beneficiarios de la legítima todos los hijos y descendientes; ahora bien, no todos los descen-

dientes han de ser mencionados, para evitar la preterición, en el acto de ordenación de la sucesión. Sólo han de ser mencionados los legitimarios de grado preferente. La falta de mención de un legitimario de grado ulterior no provoca preterición.

Hace notar CERECEDA que la distinción entre legitimarios de grado preferente y los que no lo son, no afecta al causante, cuya facultad de disposición de la legítima no resulta mermada por aquélla. Con respecto a los legitimarios sí es importante dicha distinción, pues sólo los de grado preferente están activamente legitimados para el ejercicio de la acción de reducción de liberalidades, tienen un derecho preferente en la sucesión legal, conservan el derecho a reclamar alimentos en ciertas condiciones y, finalmente, su falta de mención origina preterición.

El artículo 173.1 LS considera como legitimarios de grado preferente a “los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes”. Por su parte, el artículo 24.1 LS, bajo el título “sustitución legal en la legítima”, añade que “la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente tiene lugar cuando el legitimario ha premuerto, ha sido desheredado con causa legal o declarado indigno de suceder”.

Es decir, en los supuestos de premoriencia, desheredación con causa legal e indignidad declarada, la condición de legitimario de grado preferente pasa a los descendientes del legitimario de primer grado que ha dejado de serlo.

A *sensu contrario*, no son legitimarios de grado preferente y, en consecuencia, no son preteribles:

1) Los descendientes del legitimario de grado preferente que hubiera renunciado a su legítima (art. 173.2 LS). Por su parte, el artículo 26 LS, modificando lo dispuesto en el artículo 141 de la Compilación, cuya interpretación tantos problemas había originado, añade que “en caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal”. Es decir, la renuncia a la legítima, que según el artículo 177 LS puede tener lugar antes o después de la delación y en el primer caso por acto unilateral o por pacto sucesorio, agota los derechos de la estirpe que no adquiere la condición de legitimario de grado preferente.

2) Los descendientes del legitimario de grado preferente voluntariamente excluido. Conforme al artículo 197.1 LS: “El disponente puede excluir a los legitimarios de grado preferente aunque no concurren los requisitos del artículo 194 –causas legales de desheredación– y aun sin alegación de causa alguna”.

El precepto no es sino consecuencia del sistema de legítima colectiva. Cabe excluir a un legitimario de grado preferente sin necesidad de ale-

gar causa legal de desheredación, simplemente mencionándolo, señalando que no se le deja nada o, finalmente, haciéndole alguna atribución simbólica.

Los legitimarios excluidos, según el artículo 197.2 LS, conservan los demás derechos del legitimario de grado preferente, es decir, el derecho a la sucesión legal del causante y el de reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma, pero ni en tales derechos ni en el de su condición de legitimarios de grado preferente son sustituidos legalmente por sus descendientes.

3) Los descendientes del legitimario de grado preferente excluido absolutamente de la sucesión. Según el artículo 198.1 LS “la exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión”.

Aunque la redacción del artículo 24 LS puede inducir a alguna confusión, ya que, después de señalar, en su apartado 1, los supuestos de sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente, añade, en su apartado 2, que “al legitimario de grado preferente excluido absolutamente en la sucesión le sustituyen también sus descendientes”, hay, no obstante, una serie de argumentos para mantener que los descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido no sustituyen a éste en su condición de legitimario de primer grado. En efecto:

— La propia dicción literal del artículo 173 LS.

— El artículo 198.2 LS, que detalla, especifica y concreta el alcance de la sustitución legal establecida por el artículo 24.2. Según aquel precepto, cuando la exclusión absoluta no afecta a todos o al único legitimario, “los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran”. Es decir, el excluido absolutamente conserva su condición de legitimario de grado preferente, si lo era, condición en la que no es sustituido por sus estirpes de descendientes, ya que la sustitución de éstos sólo se contrae al derecho a suceder abintestato y al de ejercitar, en su caso, la acción de lesión de la legítima colectiva (no obstante, ni siquiera en estos derechos es sustituido por sus estirpes de descendientes cuando la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, tal y como establece el art. 198.3 LS).

— Igualmente, el absolutamente excluido conserva el derecho a alimentos (art. 24.2 LS), lo que constituye demostración de que no pierde su condición de legitimario de grado preferente.

— Finalmente, la conservación, por el absolutamente excluido, de su condición de legitimario de grado preferente se ve confirmada por el rechazo de la enmienda número 285, de Chunta Aragonesista, que pre-

tendía la inclusión, en el artículo 173 de la Ley, como legitimarios de grado preferente, de los hijos de los excluidos absolutamente de la sucesión.

4) Los descendientes del legitimario de grado preferente desheredado sin causa legal. En efecto, el artículo 198.1 LS, después de definir la exclusión absoluta, añade que “la misma consideración tiene la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el artículo 194” (precepto que regula los requisitos de la desheredación con causa legal).

Luego a la desheredación sin causa legal puede aplicarse lo dicho para la exclusión absoluta.

5) Ni, finalmente, los descendientes del legitimario de grado preferente en situación de ausencia legal al deferirse la herencia. La ausencia declarada es causa de sustitución legal respecto de las sucesiones voluntaria, paccionada y legal, pero no respecto de la legítima, como así resulta de la comparación entre los artículos 21, 22, 23 y 24 LS.

No obstante, MOLINS GARCÍA-ATANCE ha criticado el hecho de que la declaración de ausencia no se considere causa de sustitución legal respecto de la legítima, proponiendo:

— O una interpretación correctora de los artículos 24 y 173 LS para incluir la ausencia declarada entre las causas que dan lugar a la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente, por asimilación al supuesto de premoriencia.

— O bien, de *lege ferenda*, la expresa inclusión de este supuesto en los artículos 24 y 173 LS.

Examen del artículo 188, apartado 2 LS.

Llegados a este punto surge la cuestión de si deben entenderse preteridos los descendientes de ulterior grado, no mencionados al ordenar la sucesión, que, como consecuencia de la premoriencia, desheredación con causa legal o declaración de indignidad del legitimario de grado preferente no preterido, pasan a ser legitimarios de primer grado.

El artículo 814.3 C.c. señala, a estos efectos, que “los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”. El precepto se completa con lo dispuesto, para los supuestos de indignidad, en el artículo 761 (“si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima) y, para los supuestos de desheredación, en el artículo 857 (“los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima”).

Durante la vigencia de la Compilación la doctrina –GARCÍA AMIGO, ROCA-SASTRE MUNCUNILL– entendía que, en estos supuestos, debería aplicarse, respecto a la legítima formal, la sustitución legal prevista en el artículo 141, por lo que, en los supuestos referidos, no habría preterición.

La nueva LS, inspirada sin duda en el artículo 814.3 C.c., dispone en su artículo 188.2 que “no se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido”.

Unas precisiones iniciales:

1) *A sensu contrario*, si el ascendiente sustituido ha sido preterido los sustitutos se consideran preteridos y podrán ejercitar la oportuna acción.

2) El precepto no será de aplicación cuando el disponente haya establecido una sustitución vulgar expresa, que se impone sobre la sustitución legal, en favor de todos los descendientes del legitimario de grado preferente, para el caso de que éste no pueda heredar. En este supuesto la sustitución ordenada excluirá la preterición de los referidos descendientes, ya que éstos habrán sido mencionados.

3) Parece lo más correcto entender que la norma es dispositiva y que sólo actuará en defecto de voluntad contraria del causante (el art. 19 LS dice que la sustitución legal tiene lugar “salvo previsión en contrario del disponente”). Por tanto, si el causante ha previsto una sustitución vulgar expresa a favor de sólo algunos de los descendientes del legitimario de grado preferente o en favor de personas extrañas, los descendientes no mencionados habrán sido preteridos.

4) Tampoco entra dentro del supuesto de hecho del precepto el caso del hijo premuerto y fallecido antes del otorgamiento del acto de última voluntad. En este caso no cabe plantearse si el hijo fallecido antes de ordenar la sucesión fue o no preterido, ya que no era preterible. Por tanto, quienes tenían la consideración de legitimarios de grado preferente al deferirse la herencia eran ya sus descendientes y su falta de mención supondrá preterición.

No obstante, el principal problema que plantea la interpretación de la norma referida es el de si la misma es aplicable a los tres supuestos –premortiencia, desheredación con causa legal e indignidad– en que la condición de legitimario de grado preferente pasa a los descendientes del legitimario de primer grado que ha dejado de serlo, o si sólo es aplicable al supuesto de premortencia del hijo o descendiente de primer grado que deja descendientes.

DE LA CÁMARA, en relación con el artículo 814.3 C.c., antes transcrito, precepto que tampoco distingue supuestos, ha entendido que dicho precepto no es aplicable respecto de los descendientes del justamente desheredado ni respecto de los descendientes del indigno y sí sólo res-

pecto de los descendientes del legitimario premuerto. En opinión de dicho autor, ni el desheredado con causa legal ni el indigno para suceder pueden considerarse preteridos o no, porque para que haya preterición es preciso que exista un legitimario “preterible” al que se omita al ordenar la sucesión, y es claro que ni el desheredado con justa causa ni el indigno para suceder merecen la consideración de preteribles.

En opinión de dicho autor, en el caso de indignidad cabe bien que el causante, ignorante de la causa de indignidad, haya mencionado al indigno, bien, que conocedor de aquella causa lo haya omitido (si a pesar de conocer la causa otorgó alguna disposición a favor del indigno, la indignidad, conforme al art. 17 LS, no surtirá efecto). En ninguna de las dos hipótesis puede reputarse preterido al indigno (condición indispensable para que entre en juego el derecho de representación del art. 814 C.c.); en la primera porque se le menciona; en la segunda, porque la indignidad excluye en el indigno la condición de preterible, por lo que tampoco puede hablarse de preterición. Ahora bien, en ambos casos, pasan a ser legitimarios de grado preferente los hijos o descendientes del indigno y, por tanto, en la medida en que el causante no los haya tenido en cuenta son ellos los preteridos, preterición que, según los casos, podrá ser intencional o errónea.

Lo mismo ocurre, según esta opinión, en el caso de desheredación con causa legal, si bien, en este caso, no caben distinciones, ya que la desheredación excluye siempre la preterición aun en su dimensión puramente formal.

No obstante la brillantez de la posición de DE LA CÁMARA, como todas las suyas, pienso que el artículo 188.2 LS es aplicable a los tres supuestos referidos: premoriencia, desheredación con causa legal e indignidad sucesoria. En efecto:

— La propia dicción literal de la norma, que no distingue. Si el legislador hubiera pretendido circunscribir el precepto sólo a los supuestos de premoriencia lo hubiera dicho expresamente.

— La interpretación de la norma debe ser amplia pues va dirigida a evitar los efectos de la preterición cuando el causante ha cumplido su deber legitimario respecto del descendiente de primer o anterior grado, para lo cual la norma ordena que, en este caso, se entienda cumplido también dicho deber respecto de los descendientes de aquél que resulten ser legitimarios de grado preferente.

— El principio del *favor testamenti*, ya que una interpretación del precepto reducida al supuesto de premoriencia, aumentaría los casos de preterición errónea, con los demoledores efectos, delación legal de todo el caudal relictivo, que dicha preterición puede llegar a producir en ciertos casos.

— Parece excesivo obligar al causante, que deshereda con causa legal a un hijo, a mencionar, expresamente, a los descendientes de éste. Además, lo contrario sería atribuir más derechos a los descendientes del desheredado con causa legal que a los del excluido voluntariamente o desheredado injustamente, lo que no parece lógico.

— Lo dispuesto en los artículos 19 y 25 LS que, al regular los efectos de la sustitución legal, señalan que los sustitutos legales ocupan el lugar del sustituido en la sucesión o en la legítima.

A ello opone DE LA CÁMARA, con relación a los artículos 761 y 857 C.c., que tales preceptos lo único que hacen es afirmar que los hijos y descendientes del desheredado con causa legal o del indigno ocupan su lugar como legitimarios, condición adquirida a consecuencia de la indignidad o justa desheredación de su padre o ascendiente y que, por tanto, son preteribles.

— Finalmente, esta es la tesis que, para el derecho común, cuenta con la indudable autoridad, entre otros autores, de VALLET.

B) Al tiempo de deferirse la herencia.

Un segundo requisito es que sólo son preteribles los legitimarios de grado preferente que lo sean al tiempo de la delación de la herencia. La preterición no existe mientras no se produzca la delación de la herencia. Por tanto, si el que fue omitido al ordenarse la sucesión no vive al deferirse la herencia no habrá preterición; y sí que la habrá si con posterioridad a la ordenación de la sucesión nace un hijo no tenido en cuenta en aquélla.

Esta idea aparece recogida en el artículo 188.2 LS cuando señala: “No se consideraran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia...”, y en el artículo 814.6 C.c.: “si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos”.

C) No favorecidos en vida del causante.

Que el legítimo de grado preferente no haya sido favorecido en vida del causante.

Puesto que la legítima puede dejarse por cualquier título lucrativo (art. 172.1 LS) y dado que las liberalidades recibidas del causante, por cualquiera de sus descendientes, se imputan a la legítima colectiva (art. 175.1 LS), no puede sostenerse que, en este caso, el causante ha incumplido su deber de mención.

Sin embargo, en el derecho común, pese a que, también, la legítima

puede dejarse por cualquier título y a que las donaciones hechas a los legitimarios se imputan a su legítima, el Tribunal Supremo (sentencias de 17 de junio de 1908 y de 23 de abril de 1932) ha entendido que se incurre en preterición cuando no se menciona en el testamento a un descendiente, aunque éste haya recibido donaciones en concepto de anticipo de legítima. La doctrina ha criticado tales pronunciamientos. Para DE LA CÁMARA “sólo pueden explicarse como tributo a una improcedente reminiscencia de la doctrina recogida después por el Derecho común en el sentido de que sobre el testador pesaba la obligación formal, bajo pena de preterición, de instituir o desheredar expresamente a sus legitimarios. Mas no hay trazas de esta añeja doctrina en el Código civil ni motivo alguno para resucitarla”. No obstante, el propio DE LA CÁMARA recomienda, para evitar la preterición, y a la vista de la doctrina jurisprudencial reseñada, mencionar en el testamento, aludiendo a la donación realizada, al legítimo a quien nada se quiere dejar.

El artículo 126.1 de la Compilación, a estos efectos, señalaba que “no se considerará preterido el legítimo que, a costa del ascendiente, haya seguido carrera profesional o artística, o recibiera de él liberalidades no usuales”. Es decir, no cualquier donación o liberalidad *inter vivos* era suficiente para evitar la preterición, sino sólo aquellas que no fueran usuales; por tanto, el legítimo que hubiera recibido una donación usual resultaba preterido si luego no era mencionado en el acto de última voluntad de su ascendiente.

Pues bien, vigente la LS, sólo las donaciones o liberalidades imputables a la legítima, recibidas por el legítimo de grado preferente, impiden o evitan la preterición, no cualquier otra liberalidad.

De los artículos 174 y 176 LS resulta que no son imputables a la legítima:

- Las liberalidades que el causante hubiera excluido de imputación.
- Las liberalidades usuales.

Para calificar la donación de usual habrá que estar a las circunstancias del caso y condiciones económicas de la familia. En cualquier caso, se trata de una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponderá al Tribunal.

- Los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades.
- Y los gastos no extraordinarios de educación y colocación de los hijos.

D) Ni en su sucesión legal.

Que el legitimario de grado preferente no haya sido favorecido en la sucesión legal del causante abierta, conforme al artículo 201 LS, “en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento”. Al abrirse la sucesión legal el preterido recibe, por esta vía, bienes y, por tanto, no podrá ejercer la acción de preterición.

E) No mencionados suficientemente.

Que el legitimario de grado preferente no haya sido mencionado suficientemente.

El artículo 120 de la Compilación señalaba que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidos en vida del causante o en su sucesión intestada, necesariamente deberían ser “nombrados o mencionados al menos en el testamento que les excluya”. La doctrina (GARCÍA AMIGO) interpretaba que en el término “nombrar” se incluían las referencias nominales a los legitimarios, es decir, aquellas en las que el testador o instituyente llama con sus nombres y apellidos (o con otras expresiones nominales con que los mismos sean conocidos) a sus hijos y descendientes; y en el término “mencionar” se comprenderían cualesquiera otras referencias no nominales, a través de las cuales se esté llamando a algún hijo o descendiente, expresiones que no ofrezcan duda acerca de la persona a la que aluden (por ejemplo, “mi hijo mayor”, “mi hijo menor”, “mi hijo militar”, etc.).

La LS, sin duda dada su falta de trascendencia, ha suprimido dicha dualidad terminológica y sólo recoge el término mencionar, dentro del cual hay que entender comprendida toda referencia, nominal o no, que no ofrezca duda acerca de la persona a que se refiere.

Sin embargo, el problema fundamental que suscita la mención, problema que en los últimos tiempos se ha venido planteando con especial virulencia, es el de si, para evitar la preterición, es suficiente la mera o simple *nominatio* o es necesaria, además, la *assignatio* o la expresa exclusión.

Vigente la Compilación, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 30 de septiembre de 1993 (en un supuesto en que el testador había señalado, al referir sus circunstancias personales, tener cuatro hijos, instituyendo, posteriormente, herederos a dos de ellos), pone de manifiesto que “la mención ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva del testamento, aunque sea para manifestar que a determinado o determinados legitimarios no se les deja nada, y ello porque lo que debe tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de algu-

no de aquellos”, concluyendo que los dos hijos no instituidos fueron preteridos por su madre “al ser sus herederos forzosos y no haber sido citados o mencionados al disponer de los bienes en el testamento, en la forma dicha, bien para dejarles algo, o bien para excluirles”.

No voy a entrar en el comentario crítico de dicha sentencia, sentencia que monopolizó el coloquio que siguió a la ponencia sobre “Las legítimas en Aragón”, defendida por ADOLFO CALATAYUD en los Terceros Encuentros de este Foro. (No obstante, un completo comentario crítico de la misma puede verse en el trabajo de ELENA BELLOD que se cita en la bibliografía.)

Los argumentos de dicha sentencia han sido reiterados por la de 11 de noviembre de 1998, de la misma Sala. No obstante, en esta última, aparece un voto particular del magistrado don FERNANDO ZUBIRI, al que se adhiere el presidente don BENJAMÍN BLASCO, en el cual, haciéndose eco de las críticas que la sentencia de 1993 había originado, se disiente del parecer mayoritario de sus otros tres compañeros de Sala.

El artículo 189 LS, bajo el título “mención suficiente”, ha venido a poner orden y claridad en la cuestión de que tratamos, cuestión, por otra parte, de suma importancia para la eficacia de los testamentos.

El apartado 1 de dicho precepto establece: “Es suficiente para que no haya preterición cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios”.

Este primer apartado suscita algunos comentarios:

— En primer lugar, ante la grave inseguridad jurídica que se había originado, rectifica los dos pronunciamientos judiciales antes referidos, de modo que, para evitar la preterición, basta la simple mención del legitimario (“cualquier mención” dice el precepto) aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa. Por tanto, cualquier legitimario realmente mencionado con cualquier propósito (reconocer una deuda frente a él, nombrarle albacea o tutor, etc.), se reconozca o no su condición familiar y se le deje o no algo, no es un preterido. También hay mención y, por tanto, no preterición en los supuestos de legado de cosa cierta hecha al legitimario, que caduca, ex artículo 869 C.c., por enajenar ulteriormente el testador la cosa legada.

No obstante, MERINO HERNÁNDEZ ha criticado dicho apartado, considerando que “ha sido redactado para enmendar la plana a dos sentencias del TSJA. Con todo el convencimiento que se pueda tener acerca de tales pronunciamientos del Alto Tribunal aragonés –improcedencia que, en lo substancial, comparto– no creo que el procedimiento utilizado sea el más adecuado, ya que introduce de futuro una dinámica muy peligrosa”.

Sin dejar de reconocer el fundamento de dicha crítica, creo, sin embargo, correcta la solución de la LS, habida cuenta la inseguridad jurídica que las dos sentencias habían originado en la práctica notarial.

— En segundo lugar, la mención puede tener lugar en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión.

Se hace eco el precepto de una de las críticas fundamentales dirigida a las sentencias de constante referencia. Según se puede leer en el voto particular antes citado: “En dicho documento –el testamento– no podemos distinguir dos partes, comparecencia y disposición o parte dispositiva, como elementos separados y estancos. Por el contrario, el otorgamiento del testamento ante el notario autorizante conforme al citado principio de unidad de acto lo configura como un solo acto jurídico, en el que las partes en que aparece dividido por razones de redacción están íntimamente ligadas entre sí, y debe ser examinado en su conjunto para apreciar tanto su validez como la voluntad del otorgante”.

— Finalmente, la Disposición Transitoria Décima de la LS señala que “lo dispuesto en el artículo 189 sobre mención suficiente se aplicará también a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de esta Ley”. Con ello se evita toda duda sobre la validez de los testamentos ya otorgados en que la mención de algunos legitimarios no se había hecho de acuerdo con los criterios mantenidos por las dos sentencias de constante referencia. Sobre esta Transitoria dice el Preámbulo que: “acaso no fuera imprescindible, pues la interpretación llevaba en el Derecho de la Compilación a la misma regla que la más claramente expresada en la presente Ley, pero se ha considerado prudente introducirla para disipar toda posible duda”.

El apartado 2 del artículo 189 LS completa lo dispuesto en el apartado 1, señalando que “es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante”.

El precepto responde a la práctica, seguida hasta la entrada en vigor de la LS por algunos notarios aragoneses, de que, ante el temor de autorizar un testamento por el que se pueda incurrir en preterición o, simplemente, por un arrastre histórico (los 5 sueldos por sitios y los 5 por muebles de la vieja fórmula aragonesa), hacen decir al testador que, a los hijos que excluyen de la legítima, les dejan una cantidad simbólica.

Se trata de un precepto que, en mi opinión, no debería haber sido incluido en la Ley. Si el apartado 1 ha señalado que es suficiente la mención sin disposición alguna a favor del legitimario, a mayor abundamiento, tampoco habrá preterición si la mención va acompañada de una atribución de carácter simbólico o irrelevante. En este sentido, la enmienda número 315 del Grupo Socialista, que pretendía la supresión de este

apartado por innecesario y porque podía producir confusión, debió ser aceptada.

Según el apartado 3 del artículo 189, “no es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos”.

A la vista de este precepto, cuando el disponente instituye herederos, genéricamente, “a sus hijos” y resulta que alguno de ellos ha nacido con posterioridad a la ordenación de la sucesión, éste resultaría preterido. En la práctica, tratándose de testadores jóvenes que no descartan tener en el futuro algún hijo más, para dar cumplimiento a lo dispuesto en este precepto, y evitar la preterición, suelen utilizarse fórmulas del siguiente o parecido tenor: “Instituyen herederos, por partes iguales, a sus citados hijos y a los demás que pudieran tener en lo sucesivo, los cuales se tienen expresamente por mencionados a todos los efectos”.

No obstante, el precepto permite plantear la cuestión de si es suficiente, para evitar la preterición, el uso por el disponente, al ordenar su sucesión, de fórmulas genéricas o abstractas, generalmente *in ceteros*, del tipo “menciona expresamente, al objeto de evitar su preterición, a cuantas personas, al deferirse su herencia, puedan ostentar la condición de legitimarios de grado preferente”, u otras similares, por ejemplo, asignando a tales personas una atribución simbólica o expresando que el causante hubiera dispuesto de sus bienes, en la misma forma, aunque existieran otros legitimarios no mencionados.

Piénsese, como hacen notar DE LA CÁMARA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, que tras la Ley de 13 de mayo de 1981, de reforma del C.c., con la consiguiente equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, las posibilidades de que el disponente incurra en preterición son mayores. Cabe, además, que existan al fallecer el causante hijos o descendientes que hayan resultado ser legitimarios después de otorgado el testamento por adopción, reconocimiento o declaración judicial de la filiación, en cuyo caso podrá haber, respecto de los mismos, preterición intencional o errónea, especialmente si se trata de descendientes ulteriores a hijos premuertos. Recuérdese que la acción de reclamación de filiación, con arreglo al artículo 133.1.º C.c., corresponde al hijo durante toda su vida y, en los casos que contempla el párrafo 2.º de dicho artículo, a sus herederos, de forma que puede suceder que premuerto el hijo al causante, antes de éste otorgar testamento, supuesto en que, como hemos visto, no sería de aplicación el artículo 188.2 LS, la sentencia declarando la filiación del nieto se dicte después de fallecidos ambos. Por ello es útil utilizar en los testamentos fórmulas o cláusulas genéricas o abstractas de atribución legitimaria o de mención a los posibles legitimarios desconocidos al tiempo de otorgar aquéllos.

Reconociendo la dificultad de la cuestión, y con las debidas reservas, me inclino, en Aragón, por la solución afirmativa, con la matización que luego se dirá, al problema planteado.

En favor de la no posibilidad de la utilización de tales fórmulas militan los siguientes argumentos:

— En primer lugar, la propia dicción del precepto.

— En segundo lugar, la STS de 4 de mayo de 1966, para un caso sujeto al Derecho civil de Cataluña, aunque su *ratio decidendi* es de aplicación general, declaró que había preterición aunque el testamento contuviera una cláusula o fórmula genérica de atribución de la legítima, consistente, en dicho caso, en que el testador legaba a su padre, único legitimario al testar, su legítima y extendía esta disposición expresamente “a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima sobre sus bienes”. El causante falleció dejando un hijo póstumo y el Supremo estimó que “existe preterición si al testar no aparece una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada que notoriamente muestre que el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración”.

— En tercer lugar, el peligro de que tales fórmulas terminen por convertirse en cláusulas de estilo.

— Finalmente, según LACRUZ, con referencia al artículo 120-2.º de la Compilación, de redacción similar al precepto que estamos comentando, “el texto legal ha tratado de distinguir entre el mero olvido y la omisión voluntaria. Acepta en principio que los nacidos después de otorgarse el testamento han sido simplemente olvidados, y, por consiguiente, si no consta lo contrario DE MODO MUY EXPRESO, ordena que la falta de mención equivalga a preterición; y ello aunque se empleen expresiones genéricas, como la asignación de una pequeña cantidad a todo el que pretendiera derecho a la herencia, o bien a todos los parientes que con derecho a la herencia se creyeran, etc.”.

No obstante, y en favor de dicha posibilidad, hay que señalar que:

— La doctrina de la sentencia referida puede y debe ser objeto de crítica, ya que, en relación con la LS, hay que hacer constar:

a) Que dicha Ley es muy generosa a la hora de identificar a la persona favorecida.

b) Que lo que realmente está prohibido son las disposiciones en favor de personas inciertas (y en este caso los legitimarios devienen ciertos si llegan a existir), ya que, como dispone el artículo 155 LS, “se tendrá por no puesta —frente al criterio del art. 750 C.c. que la declara nula— toda disposición paccionada o testamentaria en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta”.

c) Y, finalmente, que el artículo 10.1 LS, inspirado en la jurisprudencia, del TS y de la DGRN, más reciente y en lo dispuesto en la Ley 154

del Fuero Nuevo de Navarra, señala que “en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aun no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión”.

— Que, aparte el supuesto de superveniencia de hijos, único supuesto contemplado por el precepto, hay otros supuestos que pueden originar preterición errónea.

— Finalmente, después de la reforma de 1981, el artículo 814 *in fine* C.c., siguiendo en este punto la tesis voluntarista mantenida por ALBALADEJO en un trabajo publicado antes de dicha reforma, en la *Revista de Derecho Privado*, señala que “a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”. En términos similares se pronuncia el artículo 46 de la Compilación del Derecho civil de Baleares que, después de señalar que la preterición no intencional de descendientes atribuye al preterido acción para obtener la anulación del testamento, exceptúa de dicha disposición, y sólo confiere al preterido derecho a reclamar su legítima, entre otros, el supuesto de que el testador “respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional”. Es indudable que estas normas admiten francamente el empleo de previsiones testamentarias dirigidas a impedir los efectos de la preterición y, por tanto, de cláusulas o fórmulas genéricas de atribución.

Pues bien, la LS contiene, en la actualidad, un precepto en el sentido aludido. En efecto, el artículo 193.1 LS, al regular los efectos de la preterición no intencional singular, admite la previsión distinta del disponente, previsión que puede tener el carácter de mención suficiente al efecto de evitar la preterición. No obstante, la LS no contiene una previsión similar o semejante al tratar los efectos de la preterición no intencional total, por lo que cabría concluir que tales cláusulas o fórmulas genéricas serían admisibles, al objeto de evitar la preterición, en sede de preterición errónea singular, pero no cuando sea total.

Para finalizar el examen del artículo 189 de la Ley, el apartado 3 *in fine* de dicho precepto establece que “tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive”.

El precepto guarda estrecha relación con uno de los supuestos, el de supervivencia de hijos, más habituales, como luego veremos, de preterición no intencional: el hecho de creer el causante, equivocadamente, al ordenar su sucesión, que el legitimario había fallecido, cuando, en la realidad, estaba vivo. Pues bien, en tales supuestos, el hecho de mencionar a ese descendiente como fallecido no será suficiente para impedir su preterición errónea.

F) En el pacto, testamento o en el acto de ejecución de la fiducia.

La mención ha de tener lugar en el pacto sucesorio, testamento o en el acto de ejecución de la fiducia.

Frente a la Compilación, que en los artículos 120 y 122, de forma inadecuada e insuficiente, sólo se refería a la mención en el testamento, la LS, con mejor criterio, señala que la mención, para evitar la preterición, también puede tener lugar en el pacto sucesorio, lo cual, vigente la Compilación, era doctrina común, o, y esto constituye una rigurosa novedad, aunque, a nivel doctrinal, había sido defendido por algún autor como MERINO, en el acto de ejecución de la fiducia. En congruencia con ello, el artículo 189.1, al regular la mención suficiente, se refiere al “testamento o escritura en que se ordene la sucesión”.

La fiducia tiene una amplia y completa regulación en el Título IV de la LS, regulación que viene a resolver gran número de las cuestiones que la parca regulación de la Compilación había planteado. Constituye una institución por la que una persona, de vecindad civil aragonesa, denominada comitente, puede nombrar a una o varias personas, fiduciarios, para que se encarguen de ordenar su sucesión.

La LS reconoce que el fiduciario, subrogado en la personalidad del causante, puede actuar en orden a los problemas suscitados con relación a la preterición. Como consecuencia de que la mención, para impedir la preterición, puede tener lugar en el acto de ejecución de la fiducia, podemos señalar que, en los supuestos en que el causante haya nombrado fiduciario y haya incurrido en preterición, dicha preterición será siempre una preterición en potencia, que sólo devendrá efectiva o definitiva en el caso de que el fiduciario haya reiterado, al ejecutar la fiducia, la falta de mención del legitimario de primer grado. Es decir, hay que partir de la idea de que el testamento, por el que el causante designa un fiduciario, no es su definitivo testamento, o, si se prefiere, en él no se contiene su definitiva ordenación sucesoria; ésta se producirá realmente cuando el fiduciario actúe.

Vamos a partir del supuesto habitual en la práctica: cónyuges que en testamento, mancomunado o no, o en escritura de capitulaciones matrimoniales, se nombran recíprocamente fiduciarios para repartir los bienes de ambos entre los hijos y descendientes comunes. Pues bien, cuando el cónyuge ha sido nombrado fiduciario, nos interesa, a efectos de nuestro estudio, resaltar algunas notas de la regulación de la fiducia:

— Que el nombramiento del cónyuge fiduciario, a falta de señalamiento expreso de plazo, debe entenderse hecho de por vida (art. 129.2 LS). En la práctica, el nombramiento del cónyuge como fiduciario nunca se sujeta a plazo, sin perjuicio de que, como señala el artículo 147 e) LS,

la condición de fiduciario se pierda, aparte otras causas, por el hecho de contraer el viudo nuevas nupcias o llevar vida marital de hecho, salvo disposición en contra del comitente.

— Que, a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción (art. 133.1 LS); hasta entonces estará en situación de herencia yacente, por lo que ninguno de los posibles herederos puede reclamar la herencia.

— Que el cónyuge puede ejecutar la fiducia, bien por acto *inter vivos* en escritura pública o bien, salvo que la fiducia se haya sujetado a plazo, disposición contraria del causante o que el cónyuge no sea el único fiduciario, por testamento. (Art. 141 LS).

— Que el fiduciario puede hacer uso total o parcial, y aun en tiempos distintos, de sus facultades, salvo disposición contraria del causante. (Art. 142.2 LS).

— Que los actos *inter vivos*, en ejecución de la fiducia, son irrevocables, y que los actos de ejecución en forma testamentaria son siempre revocables. (Art. 143 LS).

Sentado lo anterior, a efectos de la preterición, hay que distinguir según que el cónyuge fiduciario cumpla su encargo por testamento o en escritura pública.

1) Si lo hace por testamento, testamento en el que, normalmente, dispondrá de sus propios bienes, de los privativos del premuerto y de los consorciales, puede, en uso de la fiducia, formalizar en dicho testamento la mención o disposición a favor del legitimario de grado preferente no mencionado por el causante, evitando, si dicho testamento es el último, los efectos legales derivados de la preterición; o puede, por el contrario, no mencionar, en su último testamento, al preterido por el comitente, elevando a efectiva o definitiva lo que sólo era una preterición en potencia o irrelevante.

No obstante, hay que señalar que con el uso del testamento queda clara la voluntad del fiduciario de deferir la herencia del comitente hasta el momento del fallecimiento de aquél, manteniendo durante toda su vida el control del patrimonio hereditario confiado en fiducia, con la posibilidad añadida, como hemos visto, de revocar dicho testamento.

En cualquier caso, ello no plantea para el preterido especiales problemas, ya que su condición no es peor que la del resto de los descendientes del causante, hipotéticos y presuntos herederos, los cuales tampoco podrán, hasta el fallecimiento del fiduciario, aceptar la herencia y entrar en posesión de los bienes hereditarios.

Un último apunte, para el caso de ejecución de la fiducia a través de testamento. El artículo 148.1 LS regula los efectos de la extinción de la

fiducia sobre los actos de ejecución ya verificados. La regla general es que, extinguida la fiducia, conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario. Pero se exceptúan los actos de disposición efectuados en testamento, por el cónyuge viudo fiduciario, si éste hubiera perdido la condición de tal por contraer nuevas nupcias, llevar vida marital de hecho o por incurrir, para con el causante o sus descendientes, en causa legal de desheredación o indignidad. Por tanto, en tales casos, parece que la mención del preterido, verificada por el viudo fiduciario en su testamento, devendría ineficaz al objeto de evitar la preterición.

2) Si lo hace por escritura pública, el problema que puede surgir es que, como hemos visto, la ejecución de la fiducia puede ser parcial y, por tanto, en momentos diferentes. Es decir, cabe la distribución de todo el patrimonio del fallecido en un solo momento, o bien, que el fiduciario proceda a verificar asignaciones parciales de bienes concretos y determinados en períodos sucesivos y momentos distintos. Caso de ejecución parcial, respecto de los bienes asignados en ejecución de la fiducia se habrá producido la delación de la herencia, mientras que, respecto de los bienes pendientes de asignación, continuará la situación de herencia yacente y su administración y representación se regirá por lo dispuesto en el capítulo II –La herencia pendiente de asignación– del Título IV de la LS.

Pienso que, en tanto la ejecución de la fiducia, por acto *inter vivos*, sea sólo parcial, siempre cabrá la posibilidad de que, en un nuevo acto de ejecución, el preterido por el comitente sea mencionado por el fiduciario, por lo que, en tanto la ejecución de la fiducia no sea total, salvo que antes se haya producido el fallecimiento del fiduciario, no surgirá para el preterido la posibilidad de ejercitar la acción de preterición.

VI. Clases de preterición

El artículo 122 de la Compilación, al regular los efectos de la preterición total, distinguía si el testador conocía o no la existencia de todos los legitimarios al tiempo de hacer la disposición *mortis causa*, con lo que intuyó o esbozó la distinción entre preterición intencional y errónea, pero dicha distinción no la desarrolló.

Al respecto, comentando la redacción del artículo 814 C.c., en su versión anterior a su reforma de 1981, versión que, como es sabido, tampoco recogía dicha distinción, PUIG BRUTAU afirmaba, magistralmente, lo siguiente: “En el Derecho del Código civil, concretamente en su artículo 814, no hay duda que están equiparadas la preterición intencional y

la que ha sido realizada por error o involuntariamente. Sin embargo, se trata de actos sumamente diferentes. La base psicológica de lo realizado es tan distinta que probablemente debería reflejarse en una diferencia de efectos jurídicos. Cuando el testador prescinde a conciencia de un legitimario, el Derecho debería reaccionar rectificando estrictamente lo que el testador no debía hacer. Pero cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiere dispuesto sin tan decisiva ignorancia. Es tarea del ordenamiento jurídico resolver si la protección al testador exige en este último supuesto una ineficacia de lo dispuesto mucho más radical”.

El comentario está pensado para el sistema legitimario del Código civil, que no es de legítima colectiva como el aragonés, pero *mutatis mutandis*, en su fondo, era de aplicación general.

Una de las principales innovaciones de la LS, en sede de preterición, es la de la admisión y completa regulación, al igual que el C.c. tras la reforma del artículo 814 por la Ley de 13 de mayo de 1981, de la dualidad de pretericiones, la intencional y la no intencional o errónea.

El artículo 190.1 LS, bajo el título “preterición intencional”, nos dice que “es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal”. Por su parte, el artículo 191, bajo el título “preterición no intencional”, dispone que “es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo”.

Sentado lo anterior, cabe establecer las siguientes conclusiones en esta materia:

1) Sin duda, la regulación pormenorizada de la dualidad de pretericiones es la gran novedad, en esta materia, de la LS. Tras dicha Ley, más que una figura unitaria de preterición, hay dos pretericiones, que sólo tienen en común el nombre y la proximidad de su regulación, pues su concepto, sus requisitos y sus efectos son profundamente diferentes.

2) La LS, con buen criterio, regula la preterición no intencional dentro del capítulo destinado a la preterición, y no en el capítulo III del Título III, destinado a la “Invalidéz e ineficacia de los testamentos”, y, por tanto, a diferencia del C.c. alemán, que no regula sustantivamente la preterición, pero que en los artículos 2078 y siguientes considera a la preterición errónea como un supuesto de la teoría del error en la voluntad testamentaria.

3) Es de alabar la utilización, al igual que el C.c., del término “preterición no intencional” en lugar del de “preterición errónea”. Como, en

su día, en un trabajo publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, puso de manifiesto FIGA FAURA, con relación a la Compilación catalana de 1960, en la que sí se utilizaba, al igual que en el actual Código de Sucesiones de Cataluña, el término “preterición errónea”, “no se puede hablar verdaderamente de error, pues error o verdad sólo puede predicarse de hechos presentes o pasados, nunca de hechos futuros; no es problema de error, sino de alteración de circunstancias, o más precisamente, imprevisión del cambio de circunstancias que da lugar a un supuesto de falta de voluntad”.

Como hemos visto, y luego volveremos sobre la cuestión, el artículo 191 LS, dentro de los supuestos de preterición no intencional, contempla supuestos que no implican ningún tipo de error por parte del disponente, sino sólo falta de previsión de hechos futuros.

No obstante, aun reconociendo que no es una denominación absolutamente correcta, sigue siendo, la de “preterición errónea”, más breve, cómoda y tradicional que la de “preterición no intencional”, por lo que, en la presente ponencia, utilizo indistintamente ambos términos.

4) La preterición intencional es la que se comete a sabiendas, de propósito, deliberadamente o, como señala LACRUZ, se debe al propósito o voluntad deliberada del causante de que el nombre de un legitimario no aparezca en el acto por el que se ordena la sucesión, movido acaso por el odio, o por el deseo de no publicar una relación extramatrimonial o por tantos otros motivos. El disponente, conocedor cumulativamente de la existencia del legitimario y de su condición de tal, en vez de mencionar sin más al legitimario o de mencionarle para señalar que no le deja nada o, finalmente, para hacerle alguna atribución simbólica, omite cualquier mención del mismo en el acto de última voluntad, porque no quiere dejarle nada.

Si se trata de un testamento notarial abierto, hace notar DE LA CÁMARA, no será fácil la preterición intencional, ya que el notario advertirá al testador de las consecuencias de la falta de mención del legitimario. Claro está que cabe el caso, sumamente raro, de que el causante oculte al notario la existencia del legitimario. La preterición intencional se cometerá más fácilmente si se trata de testamentos otorgados sin intervención de notario (el ológrafo básicamente, dada la ausencia, casi total, de testamentos cerrados en la práctica).

5) En la preterición no intencional el disponente no menciona a alguno o a todos los legitimarios, pero sin intención de privarles de su legítima, ya que desconocía o ignoraba su existencia o su condición de tales.

A la hora de regular los supuestos de preterición no intencional caben dos posibilidades:

— Para una primera posición, sólo hay preterición no intencional cuando el legitimario ha nacido después del fallecimiento del disponente (póstumos), después de otorgarse el acto de última voluntad (cuasipóstumos) o, bien, cuando el disponente creía equivocadamente fallecido al legitimario.

Esta postura tiene su apoyo en el artículo 644 C.c. que contempla la posibilidad de revocar las donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos.

— Para otra posición, más moderna, habría también preterición no intencional, aparte los supuestos anteriores, cuando el legitimario ha llegado a serlo después de ordenarse la sucesión.

Para esta segunda postura, la preterición errónea se produce también por el hecho de que el disponente desconozca la condición o cualidad de legitimario del preterido al ordenar su sucesión.

Esta tesis amplia fue recogida, inicialmente, por el artículo 141 de la Compilación catalana, en su redacción de 21 de julio de 1960 y, en la actualidad, aparece recogida, aunque con alguna matización, en el artículo 367 del Código de Sucesiones de Cataluña.

Ante las dos posibilidades referidas, el C.c. guarda silencio, ya que no especifica cuando la preterición puede ser calificada de intencional o de no intencional; sin embargo, parece indudable que la LS se ha decantado por la tesis que hemos denominado amplia o moderna, de modo que, en el artículo 191, se recogen, como supuestos de preterición no intencional, los siguientes:

— Descuido o falta de previsión del futuro. Es decir, supuestos en que el disponente, a pesar de saber que tras ordenar su sucesión han nacido nuevos legitimarios, no rectifica el acto de última voluntad, pero sin que su pasividad se deba al deseo de privar de su legítima a tales legitimarios.

— Error o ignorancia. Si el causante, al ordenar la sucesión, no sabe que tiene otros legitimarios, por creerlos erróneamente fallecidos, además de los que incluye en el acto de última voluntad.

— Y finalmente, supuestos en que el disponente desconoce la condición o cualidad de legitimario del preterido, es decir, supuestos en que el causante desconocía que el legitimario era descendiente suyo, supuestos en que el legitimario ha llegado a serlo después de ordenarse la sucesión, por establecerse después de dicha ordenación la relación familiar que conlleva la condición de legitimario (por ejemplo, mediante el oportuno reconocimiento de filiación o imposición de la misma) o, finalmente, cuando la condición de legitimario surge *a posteriori*, por el juego del cambio de legislación, cuando la nueva ley atribuye derechos legitimarios a personas que con la ley reformada no los tenían.

No obstante, la consideración, por parte de la LS, como preterición errónea, en todo caso, de los supuestos en que el disponente desconocía la condición de legitimario del preterido, tal vez, hubiera exigido alguna matización. Por ello, en mi opinión, siguiendo a JUAN BOLÁS, habría que haber distinguido si el disponente conocía o no al legitimario preterido.

— Si lo conocía al tiempo de disponer, la preterición debería haber sido calificada de intencional, pues bien pudo atribuirle algún bien con cargo a la mitad de libre disposición, y si no lo hizo el disponente su conducta refleja su voluntad de no favorecer al preterido.

— En cambio, si el disponente no conocía la existencia del preterido, la preterición debe ser calificada de errónea.

6) Durante la vigencia de la Compilación fue objeto de polémica el tratamiento del descendiente concebido al tiempo de ordenarse la sucesión. Para LACRUZ, la no mención de un concebido cabría incluirla entre los supuestos del número 1 del artículo 122, es decir, como equivalente al conocimiento por el causante de su existencia. Por contra, MERINO, sobre la base de que el texto legal hablaba bien claramente de conocimiento por el causante de “la existencia” de sus legitimarios en el momento del otorgamiento, oponía que respecto del concebido y no nacido en modo alguno puede hablarse de “existencia”.

Con la nueva regulación la preterición del concebido y no nacido podrá ser intencional o errónea, según que el causante, al ordenar su sucesión, conociera o no el hecho de la concepción.

7) Los avances médicos, que casi siempre van más allá que las previsiones del legislador, constituyen un adecuado caldo de cultivo para generar importantes problemas en materia sucesoria y muy especialmente en sede de preterición, ya que las perspectivas, ante el hecho de que puedan venir al mundo niños póstumos concebidos con el semen de un hombre fallecido, son escalofriantes. La posibilidad de que la viuda quede embarazada, después de la muerte de su marido, por inseminación o fecundación artificial *post mortem*, puede originar el nacimiento de descendientes póstumos del causante más allá de las previsiones hechas por el C.c., que establece una presunción de paternidad, en su artículo 116, con un límite máximo de trescientos días desde que se produjo la disolución del matrimonio.

La LS, en su artículo 10.3, inspirado directamente en el artículo 9.3 del Código de Sucesiones de Cataluña, dispone que: “si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación”.

Según el artículo 9.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988, “no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”. Dicho precepto, por tanto, establece un plazo rígido, a contar desde la muerte del marido, más allá del cual, si se quiere que el hijo tenga la consideración de matrimonial, no cabe proceder a la fecundación.

JOSÉ LUIS MERINO ha criticado, en este punto, la LS, en cuanto admite la posibilidad de atribuir efectos sucesorios a una fecundación *post mortem*. Y por si ello no fuera suficiente, en el mismo precepto, añade MERINO, se autoriza para disponer *mortis causa* “a favor de los hijos aun no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión” (art. 10.1, segundo). Con todos los problemas de inseguridad jurídico patrimonial que ello puede acarrear.

En opinión de dicho autor, “la legislación estatal en esta materia está destinada a determinar de qué forma, y bajo qué controles (incluido el plazo) puede realizarse la llamada “fecundación *in vitro post mortem*” y, lógicamente, a declarar la filiación de la criatura así nacida con respecto a sus padres. Pero nada más. Para nada entra la Ley en consideraciones de carácter sucesorio. Era lógico: tratándose de una ley de carácter estatal, sólo a través de los correspondientes cuerpos de leyes civiles –Código civil, Compilaciones o leyes civiles territoriales– es posible una determinación de tal índole. Si ello es así, el hecho de que pueda existir un nacimiento mediante la concepción posterior al fallecimiento del padre generador, no conlleva necesariamente la atribución de derechos sucesorios al así nacido (como no los tienen los nietos de los nacidos con posterioridad al fallecimiento de los abuelos, ni por vía de sustitución legal, ni por vía directa, salvo especial previsión en contrario, con todos los efectos prácticos negativos que ésta pueda conllevar)”.

En cualquier caso, desde el punto de vista de la preterición, es correcta la apreciación de JOAQUÍN CERECEDA en el sentido de que los concebidos por fecundación asistida *post mortem* con material genético del causante, que hayan resultado preteridos, sólo podrán considerarse preteridos no intencionalmente cuando el acto dispositivo sea anterior a la expresión de su voluntad sobre esa fecundación.

8) Finalmente, en materia de prueba, el artículo 190.2 LS señala que “la preterición se presumirá intencional, salvo prueba en contrario”.

La LS resuelve, una vez más, un problema que el artículo 814 C.c. sigue sin resolver después de la reforma de 1981 y, que por tanto, sigue

siendo objeto de discusión en la doctrina, doctrina que, en este punto, defiende fundamentalmente dos posiciones:

— Una primera, sustentadora de la idea favorable a entender acaecida, salvo prueba en contrario, una preterición intencional (BOLÁS, LA-CRUZ y REY PORTOLÉS).

— Y una segunda, que entiende inexistente una presunción en favor de uno u otro tipo de preterición (GIMÉNEZ DUART, AMORÓS, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

En la LS la intención de preterir se presume y al que alegue la existencia de error o imprevisión le correspondería la prueba.

— Bastará con probar el error, no siendo necesario probar que el mismo, además, fue determinante de la preterición. Esta es la diferencia con el régimen general del artículo 156 LS (precepto que contempla el supuesto de expresión de motivos falsos o ilícitos en una disposición, régimen en el que debe probarse, no sólo el error, sino también que fue determinante de la disposición) y con el régimen especial, que luego examinaremos, del artículo 199 LS.

— En los supuestos en que el causante desconocía la condición de legitimario del preterido, tal vez, de aceptarse la distinción antes señalada, habría que probar tanto el desconocimiento de la condición de legitimario como también el desconocimiento de su existencia.

— Es admisible la posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos y, probablemente, aunque no tengan conexión literal con el acto de última voluntad. Piénsese, como hace notar BOLÁS, que en sede de preterición, por principio, la voluntad testamentaria hay que investigarla partiendo de un silencio, de una omisión. La práctica notarial moderna ha ido, poco a poco, simplificando las fórmulas rituales y, en gran número de casos, los testamentos contienen cláusulas muy sencillas, en las que el testador se limita a instituir herederos a sus hijos y a legar a favor del viudo el usufructo de viudedad. En estos casos, poco ayudará el tenor del testamento para averiguar si la preterición es o no intencional. En cambio, la investigación de la conducta del testador anterior y posterior al otorgamiento del testamento, de las relaciones existentes entre el testador y el preterido, si éste era o no conocido por aquél, si este conocimiento era anterior o posterior al otorgamiento, el tiempo transcurrido desde que el testador tuvo conocimiento de la existencia del preterido hasta su fallecimiento sin modificar el testamento, los conocimientos jurídicos del testador atendiendo a su nivel cultural y a su profesión..., etc., son elementos ilustrativos sobre la intencionalidad de la preterición.

Todo ello puede originar (a pesar de que los arts. 190 y 191 LS, a la hora de calificar la preterición, parecen atender al tiempo en que el dis-

ponente ordena la sucesión) que una preterición, que podía calificarse de errónea al tiempo de otorgarse el acto de última voluntad, pueda ser calificada como intencional de acuerdo con las nuevas circunstancias existentes a la hora del fallecimiento del testador. (Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en que el causante hubiera fallecido, sin modificar el acto de última voluntad, tras un largo lapso de tiempo, desde el nacimiento o reaparición del legitimario preterido o desde el establecimiento de la relación familiar con él).

9) Desde otro punto de vista, y para terminar con las clases de preterición, la preterición no intencional puede ser singular o parcial, cuando afecta a alguno o algunos de los legitimarios, y total cuando afecta a todos o al único legitimario, distinción ésta que, tratándose de preterición no intencional de hijos o descendientes, también recoge el artículo 814 C.c.

No obstante, dicha distinción tiene algo de caprichosa, pues un mismo comportamiento del causante puede incidir en las graves consecuencias del artículo 193.2 LS o en las menos graves del artículo 193.1, en función del dato, puramente accidental, de que cuente sólo con un descendiente o con más de uno.

VII. Efectos de la preterición

Para examinar los efectos de la preterición en la LS hay que distinguir tres supuestos fundamentales:

- A) La preterición intencional, total o singular.
- B) La preterición no intencional singular o parcial.
- C) Y la preterición no intencional total.

- A) La preterición intencional, total o singular.

En el C.c. la preterición intencional, total o parcial, de un heredero forzoso, según el artículo 814.1.º, “no perjudica a la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias”.

En consecuencia, el intencionalmente preterido conserva su derecho a su legítima, estricta según la doctrina mayoritaria, a cuyo efecto se procederá a la reducción parcial y proporcional de la institución de heredero y si dicha reducción no fuera suficiente se procederá a la reducción de legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Discute la doctrina si el legitimario preterido hace suya la legítima vía apertura de la sucesión intestada (DE LA CÁMARA, BOLÁS) o a través de un llama-

miento que la ley hace directamente a favor del preterido (VALLET y LACRUZ).

En la Compilación (arts. 122 y 123) la preterición intencional total originaba la delación abintestato de 2/3 del caudal y la parcial o singular concedía al legitimario de grado preferente el derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

En la LS la preterición intencional constituye la regla general, según hemos expuesto al tratar de la prueba. Sus efectos los señala el artículo 192 LS, a cuyo tenor: “El legitimario preterido intencionalmente no tiene otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma”.

En consecuencia:

1) El precepto no distingue entre preterición intencional total o singular, por lo que debe entenderse aplicable a ambas.

2) La preterición intencional no produce efecto alguno y, en consecuencia, el legitimario preterido intencionalmente carece de acción para impugnar el acto de última voluntad basándose en la preterición cometida. Ello es totalmente coherente y consecuente con un sistema, como el aragonés, de legítima colectiva: el legitimario preterido intencionalmente, excluido, por tanto, tácitamente de la legítima, no ha de recibir nada. Como pone de manifiesto el Preámbulo de la LS: “ningún derecho o acción específicos nacen para el así excluido por la omisión de toda atribución y mención a su favor”.

3) No obstante, el preterido intencionalmente conserva el derecho a reclamar lo que le corresponda en la legítima colectiva, frente a terceros, cuando exista lesión de la misma. A tales efectos, el Preámbulo señala que: “Consiguientemente, la exclusión expresa, como la preterición intencional, no ha de producir otros efectos que, en su caso, el derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, efecto que no es, propiamente, de la preterición o exclusión, sino de la lesión de la legítima”.

La legítima colectiva debe ser respetada por el causante, no atribuyendo a extraños liberalidades que excedan de la mitad del caudal computable, calculado conforme al artículo 174 LS.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 LS, que regula, superando la deplorable redacción del artículo 124 de la Compilación, la acción de reducción de liberalidades o de lesión de la legítima colectiva:

— Si los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes alcanzan, al menos, la mitad del caudal computable, el preterido intencionalmente carecerá de toda acción, pues no se habrá producido lesión en la legítima colectiva.

— Por el contrario, si tales beneficios son inferiores a la mitad de

dicho caudal, en principio, el intencionalmente preterido podrá ejercitar la acción de reducción de las liberalidades inoficiosas. Y digo que en principio porque el artículo 179.2 atribuye la legitimación activa, para el ejercicio de la acción de reducción, a los legitimarios de grado preferente “salvo que la voluntad del disponente sea otra”. Por tanto, cabe que el causante haya excluido al preterido de la posibilidad de ejercitar la acción de reducción, exclusión que, como pone de manifiesto JOAQUÍN CERECEDA, sólo podrá ser indirecta (si el causante tiene tres hijos, el disponente puede atribuir expresamente la acción de reducción a dos de ellos, con lo que se excluye al tercero sin mencionarlo), porque si se excluyese de la acción de forma directa al preterido, éste dejaría de serlo por esa mención.

No es objeto de nuestro estudio la acción de reducción de liberalidades, si bien, conviene reseñar respecto de la misma, algunas cuestiones:

— Salvo voluntad contraria del disponente, están legitimados activamente para el ejercicio de la acción todos los legitimarios de grado preferente, incluidos el preterido intencional o no intencionalmente, como luego veremos, el legitimario excluido voluntariamente (art. 197.2) y el legitimario excluido absolutamente o desheredado sin causa legal, si bien, en estos dos últimos casos, sólo cuando la exclusión absoluta o desheredación sin causa afecte a todos o al único legitimario (art. 198.3 LS), ya que, en otro caso, serán sustituidos por sus estirpes de descendientes en el ejercicio de la acción de reducción (art. 198.2 LS).

Además, para ejercitar la acción es indiferente que el legitimario actuante haya recibido o no alguna liberalidad del causante, a diferencia de lo que parecía resultar del artículo 124 de la Compilación.

— La legitimación pasiva corresponde a los extraños favorecidos por liberalidades que excedan de la mitad del caudal computable, es decir, que lesionen la legítima colectiva. También están pasivamente legitimados los descendientes que haya recibido liberalidades del ascendiente que éste haya excluido de la imputación a la legítima, al amparo del artículo 176 a) LS.

— Que salvo voluntad contraria del disponente, en el supuesto de pluralidad de legitimados activamente, cada legitimario de grado preferente tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal (art. 179.2 LS).

— Que la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás, es decir, no hay acrecimiento (art. 179.3), y redunda en beneficio de los extraños.

— Que las liberalidades susceptibles de reducción son tanto las *inter vivos* como las *mortis causa*. Así lo confirma el artículo 180 LS.

— Y, finalmente, que la nueva LS ha superado la laguna existente,

en esta materia, en la Compilación, laguna que obligaba a aplicar como supletorio el C.c., y, en la actualidad (arts. 180 y 181), regula pormenorizadamente el orden de reducción de las liberalidades y la forma de practicar la reducción, evitando así, una vez más, la necesidad de acudir al C.c. como supletorio, cuando la mayoría de sus normas son incompatibles con la legítima aragonesa.

B) La preterición no intencional singular o parcial.

En el C.c., caso de preterición no intencional singular o parcial de hijos o descendientes, “se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas”.

Por tanto, se anula totalmente la institución de herederos ordenada y se abrirá la sucesión intestada en la parte no dispuesta como mejora o legado, de forma que los hijos o descendientes preteridos en tal forma percibirán la legítima embebida en la abierta sucesión intestada.

En la Compilación, el artículo 123, sin distinguir entre preterición intencional y errónea, atribuía al singularmente preterido el derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

La LS regula, en el artículo 193, las consecuencias de la preterición no intencional, singular y total, sobre la base o presuposición de que el disponente no habría dispuesto como lo hizo de haber contado con el legitimario preterido.

Los efectos de la preterición no intencional singular los establece el apartado 1 del artículo 193, a cuyo tenor: “El legitimario preterido no intencionalmente tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico. A la reducción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 181.”

El precepto está inspirado en el artículo 123 de la Compilación, si bien, se mejora su redacción, resolviendo algunas, no todas, de las dudas que la interpretación de éste había planteado.

Vamos a hacer una exégesis del precepto:

a) *“El legitimario preterido no intencionalmente tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente...”.*

Se reconoce aquí, en cierta medida, el principio de voluntad del disponente. Aunque la legítima es una institución de marcado carácter imperativo, el precepto, de acuerdo con el principio *standum est chartae*, al regular los efectos de la preterición errónea singular, expresamente señala que tales efectos tendrán lugar “salvo previsión distinta del disponente”, posibilidad ésta que, sin embargo, el apartado 2 del artículo 193 no contempla para el supuesto de preterición errónea total.

El disponente, causante o fiduciario, puede prever la hipótesis de preterición y establecer las previsiones consiguientes, regulando los efectos de la preterición errónea singular (no favorecer al preterido, favorecerlo con el todo, señalar que el preterido se atenga a concretas porciones, asignar la mitad de libre disposición a unas personas y no a otras, salvar de la reducción algún legado, etc.).

De modo que, cuando los efectos que se sigan de la preterición errónea singular, conforme al artículo 193.1 LS, resulten claramente contrarios a la voluntad del disponente, voluntad indagada conforme a las normas de interpretación del testamento contenidas en el artículo 101 LS, tales efectos tendrán que ser otros.

b) “... a una porción del caudal relicto...”.

El artículo 123 de la Compilación hablaba sólo de derecho a una porción en el caudal. La LS ha añadido, de modo consciente, la palabra relicto.

Las referidas sentencias del TSJA, de 30 de septiembre de 1993 y 11 de noviembre de 1998, establecieron que la base del cálculo de lo que correspondía a los preteridos, caso de preterición singular, no era el caudal hereditario del causante, pues el caudal que se menciona en el artículo 123 de la Compilación ha de entenderse comprende sólo los 2/3 de la herencia que integran la legítima colectiva, sin que el 1/3 de libre disposición se deba ver afectado por la preterición declarada.

También en este punto las sentencias han sido objeto de crítica. En efecto, el artículo 123 de la Compilación no decía “una porción en la legítima colectiva”, sino “una porción en el caudal”, es decir, en la totalidad del caudal hereditario, en la integridad del caudal relicto. Además, como ha puesto de manifiesto ADOLFO CALATAYUD, el criterio de las sentencias llevaría a tener que distinguir la porción de cada legitimario imputable a la legítima y la imputable a la parte libre.

La LS, al añadir la palabra relicto, resuelve la cuestión, una vez más, en sentido contrario a tales pronunciamientos judiciales. De modo que la base de cálculo de lo que debe corresponder al preterido no intencional ha de ser la totalidad de la herencia o caudal relicto, sin que deba quedar al margen la mitad de libre disposición.

c) “... igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél...”.

El precepto plantea algunas cuestiones:

— En primer lugar, vigente la Compilación, según LACRUZ, a quien sigue MERINO, la institución de heredero, si la hay, no se anula, sólo se reduce en lo pertinente, por lo que no procede la apertura de la sucesión legal.

Pienso, por el contrario, que no se puede decir que la Ley atribuya directamente al preterido una parte alícuota del caudal relicto, ya que no se puede hablar de una delación forzosa de la legítima como un *tertium genus* autónomo frente a la delación testada, paccionada o legal (art. 2 LS). En consecuencia, opino que los bienes o valores reducidos no pueden llegarle al legitimario preterido más que por la vía de la sucesión legal, abierta, sólo a su favor, al amparo del artículo 201 LS, y ello sin perjuicio de que conforme a reiterada doctrina del TS y de la DGRN, se pueda prescindir de la apertura formal de la sucesión legal, y consiguiente declaración de herederos, si todos los legitimarios favorecidos reconocen al preterido su porción en el caudal.

— Es discutible el título por el que el preterido obtiene la satisfacción de su derecho. En relación con el artículo 123 de la Compilación, han entendido LACRUZ y CALATAYUD que el preterido sería heredero cuando lo fueran todos los otros legitimarios, siendo titular de una especie de legado legal de parte alícuota en los demás casos. Estoy, sin embargo, más de acuerdo con la opinión de MERINO, de que el preterido adquiere una parte del caudal en concepto de legatario. Esta tesis se ve hoy ratificada por el hecho de que el propio precepto que estamos comentando, faculta a los legitimarios no preteridos para pagar al preterido su parte en metálico.

— El Anteproyecto del Seminario, de 1961, señalaba que el preterido tendría derecho a “una parte en el caudal igual a la del descendiente DE SU MISMA CLASE menos favorecido por el testador”. Aunque las palabras “de su misma clase” no fueron recogidas por el artículo 123 de la Compilación, LACRUZ, seguido en este punto por ADOLFO CALATAYUD, entendía que, para calcular la cuota del preterido, había que atender al descendiente de igual clase menos favorecido, es decir, siendo hijo del causante, el preterido heredaría como el que menos de sus hermanos, y no de los ulteriores descendientes, siendo nieto, tendría como término de comparación a otro nieto y no a los hijos.

Y ello, sin perjuicio de reconocer tales autores, que cuando todos los instituidos fueran de una generación ulterior (nietos) viviendo los de la anterior (hijos), la regla de equiparación dentro del grado sería de im-

sible aplicación. (Dicha imposibilidad se manifiesta hoy el art. 193.2 LS que, en cuanto a los efectos de la preterición errónea total, se remite a la preterición errónea singular, cuando el único o todos los legitimarios de primer grado preteridos concurren con algún descendiente, designado heredero o legatario, descendiente que no puede ser de grado preferente pues, entonces, la preterición ya no sería total).

Sin embargo, la LS continúa sin incluir referencia alguna a las expresiones “de su misma clase” o “de igual grado”. Por ello, creo que, en la actualidad, la tesis de LACRUZ no puede ser mantenida. Puesto que se trataba de un tema dudoso, bien pudo la LS haberlo resuelto, volviendo a recuperar la redacción del Anteproyecto citado, y si no lo ha hecho es porque posiblemente haya entendido que la tesis que debería prevalecer era la contraria. En este sentido, el artículo 54,3.º *in fine* de la ley civil del País Vasco, Ley en la que el sistema legitimario, como hemos señalado anteriormente, es, al igual que el aragonés, de legítima colectiva y libre distribución entre los legitimarios, expresamente dispone que “la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor DE IGUAL GRADO menos favorecido”.

— La porción en el caudal que corresponde al preterido estará integrada por todos los beneficios recibidos, exclusivamente, a causa de muerte, por cualquier título, por el menos favorecido de los legitimarios. Las dudas que originaba el artículo 123 de la Compilación sobre si, a estos efectos, debían computarse las donaciones, las ha resuelto la LS en sentido negativo, al añadir, como hemos visto, el término relicto a la palabra caudal.

— Ahora bien, puede haber casos en que el causante haya atribuido la legítima por medio de donaciones *inter vivos* y haya instituido heredero a un extraño. En este caso, a falta de solución legal, podría optarse por una de estas dos soluciones:

1) El legitimario preterido no tendría derecho a porción alguna en el caudal relicto ni podrá ejercitar la acción de reducción de liberalidades al no resultar lesionada la legítima colectiva.

2) O bien, aplicar la solución del artículo 193.2, para el caso de preterición errónea total cuando no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, con la consiguiente delación legal de todo el caudal relicto.

Dado el fundamento último de la preterición en Aragón, la protección de la legítima colectiva, me inclino por la primera solución de las ofrecidas, ya que, en tal supuesto, como ha quedado dicho, dicha legítima no ha sido lesionada.

— En los supuestos en que alguno de los legitimarios de grado preferente haya sido simplemente mencionado, pero excluido voluntaria-

mente de la sucesión, de modo que nada perciba del causante o sólo perciba una cantidad simbólica, parece lo más seguro estimar que ese legítimo simplemente mencionado, a estos efectos, no cuenta y que, en tales casos, por menos favorecido habrá que entender al legítimo que haya recibido algo del disponente. Como pone de manifiesto MERINO, la expresión legal “menos favorecido” implica una idea de cantidad, por mínima que ésta sea. El “nada favorecido” no parece que, ni siquiera gramaticalmente, pueda simularse al “menos favorecido”.

d) *“... Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legítimos...”.*

En consecuencia:

— Se excluye de la reducción, por tanto, lo que hayan recibido otras personas que no sean legítimos.

— La LS resuelve otra de las dudas que planteaba la redacción del artículo 123 de la Compilación. En la actualidad, al referirse el precepto a porción “igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido”, queda claro que son todos los legítimos favorecidos por el causante los que han de ver disminuida proporcionalmente su porción, incluido el menos favorecido.

— La proporción en que deben contribuir los legítimos no preteridos, debe calcularse teniendo en cuenta lo que cada uno ha recibido, por cualquier título, por causa de muerte, excluyendo, al igual que para calcular la porción que va a corresponder al preterido, las donaciones.

— Se dudaba, antes de la LS, si resultaban afectados por la reducción aquellos legítimos a quienes se apartaba de la herencia mediante un legado por legítima de cuantía módica. La opinión dominante entendía que había que incluir tales legados en la reducción, ya la Ley no distinguía. En la actualidad, el artículo 193.2, en sede de preterición errónea total, al remitirse a los efectos de la parcial, cuando algún descendiente haya sido designado heredero o LEGATARIO, sin establecer distinciones por razón del legado, confirma esta tesis.

— Según LACRUZ, la fórmula matemática para obtener la cuantía de la reducción es la siguiente: Se divide todo el caudal asignado a los legítimos por dicho caudal incrementado con lo asignado al menos favorecido; y ese cociente se multiplica por las cuotas de todos los legítimos con lo que se obtendrá lo que les corresponde después de la reducción; y al preterido se le dará una cuota igual a la que resulte para el menos favorecido.

e) “... aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico. A la reducción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 181”.

En su comentario al artículo 123 de la Compilación, MERINO, en opinión suscrita por CALATAYUD, había entendido que el preterido, en principio, tenía derecho a una porción de los mismos bienes hereditarios, calculada en la forma vista, por lo que, caso de que alguno de los bienes hubiera sido válidamente enajenado por los legitimarios no preteridos, el derecho del preterido se convertiría en un crédito contra los restantes legitimarios.

Sin embargo, la nueva Ley considera, con carácter general, que el preterido no tiene derecho a una porción de los mismos bienes hereditarios y atribuye, en consecuencia, a los legitimarios no preteridos la facultad de optar por pagar su porción al preterido ya en bienes relictos ya en metálico, en este último caso, hereditario o extrahereditario.

Si optan por la primera posibilidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 181 LS, que faculta al obligado a elegir el bien si hubiera recibido varios, y regula la forma de practicar la reducción cuando el bien elegido no admita cómoda división, estableciendo, para este caso, la posibilidad de compensaciones en metálico por acuerdo entre ambas partes y, en defecto de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico.

En cualquier caso, se opte por una u otra posibilidad, parece que, en este caso, la legítima habrá dejado de ser para el preterido *pars bonorum* para convertirse en una *pars valoris* o derecho de crédito, ya que es la misma Ley (sin intervención alguna de la voluntad del causante o de la decisión del juez, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de los arts. 841 y siguientes del C.c.) la que directamente deja, al pleno arbitrio de la persona obligada al pago de la legítima, la libérrima elección de satisfacerla en dinero, aunque no lo haya en la herencia, o en otros bienes. Existe, pues, una alternatividad pura para los obligados, propia de las obligaciones específicamente alternativas, de forma que hay dos prestaciones, de las cuales debe cumplirse una de ellas. No se trata de una alternatividad facultativa, propia de las llamadas obligaciones facultativas, en las que los obligados deben cumplir una prestación, que es la única que está *in obligatione*, aunque puedan sustituirla por otra que sólo está *in solutione*.

Como consecuencia de lo anterior, a efectos registrales, la protección del legitimario preterido frente a las posibles enajenaciones, que los no preteridos puedan realizar en favor de terceros de buena fe, de los bie-

nes inmuebles integrantes de la herencia, no parece pueda venir por la vía de la anotación preventiva de demanda, ya que:

— La DGRN no admite, pese a su cada vez más amplia interpretación del artículo 42.1.º LH, que se puede practicar anotación de la demanda dirigida a reclamar un crédito dinerario.

— La LS no ha previsto, expresamente, la posibilidad de la anotación de la demanda dirigida a la reclamación de la legítima, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 366.2 del Código catalán de Sucesiones, en el artículo 48.5 de la Compilación de Baleares o, finalmente, en el artículo 151.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

— El carácter de *numerus clausus* que las anotaciones preventivas tienen en nuestro Derecho (art. 42-10.º LH).

En consecuencia, pienso, con las debidas reservas, que la garantía registral de la percepción por los legitimarios del metálico que les pueda corresponder, tal vez debería venir a través de la anotación preventiva del legado de cantidad, prevista por el artículo 42.7.º y artículos 48 a 58 y 87, todos de la Ley Hipotecaria, y 166.6.ª de su Reglamento.

También, el artículo 844 C.c. establece que el legitimario, cuya porción hereditaria se pague en metálico, tiene “las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad”. No obstante, el artículo 80.2 RH, sin excluir la anotación, prevé otra forma de garantía registral para tales legitimarios. En Cataluña, prevé la anotación preventiva del legado para el legitimario, el artículo 366 del Código de Sucesiones.

(Y ello sin perjuicio de reconocer los inconvenientes de dicha anotación. Como hace notar ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en el legado de cantidad el legatario tiene derecho a pedir anotación preventiva de su valor “sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros” y, por tanto, aunque hayan sido enajenados por el heredero, art. 48 LH, pero en el plazo de ciento ochenta días contados a partir de la muerte del testador, pues en otro caso sólo pueden pedir anotación sobre los bienes inmuebles que subsistan en poder del heredero, arts. 48 y 52 de dicha Ley. Se deduce, por tanto, que la primera posibilidad, la más interesante a efectos de garantía, pues implica una reserva de rango registral, está sujeta a un plazo muy breve, por lo que, muchas veces, la práctica de la anotación no podrá tener lugar).

C) La preterición no intencional total.

En el C.c. cuando la preterición no intencional de hijos o descendientes es total, “se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial”.

Por consiguiente se abrirá la sucesión intestada, de forma que el preterido o preteridos percibirán su legítima embebida en esta sucesión. El testamento, sin embargo, no es nulo y se mantiene el contenido no patrimonial del mismo, como nombramiento de albacea o contador-partidor, disposiciones sobre incineración, entierro, donación de órganos, etc. En cuanto al reconocimiento de hijos no matrimoniales o nombramiento de tutor, estima DE LA CÁMARA que, como esta clase de disposiciones implican que el testador sabe que tiene, al menos, el hijo al que reconoce o al que nombra tutor, tales previsiones se apartan del supuesto de preterición errónea total y en el caso de que no se haya dejado nada a dicho hijo, éste deberá considerarse intencionalmente preterido.

En la Compilación, la preterición no intencional total provocaba la delación abintestato de todo el caudal (art. 122).

El artículo 193.2 LS, por su parte, señala que: “Cuando todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido preteridos no intencionalmente y no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación abintestato de todo el caudal relicto”.

A la vista del precepto caben dos posibilidades:

— Que haya sido designado heredero o legatario algún otro descendiente (descendiente que no puede ser de grado preferente pues entonces la preterición errónea no sería total), en cuyo caso los efectos serán los mismos que los previstos para el supuesto de preterición errónea singular, reduciéndose la participación del descendiente heredero o legatario.

El precepto parece estar inspirado en el artículo 46 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, que, después de señalar que la preterición *no intencional confiere al preterido acción para reclamar la anulación del testamento*, exceptúa, y sólo concede al preterido el derecho a exigir su legítima, entre otros casos, el supuesto de que el testador haya instituido únicos herederos a sus hijos, descendientes o cónyuge. En términos análogos, aunque con ciertas matizaciones, se manifiesta, para Cataluña, el artículo 367 del Código de Sucesiones por causa de muerte.

La razón de la solución legal, tal vez, se basa en una interpretación voluntarista del acto de última voluntad, ya que la actitud del disponente ha de examinarse a partir de la preeminencia del principio de buena fe, básico en el Derecho civil, pues normalmente el abuelo que elige a un nieto, desconociendo la existencia de su hijo, lo efectúa precisamente para elegirlo y no para excluir a los no elegidos, es decir, una actitud positiva y dinámica, no negativa.

— Que no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, en cuyo caso se produce la delación abintestato —el precepto debería haber dicho delación legal, pues conforme al artículo 201 LS en

defecto de sucesión ordenada por pacto o testamento se abre la sucesión legal— de todo el caudal relicto. Por tanto:

1) La delación es de todo “el caudal relicto”, sin incluir el *donatum*, como resulta de la naturaleza de la sucesión intestada, sin perjuicio, como luego veremos, del posible ejercicio de la acción de reducción de liberalidades.

2) Se produce la nulidad de la disposición.

3) Puesto que, caso de preterición errónea total, el preterido o preteridos tienen derecho a la totalidad de la herencia, no puede hablarse de sanación por acuerdo entre los afectados, por lo que no es de aplicación, en Aragón, la doctrina antes referida, mantenida por el TS y por la DGRN, de que no es necesario proceder a la apertura formal de la sucesión intestada ni obtener la declaración consiguiente, si todos los instituidos, de común acuerdo con el preterido o preteridos, formalizan las operaciones particionales y los primeros reconocen a los segundos la porción de herencia que les hubiera correspondido de haber fallecido el causante intestado.

4) En este supuesto, la protección registral del preterido o preteridos, frente a posibles enajenaciones de los bienes hereditarios, verificadas por los instituidos en favor de terceros de buena fe, si podrá tener lugar a través de la anotación de demanda, pues, según la DGRN, cabe dicha anotación, aunque se ejerciten acciones personales, siempre que, de prosperar la demanda, se produzca una mutación jurídico real inmobiliaria, es decir, una alteración de la situación jurídica que el Registro publica.

Dos precisiones finales en materia de preterición errónea, singular o total:

— Conforme al artículo 193.3 LS, “el preterido no intencionalmente tendrá, además, el derecho que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma”. Este derecho corresponderá al preterido, salvo que la voluntad del disponente sea otra (art. 179.2 LS), pudiendo darse por reproducido lo antes expuesto, al tratar del ejercicio de la acción de reducción de liberalidades inoficiosas por el preterido intencionalmente.

— El artículo 199 LS dispone que “si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos pero no han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional”.

Este precepto regula las consecuencias que se producen cuando el disponente funda la desheredación o exclusión en causas o motivos erróneos.

Hace notar JOAQUÍN CERECEDA, en su comentario a dicho precepto,

que “si esa causa o motivo erróneos han sido determinantes de la desheredación o exclusión, este artículo 199 rectifica la voluntad errónea del disponente y la sustituye por otra que presumiblemente la habría manifestado si hubiera conocido la verdad de los hechos, y en el mismo sentido que lo ha dispuesto para otro caso de error: en el de la existencia desconocida de otros legitimarios de grado preferente, y que constituye la preterición no intencional, regulada en el artículo 193”.

VIII. La acción de preterición

La preterición no obra o actúa *de iure* o automáticamente, de modo que los tribunales no pueden declararla de oficio, sino que debe instarse por los legitimarios preteridos, ejercitando la correspondiente acción.

La legitimación activa corresponderá al legitimario omitido y a sus herederos. No parece correcta la tesis de VALLET en el sentido de que se trata de una acción personalísima no enajenable ni transmisible, salvo en ciertos supuestos, a los herederos.

La legitimación pasiva corresponderá, según los casos, a los legitimarios que deben soportar la reducción o a sus causahabientes, caso de preterición errónea singular, o a los herederos instituidos o a sus causahabientes cuando proceda la delación abintestato de todo el caudal.

En el Derecho común, la doctrina no es unánime en cuanto a la naturaleza y plazo de prescripción de la acción, cuestiones no resueltas expresamente por el Código civil. Se han sostenido hasta tres posiciones:

— Los que estiman que la acción es rescisoria (VALLET) y aplican el plazo de caducidad de cuatro años propio de las acciones rescisorias.

— Quienes sostienen (LACRUZ, DE LA CÁMARA) que el plazo de prescripción es el de quince años establecido por el artículo 1.964 C.c., de acuerdo con el criterio seguido por el TS para las acciones dirigidas a obtener la nulidad del testamento.

— Finalmente, BOLÁS estima que la acción de preterición intencional tiene naturaleza rescisoria y está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años; mientras que la acción de preterición errónea es una acción de nulidad, sujeta al plazo de prescripción de quince años.

La Compilación no estableció nada en cuanto al plazo de prescripción de la acción de preterición.

La LS (art. 178), bajo el título “prescripción de acciones”, señala: “1. Las acciones reguladas en este Título prescriben en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad”.

Algunos comentarios en relación con dicho precepto:

1) En la duda sobre la naturaleza jurídica de la acción, el legislador no ha querido pronunciarse, de modo que, inspirado en el artículo 378.2 del Código de Sucesiones de Cataluña, establece un plazo especial de prescripción de cinco años, frente al plazo de quince años establecido por el artículo 111 LS, para los supuestos de nulidad del testamento basada en lo dispuesto en el artículo 108.1.b) LS, y frente al plazo de cuatro años establecido por el artículo 112 LS, para los supuestos de anulabilidad del testamento.

Posiblemente el legislador haya entendido, al igual que hacen ROCA TRÍAS y ESPIAU para el derecho catalán, que el testamento afectado de preterición errónea no es un testamento inicialmente nulo, sino un testamento válido, susceptible de ser impugnado por los legitimarios preteridos, a través de una acción de impugnación y no de nulidad propiamente dicha. Además, la circunstancia que provoca la “nulidad” es posterior al otorgamiento e, incluso, puede ser posterior a la muerte del causante.

2) Aunque pudiera pensarse que el plazo es de caducidad, como señala expresamente el artículo 46 de la Compilación de Baleares, y no de prescripción, el texto es terminante al hablar de prescripción, y es de suponer que el legislador sabe lo que dice en un texto legal moderno y en un momento en que la distinción entre caducidad y prescripción (la caducidad, a diferencia de la prescripción, no es susceptible de interrupción y es apreciable de oficio por el juez) está sólidamente asentada en la doctrina y en la jurisprudencia.

3) El *dies a quo* para el cómputo del plazo es el día del fallecimiento del causante o el de la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad. Existiendo fiducia sucesoria, por tanto, el plazo empezará a contar desde la ejecución de la fiducia o desde su extinción, que es el momento, como hemos visto, en que se produce la delación de la herencia (art. 133.1 LS). No obstante, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de preterición, existiendo fiducia, puede plantear algunos problemas. En mi opinión hay que distinguir:

— Ejecución de la fiducia por vía de testamento. En este caso el cómputo del plazo habrá de iniciarse el día del fallecimiento del fiduciario, que es el momento en el que se habrá producido la delación de la herencia del disponente y ésta se encontrará en la situación de poder ser aceptada o repudiada. En este caso existe un hecho cierto, el fallecimiento del fiduciario, hecho que, una vez acreditado, permitirá al preterido obtener copia, para lo que indudablemente tiene interés legítimo, del testamento otorgado por el fiduciario y comprobar, en consecuencia, si éste ha subsanado o no, la preterición cometida por el comitente.

— Ejecución total de la fiducia por vía de escritura pública. En este

caso el plazo debería empezar a contar desde el otorgamiento de dicha escritura, momento en que se habrá producido la delación de la herencia del comitente.

Sin embargo, en este supuesto, hay que tener en cuenta que, si el preterido no ha sido mencionado en dicha escritura, el otorgamiento de la misma, entre el fiduciario y el asignatario o asignatarios, ha podido ser ocultado, sin que, además, dicha escritura, cuando tenga por objeto bienes inmuebles, haya sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. En este caso, si el plazo hubiera de empezar a contarse, necesariamente desde dicho otorgamiento, la pretensión del preterido podría devenir ilusoria.

A estos efectos hay que señalar que, en sede de acción revocatoria o pauliana, la doctrina y jurisprudencia tradicionales han venido señalando, al amparo de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, que el *dies a quo*, para el cómputo del plazo, es el de la consumación de la enajenación fraudulenta, con independencia del conocimiento efectivo respecto de tal acto, por el acreedor perjudicado por él. Sin embargo, advertidas las injusticias a que puede conducir el criterio de la fecha de la enajenación fraudulenta, como determinante del *dies a quo* para el cómputo del plazo, el TS, en sentencias de 16 de febrero de 1993, 4 de septiembre de 1995 y 1 de diciembre de 1997 y el TSJ de Cataluña, en sentencia de 30 de enero de 1992, han señalado el criterio, criterio compartido a nivel doctrinal, entre otros, por JORDANO FRAGA, de que el *dies a quo* debe ser aquél en que el acreedor conoce el acto perjudicial del deudor, cuando el acto fraudulento se oculta o, en todo caso, desde que pudo/debió diligentemente conocerlo, fecha esta última que, tratándose de inmuebles, será la de inscripción del acto fraudulento en el Registro de la Propiedad.

Aplicando esta tesis a nuestro supuesto, una interpretación correctora del precepto que estamos examinando conduciría a entender que, caso de ejecución total de la fiducia por acto *inter vivos*, el *dies a quo*, para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de preterición, sería el día en que el preterido conoció la escritura en que no se le mencionaba, caso de ocultación del otorgamiento de la misma, o, en todo caso, el de la fecha de inscripción de dicha escritura, si tuviera por objeto bienes inmuebles, en el Registro de la Propiedad.

Similares problemas pueden surgir cuando el reconocimiento del hijo extramatrimonial, no mencionado, tiene lugar transcurridos cinco años desde el fallecimiento del causante, momento en el que dicho hijo ya no podrá ejercitar la acción de preterición.

No obstante, reconozco que la interpretación correctora que preconizo presenta el escollo de lo dispuesto en el artículo 1969 C.c., a cuyo

tenor: “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”, y, en nuestro caso, la LS sí que determina otra cosa, posiblemente porque, de no haber señalado el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo, la inseguridad jurídica habría sido aún mayor.

— Ejecución parcial de la fiducia por acto *inter vivos*. El día inicial del cómputo será el del otorgamiento de la escritura con la que se ejecute, en su totalidad, la fiducia, pudiendo ser de aplicación lo antes señalado para el caso de ocultación. Si el fiduciario hubiera fallecido sin haber ejecutado totalmente la fiducia por acto *inter vivos*, el *dies a quo* sería el del fallecimiento del fiduciario.

Finalmente, el apartado 2 del artículo 178 dispone que “si el legitimado para el ejercicio de estas acciones fuera menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve”. Este apartado parece inspirado en el artículo 1.299.2 C.c. que, en sede de acción revocatoria o pauliana, dispone que “para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos”. Por tanto, como en Aragón, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Compilación, el menor de edad, cumplidos los catorce años puede, con la asistencia prevista en dicho precepto, celebrar toda clase de actos y contratos, parece oportuno que, para él, el plazo de cinco años empiece a contar a partir de que haya cumplido los catorce años.

Nada más, espero no haber resultado excesivamente soporífero y que, en el futuro, los tribunales y la doctrina vayan resolviendo algunas de las dudas que han quedado planteadas.

IX. Bibliografía consultada

- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993”, *RCDI*, número 622, pp. 1253 y ss.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, pp. 181 y ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo, MARTÍNEZ LASIERRA, Ignacio, y GIL NOGUERAS, Luis A.: “Las Legítimas en Aragón”, Ponencia presentada en los Terceros Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 49 y ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, y GARCÍA ALMAZOR, José: “La sustitución legal en Aragón (El artículo 141 de la Com-

- pilación)", Ponencia presentada en los Quintos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 161 y ss.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *Compendio de Derecho Sucesorio*, pp. 183 y ss.
- CERECEDA MARQUÍNEZ, Joaquín: "Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil", Comentarios al Título VI, De la legítima. *Revista de Derecho civil Aragonés*, V, 1999, número 1, pp. 111 y ss.
- Comentarios, todavía inéditos, al Título VI de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón.
- "Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte". *Revista de Derecho civil Aragonés*, IV, 1998, números 1-2, pp. 251 y ss.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", comentario a los artículos 119 y 120 de la Compilación de Aragón, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XXXIV, volumen 2.º, pp. 3 y ss.
- JORDANO FRAGA, Francisco: "El dies a quo para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)", *RCDI*, número 626, pp. 71 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de Sucesiones*, pp. 517 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: "Derecho de Sucesiones por causa de muerte. De las legítimas", *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, número 26, pp. 146 y ss.
- LINARES NOCI, Rafael: "La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981", *RCDI*, número 588, pp. 1.491 y ss.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", comentario a los artículos 122 a 126 de la Compilación de Aragón, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XXXIV, volumen 2.º, pp. 32 y ss.
- "La fiducia sucesoria en Aragón". Colección *El justicia de Aragón*.
- "Comentarios críticos a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón", *Lunes cuatro treinta*, número 257, pp. 22 y ss.
- NAVARRO VIÑUALES, José María, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y BATALLA CARILLA, José Luis: "Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria", Ponencia presentada en los Cuartos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 85 y ss.
- REY PORTOLÉS, Juan Manuel: "Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio", *RCDI*, número 549, pp. 289 y ss.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, pp. 625 y ss.
- RODRÍGUEZ BOIX, Francisco: "Limitaciones a la libertad de disponer *mortis causa* en el Derecho Navarro", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, número 214, pp. 721 y ss.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio, y MOLPECE-

- RES OLIETE, Antonio: "La sustitución legal", Ponencia presentada en los Novenos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 87 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", comentario al artículo 814 del Código civil, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XI, pp. 163 y ss.
- ZUBIRI SALINAS, Fernando: "Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón", volumen tercero, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Comentarios a los artículos 110 a 118, De la fiducia sucesoria, pp. 353 y ss.

LAS DIFERENTES INCAPACIDADES: NECESIDAD DE UNA DIFERENTE REGULACIÓN LEGAL (*)

JOSÉ M.^a SEGURA ZURBANO

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **A.** Crisis en cuanto a su aceptación social. **B.** Crisis en cuanto a su regulación legal. **C.** Esquema de la exposición. **II.** LA TUTELA DE LOS MENORES QUE LLEGARÁN A SER CAPACES. **III.** LA TUTELA DE INCAPACES *NUNC ET SEMPER*. **IV.** LA TUTELA DE LOS CAPACES QUE PUEDEN LLEGAR A SER INCAPACES. **A.** Posibles reformas legales deseables. **B.** Posibilidades de actuación con la legislación actual. **1.** *La posibilidad hoy de la autotutela.* **2.** *La posibilidad de poderes preventivos de la incapacidad.* **3.** *El recurso a la sociedad.*

(*) Conferencia pronunciada en la Fundación HURKOA el día 5 de octubre de 2000.

I. Introducción

Este pequeño trabajo, como no puede ser menos, tiene un enfoque jurídico de la institución tutelar; pero tanto por mi condición de jurista práctico, más en contacto con quienes sufren el problema de la incapacidad, como por el haber estado presente desde su nacimiento en la **Fundación HURKOA** (1), que hoy nos convoca, pretendo basar mis reflexiones en criterios de orden sociológico, sin más preparación para ello que la de mi experiencia.

Y la primera constatación que quiero hacer es que hoy, la institución de la tutela se encuentra en una situación de crisis. Sin embargo, a diferencia de la crisis en que casi siempre estuvo, ahora se trata de una crisis de crecimiento, de maduración. Esta crisis actual la detecto en un doble ámbito: crisis en cuanto a su aceptación social y, tal vez pero no necesariamente consecuencia de la anterior, crisis en cuanto a su regulación legal.

A. Crisis en cuanto a su aceptación social.

Como dice MARTÍNEZ DÍE (2), un ejemplo paradigmático de la “desacomodación entre la realidad fáctica y la normativa lo constituye el de la tutela jurídica de quienes carecen de aptitud para su autogobierno”. El hecho de haberse configurado todo el trámite de la incapacitación como un proceso contencioso e inquisitorio, sigue diciendo el mismo autor (3), hace que “los parientes llamados a promover la incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se ven y seguirán viéndose abocados a dirigir una demanda **contra** su familiar y a seguir un proceso **contencioso y contradictorio**, que tiene por objeto **restringir** la capacidad de obrar del demandado”, características que “contribuyen poderosamente a que el proceso de incapacitación sea considerado como vejatorio, y explica la dificultad de convencer de lo contrario”. En definitiva, como remacha PRADA GUAITA (4), en la práctica “la tutela sólo se constituye (...) cuando ha de realizarse alguno de los actos que el Código civil somete a

(1) La “Fundación Hurkoa”, cuyo fin es la tutela de ancianos o cualesquiera otras personas que, siendo incapaces, no tengan otros vínculos familiares o institucionales que puedan ocuparse de la defensa de sus derechos, se constituyó en San Sebastián, el 20 de noviembre de 1990.

(2) “Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, Revista *La Notaría*, febrero de 2000, p. 19.

(3) Loc. cit., p. 23.

(4) “Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial”, *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, año 1995, pp. 196 y 197.

autorización judicial”, y mientras no surge tal necesidad “la atención y el cuidado del incapaz se siguen realizando por los padres y, faltando éstos, por los hermanos e incluso por los propios hijos del incapaz en los supuestos de demencias seniles, y estos parientes actúan en la práctica como una especie de Consejo de Familia de hecho, pero sin el amparo que a su actuación otorgaba el régimen anterior”.

En todo caso, según la **Encuesta sobre Discapacidad** realizada en 1986, y retocada en 1988, por el **Consejo Económico y Social**, se puede estimar que en España existen 800.000 personas discapaces, necesitadas de tutela según los baremos de la OMS, de los que al parecer no están incapacitados ni siquiera el quince por ciento.

Tan patente es este rechazo sociológico a la incapacitación de una persona, que está ocurriendo lo siguiente: según el **artículo 203** del Código civil, “las autoridades y funcionarios públicos, que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”, deber que según DÍEZ-PICAZO (5) “es de carácter público, del que puede resultar responsabilidad cuando se incumple de manera dolosa o de manera negligente”. Pues bien:

— Cuando la Administración, en el ámbito de la Seguridad Social, “no sólo conoce sino que reconoce y determina el grado de la invalidez que afecta a las personas que pretenden obtener la condición de beneficiarios” (6), no acostumbra a trasladar tales datos al Ministerio Fiscal.

— Cuando un tribunal, en el orden penal o en el orden laboral o social, aprecia la eximente o declara la incapacidad permanente, ¿extrae las consecuencias civiles previstas en el artículo 203 citado?

— Cuando un notario, requerido para autorizar un documento, sea un testamento, sea un poder, o sea de otro contenido cualquiera, deniega su intervención por considerar que el previsto otorgante no es capaz, ¿lo comunica al Ministerio Fiscal?

B. Crisis en cuanto a su regulación legal.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformadora del Código civil en materia de tutela, se caracteriza por **algunas notas que conviene resaltar**:

1.^a Parte de la desconfianza hacia la familia, tal vez porque el anterior sistema de “**tutela familiar**” había entrado en crisis: como hoy, la familia sólo se preocupaba de constituir la tutela... cuando hacía falta, más por interés de la propia familia que por interés del incapaz. Y pasa

(5) *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, 1986, p. 186.

(6) MARTÍNEZ DÍE, loc. cit., p. 20.

de forma radical a la “**tutela judicial**”, pensando que el juez defenderá al incapaz mejor que su familia. Así, la Senadora SAUQUILLO PÉREZ DEL ARCO, señaló en el debate parlamentario, que aunque muchos creyesen que es difícil el control y vigilancia judicial en relación a la tutela conociendo lo saturados que están los Tribunales de Justicia, esto “no puede ser obstáculo que nos impida crear una nueva Ley que signifique el control absoluto del organismo judicial con respecto a la tutela” (7). Y añadía el Senador PORTABELLA I RAFOLS: “con el Poder judicial tal y como está ahora, esta ley no se puede aplicar..., pero de ninguna manera nos puede hacer dimitir de nuestra obligación de legisladores, de nuestra obligación de hacer leyes perdurables y con proyección de futuro” (8).

Como comenta MARTÍNEZ SANCHIZ (9), “pareciera que nuestros legisladores, deseosos de parangonar nuestro derecho tutelar con el francés (Ley de 14 de diciembre de 1964) y con el Código civil italiano, han acabado dictando una Ley para el futuro, a lomos de profecías, desconectada de la realidad española”.

2.^a Intenta resolver la situación de un grupo de incapaces, con asociaciones familiares bien organizadas y con posibilidades de presión política. DíEZ-PICAZO (10) nos dice cómo “la reforma de la tutela ha aparecido en el horizonte movida por razones distintas, cuya raíz última se encuentra en la situación de las personas que eufemísticamente se han llamado subnormales o minusválidas”. Precisamente por ello olvida un colectivo hasta ahora no organizado, como es el de las personas mayores que, habiendo sido capaces toda su vida, llegan a ser incapaces por diversos motivos y enfermedades. Tal vez el olvido se basó, como cuenta MARTÍNEZ DÍE (11), en el falso planteamiento del diputado PÉREZ ROYO al defender la enmienda presentada por su partido de entonces, el Partido Comunista, confundiendo **incapacitación y tutela** y promoviendo la posibilidad de que el mismo presunto incapaz pudiera promover su propia incapacidad y articular su propio sistema tutelar: “al quedar conectadas en la enmienda la auto-solicitud de incapacidad y la autotutela, el rechazo de aquélla ocasionó el de ésta, aunque ni siquiera se llegó a debatir sobre el particular”. En definitiva, como dice PUIG BRUTAU (12),

(7) Citado por VENTOSO, *La reforma de la Tutela*, Madrid, 1985, p. 17, nota 20.

(8) Íd.

(9) “Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia”, ponencia en el XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal, 1986, publicación del Consejo General del Notariado, p. 152.

(10) *Familia y Derecho: Las líneas de inspiración de la Reforma del Código Civil en materia de Tutela*, p. 251.

(11) *Op. cit.*, p. 25.

(12) *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 1970, p. 367.

el sometimiento “a una misma institución de incapacidades tan distintas como las de los menores, dementes, sordomudos, pródigos o interdictados” (esta última hoy abolida), da lugar a una confusa variedad de instituciones pupilares de difícil sistematización.

3.^a Y la evidencia de tal crisis de su regulación legal se plasma definitivamente:

a) En los innumerables trabajos recientemente aparecidos sobre el tema, siendo de destacar las ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación celebrado en Barcelona en el año 1998 (13).

b) En el **informe de la ponencia especial**, constituida en el seno de la **Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales del Senado español**, aprobado por acuerdo del Pleno del Senado en sesión de 2 de diciembre de 1999 (14), entre cuyas conclusiones, sin tocar a los colectivos de los mencionados “subnormales o minusválidos”, urge:

— 35) Garantizar el derecho a una asistencia sociosanitaria correcta, estableciendo los planes de actuación precisos, dotándolos de suficiencia económica y formando adecuadamente a los profesionales que deban prestarla.

— 36) Ayudar a las familias que deban atender a este tipo de enfermos con las medidas informativas, formativas y económico-sociales necesarias.

— 37) Proceder a una revisión del procedimiento de declaración de incapacidad para este tipo de personas, en el sentido de mejorar la protección del mismo, valorándose la creación de la figura del tutor.

— 38) Promover la creación de fundaciones de carácter público, que velen por los derechos de las personas mayores con incapacidad, que no tienen oportunidad de designar un tutor.

— 39) Reformar la legislación vigente en aquellos principios que puedan abrir puertas a interpretaciones jurídicas que pudieran limitar los derechos de los mayores en referencia a los casos de internamiento por razón de trastorno psíquico.

— 40) Proteger los derechos fundamentales de los mayores internos en centros de carácter psiquiátrico mediante normativas adecuadas.

c) En las **recomendaciones del Defensor del Pueblo**, en el año 2000 (15), y especialmente al Ministerio de Justicia, que dicen así:

“**Primera.** Que se valore la oportunidad y conveniencia de elaborar los correspondientes proyectos legislativos para regular de manera armó-

(13) Publicados por la Diputación de Barcelona, octubre de 1999.

(14) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, 17 de diciembre de 1999, n.º 805.

(15) “Informes, Estudios y Documentos”, oficina del Defensor del Pueblo, Madrid, 2000, p. 21.

nica, en el marco de la legislación civil, todos los aspectos que atañen a las personas mayores, como son los internamientos involuntarios en centros geriátricos, los derechos de las personas internadas en los mismos y su limitación cuando ésta sea precisa para proteger su vida, salud o integridad física, o las de terceras personas.

Asimismo, que se considere la conveniencia de regular expresamente la posibilidad de que, antes de la declaración de incapacidad, la persona interesada pueda preconstituir el régimen de tutela que le debe ser aplicado en caso de ser declarado incapaz, tomando para ello el precedente establecido por la legislación civil de Cataluña.

Segunda. Que se estudie la posible modificación de la legislación penal al objeto de dar una mayor protección a las personas mayores dependientes cuando son víctimas de hechos delictivos, en especial a través de la consideración que debe darse a la vejez en el marco de la regulación de la agravación de la responsabilidad penal”.

d) Y, desde la atalaya de su quehacer diario, **el notariado**, que había organizado un Seminario sobre “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales” en el verano de 1999 en la **Universidad Internacional Menéndez Pelayo** (16), propuso en su **Simposio** celebrado en el año 2000 en Sevilla: “una mayor desjudicialización y flexibilización del funcionamiento de la tutela y un desplazamiento del control judicial al ámbito familiar”.

C. Esquema de la exposición.

Dicho cuanto antecede, procede entrar sin más dilaciones en el tema concreto de mi exposición. Pero dicho lo dicho, creo que he abierto el camino para tratar separadamente:

— Por una parte de **tres clases de tutela por razón del tutelado**: la de los menores, hoy incapaces, pero que van a llegar a ser plenamente capaces; la de los menores que siendo incapaces en cuanto tales, nunca van a llegar a ser capaces; y la de los capaces, mayores de edad, que pueden llegar a ser incapaces.

— Y por otra parte, en cada grupo, **intentaré resaltar, junto a reformas legales previsibles, la posibilidad de arreglar muchos de los problemas existentes** mediante un ejercicio sensato de lo que llamamos “**autonomía de la voluntad**” o “**autocomposición de intereses**”, ejercicio que, en manos del notariado, bien puede convertirse en otra fuente creadora del Derecho por el camino del uso social.

(16) Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

Además, creo que ha quedado fundamentado con lo dicho, máxime convocándonos la **Fundación HURKOA**, dedicada a la tutela de los mayores, el que dedique menos espacio a los dos primeros colectivos de incapaces y destine el grueso de mi tiempo al problema de la tutela de estos mayores que llegan a ser incapaces.

II. La tutela de los menores que llegarán a ser capaces

Lo normal en este colectivo es que no exista tutela, sino patria potestad, ya que lo normal es que durante la minoría de edad existan los padres o al menos uno de ellos. Pero si llegase a ser necesario el nombrarles un tutor, no hay que olvidar que aquí, como dice MARTÍNEZ SANCHIZ (17), “las funciones tutelares, en su relación con la patria potestad, actúan siempre como suplentes, con unas características diferenciales que no deben ser desconocidas, por cuanto propenden a la implantación de un órgano artificial que salve la situación de necesidad, a falta del propiamente natural”. Al menos, con ENCARNA ROCA (18), cabe decir que “las diferencias entre ambas instituciones deben centrarse en dos aspectos esenciales: la forma de acceder al cargo de tutor, por naturaleza absolutamente distinta de la adquisición de la titularidad en la patria potestad, y el sistema del control del Estado en la tutela y de la actuación del tutor en particular”, añadiendo que “fuera de estas cuestiones, puede afirmarse que la patria potestad proporciona, por lo menos, el modelo de estructuración de la tutela”.

Aparte de estas observaciones de carácter general, quisiera hacer hincapié en dos diferentes aspectos:

A. Primero en el ámbito patrimonial: es sabido que los padres, conforme al **artículo 223** del Código civil, pueden nombrar tutor para sus hijos en testamento, cualquiera que sea su forma, o documento público notarial, pudiendo además “establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”. Tal disposición plantea, como dice MARTÍNEZ SANCHIZ (19), el problema de mayor interés práctico, que “estriba en saber en qué medida podrán (los padres) limitar la intervención judicial”. Porque el artículo 232 del mismo Código dice que “la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal”.

(17) Loc. cit., p. 153.

(18) *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, 1986, p. 227.

(19) Loc. cit., p. 179.

Para una mejor visualización de la cuestión voy a situarla en un caso concreto: fallecen los padres y dejan como única herencia el piso donde vivían, nombrando tutor de su hijo menor de edad a una persona de su confianza: ¿podrán otorgarle facultades para que pueda vender tal piso, si lo cree conveniente (como es el caso de que se lleve a vivir al menor a su propia casa) sin necesitar de la autorización judicial que exige el artículo 271,2.º? Es más, ¿será necesaria para la venta judicialmente autorizada, esa subasta pública de que habla el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? Incluso para situar el problema en toda su globalidad: si es sólo uno de los padres el que fallece, continuando el otro con la patria potestad, o si es un abuelo u otra persona el que deja bienes a un menor sujeto a patria potestad, éste, el causante o donante, conforme al **artículo 227** del Código civil, “podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla”. ¿Podrán eximir de la autorización judicial citada? Y quien habla de venta, habla de cualesquiera otros actos de tipo patrimonial.

Parece que, en principio (20), quien puede lo más, que es “no dar”, puede lo menos que es “modalizar lo donado, u organizar su administración”. Esto lleva a decir a GARCÍA CANTERO (21) que el mandato del **artículo 232** “no es rigurosamente imperativo”. En cambio la DG de los Registros y del Notariado, en una Resolución de 1 de abril de 1993, aunque no pudo entrar en el problema porque no le fue planteado, se inclina, en un *obiter dictum*, por exigir, aun en estos casos, la autorización judicial.

Entiendo que la solución adecuada a esta cuestión es la que da MARTÍNEZ SANCHIZ (22): el padre que nombra al tutor, o el testador o donante que deja bienes al menor, no se encuentran en situación de reducir los casos que enumera el Código civil en su **artículo 271** para los que el tutor o administrador de los bienes del incapaz necesita autorización, pero “podrán cambiar el órgano que deba otorgarlos”. Y es que el hecho de que sea la autoridad judicial la prevista en el Código civil no es una cuestión de “orden público”, como demuestra el que otras legislaciones también españolas, como el Derecho aragonés y el catalán, así lo consienten. Es decir, podrá señalar las personas, diferentes del tutor o administrador, que deben conceder las autorizaciones a que se refiere el **artículo 271** del Código civil: los abuelos, los hermanos, “los parientes más próximos”, o una Fundación de tipo tutelar, **HURKOA** por ejemplo. Y tales disposiciones sustitutorias del órgano de autorización, pueden afectar incluso a

(20) PRADA GUAITA, loc. cit., p. 213.

(21) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 26, p. 417.

(22) Loc. cit., p. 187.

la legítima del hijo, ya que tales disposiciones no suponen ningún gravamen legítimo.

B. Y segundo en el ámbito personal: hace unos días leíamos en la prensa cómo desbarbaba un cardenal italiano, Giacomo Biffi, arzobispo de Bolonia, pidiendo que en Italia se autorizase únicamente la inmigración de cristianos, para que no se perdiera la esencia italiana. Pero ahora yo me pregunto, y os pregunto si desbarro: cuando el **artículo 223** del Código civil otorga potestad a los padres para instruir al tutor designado, estableciendo disposiciones sobre la persona de su hijo, ¿podrá disponer que se le eduque en un determinado ambiente religioso? Por mi parte entiendo que sí, y que incluso podrá establecer las personas que, integradas en el organismo tutelar, se ocupen en exclusiva de la educación del menor, así como que éstas se vean obligadas a realizar una determinada orientación educacional, incluido el ámbito religioso, siempre preservando la libertad que el menor deberá tener, como la tendría frente a sus propios padres si éstos viviesen. En este ámbito entiendo que no puede extenderse la necesidad de autorización judicial para el internamiento en un establecimiento “de educación o formación especial”, a que se refiere el **artículo 271,1.º**, del Código civil, que luego veremos, salvo que se trate de un problema de sectas.

III. La tutela de incapaces *nunc et semper*

Comenzaré por decir que para este colectivo, **incapaces de nacimiento que nunca van a ser capaces**, vale cuanto se ha dicho, en el **ámbito patrimonial**, para el colectivo anterior, aunque con una precisión: se trata de incapaces respecto de los cuales, generalmente, no va a existir una tutela, al menos hasta muy cerca del final de sus días, sino una prórroga de la patria potestad; y que generalmente no van a tener bienes hasta que fallezca alguno de sus padres, salvo donaciones o legados de otros terceros. Pues bien, así como los mencionados terceros, conforme al **artículo 164,1**, del Código civil, pueden nombrar administradores de lo donado o legado a los mismos padres, organizando en la forma vista el sistema de autorizaciones para los actos previstos en los **artículos 271 y 272** del Código civil por otra vía que la judicial, también el padre o madre que fallezca podrá establecer tal sistema *sui generis* de autorizaciones, aunque continúe la patria potestad en el otro cónyuge, al amparo de lo dispuesto en el **artículo 227** y en el citado **164,1**, ambos del Código civil.

Sin embargo, en este colectivo es especialmente importante lo dispuesto en el **artículo 271, n.º 1.º**: “El tutor nece-

sita autorización judicial: 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial”. Tal precepto es desarrollado por el **artículo 211** del mismo Código, que dice así:

“El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Ésta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el **artículo 269,4.º**, el juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento”.

La redacción de este artículo proviene de la Ley de Protección del Menor, Ley 1/1996, de 15 de enero, que modifica la redacción anterior de 1983, al cambiar el “internamiento de un presunto incapaz”, por el “internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”, y añadiendo “aunque esté sometida a la patria potestad”. Los problemas que tal norma está creando en las familias normales, y en Guipúzcoa “AGIFES” es testigo de primera mano, me hacen transcribir el comentario del fiscal Fabregas Ruiz sobre la Ley 13/1983 y su posterior reforma por la Ley Orgánica de Protección al Menor que da la redacción transcrita (23): “Late en la misma una clara desconfianza hacia los padres, como si lo normal fuese el ejercicio incorrecto de su deber y no el correcto, sometiéndolos al control de los poderes públicos, que al parecer merecen mayor confianza, lo que para GULLÓN es más propio de un Estado Totalitario”.

Aunque me acabe metiendo en el colectivo de incapaces siguiente, en relación con este **artículo 211** del Código civil, modificado en 1981, 1983 y 1996, cabe decir, además de lo dicho en cuanto a hijos sujetos a la patria potestad:

(23) Citado por LEÑA FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 165.

1. **Con el informe repetido del Senado**, en cuanto a las personas mayores (24): que “en la práctica se omite la solicitud de la previa autorización judicial no sólo en los casos que afectan a personas de la tercera edad afectadas por enfermedades mentales sino también a personas incapacitadas”.

2. **Y con el informe de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología** sobre “La atención sociosanitaria a las personas mayores en España”, anejo a las recomendaciones del Defensor del Pueblo en el año 2000, también citado (25), que “la reciente reforma sobrevenida como consecuencia de la Ley del Menor ha sido realmente perjudicial para el colectivo de personas mayores”, insistiendo “en una nueva (!) revisión del texto que tenga en mente los problemas del mayor, y las presiones que sobre ellas se ejercen en relación con su ingreso en una residencia para personas mayores”. Y concluye: “no son pocos los que entienden que el desarrollo adecuado del **artículo 211** hubiere requerido una ley específica que contemplara los distintos tipos de internamientos y los diferentes colectivos de personas a los que se dirige”.

IV. La tutela de los capaces que pueden llegar a ser incapaces

Este grupo se caracteriza por **dos notas fundamentales**:

1.^a Que su **incapacidad no se produce**, habitualmente, salvo casos traumáticos, **en un instante**. El menor se convierte en mayor de edad al sonar las doce campanadas del día en que cumple dieciocho años. El mayor capaz va convirtiéndose en incapaz poco a poco, gradualmente.

2.^a Que **han sido capaces alguna vez**, y en tal época de lucidez han podido ejercer su **autonomía de la voluntad**, asentada en su libertad, que la Ley le otorga, previendo incluso lo que quieren que se haga con ellos cuando lleguen momentos, si llegan, de falta de capacidad. Estamos ante un área de actividades que puede encajarse en lo que hoy se llama inapropiadamente, pero con éxito, “testamento vital”.

Estas notas exigen una **constante graduación en el alcance de su capacidad o incapacidad**, así como un **constante respeto a su voluntad**, tanto presente como previamente expresada. A estos efectos conviene detenerse en la nueva regulación alemana, según Ley de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999.

La **nueva legislación alemana**, que también tiene motivaciones económicas más espúrias (limitar los gastos de los “Lander” al ser retribuido el

(24) Loc. cit., p. 10.

(25) Loc. cit., pp. 27 y 28.

cargo de tutor) (26), suprime la tutela y la curatela sobre personas mayores de edad, y sustituye la incapacitación de los mismos por lo que denomina “**Betreuung**”, palabra de difícil traducción al castellano, pero que viene a significar “**asistencia**”, cuando las personas mayores de edad, por deficiencias psíquicas o incluso de orden meramente físico, no pueden ocuparse de sus propios asuntos. Como dice SANTOS MORÓN (27) “la principal finalidad de la reforma ha sido reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados físicos y psíquicos, garantizar el respeto a sus derechos de la personalidad y en especial el ejercicio de su derecho a la autodeterminación”. Por eso uno de los principios que inspiran esta nueva regulación legal es el denominado “**principio de necesidad**”, por lo que sólo debe imponerse a un sujeto un “**Betreuer**”, un asistente, “cuando sea estrictamente necesario, esto es, cuando no sea posible proteger sus intereses de otro modo”. Y así no entra en juego esta institución de la “asistencia” “cuando el propio individuo, previendo su posible incapacidad, ha otorgado un poder de representación a un tercero para que se ocupe de gestionar sus asuntos”. La misma autora nos recuerda que “en el desempeño de sus funciones el **Betreuer** (asistente) debe actuar en aras del bien del individuo sometido a su cuidado”, bien que “no es concebido sólo como bienestar físico y social sino también como bienestar psíquico”, dándose especial importancia “a la posibilidad del sujeto de tomar sus propias decisiones”.

Con este telón de fondo alemán, quiero hacer las reflexiones que siguen sobre el sistema español, tanto en cuanto a lo que se puede pedir de su reforma, como en cuanto se puede prevenir ya hoy con la legislación actualmente vigente. Y en cuanto a lo que se puede pedir de su reforma, dejo aparte, por haberla ya citado, la del **artículo 211** del Código civil, relativo a internamiento de estas personas, **para contar mucho más con ellas, y según la capacidad de cada uno, no sólo para su ingreso en centros psiquiátricos**, sino también en centros asistenciales, como propone, según vimos, el Defensor del Pueblo. Claro que, se me dirá, donde no hay para escoger, poca libertad puede haber...

A. Posibles reformas legales deseables.

Creo que la primera y fundamental es tomar, donde se dejó, **la posibilidad de regular la autotutela**, distinguiendo si se quiere entre la iniciación de la incapacitación y la regulación de la tutela. Y no hay que ir

(26) GARCÍA-RIPOLL, *Actualidad Civil*, n.º 21, 24 al 30 de mayo de 1999, p. 558.

(27) *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial (Fundación ONCE), Madrid, 2000, pp. 17, 18 y 20.

muy lejos para ello: el **Defensor del Pueblo** en el informe citado proponía al Ministerio de Justicia, y yo lo vuelvo a repetir, “que se considere la conveniencia de regular expresamente la posibilidad de que, antes de la declaración de incapacidad, la persona interesada pueda preconstituir el régimen de tutela que le debe ser aplicado en caso de ser declarado incapaz, tomando para ello el precedente establecido por la legislación civil de Cataluña”. Insistiendo el “**Informe de la Sociedad Española de Geriátría y Gerontología**” también citado (28), que “sería importante que el **artículo 234** del Código civil previera como posible tutor de la persona mayor incapacitada a aquel a quien hubiere designado el incapaz, mediante documento notarial, cuando se encontraba en pleno uso de sus facultades”.

Ciertamente la referencia que hace el Defensor del Pueblo a la legislación catalana es oportuna. El **Código de Familia Catalán**, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, dice en su **artículo 172**:

“1. Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.

2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.”

Además se establece un Registro de Tutelas y Autotutelas, al que dirigirán el oficio correspondiente los notarios que autoricen tales escrituras públicas, indicando el nombre de quien se nombre tutor para sí mismo, pero sin indicar la identidad del o de los designados como tutores, Registro cuya consulta es obligada para el juez antes de proceder a nombrar tutor para un incapaz. Por otra parte, si el Código civil español vigente, después de decir en sus **artículos 271 y 272**, para qué actos el tutor necesita la autorización judicial, añade en su **artículo 223** que los padres que designen al tutor podrán “establecer órganos de fiscalización de la tutela” u “ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”, y reconocer en su artículo 227

(28) Loc. cit., p. 29.

la potestad del que disponga de bienes a título gratuito a favor de estos menores o incapacitados para “establecer las reglas de administración de los mismos”, bien podrían también concretarse tales facultades, para que al menos en el orden económico y dispositivo se dictasen normas de desarrollo:

— Similares a las del citado **Código de Familia catalán**, que prevé la posibilidad de que la autorización judicial sea sustituida por un Consejo de Familia.

— O similares a las de la **Compilación del Derecho Civil de Aragón**, ya desde la Ley 15/1967, de 8 de abril, respetada en esto por la nueva Ley 3/1985, de 21 de mayo, que lisa y llanamente, siguiendo el principio de libertad de su *standum est chartae*, dice en su **artículo 13**:

“1. Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo.

2. En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la **Junta de Parientes** o del Juez de Primera Instancia, cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos”.

Y ya por este camino de las reformas legales deseables, añadiría dos más:

1.º Que, como en el Derecho alemán, **no sólo la incapacidad no sea causa de revocación de los poderes, sino que tampoco lo sea la misma incapacitación**, cuando han sido otorgados teniendo por causa la posibilidad de una incapacidad, y sin perjuicio de lo que se defenderá dentro del Derecho positivo vigente. Es más, que tal incapacitación no sea preceptiva si la persona mayor ya adoptó durante su época de capacidad las medidas adecuadas para la salvaguarda de sus bienes, siendo preceptiva la intervención judicial solamente cuando se trate de actuaciones directamente relacionadas con su libertad, modificando como se dijo lo dispuesto en el **artículo 211** del Código civil. Hay que tener en cuenta que un **Derecho tan intervencionista como el francés** en el ámbito familiar, que por cierto también regula separadamente la tutela de los mayores, en los **artículos 498 y 499** de su Código, modificados por Ley n.º 68-5, de 3 de enero de 1968, dice:

— “No ha lugar a abrir una tutela que debería ser dada al cónyuge, si, por la aplicación del régimen matrimonial, y especialmente por las reglas de los artículos 217 y 219, 1426 y 1429, se ha provisto suficientemente a los intereses de la persona protegida”.

— “Si, a la vista de la importancia de los bienes a administrar, el juez de tutelas constata la inutilidad de la constitución completa de una tutela, puede limitarse a designar como administrador de la tutela, sin nom-

brar tutor ni consejo de familia, sea a un responsable (“préposé”) perteneciente al personal administrativo del establecimiento de tratamiento, sea a un administrador especial, elegido en las condiciones fijadas por un decreto del Consejo de Estado” (29).

2.º Que se introdujese en el ámbito del Derecho positivo algo que va calando en la vida de nuestro tiempo: eso que se llama el **“testamento vital”**, que por supuesto no es un verdadero testamento, ya que no se trata de un acto de última voluntad, porque la que vale es la última, y así MARTÍNEZ GARCÍA (30) prefiere llamarlo **“documento de voluntades anticipadas”**. Es en ese documento donde, además de plasmarse la voluntad en cuanto a **eutanasia pasiva** y sus circunstancias, la voluntad en cuanto a posibles **tratamientos médicos** en momentos de inconsciencia, en cuanto a **lugares de acogimiento deseados**, y muchas otras cosas, de orden personal y espiritual, se podría plasmar toda clase de **precisiones en cuanto a la administración y disposición de los bienes**:

— Nombramiento de tutor o tutores.

— Normas sobre administración de los bienes, otorgando los oportunos poderes, con las facultades que se deseen, sea a los propios tutores o a los administradores nombrados al efecto.

— Fijando las normas de control que se deseen, y las personas o instituciones que lo ejercitarán.

— Señalando los emolumentos para todas estas personas o instituciones nombradas.

— Etc.

B. Posibilidades de actuación con la legislación actual.

Ya anuncié que venía aquí como jurista práctico y así, dados mis consejos a los legisladores (31), que muchas veces tanto necesitan, no puedo dejaros sin buscar alguna salida en el momento en que vivimos.

1. La posibilidad hoy de la autotutela.

Dejando aparte el *desideratum* de la no necesidad de tutela si se han previsto ya las medidas pertinentes, he pedido, como el mismo Defensor

(29) Tal Decreto es el n.º 69-195, de 15 de febrero de 1969.

(30) Loc. cit., p. 44.

(31) LEÑA FERNÁNDEZ, loc. cit., pp. 155 y siguientes, propone otras varias medidas como: en el ámbito legítimo (llegando hasta la libertad de testar), la fundación familiar (para eludir la figura del “trust” no admitida en nuestro Derecho). Y el “Informe de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología”, loc. cit., pp. 29 y 30, añade la regulación legal de determinados contratos atípicos que afectan a los mayores, en el ámbito del vitalicio, la revisión del derecho a la prestación de alimentos y el fomento de la curatela.

del Pueblo, la regulación legal de la autotutela, incluso poniendo encima de la mesa el modelo catalán; pero también cabe preguntarse **si hoy tal autotutela es posible.**

MARTÍNEZ GARCÍA (32) nombra a diversos autores que admiten la autotutela en el régimen del Código civil, no sólo *de lege ferenda*, sino también *de lege data*, citando los argumentos de BADOSA COLL, ROMERO CANDAU y RIVAS MARTÍNEZ, aunque a él se le “antojan de insuficiente entidad”:

— El **principio general de autorregulación**, aquella autonomía de la voluntad que cité, actuante tanto en el presente como de cara al futuro.

— La **interpretación extensiva** de la facultad atribuida a los padres en los **artículos 223 y siguientes** del Código civil.

Efectivamente, si yo, padre, puedo prever la tutela de mis hijos menores de edad, es porque la ley me reconoce como primer responsable y principal interesado en el bienestar de mis hijos; y si ésta es la causa de concederme tal facultad, ¿cómo no se me va a conceder la misma facultad para nombrarme tutor a mí mismo? ¿Hay alguien más interesado en mi bienestar que yo mismo? Porque hay que tener en cuenta que, muchas veces, lo que se pretende con el nombramiento de un tutor, es el alejamiento de otros: yo sé que el más hábil para administrar mis bienes es mi sobrino X, al que posiblemente designe el juez como tutor, me decía una señora en este trance, pero también sé de su egoísmo y de que ahorrará hasta la última peseta que perderé en mi bienestar y que irá a engrosar la herencia que él espera.

Creo sinceramente que, de no concurrir un cambio fundamental de circunstancias, no hay juez que pueda no hacer caso de mi nombramiento de autotutor; que si no hace caso, deberá motivar su resolución; y que por ello su resolución podrá ser recurrida.

Otra cosa es, al no existir un **Registro de Tutelas** como el organizado en Cataluña, que al llegar la incapacidad, no llegue a tener conocimiento el juez de mis disposiciones. De aquí la conveniencia prioritaria de tal Registro que, con carácter más general, podría ser un **Registro de “testamentos vitales”**, llámeseles como se quiera, paralelo al Registro de Actos de Última Voluntad, o de testamentos reales. Incluso entiendo que tal Registro, con el carácter de “oficioso”, debería ser montado ya, sin más dilaciones, por el notariado, aunque la consulta al mismo no fuese, por ahora, obligada.

(32) Loc. cit., pp. 53 y 54.

2. *La posibilidad de poderes preventivos de la incapacidad.*

No creo que sea el lugar adecuado para plantear cuál sea la naturaleza jurídica del apoderamiento, ni su diferenciación con el mandato. Ni siquiera para plantear el problema de la existencia de poderes irrevocables. Parece que lo natural es que el poder que una persona dé a otra, tome por causa el mandato, y este contrato se acabe, arrastrando el fin del poder, de acuerdo con el artículo 1.732 del Código civil, entre otras causas, “por incapacitación del mandante” (33).

Tal precepto, bien claro, no habla de “incapacidad” sino de “incapacitación”, por lo que el poder parece que seguirá siendo válido hasta tal momento, y si tal momento, como sucede en la alta proporción que vimos, no llega nunca, se extinguirá sólo por la muerte del mandante o poderdante. Con todo, la cuestión no es clara, pues si MARTÍNEZ DÍE (34) no duda que “la propia literalidad del artículo 1.732 deja meridianamente clara su plena vigencia hasta que no alcance firmeza la sentencia de incapacitación”, CAMPO GÜERRI (35) considera “esta conclusión inadmisibles”.

La tesis de subsistencia del poder hasta la sentencia firme de incapacitación, defendida también por RIVAS MARTÍNEZ y CAMPO VILLEGAS, sin entrar aquí en el fondo del debate, me parece más segura, pero apoyándose en que tal poder puede configurarse como irrevocable, incluso no afectándole la propia incapacitación, ya que su causa, si se otorga previendo la incapacidad, no es el mandato, sino la contemplación de la propia incapacitación, contemplación que puede expresada en el mismo poder, o tácita. Sólo el juez, como en el caso de la autotutela, o el órgano de vigilancia previsto, podría reconocer tal poder.

Pero la cuestión presenta además otras **dificultades**:

— **Cómo se instrumenta la localización del poder**, si no se entrega al apoderado en los momentos de lucidez.

— **O cómo se inicia la vigencia del poder**, si ya se ha entregado al apoderado, haciéndolo coincidir con la pérdida de facultades del poderdante.

Porque no hay que olvidar que el capaz previsor, salvo que se trate de un poder al cónyuge o los hijos (que en mi vida profesional procuro sea a todos ellos y actuando mancomunadamente por mayoría), intenta

(33) Como recuerda MARTÍNEZ GARCÍA, loc. cit., pp. 58 y 59, la subsistencia del poder incluso después de la incapacitación, además de en el Derecho alemán actual, se da en el Derecho irlandés y griego.

(34) MARTÍNEZ DÍE, loc. cit., p. 38.

(35) *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 34, abril-junio 2000, pp. 21 y 22.

que no entre en vigor sino en caso de que surja la incapacidad. MARTÍNEZ GARCÍA (36) dice que puede “relegarse su eficacia a un momento posterior, mediante la fijación de un término inicial, mediante el condicionamiento a un determinado dictamen pericial o a una determinada situación fáctica (v. gr., el internamiento del poderdante)”. Mi criterio, y así lo aconsejo, es que sea un grupo de personas, al modo de la Junta de Parientes del Derecho aragonés, los que queden designados no sólo para iniciar la vida del poder, sino incluso para pedir cuentas al apoderado de una auto-tutela privada por la vía del poder. Tenemos así configurada una auto-tutela privada por la vía del poder.

3. *El recurso a la sociedad.*

Entiendo que aquí estamos en un extremo que **sólo en casos excepcionales** será deseable arbitrar. Posiblemente en el ámbito de grandes fortunas con negocios importantes y complejos, donde imperen las llamadas “empresas familiares” y donde tantos bufetes de abogados ilustres están haciendo sus experiencias jurídicas con lo que se ha dado en llamar “**protocolos familiares**”. El tema es complejo y sólo voy a dar algunos apuntes sobre las posibilidades que se le ofrecen a las personas mayores que se encuentren en esta situación y quieran prever su futura incapacidad:

a) Habrán de tener en cuenta que aquí sólo estamos en la solución **de los aspectos económico-patrimoniales, y no de los personales del previsor.**

b) Podrán aportar todo su patrimonio, o la parte de él que consideren más digna de un tratamiento economicista, a una sociedad, preferentemente de responsabilidad limitada, por la limitación en la duración del cargo del órgano de administración.

c) Deberán nombrarse a sí mismos administradores únicos, por tiempo indefinido, previendo para el caso de incapacitación judicial el **nombramiento de un suplente**, su tutor económico, o incluso el cambio del órgano de administración por un Consejo, designando sus componentes y suplentes.

d) Y deberán tener en cuenta que, como previene CAMPO GÜERRI (37), el tutor que se les nombre hará el papel de Junta General en la sociedad montada, “pudiendo, por tanto, separar al administrador”. De ahí la importancia que tendrá la auto-tutela deseada... o los poderes preparados, sin necesidad de incapacitación.

(36) Loc. cit., p. 63.

(37) Loc. cit., p. 17.

MODIFICACIONES FISCALES INTRODUCIDAS POR LAS NORMAS PUBLICADAS EN FECHAS RECIENTES (*)

JOSÉ RAMÓN DOMÍNGUEZ RODICIO
Asesor del Área Fiscal del Consejo General del Notariado

— LEY 6/2000, DE 13 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE APRUEBAN MEDIDAS FISCALES URGENTES DE ESTÍMULO AL AHORRO FAMILIAR Y A LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA.

— LEY 13/2000, DE 28 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2001.

— LEY 14/2000, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.

(*) Estos trabajos, escritos en diciembre de 2000 y enero de este año, y que no han podido publicarse hasta ahora por exceso de originales, se ha estimado conveniente hacerlo en este número por el gran interés de su contenido.

**LEY 6/2000, DE 13 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE
APRUEBAN MEDIDAS FISCALES URGENTES DE ESTÍMULO
AL AHORRO FAMILIAR Y A LA PEQUEÑA
Y MEDIANA EMPRESA (1)**

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (2)

Medidas relativas a los planes de pensiones y seguros de vida

Artículo modificado: Contenido del artículo:

Artículo 46:
“Base liquidable general” (3).

Se amplían los límites generales que dan derecho a reducir la base imponible del impuesto por aportaciones a planes de pensiones.

Como límite máximo de reducción se aplicará la menor de las siguientes cantidades:

– 25% de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas (40% para mayores de 52 años).

– 1.200.000 pesetas anuales (incremento de 100.000 pesetas por cada año que exceda de 52, con un máximo de 2.500.000 pesetas a partir de 65 años).

Además de dichas reducciones, aquellos contribuyentes cuyo cónyuge obtenga rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas inferiores a 1.200.000 pesetas podrán reducir las aportaciones realizadas si el beneficiario es el cónyuge, hasta un máximo de 300.000 pesetas anuales (4). Con esta modificación se permite que las aportaciones efectuadas a los planes de pensiones de los que sean partícipes los

(1) La presente Ley tiene su antecedente inmediato en el Real Decreto-Ley 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

(2) Estas medidas tendrán efectos para el ejercicio 2000, salvo en aquellos casos que expresamente se indique otra fecha de entrada en vigor.

(3) En el mismo sentido se modifica el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

(4) En este caso las transmisiones entre cónyuges para efectuar aportaciones a planes de pensiones no estarán sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones hasta el límite previsto de 300.000 pesetas anuales.

cónyuges que no obtengan rentas o que éstas sean bajas puedan ser objeto de reducción en la base imponible del cónyuge aportante, con el límite máximo de 300.000 pesetas anuales.

Disposición Adicional
Decimoséptima:
“Planes de Pensiones y
Mutualidades de Previsión Social constituidos a favor de personas con minusvalía” (5).

El límite por aportaciones a planes de pensiones y mutualidades de previsión en favor de personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% con las que existe parentesco pasa de 1.100.000 a 1.200.000 pesetas.

El límite por aportaciones a planes de pensiones realizadas por personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% pasa de 2.200.000 a 2.500.000 pesetas.

Disposición Adicional
Vigésimo Tercera:
“Mutualidad de previsión social de deportistas profesionales”.

Se incorpora una medida que habilita para la realización de aportaciones a la mutualidad de previsión social de deportistas profesionales y de alto nivel.

Así, los deportistas profesionales podrán realizar las siguientes aportaciones a la mutualidad:
– Mientras reúnan la condición de ser deportistas profesionales y de alto nivel según lo regulado en la correspondiente normativa podrán realizar aportaciones a prima fija con el límite máximo de aportación financiera y de reducción fiscal de 2.500.000 pesetas anuales, sin aplicación del límite porcentual sobre los rendimientos del trabajo o de actividades económicas.

– Independientemente de la aportación especial anterior, los deportistas profesionales y de alto nivel, aunque hayan finalizado su vida laboral como deportistas profesionales o pierdan la condición de deportistas de alto nivel, podrán realizar aportaciones a la mutualidad de previsión social de deportistas profesionales. El límite máximo a aplicar a estas aportaciones será el previsto con carácter general en el artículo 46.1.5.º de la Ley del IRPF.

(5) Igualmente dichas aportaciones no estarán sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Artículos 17 y 24.

“Rendimiento neto del trabajo” y “Gastos deducibles y reducciones” (6).

Los porcentajes reductores del 60% y 70% aplicables a los rendimientos netos derivados de contratos de seguro de vida (generadores de rendimientos del trabajo o de capital mobiliario) pasan a ser el 65% y el 75% respectivamente.

Artículo 24.

“Gastos deducibles y reducciones”.
(Unit-linked)

Podrán practicar las reducciones previstas para los seguros, cuando las provisiones matemáticas se encuentren invertidas en conjuntos de activos que traten de desarrollar una política de inversión caracterizada por reproducir un determinado índice bursátil o de renta fija representativo de algunos de los mercados secundarios oficiales de valores de la Unión Europea.

Medidas relativas a las ganancias y pérdidas patrimoniales

Artículo 39.

“Integración y compensación de rentas en la parte general de la base imponible”.

Se reduce de dos años a uno el plazo para integrar en la base imponible especial las ganancias o pérdidas patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales (7).

Artículos 53 y 63.

“Tipos de gravamen especiales”.

El tipo de gravamen de la base liquidable especial se reduce al 18% (15,30% correspondiente a la parte estatal y el 2,7% correspondiente a la parte autonómica).

“Retención y pago a cuenta aplicable a las rentas obtenidas como consecuencia de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva”.

El porcentaje de retención aplicable a este tipo de rentas se reduce al 18% (antes era el 20%).

(6) De manera coherente con las mejoras introducidas en el régimen fiscal de los planes de pensiones, se mejora la tributación de las prestaciones derivadas de seguros de vida, aumentando los coeficientes reductores aplicables para la determinación del rendimiento neto correspondiente.

(7) Según la Disposición Transitoria Primera de la Ley 6/2000 las pérdidas entre uno y dos años pendientes de compensar a 1 de enero de 2000, correspondientes a 1999, se compensarán con la parte general de la base imponible (con el límite del 10% de los rendimientos e imputaciones de renta).

Artículo 23:
“Rendimientos íntegros
del capital mobiliario”.

Se estimará que no existe rendimiento del capital mobiliario en las transmisiones lucrativas, por causa de muerte del contribuyente, de los activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos (8).

Artículo 23:
“Rendimientos íntegros
del capital mobiliario”
(9).

A partir de 1 de enero de 2001 se producen las siguientes modificaciones:

Serán rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad la *distribución* de la prima de emisión de acciones o participaciones. El importe obtenido minorará, hasta su anulación, el valor de adquisición de las acciones o participaciones afectadas y el exceso que pudiera resultar tributará como rendimiento del capital mobiliario (10).

De manera homogénea a la distribución de la prima de emisión, en los casos de *reducción de capital con devolución de aportaciones*, el importe de ésta o el valor normal de mercado de los bienes o derechos percibidos minorará el valor de adquisición de los valores o participaciones afectadas hasta su anulación. *El exceso tributará como rendimiento del capital mobiliario* (antes ganancias patrimoniales).

No estará sujeto a retención o ingreso a cuenta del IRPF el rendimiento derivado de la distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones, o de la reducción de capital (11).

(8) Al igual que en el caso de la “plusvalía del muerto” (art. 31.3.b) Ley 40/1998), se estima la inexistencia de rendimientos del capital mobiliario en caso de transmisión lucrativa *mortis causa*.

(9) Las modificaciones introducidas afectan tanto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como al Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

(10) Pasa a considerarse, en todo caso, rendimiento del capital mobiliario. Se vuelve a la situación anterior a la Ley 40/1998.

No da derecho este rendimiento a la deducción por doble imposición de dividendos (porque no ha tributado previamente en el Impuesto sobre Sociedades).

No se practicará retención en origen (aunque podrá establecerse reglamentariamente).

La filosofía de la modificación, según la Exposición de Motivos de la Ley 6/2000, está en regular de manera homogénea con el Impuesto sobre Sociedades el tratamiento de esta renta.

(11) Sin embargo, reglamentariamente podrá establecerse la obligación de practicar retención o ingreso a cuenta en estos supuestos.

“Régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de determinados préstamos de valores”.

Al objeto de facilitar la realización de estas operaciones en los mercados financieros, no darán lugar a alteraciones patrimoniales, ni en el IRPF ni en el IS, las operaciones de préstamos de valores que cumplan los requisitos previstos en la Ley 24/88 del Mercado de Valores.

Medidas de apoyo a la internacionalización de las empresas

Artículo 7:
“Rentas exentas”.

Para facilitar la movilidad de los trabajadores españoles al extranjero, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 25 de junio de 2000, se eleva el límite máximo de exención aplicable a los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos realizados en el extranjero, pasando de 3.500.000 a 10.000.000 de pesetas (12).

Medidas relativas al sistema de pagos a cuenta (13)

Artículo 83:
“Importe máximo de los pagos a cuenta”.

Para el cálculo de las retenciones o ingresos a cuenta sobre los rendimientos del trabajo derivados de relaciones laborales o estatutarias y de pensiones y haberes pasivos se podrán tener en consideración las circunstancias personales y familiares, y, en su caso, las rentas del cónyuge y las reducciones y deducciones, así como las retribuciones variables previsibles, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Artículo 76 RIRPF:
“Límite cuantitativo ex-

Con efectos exclusivos para el año 2000 se modifica la redacción dada al citado artículo

(12) Incompatible con el régimen de dietas y gastos de viaje.

(13) Con fecha 21-X-2000, se publicó el Real Decreto 1732/2000, de 20 de octubre, que se limitó a corregir la ilegalidad, por omisión de la minoración del importe del mínimo familiar de los ascendientes, así como a superar la nulidad destacada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 19/02/2000) en el cómputo, en todo caso, por mitad de los descendientes.

Quedaba pendiente una modificación del sistema de retenciones de los rendimientos del trabajo personal, que exigía una reforma en profundidad, por afectar al planteamiento legal del mecanismo retentor la Sentencia del Tribunal Supremo citada.

cluyente de la obligación de retener”.

como consecuencia de la Sentencia de 19-5-2000 del Tribunal Supremo al declarar nulo el precepto que definía la situación familiar del contribuyente identificado como “contribuyente con cónyuge a cargo”, pasando a definirse como “contribuyente cuyo cónyuge no obtenga rentas superiores a 100.000 pesetas anuales” (14).

Artículo 82:
“Obligación de practicar pagos a cuenta”.

Se añade un nuevo apartado al citado artículo a los efectos de incluir en la obligación de practicar pagos a cuenta a aquellos casos que por medio de resolución judicial o administrativa se venga obligado al pago de una renta sujeta a retención o ingreso a cuenta.

En estos casos el pagador de la renta deberá practicar la retención sobre la cantidad íntegra e ingresar su importe en el Tesoro (15).

Artículo 82:
“Obligación de practicar pagos a cuenta”.

Cuando un contribuyente adquiera la condición de residente en territorio español como consecuencia de su cambio de residencia, las retenciones e ingresos a cuenta practicados conforme a la Ley 41/1998 del Impuesto sobre la Renta de No Residentes tendrán la consideración de pagos a cuenta en la Ley 40/1998 a los efectos de su posterior deducción en la cuota líquida (16).

(14) El límite cuantitativo de la obligación de retener se hace extensivo al año 2001. No obstante, la cuantía de las rentas del cónyuge del contribuyente será de 250.000 pesetas anuales, incluidas las exentas.

(15) Si durante el año 2000 se hubiera pagado en virtud de resolución judicial o administrativa una renta sujeta a retención o ingreso a cuenta del IRPF y el pagador hubiera tenido que abonar su importe íntegro al órgano administrativo o judicial competente, aun habiéndose practicado la oportuna retención, el retenedor podrá solicitar a la Administración tributaria la devolución de la cantidad ingresada. Así el perceptor de la renta computará el ingreso por el importe íntegro percibido y no podrá deducir las retenciones e ingresos a cuenta.

(16) Esta medida supone un importante “alivio” para los contribuyentes que, por razones laborales o profesionales, se veían obligados a ser considerados No Residentes en territorio español, por causa de su traslado al extranjero. Al recuperar su condición de Residente, la normativa reguladora del IRPF y del IRNR impedía la deducción de las retenciones o pagos a cuenta (o cuotas) satisfechas o devengadas en la respectiva figura, con el consiguiente pago inmediato del tributo correspondiente y la posterior solicitud de la devolución del ingreso indebido por lo anticipado.

Artículo 65:
“Cuota diferencial”.

El contribuyente que adquiriera la condición de residente en territorio español como consecuencia del cambio de su residencia podrá deducir de la cuota líquida para obtener la cuota diferencial las retenciones e ingresos a cuenta practicados, así como la cuota satisfecha por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes devengadas durante el período impositivo en el que se produce el cambio de residencia (17).

Artículo 85:
“Devolución de oficio a contribuyentes obligados a declarar”.

Como consecuencia de las modificaciones introducidas en los artículos 65 y 82 anteriores, se modifica la redacción del presente artículo a los efectos de poder obtener la devolución de oficio por la parte correspondiente a las cuotas satisfechas por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, además de por las retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados practicados en territorio nacional (18).

Impuesto sobre la Renta de No Residentes (19)

Artículo 39:
“Deducción de pagos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

En consonancia con la modificación introducida en el IRPF, cuando un contribuyente pase a tener la condición de no residente como consecuencia de su cambio de residencia, tendrán la consideración de retenciones o ingresos a cuenta de la Ley 41/1998 (Ley de no residentes) los pagos a cuenta de la Ley 40/1998 (residentes) practicados desde el inicio del año hasta que se acredite ante la Administración tributaria el cambio de residencia (20).

(17) Ver nota anterior.

(18) Vid. nota 16.

(19) Con efectos a partir de la entrada en vigor de la Ley 6/2000, de 13 de diciembre.

(20) Vid. nota 16.

Impuesto sobre el Patrimonio (21)

Artículo 5:
“Sujeto pasivo”.

Aquellos residentes en territorio español que pasen a tener su residencia en otro país podrán seguir tributando por obligación personal (22).

“Exención de la vivienda habitual en el Impuesto sobre el Patrimonio”.

Estarán exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio la vivienda habitual del contribuyente hasta un importe máximo de 25.000.000 de pesetas.

Asimismo, no serán deducibles las deudas contraídas para la adquisición de bienes exentos (en caso de exención parcial, será deducible la parte proporcional de la deuda).

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (23)

Artículo 39:
“Supuestos especiales de aplazamiento y fraccionamiento”.

En los seguros sobre la vida en los que el causante sea a su vez el contratante o el asegurado *en el seguro colectivo* y cuyo importe se perciba *en forma de renta*, se podrá fraccionar a solicitud del beneficiario el pago del impuesto correspondiente en el número de años en los que perciba la pensión si la renta fuera temporal, o en un número máximo de quince años si fuere vitalicia, mientras no se ejercite el derecho de rescate.

Por la extinción de la pensión dejarán de ser exigibles los pagos fraccionados pendientes que, no obstante, lo serán en caso de ejercitarse el derecho de rescate.

(21) Las modificaciones introducidas tienen efectos para el ejercicio 2000.

(22) La opción deberá ejercitarla mediante la presentación de la declaración por obligación personal en el primer ejercicio en el que hubiera dejado de ser residente en el territorio español.

(23) Con efectos a partir de la entrada en vigor de la Ley 6/2000, de 13 diciembre.

Impuesto sobre Sociedades (24)

Medidas relativas a las pequeñas y medianas empresas y a las empresas innovadoras

Artículo modificado: Contenido del artículo:

Artículo 122:
“Ámbito de aplicación:
cifra de negocios”. Se amplía el concepto de pequeña y mediana empresa a aquellas entidades cuya cifra de negocios habida durante el período impositivo anterior sea inferior a 3 millones de euros (aproximadamente 500 millones de pesetas, antes 250 millones de pesetas).

Artículo 127:
“Amortización de elementos patrimoniales afectos”. Se eleva la amortización de elementos patrimoniales objeto de reinversión consistente en multiplicar por 3 (antes 2,5) el coeficiente de amortización lineal máximo previsto en las tablas de amortización oficialmente aprobadas.

Artículo 33 bis:
“Deducción para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación”. Las pequeñas y medianas empresas podrán gozar de una deducción en la cuota íntegra del 10% de las inversiones y de los gastos en nuevas tecnologías, tales como:

- Acceso a internet.
- Presencia en internet.
- Comercio electrónico.
- Incorporación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones a los procesos empresariales.

Esta deducción será *incompatible para las mismas inversiones y gastos con las demás deducciones previstas en el presente Capítulo de esta Ley.*

La parte de inversión o del gasto financiada con subvenciones *no dará derecho a la deducción.*

(24) Las normas desarrolladas en este apartado entrarán en vigor para los períodos impositivos que se inicien con posterioridad al 25 de junio de 2000.

Artículo 36:
“Deducción por gastos de formación profesional”.

Darán derecho a deducción por tal concepto los gastos efectuados por la entidad con la finalidad de habitar a los empleados en la utilización de nuevas tecnologías (conexión internet y adquisición de equipos y terminales), incluso cuando el uso por el empleado tenga lugar fuera del lugar y horario de trabajo.

Dichos gastos tendrán la consideración de gastos de formación profesional y no determinarán la obtención de un rendimiento del trabajo para el empleado.

Artículo 37:
“Normas comunes a las deducciones previstas en el presente capítulo”.

Las deducciones no practicadas por insuficiencia de cuota en las deducciones por actividades de investigación científica e innovación tecnológica y para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación podrán deducirse en las liquidaciones que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos (25).

Igualmente para dichas deducciones *se amplía el límite de deducción* pasando a ser del 35 al 45% de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones.

Los elementos patrimoniales afectos a las deducciones deberán permanecer en funcionamiento durante cinco años, *o tres años, si se trata de bienes muebles*, o durante su vida útil, si fuera inferior.

Artículo 69:
“Sociedades y fondos de capital-riesgo”.

La exención parcial aplicable a las rentas obtenidas en la transmisión de acciones y participaciones en el capital de empresas se aplicará a partir del inicio del segundo año (26).

(25) Dicho plazo para el resto de deducciones es de cinco años.

(26) Antes la exención parcial se aplicaba a partir del tercer año, modificándose en consecuencia la Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras.

Medidas de apoyo a la internacionalización de las empresas

Artículo 20 bis:

“Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y plusvalías de fuente extranjera” (27).

1. *Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

– Participación, directa o indirecta, en la entidad no residente de, al menos, el 5%. – Dicha participación deberá poseerse de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el dividendo. En su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar el año (28).

– La entidad participada debe estar gravada por impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al IS en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa.

– Que los beneficios que se reparten procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero (29).

No se aplicará la exención cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

2. Asimismo, *estará exenta la renta obtenida en la transmisión de la participación en una*

(27) Se modifica el régimen para evitar la doble imposición económica internacional por las actividades empresariales desarrolladas en el extranjero a través de entidades filiales o por medio de establecimientos permanentes allí situados. Con la nueva regulación se permite minorar la base imponible en el importe de las rentas obtenidas, mientras que con la anterior regulación no se modificaba la base imponible sino que se aplicaba una deducción en la cuota del Impuesto.

(28) Para el cómputo del plazo de un año se puede tener en cuenta el período en que la participación se haya poseído ininterrumpidamente por sociedades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del C. de c.

(29) Sólo se entenderá cumplido este requisito cuando al menos el 85% de los ingresos del ejercicio correspondan a:

— Rentas que se hayan obtenido en el extranjero y que no deriven de la imputación de rentas por transparencia fiscal internacional (en particular se considerarán obtenidas en el extranjero las rentas procedentes del comercio al por mayor, servicios, crediticias y financieras, aseguradoras y reaseguradoras reguladas en la norma).

— Dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades no residentes respecto de las cuales el sujeto pasivo tenga una participación indirecta de al menos el 5% y un año de antigüedad.

entidad *no residente* cuando se den los *requisitos* enumerados anteriormente.

No se aplicará la exención cuando el adquirente resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

En los siguientes casos la exención tendrá determinadas especialidades:

a) Cuando la entidad no residente posea, directa o indirectamente, participaciones en entidades residentes en territorio español o activos situados en dicho territorio y la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15% del valor de mercado de sus activos totales.

b) Cuando el sujeto pasivo hubiera efectuado alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera resultado fiscalmente deducible.

c) Cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido previamente transmitida por otra entidad (obteniendo una renta positiva) que forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio y la adquirente haya obtenido en la posterior transmisión una renta negativa.

d) Cuando la participación de la entidad no residente hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

3. No se aplicará la exención:

– A las rentas de fuente extranjera obtenidas por sociedades transparentes.

– A las rentas de fuente extranjera procedentes de entidades que desarrollen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar del régimen fiscal previsto en este artículo (30).

(30) Se presume que concurre dicha circunstancia cuando la misma actividad que desarrolla la filial en el extranjero, se hubiera desarrollado con anterioridad en España por otra entidad, con la que está vinculada (art. 42 del C. de c.), salvo que se pruebe la existencia de otro motivo económico válido.

– A las rentas de fuente extranjera que la entidad integre en su base imponible y respecto de las cuales se opte por aplicar, si procede, las deducciones establecidas en los artículos 29 ó 30 de la LIS.

4. En caso de haber aplicado la exención a los dividendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que se ponga de manifiesto, hasta el importe de dichos dividendos. Además, si se hubiese obtenido en la transmisión de la participación de una entidad no residente una renta negativa en los mismos términos a lo expuesto en el apartado 2.c) anterior, dicha renta negativa se minorará en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que hubiera aplicado la exención.

Artículo 20 ter.:

“Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente”.

Estarán exentas las rentas positivas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente cuando se den los siguientes requisitos:

– Que la renta del establecimiento proceda de la realización de actividades empresariales en el extranjero en los términos expuestos anteriormente.

– Que la renta obtenida por el establecimiento haya sido gravada por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS.

Cuando en años anteriores el EP (31) hubiera obtenido rentas negativas netas que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad, la exención sólo se aplicará a las rentas positivas obtenidas con posterioridad a partir del momento en que se supere la cuantía de las rentas negativas netas.

Si el establecimiento permanente se encuentra situado en un país con el que España tenga

(31) EP: establecimiento permanente.

suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación, se estará a lo que de él resulte.

Artículo 110:
“Aplicación del régimen fiscal”.

El régimen de diferimiento de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores será incompatible con la aplicación de las exenciones previstas para las rentas derivadas de la transmisión de la participación en entidades no residentes en territorio español.

Artículos 29 y 30:
“Deducción para evitar la doble imposición internacional: impuesto soportado por el sujeto pasivo” y “Deducción para evitar la doble imposición internacional: dividendos y participación en beneficios”.

En caso de insuficiencia de cuota para practicar dichas deducciones se amplía el plazo para su cómputo, *pasando de 7 a 10 años*.

Artículo 20 quater.:
“Deducción por inversiones para la implantación de empresas en el extranjero”.

A los efectos de fomentar la implantación de empresas españolas en el exterior *se crea el siguiente incentivo fiscal*:

Podrán deducirse en la base imponible del IS el importe de las inversiones realizadas en el ejercicio para la adquisición de participaciones en entidades no residentes siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Se alcance la mayoría de los derechos de voto en ellas.

- Que la entidad participada desarrolle actividades empresariales en el extranjero (32).

- Que la actividad desarrollada no se haya ejercido bajo otra titularidad.

- Que la sociedad participada no resida en la Unión Europea, ni en paraísos fiscales.

(32) No se practicará la deducción cuando la actividad principal de la participada sea inmobiliaria, financiera o de seguros, ni cuando consista en la prestación de servicios a entidades vinculadas residentes en territorio español.

El importe máximo anual de la deducción será la menor de las siguientes cantidades (33):

- 5.000 millones de pesetas.
- 25% de la base imponible previa al cómputo de esta deducción.

Si para una misma inversión concurren los requisitos para la práctica de este incentivo fiscal y la deducción por actividades exportadoras prevista en el artículo 34 de la LIS, *la entidad podrá optar* por aplicar una u otra, incluso distribuyendo la base imponible de la deducción entre ambas.

La deducción no está condicionada a la imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias de gasto alguno relativo a la inversión realizada.

Estas cantidades deducidas se reintegrarán, por partes iguales, en los períodos impositivos que concluyan en los cuatro años siguientes (diferimiento en el pago del impuesto).

Esta deducción no será de aplicación en relación con aquellas entidades filiales que desarrollen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar de la deducción (34).

Modificación del régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros

Artículo 129: “Entidades de tenencia de valores extranjeros” (35).	Serán entidades de tenencia de valores extranjeros aquellas cuyo objeto social comprenda la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes, mediante la corres-
--	--

(33) El importe de la deducción se reducirá en la cuantía de la depreciación del valor de la participación tenida en las sociedades no residentes que haya sido fiscalmente deducible.

(34) Según lo expuesto anteriormente en el artículo 20 bis.

(35) Según la Disposición Transitoria Tercera de la presente Ley las entidades que a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2000 tuvieran concedido el régimen fiscal especial podrán renunciar al mismo, debiéndolo comunicar al Ministerio de Hacienda antes de que finalice el primer período impositivo que concluya después de su entrada en vigor.

Asimismo, la conversión en nominativos de los valores representativos de las participaciones en el capital de las ETVE deberá realizarse dentro del primer período impositivo en el que sea de aplicación el nuevo régimen.

pondiente organización de medios materiales y personales (36).

Los valores representativos de las participaciones en dichas entidades deberán ser nominativos.

Las sociedades transparentes no podrán disfrutar del régimen de este capítulo.

La opción por este régimen deberá comunicarse al Ministerio de Hacienda.

Artículo 130:

“Rentas derivadas de la tenencia de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español”.

Podrán disfrutar de la exención para evitar la doble imposición económica internacional los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, así como las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, siempre y cuando se den los requisitos previstos en el artículo 20 bis expuesto anteriormente.

El requisito de participación mínimo se considerará cumplido cuando el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros (aproximadamente 1.000 millones de pesetas).

La participación indirecta de la ETVE sobre sus filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5% (37).

Artículo 131:

“Distribución de beneficios. Transmisión de la participación”.

1. Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas exentas, recibirán el siguiente tratamiento:

– Si el perceptor es sujeto pasivo del IS, los beneficios percibidos darán derecho a la deducción por doble imposición de fuente interna (art. 28 LIS).

– Si el perceptor es sujeto pasivo del IRPF, los beneficios percibidos no darán derecho a la

(36) La novedad respecto al objeto social consiste en que ahora basta con que el mismo incluya la actividad de gestión y administración de las participaciones en entidades no residentes en territorio español. Con la anterior regulación se exigía que esa actividad constituyera su objeto social primordial.

(37) La interpretación de esta exigencia legal respecto de la participación indirecta sobre las filiales motiva la nueva redacción introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, en este precepto.

deducción por doble imposición de dividendos, pero sí darán derecho a la deducción por doble imposición internacional respecto de los impuestos pagados en el extranjero.

– Si el perceptor (entidad o persona física) es no residente en territorio español, el beneficio distribuido no se entenderá obtenido en territorio español.

2. Las rentas obtenidas en la transmisión de la participación en la ETVE y en los supuestos de separación del socio o liquidación de la entidad seguirán el siguiente tratamiento:

– Si el perceptor es sujeto pasivo del IS o se trata de EP situado en territorio español:

a) Se podrá aplicar la deducción prevista en el artículo 28.5 de la LIS, siempre y cuando cumpla el requisito de participación en la ETVE establecido en dicho precepto (5%).

b) Se podrá aplicar la exención del artículo 20 bis expuesta anteriormente a aquella parte de renta que se corresponda con las diferencias de valor imputables a las participaciones en entidades no residentes en relación con las cuales la ETVE cumpla los requisitos del artículo 20 bis.

– Si el perceptor (entidad o persona física) es no residente no se entenderá obtenida en territorio español la renta que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas del artículo 20 bis.

La ETVE deberá mencionar en la memoria el importe de las rentas exentas y los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a las mismas, así como facilitar a sus socios la información necesaria.

Artículo 132:
“Aplicación de este régimen”.

El disfrute del presente régimen estará condicionado al cumplimiento de los supuestos de hecho relativos al mismo, que deberán ser probados a requerimiento de la Administración.

Las aportaciones no dinerarias de participaciones en entidades no residentes disfrutarán

del régimen fiscal especial previsto en el artículo 108 de la LIS, cualquiera que sea el porcentaje de participación alcanzado mediante la aportación (38).

Régimen fiscal de las Instituciones de Inversión Colectiva

Artículo 71: Las Instituciones de Inversión Colectiva, a excepción de las sometidas al tipo general de gravamen, no tendrán derecho a la exención de rentas en la base imponible para evitar la doble imposición internacional.

Medidas relativas al sistema de pagos a cuenta

Artículo 146: Al igual que en el IRPF se establece la obligación de practicar retención e ingresar su importe en el Tesoro al pagador de una renta en virtud de resolución judicial o administrativa sujeta a retención o ingreso a cuenta (39).

Impuesto sobre el Valor Añadido (40)

Artículo 104: A efectos del cálculo de la regla de prorrata “La prorrata general” no se tomarán en cuenta, además de las ya reguladas por la LIVA, las subvenciones concedidas con la finalidad de financiar gastos (41).

(38) Este requisito queda condicionado a que las rentas derivadas de dichos valores puedan disfrutar del régimen establecido en el artículo 20 bis expuesto anteriormente.

(39) Vid. nota 15.

(40) Con efectos para los períodos impositivos que se inicien con posterioridad al 25 de junio de 2000.

(41) En este sentido, la Ley 20/1991, de modificación de determinados aspectos fiscales del Régimen Económico y Fiscal de Canarias introducía una modificación semejante. Así, no se tomarán en cuenta las siguientes subvenciones que no integren la base imponible del impuesto:

— Las percibidas por los centros especiales de empleo.

— Las dirigidas a permitir el abastecimiento de productos comunitarios o disponibles en el mercado de la Unión Europea, previsto en el programa de opciones específicas por la lejanía e insularidad de las islas Canarias.

— Las concedidas con la finalidad de financiar gastos de realización de actividades de investigación, desarrollo o innovación tecnológica.

para la realización de actividades de investigación, desarrollo o innovación tecnológica.

De esta forma se intentan fomentar las actividades de investigación, desarrollo o innovación tecnológica realizadas por las empresas mediante la eliminación de la restricción del derecho a deducir el IVA como consecuencia de la percepción de subvenciones para la realización de dichas actividades.

Ley General Tributaria

Artículo modificado: Contenido del artículo:

Artículo 107: Se añade un nuevo supuesto de consulta vinculante en relación con el régimen fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros.

Disposiciones Adicionales

Primera: Como consecuencia de las modificaciones introducidas en el plazo para practicar determinadas deducciones en la cuota del impuesto, se modifica la redacción del artículo 95 de la LIS a los efectos de adaptarlo a las citadas modificaciones.

Segunda: Se crea una línea de apoyo a la capitalización de empresas básicamente tecnológicas. El objeto será la financiación mediante préstamos de la toma de participación en el capital de empresas de alto contenido tecnológico por parte de entidades financieras cuyo objeto social sea la participación temporal en el capital de empresas no financieras. Dichas empresas financieras deberán estar registradas en la CNMV y/o supervisadas por el Banco de España.

Las condiciones de contratación y liquidación de los préstamos y el reglamento de gestión de

éstos se regularán mediante Real Decreto a propuesta del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Disposiciones Transitorias

Primera:

Desarrollada anteriormente.

“Régimen aplicable a las minusvalías pendientes de compensar en el IRPF, generadas entre uno y dos años”.

Segunda:

“Deducciones pendientes de aplicar procedentes de los artículos 29 bis y 30 bis de la LIS”.

Las deducciones para evitar la doble imposición internacional en el caso de rentas obtenidas a través de establecimiento permanente y la deducción para evitar la doble imposición internacional: dividendos y plusvalías de fuente extranjera, que estuvieran pendientes de practicar a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2000, se deducirán en los períodos impositivos siguientes respetando las condiciones y requisitos previstos en los citados artículos.

Tercera:

Desarrollada anteriormente.

“Adaptación al nuevo Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros”.

Cuarta:

“Aplicación de las normas relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

En los casos en que finalice el período impositivo por fallecimiento del contribuyente con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 3/2000, de 23 de junio, los sucesores del causante podrán optar por aplicar en la declaración del IRPF del causante la normativa del IRPF vigente en la fecha de devengo del impuesto (fecha del fallecimiento) o la vigente a 31 de diciembre de 2000.

Disposiciones Derogatorias

Primera: A partir de 1 de enero de 2001 quedan derogados los citados artículos siendo sustituidos por la nueva regulación contenida en los artículos 20 bis y 20 ter.

“Derogación de los artículos 29 bis y 30 bis de la LIS”.

Segunda: Queda derogado el citado Real Decreto-Ley.

“Derogación del Real Decreto-Ley 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa”.

Disposiciones Finales

Primera: Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente ley.

“Desarrollo reglamentario”.

Segunda: Al día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial del Estado.

“Entrada en vigor”.

Madrid, 9 de enero de 2001

**LEY 13/2000, DE 28 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS
GENERALES DEL ESTADO PARA
EL AÑO 2001**

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Coeficientes de actualización del valor de adquisición (1).	Se actualizan los coeficientes correctores del valor de adquisición para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas realizadas en el año 2001.
Compensación fiscal en la deducción por adquisición y arrendamiento de vivienda habitual para el ejercicio 2000.	Ver ejemplos.
Deducción en la cuota por la realización de actividades y programas de mecenazgo.	Ver disposiciones adicionales.

(1) Aplicación de los coeficientes de actualización:

1) Para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos.

1.1) 1994 y anteriores: el legislador no quiere que se acumulen los efectos de los coeficientes reductores y los coeficientes de actualización. Esta incompatibilidad la resuelve aplicando unos coeficientes de actualización que coinciden con los previstos para 1997, año a partir del cual no existe posibilidad de reducir el coste de adquisición mediante porcentajes de abatimiento.

1.2) Adquisiciones realizadas el 31 de diciembre de 1994: la aplicación del coeficiente de actualización previsto para 1995 obedece a que el 31/12/1996 fue la fecha tope de aplicación de los porcentajes de abatimiento. Consecuentemente los elementos adquiridos en 31/12/1994 no tienen antigüedad en el patrimonio del adquirente que exceda de los dos años necesarios para permitir la aplicación de ningún porcentaje reductor.

1.3) Adquisiciones realizadas a partir de 1995: se aplican los coeficientes de actualización más elevados por no existir posibilidad de reducción alguna del precio de adquisición mediante porcentajes de abatimiento.

2) Para las transmisiones de inmuebles afectos a actividades económicas el principio general consiste en aplicar los coeficientes previstos para el Impuesto sobre Sociedades. La razón de este parangón hay que buscarla en el hecho de que, para el legislador, estos inmuebles no pueden beneficiarse de los porcentajes de abatimiento, si fueron adquiridos antes de 31/12/94 y, a partir de esa fecha, siguen las vicisitudes de la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades (art. 26.2 de la Ley 40/1998).

Impuesto sobre Sociedades

- Coeficiente de corrección monetaria. Se fijan los coeficientes de corrección de la inflación en función de la fecha de adquisición del elemento patrimonial para los períodos impositivos que se inicien en el año 2001.
- Pagos fraccionados (2). Respecto de los períodos impositivos que se inicien durante el año 2001 los pagos fraccionados serán:
 Régimen general: no se modifican los dos sistemas de cálculo de los pagos fraccionados.
 Régimen de Transparencia Fiscal: se establece *la obligatoriedad* de presentar pagos fraccionados a las sociedades sometidas al régimen de transparencia fiscal.
- Gastos deducibles en la base imponible por la realización de actividades y programas de mecenazgo. Ver disposiciones adicionales.

Impuesto sobre Bienes Inmuebles

- Actualización de los valores catastrales. Se actualizan los valores catastrales, tanto de naturaleza rústica como urbana, en el coeficiente 1,02.

(2) El sistema del cálculo del pago fraccionado tiene carácter opcional, siendo de aplicación a aquellos sujetos pasivos que voluntariamente decidan aplicarlo. Para ello deberán ejercer la opción en la correspondiente declaración censal durante el mes de febrero del año natural a partir del cual deba surtir efectos, siempre que el período impositivo a que se refiera la citada opción coincida con el año natural. En caso contrario, el ejercicio de la opción deberá realizarse en la correspondiente declaración censal, durante el plazo de dos meses a contar desde el inicio de dicho período impositivo o dentro del plazo comprendido entre el inicio de dicho período impositivo y la finalización del plazo para efectuar el primer pago fraccionado correspondiente al referido período impositivo cuando este último plazo fuera inferior a dos meses.

El ejercicio de la opción vinculará al sujeto pasivo respecto de los pagos correspondientes al mismo período impositivo y siguientes, en tanto no se renuncie a su aplicación a través de la correspondiente declaración censal que deberá ejercitarse en los mismos plazos establecidos en el párrafo anterior.

Impuesto de Actividades Económicas

Se modifica el Grupo 854 se la Sección 1.^a de las Tarifas: “Alquiler de automóviles sin conductor”, que se subdivide en dos epígrafes:

– 854.1. “Alquiler de automóviles sin conductor”.

– 854.2. “Alquiler de automóviles sin conductor en régimen de renting”.

Ambos epígrafes tienen las mismas cuotas municipales, provinciales y nacionales.

Se crea la agrupación 45 en la Sección 2.^a de las Tarifas con la denominación “Ingenieros de geodesia y cartografía”.

Se modifica la agrupación 71 de la Sección 2.^a de las Tarifas que se dividirá en:

– Grupo 711. “Actuarios de seguros” cuya cuota será de 39.330 pesetas.

– Grupo 712. “Agentes y corredores de seguros” cuya cuota será de 24.840 pesetas.

Se modifica el Grupo 762 se la Sección 2.^a de las Tarifas cuya denominación pasará a ser “Doctores, licenciados e ingenieros en informática” y cuya cuota seguirá siendo de 25.461 pesetas.

Aquellos sujetos pasivos que se vieran afectados por alguna de las modificaciones anteriores deberán presentar la correspondiente declaración censal al objeto de indicar las citadas variaciones.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Se actualiza en el 2% la escala de gravamen para las transmisiones y rehabilitaciones de títulos y grandezas.

Tasas

En materia de tasas, se mantienen los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal.

Se modifica el artículo 3, apartado cuatro, del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas.

Disposiciones Adicionales

Se modifican las cuantías de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo, las pensiones asistenciales y subsidios económicos de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos y las ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) relacionadas con las rentas exentas previstas en el artículo 7 apartados b), h) y f) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre.

Interés legal del dinero.	Queda establecido en el 5,5% hasta el 31 de diciembre del año 2001.
---------------------------	---

Interés de demora.	Queda establecido en el 6,5% hasta el 31 de diciembre del año 2001.
--------------------	---

Actividades y programas prioritarios de mecenazgo y otros incentivos de interés general.	Se prorrogan para el año 2001 los incentivos fiscales previstos en la disposición adicional decimonovena de la Ley 54/1999 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, consistente en las siguientes actividades y programas: – La conversión, restauración o rehabilitación de los bienes del Patrimonio Histórico Español (3).
--	--

(3) Se relacionan en el anexo VII de la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2000.

– Los proyectos de ayuda oficial al desarrollo a que se refiere la disposición adicional decimonovena de la Ley 41/1994.

– La promoción y difusión de la lengua española y de las lenguas oficiales de los diferentes territorios del Estado Español, mediante redes telemáticas y nuevas tecnologías y por las instituciones de las Comunidades Autónomas con la lengua oficial propia, con fines análogos a aquél.

– Los programas de formación del voluntariado que hayan sido objeto de subvención por parte de las Administraciones Públicas.

Dicho incentivo se hace extensivo a la Catedral de Santa María de Mérida, el conjunto arqueológico de Tarraco, el Palmeral de Elche, el Yacimiento arqueológico de la Sierra de Atapuerca, el Paisaje cultural románico de Valle del Boi y la Muralla romana de Lugo.

Durante el ejercicio 2001, *las donaciones efectuadas* para los proyectos y actuaciones de las Administraciones Públicas dirigidos a promover la prestación de los servicios públicos por medios informáticos y telemáticos, en particular a través de internet, gozarán de los siguientes *incentivos fiscales*:

– De una deducción del 25% en la cuota del IRPF o,

– de la consideración de partida deducible en la base imponible del IS (4).

Tendrán las mismas deducciones las cantidades donadas a las entidades sin fines lucrativos previstas en el artículo 41 y en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1994 y a la Fundación Abadía de Montserrat, 2025 para la reconstrucción y reparación del Monasterio de Monserrat y su entorno. De iguales deducciones gozarán las donaciones para la realización de las siguientes actividades:

(4) Teniendo como límite máximo el 15% de la base imponible previa a esta deducción.

– Investigación en las Instalaciones Científicas relacionadas en el anexo VII de la presente Ley.

– Investigación en los ámbitos de microtecnologías y nanotecnologías, genómica y proteómica y energías renovables referidas a biomasa, realizadas por las entidades que a estos efectos se reconozcan por el Ministerio de Hacienda, a propuesta del Ministerio de Ciencia y Tecnología, y oídas previamente las Comunidades Autónomas competentes en enseñanza universitaria, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

Pagos a cuenta a la Iglesia Católica en el año 2001.

Se fija la cuantía de los pagos a cuenta mensuales a que se refiere la Ley de Presupuestos para el año 2000 en 1.812.167.000 pesetas.

Se elevan a definitivas las cantidades entregadas a cuenta en el año 2000.

Escalas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Se prorrogan para el año 2001 las escalas general y autonómica del IRPF previstas para el año 2000.

Madrid, 29 de diciembre de 2000

COMPENSACIÓN FISCAL EN LA DEDUCCIÓN POR ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL PARA EL EJERCICIO 2000

La disposición transitoria quinta de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2001 establece los mecanismos adecuados al objeto de compensar a aquellos contribuyentes que como consecuencia del cambio de normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se vieran perjudicados por la nueva regulación de la deducción por adquisición de vivienda habitual, dando de esta manera cumplimiento a lo regulado en la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/1998.

Requisito: haber adquirido la vivienda habitual con anterioridad al 4 de mayo de 1998.

Incentivo teórico previsto en la Ley de Presupuestos:

TMG (1) x (intereses derivados del préstamo (2) + IBI - 2% valor catastral(3))

+ 15% x (amortización capital (4))

Incentivo teórico previsto

Cuantía de la compensación para el ejercicio 2000:

Incentivo teórico calculado en el apartado anterior.

— *Deducción correspondiente al ejercicio 2000*

Cuantía de la compensación a deducir de la cuota líquida (5).

EJEMPLO:

Un contribuyente adquirió en el año 1997 un inmueble con el fin de convertirlo en su vivienda habitual. El precio de adquisición del citado inmueble fue de 65.000.000 de pesetas (incluidos gastos e impuestos que gravaron la operación) y su valor catastral es de 34.500.000 pesetas. Para financiar la compra de la casa, el banco "X" le concedió un préstamo

(1) Suma de los tipos medio, estatal y autonómico, de la Ley 40/1998.

(2) Con el límite de 800.000 pesetas en tributación individual o 1.000.000 de pesetas en tributación conjunta.

(3) En caso de inmuebles cuyos valores catastrales hayan sido revisados a partir del 1 de enero de 1994, el porcentaje a aplicar será el 1,1%.

(4) Excluidos los intereses derivados de la financiación ajena. Las cantidades invertidas tendrán como límite el 30% del resultado de adicionar a las bases liquidables (general y especial) el mínimo personal y familiar.

(5) Una vez practicadas las deducciones por doble imposición.

hipotecario por importe de 60.000.000 de pesetas. Durante el ejercicio 2000 ha satisfecho en concepto de amortización de capital 8.000.000 de pesetas y en concepto de intereses 2.500.000 pesetas. (Ha pagado en concepto de contribución urbana 68.000 pesetas).

El contribuyente ha optado por la tributación conjunta por resultarle más beneficiosa, siendo su tipo medio de gravamen el 41%.

Los pasos a seguir para calcular la compensación serían los siguientes:

Operación A): Primer sumando:

Intereses satisfechos en 2000 (6)	1.000.000
Cuota y recargos del IBI (salvo el de apremio)	68.000
— 2% del valor catastral del inmueble (7)	- (34.500.000 x 2%) 690.000
Resultado	378.000
Resultado x tipo medio de gravamen (8)	(378.000 x 41%) 154.980

Operación B): Segundo sumando:

Cantidades invertidas en la adquisición de la vivienda	10.500.000
Intereses derivados del préstamo	- 2.500.000
Resultado (9)	8.000.000 (10)
Resultado x 15%	1.200.000

C) Sumamos las cantidades calculadas en las operaciones A y B.

Resultado operación A	154.980
Resultado operación B	1.200.000
A + B (Incentivo teórico)	1.354.980

(6) Con el límite de 800.000 pesetas en tributación individual o 1.000.000 tributación conjunta.

(7) 1,1% en caso de inmuebles cuyos valores catastrales hayan sido revisados a partir de 1 de enero de 1994.

(8) Suma de los tipos medios, estatal y autonómico, de la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

(9) Las cantidades invertidas tendrán como límite el 30% del resultado de la base liquidable (general y especial) más el mínimo exento (personal y familiar).

(10) No excede del 30%.

D) Calculamos la deducción correspondiente al ejercicio 2000 teniendo en cuenta la nueva regulación contenida en la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (11).

Base máxima de deducción	1.500.000
Tipos:	
Primeras 750.000 el 20%	(750.000 x 20%) 150.000
Segundas 750.000 el 15%	(750.000 x 15%) 112.500
Deducción correspondiente al ejercicio 2000	262.500

E) Cuantía de la compensación a deducir en la cuota líquida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (después de la deducción por doble imposición de dividendos e internacional).

Incentivo teórico	1.354.980
— Deducción correspondiente al ejercicio 2000	- 262.500
Cuantía de la compensación a deducir de la cuota líquida	1.092.480

COMPENSACIÓN FISCAL A LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA HABITUAL EN 2000

Para los contribuyentes con deducción por alquiler de vivienda habitual en el año 1998 (12), la disposición transitoria cuarta de la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2001, establece los requisitos al objeto de compensarles por el cambio de normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Los requisitos a cumplir son:

1. Que la base imponible (parte general y especial) antes de computar el mínimo personal y familiar, no sea superior a 3.500.000 pesetas en tributación individual o 5.000.000 de pesetas en tributación conjunta.
2. Que las cantidades satisfechas en concepto de alquiler excedan del 10% de los rendimientos netos del contribuyente.

(11) El contribuyente reúne los requisitos para que le sean aplicados los porcentajes de deducción incrementados.

(12) Cuyos contratos de alquiler fueran anteriores a 24 de abril de 1998.

Cuantía de la deducción:

La cuantía de esta deducción será el 10% de las cantidades satisfechas en 2000 por el alquiler de la vivienda habitual, con el límite de 100.000 pesetas anuales.

El importe de esta deducción se restará de la cuota líquida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (después de la deducción por doble imposición de dividendos e internacional).

EJEMPLO:

Un contribuyente satisface por el alquiler de la vivienda donde reside 45.000 pesetas mensuales durante el año 2000. Su base imponible (incluye parte general y especial) es de 3.450.000 pesetas y sus rendimientos netos del trabajo son 2.450.000 pesetas.

Análisis de los requisitos:

— Su base imponible (parte general y especial) no es superior a 3.500.000 pesetas.

— Las cantidades satisfechas por el alquiler de su vivienda durante el año 2000 (540.000 pesetas) exceden del 10% de los rendimientos netos del trabajo (245.000 pesetas).

Cuantía de la deducción para el año 2000: $540.000 \times 10\% = 54.000$ pesetas que podrá deducir de su cuota líquida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (después de la deducción por doble imposición de dividendos e internacional).

Madrid, 29 de diciembre de 2000

**LEY 14/2000, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS
FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL
ORDEN SOCIAL**

Normativa Tributaria

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Artículos afectados:	Modificaciones introducidas:
Artículo 7: "Exenciones".	A partir de 1 de enero de 2001 se considerarán exentas las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad civil por daños personales derivadas de contratos de seguro de accidente, teniendo como límite la cuantía que para el daño sufrido fije el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados incorporado en el anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. No resultará aplicable lo anterior a aquellos seguros cuyas primas hubieran reducido la base imponible o hubieran sido consideradas como gasto deducible.
Artículo 7: "Exenciones".	Se eleva de 1.000.000 a 2.000.000 de pesetas el importe de la exención reconocida para las prestaciones por desempleo percibidas en la modalidad de pago único, con las condiciones y requisitos marcados por la Ley.
Artículo 7: "Exenciones".	A partir de 1 de enero de 2001 gozarán de exención las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, teniendo como límite el importe total de los gastos incurridos.
Artículo 79: "Obligación de declarar" (1).	No estarán obligados a presentar declaración los contribuyentes que obtengan rentas procedentes exclusivamente de las siguientes fuentes (2):

(1) Según la Disposición Transitoria Novena lo previsto en el presente artículo resultará de aplicación a los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2000.

(2) Tanto en tributación individual como en conjunta.

1. Rendimientos del trabajo, con el límite de 3.500.000 pesetas brutas anuales.

2. Rendimientos del capital mobiliario y ganancias patrimoniales sujetos a retención, con el límite conjunto de 250.000 pesetas brutas anuales.

3. Imputación de rentas inmobiliarias, sujetas a límite reglamentario.

4. Rendimientos del capital mobiliario *no sujetos a retención* procedentes de Letras del Tesoro y subvenciones para la adquisición de viviendas de protección oficial o de precio tasado, con el límite conjunto de 100.000 pesetas brutas anuales.

En ningún caso tendrán que declarar aquellos contribuyentes que obtengan exclusivamente rendimientos del trabajo, de capital, o de actividades profesionales, así como ganancias patrimoniales, con el límite conjunto de 100.000 pesetas brutas anuales.

El límite comentado en el punto 1. anterior será de 1.300.000 pesetas en los siguientes supuestos:

a) Cuando los rendimientos del trabajo procedan de más de un pagador. Sin embargo, aun procediendo de más de un pagador, si la suma de las cantidades percibidas del segundo y restantes pagadores, por orden de cuantía, no superan en su conjunto la cantidad de 100.000 pesetas brutas anuales, el límite se eleva a 3.500.000 pesetas brutas anuales.

b) Se perciban pensiones compensatorias del cónyuge o anualidades por alimentos distintas de las percibidas por los padres en virtud de decisión judicial.

c) Cuando el pagador de los rendimientos del trabajo no esté obligado a retener.

Impuesto sobre Sociedades

Artículos afectados:

Modificaciones introducidas:

Artículo 35:

“Deducción por inversiones en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas y edición de libros”.

La deducción por inversiones en producciones españolas de largometrajes cinematográficos y de series audiovisuales de ficción, animación o documental establecida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, exclusivamente para los ejercicios 1999 y 2000 se hace extensiva a los períodos impositivos que se inicien a partir del año 2001.

Artículo 97:

“Definiciones”.

En los casos de escisión (total, parcial o financiera) en los que existan dos o más entidades adquirentes, si la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes se realiza en proporción distinta a la que tenía en la sociedad que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos constituyan ramas de actividad (3).

Artículo 101:

“Régimen fiscal del canje de valores”.

Novedades introducidas en este artículo:

– Se suprime la referencia a la entidad participada (ver observaciones B.1.b).

– La depreciación de la participación derivada de la distribución de beneficios no será fiscalmente deducible, salvo que el importe de los citados beneficios hubiera tributado en España a través de la transmisión de la participación.

– Aquellas operaciones de canje que no reúnan los requisitos legalmente establecidos no podrán acogerse al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

(3) Según lo dispuesto en el artículo 97.4 de la LIS: “Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.

Artículo 103:

“Participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente”.

En los casos de operaciones de reestructuración empresarial en las que la entidad adquirente participe en la entidad transmitente, en al menos, un 5%, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición y el valor teórico contable de la participación (fondo de comercio) será deducible, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos legalmente, cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la misma ha tributado efectivamente en otro Estado miembro de la UE, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este impuesto, siempre que el transmitente no resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Artículo 109:

“Normas para evitar la doble imposición”.

Para evitar la doble imposición que pudiera producirse por aplicación de las normas de valoración del régimen fiscal especial se aplicarán las siguientes normas:

1. Los beneficios distribuidos con cargo a rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la deducción por doble imposición interna cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio y *antigüedad*. Igual criterio se aplicará respecto de la deducción para evitar la doble imposición derivada de plusvalías de fuente interna.

2. Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados tendrán derecho a la exención para evitar la doble imposición internacional regulada en el RD-Ley 3/2000, de 23 de junio, cualquiera que sea el grado de participación.

La depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios no será fiscalmente deducible, salvo que el importe de los citados beneficios hubiera tributado en España a través de la transmisión de la participación.

Añade el citado artículo que en aquellos casos en los que por la forma en que se contabilizó no hubiera sido posible evitar la doble imposición por aplicación de las normas, la entidad podrá practicar los oportunos ajustes con anterioridad a su extinción, siempre que se pruebe que se ha transmitido por los socios su participación y con el límite de la cuantía que se haya integrado en la base imponible.

Artículo 110:
“Aplicación del régimen fiscal”.

La opción por la aplicación del régimen fiscal especial requería únicamente su comunicación al Ministerio de Hacienda.

La aplicación del régimen fiscal está sometida a las siguientes reglas:

1. En las operaciones de fusión o escisión la opción se incluirá en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión o escisión de las entidades transmitentes y adquirentes que tengan su residencia fiscal en España.

En el caso de que ni la entidad transmitente ni la adquirente tengan su residencia fiscal en España, la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en la escritura pública que documente la transmisión.

2. En las aportaciones no dinerarias la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato.

Si la entidad adquirente no tiene su residencia fiscal o un establecimiento permanente en España, la opción se ejercerá por la entidad transmitente.

3. En las operaciones de canje de valores la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato.

En las ofertas públicas de adquisición de acciones la opción se ejercerá por el órgano so-

cial competente para promover la operación y deberá constar en el folleto explicativo.

En los canjes de valores en los que ni la entidad adquirente de los valores ni la entidad participada cuyos valores se canjean sean residentes en España, el socio que transmite dichos valores deberá demostrar que a la entidad adquirente se le ha aplicado el régimen de la Directiva 90/434/CEE.

En cualquier caso, la opción deberá comunicarse al Ministerio de Hacienda en la forma y plazo que reglamentariamente se determine.

En los casos en los que la Administración detectara que la operación sujeta al régimen fiscal especial no se ha realizado por *motivos económicamente válidos* (4), tales como la reestructuración o la racionalización de actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una *ventaja fiscal* (5), *estimar*á que la operación realizada tiene como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.

Artículo 130:
“Rentas derivadas de la tenencia de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español” (6).

La participación indirecta de la ETVE sobre sus filiales deberá respetar el porcentaje mínimo de participación (5%) (7).

Artículo 139:
“Obligaciones contables. Facultades de la Administración tributaria”.

A partir de 1 de enero de 2001 las entidades dominantes de un grupo de sociedades (8) estarán obligadas, en caso de una comprobación, a facilitar la cuenta de pérdidas y ganancias

(4) Exigencia de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990.

(5) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997.

(6) En relación a la participación indirecta ver modificación introducida por la Ley 6/2000, de 13 de diciembre.

(7) Salvo que dichas filiales reúnan los requisitos para formar parte de un grupo de sociedades según lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio con la entidad extranjera directamente participada y formule estados contables consolidados.

(8) En el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

y el balance de las entidades pertenecientes a su grupo que no sean residentes en territorio español.

También estarán obligadas a facilitar los justificantes y antecedentes relativos a la documentación mencionada anteriormente cuando la misma pudiera tener trascendencia en relación con el Impuesto sobre Sociedades.

Artículo 142:
“Declaraciones”.

Se modifica el apartado 1 del citado artículo en el sentido de nombrar correctamente al Ministerio de Hacienda tras su separación del Ministerio de Economía en la presente legislación.

Además para el caso de aquellas sociedades que tengan el ejercicio quebrado si al inicio del plazo voluntario de ingreso de la declaración por el Impuesto sobre Sociedades, el Ministerio de Hacienda no hubiera determinado la forma de presentar la declaración, esta última se presentará dentro de los 25 días naturales siguientes a la fecha de entrada en vigor de la norma que determine dicha forma de presentación. No obstante, el sujeto pasivo podrá optar por presentar la declaración en el plazo general de presentación cumpliendo los requisitos formales que se hubieran establecido para la declaración del período impositivo precedente.

Artículo 143:
“Autoliquidación e ingreso de la deuda tributaria”.

Se añade un nuevo apartado al citado artículo especificando que el derecho a disfrutar cualquier tipo de exención, deducción o incentivo fiscal estará condicionado al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley o norma correspondiente.

En caso de pérdida del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales citados con anterioridad, el sujeto pasivo deberá ingresar, junto con la cuota del período impositivo en que tenga lugar el incumplimiento de los requisitos o condiciones, la cuota íntegra o cantidad deducida indebidamente correspondiente a la

exención, deducción o incentivo fiscal aplicado en los períodos anteriores, y los intereses de demora.

Impuesto sobre la Renta de No Residentes

Artículo 13:
“Rentas exentas”.

Además de las rentas exentas percibidas por personas físicas previstas en el artículo 7 de la Ley 40/1998, se reconoce la exención en favor de las pensiones asistenciales por ancianidad reconocidas al amparo del Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo, por el que establecen las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles.

Artículo 13:
“Rentas exentas”.

A partir de 1 de enero de 2001 quedarán exentas las becas y otras cantidades percibidas por personas físicas, satisfechas por las Administraciones públicas, en virtud de acuerdos y convenios internacionales de cooperación cultural, educativa y científica o en virtud del Plan Anual de Cooperación Internacional aprobado en Consejo de Ministros.

Artículo 24:
“Base imponible”.

En el caso de ganancias de patrimonio obtenidas por no residentes sin mediación de establecimiento permanente, la cuota tributaria se obtendrá multiplicando la base imponible por el 35% sin perjuicio de las especialidades que a continuación se detallan.

Artículo 24:
“Base imponible”.

Para los no residentes en territorio español que obtengan rentas sin mediación de establecimiento permanente, la cuota tributaria se obtendrá multiplicando la base imponible por el 18% en los siguientes casos:

- Dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad.

- Intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.

– Las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o el patrimonio de las instituciones de inversión colectiva.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Artículo 4:
“Presunción de hechos
imponibles”.

A partir de 1 de enero de 2001 se reduce de cinco a cuatro años el plazo de presunción de transmisiones lucrativas.

Artículo 8:
“Responsables subsidia-
rios”.

En las transmisiones *mortis causa* serán responsables subsidiarios los intermediarios financieros y las demás entidades o personas que hubieren entregado el metálico y valores depositados o devuelto las garantías constituidas. No se considerará entrega de metálico o de valores depositados, ni devolución de garantías, el libramiento de cheques bancarios con cargo a los depósitos, garantías o al resultado de la venta de los valores que sea necesario, que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la transmisión *mortis causa*, siempre que el cheque sea expedido a nombre de la Administración acreedora del impuesto.

En las entregas de cantidades a quienes resulten beneficiarios como herederos o designados en los contratos, serán responsables subsidiarios las Entidades de Seguros que las verifiquen. No se considerará entrega de cantidades a los beneficiarios de contratos de seguro el pago a cuenta de la prestación que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la percepción de dicha prestación, siempre que se realice mediante la entrega a los beneficiarios de cheque bancario expedido a nombre de la Administración acreedora del impuesto.

En la transmisión de títulos valores que forme parte de la herencia, serán responsables

subsidiarios los mediadores en la transmisión. No se considerará que estos mediadores son responsables del tributo cuando se limiten a realizar, por orden de los herederos, la venta de los valores necesarios que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la transmisión *mortis causa*, siempre que contra el precio obtenido en dicha venta se realice la entrega a los beneficiarios de cheque bancario expedido a nombre de la Administración acreedora del Impuesto.

Artículo 11:
“Adición de bienes”.

A partir de 1 de enero de 2001 se reduce de cinco a cuatro años para considerar que forman parte del caudal hereditario de cada causahabiente los bienes y derechos que hubieran sido transmitidos por el causante.

Artículo 30:
“Acumulación de donaciones”.

Igualmente se reduce de cinco a cuatro años el plazo para acumular sucesiones que se causen por el donante a favor del donatario.

Impuesto sobre el Valor Añadido

Artículos afectados:

Modificaciones introducidas:

Artículo 5:
“Concepto de empresario o profesional”.

A partir de 1 de enero de 2001 las actividades empresariales o profesionales se considerarán iniciadas desde el momento en que se realice la adquisición de bienes o servicios *con la intención* confirmada por elementos objetivos de destinarlos al desarrollo de tales actividades (9).

Quienes realicen tales adquisiciones tendrán desde dicho momento la condición de empresarios o profesionales a efectos del IVA.

(9) Incluso en los casos de sociedades mercantiles, arrendadores de bienes y quienes se dediquen a la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos sus casos, a la venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente.

Artículo 78:
“Base imponible. Regla general”.

A partir de 1 de enero de 2001 se incluirán dentro del concepto de contraprestación las subvenciones comunitarias financiadas a cargo del FEOGA y, en concreto, las previstas en el Reglamento (CE) 603/95, de 21 de febrero, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los forrajes desecados (10).

Artículo 91:
“Tipos impositivos reducidos”.

Se aplicará el tipo del 7% a los servicios funerarios efectuados por las empresas funerarias y los cementerios, y las entregas de bienes con los mismos a quienes sean destinatarios de los mencionados servicios.

Artículo 93:
“Requisitos subjetivos de la deducción”.

Podrán hacer uso del derecho a deducir los sujetos pasivos del IVA que:

- Tengan la condición de empresarios o profesionales.

- Hayan iniciado la realización habitual de las entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a sus actividades empresariales o profesionales.

Las cuotas soportadas o satisfechas con anterioridad al inicio de la actividad podrán deducirse conforme a lo dispuesto en los artículos 111, 112 y 113 de la LIVA.

También podrán deducir las cuotas de IVA soportadas los sujetos pasivos que realicen con carácter ocasional las entregas de medios de transporte nuevos.

En el caso de sectores o actividades a los que resulten aplicables los regímenes especiales el ejercicio de la deducción se realizará conforme a lo establecido en cada uno de los regímenes.

No podrán ser objeto de deducción las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios efec-

(10) La inclusión trae causa de la supresión del párrafo añadido por el artículo 6.9 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

tuadas *sin* la intención de utilizarlos en la realización de actividades empresariales o profesionales, aunque posteriormente dichos bienes o servicios se afecten total o parcialmente a las citadas actividades.

Artículo 105:
“Procedimiento de la prorrata general”.

En los supuestos de inicio de actividad o de un sector diferenciado, el porcentaje provisional de deducción aplicable durante el año en que se comience la realización de las entregas de bienes y prestaciones de servicios correspondientes a la actividad de que se trate será el que a continuación se detalla.

Artículo 111:
“Deducciones de las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales” (11).

Se da nueva redacción al citado artículo.

Quienes no realizaran actividades empresariales o profesionales y adquieran la citada condición por realizar adquisiciones o importaciones de bienes y servicios (12) podrán deducir las cuotas soportadas o satisfechas antes del momento en que inicien las entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a sus respectivas actividades (13).

Dichas deducciones se practicarán aplicando el porcentaje provisional que proponga el empresario o profesional a la Administración, salvo en el caso de que ésta fije uno diferente.

Las citadas deducciones serán provisionales y estarán sometidas a la pertinente regularización.

Los empresarios o profesionales podrán solicitar la devolución de las cuotas que sean deducibles.

Los sujetos pasivos acogidos al régimen especial del recargo de equivalencia no podrán

(11) Se considerará primer año de realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios en el desarrollo de actividades empresariales o profesionales, aquel durante el cual el empresario o profesional comience el ejercicio habitual de dichas operaciones, siempre que el inicio de las mismas tenga lugar antes del día 1 de julio y, en otro caso, el año siguiente.

(12) Con la intención confirmada, mediante elementos objetivos, de destinarlos a la realización de sus actividades.

(13) Lo mismo ocurrirá en el caso de inicio de sectores diferenciados de la actividad.

practicar las deducciones anteriormente mencionadas.

Los empresarios o profesionales que hubiesen practicado deducciones comentadas anteriormente no podrán acogerse al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca por las actividades en las que utilicen los bienes y servicios por cuya adquisición hayan soportado o satisfecho las cuotas objeto de deducción hasta que finalice el tercer año natural de realización de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.

Artículo 112:

“Regularización de las deducciones de las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales”.

Las deducciones provisionales se regularizarán aplicando el porcentaje definitivo que globalmente corresponda al período de los cuatro primeros años naturales de realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios efectuadas en el ejercicio de sus actividades.

El porcentaje definitivo de deducción se calculará según el procedimiento de la prorrata general, computando el conjunto de las operaciones realizadas durante el período mencionado anteriormente y teniendo en cuenta el importe de las subvenciones percibidas durante dicho período y con anterioridad al mismo (14).

La regularización se realiza de la siguiente forma:

– Una vez conocido el porcentaje de deducción definitivo aplicable a las cuotas soportadas o satisfechas con anterioridad al inicio de la actividad, se determinará el importe de la deducción que procedería aplicando el mencionado porcentaje. Dicho importe se restará de la suma total de deducciones provisionales practicadas.

– La diferencia, positiva o negativa, será la cuantía del ingreso o de la deducción complementaria a efectuar.

(14) Se refiere fundamentalmente a las subvenciones que en ejercicios anteriores no formaban parte del concepto de contraprestación pero que sin embargo a partir de 1 de enero de 2001 sí forman parte de dicho concepto (ver nota 10).

Artículo 113:

“Regularización de las cuotas correspondientes a bienes de inversión, soportadas con anterioridad al inicio de la realización de las entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales”.

Disposición Adicional Sexta:

“Procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa”.

Las deducciones provisionales correspondientes a cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de bienes de inversión, una vez regularizadas conforme a lo dispuesto anteriormente, deberán ser objeto nuevamente de regularización por tratarse de bienes de inversión durante los años del período de regularización que queden por transcurrir.

Cuando los bienes de inversión sean objeto de entrega antes de que finalice el período de regularización se aplicarán las reglas previstas a estos efectos en el artículo 110 de la LIVA.

Se añade una nueva disposición a los efectos de indicar que en los procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa, los adjudicatarios que tengan la condición de empresario o profesional a efectos del IVA están facultados para:

- Expedir la factura en que se documente la operación y se repercuta la cuota del Impuesto, presentar la declaración-liquidación correspondiente e ingresar el importe del Impuesto resultante.

- Efectuar, en su caso, la renuncia a las exenciones previstas en el artículo 20 de la LIVA.

Las condiciones y requisitos para el ejercicio de estas facultades quedarán pendientes del pertinente desarrollo reglamentario.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Artículos afectados:

Modificaciones introducidas:

Artículo 7:

“Hecho imponible”.

Se considerarán transmisiones patrimoniales onerosas las concesiones administrativas, salvo que tengan por objeto la cesión de derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias (15).

(15) Además de las ya sabidas concesiones administrativas consistentes en la cesión del derecho a utilizar inmuebles o instalaciones en puertos y aeropuertos.

Artículo 45:
“Beneficios fiscales”.

A partir de 1 de enero de 2001 estarán exentas del gravamen gradual de la modalidad “actos jurídicos documentados” que grava los documentos notariales, las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase.

Artículo 57:
“Devoluciones”.

Se reduce de cinco a cuatro años el plazo para solicitar la devolución de lo ingresado en el Tesoro cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato.

Régimen Económico Fiscal de Canarias

“Régimen Económico
Fiscal de Canarias”.

Al tratarse de un impuesto de naturaleza y contenido similar al Impuesto sobre el Valor Añadido, las modificaciones realizadas en este último se llevan a cabo en el impuesto canario de tal forma que se procede a la nueva redacción del articulado afectado.

Ley General Tributaria

Artículo afectado:

Modificación efectuada:

Artículo 43:

En el caso de presentación por medios telemáticos de cualquier documento ante la Administración tributaria, el presentador deberá ostentar la representación que sea necesaria en cada caso. La Administración tributaria podrá instar, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación.

Artículo 66:

Los plazos de prescripción para la imposición de sanciones se interrumpirán además de por los motivos enunciados en el propio artículo 66 de la LGT por la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador.

Artículo 96:

Entre la colaboración social con la gestión de los tributos se incluyen la presentación telemática de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios.

Disposiciones Adicionales

**Disposición Adicional
Primera:**

“Ampliación de la exención en modificación de hipotecas”.

La expresión “mejora” se sustituye por “modificación” en los artículos 4 y 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y, en consecuencia, se amplía la exención a cualquier modificación de las condiciones del tipo de interés.

**Disposición Adicional
Segunda.**

A partir de 1 de enero de 2001 a los contribuyentes por el IRPF que ejerzan actividades económicas que determinen su rendimiento neto en régimen de estimación objetiva (módulos) les serán de aplicación las deducciones previstas en el artículo 33.bis de la LIS, en la forma y con los límites de la citada norma y la LIRPF (16).

**Disposición Adicional
Cuarta.**

Se aplicará el tipo reducido del 7% del Impuesto sobre el Valor Añadido a las operaciones de cesión de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

**Disposición Adicional
Quinta:**
“Beneficios Fiscales Aplicables a «Fórum Universal de las Culturas Barcelona 2004»”.

La Ley de Presupuestos de cada año podrá establecer una relación de actividades que vayan a desarrollar determinadas entidades y elevar en 5 puntos los porcentajes y límites máximos de deducción establecidos con carácter general en relación con los programas y actividades que se realicen para tal acontecimiento hasta el final del período de su vigencia.

(16) La base conjunta de estas deducciones (para el fomento de las tecnologías de la información y la comunicación) tendrá como límite el rendimiento neto de las actividades económicas, en régimen de estimación objetiva, computado para la determinación de la base imponible.

Para el año 2002 y hasta el 31 de diciembre del año 2004 este régimen será de aplicación a los programas y actividades relacionados con “Fórum Universal de las Culturas Barcelona 2004” siempre que sea aprobado por el “Consortio Organizador del Fórum Universal de las Culturas Barcelona 2004”.

Por otra parte, las personas jurídicas podrán deducir de su cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades el 15% de las inversiones que se efectúen en los términos municipales de Barcelona y Sant Adrià del Besós y consistan en:

- Elementos del inmovilizado material nuevos (excluidos los terrenos).
- Obras de rehabilitación de edificios y otras construcciones.
- La realización de gastos de propaganda y publicidad de proyección plurianual, tanto en España como en el extranjero, relacionados con la promoción del programa referido y que sean aprobados por el Consorcio mencionado con anterioridad.

La base de la deducción será el importe total de la inversión realizada cuando el contenido del soporte publicitario se refiera de modo esencial a la divulgación de la celebración del “Fórum Universal de las Culturas Barcelona 2004”. En caso contrario, la base de la deducción será del 25% de la inversión realizada.

Esta deducción junto con el resto de deducciones del régimen general del Impuesto sobre Sociedades no podrá superar el 35% de la cuota íntegra (una vez minorada en las deducciones por doble imposición y las bonificaciones). Las deducciones no practicadas por insuficiencia de cuota podrán deducirse en los cinco años inmediatos y sucesivos.

A los sujetos pasivos que ejerzan actividades económicas en régimen de estimación directa les será de aplicación esta deducción en los términos y con las condiciones que prevé la normativa del IRPF.

Gozarán de una deducción del 95% las transmisiones patrimoniales sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuando los bienes y derechos adquiridos se destinen a actividades con derecho a deducción expuestas anteriormente.

Igualmente gozarán de una bonificación del 95% en el Impuesto sobre Actividades Económicas en las cuotas y recargos correspondientes a las actividades de carácter artístico, cultural, científico o deportivo que hayan de tener lugar durante la celebración de "Fórum Universal de las Culturas de Barcelona 2004". También serán objeto de la bonificación los impuestos y tasas locales que puedan recaer sobre las citadas operaciones.

Estos beneficios fiscales requerirán el reconocimiento previo de la Administración Tributaria, a la solicitud deberá acompañarse certificación expedida por el "Consortio Organizador del Fórum Universal de las Culturas Barcelona 2004". Posteriormente, la Administración Tributaria comprobará la concurrencia de las circunstancias o requisitos necesarios para el goce de los beneficios fiscales, practicando, en su caso, la regularización que resulte procedente de la situación tributaria de los sujetos pasivos.

Disposición Adicional
Decimocuarta.

Las operaciones de seguro de transporte público interior por carretera tendrán durante el año 2001 una bonificación del 75% en el Impuesto sobre las Primas de Seguros siempre y cuando concurren las circunstancias fijadas en la disposición.

Disposición Adicional
Decimosexta.

Se adscribe a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el Registro Especial del Ministerio de Hacienda de Uniones Temporales de Empresas, establecido en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de régimen fiscal de Agrupa-

ciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, correspondiéndole su gestión, mantenimiento y desarrollo.

Disposición Adicional
Decimoséptima.

Se prorrogan hasta el 31 de diciembre de 2001 los incentivos fiscales aplicables a “Cartuja 93”.

Disposición Adicional
Vigésimo Quinta.

Se extiende hasta el 16 de noviembre de 2000 el plazo para la adaptación de los compromisos por pensiones de las empresas con su personal.

Disposición Adicional
Trigésimo Quinta:
“Prestaciones recibidas
de expedientes de re-
gulación de empleo”.

Se permite la reducción del 30% (rendimiento del trabajo irregular) a determinados su-
puestos como consecuencia de la ampliación
del plazo previsto en la Disposición Adicional
Vigésimo Quinta anterior.

Disposiciones Transitorias

Disposición Transitoria
Quinta.

Se amplía el plazo de adaptación de estatutos de fundaciones a dos años desde la entrada en vigor de la presente disposición.

Disposición Transitoria
Séptima.

Se prorrogan para los años 2000 y 2001 los beneficios fiscales en el IRPF a la transmisión de determinadas fincas rústicas y explotaciones agrícolas derivados de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias.

Disposición Transitoria
Octava.

Los nuevos requisitos exigidos en el artículo 110 de la LIS para el ejercicio y comunicación de la opción por el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores serán aplicables a aquellas operaciones en las que el correspondiente proyecto, acuerdo o contrato se realice a partir de 1 de enero de 2001.

Disposición Final

Disposición Final
Única.

La presente Ley entrará en vigor a partir de
1 de enero de 2001.

OBSERVACIONES A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE MEDIDAS

A) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

1. Artículo 7. "Rentas exentas".

a) La principal novedad del presente artículo consiste en que se incluyen entre las indemnizaciones exentas las correspondientes a daños personales derivadas de contratos de seguros del propio accidentado, ya que hasta ahora únicamente se consideraban exentas las indemnizaciones por responsabilidad civil de terceros. Sin embargo, para los contratos de seguros del propio accidentado el único límite existente es el que marque la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en su redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

b) Por su parte, conviene comentar al respecto que sobre las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, la doctrina venía entendiendo que dichas cantidades se consideraban incluidas entre las indemnizaciones percibidas de los seguros y, por tanto, se trataban de cantidades exentas del impuesto. Con la presente inclusión entre las rentas exentas del artículo 7 de la Ley 40/1998 se pone de manifiesto la no consideración hasta la fecha de las citadas cantidades como rentas exentas por parte de la Administración.

2. Artículo 79. "Obligación de declarar".

Se endurece la obligación de declarar ampliando el número de posibles declarantes en función de nuevas hipótesis legales. Entre las principales novedades se encuentra la elevación a 1.300.000 pesetas (antes 1.250.000 pesetas) de la obligación de declarar a aquellos perceptores de rentas del trabajo que procedan de más de un pagador. Sin embargo, aquellos contribuyentes que las cantidades percibidas del segundo y tercer pagador no superen las 100.000 pesetas, el límite de declarar será de 3.500.000 pesetas y no de 1.300.000 pesetas.

B) Impuesto sobre Sociedades

1. Régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

Las modificaciones introducidas por la Ley de Medidas inciden fundamentalmente sobre el régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

Así las citadas modificaciones hacen referencia a:

a) Se endurece la regulación fiscal de la escisión respecto a la norma mercantil (art. 252.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) para aquellas escisiones en las que, al existir dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes se realice en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde. La norma fiscal exige ahora que los patrimonios escindidos constituyan ramas de actividad, mientras que la norma mercantil únicamente exige el consentimiento individual de los afectados.

b) Respecto al canje de valores:

b.1. Se introduce como principal novedad que tan sólo la entidad que adquiere los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE (antes se exigía tanto en la entidad adquirente como en la participada).

b.2. Se introduce una medida cautelar de valoración en los casos de rentas generadas en los socios aportantes no sujetas a tributación en España.

c) La adición de este nuevo supuesto a la letra a') de la letra a) del número 3.º del artículo 103 de la LIS obedece a exigencias de la Unión Europea que consideraba discriminatorio el tratamiento favorable cuando la diferencia entre el precio de adquisición y el valor contable de la participación hubiera tributado en España, exclusivamente, pues no debe olvidarse que este régimen fiscal trae causa de una Directiva Comunitaria.

d) Las modificaciones introducidas en el artículo 109 de la LIS persiguen flexibilizar la rigidez de la redacción legal anterior en los siguientes aspectos:

d.1. Prescindiendo de la antigüedad de la participación para facilitar tanto la deducción por doble imposición interna de dividendos como la doble imposición interna de plusvalías que, con anterioridad, la literalidad legal obligaba a una antigüedad mínima, de manera ininterrumpida, durante el año anterior a la exigibilidad del beneficio o a la transmisión de la participación.

d.2. Se corrige la redacción legal anterior estableciendo con carácter general que la depreciación motivada por la distribución de beneficios procedentes de rentas derivadas de estas operaciones favorecidas por el *diferimiento impositivo, no serán fiscalmente deducibles. Ahora bien, si el importe de los citados beneficios hubiera tributado (transmisión de la participación representativa del capital de la entidad adquirente por el socio antes de generarse la plusvalía latente en la sociedad) el nuevo socio tendrá derecho a la exención o deducción.*

d.3. Cuando la entidad adquirente por imperativo contable (Resolución ICAC 30-7-1991) ha de recoger los bienes y derechos aportados por el valor normal de mercado, las exigencias fiscales condenaban a la entidad adquirente a aplazar la corrección de la doble imposición (tributación en la aportante, en caso de transmisión de la participación) hasta el momento de la extinción.

La nueva redacción permite anticipar los ajustes de signo contrario con anterioridad, si se producen dos cosas: la transmisión de la participación por los socios y la integración de la misma en la base imponible del impuesto de aquéllos y hasta el límite de la cuantía integrada.

e) Se establecen mayores obligaciones formales para la aplicación del régimen, hasta ahora bastaba con la simple comunicación de la opción por el régimen al Ministerio de Hacienda.

f) Asimismo, se endurecen los requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial. Así, únicamente se permitirá la aplicación del citado régimen por motivos económicos válidos de reestructuración empresarial o la racionalización de activos.

2. Régimen fiscal especial de los grupos de sociedades.

Las entidades no residentes no pueden formar parte de los grupos de sociedades desde el punto de vista de la LIS; en consecuencia, cualquier operación realizada por el grupo con otras sociedades filiales que no fueran residentes escapaban del conocimiento de la Administración Tributaria, ya que no existía la obligación de facilitar información respecto a las filiales extranjeras que no formaran parte del grupo. Con la modificación introducida en el artículo 139 de la LIS las entidades dominantes del grupo deberán facilitar a instancia de la Inspección de los Tributos la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance de las entidades pertenecientes al mismo que no sean residentes. De este modo la Administración tendrá noticia de las operaciones realizadas con las sociedades filiales no residentes.

3. Declaraciones.

Resulta conveniente destacar la mejora introducida respecto de la presentación de la declaración-liquidación por el Impuesto sobre Sociedades para aquellas sociedades que tienen el ejercicio quebrado. En todo caso, estas sociedades podrán presentar la declaración en el plazo establecido con carácter general (25 días naturales siguientes a los meses posteriores a la conclusión del período impositivo), sin perjuicio de la opción concedida con la nueva redacción legal, por hacerlo una vez aprobado el modelo de declaración.

C) Impuesto sobre la Renta de No Residentes

Las modificaciones introducidas van encaminadas a la equiparación de los tipos de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes con los tipos de retención existentes para los residentes.

D) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

1. Con carácter general se reducen de cinco a cuatro años los plazos para adecuarse a lo dispuesto en la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

2. Se flexibiliza la responsabilidad subsidiaria en los casos contemplados en el artículo 8, para facilitar el pago del Impuesto sucesorio y poder liberar la transmisión lucrativa.

E) Impuesto sobre el Valor Añadido

La deducción de las cuotas soportadas con anterioridad al comienzo de las actividades empresariales o profesionales (en la adquisición de elementos patrimoniales o como consecuencia de los servicios recibidos), hasta fechas recientes no podían producirse, con carácter general, hasta iniciarse efectivamente (17) tales actividades, siempre que este derecho no hubiera caducado por el transcurso del plazo de cinco años. Excepcionalmente podían tener lugar, antes de aquel inicio, si se cumplían los siguientes requisitos:

(17) El inicio "efectivo" de actividades se vinculaba al momento en que el sujeto pasivo (empresario o profesional) comenzaba la realización habitual de las entregas de bienes o prestaciones de servicios que constituían el objeto de su actividad empresarial o profesional.

a) Haber presentado, antes de soportar las cuotas, una declaración previa al inicio de las actividades empresariales o profesionales.

b) Iniciar las actividades dentro del plazo de un año a contar de la presentación de la declaración. Cabía la prórroga de este plazo por la Administración en determinadas circunstancias.

La normativa comunitaria únicamente establece la obligación de los sujetos pasivos de declarar la iniciación, la modificación y el cese de sus actividades, pero no autoriza en absoluto a los Estados miembros, en caso de que no se presente dicha declaración, a retrasar el ejercicio del derecho a deducir hasta el inicio efectivo de la realización habitual de las operaciones gravadas o privar del ejercicio de este derecho al sujeto pasivo. Por ello el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en Sentencia de 21 de marzo de 2000, declara: “que el artículo 17 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios Sistema común IVA: base imponible uniforme, se opone a la normativa nacional (española)...”.

No obstante y hasta tanto no se publicara la presente modificación legal, la Dirección General de Tributos, con fecha 11 de octubre de 2000, dictó una Resolución que anticipaba la presente modificación.

F) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Las principales novedades introducidas son las siguientes:

1. Artículo 7. “Hecho imponible”.

Excluye de la sujeción de la modalidad “transmisiones patrimoniales onerosas” la constitución de concesiones administrativas que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias, antes únicamente excluía la cesión del derecho a utilizar inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.

2. Artículo 45. “Exenciones”.

BENEFICIOS FISCALES: EXENCIÓN DEL GRAVAMEN GRADUAL EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES DE LAS PRIMERAS COPIAS DE ESCRITURAS QUE DOCUMENTAN LA CANCELACIÓN DE HIPOTECAS DE CUALQUIER CLASE:

1) Conforme a los artículos 4.Cuatro y 20.1.18 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, las garantías reales anejas a una operación de préstamo sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, aunque exentas, comportarán la exclusión de los hechos imposables de la moda-

lidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Tratándose de garantías reales inscribibles el artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993) parece sujetar estas operaciones a la cuota proporcional de Actos Jurídicos Documentados (documentos notariales) desarrollándolo así el artículo 74.2 del Reglamento.

Aun cuando inicialmente cierto sector doctrinal (MARTÍNEZ LAFUENTE) y algunas Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (19 de octubre y 10 de noviembre de 1988 y 8 de marzo de 1989) estimaron que los préstamos con garantía hipotecaria estaban exentos del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 2 de octubre de 1989, dictada en recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, estableció una posición contraria a extender la exención por el gravamen gradual de la modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a los préstamos hipotecarios (art. 45.1.B.15).

Esta doctrina ha venido consolidándose en posteriores sentencias del Alto Tribunal. No obstante, con fecha 19 de abril de 1997, el Tribunal Supremo (ponente D. José Mateo Díaz), tras un análisis de la evolución normativa, llegó a la conclusión siguiente en su Fundamento de Derecho Primero: *“En el caso de escrituras públicas que contengan préstamos hipotecarios..., no estando sujetos por ello al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre tales Transmisiones, ni tampoco, después del 1 de enero de 1988, al de Actos Jurídicos Documentados”*.

Aunque la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, unida a la filosofía que inspiraban las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 (empréstitos representados por obligaciones) y la del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de octubre de 1998 (prohíbe someter a imposición los empréstitos con emisión de obligaciones por el impuesto que grava las escrituras notariales de cancelación de aquéllos) pudieron alentar una variación en el criterio jurisprudencial relativo a la exención por Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de los préstamos hipotecarios no sujetos a Transmisiones Patrimoniales Onerosas, lo cierto es que la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentido contrario, con una Sentencia posterior que incluye el siguiente Fundamento de Derecho: *“Cuarto. La doctrina que antecede ha sido sustentada por esta Sala en decenas de sentencias cuya notoriedad releva de su cita específica e, incluso, en la Sentencia de 2 de octubre de 1989 dictada en un recurso extraordinario de apelación en interés de Ley; y no empece a ello que la Sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1997, haya patrocinado la tesis contraria”* hizo de difícil defensa la tesis de la exención.

En resumen, hasta la introducción del nuevo apartado legal [apartado 18 de la letra B) del número 1 del art. 45 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados] conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se consideraba aplicable la exención del artículo 45.1.B).15 del Texto Refundido a la cuota proporcional de Actos Jurídicos Documentados –documentos notariales– por ser un tributo cuyo hecho imponible no es el préstamo sino el soporte documental en el que consta. Por la misma razón tampoco disfrutaban de exención *las cancelaciones de créditos que tributasen por el gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados*.

2) Conclusión:

A la vista de todo lo que antecede no cabe más que felicitarse por el acierto de la medida de exención establecida, sin perjuicio de reiterar un hecho objetivo que avala la bondad de la decisión:

— Inexistencia de acto jurídico (se trata del mero formalismo de la cancelación unilateral de un derecho previamente extinguido).

— Inexistencia de cantidad o cosa valuable (lo cancelado ya no garantiza nada una vez devuelto íntegramente el préstamo y sus intereses).

— Inexistencia de adquirente (no hay adquisición de derecho alguna).

Se declaran exentas de la modalidad “actos jurídicos documentados” las primeras copias de escrituras notariales que documenten *la cancelación de hipotecas*.

3) Condiciones resolutorias explícitas:

El artículo 7.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados equipara las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas (art. 11 de la Ley Hipotecaria) a las hipotecas que garanticen el pago del precio aplazado con la misma finca vendida.

Sin embargo, las condiciones resolutorias explícitas que garanticen el pago del precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles sujetos y no exentos al IVA no tributarán ni en este Impuesto ni en el de Transmisiones Patrimoniales.

No obstante, los artículos 73 y 74 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (Reglamento del ITP y AJD) vienen a establecer que las primeras copias de escrituras notariales que documenten la constitución de préstamo sujeto al IVA, tributarán por el gravamen gradual de “AJD” sobre documentos notariales cuando sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil, sujetando al mismo gravamen gradual aquellas primeras copias *“que documenten la extinción del préstamo de cualquier clase, siempre que sean inscribibles...”*.

Consecuentemente, la asimilación o equiparación legal del tratamiento fiscal de las condiciones resolutorias explícitas al supuesto de hipote-

ca, en la función garantista que realizan, debe llevar aparejada la consideración de supuesto exento cuando se produzca la cancelación de la condición en los términos establecidos por el nuevo apartado legal. Se trata de una analogía querida por el legislador y, en esa medida, debe ser objeto del mismo tratamiento que el supuesto de hecho al que se equipara o asimila, en una interpretación acorde con los artículos 23 de la Ley General Tributaria y 3 del Código Civil.

Pese a todo, conviene concederse un margen de tiempo hasta que la Dirección General de Tributos conteste a la consulta que, verbalmente, ya se le ha formulado. Estimamos que, en un plazo breve (7 u 8 días), podrá conocerse el criterio del Centro Directivo. Así en resolución de fecha 23 de marzo de 2001 la DGT estimó "... En consecuencia, y teniendo en cuenta, además, la prohibición del artículo 23.3 de la Ley General Tributaria, de aplicar la «analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones», esta Dirección General no considera aplicable a las escrituras de cancelación de condiciones resolutorias la exención prevista en el artículo 18 del artículo 45.J.B) del Texto Refundido para «las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase, en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales"».

3. *Artículo 57. "Devoluciones".*

Se reduce de cinco a cuatro años el plazo para solicitar la devolución de cuotas de actos nulos de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

G) Ley General Tributaria

1. Debido a la modificación introducida por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente en la que el expediente sancionador debe tramitarse mediante un expediente distinto del instruido para la propia comprobación de la situación tributaria del sujeto pasivo, se regula también de forma independiente el plazo de prescripción para la imposición de sanciones.

2. Se sustituye la palabra "impuesto" por "tributo" porque la voz genérica incluye conceptos tales como las tasas y las contribuciones especiales que no estaban sujetas al plazo de prescripción.

Madrid, 9 de enero de 2001

NOVEDADES DE FIN DE AÑO, ESPECIALMENTE TRIBUTARIAS (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario-Honorario

SUMARIO: **A)** LEY 13/2000, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2001. **B)** LEY 14/2000, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL. **C)** REAL DECRETO 3472/2000, DE 29 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES, ASÍ COMO DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

Es posible, y ya ha sucedido repetidas veces, que los españoles nos quedemos sin oír las campanadas que marcan el fin de un año y el comienzo de otro nuevo o que los presentadores de turno nos equivoquen y con ello nos obliguen a tragarnos las uvas a marcha aún más for-

(*) Circular n.º 6, de 14 de febrero de 2001, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

zada, es posible... Lo que no es posible es que los juristas nos quedemos sin la inundación legislativa que provocan la Ley de Presupuestos Generales del Estado y sus acompañantes.

A la tarea de poner un poco de orden en el desorden ocasionado responde la presente Circular, que contempla el panorama con "lentillas notariales".

Las modificaciones se contienen:

I. En el Título VI de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001 (BOE n.º 312, 29 de diciembre), en cuya E. de M. (apartado VIII) se nos explica que "estas modificaciones se limitan a la actualización de determinados parámetros con la finalidad de consolidar para el próximo ejercicio el cumplimiento de los criterios de convergencia y, en particular, el de alcanzar el objeto de eliminar el déficit público".

II. En la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE n.º 313, 30 de diciembre), que recoge –según leemos en el apartado II de su E. de M.– aquellas "normas tributarias que no cuentan con habilitación legislativa para su modificación presupuestaria; por ello, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, el título de la Ley alude expresamente a las normas tributarias: «Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social» para el año 2001".

Asimismo, nos explica la citada E. de M. las razones por las cuales se introducen las modificaciones tributarias, a saber:

1) En primer lugar, por imperativo legal. Es el caso de la adaptación de la normativa del IVA a lo dispuesto en la Sexta Directiva del Consejo (77/388), en lo que se refiere al procedimiento especial para la devolución del impuesto soportado con anterioridad al inicio de las operaciones que constituyan el objeto de la actividad del sujeto pasivo, como consecuencia de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Destacan también las modificaciones realizadas en el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, el Impuesto General Indirecto Canario y los derechos y demás tributos a la importación para adaptarlos a lo establecido en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, como consecuencia de la desaparición del régimen de matrícula turística el 1 de enero de 2001. Asimismo, se incluyen otras modificaciones con el objeto de seguir adecuando nuestra normativa tributaria a los plazos de prescripción contenidos en la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

2) En segundo lugar, por razones de tipo técnico, derivadas de la

experiencia de las normas tributarias por la Administración y los contribuyentes, así como del impacto que la jurisprudencia y la doctrina van generando en la normativa tributaria. Bellas palabras que, si la memoria no nos falla, son reproducción exacta de las contenidas en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, del mismo nombre que a la que nos estamos refiriendo y que no suponen otra cosa que una reacción en cadena a la picaresca del contribuyente; ya saben eso de “hecha la ley...”.

Por esta causa se regulan los nuevos supuestos de exención por indemnizaciones en el IRPF; la modificación de algunos aspectos del Régimen de Fusiones en el Impuesto sobre Sociedades; la equiparación de los tipos de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes con los tipos de retención existentes para residentes; y por lo que se refiere al Régimen Económico y Fiscal de Canarias (art. 25 de la Ley 19/1994, de 6 de julio), se aclara que los bienes de inversión adquiridos o imputados deben entrar en funcionamiento de manera inmediata, como siempre fue la voluntad del legislador y de la norma, y se fija un período de cinco años, o vida útil si fuera inferior, para el mantenimiento de las inversiones.

3) Finalmente, la incentivación de determinadas actuaciones. Es el caso de la aplicación de la nueva deducción por tecnologías de la información y de comunicación a empresarios personas físicas en régimen de estimación objetiva, de la modificación del Impuesto Especial de Determinados Medios de Transporte con el objeto de facilitar la renovación de las flotas de las empresas de alquiler y de enseñanza de conductores o de las medidas que buscan adaptar los procedimientos tributarios a la sociedad de la información y, especialmente, a los medios telemáticos de tramitación de los mismos.

III. Y en el R.D. 3472/2000, de 29 de diciembre (mismo BOE n.º 313), por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en materia de amortización de elementos patrimoniales, provisión para insolvencias de entidades financieras, colaboración externa en la presentación y gestión de declaraciones e imputación temporal de ingresos y gastos, así como del Reglamento del IRPF en materia de rendimientos irregulares del trabajo y plazo para la presentación de la declaración informativa de donaciones que deben formular las entidades receptoras de donativos que den derecho a deducción por este impuesto.

Veamos estas disposiciones por separado.

A) Ley 13/2000, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001

Impuestos directos.

1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

a) *Coefficientes de actualización del valor de adquisición.* Están contenidos en el artículo 59. La modificación supone la puesta al día de los coeficientes correctores del valor de adquisición al 2 por 100, que es el porcentaje de inflación previsto para el próximo ejercicio. (¿Se nos permite, cuando menos, sonreír?).

Según el citado artículo, a los efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 33 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF y otras normas tributarias, para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúen durante el año 2001, los coeficientes de actualización serán:

<u>Año de la inversión</u>	<u>Coefficiente</u>
1994 y anterior	1,080
1995	1,141
1996	1,102
1997	1,080
1998	1,059
1999	1,040
2000	1,020
2001	1

No obstante, cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,141.

b) *Escalas.* Según la disposición adicional vigésima quinta se prorroga para el año 2001 la redacción de los artículos 50 y 61 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF y otras normas tributarias, establecida en los artículos 59 y 60 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 (*vide* Circular 13/2000, de esta Comisión).

c) *Compensación fiscal a los arrendatarios de vivienda habitual en 2000 (disp. trans. cuarta).* Se mantiene la deducción del 10% respecto de las cantidades satisfechas en 2000 por el alquiler de la vivienda habitual, con el límite de 100.000 pesetas (601,01 euros). Deducción que se restará de la cuota líquida total del impuesto, después de las deducciones por doble imposición a que se refieren los artículos 66 y 67 de la Ley (Ley 40/1998).

Igualmente se mantienen inalterados los requisitos que deben cumplir los contribuyentes para tener derecho a la expresada deducción:

— Que la suma de las partes general y especial de la base imponible, antes de computar el mínimo personal y familiar, no sea superior a 3.500.000 pesetas (21.034,42 euros) en tributación individual o 5.000.000 de pesetas (30.050,61 euros) en tributación conjunta,

— y que las cantidades satisfechas en 2000 en concepto de alquiler excedan del 10% de los rendimientos netos del contribuyente.

d) *Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2000 (disp. trans. quinta)*. Tampoco sufre alteración esta compensación respecto a la establecida en la disposición transitoria quinta de la Ley 54/1999 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, a la que nos remitimos en evitación de inútiles repeticiones.

e) *Asignación tributaria a la Iglesia Católica (disp. adic. vigésima primera)*. Se actualiza la cuantía de las entregas mensuales a las que se refiere la disposición adicional vigésima de la indicada Ley 54/1999, con el objeto de garantizarle unos ingresos mínimos. Estos nuevos pagos mensuales quedan cifrados en 1.812.167.000 pesetas (10.891.343,02 euros).

Al mismo tiempo se elevan a definitivas las cantidades entregadas a cuenta en el año 2000.

f) *Actividades y programas prioritarios de mecenazgo y otros incentivos de interés general (disp. adic. vigésima)*. Según se nos explica en la E. de M., se prorroga para el 2001 la deducción específica en la cuota del 25% para las actividades y programas prioritarios de mecenazgo contenidas en la disposición adicional decimonovena de la repetida Ley 54/1999 (patrimonio histórico, ayuda oficial de desarrollo, promoción de lenguas oficiales y formación del voluntariado), añadiendo dentro de los bienes del patrimonio histórico la Concatedral de Santa María de Mérida.

Se adiciona, por otra parte, una deducción del 25% en la cuota del IRPF (o de la consideración de partida deducible en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades), respecto de las cantidades donadas a proyectos y actuaciones de las Administraciones públicas dirigidas a promover la prestación de los servicios públicos por medios informáticos y telemáticos, en particular a través de Internet.

2) *Impuesto sobre Sociedades.*

a) *Coeficiente de corrección monetaria (art. 60)*. Se actualizan para recoger la depreciación monetaria habida desde 1983, a efectos de aplicar los mecanismos previstos en el artículo 15.11.a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, mediante la aplicación de un coeficiente conforme a los índices recogidos en la tabla aprobada para el ejercicio anterior que refleje la variación de precios que se presume acontecerá en el año 2001 (por presumir... y equivocarse, que no

quede), con el objeto de eliminar la tributación de las plusvalías monetarias. Al igual que en los ejercicios 1999 y 2000 y de acuerdo con la modificación que la reforma del IRPF ha determinado en el artículo 15.11 de la mentada Ley 43/1995, dichos coeficientes de actualización sólo se aplican a los activos inmobiliarios.

Los coeficientes serán los siguientes, en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido:

Con anterioridad a 1 de enero de 1984	1,938
En el ejercicio 1984	1,760
En el ejercicio 1985	1,625
En el ejercicio 1986	1,530
En el ejercicio 1987	1,458
En el ejercicio 1988	1,393
En el ejercicio 1989	1,332
En el ejercicio 1990	1,280
En el ejercicio 1991	1,236
En el ejercicio 1992	1,208
En el ejercicio 1993	1,193
En el ejercicio 1994	1,171
En el ejercicio 1995	1,124
En el ejercicio 1996	1,071
En el ejercicio 1997	1,047
En el ejercicio 1998	1,033
En el ejercicio 1999	1,026
En el ejercicio 2000	1,021
En el ejercicio 2001	1,000

b) *Pago fraccionado (art. 61)*. Se mantiene la misma regulación que en la Ley de Presupuestos precedente (*vide* su art. 62) y, por tanto, la inclusión de las sociedades sometidas al régimen de transparencia fiscal entre las obligadas a realizar pagos fraccionados.

Por lo expuesto:

— El porcentaje continúa siendo el 18% para la modalidad prevista en el apartado 2 del artículo 38 de la Ley 43/1995 (sujetos pasivos cuyo plazo reglamentario de declaración estuviere vencido el primer día de los veinte naturales de los meses de abril, octubre y diciembre),

— y se aplicará el porcentaje obtenido multiplicando por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto, para la modalidad prevista en el apartado 3 del indicado artículo 38 (sujetos pasivos que hubieren optado hacer pagos fraccionados sobre la parte de la base imponible del período de los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural). Estarán obligados a aplicar esta modalidad los sujetos pasivos cuyo

volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, haya superado la cantidad de 1.000 millones de pesetas (6.010.121,04 euros) durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2001.

c) *Deducciones*. Las establecidas en el IRPF, y que acabamos de enumerar, relativas a las actividades y programas prioritarios de mecenazgo son también aplicables en la base imponible de este Impuesto sobre Sociedades (*vide* disp. adic. vigésima de esta Ley 13/2000, referenciada en la letra f, del número 1 de esta Circular).

3) *Impuestos locales*.

3') *Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)*.

Su base imponible se actualiza de acuerdo con la inflación prevista.

Según el artículo 62 con efectos de 1 de enero de 2001, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 69.3 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, se actualizarán todos los valores catastrales del IBI, tanto de naturaleza rústica como de naturaleza urbana, mediante la aplicación del coeficiente 1,02.

Este coeficiente se aplicará:

a) Cuando se trate de inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el Catastro, sobre el valor asignado a dichos bienes para el 2000.

b) Cuando se trate de inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de orden físico o jurídico conforme a los datos obrantes en el Catastro, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro.

Quedan excluidos de la aplicación del coeficiente de actualización los bienes inmuebles urbanos cuyos valores catastrales se obtengan de la aplicación de las ponencias de valores previstas en el artículo 2 de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 39/1998, y se establece una reducción en la base imponible del IBI.

Tampoco será aplicable el incremento de los valores catastrales de naturaleza rústica respecto al límite de base imponible de las explotaciones agrarias que condiciona la inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia, que seguirá rigiéndose por su legislación específica.

3'') *Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE)*.

Sus tarifas sufren pequeñas modificaciones –que enumera el art. 63 de la Ley en términos que no nos afectan profesionalmente (alquiler de

automóviles sin conductor, ingenieros en geología y cartografía, etc.)—que, sin suponer incremento alguno, tienen como finalidad facilitar la gestión del impuesto.

Impuestos indirectos.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 64).

La clásica modificación del párrafo primero del artículo 43 del texto refundido (aprobado por el R.D. Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) aplicable a la transmisión y rehabilitación de títulos y grandezas, que supone su actualización en el 2%.

Escala	Transmisiones directas	Transmisiones transversales	Rehabilitaciones y reconocimiento de títulos extranjeros
	----- Pesetas (Euros)	----- Pesetas (Euros)	Pesetas (Euros)
1.º Por cada título con grandeza.....	363.000 (2.181,67)	905.000 (5.439,16)	2.170.000 (13.041,96)
2.º Por cada grandeza sin título.....	258.000 1.550,61)	647.000 (3.888,55)	1.549.000 (9.309,68)
3.º Por cada título sin grandeza.....	103.000 (619,04)	258.000 (1.550,61)	621.000 (3.732,29)

Otros tributos.

En materia de TASAS, se mantienen los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal (*vide* arts. 65 y 66 de la Ley).

Interés legal del dinero.

Según la disposición adicional sexta, el tipo de interés legal del dinero queda establecido en el 5,50% hasta el 31 de diciembre del año 2001 (el año pasado fue el 4,25%) y el de demora en el 6,50% (frente al 5,50% del 2000).

B) Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Impuestos directos.

1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.* La Ley 40/1998, con efectos desde el 1 de enero del año 2001, sufre las siguientes modificaciones:

a) *Exenciones:*

— La letra d) del artículo 7 quedará redactada de la siguiente forma: “d) Las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida.= Igualmente estarán exentas las indemnizaciones por idéntico tipo de daños derivados de contratos de seguro de accidentes, salvo aquellos cuyas primas hubieran podido reducir la base imponible o ser consideradas gasto deducible por aplicación de la regla 1.^a del artículo 28, de la presente Ley, hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daño sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incorporado como anexo en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en su redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados” (art. 1, Uno),

— también se redacta de nuevo la letra n) del propio artículo 7: “n) Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el R.D. 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, con el límite de 2.000.000 de pesetas (12.020,24 euros) –antes el límite era el de un millón de pesetas– siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma.= La exención prevista en el párrafo anterior estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiere integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso de trabajador autónomo” (art. 1, Dos),

— y se añade una nueva letra r) al repetido artículo 7: “r) Las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, con el límite del importe total de los gastos incurridos” (art. 1, Tres).

b) *Obligación de declarar.* Según el artículo 1, Cuatro, los apartados 2 y 3 del artículo 79 quedarán redactados de la siguiente forma:

“2. No obstante, no tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan rentas procedentes exclusivamente de las siguientes fuentes, en tributación individual o conjunta:

a) Rendimientos del trabajo, con el límite de 3.500.000 pesetas brutas anuales (21.035,42 euros).

b) Rendimientos del capital mobiliario y ganancias patrimoniales sometidos a retención o ingreso a cuenta, con el límite conjunto de 250.000 pesetas brutas anuales (1.502,53 euros).

c) Rentas inmobiliarias imputadas a que se refiere el artículo 71, con el límite que se establezca reglamentariamente.

d) Rendimientos del capital mobiliario no sujetos a retención derivados de Letras del Tesoro y subvenciones para la adquisición de viviendas de protección oficial o de precio tasado, con el límite conjunto de 100.000 pesetas (601,01 euros) brutas anuales.

En ningún caso tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan exclusivamente rendimientos del trabajo, de capital, o de actividades profesionales, así como ganancias patrimoniales, con el límite conjunto de 100.000 pesetas (601,01 euros) brutas anuales.

3. El límite a que se refiere la letra a) del apartado 2 anterior será de 1.300.000 pesetas (7.813,16 euros) para los contribuyentes que perciban rendimientos del trabajo en los siguientes supuestos:

a) Cuando procedan de más de un pagador. No obstante, aunque los rendimientos del trabajo procedan de más de un pagador, si la suma de las cantidades percibidas del segundo y restantes pagadores, por orden de cuantía, no superan en su conjunto la cantidad de 100.000 pesetas brutas anuales (601,01 euros), el límite será de 3.500.000 pesetas brutas anuales (21.035,42 euros).

b) Cuando se perciban pensiones compensatorias del cónyuge o anualidades por alimentos diferentes de las previstas en el artículo 7, letra k) de esta Ley.

c) Cuando el pagador de los rendimientos del trabajo no esté obligado a retener de acuerdo con lo previsto reglamentariamente.”

La nueva redacción del artículo 79 efectuada por la presente Ley de Medidas Fiscales resultará de aplicación a los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2000 (disp. trans. novena).

c) *Beneficios fiscales aplicables a la transmisión de determinadas fincas rústicas y explotaciones agrarias.* De acuerdo con la disposición transitoria séptima se prorroga para los años 2000 y 2001 el régimen fiscal previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias, para la transmisión de determinadas fincas rústicas y explotaciones agrarias.

2) *Impuesto sobre Sociedades*. Las modificaciones están contenidas en el artículo 2 de esta ley y afectan a:

a) *Deducción por inversiones en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas y edición de libros*. Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 35 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre. La reforma está encaminada a la protección de las producciones españolas de largometrajes cinematográficos y de series audiovisuales de ficción, animación o documental.

Las inversiones en esta materia darán derecho a una deducción del 20% al productor y otra del 5% a favor del coproductor financiero (figura que se define en el párrafo tercero del expresado apartado 2).

b) *Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Definiciones*.

Se añade un último párrafo en el apartado 2 del artículo 97 –que pasa a ser el 97.2.2.º, quedando el hasta ahora 97.2 como 97.2.1.º– redactado de la siguiente forma:

“En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad”.

c) *Régimen fiscal del canje de valores*. Se da nueva redacción al artículo 101, a saber:

“1. No se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este Impuesto las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores, siempre que cumplan los requisitos siguientes:

a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España.

b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.

2. Los valores recibidos por la entidad que realiza el canje de valores se valorarán por el valor que tenían en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación, según las normas de este Impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excepto que su valor normal de mercado fuere inferior, en cuyo caso se valorarán por este último.

En aquellos casos en que las rentas generadas en los socios no estuviesen sujetas a tributación en territorio español, se tomará el valor convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado.

3. Los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, por el valor de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este Impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida.

Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados.

4. En el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español, se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este Impuesto del período impositivo en que se produzca esta circunstancia la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducibles.

La parte de deuda tributaria correspondiente a dicha renta podrá aplazarse, ingresándose conjuntamente con la declaración correspondiente al período impositivo en el que se transmitan los valores, a condición de que el sujeto pasivo garantice el pago de la misma.

5. Se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este Impuesto las rentas obtenidas en operaciones en las que intervengan entidades domiciliadas o establecidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales u obtenidas a través de los mismos.

6. Las operaciones de canje de valores que no cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo no podrán acogerse al régimen previsto en el presente capítulo.”

d) *Participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente.* Se añade en la subletra a’) de la letra a) del apartado 3 del artículo 103 un segundo párrafo del siguiente tenor: “Igualmente procederá la deducción de la indicada diferencia cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la misma ha tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este Impuesto, siempre que el transmitente no resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal”.

e) *Normas para evitar la doble imposición.* Se da nueva redacción al artículo 109 de la Ley:

“1. A los efectos de evitar la doble imposición que pudiera producirse por aplicación de las reglas de valoración previstas en los artículos 100, 101.2 y 108 de esta Ley se aplicarán las siguientes normas:

a) Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos a que se refiere el artículo 28.2 de esta Ley, cual-

quiera que sea el porcentaje de participación del socio y su antigüedad. Igual criterio se aplicará respecto de la deducción para evitar la doble imposición interna de plusvalías a que se refiere el artículo 28.5 de esta Ley por las rentas generadas en la transmisión de la participación.

b) Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados tendrán derecho a la exención o a la deducción para evitar la doble imposición internacional de dividendos cualquiera que sea el grado de participación del socio.

La depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios a que se refiere el párrafo anterior no será fiscalmente deducible, salvo que el importe de los citados beneficios hubiera tributado en España a través de la transmisión de la participación.

2. Cuando por la forma en como contabilizó la entidad adquirente no hubiera sido posible evitar la doble imposición por aplicación de las normas previstas en el apartado anterior dicha entidad practicará, en el momento de su extinción, los ajustes de signo contrario a los que hubiere practicado por aplicación de las reglas de valoración establecidas en los artículos 100, 101.2 y 108 de esta Ley. La entidad adquirente podrá practicar los referidos ajustes de signo contrario con anterioridad a su extinción, siempre que pruebe que se ha transmitido por los socios su participación y con el límite de la cuantía que se haya integrado en la base imponible de estos con ocasión de dicha transmisión.”

f) *Aplicación del régimen fiscal.* Los apartados 1 y 2 del artículo 110 quedan redactados de la siguiente forma:

“1. La aplicación del régimen establecido en el presente capítulo requerirá que se opte por el mismo de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En las operaciones de fusión o escisión la opción se incluirá en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión o escisión de las entidades transmitentes y adquirentes que tengan su residencia fiscal en España.

Tratándose de operaciones a las que sea de aplicación el régimen establecido en el artículo 98 de esta Ley y en las cuales ni la entidad transmitente ni la adquirente tengan su residencia fiscal en España, la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en escritura pública en que se documente la transmisión.

b) En las aportaciones no dinerarias la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato.

Tratándose de operaciones en las cuales la entidad adquirente no tenga su residencia fiscal o un establecimiento permanente en España, la opción se ejercerá por la entidad transmitente.

c) En las operaciones de canje de valores la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato. En las ofertas públicas de adquisición de acciones la opción se ejercerá por el órgano social competente para promover la operación y deberá constar en el folleto explicativo.

Tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente de los valores ni la entidad participada cuyos valores se canjean sean residentes en España, el socio que transmite dichos valores deberá demostrar que a la entidad adquirente se le ha aplicado el régimen de la Directiva 90/434/CEE.

En cualquier caso, la opción deberá comunicarse al Ministerio de Hacienda en la forma y plazo que reglamentariamente se determinen.

2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente Capítulo en éste y cualesquiera otros tributos.”

Los nuevos requisitos establecidos en el reproducido apartado 1 del artículo 110 para el ejercicio y comunicación de la opción por el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, serán aplicables a aquellas operaciones en las que el correspondiente proyecto, acuerdo o contrato se realice a partir del 1 de enero de 2001 (Disp. trans. octava).

g) *Rentas derivadas de la tenencia de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.* Según la nueva redacción dada al segundo párrafo del artículo 130: “A los efectos de aplicar la exención, el requisito de participación mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 20 bis se considerará cumplido cuando el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros (998.316.000 pesetas). La participación indirecta de la entidad de tenencia de valores extranjeros sobre sus filiales de segundo o ulterior nivel, a efectos de aplicar lo previsto en la subletra b’) de la letra c) del apartado 1 del artículo 20 bis de esta ley, deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por 100, salvo que dichas filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad extranjera directamente participada y formulen estados contables consolidados”.

h) *Obligaciones contables. Facultades de la Administración tributaria.* De acuerdo con el nuevo apartado 3 del artículo 139, que se añade, las entidades dominantes de los grupos de sociedades del artículo 42 del C. de co. estarán obligadas, a requerimiento de la Inspección de Tributos, a

facilitar la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance de las entidades pertenecientes al mismo que no sean residentes en territorio español; así como también los justificantes y demás antecedentes relativos a dicha documentación contable.

i) *Declaraciones.* De conformidad con el apartado 1 del artículo 142, los sujetos pasivos deberán presentar y suscribir una declaración por este Impuesto en el lugar y forma que se determine por el Ministerio de Hacienda. Presentación que se efectuará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo.

A esta normativa se le añade un tercer párrafo, según el cual: “Si al inicio del indicado plazo no se hubiera determinado por el Ministro de Hacienda la forma de presentar la declaración de ese período impositivo, la declaración se presentará dentro de los 25 días naturales siguientes a la fecha de entrada en vigor de las normas que determine dicha forma de presentación. No obstante, en tal supuesto el sujeto pasivo podrá optar por presentar la declaración en el plazo a que se refiere el párrafo anterior cumpliendo los requisitos formales que se hubieran establecido para la declaración del período impositivo precedente”.

j) *Autoliquidación e ingreso de la deuda tributaria.* Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 143, que comienza por la perogrullada de establecer que el derecho a disfrutar de exenciones, deducciones o cualquier incentivo fiscal en la base imponible o en la cuota íntegra estará condicionado al cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa aplicable; para terminar diciendo –y esto ya es más serio y peligroso– que “salvo que específicamente se establezca otra cosa, cuando con posterioridad a la aplicación de la exención, deducción o incentivo fiscal se produzca la pérdida del derecho a disfrutar de la misma, el sujeto pasivo deberá ingresar, junto con la cuota del período impositivo en que tenga lugar el incumplimiento de los requisitos o condiciones, la cuota íntegra o cantidad deducida correspondiente a la exención, deducción o incentivo aplicado en períodos anteriores, además de los intereses de demora”. ¿No rige en materia fiscal el conocido “Santa Rita, Rita...”?

3) *Impuesto sobre la Renta de no Residentes.* La Ley 41/1998, de 9 de diciembre, con efectos desde el 1 de enero del año 2001, sufre las siguientes modificaciones que se recogen en el artículo 3 de esta Ley:

a) *Rentas exentas.* La letra a) del apartado 1 del artículo 13: “Las rentas mencionadas en el artículo 7 de la Ley 40/1998, del IRPF y otras Normas Tributarias, percibidas por personas físicas, así como las pensiones existenciales por ancianidad, reconocidas al amparo del R.D. 728/1993,

de 14 de mayo, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles”.

b) *Rentas exentas*. Se añade una nueva letra i) al apartado 1 del expuesto artículo 13: “Las becas y otras cantidades percibidas por personas físicas, satisfechas por las Administraciones Públicas, en virtud de acuerdos y convenios internacionales de cooperación cultural, educativa y científica o en virtud del Plan anual de cooperación internacional aprobado en Consejo de Ministros”.

c) *Cuota tributaria*. Letras f) y g) del apartado 1 del artículo 24: “f) En el caso de ganancias patrimoniales, el 35 por 100, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra siguiente de este apartado.= g) El 18 por ciento cuando se trate de: a’) Dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad. b’) Intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. c’) Las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o el patrimonio de las instituciones de inversión colectiva”.

4) *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Las modificaciones de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, de este Impuesto están contenidas en el artículo 4 de la Ley de Medidas Fiscales, entran en vigor desde el 1 de enero de 2001, y afectan a:

a) *Presunción de hechos imponibles*. Apartado 1 del artículo 4: “Se presumirá la existencia de una transmisión lucrativa cuando de los Registros Fiscales o de los datos que obren en la Administración resultare la disminución del patrimonio de una persona y simultáneamente o con posterioridad, pero siempre dentro del plazo de prescripción del artículo 25, el incremento patrimonial correspondiente en el epígrafe, descendientes, herederos o legatarios”.

La reforma supone la supresión de la referencia al antiguo plazo de prescripción de cinco años que establecía el artículo 25, y que ahora es de cuatro años por aplicación de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que causó la reforma del artículo 64 de la Ley General Tributaria.

b) *Responsables subsidiarios*. Se da nueva redacción al artículo 8, a saber:

“1. Serán subsidiariamente responsables del pago del impuesto, salvo que resultaren de aplicación las normas sobre responsabilidad solidaria de la Ley General Tributaria:

a) En las transmisiones «mortis causa» de depósitos, garantías o cuentas corrientes, los intermediarios financieros y las demás entidades o perso-

nas que hubieren entregado el metálico y valores depositados o devuelto las garantías constituidas.

A estos efectos no se considerará entrega de metálico o de valores depositados, ni devolución de garantías, el libramiento de cheques bancarios con cargo a los depósitos, garantías o al resultado de la venta de los valores que sea necesario, que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la transmisión «mortis causa», siempre que el cheque sea expedido a nombre de la Administración acreedora del impuesto.

b) En las entregas de cantidades a quienes resulten beneficiarios como herederos o designados en los contratos, las entidades de seguros que las verifiquen.

A estos efectos no se considerará entrega de cantidades a los beneficiarios de contratos de seguro el pago a cuenta de la prestación que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la percepción de dicha prestación, siempre que se realice mediante la entrega a los beneficiarios de cheque bancario expedido a nombre de la Administración acreedora del impuesto.

c) Los mediadores en la transmisión de títulos valores que formen parte de la herencia.

A estos efectos no se considerará que estos mediadores son responsables del tributo cuando se limiten a realizar, por orden de los herederos, la venta de los valores necesarios que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la transmisión «mortis causa», siempre que contra el precio obtenido en dicha venta se realice la entrega a los beneficiarios de cheque bancario expedido a nombre de la Administración acreedora del impuesto”.

c) *Adición de bienes.* Se sustituye, en la letra c) del apartado 1 del artículo 11, la referencia a cinco años por la de cuatro en las transmisiones de bienes y derechos efectuados por el causante antes de su fallecimiento con reserva de usufructo o cualquier otro derecho vitalicio, salvo cuando se trate de seguros de renta vitalicia contratados con entidades dedicadas legalmente a este género de operaciones.

d) *Acumulación de donaciones.* Al igual que las reformas introducidas en los artículos 4 y 11 que se acaban de examinar y por la misma razón (*ex lege* 1/1998), se modifica el apartado 2 del artículo 30: acumulación de donaciones a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de cuatro años.

Impuestos indirectos.

1) *Impuesto sobre el Valor Añadido.* En el artículo 5 se enumeran las modificaciones efectuadas a la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA y que son las siguientes:

a) *Concepto de empresario o profesional.* Al apartado Dos del artículo 5, que nos explica qué son actividades empresariales o profesionales, se le añade un párrafo tercero, según el cual: “A efectos de este impuesto, las actividades empresariales o profesionales se considerarán iniciadas desde el momento en que se realice la adquisición de bienes o servicios con la intención, confirmada por elementos objetivos, de destinarlos al desarrollo de tales actividades, incluso en los casos a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado anterior. Quienes realicen tales adquisiciones tendrán desde dicho momento la condición de empresarios o profesionales a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

b) *Base imponible. Regla General.* Se nos dice en el número Dos del artículo 5 que estamos examinando que “el número 3.º del apartado dos del artículo 78 quedará redactado en los siguientes términos:...”. Cotejado el nuevo (?) texto con el anterior (redacción actualizada a 1 de septiembre de 1997) no encontramos alteración alguna, como no sea que con posterioridad a la fecha indicada se modificara el texto original y ahora se regrese al pasado.

En evitación de fallos personales reproducimos el texto último recogido en la Ley de Medidas Fiscales (Ley 14/2000): “3.º Las subvenciones vinculadas directamente al precio de las operaciones sujetas al Impuesto.= Se considerarán vinculadas directamente al precio de las operaciones sujetas al Impuesto las subvenciones establecidas en función del número de unidades entregadas o del volumen de los servicios prestados cuando se determinen con anterioridad a la realización de la operación”.

Nos aclara la comunicación recibida del Consejo General del Notariado que como consecuencia de la supresión del párrafo añadido por el artículo 6.9 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, a partir de 1 de enero de 2001 se incluirán dentro del concepto de contraprestación las subvenciones comunitarias financiadas a cargo del FEOGA y, en concreto, las previstas en el Reglamento (CE) 603/95, de 21 de febrero, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los forrajes desecados.

c) *Tipos impositivos reducidos.* Número 10.º del artículo 91.uno.2: “Los servicios funerarios efectuados por las empresas funerarias y de cementerios, y las entregas de bienes relacionados con los mismos efectuadas a quienes sean destinatarios de los mencionados servicios”. El tipo aplicable es el 7%.

d) *Requisitos subjetivos de la deducción.* La nueva redacción del artículo 93 es como sigue:

“Uno. Podrán hacer uso del derecho a deducir los sujetos pasivos del Impuesto que tengan la condición de empresarios o profesionales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley y hayan iniciado la realización habitual de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a sus actividades empresariales o profesionales.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las cuotas soportadas o satisfechas con anterioridad al inicio de la realización habitual de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a sus actividades empresariales o profesionales podrán deducirse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 111, 112 y 113 de esta Ley.

Dos. También podrán hacer uso del derecho a deducir los sujetos pasivos del Impuesto que realicen con carácter ocasional las entregas de los medios de transporte nuevos a que se refiere el artículo 25, apartados uno y dos de esta Ley.

Tres. El ejercicio del derecho a la deducción correspondiente a los sectores o actividades a los que resulten aplicables los regímenes especiales regulados en el Título IX de esta Ley se realizará de acuerdo con las normas establecidas en dicho Título para cada uno de ellos

Cuatro. No podrán ser objeto de deducción, en ninguna medida ni cuantía, las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios efectuadas sin la intención de utilizarlos en la realización de actividades empresariales o profesionales, aunque ulteriormente dichos bienes o servicios se afecten total o parcialmente a las citadas actividades.”

e) *Procedimiento de la prorrata general.* El apartado tres del artículo 105 quedará redactado de la siguiente forma:

“Tres. En los supuestos de inicio de actividades empresariales o profesionales, y en los de inicio de actividades que vayan a constituir un sector diferenciado respecto de las que se vinieren desarrollando con anterioridad, el porcentaje provisional de deducción aplicable durante el año en que se comience la realización de las entregas de bienes y prestaciones de servicios correspondientes a la actividad de que se trate será el que se hubiere determinado según lo previsto en el apartado dos del artículo 111 de esta Ley.= En los casos en que no se hubiere determinado un porcentaje provisional de deducción según lo dispuesto en el apartado dos del artículo 111 de esta Ley, el porcentaje provisional a que se refiere el párrafo anterior se fijará de forma análoga a lo previsto en dicho precepto.”

f) *Deducciones de las cuotas soportadas o satisfechas con anterioridad al inicio de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales.* El ar-

título 111, al que se remite el 105 de la letra anterior, también ha sido redactado de nuevo:

“Uno. Quienes no viniesen desarrollando con anterioridad actividades empresariales o profesionales y adquieran la condición de empresario o profesional por efectuar adquisiciones o importaciones de bienes o servicios con la intención, confirmada por elementos objetivos, de destinarlos a la realización de actividades de tal naturaleza, podrán deducir las cuotas que, con ocasión de dichas operaciones, soporten o satisfagan antes del momento en que inicien la realización habitual de las entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a dichas actividades, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en los artículos 112 y 113 siguientes.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente aplicable a quienes, teniendo ya la condición de empresario o profesional por venir realizando actividades de tal naturaleza, inicien una nueva actividad empresarial o profesional que constituya un sector diferenciado respecto de las actividades que venían desarrollando con anterioridad.

Dos. Las deducciones a las que se refiere el apartado anterior se practicarán aplicando el porcentaje que proponga el empresario o profesional a la Administración, salvo en el caso de que esta última fije uno diferente en atención a las características de las correspondientes actividades empresariales o profesionales.

Tales deducciones se considerarán provisionales y estarán sometidas a las regularizaciones previstas en los artículos 112 y 113 de esta Ley.

Tres. Los empresarios o profesionales podrán solicitar la devolución de las cuotas que sean deducibles en virtud de lo establecido en el presente artículo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de esta Ley.

Cuatro. Los empresarios que, en virtud de lo establecido en esta Ley, deban quedar sometidos al régimen especial del recargo de equivalencia desde el inicio de su actividad comercial, no podrán efectuar las deducciones a que se refiere este artículo en relación con las actividades incluidas en dicho régimen.

Cinco. Los empresarios o profesionales que hubiesen practicado las deducciones a que se refiere este artículo no podrán acogerse al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca por las actividades en las que utilicen los bienes y servicios por cuya adquisición hayan soportado o satisfecho las cuotas objeto de deducción hasta que finalice el tercer año natural de realización de las entregas de bienes o prestaciones de servicios efectuadas en el desarrollo de dichas actividades.

La aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior tendrá los mismos efectos que la renuncia al citado régimen especial.

Seis. A efectos de lo dispuesto en este artículo y en los artículos 112 y 113 de esta Ley, se considerará primer año de realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios en el desarrollo de actividades empresariales o profesionales, aquél durante el cual el empresario o profesional comience el ejercicio habitual de dichas operaciones, siempre que el inicio de las mismas tenga lugar antes del día 1 de julio y, en otro caso, el año siguiente.”

g) *Regularización de las deducciones de las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales.* También se da nueva redacción al artículo 112:

“Uno. Las deducciones provisionales a que se refiere el artículo 111 de esta Ley se regularizarán aplicando el porcentaje definitivo que globalmente corresponda al período de los cuatro primeros años naturales de realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios efectuadas en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales.

Dos. El porcentaje definitivo a que se refiere el apartado anterior se determinará según lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, computando al efecto el conjunto de las operaciones realizadas durante el período a que se refiere el apartado anterior, así como el importe de las subvenciones a que se refiere el número 2.º del apartado dos de dicho artículo percibidas durante dicho período y con anterioridad al mismo.

Tres. La regularización de las deducciones a que se refiere este artículo se realizará del siguiente modo:

1.º Conocido el porcentaje de deducción definitivamente aplicable a las cuotas soportadas o satisfechas con anterioridad al inicio de la realización de las entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a la actividad empresarial o profesional, se determinará el importe de la deducción que procedería en aplicación del mencionado porcentaje.

2.º Dicho importe se restará de la suma total de las deducciones provisionales practicadas conforme a lo dispuesto por el artículo 111 de esta Ley.

3.º La diferencia, positiva o negativa, será la cuantía del ingreso o de la deducción complementaria a efectuar.”

h) *Regularización de las cuotas correspondientes a bienes de inversión, soportadas con anterioridad al inicio de la realización de las entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales.* Finaliza la reforma de las deducciones y regularizaciones de las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de actividades empresariales o profesionales –de gran interés para los notarios que tomen posesión de su primera plaza– con la nueva redacción del artículo 113:

“Uno. Las deducciones provisionales a que se refiere el artículo 111 de esta Ley correspondientes a cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de bienes de inversión, una vez regularizadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, deberán ser objeto de la regularización prevista en el artículo 107 de esta misma Ley durante los años del período de regularización que queden por transcurrir.

Dos. Para la práctica de las regularizaciones previstas en este artículo, se considerará deducción efectuada el año en que tuvo lugar la repercusión

a efectos de lo dispuesto en el artículo 109, número 2.º de esta Ley, la que resulte del porcentaje de deducción definitivamente aplicable en virtud de lo establecido en el apartado uno del artículo 112 de esta misma Ley.

Tres. Cuando los bienes de inversión a que se refiere este artículo sean objeto de entrega antes de la terminación del período de regularización a que se refiere el mismo, se aplicarán las reglas del artículo 110 de esta Ley, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 111 y 112 de la misma y en los apartados anteriores de este artículo.”

i) *Liquidación provisional.* En materia de gestión del impuesto (Título XI de la Ley) se introduce un nuevo artículo 167 bis, que queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 167 bis. *Liquidación provisional.*= Los órganos de gestión tributaria podrán girar la liquidación provisional que proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, incluso en los supuestos a los que se refiere el artículo siguiente.”

j) *Procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa.* De acuerdo con la nueva disposición adicional sexta, que se añade, en dichos procedimientos “los adjudicatarios que tengan la condición de empresario o profesional a efectos de este Impuesto están facultados, en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, y con respecto a las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al mismo que se produzcan en aquéllos, para:

1.º) Expedir la factura en que se documente la operación y se repercuta la cuota del Impuesto, presentar la declaración-liquidación correspondiente e ingresar el importe del Impuesto resultante.

2.º) Efectuar, en su caso, la renuncia a las exenciones previstas en el apartado Dos del artículo 20 de esta Ley”.

Finaliza esta nueva disposición adicional con la aseveración de que reglamentariamente se determinarán las condiciones y requisitos para el ejercicio de las facultades expuestas.

2) *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.* Es en el artículo 6 de la Ley donde se recogen las modificaciones en esta materia (texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).

a) *Hecho imponible.* Se modifica la redacción de la letra B) del apartado 1 del artículo 7, añadiendo como excepción las concesiones administrativas que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias, las cuales, por tanto, no se considerarán transmisiones patrimoniales sujetas (al igual que las concesiones referi-

das a la utilización de inmuebles o instalaciones en puertos y aeropuertos).

b) *Beneficios fiscales.* La adición, ya conocida por todos, a la letra B) del número 1 del artículo 45 da un nuevo apartado, el 18, con arreglo al cual estarán exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad “Actos Jurídicos Documentados” que grava los documentos notariales (0,50%) las primeras copias de las escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase. Se resuelve así esta problemática cuestión (*vide* S. del TS de 19 de abril de 1997). Queda pendiente la aplicación o no de esta exención a la cancelación de las condiciones resolutorias explícitas; solución lógica ex. artículo 7.3 del texto refundido de la Ley y que está pendiente de confirmar por la Dirección General de Tributos en contestación a Consulta que ya se ha formulado.

Téngase en cuenta por lo que se refiere a las Islas Baleares que la Ley 16/2000, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública (BOIB n.º 159, 30 de diciembre), en su artículo 1 establece la reducción del 0,50% al 0,10% del tipo de gravamen aplicable a los documentos notariales que formalicen la constitución y la cancelación de derechos reales de garantía a favor de una sociedad de garantía recíproca con domicilio social en el territorio de dicha Comunidad Autónoma. Ello plantea el problema de si estas cancelaciones estarán exentas (por aplicación del referido art. 45,1,B), 18 del texto refundido) o tributarán al 0,10%. Particularmente opinamos que deberán estar exentas (norma más beneficiosa e interpretación teleológica).

c) *Devoluciones.* Se modifica la redacción del apartado 1 del artículo 57 para adaptar el plazo de prescripción a los cuatro años establecidos en la repetida Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, reconociéndose el derecho a la devolución de lo satisfecho por cuota del tesoro al contribuyente, cuando se hubiere declarado o reconocido judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, siempre que no le hubiere producido efectos lucrativos y que la reclame “en el plazo de prescripción previsto en el artículo 64 de la Ley General Tributaria, a contar desde que la resolución quede firme”. Antes: siempre que reclame la devolución en el plazo de cinco años.

3) *Impuestos especiales.* Según el artículo 7 se modifica la Ley 38/ 1992, de 28 de diciembre, en los siguientes puntos:

— Artículo 54, apartado 2 (Prohibiciones y limitaciones de uso. Utilización del gasóleo como carburante con aplicación del tipo establecido en el epígrafe 1.4 de la tarifa 1.ª del impuesto),

— artículo 65, apartado 3 (Hecho imponible. Modificación, antes de transcurridos cuatro años desde la primera matriculación definitiva, de las circunstancias o requisitos determinantes de los supuestos de no sujeción o de exención previstos en esta Ley), y

— artículo 66 (Exenciones, devoluciones y reducciones).

4) Régimen económico fiscal de Canarias. Se modifican múltiples preceptos de las Leyes 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias y 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

Las modificaciones están contenidas en el artículo 8 de la Ley, al que nos remitimos, pidiendo, una vez más, perdón a nuestros compañeros canarios por esta licencia... ¿o es abuso de confianza?

No olvidar la disposición adicional trigésima novena con arreglo a la cual las cuotas soportadas del Impuesto General Indirecto Canario cuyo nacimiento a la deducción se haya producido con anterioridad al 1 de enero de 2001, les serán aplicables las normas contenidas en los artículos 28, 43 y 43 bis de la Ley 20/1991 conforme a la redacción que la presente Ley da a los citados artículos.

Otros tributos.

1) Tasas. Las modificaciones se contienen en los siguientes artículos:

— Artículo 9. Modificación de la Ley 16/1979, de 2 de octubre, sobre Tasas de la Jefatura Central de Tráfico (exenciones y bonificaciones –art. 5– y cuota tributaria –art. 6–),

— artículo 10. Modificación de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social [tasa de acreditación catastral –apartado b) del número tres y número siete de su art. 33–, que será: a) para los casos de inscripción catastral, 500 pesetas (3,00 euros) por cada una de las parcelas rústicas y de 1.000 pesetas (6,01 euros) por cada una de las unidades urbanas, excepto para los cambios de cultivo o aprovechamiento en los inmuebles rústicos que será de 500 pesetas (3,00 euros) por cada una de las subparcelas); b) para los casos de acreditación catastral, 500 pesetas (3,00 euros) por cada documento expedido y 500 pesetas (3,00 euros) por cada una de las unidades urbanas o parcelas rústicas a que se refiere el documento. Las copias de ortofotografías, fotografías aéreas, cartografía, etc., tienen tasas especiales; así como las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas referidas únicamente a una unidad urbana o una parcela rústica (2.000 pesetas, 12,02 euros) y las que incorporen datos con una antigüedad superior a cinco

años en que se incrementará la cuantía de la tasa en 5.000 pesetas –30,05 euros– por cada documento expedido],

— artículo 11. Modifica el R.D. 1064/1991, de 5 de julio, sobre Derechos Aeroportuarios en los Aeropuertos Nacionales y R.D. 1268/1994, de 10 de junio, por el que se actualizan los tipos de gravamen y se modifica parcialmente el anterior R.D. estableciéndose nuevas tasas de aterrizaje según la categoría de los aeropuertos y vuelos (del Espacio Económico Europeo, Internacionales fuera de dicho Espacio, y de entrenamiento y de escuela),

— artículo 12. Se crea la tasa por los Servicios de Inspección y Control de la Marina Mercante,

— artículo 13. Modificación de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público (exención y no sujeción; gestión, recaudación y afectación),

— artículos 14 y 15. Modificación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (tasa por reserva del dominio público radioeléctrico y tasas para el otorgamiento de certificaciones, dictámenes técnicos, inscripciones en el registro de instaladores de telecomunicación, etc.),

— artículo 16. Reordenación de las tasas por la prestación de servicios por la Oficina Española de Patentes y Marcas (art. 11.4 de la Ley 17/1975, de 2 de mayo y sucesivas actualizaciones),

— artículo 17. Modificación de la tasa del Medicamento (art. 117 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento), y

— artículo 18. Tasas del artículo 30 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

2) *Derechos y demás Tributos a la Importación.* Con efectos desde el 1 de enero de 2001, se admitirá –según establece el art. 19 de la Ley– con franquicia de toda clase de derechos e impuestos la importación de automóviles por los miembros del personal técnico-administrativo de las Misiones Diplomáticas acreditadas y residentes en España y de los Organismos internacionales con sede u oficina en territorio español, así como por los empleados consulares de las Oficinas Consulares de Carrera acreditadas y residentes en España siempre que, en todos los casos, no sean españoles ni tengan residencia permanente en España y estén debidamente aceptados y documentados por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Otras modificaciones.

1) *Ley General Tributaria*. Modificaciones de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, enumeradas en el artículo 20:

— Artículo 43, apartado 5. A las normas sobre capacidad de obrar en el orden tributario se añade este nuevo apartado según el cual “cuando en el marco de la colaboración social en la gestión tributaria se presente por medios telemáticos cualquier documento ante la Administración tributaria, el presentador deberá ostentar la representación que sea necesaria en cada caso. La Administración tributaria podrá instar, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación”,

— artículo 66, letra a) del apartado 1 (prescripción). “1. Los plazos de prescripción a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 64 se interrumpen: a) Por cualquier acción administrativa realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo devengado por cada hecho imponible. Asimismo, los plazos de prescripción para la imposición de sanciones se interrumpirán, además de por las actuaciones mencionadas anteriormente, por la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador”, y

— artículo 96, apartado 1, letra f) (colaboración social en la gestión tributaria). Se añade esta letra f) para que los acuerdos de colaboración de la Administración Tributaria con entidades, instituciones y organismos representativos de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales puedan referirse a la “presentación telemática de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios”.

2) *Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*. El artículo 21 modifica la Ley de referencia añadiendo a su artículo 55 un nuevo apartado: el cuatro. Dicho artículo 55 se refiere a la obligación de notarios y registradores de remitir a la Gerencia Territorial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de la provincia en que radique el inmueble, y dentro de los veinte primeros días de cada trimestre, información relativa a los documentos por ellos autorizados o inscritos en el trimestre anterior, de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden, en los que se hará constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación establecida en el artículo 50 (la de consignar la referencia catastral).

Pues bien, el nuevo apartado cuatro establece que “A efectos catastrales, no será de aplicación lo establecido en los artículos 54 y 55 del

texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en el artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (no admisión del documento en Oficinas o Registros Públicos ni procederse al cambio de sujeto pasivo de cualquier tributo estatal, sin que conste su presentación ante los órganos competentes para su liquidación) y en las demás concordantes, a las escrituras y documentos relacionados en el artículo 50 de esta ley que contengan alteraciones de orden físico, económico o jurídico de los bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Catastro.= El órgano que tenga encomendada la gestión del Catastro comunicará anualmente a la Administración Tributaria competente, a petición de la misma, la información catastral necesaria para la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los citados tributos”.

3) *Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales*. Están contenidas en el artículo 22 y hacen referencia a:

— Modificaciones del apartado b) del artículo 64 (exenciones). Gozarán de exención los siguientes bienes. “b). Los que sean propiedad de los Municipios en que estén enclavados afectos al uso o servicio público, salvo que sobre ellos o sobre el servicio público al que se hallen afectados recaiga una concesión administrativa u otra forma de gestión indirecta, así como los comunales propiedad de los mismos y los montes vecinales en mano común”.

La novedad es excluir la exención respecto de los bienes propiedad de los municipios cuando sobre ellos o el servicio público al que se hallen afectados recaiga una concesión u otra forma de gestión indirecta,

— nueva redacción del artículo 65 (sujeto pasivo): “1. Son sujetos pasivos de este impuesto las personas físicas y jurídicas y las Entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, que sean: a) Propietarios de bienes inmuebles sobre los que no recaigan derechos reales de usufructo, superficie o una concesión administrativa. b) Titulares de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles. c) Titulares de un derecho real de superficie sobre bienes inmuebles. d) Titulares de una concesión administrativa sobre bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a los que se hallan afectados”.

La novedad ha sido añadir en la letra a) la referencia a las concesiones administrativas e introducir un nuevo número 2 (“Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir el impuesto conforme a las normas de derecho común”). La expresión “derecho común” nos parece poco afortunada; habría sido mejor utilizar la de “derecho sustantivo”, evitando así

cualquier problemática entre “derecho común” y “derecho especial o foral”,

— adición de un párrafo segundo al apartado 4 del artículo 70 (base imponible): “Los actos de fijación de valores catastrales a que se refiere este artículo serán motivados, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, mediante la expresión, en cada una de las notificaciones individuales de dichos valores, de la Ponencia de la que traigan causa y, en su caso, de los módulos básicos del suelo y construcción, el valor en polígono, calle, tramo, zona o paraje, el valor tipo de las construcciones, la identificación de los coeficientes correctores aplicados y la superficie de los inmuebles a efectos catastrales. Asimismo, la motivación de los actos de aplicación de la reducción prevista en la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales —¿por qué no se dice simplemente “esta Ley”, por cuanto el artículo modificado forma parte de la misma?—, y se establece una reducción en la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, se realizará en la notificación del valor catastral mediante la indicación de la base liquidable del ejercicio inmediato anterior a la entrada en vigor de aquél o, en su caso, del valor base que corresponda al inmueble y de los importes de dicha reducción y de la base liquidable referida al primer año de vigencia del nuevo valor catastral en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles”,

— se da nueva redacción a los apartados 1 y 7 del artículo 73 (cuota, devengo y período impositivo): “1. La cuota íntegra de este impuesto será el resultado de aplicar a la base liquidable el tipo de gravamen.= La cuota líquida se obtendrá minorando la cuota íntegra en el importe de las bonificaciones previstas legalmente... 7. Los Ayuntamientos cuyo municipio esté afectado por procesos de revisión o modificación de valores catastrales que afecten a la totalidad de los inmuebles de una misma naturaleza que acuerden un nuevo tipo de gravamen deberán aprobar provisionalmente el mismo con anterioridad al inicio de las notificaciones individualizadas de los nuevos valores y, en todo caso, antes del uno de julio del año inmediatamente anterior a aquel en que deban surtir efecto, dando traslado de dicho acuerdo, en el mismo plazo, a la Dirección General del Catastro”, y

— adición de un nuevo apartado, que será el 5, al artículo 74 (bonificaciones), que es del siguiente tenor:

“Los Ayuntamientos de más de 750.000 unidades urbanas podrán acordar, para cada ejercicio, la aplicación de una bonificación equivalente a la diferencia positiva entre la cuota íntegra del mismo y la cuota líquida del

ejercicio anterior multiplicada esta última por el coeficiente de incremento máximo anual de la cuota líquida que establezca la ordenanza fiscal para cada uno de los tramos de valor catastral y, en su caso, para cada una de las diversas modalidades de uso de las construcciones que en la misma se fijen y en que se sitúen los diferentes bienes inmuebles del municipio. Dicha bonificación tendrá efectividad a partir de la entrada en vigor de una revisión o modificación de valores catastrales que afecten a la totalidad de los inmuebles de una misma naturaleza. Asimismo, la ordenanza fijará las condiciones de compatibilidad de esta bonificación con las demás que benefician a los mismos inmuebles y regulará los restantes aspectos sustantivos y formales de la misma.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de que el disfrute de otra bonificación concluya en el período inmediatamente anterior a aquel en que haya de aplicarse sobre ese mismo inmueble la bonificación a que se refiere este apartado, la cuota sobre la que se aplicará, en su caso, el coeficiente de incremento máximo anual será la cuota íntegra del ejercicio anterior.

Cuando un cambio en el valor catastral de los inmuebles por cualquiera de las causas previstas en el apartado 3 del artículo 75 tenga efectividad en alguno de los períodos impositivos en los que se aplique esta bonificación, para el cálculo de la misma se considerará como cuota líquida del ejercicio anterior la resultante de aplicar el tipo de gravamen de dicho año al valor base determinado conforme a lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado 3, de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, y se establece una reducción en la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.”

4) *Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 30/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.* En el artículo 23 se añade un nuevo apartado, que será el 4 de la Ley de que se trata, y se establece una reducción en la base imponible del IBI, con el siguiente texto:

“4. En los municipios en los que el número de unidades urbanas sea superior a 750.000 y cuyos valores catastrales se hayan fijado o modificado en virtud de una Ponencia de valores parcial en la que haya sido aplicado el coeficiente de referencia al mercado vigente a partir del año 1993, con aplicación por parte del municipio a los inmuebles afectados de un tipo impositivo distinto del general del resto del municipio, el valor base de tales inmuebles se determinará multiplicando el valor catastral asignado en el padrón del año anterior a la entrada en vigor de la revisión por el coeficiente que resulte de dividir su especial tipo impositivo por el general del municipio de dicho ejercicio, siempre que así lo haya solicitado el ayuntamiento a la Dirección General del Catastro con anterioridad a la aprobación de la Ponencia de valores que afecte a la totalidad de los bienes inmuebles de naturaleza urbana existentes en el municipio.”

5) Régimen del Cuerpo único de Notarios. En el artículo 43 –incluido en el Capítulo II (“Otros regímenes de funcionarios”), del Título III (“Del personal al servicio de las Administraciones públicas”)– nos encontramos con dos importantes puntualizaciones introducidas para el correcto desarrollo de la integración entre notarios y corredores de comercio colegiados en un cuerpo único de notarios (ex disp. adic. vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Las puntualizaciones afectan a la regulación de la antigüedad de notarios y corredores de comercio colegiados y orden escalafonal, de una parte, y al régimen disciplinario de los notarios, de otra.

a) *Antigüedad y orden escalafonal.* Comienza el número Uno del citado artículo 43 estableciendo un principio general: “A los efectos de fijar la antigüedad en ambos Cuerpos, se considerará que la misma se cuenta desde la fecha de nombramiento”; para, a continuación, precisar cuál es la fecha de nombramiento según se trate de notarios o corredores:

— Notarios. Distingue: 1) Para los nombrados con anterioridad a la reforma del Reglamento de 1984: la fecha de su Orden de nombramiento. 2) Para los nombrados con arreglo a la reforma reglamentaria citada: la que resulte del acto administrativo por el que se resuelve el primer concurso de traslado al que debe concurrir obligatoriamente toda la promoción, aunque como consecuencia de dicho acto administrativo sólo haya obtenido plaza parte de la misma.

— Corredores. Se estará a lo que resulte del Escalafón aprobado el 22 de mayo de 2000 (BOE de 7 de junio), conservando los antiguos agentes de Cambio y Bolsa que a 30 de septiembre de 2000 se encontraran en situación de excedencia el derecho preferente establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y sin que en ningún caso el tiempo de permanencia en dicha situación antes del 1 de octubre de 2000 les sea computado a efectos de antigüedad.

La solución debería haber sido la misma en cuanto a ambos cuerpos –remisión al escalafón– pero no ha sido posible por no existir uno oficialmente aprobado, de notarios. ¡No es broma!

Por lo que se refiere a la clase, la de notarios resulta claramente de los artículos 77 y ss. del RN. Quizás las únicas dudas podrían surgir de la aplicación del derecho al abono de años de antigüedad consecuencia de las oposiciones entre notarios (arts. 97 y ss. RN). Por ello el artículo 43 del que nos ocupamos, en el párrafo sexto del apartado 2 de su número Uno, dispone que “Los Notarios que a la entrada en vigor de esta norma hubieran participado en las oposiciones a que se refiere el artículo 97 del

Reglamento Notarial, podrán hacer uso de los derechos obtenidos en la oposición cuando lo estimen oportuno, pudiendo concursar hasta entonces sin utilizar aquéllos”.

Respecto de los corredores, reiterando y cumplimentando el artículo 4 del R.D. 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados (BOE del siguiente día y corrección de errores del 29 siguiente y derogando el tercer párrafo de su artículo 1), se establece:

— Que se les asignará la clase correspondiente a la de la plaza que sirviera el 1 de octubre de 2000, siempre que la antigüedad en la carrera sea superior a seis o nueve años respectivamente, según se trate de plaza de clase segunda o primera, salvo que se haya accedido a la plaza por concurso-oposición. Precizando el párrafo quinto del expresado apartado 2 del número Uno —que, suponemos que por error, alude al párrafo primero del apartado b)— que la plaza de que se trata será la que el corredor sirviere el 1 de octubre de 2000 o la última servida, si estuviera *excedente*, o la que tuviera derecho a servir en la fecha antes citada, aunque, en tal momento, no se hubiere publicado el nombramiento en el BOE, como consecuencia del último concurso, oposición restringida o del derecho de oposición previsto para los corredores con motivo de la reordenación de plazas y circunscripciones,

— que dándose los dos requisitos indicados en el párrafo anterior, la antigüedad en la clase será la que resulte de deducir a la antigüedad en la carrera seis años para la clase segunda y nueve años para la primera,

— que, no obstante lo anterior, los corredores de comercio que hayan accedido a la plaza por concurso-oposición tendrán la antigüedad en la clase correspondiente a la fecha de la resolución de su nombramiento para dicha plaza, siempre que a 1 de octubre de 2000 permanezcan en la misma o en otra de igual categoría, salvo que les resulte una mayor antigüedad en la clase con arreglo a la regla general, y

— que, salvo en los aludidos casos especiales de concurso-oposición, en defecto de la citada antigüedad mínima en la carrera a 1 de octubre de 2000, el corredor de comercio colegiado podrá concursar tanto por el turno primero (antigüedad en la carrera) como por el segundo (antigüedad en clase), sujetándose en cuanto a este último a lo previsto en el artículo 92 RN.

En los actos administrativos en los que se anuncie el concurso de traslado para la provisión de notarías vacantes, de conformidad con el apartado 3 del repetido número Uno del artículo 43, “habrá de expresarse la clase o categoría que se atribuya a las que hasta el 30 de septiembre eran plazas para el ejercicio de las funciones de Corredor. La clasificación de

estas Notarías se realizará en atención a criterios básicamente demográficos, según el último censo de población publicado por el Instituto Nacional de Estadística, en la forma determinada por la legislación notarial; si bien, las plazas que radiquen en una población en que exista demarcada otra Notaría ya clasificada en la demarcación notarial tendrán la clase o categoría correspondiente a esa Notaría preexistente” (*vide* arts. 77 y ss. RN).

Por Resolución de 24 de enero de 2001, de la Secretaría de Estado de Justicia, ha sido aprobado el Escalafón Notarial actualizado al 1 de enero de 2001 (BOE n.º 27, 31 de enero), donde se expresa la fecha de nombramiento y la clase y antigüedad en ella que les corresponde.

b) *Régimen disciplinario de los notarios.* Se regula la materia en el número Dos del propio artículo 43 que comienza por establecer: una prelación de fuentes (el régimen disciplinario se regirá por lo establecido en los apartados siguientes y en el Reglamento Notarial –arts. 346 y ss.–; a falta de normas especiales se aplicará lo dispuesto en las normas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado –*vide* arts. 87 a 93 de la Ley de los funcionarios civiles del Estado de 1964 y su Reglamento, aprobado por R.D. 13/1986, de 10 de enero–, excepto en lo referente a la tipificación de las infracciones) (apartado 1); continúa con una encomienda al Gobierno (el cual deberá proceder en el plazo de seis meses al desarrollo reglamentario, aplicándose en el ínterin, y en lo que no se oponga, las normas del Título VI del RN –los mentados arts. 346 y ss.–) (apartado 11); para terminar derogando el régimen disciplinario aplicable a los corredores (disp. adic. octava de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de coordinación bancaria) (apartado 12).

Tipificación de infracciones. Las infracciones siguen subdividiéndose en muy graves, graves o leves.

A) *Infracciones muy graves:*

a) Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con la prestación de la fe pública que causen daño a la Administración o a los particulares declaradas en sentencia firme.

b) Las conductas que hayan acarreado sanción administrativa, en resolución firme, por infracción grave de disposiciones en materia de prevención de blanqueo de capitales, tributaria, de mercado de valores u otras previstas en la legislación especial que resulte aplicable, siempre que dicha infracción esté directamente relacionada con el ejercicio de su profesión.

c) La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siem-

pre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración.

d) La actuación del Notario sin observar las formas y reglas de la presencia física.

e) *La reincidencia por la comisión de infracciones graves en el plazo de dos años siempre que hubieran sido sancionadas por resolución firme.*

f) El incumplimiento grave de las normas sobre incompatibilidades contenidas en la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

g) La percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan.

h) Asimismo, son infracciones muy graves las siguientes:

a) El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la profesión.

b) Toda actuación profesional que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

c) La violación de neutralidad o independencia políticas, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito así como la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

B) *Infracciones graves:*

a) Las conductas que hayan acarreado sanción administrativa, en resolución firme, por infracción de disposiciones en materia de prevención de blanqueo de capitales, tributaria, de mercado de valores, u otras previstas en la legislación especial que resulte aplicable, siempre que dicha infracción esté directamente relacionada con el ejercicio de su profesión y no constituyan falta muy grave.

b) La negativa injustificada y reiterada a la prestación de funciones requeridas así como la ausencia injustificada por más de dos días del lugar de su residencia que cause daño a terceros.

c) Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función.

d) Los enfrentamientos graves y reiterados del Notario con autoridades, clientes u otros Notarios, en el lugar, zona o distrito donde ejerza su función debida a actitudes no justificadas de aquél.

e) El incumplimiento grave y reiterado de cualesquiera deberes impuestos por la legislación notarial o por acuerdo corporativo vinculante así como el impago de los gastos colegiales acordados reglamentariamente.

f) La reincidencia por la comisión de infracciones leves en el plazo de dos años siempre que hubieran sido sancionadas por resolución firme.

g) Asimismo, son infracciones graves las siguientes:

a) La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento del servicio y no constituya falta muy grave.

b) La falta de obediencia debida a las Juntas Directivas y al Consejo General del Notariado.

C) *Infracciones leves:*

Lo serán, si no procediere su calificación como grave o muy grave, el incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la legislación notarial o, con base en ella, por resolución administrativa o acuerdo corporativo, siempre que el notario haya sido expresamente requerido para su observancia por el órgano administrativo o corporativo competente. El requerimiento citará expresamente el precepto, dará un plazo para cumplirlo y apercibirá al notario de que, si no lo hace, podrá incurrir en infracción disciplinaria leve.

De especial interés es la regulación de las infracciones por las que pueden ser sancionados –únicamente por el Director General de los Registros y del Notariado y por el Ministro de Justicia– los miembros o delegados de la Junta de Decanos, los de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, así como los Archiveros de Protocolos. Régimen que modifica sustancialmente el contenido en los artículos 362 y 363 RN, y según el cual tendrán la consideración de grave, salvo que fuere reiterada en el transcurso de su mandato, en cuyo caso será infracción muy grave, las siguientes conductas que enumera el apartado 3:

a) El incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, siempre que suponga infracción de un precepto legal, reglamentario o corporativo.

b) La negativa o reincidencia a cumplir instrucciones, circulares, resoluciones o actos administrativos de obligado cumplimiento y las graves insuficiencias o deficiencias en su cumplimiento.

c) El incumplimiento o cumplimiento defectuoso de acuerdos corporativos regularmente adoptados, si mediare dolo o negligencia grave.

Sanciones. Dejando a salvo lo previsto en la legislación notarial en relación a la traba de la fianza (arts. 14 LO; 28, 30 y 359 RN; y 6.º del D 2718/1973, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Mutualidad Notarial), las sanciones que pueden ser impuestas a los notarios son las siguientes, que enumera el apartado 4:

a) Apercibimiento.

b) Multa. En esta sanción existirá una escala de tres tramos: menor,

entre 100.000 y 500.000 pesetas; media, entre 500.000 y 2.000.000 de pesetas, y mayor, entre 2.000.000 y 5.000.000 de pesetas. En caso de reiteración podrá multiplicarse dicha cuantía hasta un máximo del cien por cien de la multa a pagar. Esperamos que en el desarrollo reglamentario se añada la expresión en euros de las multas.

c) Suspensión de los derechos de ausencia, licencia o traslación voluntaria hasta dos años.

d) Postergación en la antigüedad en la carrera cien puestos o en la clase hasta cinco años.

e) Traslación forzosa.

f) Suspensión de funciones hasta cinco años.

g) Separación del servicio.

Las sanciones se graduarán atendiendo en cada caso concreto, esencialmente, a la trascendencia que para la prestación de la función notarial tenga la infracción cometida; la existencia de intencionalidad o reiteración y la entidad de los perjuicios ocasionados.

Según la infracción, así será la sanción (apartado 4):

— Infracción leve: apercibimiento, multa de tramo menor o suspensión de los derechos reglamentarios de ausencia, licencia o traslación voluntaria,

— infracción grave: multa a partir del tramo medio, suspensión de los derechos reglamentarios de ausencia, licencia o traslación voluntaria y postergación. Puede llevar, como sanción accesoria, la privación de la aptitud para ser elegido miembro de las Juntas Directivas mientras no se haya obtenido rehabilitación,

— infracción muy grave: multa en el último tramo, traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio. También puede llevar la sanción accesoria de privación de la aptitud para ser elegido miembro de las Juntas Directivas. El notario separado del servicio causará baja en el escalafón y perderá todos sus derechos, excepto los derivados de la previsión notarial, en los casos en que correspondan.

El Ministro de Justicia, en el supuesto de separación del servicio, o el Director General de los Registros y del Notariado en los restantes casos, podrán suspender provisionalmente en el ejercicio de sus funciones a cualquier notario al que se haya ordenado incoar procedimiento disciplinario por infracción muy grave o grave, si ello fuese necesario para asegurar la debida instrucción del expediente o para impedir que continúe el daño al interés público o de terceros. La resolución acordando la suspensión provisional, que agotará la vía administrativa, será recurrible independientemente (apartado 8).

Órganos competentes en la imposición de sanciones (apartado 5). También depende de la importancia de la sanción:

— Las Juntas Directivas: sanciones de apercibimiento y multa en los tramos menor y medio,

— la Dirección General: todas las sanciones no reservadas a las Juntas Directivas, con exclusión de la separación del servicio, y

— el Ministro de Justicia: la indicada separación del servicio.

Prescripción (apartado 6). Las infracciones prescribirán en los mismos plazos establecidos en el artículo 351, *in fine*, del RN, o sea: las leves a los cuatro meses; las graves a los dos años y las muy graves a los cuatro años. En todos los casos los plazos se computarán desde la comisión de la infracción.

Establece, además, dicho apartado 6 que:

— Los mismos plazos serán necesarios en los mismos supuestos, para la prescripción de las sanciones computadas desde el día siguiente al que adquiera firmeza la resolución en que se impongan,

— la incoación de procedimiento penal no será obstáculo para la iniciación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, mas no se dictará resolución en éste en tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal,

— en todo caso, la declaración de hechos probados contenida en la resolución que pone término al procedimiento penal vinculará a la que se dicte en el expediente disciplinario, sin perjuicio de la distinta calificación jurídica que pueden merecer en una y otra vía, y

— sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiese identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido.

Ejecución de las sanciones (apartado 7). A salvo las medidas cautelares que puedan adoptar los juzgados o tribunales competentes, las sanciones disciplinarias se ejecutarán:

— Si fueren de apercibimiento y multa, cuando quede agotada la vía administrativa,

— y si se tratase de postergación, traslación, suspensión de funciones y separación de servicio, cuando sean firmes.

Cancelación en el expediente personal (apartado 9). De acuerdo con este apartado, que reproduce el actual artículo 364 RN, los notarios sancionados podrán obtener dicha cancelación cuando haya transcurrido un año desde que ganó firmeza la orden, resolución o acuerdo sancionador si la falta fue leve, dos años si fue grave y cuatro años si fue muy grave, salvo si los efectos de la sanción se extendieren a plazos superiores, en cuyo caso será necesario el transcurso de éstos.

Procedimiento (apartado 10). “No podrán imponerse sanciones por infracciones graves o muy graves sino en virtud del procedimiento ordinario que establezca el Reglamento Notarial”. Así comienza el indicado

apartado 10 y que nos parece estar orientado hacia el desarrollo reglamentario de las presentes normas (a que se refiere el ya reproducido apartado 11), más que a las actuales incompletas normas del Título sexto del vigente Reglamento que, en todo caso, se están completando, según reiteradas Resoluciones de nuestro Centro Directivo, con las contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de septiembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El plazo para dictar y notificar la resolución será de nueve meses, ampliables por otros tres mediante acuerdo motivado del órgano que decidió la iniciación del procedimiento.

La imposición de sanciones por infracción leve se hará en procedimiento abreviado que sólo requerirá la previa audiencia del inculpado (*vide* actual pár. 1.º del art. 356 RN). En estos casos el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses.

Transcurridos los expresados plazos máximos, el procedimiento quedará caducado, pero la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de la infracción.

A la espera de normas claras de desarrollo quedamos con la esperanza de que con ellas el infractor pueda ser sancionado como corresponde. A ver si es verdad que el algodón no engaña.

6) *Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954*. En el artículo 48 se recoge la modificación del artículo 34 de la Ley de que se trata, que queda redactado de la siguiente forma: “El Jurado de Expropiación, a la vista de las hojas de apremio formuladas por los propietarios y por la Administración, decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación”.

7) *Ley 53/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas* (art. 50). Las modificaciones son dos:

1.ª) Artículo 1, apartado 3. Se le añade un segundo párrafo, con arreglo al cual los Abogados del Estado podrán, asimismo, representar, defender y asesorar a las Corporaciones Locales en los términos que se establezcan reglamentariamente y a través de los oportunos convenios de colaboración.

2.ª) Artículo 13, apartado 1. Se le da la siguiente nueva redacción: “1. La tasación de las costas en que fuere condenada la parte que actúe en el proceso en contra del Estado, sus organismos públicos, los órganos constitucionales o personas defendidas por el Abogado del Estado, se registrará, en cuanto a sus conceptos e importe, por las normas generales, con inclusión, en su caso, de las correspondientes a las funciones de pro-

curaduría.= Firme la tasación, su importe se ingresará en la forma legalmente prevista, dándose el destino establecido presupuestariamente.= Para la exacción de las costas impuestas a particulares se utilizará el procedimiento administrativo de apremio, en defecto de pago voluntario”.

8) *Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre Introducción del Euro.* Las modificaciones, contenidas en el artículo 67, son las siguientes:

— Artículo 4, apartado dos: “No obstante lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley, los billetes y monedas denominados en pesetas continuarán siendo válidos como medio de pago de curso legal con pleno poder liberatorio, en cuanto subdivisión del euro al tipo de conversión, hasta el 28 de febrero de 2002. A partir de dicho momento, tales billetes y monedas perderán su curso legal y sólo conservarán un mero valor de canje en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

Recordemos que en el texto original de la Ley el plazo como medio de pago de curso legal de los billetes y monedas denominados en pesetas era hasta el 30 de junio de 2002.

— Artículo 24, apartado uno: “Uno. Desde el 1 de enero hasta el 30 de junio del año 2002, se efectuará el canje de billetes y monedas en pesetas por billetes y monedas en euros con arreglo al tipo de conversión y a la aplicación, en su caso, de las normas de redondeo contenidas en el artículo 11 de esta Ley”.

Se ha suprimido el último inciso de este apartado (“La reducción del plazo a que se refiere este apartado determinará la pérdida del curso legal de la peseta al momento de finalización del mismo”).

— Artículo 25: “El canje a partir del 1 de julio de 2002.= A partir del 1 de julio de 2002 el canje de los billetes y monedas denominados en pesetas por billetes y monedas en euros se llevará a cabo exclusivamente por el Banco de España, previo el correspondiente redondeo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley”.

— Disposición final segunda, apartado uno. Se adicionan dos nuevos subapartados, que facultan al Ministro de Economía para: “c) Dictar las normas que puedan ser necesarias para la distribución de cantidades limitadas de billetes y monedas en euros antes de 1 de enero de 2002, con el fin de facilitar la transición a la nueva moneda.= d) Dictar las normas que resulten necesarias para garantizar la mejor ejecución de lo dispuesto en esta Ley sobre el período de canje”.

De conformidad con estas reformas, y tal y como nos resume el folleto elaborado por el Banco de España, el calendario de llegada del euro será el siguiente:

a) Utilización del euro:

— 1 enero 2002: los billetes y monedas en euros se ponen en circulación. Hasta el 28 de febrero se podrá pagar en pesetas y en euros.

— 1 marzo 2002: la peseta desaparece y ya no podremos pagar con ellas; solamente en euros.

b) Lugar donde obtener los euros:

— 15 diciembre 2001: desde este día se podrá adquirir en las entidades financieras un paquete de 43 monedas euro por valor de 2.000 pesetas.

— 1 enero 2002: a partir de esta fecha, se obtendrán los euros en entidades financieras y cajeros automáticos.

c) ¿Qué hacer con las pesetas?:

— 1 enero 2002 a 30 de junio 2002: canjearlas por euros en entidades financieras y en el Banco de España,

— 1 julio 2002: desde esta fecha solamente se podrán cambiar las pesetas en el Banco de España.

9) *Garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso de distribución de monedas y billetes en euros.* Según el artículo 68:

Uno. Lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, será aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso de distribución de monedas y billetes en euros con anterioridad al 1 de enero de 2002 o del ejercicio del resto de sus funciones.

La constitución de las citadas garantías no requerirá para su plena validez y eficacia frente a terceros la intervención de fedatario público ni ningún otro requisito formal. Dicha constitución deberá constar por escrito y ser inscrita en el registro correspondiente por la entidad encargada del mismo. En el supuesto de valores representados mediante títulos físicos, será necesaria, además, su entrega al beneficiario de la garantía o a un tercero establecido por común acuerdo entre las partes.

La formalización de la correspondiente obligación principal tampoco requerirá para su plena validez y eficacia frente a terceros la intervención de fedatario público ni el cumplimiento de ningún otro requisito formal.

Dos. El Banco de España y las entidades de crédito que participen en el proceso de distribución de billetes en euros con anterioridad al 1 de enero de 2002, podrán acordar que las garantías constituidas a favor del primero, antes de la entrada en vigor de la presente Ley, para asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de la ejecución de sus operaciones de política monetaria y crédito intradía, garanticen, asimismo, las obligaciones, asumidas frente a dicho Banco de España, en el marco del mencionado proceso de distribución anticipada de billetes en euros o del ejercicio de cualquiera otra de sus funciones. En tal caso, a dichas garantías, les será de aplicación el régimen establecido en la presente disposición.

Tres. A efectos de lo previsto en la presente disposición, se entenderá por garantía lo previsto en el segundo párrafo de la letra d) del artículo 2 de la citada Ley 41/1999, de 12 de noviembre.

Cuatro. Lo dispuesto en la presente disposición será, asimismo, de aplicación a las garantías constituidas a favor del Tesoro Público, actuando directamente o a través del Banco de España, para asegurar las obligaciones derivadas de la distribución de moneda metálica denominada en euros con anterioridad al 1 de enero de 2002.

10) LEY 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Las modificaciones de esta Ley están contenidas en el artículo 69, a saber:

— Artículo 47: “Podrán adquirir la condición de miembros de las Bolsas de Valores las entidades que cumplan lo previsto en el artículo 37 de esta Ley”, y

— artículo 48.1 (que establece los requisitos de las sociedades anónimas que regirán y administrarán las Bolsas de Valores):

“1. Las Bolsas de Valores estarán regidas y administradas por una sociedad anónima, que será responsable de su organización y funcionamiento internos, y será titular de los medios necesarios para ello, siendo éste su objeto social principal. Dichas sociedades podrán desarrollar igualmente otras actividades complementarias relacionadas con las Bolsas de Valores. Las acciones de dichas sociedades serán nominativas. Tales sociedades deberán contar necesariamente con un Consejo de Administración compuesto por no menos de cinco personas y con, al menos, un Director general. Dichas sociedades no tendrán la condición legal de miembros de las correspondientes Bolsas de Valores y no podrán realizar ninguna actividad de intermediación financiera, ni las actividades relacionadas en el artículo 63.

Las citadas sociedades ejercerán las funciones que les atribuye la presente Ley y las demás que determinen el Gobierno, el Ministro de Economía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin perjuicio de las que puedan otorgarles las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas en sus Estatutos de Autonomía competencias en la materia. Las Bolsas de Valores podrán exigir retribución por los servicios que presten.

El capital de las sociedades a que se refiere este artículo se distribuirá entre los miembros de las Bolsas de Valores que deseen participar en ese capital. Asimismo, podrán participar en el capital de esas sociedades otras entidades o personas. El Gobierno o las Comunidades Autónomas con competencia en la materia determinarán, para miembros y no miembros, las condiciones de acceso y permanencia en el capital, así como los criterios de distribución del mismo.

Los derechos y condiciones en que se producirán las participaciones accionariales se concretarán en los oportunos acuerdos societarios, que estarán sujetos a previa aprobación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores o, en su caso, por la correspondiente Comunidad Autónoma con competencia en la materia. Siempre que la Junta general así lo hubiera

autorizado para los aumentos, reducciones y enajenaciones de capital que sean precisos a esos efectos bastará con el acuerdo del Consejo de Administración, no siendo de aplicación a los mismos lo dispuesto en los artículos 75 a 79, 158 y 164 a 166 de la Ley de Sociedades Anónimas. Las restantes ampliaciones o reducciones y enajenaciones de capital estarán sujetas al régimen general de la Ley de Sociedades Anónimas, con la salvedad de que las acciones que se emitan sólo podrán ser suscritas por los accionistas.

Los estatutos de dichas sociedades y sus modificaciones requerirán la previa aprobación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o, en su caso, por la correspondiente Comunidad Autónoma con competencia en la materia, respecto de las Bolsas de Valores de ámbito autonómico. El nombramiento de los miembros del Consejo de Administración y del Director general exigirá la previa aprobación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores o, en su caso, por la Comunidad Autónoma.”

11) Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Las modificaciones introducidas en esta “simpática” Ley se enumeran en el artículo 73:

1.^a) Artículo 8.2.b) (información general). Se añade un segundo párrafo según el cual, en el documento informativo que el propietario, promotor o persona que se dedique profesionalmente a la transmisión de estos derechos debe entregar gratuitamente, con el carácter de oferta vinculante, a cualquier persona que solicite información y antes de iniciar su transmisión, deberán constar, en todo caso “los requisitos y condiciones que para el ejercicio de tales derechos (se refiere a los que van a ser objeto de transmisión) se exigen en el lugar donde está situado el inmueble, y si están cumplidos o, en caso contrario, los requisitos o condiciones que todavía deberán cumplirse”.

2.^a) Artículo 8.2.e) (información general). En el texto originario en el indicado documento informativo debían constar “los servicios comunes de los que podrá disfrutar el adquirente y las condiciones de este disfrute”. A partir del 1 de enero de 2001 la redacción es la siguiente: “Los servicios comunes que permiten la utilización del inmueble y los demás de los que puede o podrá disfrutar el adquirente, con indicación de la fase en que se encuentran y las condiciones de tal disfrute”.

3.^a) Artículo 8.2 (información general). Según la nueva redacción dada a su letra h), con el repetido documento informativo se consignará: “Precio medio de los derechos de aprovechamiento por turno y precio de los que lo tengan más alto; las cargas legalmente obligatorias, como contribuciones o exacciones fiscales, entre otras, los gastos anuales o su estimación, por ocupación del inmueble, por utilización de las instalaciones

y servicios comunes, así como los derivados de la administración, conservación y el mantenimiento del alojamiento y elementos comunes, con indicación del procedimiento de cálculo de las futuras anualidades.= Asimismo se expresará que la adquisición de los derechos de aprovechamiento por turno no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distintos de los mencionados en el contrato”.

4.^a) Artículo 9 (contenido mínimo del contrato). En lo que se refiere a la lengua en que debe estar redactado el contrato (*vide* apartado 3 del citado artículo) se modifica la redacción de su primer párrafo –que debió ajustarse, según la propia E. de M. de la Ley, a la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994– precisándose:

— Que el contrato y los documentos informativos se redactarán en la lengua o en una de las lenguas, elegida por el adquirente, del Estado miembro de la Unión Europea en que resida o del que sea nacional aquél, siempre que sea una de las lenguas oficiales de dicha Unión. Esta referencia a la nacionalidad es la novedad,

— que, además, se redactarán en castellano o en cualquiera de las otras lenguas españolas oficiales en el lugar de celebración del contrato. Antes la posibilidad de elegir entre una y otras se concedía al adquirente; a su elección, se decía. Ahora este inciso se ha suprimido, y

— se añade la obligación, antes inexistente, de entregar el transmitente al adquirente la “traducción del contrato a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de la Unión Europea en que esté situado el inmueble, siempre que sea una de las lenguas oficiales de la Unión”.

5.^a) Artículo 9 (contenido mínimo del contrato). Nueva redacción del apartado 4: “Todo el contenido del documento informativo previsto en el apartado 2 del artículo anterior deberá incorporarse y formar parte integrante del contrato.= Los cambios introducidos en dicho documento informativo, que a falta de acuerdo expreso de las partes sólo podrán ser resultado de circunstancias ajenas a la voluntad del transmitente, deberán comunicarse al adquirente antes de la celebración del contrato.= El incumplimiento de estas obligaciones implica el del deber de información a los efectos establecidos en el artículo siguiente”.

La novedad es la inclusión del párrafo segundo (“Los cambios introducidos en dicho documento informativo...”), con lo cual se flexibiliza (por una vez, que no valga) el *rigor mortis* de la Ley con respecto al transmitente y se admite la posibilidad de que por causas ajenas a su voluntad (fuerza mayor?) se hayan tenido que introducir modificaciones, vgr.: fecha límite para la finalización de la construcción, alteraciones en ésta, etc., etc.

6.^a) Artículo 10 (desistimiento y resolución del contrato). Se modifica la redacción del segundo párrafo de su apartado 3: “Si el contrato se celebra ante Notario, y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, el desistimiento podrá hacerse constar en acta notarial, que será título suficiente para la reinscripción del derecho de aprovechamiento a favor del transmitente”.

En el párrafo anterior se impone al adquirente la obligación de notificar al propietario o promotor el desistimiento o resolución del contrato. Desistimiento que podía hacerse y notificarse en y por cualquier medio, salvo el supuesto de que el contrato se hubiese celebrado ante notario en el que tenía (imperativamente –“deberá” era el tiempo verbal utilizado–) que hacerse en acta notarial. De acuerdo con la modificación que ahora se introduce la utilización del acta notarial se convierte en potestativa (“podrá hacerse”. *Vide*, además, la nueva redacción del art. 14, apartado 2). De todos, bueno será mejor no exagerar, de muchos es conocida nuestra postura contraria a las facultades de desistimiento y resolución (*vide* la Circular 48/1999 de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, reproducida, entre otras, por la *Revista Jurídica del Notariado* n.º 34, abril-junio 2000, “Derechos de aprovechamiento por turno (Ley 42/1998, de 15 de diciembre)”. Opinábamos que “si el arrepentimiento, el desistimiento, es difícil de digerir, cuando el contrato se ha celebrado ante notario... ¡qué decir! El legislador se excusa y reconoce que «la intervención del fedatario público (como notario más me habría gustado que siguieran llamándome así y que, en vez de intervención, se hablara de autorización) sería suficiente para considerar innecesario conceder al adquirente la facultad de desistimiento, pues su presencia impide el que la otra parte haga valer su preponderancia, pero puesto que la Directiva no establece ninguna excepción a favor de estos contratos intervenidos (?), ha sido necesario conservar esa facultad de desistimiento, si bien exigiendo que el mismo se haga por acta notarial, como documento público equivalente a la escritura en la que se ha formalizado el contrato sobre un derecho de aprovechamiento por turno»”. Si entonces concluíamos que el acta no curaba la herida, ¿qué tenemos que añadir ahora en que el legislador borra, sin borrar, su “excusa”?... Cada cual es libre de opinar.

7.^a) Rúbrica del artículo 14 y primer párrafo del apartado 1 del mismo. Según el texto original la rúbrica del precepto era la de “Publicidad registral”; ahora se sustituye por la de “Formalización notarial y publicidad registral del contrato”.

Como hemos indicado, se modifica, asimismo, el párrafo primero del propio artículo 14, que en lo sucesivo tendrá la siguiente redacción: “1. La adquisición y transmisión de derechos de aprovechamiento por turno

podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre que el contrato se haya celebrado o formalizado mediante escritura pública y el Registrador abra folio al turno cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión, quedando a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.

Se trata de una mejora o corrección de estilo, por cuanto el texto primigenio se refería a la posibilidad de inscribir cuando el contrato se elevare a escritura pública, o lo que es lo mismo, siempre que habiéndose celebrado en documento privado éste se elevare a público por exigencias del artículo 3 LH, lo que en ningún caso impedía que el contrato se hubiese celebrado directamente ante notario; alternativa a la que parece quiere aludir la reforma con la utilización de los términos “celebrado” (directamente ante notario) y “formalizado” (documento privado elevado a escritura pública).

8.^a) Artículo 14 (formalización notarial y publicidad registral del contrato). El apartado 2 de este artículo quedará redactado como sigue: “Si el contrato se celebra ante Notario, éste advertirá del derecho de desistimiento que el artículo 10 establece a favor del adquirente, que podrá hacerse por acta notarial, y de los demás derechos que le reconoce la presente Ley”.

Consecuencia del cambio de actitud del legislador respecto del acta notarial; por tanto, mera coordinación con la reforma, antes examinada, del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 10 (n.º 6.^a precedente).

9.^a) Artículo 19 (Impuesto sobre el Valor Añadido). La disposición adicional cuarta modifica el indicado artículo 19 solamente en lo que se refiere a su apartado 2, por cuanto a las operaciones señaladas en el apartado anterior (que se mantiene, por tanto, en su redacción originaria estableciendo la aplicación del tipo reducido del 7 por 100 del IVA a las operaciones que enumera) cuando se realicen en la Comunidad Autónoma de Canarias, les será de aplicación el tipo general que, conforme a su legislación, esté previsto para el Impuesto General Indirecto Canario.

Anteriormente era de aplicación el tipo reducido. Según el artículo 8 de la presente Ley de Medidas Fiscales, que contiene las modificaciones del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, entre ellas las del artículo 27 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, el tipo impositivo general (aplicable a los bienes y servicios que no se encuentren sometidos ni al tipo cero, ni al reducido, ni a los incrementados) estará comprendido entre el 3 y el 6 por 100, ambos inclusive.

El tipo aplicable desde el 1 de enero próximo pasado es el 5 por 100, según fuentes bien informadas por cuanto evidentemente mejor fuente no puede haber que la de nuestro querido amigo y compañero LUCAS

RAYA, notario de Santa Cruz de Tenerife, con quien tuve el honor de compartir mesa en la Junta de Decanos ¡Gracias, Lucas!

10.^a) Disposición adicional segunda (imperatividad de la Ley). A la discutida disposición adicional segunda —que proclama la imperatividad de la Ley cuando el derecho de aprovechamiento por turno recaiga sobre inmuebles situados en España, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración— se le adiciona ahora un segundo párrafo, conforme al cual: “Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3 (período anual de aprovechamiento nunca inferior a siete días seguidos), 2 (nulidad de las cláusulas anticipadas de renuncia) y 8 a 12 (información general, contenido mínimo del contrato, desistimiento y resolución, prohibición de anticipos y régimen de préstamos a la adquisición). En tales casos el adquirente podrá elegir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando éste sea miembro de la Unión Europea”.

Si para muchos el legislador español ya se había “pasao” con el párrafo primero, ¿qué opinarán ahora? Cuando menos que hay contradicción entre ambos párrafos: en el primero, aplicación contra viento y marea de la *lex rei sitae*; en el segundo, prevalencia de la *lex loci contractus* —en cuanto a los artículos enumerados— sobre la *lex rei sitae*. Fumando espero... espero opiniones con impaciencia.

12) Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Según la disposición adicional primera, son dos las modificaciones:

— Artículo 4 (escritura). Con gran asombro leemos: “En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente”. Y decimos “con gran asombro” por cuando se ha sustituido el término “mejora” del texto original por el de “modificación”. Literalmente interpretada la reforma supone que una entidad financiera puede colocarse en el lugar de la concedente del préstamo sin necesidad de mejorar las condiciones del tipo de interés, incluso ofreciendo un interés más alto. Si esto fuera así el “leit motiv” de la reforma llevada a cabo en 1994 se viene al traste. Recordemos que esta Ley en su E. de M. destacaba que la “ratio” de la reforma no era otra que el descenso generalizado de los tipos de interés y cuya repercusión hacen “razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso”. Cuando escribimos sobre el tema (*vide*

el n.º 9 de la *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 1994, por todas) repasamos el *iter* parlamentario de la Ley y reproducimos las intervenciones más destacadas en el Congreso. Concretamente la del Sr. MARTÍNEZ NOVAL que en defensa de la enmienda 56 del Grupo Socialista —que fue la triunfante y la que dejó el artículo en su redacción inicial— afirmaba: “... queríamos modificar también y precisar, en el artículo 4.º, a qué nos referimos cuando hablamos de cambio en el tipo de interés en el caso de subrogación. Pues estamos refiriéndonos, tal como dice nuestra enmienda, a una mejora de los tipos de interés. Entendemos que con este término es suficiente, porque será el deudor hipotecario el mejor intérprete de qué significa para él «mejora de los tipos de interés». Mi impresión es que se puedan dar tres posibilidades, en relación con un cambio de los tipos de interés, que significan mejora para el deudor hipotecario. Que se trate de una hipoteca a tipo fijo, con lo que deberíamos estar en presencia de una reducción del tipo de interés; que se trate de una hipoteca a tipo de interés variable o bien de un cambio en el tipo de interés de referencia de la primera entidad acreedora, o bien que, manteniendo el tipo de referencia inicial, reduzca el margen respecto a ese tipo de referencia. Eso es lo que nosotros entendemos por mejora de los tipos de interés, que hemos querido llevar al proyecto para clarificarlo”.

A la vista de esta *mens legislatoris* y del texto anterior concluíamos que en los préstamos a interés fijo, la mejora equivalía a reducción del interés pactado, y que en los préstamos a interés variable, la mejora del interés vigente podía obtenerse cambiando el tipo de interés de referencia —lógicamente, siempre que fuere más beneficioso para el deudor— o, manteniendo el referencial pero reduciendo el diferencial, es decir, los puntos que hay que añadir para determinar el interés resultante.

También expusimos que la expresión “mejora de las condiciones del tipo de interés” podía dar más de sí y poníamos como ejemplos el de cambio de interés fijo a variable o a la inversa; mantenimiento del tipo de interés pero cambiando su fecha de vencimiento (de mensuales a trimestrales, semestrales a anuales, en hostelería cambio a los meses veraniegos o de temporada alta). También nos preguntábamos si cabría incluir estos supuestos y otros que de seguro se nos habían quedado en el tintero en el marco de esta Ley; es decir, para aplicar la exención prevista en el artículo 7, respecto de la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados, lo que poníamos en duda.

Pues bien, con la reforma actual nada encaja. Ya no será necesario mejorar, bastará con modificar las condiciones del tipo de interés. Interpretación literal *versus* interpretación teleológica. ¿Cómo y cuándo se aplicará la exención del artículo 7? “That’s the question”...

— Artículo 9 (beneficios fiscales y honorarios notariales y registrales en la novación modificativa de préstamos hipotecarios). En la misma línea expuesta se redacta de nuevo el artículo 9 sustituyendo la referencia a la “mejora de las condiciones” por la de “modificación de las condiciones”.

A lo que acabamos de comentar nos remitimos y nos limitamos a transcribir la nueva redacción: “Estarán exentas en la modalidad gradual de «Actos Jurídicos Documentados» las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente. Conjuntamente con la modificación del tipo se podrá pactar la alteración del plazo.= Para el cálculo de los honorarios notariales y registrales de dicho tipo de escrituras, se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el nuevo interés”.

13) *Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional.* Se adscribe a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el Registro Especial del Ministerio de Hacienda de Uniones Temporales de Empresas, correspondiéndole su gestión, mantenimiento y desarrollo (Disp. adic. decimosexta).

14) *Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.* Según la disposición adicional decimonovena, se amplía al año 2001 la autorización concedida al Gobierno para modificar la cuantía de las subvenciones al transporte aéreo para residentes en las Islas Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla, contenida en el artículo 61 de la citada Ley, sin que en ningún caso dicha modificación pueda suponer una disminución de la ayuda prestada o un deterioro de la calidad del servicio, ni incremento de los créditos asignados a esta finalidad.

15) *Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.* Se modifica el capital social de las entidades gestoras de fondos de pensiones. Para ello la disposición adicional vigésima segunda redacta de nuevo la letra a) del apartado 1 del artículo 20 de la mentada Ley, a saber: “a) Tener un capital desembolsado de 100 millones de pesetas.= Adicionalmente, los recursos propios deberán incrementarse en los porcentajes que a continuación se indican, aplicables sobre los excesos del activo total del fondo o fondos gestionados sobre 1.000 millones

de pesetas, en los siguientes tramos: = Entre 1.000 y 150.000 millones de pesetas, el 1 por 100. = Entre 150.001 y 550.000 millones de pesetas, el 0,3 por 100. = A partir de 550.000 millones de pesetas, el 0,1 por 100. = A estos efectos, se computarán como recursos propios el capital social desembolsado y las reservas que se determinen reglamentariamente”.

16) *Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.* Se amplía el plazo de adaptación a esta Ley hasta el 1 de enero de 2003, con la modificación que a la disposición transitoria segunda de la misma introduce la disposición transitoria quinta de la Ley de Medidas Fiscales, cuyo examen damos así por finalizado.

C) Real Decreto 3472/2000, de 29 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, así como del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En este R.D., cuya entrada en vigor fue la de 31 de diciembre de 2000 (Disp. final única), con las excepciones que iremos indicando, se contienen una serie de modificaciones que afectan a los Reglamentos del Impuesto sobre Sociedades y del IRPF, y que pasamos a enumerar seguidamente:

1) *Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.*

a) *Nueva tabla de coeficientes de amortización aplicable a los puertos marítimos.* Con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1.º de enero de 2000, se introduce en la división 9 de las tablas de coeficientes de amortización de elementos patrimoniales del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RD 537/1997, de 14 de abril), una nueva agrupación 95, aplicable a entidades que presten servicios portuarios, cuyo contenido consta en el Anexo (art. primero).

b) *Artículo 7, apartado 2, párrafo b) (cobertura del riesgo de las posibles insolvencias de los deudores).* También con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2000, de acuerdo con la nueva redacción no serán deducibles las dotaciones respecto de los créditos que seguidamente se citan, excepto si son objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía: “...b) Los garantizados mediante derechos reales, pactos de reserva de dominio y derecho de retención, cuando el objeto de los citados derechos reales sean viviendas terminadas.= No obstante, cuando hayan transcurrido más

de tres años desde el vencimiento de la primera cuota o plazo impagado, y en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía, sí serán deducibles las dotaciones que se hubieren practicado” (art. segundo, 1).

c) *Artículo 7, apartado 3 (cobertura del riesgo de las posibles insolvencias de los deudores)*. “No serán deducibles las dotaciones basadas en estimaciones globales, incluso estadísticas, del riesgo de insolvencia de los deudores. No obstante, serán deducibles las dotaciones derivadas de la aplicación de lo previsto en el apartado 6 de la norma undécima de la Circular 4/1991, de 14 de junio, del Banco de España, excepto en la parte que de las mismas corresponda a valores negociados en mercados secundarios organizados, créditos cubiertos con garantía real y cuotas pendientes de vencimiento de contratos de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles”.

Así reza el apartado 2 del artículo segundo, aplicable a los períodos impositivos que se inicien, asimismo, a partir del 1 de enero de 2000.

Según explica el preámbulo del propio R.D., con referencia a esta modificación y la precedente, son debidas a la llevada a cabo en la normativa contable y, en particular, a las exigencias de cobertura del riesgo por insolvencia de las entidades financieras, que se ha plasmado en la Circular 9/1999, de 17 de diciembre, del Banco de España. Destaca en este punto, según el propio preámbulo, la aclaración sobre la no deducibilidad de las dotaciones a la denominada “provisión estadística”, de nueva creación, por no responder a una valoración individualizada del riesgo de insolvencia, en línea con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 12 de la Ley del Impuesto.

d) *Artículo 55 bis (colaboración externa en la presentación y gestión de declaraciones)*. En el artículo tercero se añade este nuevo artículo al Reglamento con la finalidad de desarrollar la colaboración social en la gestión del Impuesto (*vide* art. 96 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria), cuyo tenor es el siguiente:

“1. La Administración tributaria podrá hacer efectiva la colaboración social en la presentación de declaraciones por este Impuesto a través de acuerdos con las Comunidades Autónomas y otras Administraciones Públicas, con entidades, instituciones y organismos representativos de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales.

2. Los acuerdos a que se refiere el apartado anterior podrán referirse, entre otros, a los siguientes aspectos:

- a) Campañas de información y difusión.
- b) Asistencia en la realización de declaraciones y en su cumplimentación correcta y veraz.
- c) Remisión de declaraciones a la Administración tributaria.
- d) Subsanción de defectos, previa autorización de los sujetos pasivos.

e) Información del estado de tramitación de las devoluciones de oficio, previa autorización de los sujetos pasivos.

3. La Administración tributaria proporcionará la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de las indicadas actuaciones sin perjuicio de ofrecer dichos servicios con carácter general a los sujetos pasivos.

4. Mediante Orden del Ministro de Hacienda se establecerán los supuestos y condiciones en que las entidades que hayan suscrito los citados acuerdos podrán presentar por medios telemáticos declaraciones, declaraciones-liquidaciones o cualesquiera otros documentos exigidos por la normativa tributaria, en representación de terceras personas.

Dicha Orden podrá prever igualmente que otras personas o entidades accedan a dicho sistema de presentación por medios telemáticos en representación de terceras personas.”

e) *Artículo 29, apartado 6 (aprobación de criterios de imputación temporal distintos al devengo).* La modificación, introducida en el artículo cuarto del R.D. consiste en ampliar de tres a seis meses el plazo máximo de resolución de que dispone la Administración Tributaria para aprobar o no criterios de imputación temporal distintos al devengo. Ampliación que viene aconsejada –según nos explica el preámbulo– por la experiencia adquirida durante tres años de aplicación de la norma, que pone de manifiesto la insuficiencia del plazo actual y las importantes consecuencias que su incumplimiento acarrea, ya que –según el apartado 7 del propio artículo, que no se modifica– el silencio administrativo tiene carácter positivo. Con esta ampliación se adecua el plazo al general establecido por el artículo 23 de la tantas veces mentada Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

Este nuevo plazo no resultará aplicable a los expedientes cuya tramitación se hubiere iniciado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 (disp. trans. única).

2) *Reglamento del IRPF.*

a) *Artículo 10 (salario medio anual).* A este artículo –aprobado por el artículo único del R.D. 214/1999, de 5 de febrero–, y con efectos desde el 1 de enero de 2000, se le añade un nuevo apartado 4, con el objeto de fijar la cuantía del salario medio anual del conjunto de los declarantes del impuesto, a los efectos de la aplicación de la reducción del 30 por 100 prevista en el artículo 17.2.a) de la Ley del Impuesto, en su nueva redacción dada por la Ley 55/1994, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La cuantía de ese salario medio, que era de 2.500.000 pesetas, se eleva a 2.600.000 pesetas (disp. adic. primera).

b) *Artículo 66 (plazo de presentación de las declaraciones informativas que realizan las entidades receptoras de donativos)*. Con el fin de ampliar el plazo de las declaraciones informativas de referencia presentadas mediante soporte directamente legible por ordenador, en la disposición adicional segunda se modifica, con efecto desde el 1 de enero de 2001, la redacción del apartado 2 del citado artículo 66, que quedará redactado como sigue: “2. Las entidades receptoras de donativos que den derecho a deducción por este Impuesto deberán presentar una declaración informativa de donaciones, en la que además de sus datos de identificación y de la indicación de si se hallan o no acogidas al régimen de deducciones establecido por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, podrá exigirse que consten los siguientes datos referidos a los donantes: =a) Nombre y apellidos.=b) Número de identificación fiscal.=c) Importe del donativo.=d) Inclusión o no del donativo en las actividades o programas prioritarios de mecenazgo que se señalen por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.= La presentación de esta declaración informativa se realizará en los treinta primeros días naturales del mes de enero de cada año, en relación con los donativos percibidos en el año inmediatamente anterior.= En el caso de que la declaración se presente en soporte directamente legible por ordenador, el plazo de presentación será el comprendido entre el 1 de enero y el 20 de febrero de cada año”.

Los que han tenido la inmensa paciencia de llegar a este punto quizás recuerden que comenzábamos afirmando que el panorama provocado por la Ley de Presupuestos y su inseparable Ley de Medidas Fiscales, etc., etc., lo íbamos a contemplar con “lentillas notariales”. Tras la lectura más de uno se estará preguntando cuántas dioptrías tendrán esas mis lentillas, por cuanto hemos incluido en esta Circular materias –la referencia a las tasas, por ejemplo– que poco o nada tienen que ver con nuestro quehacer cotidiano. Al que esto se pregunte nos permitimos decirle que para mí –y a partir de ahora hablo en primera persona– el deber de asesoramiento siempre ha sido la base de nuestra razón de ser y que para cumplirlo como corresponde hay que procurar estar siempre al día en todo lo que pueda rozar el infinito campo jurídico. Y como el saber no ocupa lugar... de ahí la criticable extensión de esta Circular que me ha permitido, una vez más y a pesar de mi posición de jubilado, refrescar ideas, adquirir nuevos conocimientos y, ¿por qué no?, facilitar la tarea a alguno que siga en el tajo. Perdón por el consejo y la pedantería.

COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y CATASTRO: LA EXPERIENCIA DEL NOTARIO (*)

JOSÉ JAVIER CASTIELLA RODRÍGUEZ

Notario

Convendría comenzar con una precisión terminológica. Quizás el título más adecuado para estas jornadas, atendida la finalidad que pretenden, fuera el de Coordinación entre el registro de la riqueza territorial y la realidad jurídica inmobiliaria.

Registro de la Riqueza Territorial

Entiendo que el Catastro, aunque históricamente es lo primero en aparecer, en la actualidad es sólo una parte, la fiscal concretamente, de una realidad más amplia de la que forma parte. Es evidente que se trata de una institución de progreso, cuyo nivel de precisión y desarrollo marca indudablemente una de las variables del progreso técnico del pueblo que habita en el territorio al que se refiere. Debemos aspirar a que este Registro de la Riqueza Territorial constituya una verdadera Base de

(*) Publicado en la *Revista del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria*, octubre 1993, segunda época, año V, pp. 89-94.

datos espacial en la que se recoja toda la información más directamente ligada al territorio.

Igualmente es evidente que, además de la utilidad recaudatoria, tiene otras muchas, entre las que pueden destacarse las técnicas: piénsese en temas tan variados como el reparto de ayudas a la agricultura, la concentración parcelaria, la ordenación de explotaciones forestales, la realización de obras públicas, desde pantanos hasta viales interurbanos, ecología y defensa de ecosistemas, defensa nacional, prevención de catástrofes naturales, etc. Para todo ello y seguramente para muchas más utilidades, *servirá como fuente de información valiosa el archivo de datos del Registro de la Riqueza Territorial.*

No obstante, a lo largo de la exposición, por razones prácticas, seguiremos utilizando la terminología al uso, designando al Registro de la Riqueza Territorial como el Catastro.

Realidad jurídica inmobiliaria

Además de la finalidad fiscal: Catastro tributario, y de las finalidades técnicas relacionadas, el Registro de la Riqueza Territorial puede prestar un importante servicio al tráfico jurídico, del que, paralelamente necesita para su permanente actualización.

En efecto, de una parte, puede decirse que la falta de precisión en la referencia a la realidad física de las fincas en las transmisiones inmobiliarias constituye en la actualidad la asignatura pendiente de la seguridad jurídica deseable en el tráfico inmobiliario. Es cierto que existen empeños legislativos recientes tendentes a asegurar esta realidad, con referencia sobre todo a las obras nuevas urbanas. Me refiero a la Ley 8/90 de 27 de julio sobre reforma de la Ley del Suelo, que en su artículo 25 2.º exige la acreditación al Notario, como presupuesto previo necesario para el otorgamiento de las escrituras de Obra Nueva, aquella documentación que acredita la realidad física de lo que se va a otorgar como realidad jurídica.

Traigo a colación este ejemplo porque, de una parte es una norma tendente a conseguir la misma finalidad de coordinación de la realidad jurídica a la física, aunque el medio no sea el Catastro sino la licencia de edificación o el Certificado de final de obra o de correspondencia de la obra nueva declarada, con el proyecto. Pero de otra, y a mi modo de ver más importante, porque supone un ejemplo de cómo se debe legislar en esta materia, según luego veremos: exigiendo el cumplimiento de los requisitos de coordinación con carácter previo al otorgamiento de la escritura y haciendo que sean los propios particulares los que, incentiva-

dos por el interés en conseguir el resultado jurídico apetecido, en este caso, la Obra Nueva del Edificio, actúen y se conviertan en los sujetos activos de la coordinación.

De otra parte, el Registro de la Riqueza Territorial, sin una exhaustiva actualización jurídica de titularidades, deviene pronto obsoleto e inservible.

Esa actualización permanente exige una Coordinación, lo más completa y perfecta posible, con las instituciones o corporaciones a través de las cuales se configura la realidad jurídica, fundamentalmente el Notariado y el Registro de la Propiedad.

Por todo ello me parece de gran importancia el tema de las presentes jornadas y muy loable el intento de profundizar y mejorar en la coordinación del Catastro y la realidad jurídica inmobiliaria.

Para el estudio de este tema me parece interesante realizar una aproximación progresiva al mismo, partiendo de la experiencia que los países de nuestro entorno cultural tienen al respecto, para, a continuación, analizar el estado de la cuestión en España y, por último, estudiar la normativa navarra, procurando extraer consecuencias de todo lo anteriormente visto.

Derecho comparado.

El problema de la coordinación entre Registro de la Riqueza Territorial y realidad jurídica inmobiliaria está igualmente planteado, y resuelto de diferentes modos, y en distinto grado, en todos los países de nuestro entorno. Buena cosa será hacer un repaso, siquiera somero, de los más relevantes sistemas y soluciones adoptados.

He elegido para este breve estudio comparativo solamente los países o más cercanos por lo parecido de su sistema registral, caso de Francia e Italia con registros de oponibilidad de lo registrado o más interesantes por los logros conseguidos en esta materia, como los casos de Holanda o Alemania.

1) ITALIA. Desde 1975 se viene aplicando un método en virtud del cual todas las escrituras o actos que deban tener acceso al Registro deben incluir, como referencia obligatoria, el número catastral de cada finca.

Del mismo modo se exige que los documentos que supongan alteración física de fincas vengán acompañados del levantamiento topográfico correspondiente que tiene que ser aprobado por la Administración del Catastro.

La Ley de 27 de febrero de 1985 exige que en las solicitudes de transcripción de un acto o de inscripción de una hipoteca en el Registro de la Propiedad se hagan constar siempre los datos catastrales de los inmuebles

a los que se refieren. Dado que estas solicitudes han de ser remitidas automáticamente por los notarios y que éstos han de notificar además al Catastro cuándo se producen transmisiones de titularidad concluiremos en que se está en vías de conseguir una correcta coordinación entre ambas instituciones y que ésta pivota en buena medida sobre el notariado.

2) FRANCIA. En todo acto traslativo o modificativo de los derechos reales sobre inmuebles se incluyen obligatoriamente los datos catastrales.

Si el acto o negocio implica modificación física de una finca, los notarios o autoridades intervinientes deben solicitar del Catastro, con carácter previo al otorgamiento de la escritura, la Cédula Catastral pertinente. Los titulares están obligados a aportar los documentos topográficos necesarios para recoger los cambios en el Catastro. Estos documentos deben ser elaborados por topógrafos autorizados por el Catastro que revisten entonces el carácter de “auxiliares de la Administración”, aunque el coste de la elaboración de estos documentos recaiga, en su totalidad, sobre los particulares.

La documentación topográfica así elaborada es remitida al Catastro para que tome nota de las transformaciones físicas y asigne, en su caso, nuevos números de identificación a los inmuebles resultantes y sólo después de realizada esta operación catastral se procederá a la formalización de la escritura y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, donde habrá de presentarse tanto el documento público como la documentación topográfica utilizada para señalar las transformaciones físicas que se hayan producido.

De nuevo vemos cómo la coordinación se realiza en la fase de preparación del documento público de transmisión, siendo por tanto el Notariado, la corporación profesional directamente responsabilizada de la práctica de coordinación.

A su vez el Catastro se actualiza en cuanto a las mutaciones físicas de finca, del modo visto y en cuanto a los simples cambios de titularidad por la información que, al respecto, envían los Registros una vez producida la inscripción, de modo que sólo la inscripción es documento válido para la modificación catastral. (Nótese que en el actual Derecho Francés la inscripción, aunque no constitutiva, puesto que se trata de un Registro de transcripción, de hecho es obligatoria).

3) HOLANDA. Ya desde el punto de vista del marco jurídico y administrativo, la coordinación entre ambas instituciones es perfecta. Desde 1973 se integran ambas en una única “Dirección General de los Registros y del Catastro” dependiente del Ministerio de la Vivienda, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.

La normativa por la que se rige actualmente es de mayo de 1989. En este mes se aprobó una nueva Ley Catastral y, casi simultáneamente, se reformó el Código civil en lo referente a esta materia.

Las escrituras públicas relativas a Derechos Reales no resultan inscribibles si no incluyen la identificación catastral de los bienes a que se refieren. La comunicación entre las dos instituciones es automática y completa al formar parte de la misma entidad.

Las operaciones que supongan transformación física de fincas exigen la realización de un levantamiento topográfico, que lleva a cabo el propio Catastro con cargo a los interesados y que se refleja inmediatamente en la cartografía catastral.

Después de efectuado el levantamiento topográfico y con arreglo a él, con los nuevos códigos de identificación de las fincas resultantes, se realiza la transacción.

En este país, a pesar de corresponder, registralmente hablando, al sistema latino o napoleónico de Registro de transcripción, se han dado dos circunstancias que, en la práctica, le han aproximado a los sistemas germánicos, en lo que se refiere al procedimiento de coordinación. De una parte la obligatoriedad de las inscripciones de transmisiones inmobiliarias, de otra, la unificación institucional y orgánica de Registro y Catastro que dota a ambas de vasos comunicantes recíprocos y automáticos.

La consecuencia es que la coordinación del Registro y Catastro pivota sobre el Registro de la Propiedad, si bien, como hemos visto es importante y previa la colaboración notarial en el proceso de coordinación.

4) ALEMANIA. Los datos de que dispongo son de 1990, esto es, anteriores a la reunificación de las dos Alemanias y referidos únicamente a la antigua República Federal Alemana. No obstante, es de suponer que, como institución de progreso, se extenderá a la antigua Alemania Oriental una vez que en la misma se comienzan a dar los presupuestos que hacen necesaria la coordinación que nos ocupa.

La Coordinación Registro-Catastro es prácticamente perfecta en todos los "Lander" o Estados federales, aunque con normativa independiente para cada uno, pero muy similares entre sí. Dicha coordinación se apoya en un sistema registral de inscripción constitutiva. Catastro y Registro son instituciones administrativas distintas pero conectadas por un sistema de "reenvío mutuo". Quien consulte el Registro recibe una referencia catastral que permite la identificación inequívoca del bien, sobre plano y sobre el terreno y, a su vez, quien consulte el Catastro encuentra una referencia a la situación registral, que le permite conocer la situación jurídica del inmueble.

El Catastro no tiene valor jurídico directamente, sino sólo el Registro, pero en éste se incluye el mapa catastral.

En el Derecho alemán la inscripción es constitutiva, es decir, las transmisiones inmobiliarias sólo se producen cuando se inscriben en el Registro de la Propiedad. Por ello basta con que éste envíe al Catastro la información relativa a los actos inscritos para mantener perfectamente actualizado de titularidades jurídicas el Catastro.

Cuando un negocio jurídico implica modificación física de una finca, la escritura pública no puede elaborarse hasta tanto no se cuenta con un nuevo mapa parcelario. Los interesados se dirigen para ello al Catastro, que designa a sus propios técnicos, a cargo de los particulares, y que aprueba el nuevo mapa parcelario.

Vemos por tanto cómo, de modo similar a lo que ocurre en Holanda, la coordinación de Registro y Catastro se hace gravitar fundamentalmente sobre el Registro de la Propiedad, si bien es necesaria e importante la colaboración notarial en todos los negocios jurídicos que impliquen modificación física de finca ya que en tales casos, con carácter previo a la escritura, se exige la elaboración del nuevo mapa parcelario.

En consecuencia puede decirse que, en los países de tipo latino, Registro de transcripción, en los que las transmisiones inmobiliarias se consuman con independencia de la inscripción registral la coordinación es posible, pero procede efectuarla en el ámbito en el que se producen las transmisiones inmobiliarias, fundamentalmente el de las escrituras notariales, exigiendo, como requisito previo a su otorgamiento, la identificación catastral de los inmuebles objeto de transmisión y, en caso de alteración física de los mismos, la obligatoriedad, también con carácter previo al otorgamiento de la escritura, del levantamiento topográfico correspondiente.

La situación en España.

Es indiscutible, a la vista de lo expuesto, el retraso histórico de nuestro país en la actualización y concordancia entre la realidad del sector inmobiliario y su reflejo documental o jurídico, tanto en el Catastro como en los documentos públicos (escrituras fundamentalmente) y el Registro de la Propiedad.

En los países en que, como en el nuestro sucede, el Registro de la Propiedad responde al modelo napoleónico, los efectos jurídicos reales del mismo se han ido aproximando a los del modelo germánico a través de una estrecha colaboración entre los fedatarios públicos y las instituciones catastral y registral.

Esta aproximación o coordinación se nos presenta como una especie de "simbiosis institucional" en la que las dos instituciones se benefician

de la información que la otra proporciona y prestan la información que la otra necesita.

El Catastro facilita la información sobre la realidad física de las fincas, mejorando así la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Ello se traduce en la obligatoriedad de la constatación de los datos de identificación catastral de las fincas, con incorporación al documento público de la Cédula parcelaria.

El Notariado y el Registro facilitan al Catastro, el cual ejecuta a costa de los particulares todas las mutaciones físicas de las fincas, incorporando a la escritura el levantamiento topográfico correspondiente a la nueva situación, así como comunica, inmediatamente de producidas, las transmisiones de inmuebles.

Sin embargo pasando ya a una aplicación de estas ideas a nuestro país hay una cuestión previa que dilucidar: Catastro y Registro deben coordinar en primer lugar el respectivo concepto de finca de modo que sea posible lo que veíamos en Derecho alemán como el “reenvío mutuo”, o comunicación recíproca de información.

Registralmente finca es todo lo que abre folio registral, entre las cuales caben las fincas discontinuas físicamente, con una conexión económica, las resultantes de la división horizontal de un edificio e incluso las concesiones administrativas.

Catastralmente finca o parcela Catastral (según la Ley de 23 de marzo de 1906, Reglamento de 23 de octubre de 1913) es una porción de terreno cerrada por una línea poligonal, que pertenezca a un solo propietario o a varios proindiviso, dentro de un término municipal.

Entiendo que la coordinación en este concepto básico y previo no resulta tan difícil como se ha dicho. La regla general estadística de finca registral es perfectamente reconducible al concepto de parcela catastral como porción de terreno cerrado por una línea poligonal. Las excepciones que, sin responder a tal idea, abren folio registral deben ser o reconducidas a tal concepto, piénsese en las fincas discontinuas: catastralmente no pasan de ser una pluralidad de parcelas catastrales, o en las fincas resultantes de la división en propiedad horizontal de un edificio en las que, aun no siendo una “porción de terreno” sin embargo encajan perfectamente en el concepto de espacio cerrado por una línea poligonal, o simplemente excluidas de coordinación, como puede ser el caso de la apertura de folio registral a una concesión administrativa, por no necesitar de tal coordinación.

De todos modos, el día que se acometa la redacción de una nueva Ley Catastral, la definición del concepto de finca catastral deberá tener en cuenta este necesario y conveniente reenvío mutuo en que consiste la coordinación con el Registro de la Propiedad que sólo puede darse si

se trata de conceptos de finca intercambiables o, al menos, compatibles.

El paso siguiente intenta darlo el Decreto de 3 de mayo de 1980 sobre Coordinación del Catastro Topográfico Parcelario y el Registro de la Propiedad.

Si comparamos esta norma con las que regulan esta misma materia en los países en los que la coordinación es una realidad, nos surgen las siguientes referencias:

- Hace pivotar, casi exclusivamente, la coordinación sobre la relación con el Registro de la Propiedad, alejándola de este modo de la relación directa con los particulares y convirtiéndola en una cuestión entre el Catastro, que envía los planos parcelarios de la zona a coordinar al Registro respectivo, y este último, que ejecuta la coordinación cuando no haya dudas al respecto (nótese que a éste son reconducibles los dos supuestos de coordinación regulados).

- La actualización continuada del Catastro la hace depender de la norma novena apartado "d" de la información que envíe el Registro al respecto. Teniendo en cuenta que en nuestro Derecho, la inscripción no es obligatoria, se produce sólo varios meses después de realizada la transmisión y que los envíos de información al Catastro no los interpreta la doctrina que ha comentado la norma en cuestión como inmediatos sino en paquetes periódicos, esto supone que, de una parte no van a llegar todas las modificaciones de titularidad que se produzcan y, de otra, que las que lleguen lo van a hacer, en muchos casos, con muchos meses de retraso sobre el momento en que se produjeron.

Quizá convenga, para no quedarnos en simples teorías, concretar el procedimiento a seguir, normativo y práctico, en relación con alguno de los problemas que plantea la coordinación. A tal efecto, vamos a centrarnos en algunos aspectos concretos.

Operaciones formales inmobiliarias.

Vamos a centrar la exposición en una pequeña pero significativa cuestión: el modo de actualizar el Registro de la Riqueza Inmobiliaria en lo concerniente a las operaciones jurídicas que suponen una alteración o mutación física en la descripción de inmuebles, esto es, las operaciones de Agrupación, División, Agregación y Segregación.

En todos los países de nuestro entorno geográfico-cultural dichas operaciones exigen, como hemos visto, con carácter previo a la escritura que las formaliza y, por supuesto, a la inscripción que la misma origina, sea ésta o no constitutiva, la previa actualización del respectivo mapa parcelario. Dicha actualización debe ser solicitada por el particular interesado en la misma, a quien corresponderá sufragar los gastos que ello origine,

pero ejecutada y controlada por técnicos del Catastro o elegidos y controlados por dicha Institución Catastral.

De este modo se consigue que dichas operaciones se hagan respondiendo a un criterio técnico catastral correcto, que hace innecesaria una posterior coordinación (basta la simple notificación relativa a la formalización jurídica del acto en cuestión) se evitan los problemas derivados de una incorrecta ejecución de dichas operaciones desde el punto de vista topográfico o físico y se garantiza la permanente actualización del Registro de la Riqueza Territorial dado que el Notario exigirá, como documento previo necesario para la formalización de la escritura, el nuevo mapa parcelario ajustado físicamente a la modificación proyectada.

En este sentido resultan sorprendentemente coincidentes o parecidas las legislaciones francesa, holandesa, alemana e italiana.

La normativa estatal.

La normativa estatal al respecto se contiene en el Real Decreto de 3 de mayo de 1980 como norma 8.^a apartado b), que dice textualmente:

“En los casos de división, segregación, agrupación o agregación de fincas, se aplicarán las reglas generales para la coordinación de las fincas de origen. Una vez hecha o actualizada la coordinación de éstas, el Registrador remitirá mensualmente a la Dependencia Provincial del Instituto Geográfico Nacional relación de las fincas modificadas, de las nuevas resultantes y de sus respectivos titulares. En la nota al pie del título objeto de inscripción advertirá al interesado sobre la obligación de presentar nuevamente el título en el Registro, dentro del plazo que reglamentariamente se establezca, para hacer constar que se ha practicado la coordinación.

La Dependencia Provincial del Instituto Geográfico Nacional, a la vista de la relación remitida por el Registrador, procederá a modificar el Catastro Topográfico Parcelario y expedir las nuevas cédulas, que remitirá, de oficio, al Registro de la Propiedad.”

De la norma transcrita resulta:

1. Que el efecto civil e hipotecario de la operación formal inmobiliaria se produce sin intervención, en lo que concierne a su ejecución, de los técnicos del Catastro, esto es, sin un control técnico-catastral de concordancia y coherencia de la propia operación: linderos en relación con perímetro y con superficies de las fincas o parcelas resultantes de la operación de que se trate, etc.

2. Que la actualización del Catastro se efectuará en base a la información remitida mensualmente por el Registrador, es decir, con bastante retraso respecto del momento en que civilmente se produce la modifica-

ción, con lo cual las consultas al Catastro y la información que de éste proceda deberá siempre sujetarse a la limitación de que en los últimos tres o cuatro meses (piénsese en la liquidación de la escritura, que implica tanto el plazo para presentar a liquidar la misma como el plazo de la Administración para practicar la liquidación, inscripción y, a partir de la fecha de inscripción, un mes para la notificación) no se haya producido una operación formal inmobiliaria referida a la finca o parcela sobre la que se solicita la información. Si, como es deseable, el Catastro debe convertirse verdaderamente en el inventario, fiable física y jurídicamente, de la riqueza territorial, no parece correcto que parta de una información retardada en varios meses respecto de la realidad jurídica.

3. El argumento del Derecho Comparado resulta verdaderamente llamativo por su coincidencia en países tan distintos en su sistema registral y en la historia y evolución de la institución catastral.

4. Dado el carácter voluntario de la inscripción en el Derecho español, al centrarse la actualización catastral en la información procedente del Registro de la Propiedad, quedarán fuera de la misma todas las operaciones formales inmobiliarias que, válidamente pactadas y documentadas, no se hayan inscrito.

La normativa foral navarra.

La normativa foral al respecto viene contenida en el Decreto Foral de 7 de febrero de 1991, artículo 10, que dice textualmente:

“En los casos de división, agrupación, segregación o agregación de fincas, se aplicarán los artículos precedentes respecto de las fincas de origen. El título así formado será presentado en las oficinas municipales del Catastro, al objeto de tramitar la modificación catastral y solicitar las nuevas Cédulas Parcelarias para su incorporación al citado título.”

El procedimiento derivado de la aplicación de esta norma es el siguiente: para la formalización de la escritura de segregación, por ejemplo, los particulares deben aportar al notario, conforme al artículo 8.º, la Cédula parcelaria correspondiente a la finca matriz. En el documento notarial, conforme al artículo 9.º, se hará constar si la descripción de la finca en el título coincide o no con la de la Cédula parcelaria y, en caso de existir diferencias, la obligación del titular de declararlas en la oficina municipal del Catastro para la corrección o adecuación que proceda.

La segregación, se practicará, como hasta ahora se viene haciendo, sobre la base exclusiva de los datos que los particulares proporcionen al notario autorizante.

La nueva escritura se presentará, conforme al artículo 10 2.º, se supone que por los otorgantes, en las oficinas municipales del Catastro al

objeto de, por un lado actualizar éste y, de otro, incorporar la nueva Cédula parcelaria al citado título.

Este título, con la nueva Cédula parcelaria actualizada correspondiente a la segregación efectuada, se presenta a inscripción en el Registro de la Propiedad y, conforme al artículo 12, será coordinado pues sus datos coincidirán con los de la Cédula parcelaria. Practicada la inscripción el Registrador, conforme al artículo 13, comunicará de oficio al Registro Oficial de la Riqueza Territorial haciendo constar las referencias registral y catastral, el nombre del titular de la finca.

Por último, el Registro Fiscal de la Riqueza Territorial procederá, conforme al artículo 15, a incorporar la titularidad dominical de las fincas coordinadas y a notificar la modificación producida al respectivo Ayuntamiento a efectos de su incorporación al Catastro.

El incumplimiento del trámite de coordinación, tal como está regulada ésta, no impide ni el otorgamiento de la escritura de segregación ni por tanto el que civilmente ésta produzca efecto. Es cierto que, del artículo 11 parece deducirse la necesidad de aportar, junto con el título, la Cédula parcelaria actualizada para que pueda practicarse la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero al no ser ésta ni constitutiva, ni siquiera obligatoria, no se obtiene la seguridad de que no exista alguna operación formal inmobiliaria de la que no exista constancia registral ni catastral.

Entiendo que la solución correcta pasa por establecer, en las oficinas del Catastro, con carácter previo al otorgamiento de la escritura un servicio de actualización de Cédulas parcelarias a operaciones formales inmobiliarias de modo que, en el mismo trámite previo a la escritura, cuando se pretenda alguna de estas operaciones, el particular la plantee en dicho organismo y acuda a la notaría con la Cédula parcelaria relativa a la finca o fincas de origen y asimismo con la Cédula relativa a la modificación proyectada. La escritura se autoriza con sujeción a lo dispuesto en el artículo 9.º y el Notario comunica la autorización y la nueva situación de titularidad. También cabe trasladar esta notificación al Registro, una vez inscrita la escritura.

Conclusiones prácticas para una buena normativa sobre coordinación

- *En primer lugar*, es previo contar con un Catastro Topográfico y Documental completo y fiable. El incumplimiento de este primer presupuesto y no las razones que alega ROCA SASTRE, dieron al traste con la, a mi modo de ver, buena Ley Catastral de 1906, por cierto hoy todavía parcialmente vigente.

- *En segundo lugar*, si se quiere obtener una buena coordinación del Registro de la Riqueza Territorial con la realidad jurídica, el centro de gravedad normativo debe situarse en un punto anterior a aquel en que el particular que provoca la modificación deja ya de tener interés en actuar por haber conseguido ya su propósito: cobrar el precio, adquirir la propiedad de la finca, obtener la eficacia jurídica de la operación formal inmobiliaria pretendida, etc.

Dicho de otro modo, el motor que mejor funciona es el motor privado convenientemente incentivado, lo cual se traduce en una regulación de la materia que convierta el trámite de coordinación en una cuestión previa y necesaria para la formalización y eficacia jurídica del acto de que se trate.

Esta circunstancia se da en las normativas de todos los países examinados, por muy diferentes que sean los respectivos sistemas registrales, el origen, funciones y estructura de la institución catastral, etc.

- *En tercer lugar*, es también denominador común de las legislaciones examinadas, el que las labores técnicas de actualización las realicen técnicos catastrales o controlados por la institución catastral, eso sí, movilizadas y pagados por los particulares que toman la iniciativa de la transmisión o de la operación formal inmobiliaria. Digo pagados por los particulares porque me parece más justo que cada cual contribuya en proporción a lo que incide con su actuación en las variaciones catastrales, del mismo modo que contribuye al pago de las variaciones registrales. Entiendo además que, desde una perspectiva de política económica es deseable no cargar los presupuestos públicos en exceso y que sale más barato al contribuyente pagarse el servicio cuando lo necesite, que soportar una mayor presión fiscal que permita la correspondiente asignación presupuestaria.

- *En cuarto lugar*, debe procurarse eficazmente que la normativa sobre coordinación, es decir, el procedimiento y trámites derivados de su aplicación, incidan lo menos posible en un entorpecimiento del tráfico jurídico inmobiliario. En este sentido debe tenerse en cuenta, a la hora de regular esta materia que, en la actualidad, no representa ningún problema la disponibilidad inmediata de la Cédula parcelaria, incluso con la grafía exacta de la finca, para cada caso concreto, por lo que esta labor de coordinación puede perfectamente realizarse en el momento de la preparación de la escritura pública que documente alguno de los supuestos previstos en la norma. Ello conlleva la indudable ventaja de contar con la experiencia y conocimientos del propio interesado para resolver las dudas que pueda suscitar la coordinación. Por supuesto que esta intervención de los particulares, no regulada ni prevista y a mi modo de ver utilísima, estaría necesitada de una regulación que impidiese la existencia

de abusos, pero podría resolver muchas cuestiones que, con el planteamiento actual, quedarán como fincas sin coordinar.

• *Por último*, que la normativa que haga obligatoria la Cédula parcelaria, como procedimiento obligado para una correcta actualización y mantenimiento del Catastro, vaya paralela a una normativa que evite el que ello suponga un solapado y antidemocrático aumento de la presión fiscal. Para ello habrá que hacer un somero repaso de todos los impuestos a los que una actualización de valores catastrales y su obligada constatación en los documentos de transmisión patrimonial, puede suponer un aumento fáctico de la presión fiscal que, indudablemente, haría odioso y probablemente inviable el intento de implantación generalizada del uso de la Cédula parcelaria en las transmisiones inmobiliarias.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Desde que se publicó el artículo que precede han sido modificadas tanto la normativa foral navarra, por Ley Foral 3/1995 de 10 de marzo, como la estatal, por Ley 13/1996 de 30 de diciembre, desarrollada esta última por Orden de 23 de diciembre de 1999.

Los defectos que se apuntaban relativos al momento e institución sobre el que se hacía gravitar la coordinación se han mantenido e incluso empeorado en algún sentido en la normativa foral citada (1), aunque el efecto nocivo de la misma resulta atenuado por la Instrucción de 1 de julio de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cambio, se han corregido de modo importante en el caso de la normativa estatal. Lástima que la Comunidad autónoma que cuenta con la mejor base técnico-catastral, Navarra, tenga la peor normativa y, en cambio, la normativa estatal, que acoge en buena medida la filosofía a la que responde el artículo que precede, no cuente con una base de datos catastrales del territorio nacional, verdaderamente fiable.

(1) Reduccionismo fiscal del Catastro, reduccionismo registral de la coordinación, con todos los defectos que ello conlleva y que han quedado apuntados en el artículo, derivado este último de no haber entendido en profundidad la realidad de nuestro sistema de transmisión inmobiliaria y la función que en el mismo cumplen la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Ello aparte del reparo constitucional que plantea el artículo 149-1-8.º, cuando establece la competencia exclusiva del Estado en todo lo concerniente a la ordenación de los Registros Públicos, incluido por tanto el de la Riqueza Territorial de Navarra. Quizás por esta razón se ha denominado como Registro Fiscal, para hacer gravitar la normativa sobre materia, la fiscal, competencia de Navarra, pero sin percatarse de que, con ello, aparte de no evitar la contradicción apuntada, se incurre en un reduccionismo que no se ajusta a la realidad sustantiva regulada y se hace odiosa una institución de progreso, de la que minimiza fines y funciones, como el de la contribución a la seguridad jurídica en las transmisiones inmobiliarias, de gran importancia en el tráfico jurídico y en el desarrollo de la sociedad.

ACTAS POR SORPRESA

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. SUPUESTO. 2. PRESUPUESTO INICIAL. 3. POSIBLES LUGARES. **A)** Vía pública. **B)** Locales abiertos al público. **C)** Actos públicos. 4. CRITERIOS DE LA DGRN. 5. CONCLUSIONES.

1. Supuesto

La primera cuestión a resolver sería la del título del escrito. Se podría pensar que, de existir, no existen actas por sorpresa, sino, más bien, diligencias por sorpresa, al entender que la actuación notarial que puede sorprender al destinatario del acta es la que se recoge documentalmente en la diligencia notarial y no en el requerimiento inicial.

Sin embargo, esta cuestión puede servir para recordar que la actuación notarial y, por tanto, el acta en sí se refleja en lo actuado por el notario, de manera que el acta notarial en sentido estricto lo constituye la diligencia notarial, mientras que el requerimiento inicial conocido

como acta no es sino la rogación inicial o solicitud de parte para activar la actuación notarial. Así pues, parece que la diligencia por sorpresa, en realidad, es el acta por sorpresa.

La pregunta es la siguiente: ¿es posible que un notario previamente requerido para ello pueda consignar en acta algún hecho referente a otra persona sin darse a conocer –*sin delatarse*– como tal previamente? En principio la respuesta es negativa. Sin embargo, en la práctica surgen supuestos dudosos.

Por ejemplo: ¿podría el notario entrar en un establecimiento y sin darse a conocer levantar acta sobre los objetos que se venden en el mismo, de cierta marca, de cierta etiqueta, etc.? ¿podría, del mismo modo, observar si en una librería hacen fotocopias de libros?, ¿podría consignar los objetos expuestos en el escaparate de una tienda?, ¿podría reflejar la música que se oye en determinado local abierto al público?, etc.

2. Presupuesto inicial

En todos estos supuestos estamos en presencia de las llamadas *actas de presencia* que RODRÍGUEZ ADRADOS (1) entiende que se deben denominar como *actas de mera percepción de cosas*, en las que el notario se limita a expresar los pensamientos que ha adquirido por su propia percepción sensorial. El notario se mantiene en la materialidad u objetividad de los hechos que ve, oye o percibe por sus sentidos.

La regulación positiva de estas actas podría quedar enmarcada por las siguientes normas: en primer lugar por el artículo 18 de nuestra Constitución que dice:

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

(1) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Escritos Jurídicos*, IV, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 26.

A continuación, se debería tener en cuenta el artículo 11-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dice:

“1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales”.

Y en tercer lugar, por no abundar en normas legales, habrá que respetar lo dispuesto en el Reglamento Notarial que a estos efectos nos interesa en lo siguiente:

“Art. 197-1.º.- Los Notarios, a instancia de parte, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato.(...)”

Art. 198, 2.º y 3.º.- Los Notarios no darán fe de incidencias ocurridas en actos públicos presididos por autoridad competente sin ponerlo en conocimiento de la misma; pero ésta no podrá oponerse a que aquéllos, después de cumplido este requisito, ejerzan las funciones propias de su ministerio.

Los Notarios sólo podrán consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente haya dado a conocer su condición de fedatario.

Art. 202-2.º.- A tal fin, el Notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deba practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia. En el caso de no hallar al destinatario, entenderá la diligencia con cualquier persona que allí encuentre, y, en su defecto, podrá practicarla con el portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, si se prestare a ello”.

De momento podemos concluir que en las actas de mera percepción de cosas el lugar donde estas cosas se encuentran tiene más importancia de la que a primera vista parece puesto que sirve para condicionar o modalizar el ejercicio de derechos por los particulares.

3. Posibles lugares

De entre los posibles lugares se puede empezar por realizar una distinción general entre: la vía pública y los lugares privados o cerrados –se refiere a la situación del local, no a su titularidad: el ayuntamiento es de titularidad pública pero es lugar cerrado–.

A) Vía pública.

Señala RODRÍGUEZ ADRADOS (2) que el notario no necesita ninguna autorización, ni tampoco dar a conocer su condición de notario en funciones y el objeto de su presencia para levantar acta de las percepciones en la vía pública, comprendiendo los rótulos, carteles y escaparates visibles al público y su contenido. Es decir, el notario en la calle y desde la calle puede percibir cosas sin darse a conocer como tal. Al mismo tiempo, parece que por estar en la calle, el notario podría dejar constancia de lo que pueda observar en un escaparate al público.

No parece que sea lícito que se vulnere esta situación tomando pie de ella. Quiero decir, el notario no podría instalarse en la acera de la calle, subirse a una escalera y apreciar el interior de un local comercial a través del hueco de luces existente por encima de la puerta. Pero sí es lícito apreciar lo que cualquier persona pueda apreciar a su paso por la calle.

También podría entenderse como asimilado a la vía pública los lugares donde se encuentran instalados los tableros de anuncios, incluso los de la Administración pública. El notario puede levantar acta de mera percepción de los documentos exhibidos en dichos lugares, o la negativa de su no existencia, sin necesidad de autorización ni de dar a conocer su condición (3).

B) Locales abiertos al público.

Dentro de esta categoría cabría distinguir entre los locales cerrados o privados, tales como viviendas, para los cuales el notario para ejercer su función deberá contar con el consentimiento de la persona que tenga el derecho a permitir la entrada en los mismos. Aquí habrá que guardar todos los criterios relativos a la inviolabilidad del domicilio.

Por otra parte, también se podrían distinguir los locales que siendo privados están abiertos al público en general. Estos locales no dejan de ser locales de propiedad privada. Aquí se encuentran las tiendas, bares, cafeterías, locales profesionales, despachos, establecimientos, etc. En todos ellos, el acceso al público en general está permitido. Incluso en algunos existe un cartel en la puerta que dice algo así como *pase sin llamar*. Sin embargo, hay que distinguir entre facilitar el acceso al público al que se pretende prestar un servicio y considerar como público el local donde se presta este servicio. Por esto también en algunos locales se encuentra el cartel que dice *reservado el derecho de admisión*.

(2) Obra citada, p. 32.

(3) RODRÍGUEZ ADRADOS, obra citada, p. 36.

Señala RODRÍGUEZ ADRADOS (4) que en estos locales se deben exigir dos requisitos: 1) que el acta se limite a aquellos objetos que se ofrecen a la disponibilidad general; y 2) que el notario se limite a su mera percepción. Así entiende que sería lícito que el notario sin darse a conocer pudiera consignar en acta cómo el rogante compra unos objetos en un establecimiento, pero no sería lícito que los comprara él mismo. Respecto de estos criterios habría que matizarlos para no incurrir en violación del derecho a la intimidad y al honor de las personas que se encuentren dentro de los mismos. En este sentido se pronuncia la resolución que luego se comenta.

Y por esto mismo se puede adelantar desde ahora que el notario podría limitarse a dejar constancia de la mera y simple percepción de cosas, no de personas y mucho menos de actitudes. En todo caso, con grandes reservas se puede admitir esta actuación porque no cabe duda que en la práctica las situaciones que se presentan no son *químicamente puras* como sólo de hechos o sólo de actitudes, sino que se encuentran entrelazadas las actitudes de personas afectadas por la diligencia notarial y el hecho que la motiva. Por ejemplo: en una tienda se vende determinado perfume, pero es evidente que alguien vende el perfume, este alguien resulta afectado por el hecho apercibido por el notario que, probablemente, de haber sabido que era notario en funciones, no hubiera vendido ningún perfume.

Es verdad que así será difícil obtener la prueba que se precisa, pero ese problema no es el problema que nos toca resolver a los notarios. Los notarios debemos autorizar actas con respeto al ordenamiento vigente en su totalidad y no con *pasión justiciera*, si se me permite la expresión.

C) Actos públicos.

A estas actas se refiere expresamente el artículo 198-2.º del Reglamento Notarial. Como señala RODRÍGUEZ ADRADOS (5) en estas actas la actuación del notario debe limitarse a las incidencias de dichos actos oficiales. *“Una cosa es el acta del «acto público oficial», que será levantada por quien corresponda, y no por el Notario, salvo que éste fuese requerido por el presidente del acto para extenderla; y otra cosa muy distinta es el acta de las «incidencias» ocurridas en el acto que interesen al requirente, que es a lo que se tiene que limitar el Notario (...).”*

(4) Obra citada, p. 33.

(5) Obra citada, p. 44.

4. Criterios de la DGRN

La Resolución de la DGRN de fecha 29 de octubre de 1994 con ocasión de la constatación de unas manifestaciones sin dar a conocer la condición de notario señala:

“(...) Estas últimas incorrecciones reglamentarias en la actuación del Notario deben ser calificadas como especialmente graves, debido a que afectan a valores jurídicos de enorme relevancia en nuestro ordenamiento, por afectar a la persona, como son el derecho a la intimidad, y el derecho de las personas cuyos actos son descritos en el acta al honor y a la propia imagen. Ello determina incluso un grave desmerecimiento en el concepto público tanto del Notario actuante como profesional y funcionario, como incluso, hipotéticamente, del Notario como institución al servicio del bien público y del cumplimiento de la Ley.”

De otra parte, la Resolución de 22 de junio de 1992 señala los siguientes criterios:

1. Como acto público, a los efectos del artículo 198 del Reglamento Notarial, deben entenderse todos los actos destinados al público en general cuando estén presididos por persona dotada de autoridad.
2. Sin embargo, existen actos presididos por autoridad competente en los que la intervención notarial queda excluida, tales como la esfera judicial y administrativa.
3. Que los actos y hechos que se aprecian desde lugares que sean de acceso público general no exigen que el notario dé a conocer su condición.
4. Por manifestaciones, a los efectos del artículo 198 debe entenderse cualquier expresión oral o escrita de una persona y, por analogía, aquellas actas que deban reflejar conductas o comportamientos públicos de personas individuales. Para estos casos el notario sí debe darse a conocer como tal para proteger la intimidad de tal persona.

Sin embargo, esta última resolución también señala que no es necesario que el notario tenga que advertir a la taquillera de un local que se encuentra en el ejercicio de sus funciones para constatar en un acta de presencia la compra de una entrada y de su precio para acceder al espectáculo público que en él se ofrece al tener en cuenta que la persona –y la intimidad de la taquillera– no se ven afectadas por la actuación notarial porque no son el objeto de la percepción del notario.

5. Conclusiones

Como conclusiones finales se pueden señalar las siguientes:

1. La regla general es que el notario no puede actuar *por sorpresa*, sin dar a conocer previamente su condición de notario en funciones. Lo contrario atentaría contra la intimidad de las personas, la inviolabilidad de sus domicilios, el derecho al honor y la propia defensa.
2. En su actuación profesional el notario debe recordar que ejerce una *función pública* a la que debe un *merecimiento* y *dignidad* que hacen incompatible la actuación notarial con cualquier tipo de actuación clandestina, sinuosa, ilegítima o contraria a las buenas costumbres.
3. Sin embargo, cuando se trate de actas de mera percepción de cosas que se realicen desde la vía pública y en las que no pueda resultar afectada la intimidad de ninguna persona, el notario podrá actuar sin dar a conocer previamente su condición de notario en funciones.

P.D.: Además de la bibliografía citada, es interesante la obra de BELTRÁN FUSTERO, Luis, "El Notario ante la intimidad de la persona", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1962, pp. 317-339.

EL FILÓSOFO DEL DERECHO

FRANCESCO GENTILE

*Catedrático de Filosofía de la
Universidad de Padova (Italia)*

Es para mí un honor participar en la presentación de la última obra de don JUAN VALLET DE GOYTISOLO acerca de la “ciencia del derecho a lo largo de su historia”, en el Colegio Notarial de Madrid.

Un gran honor por la importancia de la obra y por la solemnidad del acto.

Por ello, acepté de inmediato y sin pensarlo mucho la invitación de don José Aristónico García Sánchez, elogiado y animado por sus amables motivaciones: “Tú conoces el devenir de este insigne jurista y puedes hacer la presentación de una obra que contiene tan importantes aportaciones a la ciencia del derecho, en un aspecto tan olvidado como es el metodológico”.

Pero cuando he tenido el volumen en la mano y he comenzado a hojear sus más de mil páginas me ha asaltado la duda de que haya infravalorado las dificultades del compromiso y, sobre todo, de haber sobrevaluado mi capacidad. Pero me siento muy feliz de estar aquí y trataré de hacerlo lo mejor posible.

La obra de JUAN VALLET es como un gran fresco: para hacerse una idea, ¡algo parecido al Juicio Universal de la Capilla Sixtina! En el cual encuentran su sitio las más diversas y lejanas concepciones del derecho, desde la *iusti atque iniusti scientia* de los Pontífices de la Roma arcaica hasta la *sociological jurisprudence*, la sociología del derecho, que se ha puesto de moda en el último recodo del siglo XX por la difusión del pragmatismo angloamericano, hasta la *Wertungsjurisprudenz*, la jurisprudencia valorativa, con la cual, incluso en nuestros días, quienes han sido fascinados por la pandectística del XIX intentan superar sus aporías. Cada una de ellas tratadas específicamente con una extraordinaria riqueza de referencias bibliográficas y de

anotaciones críticas, como si de tantas monografías particulares se tratase, pero que, a pesar de ello, no se disponen una junto a otra, como los libros de una inmensa biblioteca monástica, sino que se encuentran y se entrecruzan a lo largo de las líneas de un gran y sugestivo dibujo. Es lo que don JUAN llama, con una modestia que nos desarma, “mi perspectiva tridimensional de la metodología jurídica”, pues son diferentes los métodos que deben seguirse respectivamente para la elaboración de normas de derecho, para la determinación del derecho como la *ipsa res iusta* o *quod iustum est* y para la exposición y la explicación científica del derecho.

En realidad, esta, cuya aparición saludamos hoy, es la tercera Metodología de JUAN VALLET. Después de la *Metodología de las leyes*, de 1991, la *Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, de 1994, y la *Sistemática*, de 1996, aparece precisamente la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, de 2000. Y si “las tres son fáciles de distinguir, no son separables entre sí, pues no solamente se solapan sino que se interfieren y, desde sus mismos presupuestos, se influyen mutuamente”. Efectivamente, precisa VALLET, “si observamos panorámicamente lo aquí expuesto, veremos que en el derecho romano y en el *ius commune* la metodología de la ciencia del derecho es puesta al servicio de la metodología de la determinación justa del derecho. Después, con el nominalismo, de diversos modos, se disocia aquélla de ésta. La romanística se hace ciencia histórica del derecho, centrada en el descubrimiento del derecho romano clásico, y la ciencia teórica del derecho se diversifica en diversas direcciones: teológica, filosófica y científico-positiva; ésta, a su vez, se divide en exegética, conceptualista-dogmática y formalista. Sólo desde finales del siglo XIX vuelve la ciencia expositiva y explicativa del derecho a preocuparse de la determinación en concreto del derecho justo y, a lo largo del siglo XX, esa preocupación se ha acentuado en diversas direcciones movidas por importantes autores” (p. 24).

Y, entre ellos, corresponde a JUAN VALLET DE GOYTISOLO un puesto de absoluto relieve, o, mejor sería decir, una referencia cardinal.

Por ello, en el breve tiempo que se me ha concedido para tratar el aspecto filosófico-jurídico de esta obra, no me dejaré tentar por el placer filológico de poner en evidencia alguna de las muchas “perlas” que la hacen preciosa. Por la destacadísima actualidad de la cuestión teórica, permítaseme recordar sólo el párrafo 130 del capítulo IV, título IV, acerca de “La concepción tradicional histórica de los territorios hispánicos de derecho especial y foral”. Pero intentaré poner de manifiesto lo que me parece debe ser considerado como su núcleo filosófico con el fin de sacar a la superficie, de la forma más general y radical, la naturaleza filosófica de toda la obra de JUAN VALLET DE GOYTISOLO, quien, para utilizar la feliz expresión de la obra de ESTANISLAO CANTERO NÚÑEZ, “ha razonado la necesidad de asentar el pensamiento en la realidad de la naturaleza de las cosas”. Oponiéndose frontalmente a las concepciones dominantes, se ha convertido, de tal modo, en la referencia obligada para todos quienes hoy consideran que la crisis a la que nos han conducido la masificación y la tecnocracia sólo puede ser superada con el retorno a un pensamiento ius-naturalista fuerte.

Comenzaré con una pregunta ingenua pero no banal.

¿Por qué escribir una *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, de la cual, por otro lado, la que hoy presentamos no es más que la primera parte, dedicada a su historia? Pero, sobre todo, ¿por qué escribirla después de haber

desarrollado una monumental *Metodología de las leyes*, abarcando en ella el conocimiento de las leyes divinas positivas, el hallazgo de los principios generales del derecho a partir de los principios ético-jurídicos, su concreción en los derechos tradicionales, la incidencia de principios políticos y el juego de los denominados derechos humanos, la formación genética de las costumbres, la configuración de normas escritas y la elaboración de las leyes humanas en sentido estricto o restringido?

¿Por qué escribirla después de la, todavía más imponente, *Metodología de la determinación del derecho*, en la que se ha tratado de conocer, ni más ni menos, el logro de la verdadera finalidad del derecho como ciencia práctica que es. Cuyo núcleo central es la interpretación concebida como la explicación del derecho que subyace en la realidad de los hechos, buscando su forma adecuada correspondiente a aquello que, en concreto, resulta más justo conforme a la naturaleza de las cosas, *rerum natura*, y a la naturaleza de aquella cosa que se enjuicia, *natura rei*, atendiendo para ello, como medios instrumentales, a toda clase de principios, pautas de valor y leyes tanto si se trata de configurar negocialmente una *res iusta*, o bien de determinar conflictualmente *quod iustum est* en el caso controvertido? ¿Por qué?

JUAN VALLET DE GOYTISOLO responde, bien que indirectamente, a esta pregunta.

“Esta tercera metodología jurídica la concibo con la finalidad de conocer y enseñar cómo es y debe ser el derecho ya hecho. Para ello, el jurista se ha de detener para mirar hacia atrás y observar cómo se ha venido operando y opera en el mundo jurídico, viéndolo como en un espejo en el que cabe observar sus principios y sus pautas de valor ya elaborados, las normas de toda clase y las determinaciones concretas o concreciones del derecho, una vez ya efectuadas sea negocial o conflictualmente” (p. 21). Quisiera llamar vuestra atención sobre dos expresiones particularmente sugestivas: “*Mirar hacia atrás*”, hacia atrás del derecho positivo, añado yo sintetizando, y “*viéndolo como en un espejo*”. Se trata de dos metáforas que tienen ambas algo que ver con lo que en griego se denominaría el *idein*. Si, precisamente aquel *idein* que constituye la raíz de nuestras palabras: *ídea*, *ideal*, *idealismo*! Hablando teóricamente, en el centro de la metodología de la ciencia del derecho del “realista” VALLET está el *idein*, el “*mirar hacia atrás del hecho*” el “*ver el hecho como en un espejo*”.

Comprendo que esto que digo pudiera sonar como una grosera provocación lanzada al “realista” VALLET. En cambio, creo que se trata de una “chocante” provocación que el “realista” VALLET lanza a nuestro mundo, embebido, sin saberlo, en un idealismo inauténtico, perverso y destructivo. Este indicio lo he obtenido de una fugaz referencia personal arrojada allí, sin darle importancia, en una de las mil doscientas sesenta y siete páginas del volumen. En la página 547 JUAN VALLET hace saber al lector que “sobre la mesa de trabajo tiene abierta la gran obra de Savigny”.

En realidad, es al gran Maestro de la Escuela histórica del derecho al que mira VALLET cuando compone su gran obra. Con simpatía instintiva, puesto que la escuela alemana nació como un antídoto radical contra el racionalismo y las ideas revolucionarias, contra el nominalismo y el formalismo que habían reducido el derecho a la ley y la ley a la expresión brutal de la voluntad de un Leviatán. Pero también choca con SAVIGNY. “El error básico de la escuela histórica –escribe– consistió en confundir el intento idealista, caracterizado por la plena abstracción del principio ideado con total olvido de la realidad viva, y la elevación hasta un principio sin perder de vista la realidad concreta” como se había practicado en la tradición del derecho común trazada por los comentaristas y conciliadores (pp. 715-716). Y a los resul-

tados perversos, ciertamente no deseados, pero inevitables dadas las premisas teóricas, de las enseñanzas de SAVIGNY, se opone VALLET drásticamente haciendo notar cómo el historicismo alemán ha alcanzado en su edad adulta una forma particular de filosofía según la cual teología y metafísica serían suplantadas por la ciencia positiva que asimila el conocimiento auténtico de la realidad al conocimiento proporcionado por las ciencias empíricas. “Subido en su nube –concluye– ese historicismo, ya reducido a sociologismo, se encuentra con la *Idea* (es clara la referencia a HEGEL) y se pone a volar pretendiendo adelantarse a la historia y, al ser arrastrado más deprisa, es llevado por el *mito* (es clara la referencia a MARX y a MAO) de su imaginada racionalidad... y termina por caer en un Estado totalitario, que sigue impulsando la revolución hasta el triunfo de la *Idea* o la realización del *mito*. La revolución nazi en Alemania, la comunista en la URSS y la maoísta en China son muestras patentes” (p. 717).

En el centro de esta tragedia, que es nuestra tragedia de europeos, está por lo tanto, precisamente, el *idein*, por cuya falsa percepción se puede pasar desde la elevación hasta el principio, sin perder de vista la realidad concreta, a la abstracción del principio con total olvido de la realidad viva. He aquí por qué no podía no confrontarse con la metodología de la ciencia del derecho. Y JUAN VALLET así lo ha hecho.

Pero, para terminar, volvamos a las dos metáforas de las que no puedo olvidar su valor poético, además de su valor teorético.

Al mirar hacia atrás.

“El jurista se ha de detener para mirar hacia atrás del derecho ya hecho”. Para medir hasta qué punto está a contracorriente la posición de VALLET o, más exactamente, hasta dónde es alternativa a las corrientes hoy dominantes, quisiera citar un párrafo de HANS Kelsen, poco citado pero elocuentísimo y quizá poco citado por ello. “Quien afronte el eterno problema de lo que está detrás del derecho positivo y busque todavía una respuesta, encontrará, me temo, no la verdad absoluta de una metafísica ni tampoco la absoluta justicia de un derecho natural. Quien levante ese velo sin cerrar los ojos, será fijado por la mirada rasgadora de la cabeza de Gorgona del poder”. No hay duda de que esta es la más sincera e incondicional declaración del fracaso del positivismo jurídico, heredero del nominalismo de un OCCAM y del voluntarismo de un THOMASIO, del racionalismo de un DESCARTES junto con el formalismo de un KANT, del idealismo de un HEGEL y también del pragmatismo de un DEWEY. Acaso por ello, para no tener que constatar el fracaso del derecho tal como lo han hecho los juristas de matriz positivista, no quieren detenerse para mirar hacia atrás el hecho dejando eventualmente ese ingrato papel a una sociología no valorativa. Sin embargo, hoy más que nunca los hombres que están enredados, como con una camisa de Nesso, por leyes, reglamentos, ordenanzas, preceptos, decretos y por tantas cosas como la fantasía imperativa de los *comis d'Etat* inventan diariamente, se preguntan acerca de lo que hay detrás del derecho positivo y quieren mirar hacia atrás del derecho ya hecho. Y un jurista que sea digno de este nombre no puede sustraerse a esta llamada, ni puede, a la manera de Pilatos, delegar en otros esta tarea, que es su tarea.

Porque si es verdad que detrás del derecho realizado positivamente no se puede reconocer más que la mirada rasgadora de la cabeza de Gorgona del poder, la cien-

cia del derecho a lo largo de su historia demuestra cómo no ha sido así en el derecho cultivado por los juriconsultos romanos clásicos o por los seguidores del *mos italicus* y no lo es así para los realistas metódicos que “consideran el derecho fundamentado en el *ordo creationis*, inscrito por el Creador en la naturaleza de las cosas de las cuales el hombre, por su inteligencia y su razón (*intellectus et ratio*), abstrae la determinación de lo que es justo o injusto, equitativo o inicuo” (p. 1234).

Sólo una ocurrencia final sobre la otra metáfora.

Ver como en un espejo.

Esta imagen aparece varias veces en el texto, siempre con una connotación sibilina. Casi como una licencia poética. Efectivamente, relacionada con la otra parece contradictoria: ¿cómo se puede mirar hacia atrás del derecho ya hecho viéndolo como en un espejo?

En realidad, mediante esta aparente contradicción, que esconde una sinécdoque, nuestro autor envía a sus lectores lo que creo representa el mensaje más sutil y propiamente filosófico de su pensamiento.

Mira verdaderamente hacia atrás del derecho positivo quien es capaz de reconocer en él, como en un espejo, el derecho verdadero, lo justo natural.

Pero no podemos olvidar que ver las cosas como en un espejo es el modo de ver de los “prisioneros” de la caverna platónica (*Resp.*, 514a/517c) con todo lo que lleva implícito, incluso en las dificultades del filósofo evidenciadas en el “lecho del pintor” (*Resp.*, 596c/597c), en el lecho, es decir, lo que aparece en la pintura como en un espejo. También quien entiende poder afirmar que la naturaleza —o, como sería más conveniente decir, lo “justo natural”— opera en el ordenamiento jurídico tal como se da en el desenvolvimiento histórico del acontecer humano, y VALLET es entre ellos un Maestro, debe tener en cuenta lo que escribe PLATÓN en el *Sofista* (233a/236c) a propósito de la *mimetiké*, que se divide en *eikastiké* y *phantastiké*, dado que, en efecto, debe nominarlo y, por lo tanto, de alguna manera, representarlo. Una cosa es, en efecto, un *eikón*, otra el *phántasma*, si bien ambos están contruidos con signos: imágenes vehiculizadas por palabras.

Si con los *phantasmata*, produciendo virtualidades y llamándolas con el mismo nombre (*omonuma*) de las cosas, el sofista, y ese sofista que vive en cada uno de los juristas positivistas, puede encantar los oídos de quien le escucha dejándose mantener fuera de la realidad de los hechos, es, sin embargo, siempre sólo a través de los *eikóna*, copias llamadas con el mismo nombre (*omonuma*) de las cosas, como el filósofo y ese filósofo que vive en cada uno de los juristas verdaderos, abre los ojos de quien, libre de preconcepciones, busca la realidad de los hechos. Y he aquí que resulta claro por qué la búsqueda de lo verdadero tome arranque, y no pueda sino arrancar en el discurso, allí donde *eikóna* y *phantasmata* están puestos en confrontación y se distinguen por ser o no ser verdaderamente copia de las cosas. PLATÓN diría en el *Logos*.

Y bien, también don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, en tanto que verdadero jurista, para usar las palabras de ULPIANO *veram, nisi fallor, non simulatam philosophia affectans*, se ha medido, ha tenido que medirse con el *Logos*. Lo ha hecho en su tercera metodología jurídica, la metodología de la ciencia jurídica. No ha podido dejar de hacerlo, aunque haya intentado, en cuanto ha podido, no nombrarlo, porque don JUAN desconfiaba de la palabra *Logos*, y tiene razón debido al abuso que de ella han hecho tantos pseudo-filósofos de todo tiempo, pero no por parte de PLATÓN, que con

la palabra *Logos* indica tanto el discurso, definido como “la corriente que surge del alma por la boca con un sonido” (*Soph.*, 263e), como el pensamiento, definido como el “diálogo del alma consigo misma” (*Soph.*, 264a).

He aquí por qué dándole las gracias por su imponente esfuerzo, que ayudará a muchos juristas de hoy a recuperar su auténtica vocación, reconduciéndoles al núcleo filosófico de la jurisprudencia, quisiera rogar a nuestro gran notario que relea a PLATÓN el del *Sofista* y del *Cratilo*, aquel verdadero, *nisi fallor*, no el simulado, para quien todo verdadero jurista no puede dejar de tener una profunda *affectio*.

VALLET Y LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

JOSÉ ANTONIO ESCUDERO

Catedrático de Historia del Derecho

Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación

Excelentísimos Señores. Señoras y Señores.

Quisiera en primer lugar agradecer la invitación a participar en este solemne acto de presentación del libro *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, tanto por la dignidad e importancia del libro en sí, como por ser su autor don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Presidente durante muchos años de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, ilustre jurista y maestro en el día a día de la gratísima convivencia con él en esa reputada Academia.

Para comenzar, y si ustedes me permiten una consideración un tanto banal, que rebaje algo la tensión filosófica de la intervención precedente, diría yo que cuando a cualquiera le invitan a un acto de esta naturaleza, a la presentación de un libro, suele hacerse el que oficia de presentador con el libro en cuestión unos días o semanas antes, el tiempo suficiente para leerlo y decir algo más o menos afortunado y lúcido sobre él. Pero a mí don JUAN VALLET me sugirió presentar este libro hace muchos meses y he de confesarles que desde entonces he debido aplicarme de forma regular y disciplinada a su lectura y consideración. Y es que acontece que el concepto de *libro*, como muchos otros, se aplica a realidades harto disímiles y heterogéneas. Porque venimos a llamar libro, en el lenguaje común, a unas cuantas páginas escritas sobre cualquier cosa en lenguaje más o menos superficial y ligero, y llamamos *libro* también a un tratado jurídico y filosófico de hondo y denso calado como éste; un libro con 1270 densas páginas de difícil abordaje, pertrechadas de información y notas, que convierten en temeraria la pretensión de glosarlo y comentarlo en pocos minutos.

Es de suponer, por otra parte, que cuando se presenta un libro, éste no es conocido por el auditorio. Y aunque no sé si esa presunción se corresponde en este caso con la realidad, parece aconsejable y conveniente decir algo sobre su diseño y estructura. Y luego, puestos a repartir esas mil trescientas páginas en quince minutos, sólo queda, contando con la comprensión de ustedes, la posibilidad de espigar algunos temas de los distintos capítulos y someterlos aquí a vertiginosas reflexiones.

Ya ha advertido el profesor GENTILE que este libro es una tercera *Metodología de la determinación del Derecho*, porque en efecto ha sido precedida de otras dos que se aplicaron a la parte histórica y a la parte sistemática. Se trata así en conjunto de un *magnum opus*, donde, como en las grandes creaciones musicales, algunos de los temas que ahora aparecen fueron incoados antes; otros introducen nuevas perspectivas a problemas ya vistos, y otros, en fin, son absolutamente nuevos. Presentamos así una *Metodología* que es parte, una parte ciertamente fundamental, de esa trilogía global que acoge el pensamiento entero o casi entero de su autor en torno a las arduas cuestiones de la metodología jurídica.

La obra que tengo entre las manos tiene cuatro partes y una quinta final de carácter recapitulatorio. Así, por seguir con el símil musical, su dinámica es como la de un *crescendo*: la primera parte dedica un capítulo a la ciencia en Roma. Luego pasa al Medievo —aquí ya no con un capítulo sino con tres— y desde él se ve trasladado el lector a una etapa que comprende desde la impronta del voluntarismo y nominalismo hasta 1780 —y en esa etapa los capítulos ya no son tres sino seis—, para desembocar finalmente en el arco histórico que va desde 1780 a nuestros días, y donde los capítulos ya no son seis sino diez. Crecimiento pues de la atención y crecimiento de la intensidad reflexiva.

El arranque del libro, en su vertiente romana, tiene la apoyatura de una reflexión de VALLET acerca del trastocamiento acontecido en la época postclásica en las fuentes del Derecho, cuando al abandonarse el *ius respondendi* entran en juego los *iura*, con lo que al jurista le queda en propiedad la enseñanza del Derecho. En esas páginas, el autor apunta algo que desarrollará como un *ritornello* continuo a lo largo de toda la obra. Me refiero a las relaciones Iglesia-Estado, o, más propiamente, a las relaciones del Derecho civil y del Derecho eclesiástico.

A mí me ha resultado sumamente atractivo su resumen sobre la problemática del Derecho romano vulgar, y, en concreto, el paralelismo a que hace referencia entre la vulgarización del Derecho y la vulgarización del idioma. Yo recordaba leyendo esas páginas que mi maestro, don ALFONSO GARCÍA-GALLO, sostenía que el Derecho evolucionaba en la historia de forma parecida o paralela a la lengua, en base a que uno y otra son realidades espirituales y culturales que cambian muy lentamente porque siempre van por detrás de la evolución de la sociedad misma. Cambian los hechos. Cambia la valoración de los mismos, y luego cambia el Derecho que regula lo nuevo, o el idioma que acude a describirlo.

Es difícil entresacar, en los tres capítulos del Medievo, cosas de mayor interés que otras. O, si ustedes quieren, es difícil aparcar o marginar en el silencio unos temas por menos relevantes para dedicarse a otros que lo sean más. Pero si hubiera

que hacerlo –y yo mucho me temo que lo tengo que hacer ahora mismo– me quedaría con el arranque descriptivo de la enseñanza del Derecho en las distintas épocas y escuelas eclesiásticas, las monásticas, palatinas, etc., porque ahí VALLET tiende un puente explicativo que luego se apoyará en el mundo de los glosadores y comentaristas. En esa maraña de páginas hay un capítulo –el titulado *La formación del concepto de contrato*– singularmente sugestivo. Sugestivo porque en él se predica bellamente el imperio de la voluntad en el ámbito jurídico canónico y civil. Sin voluntad no hay contrato; sin voluntad no hay delito. Sin voluntad el Derecho queda petrificado.

Desde la perspectiva de la historia del Derecho todo ello conecta con un tema de interés que consiste en el carácter peculiar de la propia evolución del Derecho. En el Derecho Penal por ejemplo, donde más plásticamente se advierte, esa evolución va tomando cada vez más en cuenta lo que el sujeto ha querido hacer, y menos lo que en realidad ha hecho. El Derecho Penal primitivo –el mundo de las *fazañas* medievales– se basa en el resultado objetivo, mientras crece y crece con los siglos la consideración de la intencionalidad del actor, que el Derecho codificado tipificará con figuras como la tentativa o el delito imposible. En fin, esto tiene su propia problemática, pero enlaza con ese reconocimiento, subrayado por VALLET, del valor de la voluntad en el ámbito jurídico.

En el capítulo siguiente, que trata de la incidencia del voluntarismo y nominalismo en la ciencia del Derecho hasta 1780, hay un punto de arranque sumamente clarificador. Y es la revolución, que don JUAN VALLET explica con detenimiento, que en el siglo XIV se proyecta a los ámbitos teológico, filosófico y jurídico, y que enlaza con el hecho de que frente al *mos italicus* surja otro Derecho profesoral, con su propio método histórico y filológico, que es el *mos gallicus*. Y hay una pregunta desafiante que él se plantea: ¿fueron tan diferentes unos y otro?; ¿fueron tan diferentes esas dos realidades que se estudian como realidades distintas? Pues quizá no: el propio VALLET señala la existencia de autores que de alguna manera combinan ambos métodos.

Ahora bien, desde el punto de vista no de las teorías generales, sino de las consideraciones personales del jurista en concreto, procede llamar la atención sobre la lucidez de las reflexiones de VALLET en torno a MONTESQUIEU. Siendo éste un autor tan eminente, conocido y glosado, decir algo de interés sobre él tiene un especial valor añadido. Algo así como cuando un intérprete musical acomete una obra mil veces escuchada, en la que lo difícil no es la ejecución misma, porque muchos la ejecutan, sino el hálito especial del intérprete. También de los poetas hondos se dice que tienen *voz propia*. Y por eso yo podría decirles aquí, dado que no hay tiempo para más, que se acerquen a esas páginas sobre el gran pensador francés, glosado y narrado por el ilustre académico con *voz propia*.

En la sección tercera de ese mismo capítulo, hay una parte dedicada a las definiciones de *ius* y *lex* expuestas por los *magni hispani*, en la que se puede degustar la perspectiva jurídica de esos grandes autores de la Escuela Española. Y si de esas páginas hubiera yo de quedarme de modo especial con algo, les confieso que elegiría el contrapunto DOMINGO DE SOTO / SANTO TOMÁS, a través de las anotaciones y observaciones de aquél que nuestro autor recrea.

También del capítulo siguiente, donde VALLET se ocupa entre otras cosas nada menos que de ROUSSEAU y de su Contrato Social, cabría decir algo parecido a lo dicho sobre MONTESQUIEU. Volver sobre la *volonté générale* y tratar algo con hondura y originalidad, como acontece en nuestro libro, es tarea de raro mérito porque

esos pensamientos que se glosan son pensamientos pensados por el sagaz ginebrino, y luego pensados también y repensados por muchas mentes egregias. El acercamiento a ROUSSEAU tiene además desde España un particular interés, porque uno de nuestros más eximios historiadores y teóricos liberales, del que yo mismo tuve oportunidad de ocuparme, don FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, rechazará en su *Teoría de las Cortes* el pacto social rousseauniano, por abstracto y difuso, para defender un pacto social entre rey y reino, entre gobernante y gobernados, que efectivamente habría tenido lugar en un momento histórico dado.

El capítulo IV –la ciencia del Derecho desde 1780 a nuestros días– se abre con un tema científico sumamente arduo, que VALLET aborda en compañía de dos gigantes. Nuestro autor, para el examen de la Filosofía, echa mano nada menos que de KANT. Y para el examen del Derecho, se acoge a SAVIGNY. Se hace así acompañar en su caminata metodológica de quienes son probablemente el filósofo y el jurista más importantes de los tres últimos siglos. Y con SAVIGNY, en concreto, se adentra por los vericuetos de la Escuela Histórica, terreno predilecto de los historiadores del Derecho. A mí me ha llamado la atención –como viejo devoto del tema, desde los años juveniles de la Memoria de cátedra– que VALLET hable de las Escuelas Históricas del Derecho, en plural, desbordando esa concepción unívoca de la *Historische Rechtsschule* como movimiento intelectual nacido y crecido en Alemania frente al racionalismo codificador francés, y que toma cuerpo por de pronto en el cuarteto HUGO-SAVIGNY-EICHHORN-GRIMM. Como digo, VALLET habla de las *diversas Escuelas Históricas del Derecho* (pp. 718 y ss.), y en ese amplio ámbito incluye él a los pre-románticos, como por ejemplo a los grandes juristas ingleses de los siglos XVII y XVIII, desde COKE a BLACKSTONE y BURKE. Buen tema este –*Escuela y Escuelas*; qué hay de común y qué de diferencial– para un jugoso debate.

Buen tema para un debate, pero no hay tiempo para ese debate y procede concluir ya. El reloj me amenaza y ustedes están derrochando conmigo, quién sabe hasta qué límites, su comprensión, tolerancia y paciencia. Así las cosas, inmerso yo todavía en las páginas ochocientas del libro, voy a tener que hacer con las restantes eso que la expresiva terminología taurina califica de *faena de aliño*. Y para ello nada mejor que sustituir la descripción, a la fuerza trabajosa y lenta, por las reflexiones, a la fuerza breves. Tres reflexiones finales, pues, para decirles tres cosas que a mí me sugiere el libro.

En primer lugar, la magnanimidad intelectual. Como bien saben, la magnanimidad es una virtud moral consistente en la capacidad o el empeño de acometer empresas grandes. Acostumbrados hoy, por desgracia, en el mundo universitario y científico al relumbrón de pequeñas cositas pretenciosas revestidas de autosuficiencia, una obra tan sólida como ésta, con casi mil trescientas páginas y unas ocho o nueve mil referencias a autores, resulta, además de llamativa, académicamente edificante. Un ejemplo, pues, de magnanimidad intelectual.

En segundo lugar, la amplitud de horizontes. Esta obra, cabalgando sobre los siglos, se acerca al pensamiento de autores de todo tiempo y condición, desde los genios –recuerden que ORTEGA decía que sólo se debe llamar genios a los muertos– hasta los maestros que viven y escriben en el día de hoy. Y acercándose al pensamiento de autores de cualquier país, hay un especial rastro de luz para los autores españoles: los *magni hispani* de antes y de ahora. Tengamos en cuenta que este libro

comienza con una cita de JOSÉ CASTÁN y concluye con otra de JOAQUÍN COSTA, dos eximios aragoneses.

Y una tercera y última consideración. De este libro no sólo se podrá discrepar sino que habrá que discrepar, pues es común a las magnas obras científicas su fecunda virtualidad para provocar la reflexión y la controversia. Ahora bien, me atrevería yo a afirmar deprisa, mientras les digo adiós, que de aquí en adelante no se va a poder dar un paso por los terrenos boscosos de la metodología jurídica sin tener bien en cuenta la obra de don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, este volumen y los otros dos. Una obra, en fin, donde la ciencia metodológica aparece profusamente articulada y encuadrada en títulos, capítulos, epígrafes, subepígrafes y apartados de rica y reflexiva sistemática. Y es que, como decía STUART MILL, "saber es clasificar". Muchas gracias.

LA METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO A LO LARGO DE SU HISTORIA, DE JUAN VALLET, Y EL JURISTA

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario Honorario. Académico

Han transcurrido ya doce años desde la publicación de aquella *Metodología Jurídica* en la que JUAN VALLET DE GOYTISOLO formulaba una “triple perspectiva” para su Metodología del Derecho, que a manera de un programa ha venido paso a paso desarrollando: primero fue la *Metodología de las Leyes* (1991); después la *Metodología de la determinación del Derecho*, con un primer tomo de *Perspectiva Histórica* (1994), y un segundo volumen de *Parte Sistemática* (1997); obras todas ellas (1) indispensables para adentrarnos ahora en el estudio de la tercera perspectiva, la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho* cuyo primer tomo, *La Ciencia del Derecho a lo largo de la Historia*, es objeto de esta presentación; habrá de seguir un tomo segundo, dedicado a la Ordenación Sistemática, del que VALLET nos ha dado hace un año un *Esquema introductorio* en su discurso de despedida como Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2), primicia que igualmente es preciso tener en cuenta.

(1) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: *Metodología de las leyes*, Edersa, Madrid, 1991, p. 715; *Metodología de la determinación del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. XX+1317; y *Metodología de la determinación del Derecho. II (Parte sistemática)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado 1997, p. XVII+1603.

(2) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: “Esquema introductorio para una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho”, discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15.11.1999 en la sesión inaugural del Curso 1999-2000; RAJL, 1999, p. 84.

Allá a fines del siglo XVII o principios del XVIII decía JOSÉ COMES, notario de Vich, que escribir su *Viridiarum Artis Notariatus* le había costado seis Olimpiadas; esta medida del tiempo, por las connotaciones que suscita, de fortaleza y espíritu deportivo, bien puede servirnos en el caso de JUAN VALLET, quien además de realizar con el mayor entusiasmo sus muchas otras actividades –académicas, culturales, jurídicas–, lleva por tanto más de tres Olimpiadas entregado a la investigación y a la exposición de la Metodología del Derecho.

Quienes me han precedido en el uso de la palabra, los Profesores don FRANCESCO GENTILE y don JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, han profundizado magníficamente en las dimensiones filosófica e histórica del libro de VALLET; el libro, pues, ha quedado ya presentado, y muy bien presentado; mi intervención resulta en realidad superflua. Pero como no podían faltar en esta Casa las palabras de un notario, y más tratándose de la obra de un notario, y de un notario de la categoría de JUAN VALLET, voy ahora a contemplarla desde otro punto de vista, desde la perspectiva del jurista, y no sólo en cuanto escritor o lector de publicaciones jurídicas, sino en cuanto profesional del Derecho, destacando algunos de los aspectos que más pueden interesar al jurista práctico, por utilizar una expresión acuñada; con lo que de paso, y en la medida de lo posible, evito inoportunas repeticiones.

1. La llegada de JUAN VALLET a la Metodología jurídica

Se trata de un punto de vista muy acorde con el pensamiento de VALLET, que viene además facilitado por su mismo periplo personal. ESTANISLAO CANTERO ha llamado, en efecto, la atención sobre el “itinerario intelectual” de JUAN VALLET, que va desde el “derecho civil a la filosofía jurídica y política”; VALLET –nos dice CANTERO– “no ha comenzado con la filosofía jurídica, sino que ha llegado a ella a través del derecho civil”. Añade CANTERO que este itinerario no tiene “un solo sentido”; “también tiene el sentido inverso”, “el retorno desde la filosofía jurídica y política hacia el derecho civil, que resulta enriquecido con nuevos saberes” (3); pero no hay, a mi parecer, verdadero “retorno”, puesto que JUAN VALLET nunca abandonó el Derecho civil, ni tampoco abandona después, como estamos viendo, los estudios metodológicos y filosóficos.

Y aquel inicio por el Derecho civil, evidentemente cierto, ¿constituye una particularidad del *iter* intelectual de VALLET? Me parece que sí en cuanto a esta tercera metodología, pues sus problemas sólo se plantean inicialmente a los juristas que se dedican, o van a dedicar, a la exposición del Derecho, a su enseñanza; los profesionales del Derecho, como es el caso de VALLET, llegan más tardíamente a ellos, cuando se proponen escribir una monografía sobre un amplio sector de una disciplina jurídica o, claro es, un tratado. Pero la particularidad disminuye en cuanto a la Metodología que podemos considerar central, la que conforme a la concepción de VALLET es una Metodología de la determinación del Derecho; los juristas prácticos, en efecto, utilizan el método jurídico, al menos en su nivel de interpretación, desde el primer día de su actuación profesional, aunque durante muchos años lo hagan “sin

(3) CANTERO NÚÑEZ, Estanislao: *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998)*. La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p. 792; las palabras citadas, en pp. 458, 459 y 473, respectivamente.

saberlo”, como M. JOURDAIN hablaba en prosa; y sólo con el paso del tiempo abundan entre ellos quienes pretenden tomar conciencia de su método de trabajo, aunque en general se conformen con explicaciones modestas.

Pero esa forja del pensamiento metodológico de VALLET en la práctica del Derecho, en concreto en la práctica notarial, quizá haya contribuido a su fundamental toma de posición en el punto clave de la teoría del conocimiento. “Según PLATÓN, éste estaba basado en ideas innatas –nos dice–, mientras que para ARISTÓTELES se fundaba en nuestra capacidad para captarlas de la realidad sensible” (p. 115). Más claramente en su “Esquema introductorio”: “Las tres metodologías jurídicas plantean, ya desde el principio, la misma cuestión fundamental en que se debate todo saber: si la primacía genética corresponde a las ideas, los principios, las leyes y las reglas; o bien a las cosas y los hechos. Es la eterna duda sobre si, en el método, debemos seguir a PLATÓN o a ARISTÓTELES” (p. 6). VALLET resuelve esta duda, radicalmente, en favor de un realismo jurídico aristotélico-romano-tomista (pp. 1223 y ss.); y en esta opción tuvo que influir su forma de vivir el Derecho: en su práctica, caso a caso, escritura a escritura, acta a acta.

2. La posibilidad de una ciencia del Derecho

La posibilidad de una ciencia del Derecho –primera cuestión de que voy a ocuparme–, me parece fundamental para la existencia misma del “jurista”, que en otro caso queda degradado, convertido, como por muchos se pretende, en mero “operador jurídico”; y paralelamente se degradaría el Derecho mismo, transformado en Derecho “vulgar”.

En principio al jurista le extraña que se ponga en duda la posibilidad de una ciencia del Derecho; pues como dice el mismo VALLET, hay “diferentes niveles del saber jurídico: común, teológico, filosófico, político, científico, práctico y técnico” (p. 20); VALLET los había estudiado en la Parte Sistemática de su *Metodología de la determinación del Derecho* (II, pp. 231-459); uno de ellos es, pues, el saber científico. Claro que no todo lo que se publica sobre Derecho, ni mucho menos, es ciencia del Derecho; hay libros jurídicos con otras finalidades, en general muy respetables, que no son las científicas. Pero cabe también, por tanto, un estudio científico del Derecho, que no consiste sólo en su exposición sistemática, sino en su explicación, incluyendo, según el plan formulado por VALLET, el Derecho comparado, la dogmática conceptual, la axiología, la teleología y la metodología jurídica, y teniendo como partes o disciplinas auxiliares la historia del Derecho, la sociología del Derecho y la psicología del Derecho (p. 19).

Ahora bien, siempre que hablamos de ciencia del Derecho, los juristas tropezamos con el muro que nos levantó en Berlín el fiscal VON KIRCHMANN, en su discurso del año 1847: “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”, en referencia a las bibliotecas jurídicas. Casi podríamos replicar a KIRCHMANN que en sus palabras está precisamente el criterio para distinguir las publicaciones jurídicas científicas de las que no lo son; y buena prueba de ello es el gran valor que conservan los libros jurídicos de todas las épocas que hacían Ciencia, mientras que muchos libros publicados ayer mismo con otras finalidades, quedan obsoletos, en efecto, por obra del legislador.

VALLET explica el verdadero sentido de las palabras de KIRCHMANN: “esta conocida y repetidísima frase no la dijo VON KIRCHMANN en menosprecio de la ciencia

del derecho ni en un alarde de positivismo legalista. Muy al contrario, lo que realmente criticó fue que se considerase la ciencia del derecho en una situación de dependencia de la ley positiva" (p. 568). "Es decir, lamenta que la jurisprudencia, en lugar de guiar la legislación, es su ciega comentadora, exégeta, meditadora, tratadista; que, en lugar de suministrar, con su ciencia, al legislador el conocimiento del derecho, parte de que éste sólo se halla en la ley positiva que aquél «segrega»" (p. 569). Veamos, en efecto, dos textos de VON KIRCHMANN que VALLET cita: "Lo lamentable de la jurisprudencia es precisamente que excluye de su seno la política (la política jurídica, supongo) y que, por consiguiente, ella misma se declara incapaz de dominar o simplemente de dirigir la materia y el curso de las nuevas formas, mientras que todas las demás ciencias consideran esto como su parte más esencial, su cometido supremo". "Por obra de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma" (cits. p. 569).

La posibilidad de una ciencia del Derecho viene, por lo demás, confirmada por la contundencia de los mismos hechos que JUAN VALLET nos va mostrando a lo largo de la historia, con esa erudición suya a que no podemos acostumbrarnos: cómo se ha ido desenvolviendo esa ciencia desde los Pontífices del Derecho romano arcaico hasta nuestros días; los instrumentos de que se ha ido valiendo en las sucesivas épocas; la multitud de géneros literarios que en su exposición han aflorado. Destaquemos los capítulos que dedica a las tareas definitorias y de configuración de instituciones de los juristas del bajo medioevo (II.III, pp. 147-92), y a las tareas configuradoras de conceptos realizadas por los autores durante la modernidad (III.VI, pp. 419-495).

3. La gran cuestión: el concepto del Derecho

Sin embargo, para resolver científicamente, como es preciso hacer, el problema de la posibilidad de una ciencia del Derecho hay que aclarar dos cuestiones previas; qué entendemos por ciencia y qué entendemos por Derecho. Se impone la "consideración del concepto de ciencia (con todas las dificultades, recuerdo yo, surgidas de la apropiación de la «Ciencia» por las ciencias de la naturaleza), para la inclusión o exclusión en él de la ciencia del derecho" (pp. 503 y ss.), y también la consideración del concepto del Derecho, nuestra gran cuestión, a la que tenemos que limitarnos y de la que no podemos prescindir: se trata de una cuestión primordial para el jurista, ya que define el ámbito y la esencia de su actuación; es la segunda cuestión que queremos tratar.

Pero las doctrinas sobre el concepto del Derecho son infinitas; VALLET morosamente las estudia, a partir de 1780 hasta nuestros días (4); sólo nos ocuparemos de la doctrina misma de JUAN VALLET, y antes, para enmarcarla, de la dirección genérica del positivismo legalista circundante, con la que se enfrenta.

(4) Título IV, pp. 497-1069; y también, con inclusión de los siglos anteriores en "Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo", discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 16.11.1998 en la sesión inaugural del Curso 1998-1999, pp. 196+3.

a) *El concepto del Derecho en el positivismo legalista.*

En el ambiente en que los juristas nos movemos se respira, al menos en teoría, el positivismo legalista, que identifica “Derecho” y “ley”, de manera que el Derecho “legislado” es “todo” el Derecho. Este es “el principio básico del positivismo legalista moderno: *las leyes y sólo ellas determinan lo justo y lo injusto, y solamente el Estado puede legislar*; y, por lo tanto, *él es el creador de la justicia*” (p. 342); hemos sentido el monopolio estatal sobre el Derecho.

Ello no ha sido siempre así; no lo era en Roma; tampoco en la Edad Media, en los glosadores y comentaristas; resumamos, de la mano de VALLET, los caminos que han conducido a esa concepción: “en el siglo XIV –en teología primero y, después, también en filosofía–, frente a la síntesis realista de SANTO TOMÁS DE AQUINO, surge una corriente primero voluntarista, con DUNS SCOTO, y después nominalista, con OCKHAM, que llevó por derroteros muy distintos a la ciencia del derecho..., la alejaron de la función empírico-casuística que hasta entonces realizaba... No es posible determinar lo justo *ex ipsa natura rei* si el orden de todas las cosas creadas, es decir, el de la *rerum natura*, y el de cada cosa, o sea, el de su *natura rei*, puede cambiarlo en todo instante Dios con su *potestad absoluta*, y mucho menos si los hombres no podemos conocer ese orden o no existe, ni hay realidad alguna sino singular, y si los universales –que antes servían de guía– no representan nada real, sino meros nombres –*nomina*–, con los cuales elaboramos los conceptos, puramente intelectuales, mediante los cuales connotamos las cosas singulares de un modo significativo, pero general y abstracto”; “las palabras *ius* y *directum* de conformidad a la cosa misma ya no podían expresar, con tan cerrada perspectiva, ninguna *res iusta* ni *quod iustum est*... Por esa razón el concepto de derecho se identificó con el de ley; y ésta, con sus mandatos, determinaba lo justo y lo injusto, así como el contenido de las facultades subjetivas dimanantes, estableciendo de ese modo la base de los derechos subjetivos” (p. 22). El Padre SUÁREZ, con “una posición análoga a la de los nominalistas respecto de la cognoscibilidad de la ley eterna” (p. 198), había mantenido un límite, un pretil (p. 203), “la ley positiva humana no debe ser contraria a la ley natural” (p. 23); pero “esa condición *sine qua non*, ... fue esfumándose en GROCIO, PUFENDORF y sus seguidores, hasta el punto de que la consideración de la ley natural se redujo a estimarla como norma meramente moral, no jurídica. Con ello, la ciencia del derecho se reduce a ser la ciencia de las leyes humanas, de su interpretación y aplicación. Con KANT esa ciencia se convierte en meramente formal, y esa dirección alcanza, con Kelsen, su cima, que viene a ser una cima para el derecho sustantivo, que clásicamente era la ciencia de lo justo y lo injusto, de lo equitativo y de lo inicuo” (pp. 23-24). “Es curiosa la analogía explicativa, propuesta por el propio Kelsen –comenta VALLET–, entre el «panteísmo que identifica a Dios con el mundo, es decir, con el orden natural» y «la identificación del Estado con el derecho». Contemplando esta identidad, considera que «la tentativa de legitimar al Estado como Estado de “derecho”, se descubre enteramente inadecuada», ya que «todo Estado es un orden jurídico»” (p. 867). Palabras especialmente graves si tenemos en cuenta la difusión y el arraigo del pensamiento kelseniano; con ellas “todos los totalitarismos –concluye VALLET– quedan así jurídicamente justificados” (p. 868). En fin, la ciencia del Derecho, la Jurisprudencia, en la pandectística alemana, es la “ciencia sistemática del derecho, que partiendo del material bruto de las normas positivas, debía *elaborarlo* científicamente, de un modo tal que, a su vez, pudiera servir al legislador, al juez y, en general, al intérprete” (*Metodología de las Leyes*, p. 307).

La labor del jurista resulta notablemente empobrecida con el positivismo legalista. No es preciso insistir mucho en ello: desde la perspectiva de la *vía voluntarista*, entre las surgidas del nominalismo, según hemos visto, “la ley era mucho más que un instrumento del derecho, puesto que pasó a ser el mismo derecho; y la exégesis era el medio de averiguar, a través de la letra –como signo– el significado de la intención y la voluntad del legislador, o sea, la *mens et voluntas legislatoris*” (p. 208); en esto consiste la interpretación de la ley, en una mera exégesis, como intentó la escuela francesa de este nombre. La función del jurista se reduce a la utilización de la lógica formal en esa somera interpretación de la ley y en su “aplicación” al caso concreto; a la “subsunción” de éste en aquélla; a un “silogismo” en que la premisa mayor es la norma y la menor el supuesto de hecho. Y en cuanto a la evolución jurídica, continúan vigentes las palabras de KIRCHMANN: la ciencia del Derecho, la Jurisprudencia, “en lugar de guiar la legislación, es su ciega comentadora, exégeta, meditadora, tratadista”.

El empobrecimiento de la labor del jurista ha recibido un imponente empaque doctrinal; pero en sí mismo no constituye ninguna novedad. Ya JUSTINIANO, en la constitución *Tanta*, promulgadora de los Digestos, había prohibido totalmente los comentarios de los juristas y sus interpretaciones de las leyes, que más son perversiones, (*legum interpretationes, immo magis perversiones*), pues sólo al emperador estaba concedido dictar e interpretar las leyes, y a él habían de dirigirse los jueces (*hoc ad imperiale culmen per iudices referatur, et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari*); sólo se permitía a los juristas la traducción de las leyes al pie de la letra (*kata poda*) a la lengua griega y la formación de textos paralelos, *paratitla* (núm. 21). La misma desconfianza se mostraba hacia las Escuelas de Derecho; la constitución *Omnem reipublicae*, sólo permitía tres, las de las ciudades regias (Roma y Constantinopla), y la de Berito (núm. 7). Finalmente, en cuanto a la evolución del Derecho, en la misma constitución *Tanta* JUSTINIANO, previendo que surgirían nuevos negocios, carentes de regulación, disponía que se implorara el remedio al soberano, pues era al poder imperial al que correspondía enmendar, componer y someter a los modos y reglas pertinentes todas las cosas que nuevamente acontecen (núm. 18). De esta manera de pensar podrían traer-se a través de la Historia, otros muchos ejemplos.

b) El concepto del Derecho en JUAN VALLET.

En el siglo XX –con precedentes en la segunda mitad del siglo XIX–, la ciencia del Derecho ha venido reaccionando contra el positivismo legalista mediante diversas corrientes, que han venido a confluír en la jurisprudencia valorativa, la *Wertungsjurisprudenz*; sin poder seguir a VALLET en este estudio (IV.V, pp. 799-856), tenemos que limitarnos a resumir su posición.

La ciencia del Derecho –nos dice–, encontró su “propio objeto” (p. 33) ya en la Roma arcaica de los Pontífices, y este objeto es el que señala ULPIANO en el título inicial del Digesto: la jurisprudencia, la ciencia del Derecho, es la ciencia de lo justo y de lo injusto –*Jurisprudentia est ... iusti atque iniusti scientia*–, pues la palabra Derecho, *ius*, deriva de “justicia”; el Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo, –*ars boni et aequi*– el arte de la “justicia concreta”, como elegantemente define CELSO (el Joven) –*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*–, según nos dice el mismo ULPIANO en el primer fragmento del Diges-

to, 1.1.1, (conf. pp. 35-36); “el derecho –afirma VALLET–, tiene por objeto la realización concreta de aquello que, en cada caso concreto, resulta más justo, en la medida asequible a los hombres”; en esto consiste “la verdadera finalidad del derecho, como ciencia práctica que es”; “su núcleo central es la interpretación concebida como explicación del derecho que subyace en la realidad de los hechos”; “tanto si se trata de configurar negocialmente una *res iusta*, o bien de determinar conflictualmente *quod iustum est*” (p. 19).

Ello no quiere decir que la ciencia del Derecho se limite a “la autovisión de éste en un espejo” (p. 18), a “conocer y enseñar cómo es y debe ser el derecho ya hecho”, “tal como ya está establecido”, mirando “hacia atrás” (p. 21), expresiones todas que ciertamente utiliza VALLET; porque también afirma que esa materia que constituye el Derecho establecido tiene que ser “valorada críticamente” (p. 21), “mediante el empleo... de una labor crítica, orientada para observar si los logros obtenidos en la práctica se aproximan o alejan del objetivo de facilitar la consecución de la justicia: finalidad última del derecho” (p. 25); y ello es también para VALLET objeto de la ciencia del Derecho.

Aquella definición ulpiana de la jurisprudencia, de que partíamos, es sin embargo más completa; la jurisprudencia, la ciencia del Derecho, es noticia de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto (*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, D,1.1.10.2). Siguiendo un símil de JUAN MIQUEL, que compara la esfera interna del Derecho con una célula dotada de una membrana que la aísla del mundo que la circunda, pero sin impermeabilizarla, el Derecho –nos dice VALLET–, capta, filtra del exterior todas las cosas divinas y humanas, “pero todo lo observa bajo su propia perspectiva de la justicia, que es específica, diferente de las perspectivas que tienen otras ciencias” (p. 34). “Así se constituyó el principio que JHERING denominó de la *autonomía* o de la *independencia* jurídica y SCHULZ del *aislamiento*” (pp. 33-34), pero aislamiento que no le impide recoger la noticia de todo lo divino y humano que le rodea, con lo que “los jurisconsultos elaboran, en su sistema interno, la *iusti atque iniusti scientia*” (p. 34).

Dos consecuencias muy importantes para el jurista. Primera: el ámbito del Derecho se ha ampliado, no es sólo la ley; VALLET recuerda que en su *Metodología Jurídica* había repasado “de qué manera se habían tomado como su materia y objeto de conocimiento: las costumbres, leyes, sentencias, resoluciones, dictámenes, doctrina y práctica, que han de estudiarse para conocer, ordenar, conceptualizar, valorar y sistematizar toda esa materia prima” (p. 18). Segunda: son los jurisconsultos, y “sólo ellos (no los teólogos, filósofos, moralistas, políticos, economistas, sociólogos o científicos de cualquier otra clase)”, quienes elaboran y desarrollan “en su sistema interno, la *iusti atque iniusti scientia*” (p. 34).

Ya no hay mera “aplicación”, sino “determinación” del Derecho, de lo que es justo, *quod iustum est*, en el caso concreto; la interpretación no se reduce a la interpretación de la norma, sino que consiste “en analizar jurídicamente un hecho bruto para iluminar el derecho que subyace en él” (*Metodología de la determinación del Derecho*, II, p. 971).

4. La primacía de la Metodología de la determinación del Derecho

En el pensamiento de VALLET las tres metodologías del Derecho pueden distinguirse, pero no separarse. “Lo cierto es que –nos dice–, si bien las tres metodologías jurídicas, a las que vengo refiriéndome, son fáciles de distinguir, repito que no son separables entre sí, pues no solamente se solapan, sino que se interfieren y, desde sus mismos presupuestos, se influyen mutuamente” (p. 24). “Es de advertir –había escrito con anterioridad–, que si bien distingo estas tres metodologías jurídicas, no pretendo separarlas ni aislarlas entre sí. Es más, considero inconcebible tal separación y aislamiento –como la de cualquier cosa de este mundo respecto de las demás–. Realmente, esa separación nunca se ha pretendido; en cambio, sí es cierto que diversas tendencias han conducido al predominio de una metodología sobre las otras, o bien a la absorción o instrumentalización de alguna o algunas de ellas por otra” (p. 21).

Pues bien, la primacía entre las tres metodologías corresponde para VALLET, como consecuencia evidente de toda su doctrina, a la metodología de la determinación del Derecho. A ella se subordina, desde luego, esta tercera metodología de que ahora tratamos, la de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho; VALLET es terminante, al finalizar su Planteamiento Introdutorio con estas palabras: “siendo la ciencia del derecho... ante todo una ciencia práctica, la correlativa ciencia teórica de ella ha de tener por primordial objetivo el de servir a esa finalidad y facilitar su consecución, mediante el empleo de la terminología específica más adecuada y correcta, de una exposición sistemática que la clarifique, y (repetimos la cita) de una labor crítica, orientada para observar si los logros obtenidos en la práctica se aproximan o alejan del objetivo de facilitar la consecución de la justicia: finalidad última del derecho” (p. 25).

Su postura no puede ser más acertada, ni más importante para nosotros los juristas. La ciencia expositiva del Derecho tiene que acudir a sistemas, clasificaciones, conceptos, definiciones, reglas, etc., a abstracciones cada vez mayores, para hacer comprensible y abarcable un Derecho dado; pero todo ello debe quedar limitado a esa finalidad que en un sentido amplio pudiéramos llamar pedagógica, y son inmensos los daños que se originan cuando de esos andamiajes se quieren deducir nuevas normas jurídicas. La cuestión es todavía más importante porque con frecuencia las Leyes, y sobre todo los Códigos, por razones de simplificación, o de economía normativa, se acogen a esos instrumentos, aunque la doctrina intente entonces reaccionar tardíamente, y afirme, por ejemplo, que lo propio de la ley no es definir, ni clasificar, sino mandar.

No olvidemos nunca aquella *regula iuris*, formulada por PAULO, con la que empieza el título 50.17 del Digesto, y que es igualmente aplicable a los principios jurídicos, aunque los principios no sean reglas: el Derecho no se deduce de la regla, sino que es la regla la que tiene que deducirse del Derecho existente, *non ex regula ius summat, sed ex iure quod est, regula fiat*. Por su parte, advirtió JAVOLENO que toda definición es peligrosa en el Derecho civil, *Omnis definitio in iure civile periculosa est* (D, 50.17.202). La ciencia del Derecho no puede prescindir de definiciones, con las que delimita, señala los confines de conceptos e instituciones, pero siempre de manera necesariamente aproximativa. Lo mismo ocurre con los conceptos, aunque puedan perfilarse mejor; todos conocemos los resultados a que conduce el método dogmático de inversión. Y nada digamos de las clasificaciones, muchas veces basadas en coincidencias meramente externas, y que apenas sirven de ayuda a la me-

moria o a la enseñanza jurídica elemental; y de la escalada de abstracciones, aunque estén tan cuidadas como las de la Parte General del Derecho civil. En estos y otros supuestos, considero aplicable la solución prudencial que, respecto a las definiciones, nos da VALLET: “el científico jurídico no puede ni debe ocultar las deficiencias que la definición ofrece en su utilización práctica” (p. 39).

- - - - -

Voy a terminar. El nuevo libro de JUAN VALLET DE GOYTISOLO creo que ratifica la aplicación, que hace años le hice, del apelativo que JUSTINIANO dirigió a uno de los juristas clásicos: *summus auctor iuris scientiae*. Pero al tiempo de agradecerle esta obra creo debemos agradecerle también su ejemplo personal para estas generaciones que recibieron de Dios la prolongación de la vida, y del demonio la jubilación anticipada, al realizar en estos años una tarea; es lo que todos debemos emprender conforme a nuestras respectivas capacidad, preparación y aficiones; en el campo del Derecho ya lo hicieron, en sus respectivas circunstancias, DÍAZ DE MONTALVO, GREGORIO LÓPEZ o el Pavorde SALA.

Muchas gracias finalmente a todos ustedes por su atención; me despido con un hasta luego: hasta dentro de un par de años, más bien menos que más, en que Dios mediante volveremos a encontrarnos en la presentación de la Ordenación Sistemática de esta *Metodología de la ciencia del Derecho*, con la que JUAN VALLET culminará su monumental Metodología Jurídica.

“Código civil japonés”. Estudio preliminar, traducción y notas por Rafael DOMINGO y Nobuo HAYASHI. Prólogo de Antonio GARRIGUES WALKER. Garrigues & Andersen. Colegios Notariales de España. Marcial Pons (Madrid-Barcelona 2000), 323 pp.

1. No resulta infrecuente que en el actual renacimiento del interés por el Derecho Comparado en todo el mundo, aparezcan en vanguardia los romanistas, de aquí que nada sorprende que de la fecunda colaboración de dos discípulos del Prof. ÁLVARO D'ORS, (a saber, el Prof. RAFAEL DOMINGO, de la Universidad de Navarra, y el Prof. NOBUO HAYASHI, de la Universidad de Rikkyo) haya nacido la primera versión española –que yo conozca– del vigente y ya centenario Código civil japonés de 1898. De este último había antiguas y modernas versiones a lenguas occidentales (francés, inglés y alemán), no siempre accesibles al jurista español por tratarse de una literatura muy especializada (1). De aquí la utilidad y oportunidad de la presente edición, tanto a nivel científico (pues podrá utilizarse cómodamente en los cursos universitarios sobre Derecho Comparado impartidos en las facultades españolas e hispanoamericanas), como práctico, a la vista del creciente, y pujante, comercio internacional entre nuestros respectivos países.

2. El *Estudio Preliminar* que firma el Prof. DOMINGO (pp. 17 a 48), ofrece datos sumamente interesantes y valiosos sobre las circunstancias históricas que condujeron a los emperadores de la llamada época Meiji (1868-1912) a propiciar la apertura de su país a Occidente, con el resultado de una rápida modernización cuyos logros estamos contemplando –realmente atónitos– a principios del siglo XXI; todo ello vino a significar, en su momento, un rápido proceso de codificación de los textos fundamentales del país, entre ellos el Código civil, cuyas vicisitudes se nos van describiendo hasta 1999.

Pero ante todo, y con encomiable honradez científica, el autor expone el proceso, no exento de complejidad, que ha supuesto traducir el Código del japonés al español. No hace falta ponderar que, si toda traducción de textos jurídicos, aunque sea

(1) TOMII-MOTONO, *Code civil de l'Empire du Japon. Livres I, II et III, promulgués le 28 avril 1896* (Paris 1898); *The Code civil of Japan* (Tokio 1998); AKIRA ISHIKAWA, *Das japanische BGB in deutscher Sprache* (Köln 1998).

entre lenguas románicas, resulta siempre difícil, la dificultad raya en lo casi insuperable (diríamos que se llega *al filo de lo imposible* por seguir el símil de un conocido programa televisivo) si nos trasladamos a las lenguas orientales. El Prof. DOMINGO explica que se partió de la traducción que él ha hecho de los textos inglés y alemán, la cual sirvió de borrador al Prof. HAYASHI para su versión directa del español, revisada, a su vez, por aquél, y contrastada con otras traducciones a lenguas occidentales. Yo creo que humanamente se ha hecho lo posible por asegurar simultáneamente la fidelidad al texto original, al mismo tiempo que se ha logrado un texto español correcto, fluido y comprensible para el jurista español de nuestros días. Lo que se corrobora por las colaboraciones prestadas por otros ilustres profesores universitarios españoles (ÁLVARO D'ORS, JUAN MIQUEL, ARRECHEDERRA, PANTALEÓN) y extranjeros (RONALD BRAND, MARK RAMSEYER, MASAAKI IWASAKI y BRUNO RODRÍGUEZ ROSADO), que el autor menciona y agradece.

3. Personalmente la lectura de este *Estudio Preliminar* me ha permitido aclarar cómo el primer C.c. japonés, que iba a ser de influencia francesa, resultó siendo, a la postre, de influencia mayoritariamente alemana. En efecto, en 1873 el Profesor vasco-francés GUSTAVO EMILIO BOISSONADE FONTARABIE, firmó un contrato de tres años con el Ministerio nipón de Justicia para redactar en francés (pues no conocía el idioma del país) un Código penal y otro de Procedimiento penal *conforme al espíritu japonés y a la técnica occidental*, así como para impartir docencia en la recién fundada Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia, concebida para servir de contrapeso al Derecho anglosajón que se enseñaba en la Universidad de Tokio. Ambos Códigos se elaboraron, fueron promulgados y entraron en vigor en 1882 (aunque su vida no llegó a ser muy prolongada). Cumplido aquel encargo, BOISSONADE se dedicó intensamente a preparar un Código civil, sobre el modelo francés, aunque no exclusivamente; solicitó y obtuvo la colaboración de dos profesores japoneses para el libro de las personas y el Derecho de sucesiones; en abril de 1889 finalizó su encargo, siendo promulgado el Código, dividido en cinco libros, en 1890, con una *vacatio legis* hasta 1.º de enero de 1893. Pero en este interregno ocurren diversos acontecimientos que van a influir decisivamente en el futuro del Código: tensiones en el seno del Gobierno, ocasionadas por la revisión de los tratados comerciales firmados con varias potencias occidentales, seguidas de dimisiones y nombramientos ministeriales en cascada; promulgación de la Constitución Meiji de 1889, inspirada en la prusiana de 1850, exaltadora de los valores nacionales, y viaje a Europa del Ministro de la Presidencia, Hirobumi Ito, que fue cautivado por constitucionalistas germanos, mientras que vio con desconfianza la Constitución francesa de 1791. Mientras tanto, la Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia había pasado a depender de la Universidad de Tokio, lo que significó el fin de la influencia francesa en la enseñanza. Todo ello culminó en el famoso *Manifiesto* redactado por varios juristas nipones de formación anglosajona, en contra de la entrada en vigor del Código Boissonade, aprovechando un viaje de éste a París en 1892, con base en los siguientes puntos: a) El Código había despreciado las antiguas costumbres referentes a la organización familiar; b) estaba inspirado en el Cristianismo, que no era la religión del país; c) daba más importancia a la teoría de los bienes que a las personas; d) admitía un Derecho Natural anterior al positivo; y e) estaba inspirado en un principio individualista desconocedor de los distintos grupos configuradores de la sociedad japonesa. En marzo de 1893 se creó, por edicto imperial, un Consejo para revisar el Código ya promulgado, en el que sólo UME era acérrimo defensor de la inmediata vigencia del mismo, mientras

que HOZUMI y TOMII eran partidarios de su revisión. En realidad, la Comisión preparó un nuevo Código dividido en cinco libros, que fueron aprobados sucesivamente, y entraron en vigor conjuntamente el 16 de julio de 1898, texto todavía en vigor, aunque con importantes modificaciones, que expone a continuación el *Estudio Preliminar*.

4. El Código civil japonés, en la versión que, en definitiva, llegó a entrar en vigor, se compone de cinco libros: Libro I, *Parte General* (arts. 1 a 174); Libro II, *De la propiedad y de los derechos reales* (arts. 175 a 398); Libro III, *De las obligaciones* (arts. 399 a 724); Libro IV, *De la Familia* (arts. 725 a 881) y Libro V, *De las sucesiones* (arts. 882 a 1044). La derrota del Japón en la Segunda Guerra Mundial obligó a adoptar, por imposición norteamericana, una nueva Constitución, promulgada el 3 de noviembre de 1946, basada en la llamada doctrina *Mac Arthur* inspirada en la soberanía popular, la renuncia a la guerra y la supresión de la nobleza y de los privilegios; ello obligó a reformar el C.c. mediante la Ley de 1947, que afectó, sobre todo, a los Libros IV y V (principios de dignidad individual y equiparación de sexos). El cambio en la concepción del matrimonio y de las sucesiones supuso una honda revolución social, si bien no se llegó a las últimas consecuencias del principio de igualdad, pues se mantuvo la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos y su tratamiento sucesorio diferenciado. La última reforma tenida en consideración ha sido la de 8 de diciembre de 1999 que ha abarcado diversas instituciones como la adopción plena, la capacidad de obrar, la tutela, la curatela y la asistencia de las personas.

5. Afirma gráficamente el autor que *el Código civil japonés tiene mucho de Derecho alemán, bastante de Derecho francés y poco de tradición jurídica japonesa, pero, en todo caso, se trata de un Derecho "elaborado" en Japón por japoneses*. La primera afirmación requiere alguna aclaración cronológica, pues el BGB fue aprobado unos meses antes que los tres primeros libros del C.c. japonés; de aquí que, en ocasiones, los legisladores japoneses tuvieron en cuenta el primer *Entwurf* de 1888 y el segundo de 1895, existiendo algunos preceptos de aquél que, pese a estar inspirados en dichos proyectos alemanes, no se encuentran, sin embargo, en el BGB. Con todo, alemana es la estructura interna (aunque intercambiando los puestos de los Derechos de cosas y de obligaciones), y, de modo señalado, los conceptos de la Parte general (capacidad jurídica, capacidad de obrar, declaración de voluntad, negocio jurídico, representación y teoría de las personas jurídicas). En cambio, no se recogió el principio de abstracción, y sí el de adquisición de los derechos reales *solo consensu* de origen francés, junto a otros de la misma procedencia (por ej. el régimen de la culpa extracontractual, la acción oblicua, la regla *possession vaut titre*, el régimen de los privilegios, algunas reglas de las servidumbres, la fianza y la novación). Pero no se limitan a estas dos influencias —ciertamente, las más destacadas— sino que se han rastreado influencias concretas de más de treinta Códigos (entre ellos, el prusiano de 1793, el austriaco de 1811, el italiano de 1865, el suizo de Obligaciones de 1881, el de la Louisiana, y los de Chile, Uruguay, Argentina, Venezuela y Colombia entre los de raíz hispana), sin olvidar el nuestro (2) y el Derecho anglo-

(2) El autor se esfuerza por mostrar las semejanzas entre el C.c. japonés y el nuestro, algunas de las cuales proceden del modelo francés común (por ej. los arts. 421, 422, 557, 558, 569 y 1508); otras veces son influencias al margen del C.c. francés (por ej. en materia de enfiteusis, imputación de pagos o anticipos al mandatario) (cfr. p. 35-37).

sajón (3). A la pregunta de *ubi jus nipponicum?*, contesta el Prof. DOMINGO enumerando el *iriai* o derecho real consuetudinario de explotación forestal de tierras comunales, y en el ámbito familiar la institución de la casa en torno a la familia patriarcal y con reflejo sucesorio, todo lo cual ha sido profundamente modificado en 1947.

6. Acaso sea un tanto exagerado calificar al C.c. japonés de *nieto del Derecho Romano e hijo del Código napoleónico* como, con indudable entusiasmo, lo califica ANTONIO GARRIGUES WALKER en su breve Prólogo. Parece claro que, en la accidentada y compleja gestación de aquél hubo una clara manipulación *in vitro* alterando, en consecuencia, la paternidad del embrión resultante. Pero a un siglo de continuada vigencia de este cuerpo legal –que junto al C.c. filipino son los dos únicos de directa ascendencia europea en el continente asiático, si se considera a Turquía más europea que asiática–, hay que concluir que se ha producido una razonable *aclimatación*, de suerte que se ha hecho autóctono e incorporado a su propia cultura, dejando de ser extraño, e importado, en alguna medida. Se habría avanzado un paso más en esa *filigrana jurídica* a que alude el Prof. DOMINGO (p. 40), realizada por los legisladores japoneses a fin de compatibilizar los elementos culturales autóctonos con el Derecho recibido, aunque ahora a cargo de los operadores jurídicos y la sociedad entera.

Queda sólo reseñar que el texto del C.c. japonés se completa con abundantes notas explicativas y comparativas, en ocasiones de gran valor doctrinal, y que la presentación externa de la obra es excelente.

Gabriel García Cantero
Catedrático de Derecho Civil

(3) Más notables son las influencias postcodiciales del Derecho de la *common law*, por ej. al recibir el *trust*.

LA INTEGRIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO NOTARIAL

JUAN-FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL

Notario

Profesor de Derecho Civil

El objeto de este “Observatorio Notarial”, no es otro que el recoger de manera abreviada y sucinta algunas novedades surgidas en algunos notariados en torno a cuestiones que puedan tener especial importancia, bien por su actualidad o bien por su especial significación para el notariado español.

No se trata, pues, de recoger la opinión propia sino las ajenas y aprovechar esas iniciativas para su posible incorporación vía legislativa o doctrinal a nuestro entorno jurídico.

Introducción

Recuerda **ANTHONY T. KRONMAN** en su libro *The Lost Lawyer* cómo en las grandes *Law firms* de Nueva York de los años 50 los abogados sentían la misma preocupación por el dinero que por la posible quiebra de su antigua ética profesional, que hundía sus raíces en el convencimiento de que el oficio de la Ley era una vocación de honor y no sólo una empresa comercial, y no dudaban en defender públicamente su confianza en un ideal profesional. Entendían que el ejercicio de la práctica legal era por sí mismo un bien intrínseco y no sólo instrumental.

Hoy en día sin embargo, añade, entre los abogados jóvenes, también de las grandes *Law firms*, se aprecia una decisiva inclinación por el aspecto crematístico de la profesión que repercute negativamente en la calidad del servicio y en el prestigio de la profesión. En efecto. Difícilmente sacrificará un abogado, dice, su interés personal por razones no dinerarias y la misma preocupación que tiene por lograr el beneficio económico a toda costa repercutirá en la comprensión del cliente, la *sympathy*, puesto que al primar por encima de todo el propio interés, quedará bloqueada la capacidad de olvido de sí que es condición de la *sympathy*.

Trasladándonos a la profesión notarial, y huyendo de planteamientos utópicos y sentimentales, sino estudiándolo bajo una perspectiva puramente profesional, no exenta por tanto de consideraciones éticas, la posibilidad de que un notario pueda seleccionar su clientela en base al beneficio económico que le reporta (ya sea con arreglo a criterios objetivos, es decir, el tipo de documento, o subjetivos, la clase de cliente), representa una conducta que apunta directamente contra la razón de ser de la profesión, la prestación imparcial del servicio, y en consecuencia la intervención de la corporación profesional en la salvaguarda de ese principio resulta no sólo conveniente, sino obligada.

1. El principio de no discriminación

El hecho de que un notario haga casi exclusivamente documentos de cuantía (sociedades, cancelaciones, hipotecas, etc.) y escasos documentos sin cuantía (testamentos, actas y poderes), cualquier persona salvo un notario puede considerarlo como fruto de la casualidad. Perdón. Salvo un notario y salvo, lógicamente, la Junta Directiva de un Colegio Notarial. Estamos hablando bajo un planteamiento abstracto y general, sin obviar lógicamente las dificultades temporales que tras la creación del Cuerpo Único de Notarios puedan surgir para que se vaya creando una homogeneización documental entre todos los notarios.

Como los argumentos que fundamentan esta afirmación son tan obvios que su mera explicación lesiona el sentido común, prefiero detenerme en examinar dos cuestiones íntimamente relacionadas con este hecho. La primera de ellas el principio de no discriminación. La segunda, la correcta organización del despacho como posible causa para no autorizar determinados instrumentos (casualmente actas, testamentos o poderes).

El fundamento legal del principio de no discriminación lo encontramos en tres preceptos que distinguen con singular precisión la obligatoriedad de la intervención notarial respecto de la **prestación del ministerio notarial** y la obligatoriedad de la intervención notarial respecto de la **autorización del documento público**. Por lo que hace al primer supuesto, el artículo 2 de la Ley del Notariado nos recuerda que: *“El Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”* y el artículo 3 párrafo 3.º del Reglamento precisa que: *“La prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida”*. Por lo que hace al segundo supuesto, el párrafo 1.º del artículo 145 del Reglamento señala que: *“La autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio para el Notario con jurisdicción a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial”*.

De conformidad con ellos y a la vista de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, está claro que los supuestos de excusa de intervención legalmente tasados son:

- 1.º) La falta de capacidad legal de los otorgantes.
- 2.º) La falta de representación.
- 3.º) El incumplimiento en las resoluciones o expedientes bases del contrato, de lo preceptuado por leyes, reglamentos u ordenanzas respecto de los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, Provincia, Municipio o Comunidad Autónoma.
- 4.º) Cuando el acto o contrato sea contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos.

Cualquier negativa del notario a intervenir en los actos o contratos que se sometan a su intervención o su negativa a prestar su ministerio se pueden considerar como actos discriminatorios, incursos en la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

De la extensa jurisprudencia del Centro Directivo en torno al artículo 145 (más de 65 resoluciones) aparece claramente delimitado el ámbito específico de la interpretación de este precepto. En todas ellas, salvo en una, que comentaremos, la negativa del notario a intervenir se centra en

torno a la existencia o no de alguno de los presupuestos tasados antes referidos. Solamente en una, la Resolución de 12 de junio de 1991, se aparta de los supuestos citados y resuelve sobre la posibilidad o no de entender como excusa para la intervención el criterio del notario respecto a la adecuada organización de su despacho, y en realidad ese supuesto quedaría incluido en el más amplio de la “imposibilidad objetiva” de prestar el servicio.

Puesto que la existencia o no de los supuestos tasados, entra de lleno dentro del juicio de capacidad del notario y del ejercicio obligado del control de la legalidad, sólo voy a detenerme muy brevemente en los otros dos.

2. La organización del despacho no puede admitirse como excusa para rechazar una intervención

El artículo 2 de la Ley del Notariado consagra con claridad los límites de la excusa del notario para prestar su ministerio, es decir, “la intervención de su oficio”, ampliando por un lado dicha excusa a campos mucho más extensos que el estricto del instrumento público a que se refiere el artículo 145, pero reduciendo los motivos a uno solo: la justa causa. En efecto, la Dirección General ha acudido al mismo fundamentalmente para admitir la excusa de la intervención notarial en tres supuestos:

- Requerimientos al notario para dar fe de las vicisitudes surgidas en la notificación de una sentencia judicial.
- Requerimientos dirigidos a la Administración, sin perjuicio de que a través de actas de presencia pueda proceder a la ejecución concreta de actuaciones de los particulares ante los órganos administrativos.
- Requerimientos formulados con carácter indeterminado o ambiguo, siempre que posteriormente no se aclaren o precisen los términos de aquél.

De todos ellos me ocupo en mi estudio “Algunas notas determinantes de la función notarial en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado” (Introducción al “Código Notarial”. Ed. Aranzadi. 1997. Pp. 21 y ss.).

La Resolución de la DGRN de 12 de junio de 1991 resuelve el recurso de queja formulado contra varios notarios que habían rechazado un requerimiento hecho el Miércoles Santo por no expresar el requirente en qué consistía dicho requerimiento, ni alegar la urgencia. El contenido de la Resolución es muy interesante a mi juicio, puesto que aprovecha el

Centro Directivo para admitir efectivamente que el carácter obligatorio de la prestación de la función debe ser cohonestado con el derecho del notario “a organizar la marcha del despacho de que es responsable en aras de un mejor desempeño de la función notarial y del servicio público que entraña”.

Efectivamente, sin ese mínimo de organización no sólo se está perjudicando el notario mismo sino que perjudica a la función, por la imagen de incompetencia que puede dar, y perjudica al cliente que puede encontrar obstáculos para su tiempo y para su trabajo por falta de una mínima organización de la oficina notarial. Hasta aquí nada nuevo. Lo interesante de la Resolución es sin embargo su afirmación de que la correcta organización de la marcha del despacho, nunca puede ser excusa para la denegación de la prestación requerida, sino *exclusivamente para postergar su atención al mismo* en base al orden de prioridades fijado por el notario. Aseverando, para remarcar bien el carácter accidental y temporal que en la excusa de prestación inmediata del ministerio notarial tiene la organización del despacho, que se admitirá como excusa “siempre que no extreme el rigor de las prioridades por él establecidas para la autorización de otros instrumentos públicos que le hayan sido requeridos con anterioridad”.

3. El carácter íntegro del ejercicio de la prestación del ministerio notarial

La antigua distinción de notarios de diversas clases según el servicio a que se destinaban ha desaparecido hace muchos años. Recordemos que junto a los notarios o escribanos de número estaban los notarios reales, los de concejo, de curia, etc., los notarios de Indias, y dentro de estos los de la casa de contratación, los de naos, los de gobernación, los de Audiencia, de minas y raciones, de rentas y alcabalas, de la Casa de la Moneda, de la Mesta...

En el notariado actual no cabe la especialización. No existen notarios especializados en otorgar poderes o testamentos y otros especializados en hipotecas o sociedades. Es indudable que la profesión y tipo de trabajo de cada cliente, el lugar, la familia y la posición, pueden hacer decantar hacia determinados tipos de documentos el protocolo de cada notario. Pero no es creíble que la mayoría de los clientes de una notaría tengan un miedo cerval al testamento, pánico a las actas, o sufran de temblores incontrolables ante un simple poder y sin embargo no los sufran a la hora de firmar escrituras que pueden comprometer su futuro y su bienestar, como son las hipotecas, compras de viviendas, etc.

Mucho menos cabe acudir, como acabamos de ver, a la excusa de la “organización del despacho” para justificar el acentuado “desequilibrio patrimonial” del protocolo. Es más, precisamente lo que demostrará es que habrá que “reorganizar el despacho” para dar cabida a un mayor número de documentos sin cuantía, que cubra el porcentaje normal, de una notaría normal, de una ciudad normal, y de un notario normal.

Lo demás, con cualquier tipo de argumentos que se quiera, no por inteligentes más creíbles, no puede ser admitido y las Juntas Directivas deben estar especialmente atentas en el estudio de los índices mensuales para detectar estas anomalías totalmente incompatibles con una adecuada prestación del servicio público.

4. Epílogo

Volviendo al autor que sirvió de prólogo a estas breves líneas, ANTHONY T. KRONMAN, actual *Dean of Yale Law School*, mantiene que la visión exclusivamente crematística de la profesión, impide a quien la padece valorar una norma cultural conforme a la cual el hecho mismo del trabajo realizado correctamente constituye un bien intrínseco de mayor importancia que el dinero que produce. En el caso de que un notario introduzca en el ejercicio de la profesión notarial los criterios de beneficio económico como parámetro único de selección del documento a autorizar, no sólo estaría proyectando el estrabismo de su visión de la vida sobre una profesión honorable, al fin y al cabo cada cual es muy suyo de gozar con la propia deformación, sino que se pierde de paso una de las grandes satisfacciones que depara esta profesión cual es el ejercicio de la profesión en toda su plenitud. El servicio como expresión de lo mejor de uno mismo. El servicio notarial como aportación del yo al otro, sea cual fuere su clase o posición. Realmente no saben lo que se pierden, porque ignoran que están perdiendo, quizá sin saberlo, su dignidad.

CASOS PRÁCTICOS (*)

MICHIEL TOMLOW

Notario de Heerlen (Países Bajos)

Con la rúbrica de “casos prácticos” que ofrecemos a continuación, pretendemos presentar situaciones típicas –acompañadas de sus soluciones– que se presentan constantemente en el ejercicio de la profesión notarial y que están relacionadas con un estado de cosas internacional. Con ello, se quiere demostrar al notario que tenga interés internacional de qué modo solucionan sus colegas extranjeros estos casos en la práctica y así podrá él a su vez facilitar a sus clientes datos expertos sobre el ejercicio notarial en el extranjero.

1. CASO

Un hombre de nacionalidad española y una mujer de nacionalidad holandesa contrajeron matrimonio en España en 1989 sin otorgar capitulaciones matrimoniales. El primer domicilio conyugal estaba sito en los Países Bajos. El matrimonio tiene un hijo. El patrimonio está compuesto por una vivienda en los Países Bajos, una casa de vacaciones en España y varios saldos bancarios en los Países Bajos. El esposo fallece en 2000 sin haber hecho testamento.

(*) Publicado en la revista *Notarius International* / Vol. 5 / 2000, pp. 137-140.

2. PREGUNTAS

Según el Derecho Internacional Privado holandés (DIPr), ¿qué derecho regulará la sucesión hereditaria?

¿Quiénes serán los herederos según el derecho indicado al caso?

¿Cuál es el régimen económico matrimonial aplicable según el DIPr holandés? ¿Tiene influencia el régimen económico matrimonial sobre el derecho hereditario?

El notario holandés deberá aplicar el DIPr holandés, mientras que el notario español aplicará el DIPr español. Las reglas de ambos DIPr pueden ser diferentes. En principio, el DIPr holandés no podrá alcanzar más allá del patrimonio sito en los Países Bajos. El DIPr español se limitará al patrimonio que se encuentre en España.

3. EL DIPR HOLANDÉS

a. Derecho hereditario

En 1989, se firmó el Convenio de La Haya sobre Derecho Hereditario 1989, Trb 1994,49 (CDH). Como hasta el momento presente, los Países Bajos son el único país que ha ratificado el convenio, éste no ha entrado todavía en vigor. No obstante, el sistema de remisiones del convenio es actualmente derecho vigente en los Países Bajos, ya que el artículo 1 de la Ley reguladora de conflictos de derecho hereditario dispone que el derecho aplicable a la sucesión hereditaria vendrá determinado por las estipulaciones del convenio.

La regla principal del convenio es que la sucesión hereditaria estará regulada por el derecho del estado en el que el causante tenía su domicilio habitual en el momento de su fallecimiento, si en el citado momento poseía la nacionalidad de ese estado (art. 3, párrafo 1 CDH). Asimismo, el artículo 3, párrafo 2 CDH estipula que la sucesión hereditaria también se regulará por el derecho del domicilio habitual del causante en el momento de su fallecimiento, si éste tenía su domicilio habitual en ese estado durante un periodo de al menos los cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, a menos que se den circunstancias excepcionales. Estas circunstancias excepcionales se producirán si es evidente que el causante, en el momento de su fallecimiento, tenía unos vínculos más estrechos con el estado cuya nacionalidad poseía en ese momento. En ese caso, se aplicará el derecho de aquel estado. Esta regla puede ser la causa de que sea aplicable otro derecho hereditario sin que el causante sea consciente de ello. De esta forma, puede suceder que a un español que viva en los Países Bajos los cinco años anteriores a su fallecimiento, se le aplique el derecho hereditario holandés en lugar del derecho here-

ditario español. Para el notario, es difícil determinar si puede hablarse de “vínculos más estrechos”.

El cambio del derecho hereditario aplicable puede prevenirse incluyendo en el testamento una elección voluntaria del derecho hereditario aplicable (art. 5 CDH). La posibilidad de elección está limitada al derecho del país del que se es nacional y al derecho del país en el que se reside, que en este caso serían el derecho hereditario español o el holandés. En tal caso, el derecho hereditario aplicable no varía aunque la persona en cuestión resida más de cinco años en otro país.

Visto que el hombre español de nuestro caso residía en los Países Bajos durante un periodo superior a los 5 años anteriores a su fallecimiento y que no tenía “vínculos más estrechos” con su país de origen, el DIPr holandés dispone que la herencia se transmitirá de acuerdo con el derecho hereditario holandés.

DIPr hereditario español.

El artículo 9.9 del Código civil español dispone que el derecho hereditario aplicable vendrá determinado por la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. En virtud del DIPr español, se aplicará el derecho hereditario español. No obstante, el derecho hereditario español se limitará a la casa de vacaciones sita en España. En España existen también derechos hereditarios forales. Cataluña, el País Vasco, Navarra, Aragón y las Baleares tienen su propio derecho hereditario foral.

4. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

El DIPr holandés cuenta con dos convenciones y con reglas comunes de DIPr. Los rasgos principales son los siguientes:

a. La Convención de La Haya de 1905 sobre las Consecuencias del Matrimonio, Boletín Oficial del Estado Holandés 1912,285.

Los Países Bajos fueron parte de esta convención desde el 23 de agosto de 1912 hasta el 23 de agosto de 1977. La convención es aplicable a los matrimonios celebrados durante ese periodo, entre personas con nacionalidades diferentes, siempre que los países de origen de *ambos* cónyuges sean parte de la citada convención. La nacionalidad del marido determina el régimen económico matrimonial aplicable. España nunca fue parte de esta convención.

b. La Convención sobre la ley aplicable a los Regímenes de bienes en el matrimonio, firmada en La Haya en 1978, Trb 1988,13.

Los Países Bajos son parte de esta convención desde el 1 de septiembre de 1992. En virtud del artículo 21, esta convención sólo se aplicará a los matrimonios celebrados después de su entrada en vigor. Si los cónyuges tienen nacionalidades diferentes y no han hecho ninguna elec-

ción voluntaria de derecho aplicable, el régimen económico matrimonial vendrá determinado en principio por el primer domicilio matrimonial de los cónyuges. No obstante, podrá producirse una modificación del régimen económico matrimonial desde el momento en que los cónyuges, después del matrimonio, tengan un lugar de residencia común en el mismo país durante más de 10 años. Si los cónyuges no han hecho una elección voluntaria del derecho aplicable al régimen económico matrimonial ni han otorgado capitulaciones matrimoniales, el régimen económico matrimonial se sustituirá automáticamente después del periodo de 10 años por el derecho del lugar donde tengan su domicilio (art. 7.2.2.).

¿Y si España todavía no es parte de esta convención?

La convención será también aplicable aunque no haya entrado aún en vigor en el país del cónyuge no holandés.

c. La sentencia Chelouche/Van Leer, Tribunal Supremo holandés, 10 de diciembre de 1976, Jurisprudencia Holandesa (NJ) 1977,275.

La citada sentencia tendrá efectos para los matrimonios a los que no les sean aplicables las dos convenciones anteriores. En ausencia de una elección voluntaria de derecho aplicable, se aplicará el derecho de la nacionalidad común en el momento del matrimonio. En caso de nacionalidades diferentes, se aplicará el derecho del primer domicilio conyugal.

En el caso que nos ocupa, el matrimonio se celebró en 1989 y no le son aplicables las convenciones mencionadas en los apartados a y b. De acuerdo con la sentencia citada en el apartado c, se aplicará el régimen económico matrimonial del primer domicilio conyugal, es decir, el derecho holandés.

DIPr español relativo al régimen económico matrimonial.

Si existe una nacionalidad común en el momento del matrimonio, esta nacionalidad será el punto de partida. Si no existe una nacionalidad común, los cónyuges pueden elegir el derecho aplicable. Si no se ha hecho ninguna elección de derecho aplicable, el punto de partida será el primer domicilio conyugal (art. 9.2 C.c.).

Así pues, el DIPr español dispone que en el caso que nos ocupa también será aplicable el régimen económico matrimonial holandés.

5. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HOLANDÉS

El derecho hereditario holandés se recoge en el artículo 93 y siguientes del Libro 1 del Código civil holandés (CCH). El matrimonio es causa

del nacimiento de pleno derecho de una comunidad absoluta de bienes, siempre que no se hayan otorgado capitulaciones matrimoniales que difieran de lo anterior (art. 93 del Libro 1 del CCH). La comunidad comprende todos los bienes y deudas de los cónyuges, tanto presentes como futuros.

Existe una excepción. Un testador puede disponer en su testamento que su herencia quede fuera de toda comunidad de bienes dentro de la cual haya podido contraer matrimonio el heredero (art. 94.1 del Libro 1 del CCH). En ese caso, el cónyuge del heredero no tendrá ningún derecho a la mitad de la herencia.

En caso de fallecimiento de un cónyuge, su herencia estará compuesta por la mitad de la comunidad de bienes, aumentada en su caso con su patrimonio privado de acuerdo con el artículo 94.1. del Libro 1 del CCH.

6. DERECHO HEREDITARIO HOLANDÉS

El derecho hereditario holandés se recoge en el Libro 4 del CCH. Los herederos forzosos son los hijos y el cónyuge supérstite por partes iguales (art. 899 y 899a del Libro 4 del CCH).

En este caso, la viuda y el hijo heredarán cada uno la mitad de la herencia.

Teniendo en cuenta que la viuda ya posee la mitad de la comunidad matrimonial de bienes en virtud del régimen económico matrimonial aplicable, tendrá derecho a un total de tres cuartas partes ($\frac{3}{4}$) de la comunidad de bienes, mientras que el hijo tendrá derecho a una cuarta parte ($\frac{1}{4}$).

En torno al 1 de enero de 2002, entrará en vigor un nuevo derecho hereditario en los Países Bajos. En virtud de la legislación vigente, se produce frecuentemente una desviación testamentaria de la sucesión legal mediante la llamada “partición de ascendiente”. El art. 1.056 C.c. recoge una posibilidad comparable, entendiendo que la partición en España es únicamente posible entre los hijos y no entre el cónyuge supérstite y los hijos.

El nuevo derecho hereditario incorpora este sistema como derecho de sucesión legítima.

El cónyuge supérstite y los hijos siguen siendo herederos pero, en principio, los hijos sólo reciben su porción hereditaria cuando fallezca el cónyuge supérstite. En la transmisión hereditaria legítima, el cónyuge supérstite obtiene de pleno derecho desde el momento del fallecimiento todos los bienes de la herencia en virtud de la partición (art. 4.2A.1.1 párrafo 2, primera frase). Los bienes los recibe en concepto de heredero. En su calidad de herederos, los hijos reciben un crédito en dinero a cargo

del cónyuge supérstite, por importe del valor de su porción hereditaria (art. 4.2A.1.1 párrafo 3). Los herederos ya no tienen que partir la herencia. Salvo excepciones, el crédito sólo será exigible en el momento del fallecimiento del cónyuge supérstite.

7. TESTIMONIO DE HEREDEROS

El testimonio de herederos redactado por el notario proporcionará acceso a las partes del caudal hereditario que se encuentren en los Países Bajos.

Un testimonio de herederos es una declaración notarial en la que el notario hace constar el hecho de que una o más personas son los únicos herederos del causante, mencionando las porciones hereditarias y (de acuerdo con el nuevo derecho hereditario) consignando si los herederos han aceptado la herencia.

Antes de que se emita el testimonio de herederos, el notario deberá efectuar las investigaciones necesarias: en el Registro Central de Testamentos, en el Registro Civil y en los datos incluidos en la Administración Municipal básica y en el registro de capitulaciones matrimoniales.

El testimonio no suministra ninguna prueba legal de la calidad de heredero. A la persona que actúe de acuerdo con los hechos mencionados en el testimonio de herederos, se le aplicará una presunción de buena fe con respecto a la citada actuación (Nuevo derecho hereditario, 5.1.5 párrafo 1 del Libro 4 del CCH).