

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2001



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 39, julio-septiembre 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 Martíncz Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS DOCTRINALES

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: “El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil”.....	9
CASTILLO TAMARIT, V. José: “Tutela. Autotutela. Protección de menores”.....	39
GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral”.....	55
LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “El artículo 29 del Código civil como norma general de protección jurídica del concebido”.....	137
LÓPEZ MARTÍNEZ DE SEPTIÉN, Óscar: “Cuestiones sobre la nueva organización de la comunidad de propietarios: un itinerario parcial”.....	153
ZURITA MARTÍN, Isabel: “Hipoteca en garantía de prestaciones periódicas”.....	185

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier: “Comentarios de jurisprudencia”.....	267
---	-----

PRÁCTICA NOTARIAL

DELGADO TRUYOLS, Álvaro: “La doble o múltiple representación y el autocontrato: delimitación de supuestos”.....	343
---	-----

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

GARCÍA CANTERO, Gabriel: "Venta en garantía, retracto convencional y conversión del negocio (Comentario a la STS de 16 de abril de 2001)"...	353
ROMERO COLOMA, Aurelia María: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1999 (en torno a la posible discriminación de un padre)".....	367

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

"Curso de Derecho Mercantil", varios autores, ed. Civitas. Por Roberto Blanquer Uberos.....	377
"Mayores y Familia". Instituto Universitario de la Familia, coord. S. Adroher Biosca, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000. Por Esther Muñiz Espada	379

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

GARCÍA MÁS, Francisco Javier: "Ciertas reflexiones sobre el espacio jurídico europeo y el notariado".....	387
---	-----

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO, INSTITUCIÓN EXPORTABLE AL CÓDIGO CIVIL (*)

JOSÉ JAVIER CASTIELLA RODRÍGUEZ

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** HISTORIA Y FUNDAMENTO DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO. **a)** Breve referencia histórica. **b)** Crítica negativa y su refutación. **1.** *Carácter captatorio.* **2.** *Desigualdad.* **3.** *Contradicción con el carácter personalísimo de la facultad de testar.* **4.** *Incertidumbre y aleatoriedad.* **5.** *Contradicción con el carácter irrevocable del testamento.* **6.** *Posibilidad de fraudes.* **7.** *Contrario a la libertad de testar.* **8.** *Desconocido en el Derecho Romano.* **9.** *Prohibido en los Códigos latinos.* **10.** *Prohibido en nuestro Código civil.* **11.** *Otros aspectos de posible crítica.* **c)** Fundamento positivo. **III.** SITUACIÓN ACTUAL. **a)** El supuesto de hecho. **b)** La correspectividad. **c)** La realidad sociológica. **IV.** CONCLUSIONES.

(*) Publicado en la *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1993, núm. 15, "Homenaje al profesor Sancho Rebullida", pp. 36 a 53.

I. Introducción

El documento notarial no siempre refleja la realidad jurídica tal como es vivida por el ciudadano. El notario, al redactar el documento público, practica un control de legalidad del contenido, a la vez que procura asesorar a los otorgantes sobre los medios jurídicos más conformes al fin pretendido por los mismos.

A veces el Derecho Positivo se interpone como un obstáculo a la voluntad de las partes y el notario debe actuar imponiendo a éstas una especie de “corsé jurídico”, en la medida de lo posible el menos incómodo o, dicho en positivo, el más cercano a su voluntad.

Esto es lo que, con la frecuencia que luego veremos, ocurre cuando un matrimonio bien avenido, no aragonés ni navarro (ni vizcaíno, a raíz de la introducción del testamento de hermandad en la última reforma de la Compilación Vizcaína), acude a la notaría a otorgar testamento.

Ellos pretenden algo muy sencillo y que se suele plasmar en frases semejantes a esta: “Queremos lo del uno para el otro y lo de los dos para los hijos”.

El traje a la medida de esa voluntad testamentaria tan claramente expresada sería, es, un testamento único, otorgado por ambos, con institución recíproca entre los cónyuges y una institución residual o de segundo grado en favor de los hijos y descendientes.

Pues bien, tratándose de cónyuges sometidos al régimen del Código civil, el notario debe comenzar por decir a estos testadores que lo que pretenden está prohibido por el Código civil, tanto en cuanto a testar en un solo instrumento (prohibición del testamento mancomunado), como a hacerlo en favor del cónyuge (régimen de legítimas).

Nos vamos a ocupar exclusivamente de la primera de ellas: la prohibición del testamento mancomunado. Viene recogida en el artículo 669 del C.c. que dice: “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.”

En una primera aproximación al tema podemos observar que no puede darse una norma más frontalmente opuesta o prohibitiva de esa manifestación de última voluntad que antes hemos relacionado.

Por si fuera poco, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, el artículo 733 C.c. dice: “No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.”

El objetivo de estas líneas es poner de manifiesto la total obsolescencia e inadecuación de dicha prohibición. Para ello estudiaremos el fun-

damento e historia de la misma y la situación actual, con especial referencia al modo en que viene siendo sistemáticamente burlada en la práctica dicha prohibición en el resto de las regiones españolas.

II. Historia y fundamento

a) Breve referencia histórica.

El testamento mancomunado surge a lo largo de la historia, en muy distintos lugares, por vía consuetudinaria, como fruto espontáneo de la comunidad de vida derivada del matrimonio, que pretende realizarse del mismo modo en lo relativo a la disposición patrimonial *mortis causa* de los cónyuges y es contestado e incomprensido, en cambio, o bien desde sistemas legislativos que no entienden ni aprecian la institución matrimonial, como ocurre en el Derecho Romano, o bien desde ópticas legislativas fundamentadas en el individualismo, como ocurre en la etapa codificadora, fundamentalmente en el Código de Napoleón y, a través del mismo, en la mayoría de los Códigos de corte latino que en él se inspiran, tanto en Europa como en América.

La Revolución francesa entiende la libertad, no como capacidad de asumir compromisos, escandalizada quizás por las consecuencias del mal uso de un concepto correcto en la etapa anterior, que se traduce en las vinculaciones perpetuas, prohibiciones de disponer, etc. Por ello sustituye este concepto positivo amplio e integrador de todas las facetas que la misma comprende, por un radical concepto negativo y parcial: la ausencia de vínculos, la mayor posible falta de trabas. En este sentido es clara la preferencia por la ley, cambiante en cualquier momento, y la postergación de la costumbre en cuanto que responde a la vivencia de un contenido normativo heredado y a mantener. La tradición está mal vista. La libertad se entiende como libertad individual. Se eliminan o minimizan todos los cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo.

Este planteamiento ideológico aplicado a la regulación de las disposiciones *mortis causa* lleva a la consideración de que la cualidad esencial de las mismas es su revocabilidad, que asegura esa permanente posibilidad de cambiar sin trabas su contenido, de modo que se ajuste a una total actualidad de la voluntad del testador.

En este contexto resulta obligada la prohibición del testamento mancomunado. Téngase en cuenta que, de una parte, su regulación supone una dificultad adicional en cuanto al régimen de revocación, de otra, responde como institución, a una iniciativa netamente consuetudinaria y, por último, su más profunda raíz y justificación institucional la constituye una

comunidad de vida entre individuos cuyo proyecto de vida común tiende a perpetuarse a través de la disposición *mortis causa* común y que se sitúa en las antípodas del individualismo revolucionario que reduce el matrimonio a un contrato.

FRANCISCO PALÁ MEDIANO (1) señala en este sentido que los sistemas de Derecho Positivo que tienen como modelo al Código de Napoleón están fundados en un espíritu individualista, con la contemplación del hombre en abstracto frente a otro ser humano o en relación con las cosas o bienes. Así, en tales sistemas, las relaciones familiares se entienden establecidas entre marido y mujer, padre e hijo, pariente y pariente, siempre entre individuos aislados y en situación de alteridad.

El matrimonio se entiende como un pacto entre dos individualidades, no como una unidad institucional derivada de un proyecto común de vida.

La familia, como ente colectivo, como grupo social con fines e intereses propios, no entra en consideración.

En análogo sentido y con referencia a nuestro Código civil, LUIS MARTÍN BALLESTERO (2) hace notar cómo el Código no consagra ni un Capítulo, ni una Sección a la familia como entidad social, el núcleo familiar como tal no lo reconoce, califica a la familia como sociedad *sui generis*, en donde no existe copropiedad familiar.

Es evidente y no hay por qué ocultarlo, que el testamento mancomunado exige una regulación más compleja que la del testamento unipersonal, pero también lo es, y trataremos de demostrarlo, que se trata de una institución más evolucionada y que se adapta mejor a las necesidades del hombre y la mujer casados, tal como son por naturaleza, que el simple testamento unipersonal.

Me parece básico en el estudio de cualquier institución jurídica profundizar en el fundamento de la misma: los porqués a los que responde. En este sentido y con referencia al testamento mancomunado, podemos distinguir una crítica negativa con la refutación correspondiente a cada uno de los argumentos utilizados por sus detractores, y una exposición positiva de las funciones que cumple en la actualidad la institución:

(1) PALÁ MEDIANO, Francisco: "La familia en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *ADC*, tomo XX, fascículo 4, oct.-dic. 1967, p. 703.

(2) MARTÍN BALLESTERO, Luis: "De la familia foral a la familia agraria", *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1982, p. 1042.

b) Crítica negativa y su refutación.

1. *Carácter captatorio.*

Entre las críticas que se hacen al testamento mancomunado quizás una de las que más se repiten es la relativa al riesgo que esta forma de testar conlleva de captaciones o sugerencias de un testador a otro, con la consiguiente quiebra de la libertad de testar y de la independencia en la formación de la voluntad testamentaria.

En la doctrina son múltiples los autores que aprecian este inconveniente y, entre ellos, podemos citar en Aragón, en el siglo XVIII, FRANCO DE VILLALBA (3) en su comentario a la Observancia la “De Testamentis” señala: “El testamento en que los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente es captatorio, o, por lo menos, vehementemente sospechoso de tal”.

En el mismo sentido, en Navarra, MORALES Y GÓMEZ, autor decimonónico, que en su Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código General; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación (Pamplona, 1884, p. 67) dice refiriéndose a la misma: “... hay dos poderosas consideraciones que nos deciden a no pedir su subsistencia como especial en Navarra: la primera, las captaciones y sugerencias de que pueden ser objeto”.

Ya con referencia al Derecho castellano, VALVERDE (4) dice: “... por faltarse con su existencia a la nota esencial de acto personalísimo que debe tener todo testamento; por esta razón y por evitar además coacciones en la declaración de la voluntad, era preciso que desapareciera también el testamento mancomunado”.

SÁNCHEZ ROMÁN (5) insiste en la misma razón: “... el temor captatorio de la voluntad de un cónyuge por el otro...”.

La réplica al defecto o inconveniente expuesto la ha realizado precisamente un autor que, por no ser partidario de la institución que comentamos, resulta poco sospechoso en su argumentación de apriorismos o juicios previos. Me refiero a ALBALADEJO (6) al que corresponden las siguientes consideraciones: “... este es criterio poco consistente porque

(3) VILLALBA, Franco de: *Fororum ac Observatarum Regni Aragonum Codex*, Caesaraugustae, 1727, p. 478.

(4) VALVERDE VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, p. 78.

(5) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*. 2.^a edición, Madrid, 1910, tomo VI, volumen I, p. 326.

(6) ALBALADEJO: “Comentario al artículo 669 del C.c.”, tomo XIX, volumen 1.^o A, p. 108, de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*.

igual se puede influir desde fuera del acto del otorgamiento en la voluntad del otorgante, como será fuera del otorgamiento del testamento mancomunado como se presione, porque no va a ser en presencia del Notario. Aparte de que esas presiones se dan en muchos casos, y se darán con o sin testamento mancomunado, y son inevitables e indiscutibles o no posibles de probar, generalmente. Amén de que, en definitiva, es lo común que se halle en manos del testador poder resistirlas, y si no quiere, ya es cuenta suya la elección, en la que por lo general, nadie deja de tener presente cómo caerá en su círculo familiar (normalmente) lo que testa, y frecuentemente lo hace condicionado por semejante juicio que prevé. En conclusión, que el argumento de las posibles presiones en el testamento mancomunado no convence y si es que se pueden demostrar y alcanzan nivel de viciar la voluntad, ahí están los vicios de ésta para invalidar el testamento, sea mancomunado o no.”

No llego tan lejos como el autor citado en la crítica al riesgo de sugerencias o captaciones de voluntad en el testamento mancomunado. Creo que en esta cuestión es conveniente distinguir entre las sugerencias que puedan darse entre personas mayores de edad y sin limitación en su capacidad de obrar, respecto de las cuales considero plenamente válido el razonamiento que lleva a ALBALADEJO a no tener en consideración las recíprocas influencias salvo que afecten a la prestación del consentimiento, y aquellas otras que puedan presumiblemente producirse como consecuencia de la inmadurez propia de la minoría de edad. (En el capítulo segundo de este trabajo, al tratar de la capacidad para otorgar testamento de hermandad, me planteo esta cuestión de modo crítico y a la misma ahora me remito).

2. *Desigualdad.*

Se imputa a esta forma de testar que incentiva las uniones desiguales, sin otro fundamento que el interés de un cónyuge por apropiarse del patrimonio del otro.

Otros dos jurisconsultos aragoneses, de finales del siglo XIX, contrarios al testamento mancomunado: LUIS FRANCO Y LÓPEZ y NAVAL (7) entienden que este testamento da lugar a una desigualdad.

MORALES Y GÓMEZ en su obra ya citada considera que “el testamento de hermandad puede suponer un premio de uniones desiguales y sin más afán que el reprobado de un grosero interés...”.

No creo que pueda plantearse la cuestión de idoneidad institucional del testamento mancomunado en términos de igualdad. Es cierto que, en

(7) Luis FRANCO Y LÓPEZ y NAVAL citados por TEIXEIRA “El testamento mancomunado aragonés”, *Anuario de D.º Aragón*, tomo XII, en ob. cit.

patrimonios desiguales puede provocar expectativas desiguales cuantitativamente de heredar. Pero también creo que cuando los cónyuges asumen esas diferencias, bien conocidas por ellos, y deciden instituirse recíprocamente herederos, no es quien el legislador para prohibírselo. Ello sería tanto como considerar la pobreza como una causa de incapacidad para heredar. Es más, aun en los casos en que se dé esa desigualdad cuantitativa, por cierto sólo como expectativa, el fondo de la institución recíproca sigue respondiendo a un planteamiento de igualdad cualitativa de entrega mutua.

Cabe, además de lo dicho, plantearse si, en el caso de prohibirse el testamento mancomunado, se elude el peligro indicado de la desigualdad. Si tenemos en cuenta la realidad de los testamentos correlativos con contenido paralelamente idéntico de institución recíproca en el máximo posible legalmente, nos damos cuenta de que dicha prohibición para nada sirve en la práctica en relación con ese “peligro”. Lo único que resultaría eficaz en este sentido sería el sistema de legítima larga en favor de los descendientes, que impide a los cónyuges instituirse recíprocamente herederos, sea en uno o en dos instrumentos correlativos. Lo que ocurre es que, tal solución, como veremos posteriormente, tiene todas las ventajas de la “seguridad” de un cierto orden de mínimos en un reparto hereditario, pero también todos los inconvenientes de la falta de libertad de testar, con las injusticias que ello supone, especialmente en la actual ordenación de la familia.

En definitiva, la desigualdad es consustancial a la disposición *mortis causa*. Piénsese que está fundamentada en el presupuesto de que el causante ha de fallecer y perder por ello la titularidad de todos sus bienes y el heredero le ha de sobrevivir y adquirir por ello dicha titularidad. Si la perspectiva desde la que se ha de enjuiciar el tema es la de la igualdad, no cabe mayor desigualdad que la provocada por cualquier institución de heredero normal.

3. Contradicción con el carácter personalísimo de la facultad de testar.

Es frecuente que se achaque al testamento mancomunado el que está reñido con el carácter supuestamente personalísimo del testamento como acto *mortis-causa*.

VALVERDE (8) dice: “... por faltarse con su existencia a la nota esencial de acto personalísimo que debe tener todo testamento; por esta razón y por evitar además coacciones en la declaración de voluntad, era preciso que desapareciera también el testamento mancomunado”.

(8) VALVERDE VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, p. 78.

En cuanto al carácter personalísimo del testamento como nota esencial del mismo e incompatible con el testamento plural entiendo que, aunque el hecho que lo motiva, la muerte, sea efectivamente personalísima, el testamento esencialmente es un acto de disposición patrimonial, aunque pueda contener cláusulas de contenido no patrimonial y que, en cualquier caso, no tiene por naturaleza ese mismo carácter. En apoyo de esta afirmación alegaría en primer lugar el hecho de que así es sentido por la inmensa mayoría de los testadores casados que, en distintos contextos geográficos, culturales e históricos han actuado de modo idéntico, queriendo disponer *mortis causa* de modo plural. En segundo lugar, esta realidad sociológica descubre a mi modo de ver otra realidad que está en lo íntimo de la naturaleza humana. El hombre, la persona en general, aunque único en su ser y existir es esencialmente sociable en el modo de concretar ese vivir. Las relaciones patrimoniales no suelen tener carácter personalísimo, es más, cuando lo tienen no son transmisibles *mortis causa*. Tengamos en cuenta que el acto de disposición *mortis causa* tiene por específico objeto precisamente todo aquello que, por no ser personalísimo, es transmisible *mortis causa*.

En definitiva, la obligada referencia del testamento plural al hecho personalísimo de la muerte de cada uno de los testadores plantea una problemática, inexistente en el testamento unipersonal, que requiere un tratamiento de técnica jurídica compleja, tanto en lo referente a la revocabilidad del acto *mortis causa* en vida de todos los testadores y fallecido alguno de ellos, como en lo referente a los actos de disposición *inter vivos* de los testadores, vigente el testamento. Esto es cierto, pero también lo es que ninguno de estos problemas es insalvable. Téngase en cuenta que la raíz última de la disposición *mortis causa*, lejos de ser personalísima, es vivida como manifestación de solidaridad conyugal, de expresión total de la comunidad de vida formada por los esposos.

4. Incertidumbre y aleatoriedad.

Se argumenta también que a la incertidumbre consustancial con toda disposición *mortis-causa* se añade, en el caso del testamento mancomunado, la derivada de sobrevivencia o premoriencia de un cónyuge al otro.

En este sentido SÁNCHEZ ROMÁN (9) señala como razones de esta prohibición: "... el temor captatorio de la voluntad de un cónyuge por el otro y, más aún, la seguridad de quedar sometida la última voluntad de uno de los otorgantes, a la inseguridad e incertidumbre del influjo de la

(9) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*. 2.^a edición, Madrid, 1910, tomo VI, volumen I, p. 326.

circunstancia aleatoria de la premoriencia del uno y la libertad en que el otro queda de modificar o derogar lo suyo.”

El hecho de quedar sometida la última voluntad a la incertidumbre derivada de la premoriencia o supervivencia de un cónyuge al otro, no creo que haga desaconsejable la institución. Tratándose de actos *mortis causa* la incertidumbre es connatural y obligada puesto que depende la eficacia del acto del hecho de la muerte, por definición incierto en su concreción en el tiempo. El testamento mancomunado suma la incertidumbre de dos fallecimientos, los de los cónyuges testadores, marcando, respecto del testamento unipersonal, una diferencia cuantitativa en lo que a la incertidumbre se refiere, diferencia, por otro lado, no solamente perfectamente asumible en un sistema de libertades, sino de hecho reiteradamente asumida por razones que no es del caso repetir ahora.

Nótese que el hecho de que el llegar a heredar al cónyuge se someta a la incertidumbre de sobrevivirle o no, no significa que la propia última voluntad no se mantenga en la única incertidumbre del propio fallecimiento. La correspectividad y la posibilidad de revocación por el sobreviviente, es cierto, supone un paso más en la dirección apuntada por la crítica que comentamos, pero creo que perfectamente lícito y es el resultado derivado de la decisión de organizar de ese modo la propia última voluntad. Una cosa es que exista más o menos incertidumbre en un planteamiento testamentario y otra muy distinta el que ese planteamiento sea desaconsejable o ilícito.

La incertidumbre de los cónyuges cotestadores se convierte, en el fondo, en seguridad de que el otro quiere para ellos lo mejor y, dentro de lo limitado de las seguridades humanas, la incertidumbre técnica subsiguiente a esta disposición conjunta *mortis causa* es vivida por los protagonistas de la misma como seguridad en lo afectivo y en lo patrimonial.

En definitiva, no se añade ninguna incertidumbre a la natural relativa a la premoriencia o supervivencia al cónyuge. Lo que se añade es la certidumbre de que, en el caso de supervivencia al mismo, esto es, de quedar viudo o viuda, el cónyuge supérstite contará con la ayuda derivada de la institución a su favor por el premuerto. Es decir, la incertidumbre técnica añadida es, simultáneamente, fuente de seguridad para la viudez y, como tal, no sólo asumible sino deseable, y de hecho deseada, por la inmensa mayoría de los matrimonios testadores.

5. *Contradicción con el carácter irrevocable del testamento.*

Quizás es este uno de los escollos que hacen más complicada la regulación del testamento mancomunado. En efecto. Partimos de la base de que toda disposición testamentaria debe ser, por esencia, revocable du-

rante la vida del testador. Nos encontramos en el testamento mancomunado con que, de una parte, son varios los testadores y, de otra, con que en casi todos los casos, las disposiciones recogidas en el mismo son correspectivas y, en consecuencia, sólo se garantizan como tales si la revocación intempestiva por parte de uno de los cotestadores no da al traste con el entramado de disposiciones recíprocamente causalizadas.

En el extremo contrario, la irrevocabilidad, ya sea en vida de todos los testadores, ya sea fallecido alguno de ellos, resulta incompatible con la necesaria ambulatoriedad de la voluntad en las disposiciones *mortis causa*.

En *Legislación foral de España. Derecho Civil vigente en Navarra*. Biblioteca judicial, tomo II, p. 86, Madrid, 1888, se lee:

“Basta fijar la atención un poco en estos testamentos para comprender que no tienen razón alguna de ser. Desde luego puede decirse que constituyen un ataque a la libertad de testar, que no ha de entenderse completa ejercida una vez, sino que ha de moverse en la esfera de la ambulancia de la voluntad humana. La última ley suavizó bastante el principio de la irrevocabilidad, altamente reprochable, y que no se comprende cómo haya tenido partidarios en Navarra. Pero de todos modos conviene la supresión del testamento de que se trata.”

En el razonamiento que precede se está partiendo de la base de una irrevocabilidad del testamento mancomunado. Ya veremos en su momento cómo, tanto en Aragón como en Navarra, se permite una revocabilidad del testamento plural que hace éste compatible con la consideración del carácter ambulatorio de la voluntad humana en la disposición *mortis causa*. Por lo demás, admitida la revocabilidad y compatibilizada con la buena fe y seguridad jurídica de los cotestadores, el testamento mancomunado, que se presenta como una posibilidad, nunca como una imposición o camino único a seguir, se convierte en una manifestación más amplia de la libertad de testar, esto es, justo lo contrario que lo que al mismo se achaca.

MORALES Y GÓMEZ, en la obra antes citada, entre sus argumentos en pro de la prohibición de esta forma de testar, incluye el siguiente: “... con su desaparición no se priva de poder disponer, del mismo modo en el fondo, con la diferencia en la forma de hacerse en dos testamentos, y la mayor facilidad en la revocación, lo cual debe favorecerse, y más aún en una legislación en la que las donaciones por causa de matrimonio pueden comprender todos los bienes siendo irrevocables y pudiendo organizarse la familia y su porvenir tan libérrimamente, y en la que respecto de los esposos hay la libre facultad de heredarse salvo en ciertos casos...”.

Resulta explicable que se considere como alternativa al testamento de hermandad entre cónyuges los dos testamentos separados, con la ventaja

de la mayor facilidad para la revocación, sobre la base del desconocimiento de la realidad estadística a la que venimos refiriéndonos. En efecto: si el contenido de los dos testamentos correlativos con los que suele remediarse fuera de Navarra o Aragón la prohibición de testar mancomunadamente, resulta ser claramente correspondiente, paralelamente idéntico, entonces resulta que lo que se veía como ventaja, la separación instrumental, se convierte en claro inconveniente porque, de hecho, los cónyuges han vinculado sus testamentos introduciendo en ellos una evidente correspondencia y, en consecuencia, la posibilidad de revocar uno de ellos con absoluta independencia del otro se convierte en una patente de corso para defraudar al cónyuge.

Sobre la correspondencia de los testamentos separados de números correlativos volveremos más adelante (con aportación de los modelos de clausulado más frecuente en los mismos del que puede deducirse claramente ésta).

GARCÍA GOYENA, citado por TEIXEIRA (10), argumenta en el mismo sentido, del siguiente modo:

“Lo mejor es prohibir una forma (de testamento) incompatible con la buena fe (si es que se tolera la revocación de un testador, desconociéndolo o habiendo muerto el otro, que testó él como testó porque lo hizo como lo hizo el luego revocante) o con la naturaleza de los testamentos (si es que no se permite la revocación), y que, por otra parte, daba lugar a sugerencias y violencias.”

En cuanto a los riesgos apuntados derivados de la revocación unilateral, me remito a lo que ha quedado expuesto anteriormente sobre el modo en que se agravan si se prohíbe el testamento mancomunado, en cambio, como también luego veremos, están bastante bien resueltos, tanto para el testamento mancomunado aragonés como para el testamento de hermandad navarro.

Los riesgos derivados de la irrevocabilidad están, en la regulación actual del testamento mancomunado aragonés o de hermandad navarro reducidos a unos límites perfectamente asumibles y compatibles con la esencial revocabilidad de las disposiciones *mortis causa*.

COELLO GALLARDO (11) entiende que “... el problema más serio planteado acerca del testamento mancomunado, es la posibilidad de que pudiera ser modificado por el cónyuge sobreviviente, haciendo ilusorio de esta forma, el estado de sucesión creado en la disposición revocada, que puede haber sido causa o motivo de concesiones por parte del cónyuge

(10) TEIXEIRA GRACIANETA, Antonio: “El testamento mancomunado aragonés”. *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XII, p. 45.

(11) COELLO GALLARDO, Antonio: *Sucesiones*. Madrid, 1952, tomo I, p. 85.

premuerto. Ante este problema se planteaba el dilema de permitir la revocación de los testamentos mancomunados violando la fe en la reciprocidad de concesiones hechas en los mismos, o declararlo irrevocable, lo que equivaldría a cambiar la naturaleza de la sucesión, convirtiéndolo de acto de última voluntad en otro de carácter rigurosamente contractual, ...”.

El inconveniente apuntado se desvanece si se tiene en cuenta que, en la regulación actual, tanto en el testamento mancomunado aragonés como de hermandad navarro se admite la revocabilidad, con lo que se evita el riesgo mencionado, pero se exige, o bien la notificación fehaciente al cotestador, con efecto revocatorio, o, si uno de ellos ha fallecido, la revocabilidad queda supeditada al pacto expreso en este sentido o limitada a las disposiciones no correspectivas.

Nos encontramos ante uno de los problemas de mayor dificultad técnico-jurídica que plantea el testamento plural: la coordinación de los conceptos de revocabilidad, correspectividad, fraude... No es, desde luego, este el lugar adecuado para su tratamiento, que se realiza en otra parte de este trabajo. Baste únicamente remitirnos a la misma limitándonos ahora a afirmar que se trata de un conjunto de problemas que tienen soluciones plausibles y no debe, por tanto, valorarse como un escollo insalvable que haga inviable la institución que comentamos.

6. *Posibilidad de fraudes.*

Esta crítica es consecuencia de la anterior, para el supuesto de admitirse la revocabilidad, sobre todo después de fallecido alguno de los testadores. Pero también se denuncia esta posibilidad, como consecuencia de las captaciones o sugerencias que se le imputaban a esta forma de testar y a las que hemos aludido bajo el número uno de este elenco crítico. Por tanto, los mismos autores que hemos visto alegan aquellos inconvenientes son los que de un modo u otro imputan al testamento mancomunado el servir de instrumento para el fraude de un testador al otro.

En especial TEIXEIRA GRACIANETA (12) recensiona el defecto que ahora comentamos, en los siguientes términos: “Todos los temores de que legisladores y tratadistas se han hecho eco repetidamente, se pueden resumir en ese: el testamento mancomunado ofrece una ocasión propicia para el fraude; un testamento en el que el marido y la mujer han testado juntos puede ser muchas veces un medio legal de que el primero capte la voluntad y con ella los intereses de la mujer”.

(12) TEIXEIRA GRACIANETA, Antonio: “El testamento mancomunado aragonés”. *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XII, p. 45.

Prescindiendo de lo anacrónico de la referencia unilateral a la influencia captatoria, como si la mujer no pudiera ser sujeto activo de tales influencias, creo que ha quedado suficientemente claro en la contestación a los dos defectos apuntados, que la posibilidad de fraude de un cónyuge a otro, no depende de la forma mancomunada o no y que puede decirse que esta posibilidad de fraude, que nadie niega, disminuye al admitir legalmente el testamento mancomunado porque la interdependencia del único instrumento da pie a una regulación que prevé esta posible utilización fraudulenta de la facultad de revocar e impide, o al menos dificulta, que se consume el fraude de una revocación traicionera.

7. *Contrario a la libertad de testar.*

Se afirma igualmente por los detractores de esta institución que supone un atentado a la libertad de testar, ello en base a que la formación de la voluntad testamentaria y, sobre todo, su expresión documental, se debe someter al condicionamiento derivado de la pluralidad de testadores con el consiguiente detrimento de la libertad de testar de cada uno de ellos individualmente y, en definitiva, de la confidencialidad propia de las disposiciones *mortis causa*.

Además de la cita anteriormente efectuada (la publicación de *Legislación foral de España. Derecho Civil vigente en Navarra* que dice: Basta fijar un poco la atención en estos testamentos para comprender que no tienen razón alguna de ser. Desde luego puede decirse que constituyen un ataque a la libertad de testar, que no ha de entenderse completamente ejercida una vez, sino que ha de moverse en el ámbito de la ambulancia de la voluntad humana).

En una primera aproximación al tema podemos decir que una forma de testar que no se impone sino que se permite, supone mayor libertad de testar que su contrario, esto es, que esa misma forma de testar prohibida.

Si se entiende que, de ejercitada esa facultad de testar mancomunadamente, se conculca la libertad de quienes toman tal decisión, entonces concluiremos que se está haciendo un juicio, muy peyorativo por cierto, de la capacidad de obrar y discernir de esos testadores. Además y sobre todo, la experiencia profesional, repetida miles de veces, confirma que no solamente no supone una limitación o ataque a la libertad de testar, sino que, al contrario, es el modo en que se desenvuelve con mayor naturalidad la formación de esa voluntad testamentaria, cuando son cónyuges bien avenidos los que deciden hacer testamento.

Es más. De admitirse que el testamento plural, por razón de tal pluralidad de otorgantes conculca la libertad de testar, habría que concluir

que lo mismo ocurre con cualquier acto jurídico plural *mortis causa*. Ello significaría que las capitulaciones matrimoniales con pactos sucesorios, las donaciones universales, etc., pasarían a ser consideradas como atentatorias de la libertad de testar cuando siempre han sido considerados como inequívocas manifestaciones del principio de libertad de testar.

8. *Desconocido en el Derecho Romano.*

Aunque el examen detenido de esta cuestión merecería un apartado independiente, baste aquí señalar que, de una parte, es cierto que la institución que nos ocupa fue desconocida en el Derecho Romano y, de otra, que la valoración que tradicionalmente se ha hecho de este desconocimiento entiendo no debe ser tan laudatoria para el genio jurídico romano y sí en cambio enmarcarse en el bajo concepto que el Derecho Romano tiene de la institución matrimonial. El desarrollo de esta idea y su confirmación en las fuentes romanas queda para otro momento.

9. *Prohibido en los Códigos latinos.*

Como en el apartado anterior, no discutimos la evidencia de la prohibición de testar mancomunadamente en los códigos latinos y en casi todas las legislaciones que corresponden a su área de influencia. En cuanto al origen de dicha prohibición, grado de aceptación o rechazo social de la misma, manifestaciones de ese rechazo y, en definitiva, petición de *lege ferenda* de la derogación de la prohibición citada, me remito a un estudio separado de cuestión tan interesante, que desborda los límites del presente trabajo.

10. *Prohibido en nuestro Código civil.*

MANRESA (13) afirma que la prohibición recogida en el Código civil, es consecuencia del principio iniciado en la definición del artículo 667, y desenvuelto en el artículo 670, de que el testamento es un acto individual y personalísimo.

La cita que antecede no constituye propiamente un argumento sino más bien supone hacer de la cuestión supuesto, pero la traigo a colación por ser uno de los modos con los que más frecuentemente se “resuelve” el tema de los testamentos mancomunados en los manuales de Derecho Civil. Considerarlo como argumento sería tanto como incurrir en petición

(13) MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*. 5.ª edición, tomo V, p. 396.

de principio. Legitimar sustantivamente la prohibición por el hecho de que esté vigente supondría hacer un planteamiento positivista a ultranza.

La inmensa mayoría de los autores que posteriormente se han ocupado del tema han insistido en los argumentos relacionados o, simplemente, se han limitado a constatar la existencia de la prohibición en nuestro Código civil.

11. *Otros aspectos de posible crítica.*

Podrían apuntarse otros inconvenientes de la institución que estudiamos, que yo no he visto recogidos como crítica por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, supuesta la correspectividad de las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado se presentan como problemáticos los actos de disposición *inter-vivos* realizados por los testadores que pueden vaciar de contenido patrimonial la disposición de alguno de ellos en detrimento del otro como destinatario de la misma y, a su vez, instituyente del disponente. Se producen también problemas, inexistentes en los testamentos unipersonales, tanto en el ámbito del Derecho Interregional como en el del Derecho Internacional Privado. Asimismo, las cuestiones de capacidad, en cuanto determinantes de la validez del testamento, plantean en este caso el problema adicional de si, en el caso de afectar sólo a alguno de los testadores, provocan la nulidad del mismo en su totalidad o, por el contrario, debe actuar el principio de conservación de los negocios jurídicos respecto de los testadores capaces. De estos y otros muchos problemas, que no hace al caso ahora citar, nos ocuparemos en el segundo capítulo del presente trabajo. Baste en este momento dejar constancia de que, el hecho de que tenga inconvenientes o dificultades a superar no significa que no sean superables y que no valga la pena el superarlas ofreciendo así a quienes piden testar conjuntamente una posibilidad legal de hacerlo y una regulación bien estudiada que les ponga a cubierto de los riesgos que, nadie niega, pueden derivarse de su utilización sin la regulación adecuada.

c) Fundamento positivo.

Son también muchos los autores que han defendido el testamento plural. Entiendo, no obstante, que no procede, en este apartado, actuar con la misma sistemática que en el anterior, clasificando argumentos y presentándolos como un elenco de razones a favor de la institución porque esta labor está ya hecha en el apartado anterior en la refutación de los argumentos esgrimidos en contra de la misma. Aquí solamente nos resta tratar de poner de manifiesto el fundamento que justifica la posibi-

lidad de testar varias personas en un único instrumento, en especial tratándose de cónyuges. Para ello nos apoyaremos en algunos de los autores que han tratado el tema, sin ánimo de ser exhaustivos en la relación de los mismos, por no ser ese el fin propuesto, sino el sustantivo de fundamentar y justificar el testamento mancomunado.

IBÁÑEZ CEREZO (14) entiende que la esencia del testamento mancomunado es la mutualidad, es decir, el hecho de que los testadores tengan uno o varios herederos o legatarios comunes.

Como señala ROCA SASTRE (15), “El derecho sucesorio está íntimamente ligado con la organización específica de la familia. El derecho sucesorio tiene un objeto o cometido simple: regular el destino de un patrimonio relicto”.

Esta profunda trabazón entre organización de la familia y derecho sucesorio se concreta, en lo que se refiere al testamento de hermandad entre cónyuges, en la consideración de que la verdadera esencia de éste radica en la entraña de la comunidad de vida de los testadores. Esa identidad de proyecto de vida es la que trae como consecuencia la existencia de herederos o legatarios comunes y, más aún, la total donación al otro que se traduce, antes que la disposición en favor de los herederos o legatarios comunes, en la institución recíproca entre los testadores. Ni que decir tiene que estas consideraciones valen fundamental y casi diría exclusivamente para los cónyuges. Pero es que estadísticamente representan más del noventa por ciento de los cotestadores mancomunados en Navarra, el cien por cien en Aragón por imperativo legal y, asimilados a ellos, ese altísimo porcentaje de testadores de Derecho Común que, a falta del genuino testamento en mancomún tienen que conformarse con los testamentos separados en números correlativos, esto es, con el sucedáneo de lo que ellos quisieran, que es trasladar a la disposición *mortis causa* la solidaridad recíproca de su vida matrimonial.

MERINO HERNÁNDEZ (16), en esta misma línea, manifiesta: “Desde luego, lo que sí es cierto es que el testamento mancomunado no es una mera forma de disposición *mortis causa*. Su valor hemos de buscarlo más allá de su propia exteriorización.

Esta forma de testar conjuntamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos.

(14) IBÁÑEZ CEREZO: “El testamento mancomunado, Segunda semana del Derecho Aragonés de Jaca”, 1943, pp. 256 a 261.

(15) ROCA SASTRE: “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945, p. 338.

(16) MERINO HERNÁNDEZ.

Y que ello es así, se puede comprobar en la práctica. Aquellos matrimonios desunidos difícilmente se reunirán para testar conjuntamente. Lo normal será que lo hagan por separado, o simplemente que no testen.

Unidad profunda en el ser y en el querer. Unidad de corazones y voluntades, que llevará, en efecto, a una misma disposición sucesoria.”

NAVAJAS LAPORTE (17) constata el hecho de que el casero guipuzcoano sólo pide, cuando va a un despacho profesional, “que se le hagan las cosas a la navarra”.

Tradicionalmente se viene considerando el testamento como un acto unilateral o unipersonal en base a que es acto por causa de muerte y ésta constituye un hecho que, aun en los casos de conmorienencia, tiene un carácter personalísimo y que se produce en el tiempo sin previsibilidad aunque de modo inexorable, como ejemplo paradigmático de término incierto: *certus an, incertus quando*. Fijándonos exclusivamente en esta característica del testamento concluiremos que debe éste ser otorgado por cada persona separadamente, no siendo aconsejable la acumulación de testadores en un único instrumento con la consiguiente complicación derivada de la incertidumbre sobre la premoriencia o supervivencia de unos testadores a otros y sus obligadas repercusiones sobre la revocabilidad, etc.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que el testamento es acto de disposición patrimonial por causa de muerte. Si el patrimonio del testador forma una unidad junto con el patrimonio de otra persona y la continuidad de esa unidad patrimonial constituye un bien digno de protección jurídica, parece que la posible disposición conjunta y coordinada, no impuesta a nadie, simplemente permitida a aquellos a quienes sirva mejor esta fórmula, puede dar mejores resultados en orden a la consecución del fin perseguido y compensar de la mayor complejidad derivada del otorgamiento plural.

Desde un punto de vista extrajurídico la explicación la encuentro en la entraña de la comunidad de vida generada por el matrimonio. El hombre y la mujer casados y bien avenidos van profundizando a lo largo de su convivencia en común, compartiéndolo todo, apoyándose recíprocamente en todo, distribuyendo funciones de una misma casa con absoluta confianza en el otro, creando vínculos de solidaridad que van más allá de lo patrimonial, pero que lo presuponen también, como cualquier otra faceta de la vida. En consecuencia, las personas que van viviendo su vida en esta espiral de solidaridad creciente con su cónyuge, cuando se plantean el otorgamiento del testamento, les sale muy de dentro, sean galle-

(17) NAVAJAS LAPORTE: *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. San Sebastián, 1975.

gos, vizcaínos, madrileños, onubenses, navarros o egarenses, el hacerlo de modo conjunto con aquel o aquella con quien están habituados a convivir y adoptar las decisiones importantes. El que formal y técnicamente presente esta forma de testar dificultades que no existen en el tradicional testamento unipersonal no quiere decir que no sean superables y, sobre todo, no quiere decir que no sea el traje a la medida de sus necesidades reales, aunque sea un traje más complejo de confeccionar.

Pero esa complejidad, como tendremos ocasión de examinar más adelante, *ni es tan insalvable como se ha dicho desde un juicio seguramente superficial*, ni es tan grande como la de otras instituciones jurídicas que, sirviendo a fines de menor importancia que el que ahora nos ocupa, han dado lugar a normativas mucho más prolijas y de más difícil aplicación.

La raíz que sirve de fundamento a la institución que comentamos ha sido certeramente expuesta por BINDER, citado por TEIXEIRA (ob. cit., p. 51) en los siguientes términos: “la necesidad de disponer mancomunadamente corresponde a la esencia del matrimonio como una comunidad total de vida y de voluntades, que legítimamente trata de hacerse valer también para después de la muerte”.

Pero es que, además, esta posibilidad de disposición conjunta y coordinada es la única que permite resolver satisfactoriamente algunos problemas sucesorios que no encuentran correcta solución en el régimen del Código civil. Me parece en este sentido sumamente interesante el reciente testimonio de JUAN GARCÍA GRANERO (18) al que corresponden las siguientes líneas:

“... las ventajas que proporciona la ordenación simultánea y mancomunada de la sucesión *mortis causa* de ambos cónyuges son realmente importantes. En ocasiones, incluso, es el único medio de dar adecuada solución a problemas prácticos que, dentro del estrecho marco del Código civil, son realmente insolubles. Entre tales ventajas cabe reseñar las siguientes:

a) El nombramiento de tutor único designado por ambos padres, respecto a sus hijos menores o declarados incapaces.

b) El establecimiento de un régimen especial de administración (tutela real) respecto a los bienes dejados a hijos menores, incapaces o que, simplemente, requieran una singular defensa o protección.

c) La disposición conjunta de bienes determinados de conquista (legados o atribución en pago de derechos), con lo que se asegura la plena validez y eficacia de tales disposiciones, sean cuales fueren los resul-

(18) GARCÍA GRANERO, Juan: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDESA, tomo XXXVI, vol. 1.º, pp. 219 y 220, comentario a la Ley 57.

tados de la liquidación de la sociedad conyugal y de las operaciones particionales.

d) La partición de herencia hecha conjunta y anticipadamente por ambos cónyuges respecto a todos sus bienes, los privativos de cada uno y los comunes o de conquista. Se trata de la misma hipótesis contemplada en el apartado anterior.

e) Y, por último, la posibilidad de formar un solo cúmulo (integrado por los bienes comunes y los privativos de los esposos), con cargo al cual, como masa hereditaria única, podrán ser efectuados legados, atribuciones de bienes concretos y demás disposiciones que permitan una ordenación total y simultánea de las distintas situaciones personales y familiares (continuación de empresas agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales; estudios y carreras pendientes; colocación de los hijos), mediante aplicación o destino de bienes determinados, sean cuales fueren su origen y pertenencia.”

III. Situación actual

a) El supuesto de hecho.

Pero volvamos al caso con el que iniciamos estas líneas. El notario, después de ejercer el control de legalidad en el sentido expuesto, informando a los cónyuges testadores de los límites normativos indicados, como profesional del Derecho pasa a asesorarlos ofreciéndoles algunas de las soluciones que más se aproximan a su voluntad testamentaria: los testamentos se harán separados pero seguidos el uno del otro, sin solución de continuidad y en unidad de acto y de contexto, con números correlativos de protocolo; tendrán un contenido paralelamente idéntico, puesto que idéntica es la voluntad testamentaria de ambos testadores y con disposiciones de clara correspectividad en muchas ocasiones; se ajustarán, por último, al régimen de legítimas vigente, pero se recurrirá a la cautela *soccini* para conseguir, aun gravando la legítima en el *quale*, garantizar el usufructo universal del sobreviviente.

b) La correspectividad.

Me parece interesante, antes de pasar adelante en el examen de la situación actual, analizar con cierto detenimiento EL CONCEPTO DE CORRESPECTIVIDAD Y SU APLICACIÓN A DETERMINADOS TESTAMENTOS FRECUENTES EN EL ÁMBITO DEL CÓDIGO CIVIL.

La correspectividad ha tomado carta de naturaleza como concepto de

relevancia jurídica en el Derecho aragonés. Sin embargo, incluso en el mismo es un concepto relativamente reciente. Es admitida en el proyecto de 1904, siguiendo el ejemplo del Código civil alemán, pero con notas peculiares que lo diferencian de aquel. Así, por ejemplo, no admite, en determinados supuestos la discriminación de si las disposiciones son o no correspectivas (cuando lleva la palabra uno y el otro se limita a aceptar o consentir y en el caso de muerte de un cónyuge, al hacer precisa la renuncia en los bienes del otro).

En la evolución jurídica del Derecho aragonés se pasa de la no correspectividad al criterio totalmente opuesto de su presunción *iuris et de iure*.

El concepto de correspectividad se viene ligando tradicionalmente al de reciprocidad. Existe correspectividad cuando la disposición de un cónyuge no se hubiera dado sin la disposición del otro. Es tanto como una recíproca causalización en la distinta voluntad de los testadores que convergen en el acto unitario.

En un sentido técnico un testamento mancomunado es correspectivo cuando la eficacia de las disposiciones de un testador debe depender de la eficacia de las disposiciones del otro.

La correspectividad no es un concepto definitivo, con un contenido único e inmutable. Existen distintos grados y modalidades del mismo. La correspectividad puede ser bilateral y unilateral según que exista o no reciprocidad en la dependencia de la validez de las disposiciones de uno respecto de las del otro.

También puede ser la correspectividad perfecta o imperfecta. Perfecta cuando la eficacia de la propia disposición esté condicionada por la simple subsistencia de la disposición del cotestador; imperfecta cuando sólo en determinados casos particulares de nulidad una disposición dependa de la otra.

Es evidente que, en el sentido tradicional apuntado, tratándose de testamentos unipersonales, no cabe correspectividad, al menos en el ámbito del Código civil, por la misma razón por la que no cabe el testamento mancomunado. El Código civil declara en su artículo 794 nula la disposición testamentaria hecha bajo condición de que el heredero instituido haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona.

Entiendo que el concepto de correspectividad tiene su raíz más profunda no tanto en la idea de reciprocidad, causalidad mutua y condicionada, cuanto en la idea de solidaridad derivada de la entrega mutua, del proyecto común de vida.

Aunque se manifieste esta solidaridad en cláusulas idénticas a las que responderían exclusivamente a la idea de reciprocidad, es lo cierto que

los cónyuges cuando deciden testar conjuntamente no se limitan a hacer una disposición *mortis causa* recíproca, como si de un contrato oneroso se tratara, ni tampoco una disposición con cláusulas causalmente condicionadas unas a otras. Esta puede ser la lectura superficial de lo que se plasma en el instrumento público, pero la realidad de fondo que explica verdaderamente la extendida costumbre de los testamentos correlativos paralelamente idénticos es la que hemos indicado anteriormente y poco o nada tiene que ver con ese tinte oneroso que le da la explicación que tradicionalmente viene haciéndose del fenómeno.

La profunda y verdadera raíz de la corresponsividad, la que describe mejor la realidad que le sirve de causa, es la expresión “solidaridad” como adhesión a la causa u opinión de otro.

En el sentido de causalización recíproca enraizada en la solidaridad derivada del común proyecto de vida, es evidente que la corresponsividad en su modalidad bilateral e imperfecta aflora en prácticamente todos los testamentos a los que aludiremos posteriormente.

Este es un punto fundamental para entender la necesidad de modificar el Código civil en lo referente a la prohibición de testar mancomunadamente.

Me parece interesante a este respecto el criterio que sigue el Código civil alemán para presumir existente la corresponsividad. En el párrafo segundo del parágrafo 2.270 de dicho cuerpo legal se dice que: “en la duda ha de deducirse una tal relación de las disposiciones entre sí, si los cónyuges se designan mutuamente o si es hecha a un cónyuge por el otro una atribución y, para el caso de sobrevivencia al designado, es adoptada una disposición en favor de una persona que es pariente del otro cónyuge o que se relaciona con él de otra manera”.

La presunción de corresponsividad, tal como se delimita en el precepto citado, se da prácticamente en todos los testamentos que ahora nos ocupan y de cuya realidad sociológica trata el siguiente apartado de este estudio. Antes de entrar en el mismo quiero, en primer lugar, agradecer a los compañeros que cito su colaboración y debo, en segundo lugar, pedir disculpas por lo elemental del tratamiento estadístico de la información con la que he contado. Ello me lleva a proponerme el completar este apartado en un futuro, si bien desde la convicción de que aunque mejore el mismo por más exhaustivo en el muestreo, no variará un ápice el mensaje implícito en tal realidad estadística. Por ello me atrevo a presentar los pocos datos de que dispongo, como suficientemente ilustrativos de la realidad que, a través de los mismos, intento poner de manifiesto.

c) La realidad sociológica.

Es muy importante dejar bien sentado que los testamentos a los que se refieren las estadísticas que después veremos son verdaderamente corresponsivos, en el sentido más profundo del término. Ello significa que el Código civil ha quedado desfasado en este punto y está, con su actual regulación prohibitiva y restrictiva de la disponibilidad *mortis causa* cercenando injustamente las legítimas libertades de quienes quieren testar conjuntamente “del uno para el otro y de los dos para los hijos”, y lo manifiestan de modo evidente para quien quiera entenderlo, a través de fórmulas que suponen agotar las posibilidades que el Derecho vigente ofrece como aproximación al testamento mancomunado entre cónyuges. En este aspecto el sentir unánime de colegas, que han ejercido y ejercen en territorios de Derecho común, con los que he comentado el tema, no deja lugar a dudas. Pero para que lo que digo no quede en simple aserto teórico responderé a través del testimonio de mis colegas a estas preguntas: ¿El fenómeno que se describe es algo ocasional, frecuente o generalizado? ¿De todos los testamentos otorgados por cónyuges cuántos responden a este planteamiento?

La respuesta debemos buscarla en los profesionales que autorizan la casi totalidad de los testamentos en España: los notarios. Cada uno de nosotros tiene un bagaje de experiencia, variable cuantitativamente según el número de años de servicio y el tipo de destinos en los que ha ejercido, que a medida que pasan los años de ejercicio profesional, nos da autoridad para hablar del tema con un extenso conocimiento de causa. Me he tomado la molestia de, valga la redundancia, molestar a mi vez a varios compañeros ejercientes en lugares bien distantes y dispersos, importunándoles con preguntas relativas a la cuestión que me preocupaba y que ya está suficientemente explicada. La respuesta de TODOS los compañeros consultados se puede considerar unánime en cuanto a la generalización del fenómeno descrito. Esto se traduce en cifras y estadísticas que, debido a lo informal de la consulta, no se ajustan todas ellas al mismo esquema de respuesta pero, por ello mismo, resultan más expresivas de la espontaneidad y ausencia de manipulación en las respuestas. Voy, a continuación, a relacionar TODAS las respuestas que he recibido, de modo que nadie que lea estas líneas quede con la duda de si en ellas se refleja únicamente una parte de la realidad, la más acorde con la “tesis” que se pretende defender.

Don JOSÉ LUIS LORENZO AREÁN, notario de Villagarcía de Arosa (Pontevedra), manifiesta que en 1989, de 184 testamentos autorizados, 102 corresponden a personas que comparecieron el mismo día con su cónyuge. El 98% de estos testamentos tiene el mismo contenido para ambos cónyuges que veremos.

Don LUIS M. GÓMEZ VARELA, notario de Caldas de Reyes (Pontevedra), manifiesta que en 1989, de un total de 542 testamentos autorizados, 358 corresponden a testamentos otorgados por cónyuges con un contenido similar todos ellos.

El contenido de estos testamentos en los dos casos que preceden, es el de un legado al cónyuge del usufructo universal de la herencia, y la institución de herederos en favor de los hijos con la advertencia de que, si alguno impugnara el testamento, vería reducido su derecho hereditario a la legítima estricta.

Don FELIPE POU AMPUERO, notario de Zumárraga (Guipúzcoa), manifiesta que en 1986, de un total de 418 testamentos autorizados, 362 corresponden a matrimonios, un 86% del total, con el contenido idéntico en el 99% de los casos. Este contenido es el antes indicado de la cautela *soccini*.

Don ENRIQUE ARANA CAÑEDO-ARGÜELLES, notario de Vitoria, manifiesta que, en 1989, de 470 testamentos autorizados en total, 388 corresponden a números correlativos, de dos en dos, otorgados por cónyuges, de contenido idéntico en la práctica totalidad de los casos y que pasa por la atribución al cónyuge del usufructo universal y la institución de herederos en el remanente en favor de los hijos. Para el año 1990, las cifras son las siguientes: de 400 testamentos autorizados, 322 corresponden a números correlativos, de dos en dos, otorgados por cónyuges, de contenido idéntico.

Doña ANA JAURRIETA ALEGRÍA, notario de Azpeitia (Guipúzcoa), para el año 1991, de un total de 332 testamentos autorizados, 232 son otorgados por cónyuges con números correlativos de protocolo. En cuanto al contenido, siempre paralelamente idéntico entre sí, pero cambiante de unos a otros matrimonios: 176 (88 matrimonios) en los que se lega al cónyuge el tercio de libre disposición y la cuota viudal; 42 (21 matrimonios) que legan al cónyuge el usufructo universal de la herencia; 12 (6 matrimonios) en los que, para el caso de que tuvieran hijos del matrimonio, legan al cónyuge el tercio libre sin perjuicio de la cuota viudal y, por último, 2 (un matrimonio) en el que se deja a la elección del cónyuge, o bien el legado del tercio y la cuota viudal, o bien, el usufructo universal de la herencia. En síntesis, variantes sobre la misma idea de atribución de los máximos derechos al cónyuge.

Don DIEGO MARÍA GRANADOS ASENSIO, notario de San Sebastián, con referencia al año 1991, manifiesta que ha autorizado un total de 383 testamentos, de los que 278 corresponden a las características de ser otorgados por cónyuges, con números correlativos de protocolo, y contenido paralelamente idéntico con la cautela *soccini* como protección a la atribución del usufructo universal al cónyuge.

En Terrassa (Barcelona) en la notaría de Don RICARDO LOSA ORTIZ DE ARRI, de un total de 225 testamentos autorizados en 1986, 212 corresponden al planteamiento que venimos refiriendo. De los trece testamentos restantes nueve son de solteros y cuatro son de cónyuges pero que no se instituyen herederos recíprocamente.

De mi protocolo en Terrassa el mismo año 1986, de un total de 258 testamentos autorizados, 150 responden al planteamiento indicado.

En estos testamentos se cumple el mismo principio de máxima atribución al cónyuge, con una simple pero reveladora diferencia cuantitativa. Al ser la legítima catalana de solamente una cuarta parte de la herencia y de posible atribución en metálico, la institución en favor del cónyuge resulta de mayor contenido patrimonial, esto es, se expande el llamamiento en favor del supérstite hasta el límite normativo impuesto por el sistema de legítimas.

En Castilla, Don JOSÉ MARÍA GÓMEZ-OLIVEROS SÁNCHEZ DE RIVERA, notario de Burgos, con referencia al año 1991, nos dice que 104 testamentos corresponden al esquema indicado lo que supone un 65,82% del total de los otorgados.

Don JULIÁN SASTRE MARTÍN, notario de Burgos, con referencia al año 1991, nos dice que 292 testamentos corresponden al esquema indicado, lo que supone el 74,68% del total de los otorgados.

Don MANUEL HURLE GONZÁLEZ, notario de Burgos, con referencia al año 1991, manifiesta que se han otorgado en su notaría un total de 276 testamentos, de los que 212 tienen números correlativos de protocolo, de dos en dos, de los que el 96% son otorgados por cónyuges y, dentro de éstos, el 98% contienen una cláusula de atribución al cónyuge del usufructo universal de la herencia. En un 20% de los casos se añade una condición resolutoria a la atribución al cónyuge consistente en que éste contraiga nuevas nupcias, en cuyo caso la atribución quedaría limitada a la cuota legal usufructuaria.

Don FRANCISCO FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, notario de Valladolid, con referencia al año 1991, manifiesta que en su notaría se otorgaron 194 testamentos. Del conjunto de otorgantes 37 no estaban casados. De los 157 otorgantes casados sólo uno de ellos hizo el testamento solo. Los 156 restantes lo hicieron conjuntamente con sus cónyuges. De los testamentos hechos por ambos cónyuges, 146 se otorgaron conforme al esquema de atribución al sobreviviente del usufructo universal con cautela *soccini*. De los 10 restantes, en dos casos uno de los cónyuges estaba casado en segundas nupcias y atribuía a los hijos del primer matrimonio algo que, en realidad, ya les pertenecía por herencia del cónyuge premuerto, aunque en la apariencia jurídica no fuera así.

Especialmente reveladora resulta la estadística y su análisis que relata don ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO, notario de Madrid. Con referencia al año 1989, manifiesta que de un total de 185 testamentos otorgados, 118 son de números correlativos y con la cláusula más favorable en favor del consorte. Este grupo de testadores, dice el notario, piden del uno para el otro y después de explicarles que eso, literalmente, no es posible, se les ofrece lo que el notario cree más aproximado.

Hay 4 testamentos con la misma intención del uno para el otro pero con mejora a favor de algún descendiente.

Hay 8 testamentos más puros de uno para otro en los que esto era posible por no existir descendientes. (Nótese que, en estos casos en que no hay limitación legitimaria, se produce la institución hereditaria recíproca entre los cónyuges).

Hay 2 testamentos en los que se deja a salvo además la legítima de los padres.

En total son 132 testamentos que responden al esquema indicado, del total de 185.

¿Qué ocurre con los 53 testamentos restantes? Es muy interesante la relación que, de los mismos, nos da el mencionado notario:

De ellos, 17 son testamentos de solteros.

20 son testamentos de viudos.

9 son testamentos de separados o divorciados.

2 son testamentos de solteros que se instituyen recíprocamente herederos en documentos correlativos.

Quedan, por tanto, solamente 5 testamentos de personas que, casadas, no responden al esquema que estudiamos. De ellas, dos son un matrimonio en que uno de los cónyuges está casado en segundas nupcias con hijos del anterior matrimonio y sin descendencia en el actual. El que tiene hijos testa en favor del cónyuge y de los hijos. El que no los tiene, en favor del cónyuge y de los hermanos. Por tanto, también se cumple respecto del mismo, la tesis enunciada.

Los otros tres son de un cónyuge que deja la legítima al cónyuge y herederos a los hijos. Estas son verdaderamente las únicas excepciones a esa forma de proceder generalizada. Excepciones que confirmarían la norma fuesen debidas a la causa que se quiera. Pero, incluso respecto de éstas, el notario informante, nos aclara que este tipo de casos suelen responder normalmente a separados de hecho en los que se deja a salvo la legítima que, en su caso, pueda corresponder al cónyuge, legítima que es discutible en esa situación, sin perjuicio de que puedan fallecer una vez obtenida la separación judicial o el divorcio.

Igualmente significativo es el testimonio del notario de Huelva Don TOMÁS MARCO HUALDE, el cual manifiesta: "En esta provincia de HUEL-

VA, que conozco bien, y me atrevería a decir que en toda Andalucía, porque a lo largo de tantos años de estar aquí he manejado testamentos de muchas provincias, se puede decir, sin temor a errar mucho, que el noventa por ciento de los testamentos se hacen, como si dijéramos, por partida doble, es decir, acudiendo a hacerlo el mismo día marido y mujer. El otro diez por ciento se lo pueden repartir entre cónyuges viudos, hermanos, etc.

Y dentro del primer caso, el de hacerlo marido y mujer, otra vez el noventa por ciento de los casos, se hacen, como llaman ellos, «del uno para el otro, y después para los hijos a partes iguales». Yo me encargo de decirles a todos que lo que realmente se dejan el uno al otro es el usufructo universal, pero no sé si todos lo entienden. Cuando no lo hacen así es porque hay algún disminuido físico o mental entre los hijos, porque con antelación han dado dinero a uno de los hijos para comprarse un piso, o alguna razón similar. Pero estos casos son eso, la excepción a la regla generalizada.”

Hasta aquí el muestreo entre notarios que ejercen actualmente y nos trasladan, además de la estadística actual, su opinión basada en la experiencia de su ejercicio profesional en anteriores destinos. Pero, ¿es éste un fenómeno nuevo? Este mismo tipo de cuestionario, aunque desde una perspectiva parcialmente diferente, lo encontramos en un artículo que no me resisto a recensionar porque entiendo que puede ayudar a entender y corroborar todo lo que queda ya dicho.

En los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, año 1953, aparece un artículo de VALLET DE GOYTISOLO titulado: “Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja” que arroja bastante luz sobre el tema que nos ocupa. El contenido de este artículo se centra en los resultados de una encuesta, promovida por la Sección jurídica del Instituto de Estudios Riojanos, entre catorce notarios de La Rioja. La primera de las preguntas de la encuesta tiene este enunciado: “¿Cuál suele ser, normalmente, en La Rioja, el deseo o voluntad de los testadores en relación a los derechos viduales de su consorte?”.

El resumen que el autor hace de las contestaciones recibidas es que ese deseo oscila entre dejar al cónyuge viudo el usufructo universal e instituirle en el pleno dominio de todos los bienes del causante. Y continúa diciendo: “En los matrimonios bien avenidos, suelen ir juntos marido y mujer a la Notaría. A testar «del uno para el otro» y a dejarse «cuanto la ley permita»”. Esto se traduce en una serie de advertencias por parte del notario sobre el sistema de legítimas vigente y sobre las posibilidades de dejar al cónyuge el usufructo universal o bien instituirle heredero en el tercio libre. En este sentido, la referencia del entonces notario de Cenicero don ALFONSO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ es la siguiente: “El

deseo normal de los testadores es conceder a su cónyuge la totalidad de sus bienes en pleno dominio. Al conocer los límites legales, reducen su pretensión, en el sentido de dejarle «lo que más permita la ley». Lo que se traduce en un legado en pleno dominio, del tercio libre. Solamente cuando el matrimonio no tiene descendencia se altera esa norma indicada, en el sentido de concederse mutuamente el usufructo universal, disponiendo de la nuda propiedad para los parientes de las ramas respectivas.” En análogo sentido se manifiestan TOMÁS DACAL, notario de Alfaro, VEREMUNDO BELLOD, notario de Laguardia, FRANCISCO CAJA, notario de Arnedo, JOSÉ GONZÁLEZ DEL CASTILLO, notario de Logroño. EMILIANO SANTAREN Y DEL CAMPO insiste en la misma idea diciendo que los cónyuges suelen expresar su voluntad testamentaria con la frase: “queremos que sea del uno para el otro y luego para los hijos”. El notario de Cervera de Río Alhama, don IGNACIO DE PRADA, aprecia una voluntad común de los testadores en “dejar a su consorte todos los bienes para que pueda disponer de ellos si lo necesitare para vivir, y para que, una vez fallecido, pasen a los hijos comunes”.

Como conclusión, el autor mencionado entiende que “El carácter y la psicología de cada pueblo se refleja en casi todos sus actos. Es lógico, pues, que se manifiesten ostensiblemente en acción tan trascendental e íntima como la de disponer del destino del hogar y bienes para después de la muerte. En la disposición del poder doméstico y del patrimonio. El carácter riojano retrata aquí su peculiar generosidad y su visión de la vida práctica y sencilla. Siempre enemiga de todo rodeo.

El riojano sabe que «una madre puede alimentar a diez hijos, pero diez hijos no pueden, a veces, alimentar a una madre». Por eso, ante los obstáculos legales que entorpecen sus deseos concretos, prefieren dejar a su consorte las máximas facultades, colocándole en las manos, como vulgarmente se dice, «la sartén por el mango».

Aunque la perspectiva es el tratamiento del cónyuge viudo y no el testamento mancomunado, sin embargo, de la identidad del planteamiento descrito por los notarios de hace cuarenta años respecto del sentir mayoritario de los testadores, puede deducirse que estamos ante un fenómeno generalizado no sólo en el espacio sino posiblemente también en el tiempo.

La misma experiencia que en La Rioja se producía en el año 1953, se reproduce en el resto de las regiones españolas casi cuarenta años después, incluso acentuada por la evolución social antes apuntada que lleva cada vez más a una consideración más intensa de la llamada “familia nuclear”. En este período de tiempo, se ha rebajado la mayoría de edad a los dieciocho años, se han reformado la adopción y la tutela, ha aumentado el nivel de los estudios obligatorios, etc.

En consecuencia, entiendo que no estamos sólo ni fundamentalmente ante un fenómeno regional, sin negar el que en cada región puede presentarse con facetas adecuadas a la particular idiosincrasia, sino más bien ante un fenómeno que tiene más que ver con la base psicológica de la persona como protagonista de la institución matrimonial, fenómeno que se presenta con perfiles cada vez más parecidos porque cada vez es mayor el conjunto de factores de homogeneización de las características diferenciadoras de una región respecto de otra. Me refiero a la mayor facilidad y frecuencia de las comunicaciones, a la decisiva influencia de la televisión.

El sorprendente parecido de la experiencia profesional de notarios de hace cuarenta años en La Rioja, con la actual de notarios de distintas regiones españolas, me lleva a pensar que está en marcha el proceso apuntado por ARECHEDERRA (19) de recíproco trasvase entre Derecho castellano y Derechos forales. Lo que ocurre es que, en esta concreta cuestión, son los Derechos forales aragonés y navarro, los que disponen de la normativa más adecuada para regular la disposición *mortis causa* entre cónyuges.

IV. Conclusiones

De todo lo que antecede entiendo que puede deducirse con todo rigor que, si la legislación lo permitiera, esos matrimonios testadores que hemos visto acuden juntos a otorgar testamento y lo hacen como una única manifestación de última voluntad, otorgarían testamento mancomunado. Así lo corroboramos todos los profesionales que hemos ejercido en regiones en que está prohibido su otorgamiento.

Los inconvenientes de esta forma de testar en documentos correlativos con atribución recíproca del usufructo universal de los bienes del premuerto mediante la cautela *soccini*, u otra fórmula similar, resultan evidentes respecto del testamento de hermandad. En primer lugar, en cuanto a la forma propiamente dicha, a los cónyuges les resulta extraño y absurdo el no poder testar en el mismo instrumento. En segundo lugar, en el caso de disposiciones correspectivas de hecho pero contenidas en testamentos diferentes y formalmente independientes, no cabe proteger a cada uno de los testadores de una revocación “traicionera” del otro. Igualmente quedan huérfanos de regulación los supuestos de enajenación de bienes de los testadores que otorgan testamento con disposiciones

(19) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, año 1953: artículo de VALLET DE GOYTISOLO titulado: “Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja”.

correspectivas, las cuales son frecuentísimas por otra parte. En definitiva, tenemos del testamento mancomunado todos los problemas y sin ninguno de los remedios normativos que los resuelven satisfactoriamente allí donde la institución ha accedido al Derecho Positivo.

Es hora ya de plantearse la reforma del Código civil en esta materia, superar la napoleónica y trasnochada prohibición del testamento mancomunado e “importar” de las regiones forales una figura de la que resulta imposible negar, después de lo que queda dicho y probado, su increíble arraigo popular.

**TUTELA
AUTOTUTELA
PROTECCIÓN DE MENORES**

V. JOSÉ CASTILLO TAMARIT
Notario

(a mi hijo)

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** TUTELA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. **A.** Autotutela. **B.** Nombramiento de tutor. **C.** Modos de designación de tutor. **D.** Ámbito de actuación del tutor. **1.** *Órganos de control de la tutela.* **2.** *Disposiciones sobre los bienes del tutelado.* **a.** *Ampliación de los actos que requieren control.* **b.** *Eliminación de cualquier sistema de control.*

I. Introducción

Para toda persona relacionada con el derecho, y deseosa de estar al día, es una tortura enfrentarse a la técnica del legislador: disposiciones que entran en vigor el mismo día de su publicación en el BOE; leyes que a través de disposiciones finales modifican artículos, párrafos, etc., de otros cuerpos legales, sin que tales leyes tengan nada que ver con las normas modificadas; normas que en función de las sucesivas reformas, contrarreformas, retoques, añadidos, contraañadidos, uno ya no sabe si están en vigor o no; preceptos cuya interpretación se vuelve una tarea casi imposible; ruptura de la coherencia y armonía del ordenamiento jurídico, que dificultan una interpretación coherente de los preceptos legales, y, en suma, un sinfín de despropósitos más.

Por otra parte, en los últimos tiempos se ha iniciado una desaforada carrera legislativa, tendente a la protección de los menores, así como a la regulación de sus derechos (1); y ello en el ámbito civil, descuidando, a nuestro juicio, el ámbito penal de tal protección.

En este sentido, y por lo que aquí interesa, hay que señalar la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor y (¡Cómo no!) de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, en este trabajo intentaremos analizar algunas cuestiones que plantea la institución tutelar, y las modificaciones introducidas en la figura por la ley últimamente citada (2).

II. Tutela y autonomía de la voluntad

Sabido es que la Ley de 24 de octubre de 1983 introdujo una reforma radical en la institución tutelar, pasando de una tutela de familia a una tutela de autoridad, en la que se atribuyen al juez funciones decisivas en su regulación.

Ahora bien, ¿significa esto que no cabe que el principio de la autonomía de la voluntad juegue un papel en la regulación tutelar?, o, dicho de otro modo, ¿hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en esta materia?

(1) Prácticamente todas las Comunidades Autónomas han promulgado leyes al respecto, así, Andalucía (Ley de 20 de abril de 1998); Cataluña (Ley de 27 de julio de 1995), Baleares (Ley de 21 de marzo de 1995), Asturias (Ley de 27 de enero de 1995), Valencia (Ley de 5 de diciembre de 1994), Extremadura (Ley de 10 de noviembre de 1994).

(2) Cuando se crea necesario se hará referencia a la regulación de la tutela en las Comunidades Autónomas, fundamentalmente en Cataluña.

Procedamos a solucionar –sin ánimo exhaustivo– el interrogante; analizando distintos supuestos.

A. Autotutela.

Entendemos por autotutela la autorregulación normativa de la institución tutelar, en previsión de la propia incapacitación.

La figura carece de regulación específica en el Código civil, siendo Cataluña quien la ha regulado recogiendo de esta forma la realidad social, y el propio fundamento de la figura (3).

Ahora bien, ¿la no regulación supone la interdicción en el derecho común de la autotutela?

A nuestro juicio, dentro de la autotutela, se engloban dos supuestos diferentes, que no son excluyentes entre sí.

En efecto, la primera hipótesis se daría cuando una persona, en previsión de su posible incapacitación, prohíbe que una o más personas sean sus tutores.

La segunda hipótesis se produciría cuando una persona, para el caso de su incapacitación, designa a quien será su tutor (4).

Pues bien, como dijimos, ninguno de ambos supuestos está regulado en el Código civil, empero, a nuestro juicio, ello no implica prohibición de la figura, y ello en base a las siguientes consideraciones:

- a. La autotutela supone un negocio jurídico unilateral de carácter familiar y, también, con un posible contenido patrimonial. Como tal negocio jurídico le es de aplicación el artículo 1.255 del Código civil, y por ende el principio de autonomía de la voluntad; sin que exista norma prohibitiva, o imperativa, sobre la figura.
- b. El artículo 245 del Código civil establece que: *“tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre (...)”*.

Pues bien, si la ley permite que los padres excluyan de la tutela de sus hijos –y no olvidemos que los padres son los representantes legales de ellos– a determinadas personas, entendemos que

(3) En efecto, la Ley de 29 de julio de 1996, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de modificación de la Ley de 30 de diciembre de 1991, de la tutela e instituciones tutelares, estableció en su artículo 5 que *“Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley (...)”*.

(4) Ambas hipótesis pueden confluir en un mismo negocio jurídico de autotutela. En efecto, una persona puede designar a su tutor, y previendo la posibilidad de que el juez designe a otra, prohíbe, en todo caso, que determinadas personas sean sus tutores.

existe identidad de razón, ex artículo 4, 1.º del Código civil, para aplicar la analogía.

- c. La misma identidad de razón apreciamos al supuesto de designación de propio tutor, en base a los artículos 223, 224 y 226 del Código civil.
- d. La propia finalidad y fundamento de la autotutela justifica su admisibilidad.

En efecto, el fundamento de que la ley conceda a los padres la posibilidad de nombrar tutor a sus hijos, o de prohibir que determinadas personas sean tutores de ellos, se encuentra en la idea de protección y beneficio de los menores o incapacitados; pues, en principio, nadie mejor que los padres para discernir quiénes son los más idóneos para ocupar cargos tutelares, o quiénes son los menos idóneos.

Y este mismo fundamento, *mutatis mutandi*, lo encontramos en la autotutela; nadie mejor que uno mismo para apreciar quién cuidará de él, caso de incapacitación; o quién no está en condiciones de ser su tutor.

Admitida la autotutela, ¿puede el juez ignorarla? Es decir, ¿puede el juez prescindir del designado tutor, nombrando a otro; o puede nombrar tutor a quien prohibió el incapacitado? (5).

A primera vista, admitir que el juez pueda ignorar o contradecir las disposiciones de la autotutela, supone una intromisión y atentado contra la esfera personalísima de la persona, y, por ende, el no reconocimiento de los derechos personalísimos.

Empero, de *lege data*, y teniendo en cuenta el sistema de tutela de autoridad o judicial que impregna nuestro Código civil, y a la luz del artículo 223 y concordantes del Código civil, tenemos que concluir que el juez, en beneficio del incapacitado, y mediante decisión motivada, puede nombrar a otro tutor, prescindiendo del designado por el incapaz (*vide*, arts. 224, 225, 235 y 245 del Código civil).

Ello no supone reconocer facultades omnímodas al juez, pues toda decisión judicial al respecto debe venir marcada por el beneficio y protección del incapaz, y a la vez ser motivada.

Esto no obstante, y de *lege ferenda*, a nuestro juicio, si bien es admisible que el juez pueda prescindir del tutor designado por el

(5) En Cataluña se prevé que el nombramiento de tutor pueda ser impugnado sólo si se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta al efectuarse la designación. Pero no establece ninguna posibilidad de ignorar la prohibición de que alguien sea tutor (*vide* art. 5,1 de la Ley de 29 de julio de 1996).

incapaz, pues cabe que se produzcan circunstancias sobrevenidas en las condiciones y aptitudes del designado; no resulta admisible que el juez pueda nombrar tutor a quien el incapaz prohibió ocupar tal cargo. Aunque claro, en este último caso, se podría argüir que dado que toda decisión judicial tiene que ser motivada, y estar dirigida en beneficio del incapaz, difícilmente el juez podría encontrar motivos razonables y motivados, que justificasen que nombrase tutor a quien el incapaz excluyó.

B. Nombramiento de tutor.

El artículo 223 del Código civil señala que: *“los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor (...)”*. Pero el artículo 234 del Código civil preceptúa que: *“Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 2. A los padres. 3. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad (...)”*.

Y, para terminar de rematar la faena, el artículo 224 del Código civil indica que: *“las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela (...)”*. Es decir, que si los padres han designado tutor, tal nombramiento vincula al juez, con la salvedad que señala el citado precepto.

Pues bien, en principio parece que existe colisión entre los mencionados preceptos. En efecto, si el nombramiento de tutor efectuado por los padres vincula al juez, ¿cómo es que el artículo 234 relega a un tercer lugar tal nombramiento, a la hora de establecer la preferencia en la designación de tutor?

Veamos las, a nuestro juicio, posibles soluciones para resolver esta aparente contradicción:

- a. La primera consistiría en entender que dado que el artículo 234, *in fine*, del Código civil, señala que el juez podrá alterar el orden del párrafo anterior, cuando exista nombramiento de tutor por los padres; tal designación pasaría a ocupar la primera preferencia. Solución que nos resulta artificiosa y forzosa, dado que tal alteración en las preferencias es, como indica el precepto, *excepcional*, y además no es imperativa para el juez, sino facultativa.
- b. La segunda sería entender que los artículos 223 y 234 tienen su propio ámbito de aplicación. El 223 está incluido en el capítulo segundo, sección primera, que trata de la tutela en general, por contra, el artículo 234 está incluido en la sección segunda, que trata específicamente el tema del nombramiento de tutor.

De ello se podría concluir que cuando el artículo 224 dice que las disposiciones de los padres *vinculan* al juez, ello sólo se predicaría respecto a la organización o ejercicio de la tutela, pero no respecto al tema concreto de nombramiento de tutor, sobre el que el juez sólo estaría vinculado por el artículo 234 (6).

- c. La última posición, que es la que voy a sostener aquí, por lo que abandono la anterior solución, es entender que no hay conflicto entre ambos preceptos.

Procedamos a analizar el artículo 234 del Código civil, en lo que aquí nos interesa.

La primera preferencia para el nombramiento de tutor es para: "*El cónyuge que conviva con el tutelado*".

Esto es, nos encontramos con una persona casada –menor o mayor de edad– que es declarado incapaz; en cuyo caso la tutela se defiende al cónyuge, y ello a pesar de que los padres hayan designado otro tutor. Lo que es de una lógica aplastante:

- c.1. En primer lugar, recordemos que el matrimonio produce la emancipación, ex artículo 314 del Código civil. Y que la patria potestad termina por la emancipación, ex artículo 169, 2.º del Código civil.

Por su parte, el artículo 171, 2, 4.º del Código civil señala que: "*la patria potestad prorrogada terminará: (...) 4.º Por matrimonio del incapacitado*".

De todo ello se deduce que cuando una persona contrae matrimonio, las funciones de los padres respecto a la persona y bienes de sus hijos cesan, para traspasarse a su cónyuge. Por ello, ante la incapacitación del casado, las funciones tutelares las atribuye el Código civil al cónyuge, y no a cualquiera, sino al que: "*conviva con el tutelado*" (ex art. 234, 1.º del Código civil); lo que presupone una situación matrimonial estable (7).

- c.2. Lo anterior lo corrobora el propio legislador, para otras cuestiones; así, por ejemplo, el artículo 323 del Código civil establece que para que el casado menor de edad puede enajenar o gravar bienes inmuebles, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos. Esto es, desplaza a los padres en favor del cónyuge (8).

(6) Posición por mí mantenida, *vide*, BCG número 44.

(7) *¿Quid iuris* si se produjese la separación o divorcio? ¿Se rehabilitaría la patria potestad, o se produciría nuevo nombramiento de tutor?

(8) En todo caso, si por las razones que fueran los padres recelaran del cónyuge de su hijo, siempre les quedaría la posibilidad de acudir al artículo 227 del Código civil, a cuyo tenor:

La segunda preferencia para el nombramiento de tutor es en favor de los padres. Y sobre tal preferencia, es obvio que poco hay que discutir, pues es evidente que si los padres viven no pueden entrar en juego las personas designadas por éstos, para ejercitar el cargo de tutor, y ello por lógica del sistema (9).

Por todo lo expuesto, debemos concluir que no hay conflicto o contradicción entre los artículos 223, 224 y 234 del Código civil.

C. Modos de designación de tutor.

El Código civil permite que los padres designen tutor a través de un testamento o documento público notarial (*vide* art. 223 del Código civil).

¿Existen diferencias de trato jurídico entre ambos medios de nombramiento de tutor? *Prima facie*, se podría pensar que la diversidad de medios no debe implicar diversidad en las consecuencias jurídicas. Empero, interpretando literalmente las normas parece deducirse que el testamento es considerado por el legislador como medio de regulación tutelar más eficaz y amplio en su contenido y efectos que el documento notarial.

Esto es, si bien los artículos 225, 226, 236,4.º y 245 del Código civil aluden tanto al testamento como al documento notarial, existen otros preceptos que sólo se refieren al testamento, y así nos encontramos:

1. El artículo 234,3.º del Código civil, que regula las preferencias para el nombramiento de tutor, sólo se refiere a los designados por los padres en testamento.
2. El principio general cuando los padres designen a varias personas como tutores, es que éstos ejercerán la tutela conjuntamente, ex artículo 236,4.º del Código civil. Pues bien, tal principio se exceptiona si el testador lo hubiere así dispuesto de modo expreso, ex artículo 237,1.º del Código civil, con lo que parece concluirse que no cabe tal excepción cuando se produce por vía de documento notarial.
3. La inaplicabilidad de determinadas causas de inhabilidad para ser tutor, sólo se predica respecto al tutor testamentario, ex artículo 246 del Código civil.

“El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla”.

(9) Es evidente que los padres no deben estar privados de la patria potestad, en cuyo supuesto, además, sería de aplicación el artículo 226 del Código civil, con lo que tampoco entraría en juego la tercera preferencia del artículo 234 del Código civil.

Por otra parte, existiendo padres, lo normal será no la constitución de tutela, sino la rehabilitación de la patria potestad (*vide* art. 171 del Código civil).

4. Si los padres al designar tutor, y en consideración a tal nombramiento, le hubieran dejado algo, y el tutor se excusa de la tutela, pierde lo a él dejado; pero lo pierde el tutor testamentario, y no el tutor nombrado en documento notarial, ex artículo 257 del Código civil.
5. La posibilidad de que los padres establezcan que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de alimentos, sólo se prevé para el tutor testamentario, ex artículo 275 del Código civil.

Pues bien, ante lo expuesto, dos soluciones se ofrecen al intérprete:

- A. La primera es acogerse a una interpretación literal de las normas, lo que implicaría concluir que en el caso de designación de tutor por medio de documento notarial, distinto del testamento, no serían de aplicación los efectos, consecuencias y posibilidades que los preceptos antes analizados conceden a la designación testamentaria de tutor.

Solución que, además de la literalidad de las normas, podría basarse en las siguientes consideraciones:

1. Las normas deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras; por lo que si la ley habla sólo de testamento, debe quedar excluido otro documento notarial.
2. Si el legislador hubiera querido dar el mismo trato jurídico a la designación vía testamento y a la designación por otro documento notarial, no se hubiera molestado en especificar que los supuestos previstos en los artículos 234,3.º, 237,1.º, 246, 257 y 275 del Código civil, se aplican sólo al tutor testamentario.
3. Si unos preceptos aluden al tutor testamentario y a su vez al designado por otro documento notarial, y otros se refieren sólo al tutor designado en testamento, es porque la ley quiere que haya diferencia de consecuencias jurídicas.
4. Existen otras figuras cuyas consecuencias jurídicas son distintas según se hagan por testamento o por otro documento notarial.

Así, nos encontramos con el artículo 124 del Código civil, el cual tras sancionar que la eficacia del reconocimiento de un menor o incapacitado requiere el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial, excluye de tal consentimiento o aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en *testamento*.

B. La segunda consistiría en entender que las mismas consecuencias jurídicas debe producir la designación de tutor testamentario y la efectuada por otro documento notarial. Y ello por las siguientes razones:

1. Si según el artículo 3 del Código civil, las normas deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto, los antecedentes legislativos, y la realidad social del tiempo en que deben aplicarse, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, habrá que concluir que no se aprecia ninguna razón que impida regular por documento notarial lo que se puede hacer por testamento, y ello en relación con el contenido propio de las cuestiones que aquí estamos tratando.

Esto es, si los padres pueden, por medio de testamento, establecer una tutela solidaria, o establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de alimentos; si al tutor testamentario le son inaplicables determinadas causas de inhabilitad, o si éste, caso de excusa, pierde lo a él dejado por los padres, ¿qué razón justifica una diferencia de trato jurídico respecto al tutor designado en otro documento notarial? (10).

2. Se podría pensar que el legislador al reformar las normas sobre la tutela se ha dejado arrastrar por el derecho anterior, en el cual sólo cabía designación testamentaria de tutor. En este sentido, recordemos que el artículo 204 del Código civil señalaba que: “la tutela se defiende: 1.º Por testamento (...)”.
3. El artículo 223 al disponer que los padres pueden nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, etc., se refiere tanto al testamento como a otro documento notarial.
4. Si nos acogiéramos a la interpretación literal, y excluyéramos al documento notarial, el resultando conduciría al vacío.

En efecto, observemos que el artículo 234 del Código civil sólo atribuye preferencia al tutor testamentario; entonces, ¿qué hacemos con el tutor designado en documento notarial?

Pues sencillamente que no existiría; esto es, que no entra en ninguna de las preferencias del artículo 234, lo que no encaja ni en el artículo 223, ni en la finalidad del 234, vista anteriormente (11).

(10) Yo tengo que confesar que por mucho que he cavilado, no la he encontrado.

(11) Claro que puestos a rizar el rizo se podría decir que el tutor designado en documento notarial, y puesto que según el artículo 224 tal nombramiento vincula al juez, el mismo es preferente a las preferencias del artículo 234; lo que no pasaría de ser un dislate.

Nos limitamos a exponer los argumentos en favor y en contra de cada solución; que cada uno extraiga sus propias conclusiones.

D. Ámbito de actuación del tutor.

Ex lege, viene determinado por los artículos 267 y siguientes del Código civil, habiéndose modificado los artículos 271, 272 y 273, por la Ley de 15 de enero de 1996, sobre Protección Jurídica del Menor.

Las modificaciones introducidas en tales preceptos han sido de escasa relevancia jurídica, aunque suponen un mejoramiento de la técnica jurídica.

Veamos, sumariamente, algunos aspectos de la reforma y de las facultades legales del tutor.

El actual 271, 2.º del Código civil exige autorización judicial para que el tutor pueda celebrar contratos o realizar actos que tengan *carácter dispositivo* y sean susceptibles de inscripción, cuando antes tal autorización se predicaba respecto a todo contrato o acto susceptible de inscripción.

Se comprende fácilmente la bondad de la reforma; en efecto, establecer que todo acto o contrato susceptible de inscripción estaba sujeto a autorización, implicaba necesariamente extender el control judicial a límites insospechados, aparte de que la anterior redacción hacía repetitivo y redundante muchos de los apartados de los artículos 271 y 272 del Código civil.

La reforma también ha modificado el enigmático párrafo 6.º del artículo 272 del Código civil, que establecía: “*Se requiere autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo autorización judicial*”. Y decimos enigmático –por no decir otra cosa– pues ya me dirán cómo se comía el galimatías: Se requería autorización judicial, ¡salvo autorización judicial! Hoy, el salvo autorización judicial ha pasado a la historia.

En tema de partición de herencia y división de cosa común, se ha suprimido la doble intervención judicial, que no hacía otra cosa que entorpecer y dificultar las particiones y divisiones; pues se exigía previa autorización judicial y ulterior aprobación judicial, ahora, y con buen criterio, sólo se requiere la aprobación judicial, ex artículo 272 del Código civil.

El tutor también necesita autorización judicial para: “*aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades*” (ex art. 271,4.º del Código civil). Hagamos algunas precisiones sobre tal disposición:

1. El tutor acepta la herencia a beneficio de inventario: No se requiere autorización judicial.
2. El tutor quiere aceptar de forma pura: Se requiere autorización judicial. Y ¿qué sucede si el juez deniega la autorización?

Creemos que, por analogía, hay que aplicar la solución que proporciona el artículo 166,2.º del Código civil (12), esto es, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

3. El tutor quiere repudiar la herencia o las liberalidades: Se requiere autorización judicial. Y si el juez no la concede, lógicamente debe ser aceptada la herencia (13); y si el tutor quiere aceptarla de forma pura deberá pedir autorización judicial, y si se deniega, pues tendrá que aceptarla a beneficio de inventario.

¿*Quid iuris* respecto a las donaciones? Es indudable que dado que la donación es una liberalidad, debe entenderse incluida en el ámbito del artículo 271,4.º del Código civil.

Ahora bien, si ello se entendiera así, ¿qué es eso de renunciar a una donación? En efecto, recordemos que la donación no produce efectos, ni obliga al donante, sino desde la aceptación, ex artículo 629 del Código civil, y que la aceptación no surte efectos si se hace una vez fallecido el donante, ex artículo 633,2.º del Código civil.

Es decir, que ante una donación el favorecido por ella puede o aceptarla o bien no aceptarla, y esa *no aceptación* no requiere ninguna manifestación al respecto, por lo que no es correcto hablar de *renuncia* a una donación. A este respecto es significativo que el reformado artículo 166 del Código civil, haya suprimido cualquier referencia a la donación, en tema de renunciaciones.

En suma, entendemos que en buena técnica jurídica no debe hablarse de renuncia a donación, por lo que ésta no debe entenderse incluida en el artículo 271,4.º del Código civil (14).

(12) El párrafo segundo de tal precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y ha supuesto una reforma radical. En efecto, antes de la reforma, si el juez denegaba la autorización, la herencia se entendía aceptada de forma automática; precisando que, *en todo caso*, a beneficio de inventario (sobre esta precisión, *vide* nuestro trabajo: "Reflexiones sobre la modificación del Código civil en materia de patria potestad", *RDN*, número 112, 81).

(13) Respecto al legado, debe entenderse aceptado automáticamente.

(14) Claro que, y prescindiendo de la técnica jurídica, podría entenderse que la finalidad del artículo 271, que es la protección y el beneficio del tutelado, obliga a concluir que la donación está incluida en el precepto. No olvidemos que caben casos en los que la no aceptación de una donación a un sujeto a tutela, puede suponer un perjuicio para el tutelado. Si ello es así, lo que el artículo 271 quiere decir es que el tutor debe pedir autorización judicial para no aceptar la donación, y si se deniega, obligatoriamente debe aceptarla.

Realizadas estas consideraciones sobre el ámbito legal de actuación del tutor, pasemos a estudiar si tal ámbito puede modificarse por la voluntad de los padres.

Esto es, acabamos de ver que nuestro Código civil establece una serie de controles, esencialmente judiciales, para determinados actos que pretenda realizar el tutor; y la pregunta es si tales controles pueden ser modificados, y ello en base al artículo 223 del Código civil que nos dice: *“los padres podrán nombrar, en testamento o documento público notarial, tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlo u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados (...)”*.

Por tanto, el precepto, y en lo que aquí nos interesa, distingue dos órdenes diferentes de materias: las referentes a disposiciones sobre los bienes del tutelado y las relativas a órganos de control del tutor. Analicemos las mismas:

1. *Órganos de control de la tutela.*

Como hemos señalado anteriormente, el Código civil admite que los padres establezcan órganos de fiscalización de la tutela y designar a sus integrantes (15). En principio, ello implica que el legislador admite la posibilidad de sustituir el sistema de tutela judicial o de autoridad por el de familia.

Esto es, es factible que las funciones, todas o en parte, que la ley atribuye al juez, sean atribuidas al órgano establecido por los padres, e incluso atribuir al órgano nuevas funciones de vigilancia o control sobre el tutor, no previstas *ex lege* para el juez. Ello lo corrobora el artículo 224 del Código civil cuando señala que: *“las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez (...)”* (16).

Tal conclusión viene además avalada por la propia ratio de la intervención judicial en la tutela, que no es otra que el control de la actuación del tutor, como medida de protección de los intereses personales y patrimoniales del tutelado, y tal finalidad se colma y satisface también cuando tal control se atribuye a un órgano no judicial (17).

(15) A pesar de los términos del artículo 223 del Código civil, entendemos que el órgano puede ser tanto unipersonal como colegiado.

(16) Y ello dejando a salvo que el juez mediante decisión motivada establezca otra cosa.

(17) En Cataluña no parece, en cambio, que sea factible sustituir el control judicial, puesto que el artículo 7.1.º de la Ley de tutela e instituciones tutelares, tras señalar que los padres pueden establecer órganos de control y vigilancia de la tutela, en su párrafo segundo precisa que: *“las funciones conferidas a estos órganos serán complementarias de las que correspondan por ley al juez, sin que, en ningún caso, las puedan sustituir”*.

2. Disposiciones sobre los bienes del tutelado.

El artículo 223 del Código civil faculta a los padres a ordenar cualquier disposición sobre los bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Si ello es así, debemos preguntarnos hasta dónde llega esa facultad de los padres, pues literalmente interpretado el precepto, tal facultad es total u omnimoda. Como se comprende, lo que nos preguntamos es si los padres pueden eliminar, respecto a los bienes del tutelado, todo tipo de control, o bien aumentarlo o restringirlo.

Pasemos a examinar los supuestos que pueden darse.

a. Ampliación por los padres de los actos que requieren control judicial o extrajudicial.

Para nosotros, ninguna duda ofrece el supuesto; tal ampliación supone un reforzamiento del control del tutor, dirigido a una mejor protección de los intereses del tutelado, que no vulnera ninguna norma imperativa, por lo que el principio de autonomía de la voluntad debe funcionar sin restricción.

b. Eliminación de cualquier sistema de control.

El supuesto alude a aquellas disposiciones de los padres por las que se faculta al tutor a realizar por sí solo cualquier acto sobre los bienes del sujeto a tutela, sin ningún tipo de control. ¿Es ello posible?

Interpretado literalmente el artículo 223 del Código civil, la respuesta afirmativa se impone; empero, es obvio que las normas jurídicas no pueden interpretarse con tan sólo el criterio literal, sino además acudiendo a los demás criterios hermenéuticos que señala el artículo 3 del Código civil. Y con tales medios de interpretación, la conclusión que se impone es la imposibilidad de eliminar todo tipo de control a la actuación del tutor.

En efecto, en todas las instituciones jurídicas que demandan un representante legal, ya sea patria potestad, tutela, defensor judicial o ausencia, el legislador establece unos mecanismos de control de la actuación del representante legal; así, y en lo que aquí nos interesa, el artículo 166 del Código civil somete a autorización judicial determinados actos que pretendan efectuar los padres, y que afectan a la esfera patrimonial de los hijos menores de edad; lo mismo predicen los artículos 271 y 272 del Código civil en tema de tutela; y el 185 del Código civil para el representante legal del ausente.

En todos los supuestos, tales mecanismos de control obedecen a la misma finalidad, que no es otra que la protección y defensa de los intereses patrimoniales del sometido a representación legal.

Admitir la posibilidad de que los padres puedan suprimir los mecanismos de control de la actuación del tutor supondría, pura y simplemente, atentar y dejar sin efecto alguno la finalidad antes dicha. Por ello, hay que concluir que las normas que imponen el control a determinados actos que pretenda realizar el tutor, son imperativas; y, por ende, sustraídas al ámbito de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, no obstante todo lo expuesto, no podemos desconocer un argumento, *ex lege*, que puede conducir a admitir que los padres permitan al tutor realizar por sí solo actos relativos a los bienes del tutelado, y ello sin control externo alguno. Y tal argumento se encuentra en el artículo 227 del Código civil que establece: *“El que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tipo”* (18).

En el mismo sentido, el artículo 164,2,1 del Código civil nos dice que: *“Se exceptúan de la administración paterna, los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”* (19).

Excedería del propósito de este trabajo efectuar un análisis de los preceptos transcritos; por lo que debemos limitarnos a su estudio en relación con el tema que nos ocupa.

El Código civil permite a quien disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, establecer un sistema de administración de tales bienes, como a bien tenga, y designar al administrador. En tales casos, los padres o el tutor quedan privados de la administración de los mismos; en cuyo caso, y respecto a tales bienes, los padres o el tutor quedan excluidos de la representación legal de sus hijos o del tutelado (*vide* art. 162 del C.c.), la cual corresponderá al administrador de tales bienes.

Por su parte, el artículo 164,2.º,1 del Código civil nos dice que: *“(…) se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes (...)”*; y el artículo 227, *in fine*, del Código civil señala que: *“(…) las funciones no conferidas al administrador corresponderán al tutor”*.

(18) En análogos términos se pronuncia el artículo 10 de la Ley de la tutela e instituciones tutelares, de Cataluña.

(19) Precepto muy utilizado en caso de separación o divorcio de los progenitores.

Si a ello añadimos que los preceptos que imponen control judicial a determinados actos de disposición de los bienes de los menores o incapacitados, sólo se refieren a los padres (*vide* art. 166 del Código civil), y a los tutores (*vide* arts. 271 y 272 del Código civil), guardando silencio cuando del administrador se trata, habría que concluir que si el legislador admite que el administrador de bienes ejerza sus funciones sin ningún tipo de control, *mutatis mutandi* no se ven razones que imposibiliten que los padres puedan eximir de control la actividad del tutor.

Es más, de entenderse lo contrario, existiría una vía para eludir el control.

En efecto, si se entendiera que no cabe que los padres eximan al tutor de todo tipo de control, y por otra parte se concluyera que el administrador de bienes del menor o incapacitado sí puede actuar sin ningún tipo de control externo, cuando así lo establezca el disponente, se comprende fácilmente que la solución sería muy simple. Esto es, los padres en testamento proceden al nombramiento de tutor, y a la vez nombran a un administrador de los bienes que por su sucesión adquieran sus hijos, estableciendo que, respecto de tales bienes, el administrador pueda realizar por sí solo cualquier acto de disposición; esto es, suprimiendo todo tipo de control externo.

Se entiende que ello, además de suponer un posible fraude de ley, carece de toda lógica jurídica.

Si se concluye que el legislador permite que el administrador de bienes de los menores o incapacitados pueda actuar sin ningún tipo de control, si así lo establece el disponente, habría que concluir que los padres pueden establecer que el tutor pueda, respecto a los bienes del tutelado, actuar por sí solo, sin sujeción a control alguno. Y por contra, si se entiende que el control externo a la actuación patrimonial del tutor no puede ser excluida, habría que concluir que tal control es también aplicable al administrador de bienes.

Si todo ello es así, para nosotros, y como ya dijimos, las normas que establecen el control a determinados actos del tutor, son imperativas, en atención a su finalidad, cual es la protección de los intereses patrimoniales del sujeto a representación legal. Ello supone concluir que no es factible que el administrador de bienes del menor o incapacitado pueda, por voluntad del disponente, realizar sin ningún tipo de control actos sobre los bienes del administrado, que puedan implicar un riesgo para los intereses patrimoniales de éste.

Málaga, a 10 de octubre de 2000.

ESCRITURA PÚBLICA, TRADICIÓN INSTRUMENTAL E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

Notario

SUMARIO: **I.** LA LEGISLACIÓN NOTARIAL ES UNA LEGISLACIÓN ADJETIVA. **II.** VALOR JURÍDICO DE LA ESCRITURA PÚBLICA PRINCIPALMENTE EN LOS ASPECTOS GENERAL, INSTRUMENTAL Y REGISTRAL. **III.** LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD Y LOS DEMÁS DERECHOS REALES. **A.** Crítica del artículo 609. **B.** Defensa de este artículo. **IV.** LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES. **V.** LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO. **A.** Antecedentes. **a.** *La traditio en el derecho romano.* **1.** *Naturaleza bilateral o unilateral de la traditio.* **2.** *Entrega de la cosa.* **3.** *La justa causa en la tradición.* **4.** *Nuestra conclusión.* **b.** *La Edad Media y Moderna.* **1.** *Los escoliastas.* **2.** *Los glosadores y los postglosadores.* **3.** *Los humanistas de los siglos XVI y XVII.* **B.** El Derecho español. **VI.** TRADICIÓN POSESORIA, TRADICIÓN ACORDADA Y TRADICIÓN INSTRUMENTAL. **A.** Clases de tradición. **a.** *La tradición instrumental, traditio chartae y per chartam.* **b.** *La tradición instrumental y posesión.* **1.** *En la doctrina.* **2.** *En la jurisprudencia.* **B.** La construcción jurídica de la tradición instrumental. **C.** Extensión de la tradición instrumental. **a.** *Escritura pública.* **b.** *Documentos judiciales.* **c.** *Los documentos administrativos.* **d.** *La tradición instrumental o no posesoria y los derechos reales sin contacto posesorio.* **VII.** EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY HIPOTECARIA. ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

Inicio este estudio con la regulación legislativa, sin salpicaduras reglamentarias, de la escritura pública, siguiendo con la de los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, con el maltratado artículo 609 del Código civil, singularmente con la teoría del título y el modo, continuando con la tradición como modo y especialmente con la tradición instrumental, para concluir con el carácter esencialmente formal de la Ley Hipotecaria en cuanto disciplina el Registro de la Propiedad, carácter también de la Ley Notarial, ambas con pocos y accidentales efectos sustantivos, pero las dos necesarias para la circulación inmobiliaria en el engranaje de nuestro Ordenamiento Jurídico.

I. La legislación notarial es una legislación adjetiva

La Ley Orgánica del Notariado es una Ley de documentos y de partes, formal y adjetiva y la Ley Hipotecaria es una Ley de hipotecas, sustantiva y del Registro de la Propiedad, de terceros, adjetiva y formal y en cuanto adjetivas y formales al servicio de leyes sustantivas como el Código civil.

El artículo 1.217 del Código civil dice: “Los documentos en que inter venga Notario público se registrarán por la legislación notarial” y el anterior determina los documentos públicos: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente con las formalidades requeridas por la Ley”. El artículo 1.º de la Ley del Notariado nos explica la misión, el quehacer del notario, “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. La función del notario es crear el documento o medio de exteriorización o expresión de los contratos y demás actos extrajudiciales, o sea, de los hechos jurídicos, algunos naturales, otros actos jurídicos no negociales y otros negocios jurídicos, contratos o algunos testamentos. Su misión es autenticadora de estos hechos de la realidad jurídica, cubriéndolos con la fe pública, siendo su función actuarial y escrituraria, comprendiendo en ésta el ejercicio de la testamentaria, que le encomienda el artículo 29 de la L. del N. y se regula en el C.c. y en las legislaciones forales.

De los documentos notariales vamos a estudiar por razones del fin de este artículo la escritura notarial por ser más amplia y comprensiva que el acta y dentro de esta clase, prestaremos singular atención a las que por su contenido son contratos que constituyen el título de derechos reales inmobiliarios, que constituyen el objeto de la inscripción.

El notario no puede ejercer su función sin previo requerimiento (art. 3.º de la Ley). Las actuaciones espontáneas están prohibidas lo mismo que en

los toros, además el notario puede excusar su actuación en virtud de justa causa, cuando el acto jurídico a documentar no sea perfecto y debe excusarla, si el acto, no el hecho, es contrario a las leyes, a la moral o al orden público. El notario ha de ser **imparcial** y la ley así se lo exige, al prohibirles “autorizar contratos que contengan disposición en su favor o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad” (art. 22) siendo nulo el instrumento que contenga alguna disposición a su favor, si lo autoriza (art. 27-1.º) no produciendo “efecto las disposiciones a favor de parientes dentro del cuarto grado anteriormente prohibido, del que autorizó el instrumento en que se hicieron” (art. 28) y no pudiendo ser testigos los parientes, escribientes y criados del mismo notario, bajo pena de nulidad del instrumento público autorizado. El notario no puede ni debe aceptar estos requerimientos, aunque sí puede y debe aceptar los contratos entre ausentes regulados en el artículo 1.262 párrafo 2.º del C.c. y es potestativo que acepte la autorización de contratos, cuando uno de los comparecientes lo haga sin poder o con poder insuficiente, conforme al artículo 1.259 párrafo 2.º, a cuyos supuestos hay que equiparar los casos de autocontratación o heterocontratación y ratificación previstos en el poder con carácter general y no para casos concretos.

Aceptado el requerimiento, procederá a escuchar a los interesados y examinar los documentos, incluida, en su caso, la minuta que le exhiban, a continuación les aconsejará o asesorará, si procede, acerca del fin práctico perseguido y del medio jurídico para alcanzarlo y redactará la escritura o el acta “sobre el contrato o acto sometido a su autorización” (art. 17 de la Ley) de acuerdo con estos antecedentes, sin minuta o, en su caso, con la minuta o con modificaciones que de ésta proponga y acepten los interesados.

En el día y hora fijados procederá el notario a la autorización de la escritura ya preparada en audiencia sobre la misma, con presencia de los interesados y, en su caso, de los testigos, en la cual se expresará:

La población, villa, pueblo o lugar donde se celebra (art. 24 de la Ley) que será dentro del partido judicial o distrito notarial donde esté “el punto designado en la creación de su respectivo oficio”, en su título de notario, “en que se halle su Notaría” por exigencias de los artículos 7 y 8 de la Ley en relación con el 1.223 del C.c., ya que, si el notario actuase o autorizase fuera del territorio de su residencia habitual, incurriría en incompetencia y el documento sería nulo, salvo en caso que éste hubiese sido firmado por los otorgantes, que valdría como documento privado en virtud de conversión jurídico formal.

La fecha del documento y el nombre apellidos y residencia del notario autorizante (art. 24 de la L. del N.), el notario dará fe de conocer

“a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las Leyes y Reglamentos” (art. 23 de la Ley) en rigor el precepto es literalmente exacto cuando los comparecientes intervienen en su propio nombre en el instrumento, ya que las partes en el contrato, los que se obligan, son los mismos comparecientes, la intervención en nombre propio hace al compareciente en la escritura parte en el contrato, cuando el compareciente interviene en nombre ajeno, en representación de uno de los contratantes, la parte es el representado, que se acreditará en la escritura con el poder, con las certificaciones del Registro Civil o por notoriedad, que le hacen parte en el contrato, siendo compareciente en el documento su representante, que estará presente físicamente ante el notario. La intervención enlaza al compareciente en el instrumento con la parte en el contrato, la intervención es el punto de unión de la escritura pública y el contrato documentado. La intervención abre al contrato la puerta de la escritura pública y la autorización la cierra y lo encierra. La identificación exige la consignación en el instrumento público de los nombres y apellidos y demás circunstancias personales de los comparecientes y representados.

Ahora entramos en el contenido de la escritura, en el contrato, cuyo contenido tiene que tomar el notario de la ley sustantiva: las partes ya determinadas e identificadas deben tener capacidad de obrar, es decir, aptitud para constituir, modificar o extinguir relaciones obligatorias o reales, las cuales son el contenido del contrato, sin ella “no pueden prestar consentimiento”, según dispone el artículo 1.263 del C.c., mas la capacidad de obrar en estos casos es abstracta, para que descienda a la realidad, para que surta efectos jurídicos, tiene que concretarse en la actuación del medio jurídico adecuado para alcanzar el fin práctico perseguido por las partes, es decir, tienen que estar legitimadas, en una relación con el objeto del acto o contrato a celebrar que lo haga eficaz, lo que exige un lazo o nexo expresado en el título, que una vez lo da el cargo, el poder, el órgano y otras el hecho adquisitivo, la titularidad del derecho subjetivo. Entre la parte presente, compareciente, o representada y la persona con capacidad de obrar tiene que existir identidad y entre ésta y el objeto del contrato a escriturar tiene que haber una relación, un vínculo, que es el que legitima para celebrar con eficacia jurídica el contrato, lo que se ve con meridiana claridad en los negocios jurídicos sobre derechos reales, donde en la titularidad del derecho real está ese vínculo, esa relación entre la parte y el objeto del contrato que le hace eficaz. Esta capacidad de obrar y esta legitimación tiene que expresarla el notario en la escritura pública que autoriza, ya que ha de autorizarla “CONFORME A LAS LEYES” por imperativo legal, del artículo 1.º de la L. del N. y lo hace en estos términos: LES CONOZCO Y JUZGO CON CAPACIDAD PARA ESTA

ESCRITURA DE..., es decir, para esta escritura cuyo contenido es un contrato concreto y la legitimación determinada a través de la titularidad por el nexo entre la parte y el elemento real del contrato, el objeto, el derecho real que se constituye, modifica o extingue.

En la exposición de la escritura ha de describirse el objeto del contrato, que “debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie” (art. 1.263 del C.c.) en nuestro supuesto, que estamos ante la relación entre escritura pública e inscripción registral, el derecho real inmobiliario, describiéndose la finca o fincas objeto del derecho de propiedad o sobre las que recaen los derechos reales, expresando su situación, linderos, superficie, gravámenes, título adquisitivo e inscripción en el Registro de la Propiedad, tomándolas de los documentos exhibidos o de las declaraciones de los interesados, precisando, si está o no acreditado legalmente título adquisitivo y la inscripción.

En las estipulaciones estará embebida la causa, finca y precio, si el contrato es de compraventa, las fincas cuyo derecho de propiedad cambia recíprocamente de titulares, si es de permuta, la liberalidad, si estamos ante una donación (art. 1.274 del C.c.) y el consentimiento definido en el artículo 1.262, que “se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

Así observa el notario el artículo 1.261, que determina los requisitos para que nazca el contrato, para que exista contrato, consentimiento, objeto y causa, CONFORME A LA LEY SUSTANTIVA, al CÓDIGO CIVIL.

Referido el contenido sustantivo de la escritura, volvemos a la forma de ésta en el momento más trascendental de la misma, el de su autenticación, el de la dación de fe, que es su nacimiento como escritura pública, regulando el párrafo último del artículo 25 de la Ley del Notariado el acto del **otorgamiento** y en el 17 párrafo 2.º el último del documento notarial, de la escritura, donde se proyectó la **audiencia**, la **autorización**.

No se puede consentir, otorgar, sin conocer y por eso la Ley (art. 25) exige la lectura íntegra de la escritura por el notario a las partes, en rigor a los comparecientes y, en su caso, a los testigos, o “de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen... y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí” (art. 25). Una vez leída, los **otorgantes**, que son los comparecientes que consienten en su propio nombre o en nombre ajeno, aprueban las declaraciones a ellos imputables consignadas en la escritura, asumen la paternidad de las mismas, firmando la escritura, que ha de ser “firmada por los **otorgantes**” como establece el artículo 17 de la Ley.

A continuación, inmediatamente después, se produce el nacimiento del documento notarial, en este caso de la escritura pública, en virtud del

ejercicio por el notario de su función pública, la dación de fe de lo acontecido en la **audiencia** y recogido en la escritura mediante la dación de fe de todo lo contenido en la escritura, que **autoriza** con su signo y firma, según el artículo 17, siendo en este aspecto más expresivo el 19, “Los Notarios **autorizarán** todos los instrumentos públicos con su firma, y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio”.

II. Valor jurídico de la escritura pública principalmente en los aspectos general, instrumental y registral

Construida jurídica y legalmente la escritura pública sobre la vieja y sabia Ley del Notariado, sin salpicaduras reglamentarias para evitar cualquier viento corporativo o profesional y sobre un Derecho notarial consolidado por profundos estudios de preclaros juristas, en cuya cabeza figura RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (1), como una rama del Derecho, como un Derecho especial, vamos a examinar primordialmente el documento notarial, cuando su contenido es un negocio jurídico de disposición de derechos reales inmobiliarios, es decir, que los constituye, modifica o extingue, desde el punto de vista de la eficacia jurídica, lo cual está en relación íntima con la inscripción registral.

(1) Los estudios principales de este autor, que han cimentado el Derecho notarial como rama autónoma y adjetiva del Derecho común, son: “Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial”, conferencia pronunciada en mayo de 1943 en la Academia Matritense del Notariado y publicada en el tomo I de sus Anales, pp. 379 y ss.; “Documento público y autenticidad de fondo”, *Revista del Notariado*, de Buenos Aires, mayo de 1947; *Hechos y derechos en el documento público*, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950; “Documento notarial y relaciones jurídicas”, *Revista Internacional del Notariado*, enero-marzo de 1950, pp. 7 y ss.; “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, *Revista de Derecho Notarial* (en adelante *RDN*) julio-diciembre de 1953, pp. 49 y ss.; “Tópicos jurídicos”, *RDN*, abril-junio de 1954, pp. 53 y ss.; “Derecho notarial”, *RDN*, julio-diciembre de 1954, pp. 211 y ss.; “El pasado y su prueba. Valor confesorio del instrumento público”, *RDN*, julio-diciembre de 1956, pp. 7 y ss.; “Concepto y clases de documentos”, *RDN*, abril-junio de 1957, pp. 3 y ss.; “La fe pública”, *RDN*, julio-diciembre de 1957, pp. 7 y ss.; “Fe pública en la jurisdicción ordinaria”, *RDN*, enero-marzo de 1958, pp. 11 a 51; “Fe pública especial”, *RDN*, abril-junio de 1958, pp. 7 y ss.; “Reconocimiento de documento privado”, *RDN*, enero-marzo de 1959, pp. 7 y ss.; “Documento auténtico en la casación civil”, *RDN*, julio-diciembre de 1961, pp. 7 y ss.; “Centenaria”, *RDN*, abril-junio de 1962, pp. 7 y ss.; “Contenido sustantivo de la escritura pública”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Segunda, “Estudios de Derecho Notarial”, volumen I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España e Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962, pp. 1 y ss.; “Teoría y sistema del instrumento público (programa)”, *RDN*, julio-diciembre de 1963, pp. 185 y ss.; “Efectos sustantivos de las actas notariales”, *RDN*, abril-junio de 1965, pp. 7 y ss.; “Tres momentos del título notarial”, *RDN*, julio-diciembre de 1965, pp. 7 y ss.; “Documento en Roma”, *RDN*, abril-junio de 1970, pp. 51 y ss.

La escritura pública es la forma, el medio de expresión más idóneo de las declaraciones preceptivas o negociales de voluntad. Decía JHERING (2): “La forma supone siempre un contenido; es el contenido desde el punto de vista de su visibilidad. Por otro lado, está la voluntad jurídica que sólo se conoce por su voluntad exterior. No existe acto de voluntad sin forma, porque en este caso será la espada de Bernardo que ni pincha ni corta”. Y más adelante dice, “La forma es para los actos jurídicos como el cuño para la moneda. Como el cuño dispensa del contraste y peso del metal, la forma evita al juez inquirir, si se ha querido celebrar un acto jurídico y cuál sea éste”.

El valor jurídico del documento notarial le determina el Código civil en el libro IV, título I, capítulo V, **De la prueba de las obligaciones**, sección segunda **De los documentos públicos**, que no se refiere sólo al valor en el proceso, sino que la regula con carácter general, refiriéndose a su eficacia en el tráfico jurídico, como lo evidencian dos interpretaciones auténticas de los artículos comprendidos en esta sección números 1.216 a 1.230, que no han derogado los artículos 596 a 609, relativos a los documentos públicos y privados como medios de prueba, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 febrero de 1881, vigente cuando se promulgó el C.c. ni el 578, “Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 2.º Documentos públicos y solemnes. 3.º Documentos privados y correspondencia. 4.º Libros de los comerciantes...” y la disposición derogatoria de la LEC, Ley 1, de 7 de enero del año 2000, que entrará en vigor el 8 de enero del año 2001 sólo deroga el artículo 1.226, que regula un aspecto procesal de los documentos privados aportados en juicio, “Aquél a quien se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya...” y los artículos 317 a 334 regulan sólo “a efectos de prueba en el proceso” los documentos que clasifica como públicos, entre los que están “los autorizados por notario con arreglo a derecho” (art. 317) y también a efectos de prueba en el proceso regula los documentos que clasifica como privados en el artículo 324; por otra parte, el artículo 319, dice que los documentos públicos referidos en el artículo 317 “harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”. Haciendo una valoración jurídica del documento en el aspecto procesal, que no coincide totalmente ni debe coincidir con la que hace para el tráfico jurídico el artículo 1.218 del C.c.

(2) Abreviatura de “El espíritu del Derecho romano” por Fernando VELA. *Revista de Occidente Argentina*. Buenos Aires, 1947, p. 277 y p. 284.

Este artículo confiere unos efectos jurídicos distintos al documento público y, por tanto, a la escritura pública, según se trate de las partes, que son las que se obligan o vinculan en el negocio jurídico que se documenta, que se escritura, que de terceros, a quienes el negocio jurídico documentado ni vincula ni obliga. Entre los contratantes y sus causahabientes harán prueba “en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”, o sea, que hacen prueba del negocio jurídico celebrado, del contrato estipulado, lo que es acorde con el artículo 1.257, “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”, surtiendo la escritura prueba plena de todo su contenido. Si hay simulación, las partes, ambas o todas, pueden y tienen que probarlo con la pertinente contradecación en la que se haya pactado el contrato disimulado, si la simulación es relativa o solamente la simulación, si ésta es absoluta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.276 del C.c., ya que entiende que el contrato simulado expresa una causa falsa y es nulo; ahora bien, anticipamos que la contradecación se contendrá normalmente en un documento privado y, según el artículo 1.230, “Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero”. Si la contradecación se otorgase en escritura pública entra en juego el artículo 1.219, surtirá efecto respecto de tercero y la simulación se desvelará con las consecuencias del artículo 1.276, siempre que el contenido de esta escritura “hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz o del traslado copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero”. En el caso del contrato fiduciario la causa, que es el índice de identificación del contrato y que determina sus efectos jurídicos, es desorbitada y un contrato no puede justificar otros efectos que los necesarios para alcanzar el fin económico, el fin práctico perseguido por las partes y cuando la causa que identifica el negocio no es adecuada, es desproporcionada, no cumple su función, no es causa y el negocio fiduciario es nulo por defecto de causa (art. 1.275).

Respecto de los terceros, entendiendo por tales quienes no son parte en el contrato y, por tanto, en principio ni les importa ni les afecta, a menos que hayan entrado o entren en relación con el objeto del contrato documentado, en cuyo caso puede afectarles e interesarles siendo éste el supuesto del párrafo 1.º del artículo 1.218, que resuelve en estos términos: “Los documentos públicos hacen prueba aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste”. La fecha del documento no plantea ninguna cuestión, pero “el hecho que motiva su otorgamiento”, no es tan claro. RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS lo explica con la erudición y sencillez que caracterizan sus profundos estudios:

“Terminado el entreacto de la preparación –estudio de antecedentes, examen de títulos y redacción del instrumento–, empieza el segundo acto, único con significación jurídica en el Derecho contemporáneo.

La audiencia es el objeto de la comparecencia” (3).

Un año más tarde vuelve a insistir sobre sus ideas (4): “En otra ocasión yo he recogido y aislado, siguiendo una tradición notarial, que se remonta por lo menos al siglo XIII, un elemento nuevo (?) en la formalización del instrumento público, la «audiencia» –desde luego *audientia simpliter, sine strepitu iudiciali*– que no es otra cosa que lo que nuestro artículo 1.218 del Código civil llama «*el hecho que motiva su otorgamiento*».

Aclarémoslo: la comparecencia ante el notario tiene por objeto la *audiencia*, el acto de solemnización, con lectura y firma del instrumento público.”

El consentimiento que perfecciona el contrato es el hecho del otorgamiento, las declaraciones que hubiesen hecho los contratantes referidas en el párrafo 2.º del artículo 1.218 y esas declaraciones, que expresan el consentimiento de los contratantes, no obligan ni vinculan a los terceros por el principio de relatividad de los contratos consagrados en el artículo 1.257 del C.c. Por otra parte, los contratantes pueden probar que no hubo consentimiento, que el contrato fue simulado, prueba que los terceros no están en condiciones de hacer, a no ser que las partes se las faciliten. Por estas razones no les puede vincular el contrato en cuanto a su perfección. Por ello el párrafo 1.º del artículo 1.218, no habla del otorgamiento, sino del momento anterior, del hecho que lo motiva, de la audiencia, que es previa al consentimiento de las partes, al otorgamiento de los comparecientes. El contrato no obliga ni vincula ni puede obligar ni vincular a los terceros, quienes no pueden negar ni confirmar su existencia, su perfección (5).

El artículo 1.218 del C.c., como acabamos de ver, regula con carácter general el valor jurídico del documento público y, por tanto, de la escritura pública; mientras que el valor procesal o en el juicio lo matizan los artículos 596-1.º y 597 y ss. de la LEC de 1881 y lo hacen desde el 8 de enero del año 2001 los artículos 317-2.º y 318 y ss. de la Ley 1, de 7 de enero del año 2000, de Enjuiciamiento Civil y en su modalidad ejecutiva 1.429 y concordantes de aquella ley y 517-4.º y concordantes de esta Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos aspectos de las escrituras públicas

(3) “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, cit., p. 118.

(4) “Tópicos jurídicos”, cit., pp. 63 y s.

(5) Sobre el artículo 1.218 del C.c. consúltese la densa monografía de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS: “El documento en el Código civil”, *RDN*, enero-marzo de 1989, pp. 269 y ss.

mismas son objeto de este trabajo. Aquí estudiaremos el valor de la escritura pública como modo, como tradición instrumental y como título formal del Registro de la Propiedad, pero precisamente es necesario hacer una incursión sobre los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, especialmente la ley, la donación y la tradición.

III. Los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales

El maltratado y mal tratado artículo 609 del C.c. dispone:

“La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.”

A. Crítica del artículo 609.

Este precepto de gran transcendencia sustantiva, ya que determina los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos reales, ha sido objeto desde la promulgación de nuestro primer Cuerpo legal de una casi unánime crítica negativa, a nuestro parecer, infundada, como ha puesto de relieve la reciente doctrina encabezada por LALAGUNA DOMÍNGUEZ en un estudio publicado en 1973 (6) y reproducido en 1978 (7), a quien fundamentalmente seguimos (8). Veamos los argumentos tomados de algunos críticos:

(6) “Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1973, pp. 381 a 419, cuyo apartado VII destinado a la tradición no incluyó en ese artículo, que terminaba con “continuará” y en esta Revista no he encontrado la continuación. La *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, en el tomo XVI, en el epígrafe “Modos de adquirir” contiene la reproducción literal de los seis primeros apartados del artículo antes referido y en el que desarrolla un apartado VII titulado “Precisiones sobre el concepto de tradición como modo de adquirir”, publicado en 1978, pp. 574 a 578, del que excluye la inscripción registral, que tenía incluido en el apartado no desarrollado en el artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado*.

(7) Ver la nota anterior.

(8) Entraremos más adelante en el problema del carácter exhaustivo o enumerativo del artículo 609, que el autor no se plantea explícitamente y que para nosotros ha de ser necesariamente un precepto exhaustivo. No se puede dejar al arbitrio de las legislaciones autonómicas, de los reglamentos ni de los particulares estas cuestiones de la invención de los modos de adquirir los derechos reales, que causaría una incertidumbre con la consiguiente inseguridad en el tráfico, ya que este aspecto de la propiedad es constitucionalmente competencia del Estado español, aunque las autonomías al amparo de su Derecho foral (no de su legislación autonómica, que no tiene competencia en la Constitución para innovar) tengan alguna peculiaridad comprendida en el propio artículo 609 como adquisición *ex lege* en relación con el artículo 13-2,

Para FALCÓN (9) la parte defectuosa del C.c. “lo está muy principalmente en la clasificación de los modos de adquirir”. “Ningún principio científico abona la idea de segregar a la donación del grupo de los contratos, y hacer de ella un modo especial y distinto de adquirir, sin más razón que el ejemplo del Código francés, como si el Código francés fuese artículo de dogma en la materia”. La donación, como modo de adquirir, es un contrato y el mismo Código español lo reconoce así en su artículo 623. “La ley no es tampoco un modo civil de adquirir ni con tal carácter figura en las legislaciones antiguas y modernas. La ley regula los modos de adquirir; pero ella en sí no es modo”. “Para que la adquisición o la transmisión tenga lugar, siempre a los preceptos de la ley ha de agregarse el acto del hombre”. FALCÓN sólo considera modos de adquirir a los otros cuatro enumerados en el artículo 609. También critica entre esos modos *al contrato* por añadir las palabras *mediante la tradición* con lo que se vuelve a la antigua y ya desacreditada teoría romana, que distinguía el título del modo.

LACRUZ BERDEJO (10): el artículo 609 “es, en su casi totalidad, innecesario al carecer de virtualidad normativa la mención de unos modos de adquirir regulados en otros lugares: ...”; aunque elogia la exigencia del título y el modo en la adquisición por negocio jurídico.

CASTÁN TOBEÑAS (11) acepta y recoge la crítica de SÁNCHEZ ROMÁN, que hizo en el tomo III de su **DERECHO CIVIL** aparecido al poco tiempo de la publicación del Código civil en estos términos: “Con acierto hace notar SÁNCHEZ ROMÁN que la enumeración consigna este artículo (el 609) ni es *sistemática* ni *perfecta* ni siquiera *congruente* con el contenido del libro III del Código a que sirve de preliminar.

No es sistemática, porque no responde a ninguna clasificación, pareciendo su redacción concebida tan solo bajo la idea de la distinción de modos que sirven únicamente para adquirir la propiedad, como la ocupación y la prescripción, y modos que sirven para *adquirir y transmitir* la propiedad y los demás derechos reales, como la donación, la sucesión y la tradición.

ambos del C.c. y también en el del sentido modernísimo de la tradición, cuya espiritualización para nosotros ha pasado con la tradición instrumental como fórmula no posesoria de entrega en íntimo parentesco el acuerdo transmisivo de la propiedad y los demás derechos reales, impidiendo de esta manera que el tráfico jurídico del derecho de propiedad o de otros derechos reales sea entorpecido por quien ha usurpado la posesión de los mismos y que el modo pueda cristalizar en los derechos reales sin contacto posesorio.

(9) *Código civil español*, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1889, pp. 5 y ss.

(10) *Elementos de Derecho civil III-1.º* con colaboración de SANCHO REBULLIDA, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pp. 75 y s.

(11) *Derecho civil español, común y foral*, tomo segundo, volumen primero. Reus, S.A., Madrid, 1982, pp. 246 y s.

No es perfecta, porque considera como modo de adquirir a la donación, que tiene un indudable carácter contractual, y a la sucesión, que es un medio creador de derechos que no se refiere sólo a derechos de propiedad.

No es congruente con el libro III del Código, porque no se ocupa éste de alguno de los modos enumerados en el artículo 609. Tal sucede con la tradición y la prescripción que están reguladas en el libro IV.”

ALBALADEJO (12) sostiene que es un artículo inútil. Sólo tiene valor de enseñanza, doctrinal o expositivo, carece de virtud normativa, porque los modos de adquirir los derechos reales son los que establezca el Ordenamiento y lo son porque los establece, no porque los enumere todos (ni siquiera los enumera todos) juntos en un artículo. Lo mismo serían las cosas sin él. Cada modo de adquirir tiene su reconocimiento aparte, en otros artículos del Código donde es tratado, siendo su regulación lo que importa. De dicha inutilidad sólo se salva la admisión en nuestro Ordenamiento de la teoría del título y el modo.

Es un artículo inexacto, pues los derechos reales ni se adquieren ni se transmiten “por la Ley, sino por virtud de ciertos hechos que «establece la Ley» y tampoco «por donación», sino por donación «mediante la tradición», como se adquieren y transmiten «por consecuencia de ciertos contratos (uno de los cuales es la donación) mediante la tradición». En cuanto a la adquisición o transmisión «por la Ley», debe puntualizarse que la Ley nunca produce ella, directamente y sin más, la adquisición, transmisión, que al hablar de «...se adquieren y transmiten por la Ley...» se alude a que tales, adquisición y transmisión se producen porque se realizan ciertos hechos, distintos de los enumerados singular y específicamente en el artículo a los que la Ley atribuye la producción automática de la adquisición o transmisión del derecho que sea”.

El artículo “es incompleto porque omite modos de adquirir, como la creación intelectual, para esta propiedad, o la inscripción en el Registro de la Propiedad, en ciertos casos, o la accesión por unión o por producción, pongo por hipótesis, aunque cabe cobijarlos bajo la adquisición «por Ley»”. Por accesión puede adquirirse no sólo el derecho de propiedad, sino también otros, por ejemplo, si la cosa en virtud de la cual el propietario adquiere la propiedad de las que se le unen, está gravada con un usufructo, el 479 lo extiende a las adquiridas por accesión y lo mismo en el caso del censo enfiteútico el artículo 1.632, ambos del C.c., o con una hipoteca, conforme a los artículos 1.877 del C.c. y 109 de la LH, adqui-

(12) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo VIII, volumen 1, artículos 609 a 617, pp. 2 y ss. Comentado el 609 por ALBALADEJO. En el mismo sentido Mariano ALONSO PÉREZ, ver la nota 17.

riendo el usufructuario, enfiteuta y el acreedor hipotecario por accesión el usufructo, la enfiteusis o la hipoteca sobre las cosas que acceden o se les unen a la gravada.

Señala que no todos los modos de adquirir son aplicables a todos los derechos reales; v. g. los derechos de retracto no pueden usucapirse o en las sucesiones se pueden adquirir no sólo derechos reales, sino también de crédito.

Por último, critica la inclusión de la donación como modo de adquirir distinto de los contratos y se plantea el problema de si es o no necesaria la tradición, señalando que la instrumental es esencial en la de inmuebles y en la verbal de muebles, artículos 633 y 632 del C.c., pero no lo ve tan claro en la escrita en documento privado de muebles, aunque dice, “hace falta la posterior tradición para transmitir, agregando que “ese caso es seguro”, finalmente cita como sentencia errónea, en su opinión, del Tribunal Supremo, la de 22 de diciembre de 1986 que dice que la donación transmite la propiedad sin necesidad de tradición y que “la forma exigida *ad solemnitatem* para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609”.

B. Defensa de este artículo.

Los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales son aquellos hechos jurídicos (sean naturales, actos jurídicos en sentido estricto o no negociales o negocios jurídicos) que la ley reconoce como transmisivos de los mismos o dispone que directa o indirectamente causen su adquisición.

Resalta LALAGUNA (13), que en la doctrina científica “no se establece con claridad la diferencia entre aquellos modos de adquirir que producen el efecto de la adquisición en virtud de un acto jurídico voluntario y aquellas otras adquisiciones que se producen directamente por ministerio de la ley”. Estoy de acuerdo con este planteamiento de LALAGUNA en doble sentido, explícitamente, en que debemos precisar jurídicamente cuando la Ley es determinante de la adquisición y cuando se limita a determinar el acto jurídico que la causa, como expresamente se desprende de mi definición de los modos de adquirir. Implícitamente, este cierto planteamiento nos lleva a rechazar que los modos de adquirir sean los que establece el Ordenamiento jurídico, como sostiene ALBALADEJO, a menos que lo identifiquemos únicamente con las leyes y únicamente con

(13) “Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el derecho español”, cit., pp. 384 y ss.

las Leyes del Estado Español, del Central, lo que no me parece exacto. Por esto la inclusión de la ley entre los modos de adquirir, aunque tardía (14), nos parece un acierto del artículo 609, dándole un carácter exhaustivo y excluyendo normas que no tengan el rango de ley y otros actos jurídicos que no estén reconocidos en dicho precepto como modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales.

La distinción de la ley de los demás modos de adquirir no parece difícil, respecto de las adquisiciones causadas por donación, por contrato traslativo seguido de la tradición y por sucesión testamentaria, pues se trata de negocios jurídicos *inter vivos* en los primeros casos y *mortis causa* en el último, siendo tres modos de adquirir en los que hay autorregulación de intereses y no regulación legal de los mismos.

No es clara la distinción en las adquisiciones por sucesión intestada, que parece un modo legal, mas no es claro que lo sea, al menos directamente y no creemos que lo sea, porque es supletoria de un negocio jurídico *mortis causa*, lo que la hace entrar en juego es la falta de testamento o deferirse simultáneamente con él, porque el testamento no disponga de toda la herencia (arts. 658 y 912 del C.c.) siendo la sucesión *intestada* el paradigma del testamento, fundada en el principio del cariño y el afecto familiar, que desciende, asciende y se extiende tipificado en la línea recta descendente, ascendente y en la colateral, lo cual naturaliza a esta sucesión, más que como sucesión legal como testamento supletorio, la sucesión intestada es un subrogado del testamento y por estas razones no debe ser incluida en los casos de adquisición por ministerio de la ley y así lo hace el artículo 609, ya que si la invocase superfluamente contrariaría el aforismo *verba legis cum effectu sunt accipenda*, aceptado por nuestro C.c., ya que inspira su artículo 1.284.

La donación, la sucesión tanto testada como intestada y los contratos seguidos de la tradición son para mí tres modos de adquirir reconocidos por la ley y con fundamento en un negocio jurídico.

(14) El "30 de abril de 1888 estaba terminada la redacción del Anteproyecto del Código civil y el Ministro de Gracia y Justicia disponía por R.O. de esta fecha que los individuos de la Comisión de Códigos remitieran sus observaciones a todos los libros del Anteproyecto redactados por la sección de lo civil y repartidos impresos a dichos individuos", según nos indica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS al principio de su trabajo "El anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888" publicado en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, fascículo IV, de octubre-diciembre de 1960, p. 1171 y en su obra "Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)" publicado en el *Centenario de la Ley del Notariado*, editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España y el Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, y que en la fecha antes referida estaba terminado, según nos dice en lapágina 14. En su artículo 606, que es casi un calco del 710 del Código italiano de 1865 y es el antecedente del 609, no se incluye ni se menciona la ley como modo de adquirir la propiedad y los demás derechos reales.

La exclusión de la ocupación, que no es negocio jurídico sino un acto jurídico no negocial, cuyos efectos se producen *ex lege* es un modo de adquirir la propiedad y los demás derechos reales reconocidos por la ley, pero distinto de ella, que como tal acto no puede confundirse con la ley.

Por último, la prescripción adquisitiva o usucapión, donde la ley determina los requisitos, posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida durante el lapso de tiempo marcado, más corto, si a estos requisitos acompañan el justo título y la buena fe, dando origen a la usucapión ordinaria de 3 años en muebles de 10 o 20 años en inmuebles, según ocurra entre presentes o ausentes y si falta uno de los dos o ambos la usucapión será la extraordinaria de 30 años en inmuebles y 6 años en muebles.

Respecto de todos estos modos, la ley los reconoce, regula y dispone, que son ellos la causa de la adquisición; mientras que en las adquisiciones *ex lege* es la propia ley la que dispone la adquisición de la propiedad o del derecho real.

Las adquisiciones por ministerio de la ley de los derechos reales las establece cuando acontece el supuesto de hecho previsto en la norma y la consecuencia jurídica es la adquisición por una persona física o moral de la propiedad o de un derecho real. En las adquisiciones por los demás modos reconocidos por la ley el supuesto de hecho es el acto simple o continuado, el negocio jurídico o la muerte de una persona con o sin testamento total y la partición, en su caso.

Las adquisiciones *ex lege* están explícitamente reconocidas en el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado aprobada por el Decreto 1.022 de 23 de abril de 1964, cuyo artículo 19 evidencia que las adquisiciones por ministerio de la ley a las que se refiere el 609 del C.c. constituyen un modo de adquirir con plena autonomía y distinto de los demás que el propio artículo menciona y reconoce como tales al disponer: “El Estado podrá adquirir bienes y derechos: 1.º Por atribución de la Ley” y aún lo confirma con más fuerza el 21 de dicho TR. En efecto, la categoría de estas adquisiciones del dominio y los demás derechos reales cuando se renuncia o abandona una cosa tiene un tratamiento jurídico distinto en nuestro Derecho positivo, según que sea mueble o inmueble. Si es mueble se convierte en *res nullius* y el modo de adquirirla es la ocupación, si es inmueble la ley la atribuye directamente al Estado sin pasar por la calidad de *res nullius* como se desprende del citado artículo 21, “Pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuviesen vacantes y sin dueño conocido”. Siendo la renuncia una modalidad de los actos de disposición en virtud de la cual una persona se separa de un derecho, en nuestro caso de un derecho real, sin atribución a nadie, las consecuencias son distintas según que la renuncia sea de una

cosa mueble, ya que ésta pasa a ser *nullius* y susceptible de apropiación por ocupación, mientras si es de un bien inmueble, éste lo adquiere el Estado por ministerio de la ley, por el citado artículo 21. La ley es un modo de adquirir independiente y distinto de los demás enumerados en el artículo 609.

No voy a hacer aquí una amplia enumeración de los supuestos de adquisición del dominio y los derechos reales por ley, sino que me limitaré a poner algunos ejemplos. Los retractos legales de comuneros establecido en el artículo 1.522 del C.c., de colindantes 1.523, enfiteútico 1.636 y concordantes, etc., que son modos de adquirir *ex lege* y de gran relevancia en nuestra sociedad de gananciales, ya que si la titularidad es privativa y se ejercita pagando con dinero ganancial el derecho o bien adquirido, éste es privativo y viceversa, si el retracto es ganancial y se ejercita pagando con dinero privativo el derecho adquirido es ganancial y lo es en ambos casos, porque el derecho de retracto nace de la ley y es el título adquisitivo, título que excluye la subrogación real como se lee en el artículo 1.346-4.º en relación con el último párrafo y 1.347-4.º respectivamente, pues en estos dos supuestos no hay fluctuación recíproca y falta el contravalor, ya que el ingreso en el patrimonio privativo o ganancial de la cuota o finca retraída no está causada por la salida del dinero con que se paga el retracto, sino por el ejercicio de éste, pues el dinero no sale del patrimonio donde ingresa la cuota o la finca retraída, sino de otro. Por otra parte, se impide el enriquecimiento injusto del retrayente con la deuda de valor nacida de la ley como fuente consagrada en el artículo 1.089 del C.c. a favor del patrimonio de donde procede el dinero (15).

La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del C.c. es un caso claro de adquisición por ministerio de la ley de bienes gananciales, que serían privativos sin ese acuerdo de los cónyuges, que es el supuesto de hecho de este artículo (16), acuerdo que no implica ni de lejos ninguna donación ni ningún contrato.

La accesión continua o por incorporación, como en los casos de aluvión, avulsión, mutación de cauce y formación de isla regulados en los artículos 369 y ss. del C.c. son supuestos de adquisición de la propiedad por ministerio la ley (17).

(15) Véase mi obra *La subrogación real en el Derecho común español*, Consejo General del Notariado, Madrid, año 2000, pp. 128, 244 y ss., especialmente 257.

(16) Véase mi obra cit., pp. 262 y ss.

(17) No parece creerlo así ALONSO PÉREZ en el tomo V, vol. 1, de los *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, pp. 281 y ss., afirmando que la accesión por incorporación es un modo de adquirir la propiedad que el artículo 609 del C.c. no menciona entre los modos de adquirir y agrega, “De todos es conoci-

Las adquisiciones *a non domino* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria son adquisiciones *ex lege* y otros muchos supuestos, cuyo estudio no es propio de este trabajo.

Pero no solamente la ley consagra adquisiciones del derecho de dominio, sino también de otros derechos reales, como son las hipotecas legales, que las personas a cuyo favor concede la ley esta clase de hipotecas tiene derecho a exigir la constitución de la misma, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.875 del C.c. y 158 de la LH (18). En materia de usufructo el 521 del C.c. y respecto de las servidumbres voluntarias el 599 del mismo cuerpo legal.

Continuando con la defensa del artículo 609 y siguiendo en importantes aspectos a LALAGUNA (19), quien examina los modos de adquirir en el artículo 609 de C.c. y considera, que “es una afirmación tópica en nuestra doctrina que el artículo 609 contiene una simple enumeración de los modos de adquirir que no responde a ningún criterio de clasificación sistemática”.

“La distribución del texto del artículo en tres apartados responde principalmente a dos criterios: a) la naturaleza de los modos de adquirir, según sean originarios o derivativos; b) el ámbito de aplicación de los diferentes modos de adquirir, según se refieran sólo al dominio pleno o a éste y a los demás derechos reales derivados del dominio.”

El párrafo 1.º relativo a la ocupación la perfila como un modo de adquirir originario y cuyo ámbito queda circunscrito al dominio pleno.

El 2.º tiene un contenido más amplio. Se refiere a cuatro modos de adquirir derivativamente, como se desprende de la palabra “transmiten”, palabra que resalta HERNÁNDEZ GIL en sus DICTÁMENES, según cita LALAGUNA.

La prescripción adquisitiva o usucapión no puede incluirse en el párrafo 1.º porque su ámbito es más amplio, todos los derechos reales y no sólo la propiedad ni en el 2.º, porque es modo originario de adquisición y no derivativo.

Las otras deficiencias de carácter sistemático consistentes en la incoherencia de mencionar la tradición y la prescripción adquisitiva como modos de adquirir y regularlos, no en el Libro III del C.c., sino en el IV, se explican coherentemente porque la prescripción adquisitiva tiene una doble vertiente, adquisitiva para el usucapiente y extintiva para el ante-

do que el consabido precepto acoge en su seno formas inauténticas de adquisición y olvida otras piénsese en el trabajo, por ejemplo— pues se trata de un caso de una enumeración enunciativa, ...”.

(18) En este sentido véase LALAGUNA, ob. cit., pp. 397 y s.

(19) Ob. últ. cit., pp. 387 y ss.

rior propietario y esta doble vertiente afecta también a las obligaciones. La regulación de la tradición en el Libro IV, “puede incluso estimarse un acierto, ya que así se subraya el nexo entre el modo del adquirir con la causa o título de adquisición, y ello precisamente en el régimen del contrato de compraventa, que es precisamente el paradigma de los contratos de finalidad traslativa”. Además el desdoblamiento en nuestro C.c. del contenido del Libro III del *Côde* en los Libros III y IV es otro acierto sistemático, ya que los contratos no son modos de adquirir y de lo que nos ocuparemos más adelante.

Sobre las imperfecciones de contenido. Se acusan algunas omisiones, entre otras, que se omita la referencia a la creación intelectual, lo que no es del todo cierto, según HERNÁNDEZ GIL, quien advierte que “el legislador comprendió, sin duda, la dificultad y los riesgos de una enunciación completa. Por eso en el artículo 609 –lo mismo que en el 1.089, al enunciar las fuentes de las obligaciones– acudió a la fórmula amplia y omnicomprendensiva de la ley y a través de ella, si bien de modo indirecto, se llega a la propiedad intelectual. Por otra parte, el C.c. no contiene más regulación de la propiedad intelectual que la estrictamente indispensable para reconocerla y remitirse a la ley especial que la regula (arts. 428 y 429). La adquisición de la propiedad intelectual no queda sujeta al Código nada más que con el carácter de derecho supletorio. Porque, según el artículo 429, la Ley de Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración; las reglas generales del Código sólo serán aplicables en los casos no previstos ni resueltos por la ley especial. La no inclusión de la creación intelectual como modo de adquirir es una actitud posible y explicable y, además, obligada. “Si el artículo 609 la enunciara dejaría de respetar el artículo 429”. Después de recoger esta argumentación de HERNÁNDEZ GIL, se refiere LALAGUNA a la omisión de la denominada *accesión continua* por el artículo 609, lo que “es explicable en cuanto que es la misma Ley la que determina que lo edificado plantado o sembrado en predios ajenos pertenece al dueño de los mismos (art. 358 del Código civil)”.

Se afirma por alguno, que se omite el *trabajo* como modo de adquirir, sin embargo no creemos que haya tal omisión. El *trabajo* normalmente es objeto de un contrato, pero no de un contrato transmisivo del dominio y de los demás derechos reales, sino de un contrato de servicios y sus prestaciones son propias del derecho de obligaciones, la remuneración, sea salario, sueldo, derechos u honorarios, circula por el campo de los derechos de crédito; los derechos del autor de una obra literaria, artística o científica los regula el Real Decreto Legislativo 1, de 12 de abril de 1996, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual,

aunque los del escultor, por ejemplo comparta la regulación el Código civil en su artículo 383 y la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 10-e y concordantes, etc.

También se considera inadecuado la mención de la donación como modo de adquirir, ya que por su naturaleza contractual está comprendida implícitamente en la invocación que hace el artículo de los contratos; sin embargo esta objeción es para LALAGUNA (20) la menos consistente.

Principiaré por resaltar el precedente histórico de la donación como modo de adquirir sin la tradición, que se remonta al Derecho romano, como pone de relieve BIONDO BIONDI (21), pues una disposición de ANTONIO Pío, confirmada por DIOCLECIANO, establece que la donación entre padres e hijos no requiere tradición, disposición que es recordada por CONSTANTINO. En el derecho justiniano las donaciones transmiten la propiedad mediante el consentimiento legítimamente prestado. “La *traditio* no es un acto que perfeccione la relación ni traslativo del dominio, sino ejecutivo de la donación, con el objeto de realizar la situación de hecho correspondiente a la situación jurídica. El acto traslativo es ahora distinto de los tradicionales y tiene carácter formal”.

NAVARRO CASTRO en su monografía *La tradición documental* (22), después de exponer el Derecho romano, recogiendo fundamentalmente la opinión de BIONDI y de recoger la celebre constitución de SEVERO y ANTONINO, conocida también como de SEVERO y CARACALA del año 210, “Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hecha la donación y la entrega también de los mismos esclavos; puedes, por lo tanto, ejercitar contra el donante la acción” (Código, L. VIII, T. LIV (LIII), I), nos refiere el derecho visigótico, diciendo: “Los capítulos 307 y 308 del Código de EURICO son interpretados en el sentido de que la donación producía sus efectos y era irrevocable desde que se hubiese tradido o se hiciese la respectiva escritura”. En este mismo sentido don JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ (23) cita la Ley VI, del título II, del libro V del Fuero Juzgo “relativa a las cosas entregadas o donadas por medio de escritura (*De rebus traditis vel per scripturam donatis*) en la que FLAVIO CHINDASVINTO desenvuelve con todo rigor los efectos

(20) A rebatirla con acierto dedica las páginas 399 y ss., algunos de sus argumentos se recogen en el texto.

(21) *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción de Manuel Fairen. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1960, pp. 660 y s., 692 y ss.

(22) J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 126 y ss.

(23) “La tradición de fincas en los instrumentos públicos”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de enero de 1943 y recogida en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, tomo I, pp. 340 y s.

que produce la donación si la escritura ha sido entregada al donatario, opinando que hay verdadera tradición (*vera esse traditio*). El texto romanceado del Fuero Juzgo traduce que cuando la cosa se halla lejos (*sea luenne*), “si es dada por escripto no debe por ende menos valer que *entonz semeia la donación perfecta*, pues que a ende el escripto que aquél se la da”. Y agrega que desconcierta un poco esa traducción dar por escripto, que tiene en castellano dos significaciones: donar en escritura y entregar el mismo documento.

Este doble sentido aparece triunfante en la Partida III, Título III, Ley 8.^a que dispone: “Dando algún hombre heredamiento u otra cosa cualquiera, apoderándole por las cartas en que la obtuvo o haciendo otra carta de nuevo y dándosela, gana la posesión, aunque no le apodere en la cosa dada corporalmente”. Y aunque se discutió, si esta Ley de las Partidas era o no innovadora, en el sentido de si establecía dos tipos de tradición instrumental o *traditio per chartam*, *traditio instrumenti antiqui* y *traditio instrumenti novi*, como dice ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (24), prevalece la interpretación innovadora la cual está confirmada en las leyes 17 y 44 de TORO y constituyen los precedentes, la de los títulos antiguos del artículo 1.464 del C.c. y la del título nuevo del 1.462 párrafo 2.º; ahora bien, como en la donación de bienes inmuebles el artículo 633 de C.c. exige la escritura pública como solemnidad para el nacimiento del negocio jurídico de donación, para su validez, la tradición de otra forma es inoperante, pues si no hay escritura pública, no hay donación y si la hay, la donación surgió con efecto transmisivo del dominio, lo que hace innecesario el modo, el requisito de la tradición para la transmisión, ya cumplido como *tradición instrumental* por vía de formalidad, bajo pena de nulidad y exigirlo también como dicha tradición sería duplicarlo como formalidad y como modo y la duplicidad se podría evitar disponiendo que la tradición instrumental del artículo 1.462 párrafo 2.º no juegue en caso de donación. El artículo 632, que regula la donación de bienes muebles, dispone, si es verbal, la entrega no es tradición, sino requisito de forma, que sería absurdo repetir y si es escrita, para que surta efecto, deberá hacerse por escrito y constar de la misma forma la aceptación, por tanto, surte efecto sin necesidad de la tradición, bastando que cumpla la formalidad de la escritura.

El artículo 609 expresa la donación como modo de adquirir sin necesidad de tradición distinto de los demás contratos y la regula en el libro tercero titulado *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*; mientras que los contratos que son un título, que por sí solo no transmite la

(24) “El documento en el Código civil”, *RDN*, enero-marzo de 1989, ya citada, pp. 289 y s.

propiedad, si no va acompañado de la tradición, los regula en el libro cuarto *De las obligaciones y contratos*. La importancia de esta ubicación la resalta NAVARRO CASTRO (25) señalando que es muy significativa en el sistema de nuestro Código civil, que regula la donación en el libro III, que se ocupa de los modos de adquirir y no en el IV y recordamos que su plan está tomado del Còde, que incluye en el libro III tanto la donación como los contratos traslativos del dominio, cuya transmisión se produce por el contrato, como uno de sus efectos, sin necesidad de tradición; mientras que en nuestro C.c. los contratos sólo son fuente de obligaciones y necesitan del modo o tradición para transmitir el dominio y los demás derechos reales y no son modos de adquirir el dominio como en el Còde y por eso no debe incluirlos en el libro III, lo que explica la creación del libro IV relativo a las *obligaciones y contratos*, donde acertadamente regula éstos y conserva las donaciones en el libro III, ya que es un modo de adquirir para nuestro Código civil. NAVARRO CASTRO agrega otro argumento interesante, el artículo 624 del C.c., que exige al donante, no sólo capacidad para contratar, sino también la de disponer. Las consecuencias prácticas son las siguientes: la adquisición de la propiedad o del derecho real por vía de donación acontece en materia de inmuebles al otorgarse la escritura de donación, momento en que sale del patrimonio del donante e ingresa en el donatario, mientras que los contratos traslativos constituyen el título para adquirir, pero la adquisición se produce con el modo, que puede coincidir con el título, con el contrato traslativo, si se otorga directamente en escritura pública y no hay reserva de dominio, pero no si otorga en documento privado, que después se eleva a escritura pública. La donación como negocio jurídico de disposición no puede tener por objeto bienes futuros, conforme al artículo 634, mientras que los contratos pueden tener por objeto bienes futuros, excepto la herencia de una persona viva o no abierta (art. 1.271) que no pueden ser objeto de tradición, puesto que no se puede entregar una cosa que no existe. La donación es un modo de adquirir, el contrato de finalidad traslativa es un título de adquisición que necesita del complemento de la tradición.

Que la donación sea también un contrato, lo confirma sin género de dudas el artículo 1.274 relativo a la causa de los contratos, entre las que incluye con terminología poco acertada la *causa donandi* (“en los de pura beneficencia la mera liberalidad de su bienhechor”) lo cual no sólo no es ningún obstáculo para que sea tratada como modo de adquirir, sino que es congruente con la exclusión del objeto de las donaciones de los bienes futuros y su posible objeto de los contratos como título traslativo, que no

(25) Ob. cit., pp. 282 y s.

admite modo y con la afinidad de las donaciones con los testamentos y su fuerte incidencia en las sucesiones.

Sobre su valor práctico (26). La trascendencia práctica del artículo 609 se evidencia en la consagración del título y el modo como medio para adquirir el dominio y los demás derechos reales y no como efectos de un contrato, que siguiendo el *Côde* había acogido el Proyecto de 1851 y que por inadvertencia se había mantenido en el artículo 606 del Anteproyecto de 1888 (27). Gran trascendencia tiene para mí su discutido y negado carácter exhaustivo, que es una garantía contra la arbitrariedad de las legislaciones autonómicas, no frente a los Derechos forales y contra las apropiaciones tan facilitadas en nuestro tiempo.

El valor científico o doctrinal del artículo 609 del C.c. tiene para nosotros la altura que resulta de los argumentos que usamos en su defensa.

IV. Los sistemas de transmisión de los derechos reales

Fundamentalmente son tres los sistemas que regulan la transmisión del dominio y de los derechos reales: el francés, de la transmisión consensual de la propiedad en virtud del pertinente contrato traslativo, conforme al artículo 711 del *Côde*, que dispone: “La propiedad de los bienes se adquiere y se transmite... y por efecto de las obligaciones”, confirmado por los artículos 1.138: “La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario...” y 1.583 referente a la compraventa, que dice: “Perfecta la venta entre las partes, la propiedad es adquirida de derecho por el comprador respecto del vendedor, desde que se ha convenido en la cosa y en el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el pre-

(26) Véase LALAGUNA, ob. cit., p. 392. Por otra parte, toda la doctrina, incluidos los detractores del artículo, están de acuerdo en esta evidencia, agregamos nosotros, hasta ALBALADEJO, ob. cit., p. 3, quien dice: “de la dicha inutilidad sólo se salva el extremo que proclama la admisión en nuestro ordenamiento de la teoría del título y el modo”.

(27) Sin embargo, LALAGUNA (ob. últ. cit., p. 392) parecía ser partidario de la inclusión en el C.c. de la inscripción entre los modos de adquirir en los casos en que tenga carácter de constitutivo, como en la hipoteca, derecho real de superficie (158 de la Ley del Suelo y 16 del RH), derecho real de opción (14 del RH), adquisición de la propiedad a favor de personas extranjeras en zonas de la Ley de 12 mayo de 1960 o sobre inmuebles rústicos (DL de 22 de marzo de 1962), a la que anuncia en el sumario que va a dedicar en la continuación del trabajo publicado en la RDP el último epígrafe de este trabajo, titulado: “La inscripción registral”, cuyo trabajo no publicó en dicha Revista o, al menos yo no lo encontré; sin embargo, en el que publicó cinco años más tarde en la *Nueva Enciclopedia Jurídica* Seix ya citado, que reproduce el anterior, salvo en el último epígrafe, en el VII, que titula “Precisiones sobre el concepto de tradición como modo de adquirir”, no se preocupa de la inscripción registral ni alude a ella, lo que puede entenderse como una rectificación de esa idea.

cio pagado” (28). Tiene para nosotros la gran ventaja de superar el problema posesorio de la *traditio* vivo en la práctica, no sólo a pesar de su avanzada espiritualización, sino fundamentalmente no aceptarse por todos la tradición instrumental y el inconveniente de mezclar o confundir el negocio jurídico obligacional con el de disposición; el contrato es fuente de las obligaciones y de los derechos reales, cuando el objeto de aquéllas son éstos, teniendo, en consecuencia, grandes dificultades los pactos de reserva de dominio de tanta relevancia práctica y otros análogos. Por otra parte, exige la causa para la validez del contrato en sus artículos 1.108 párrafo último, desarrollado en los artículos 1.131 y ss., que es un evidente índice de justicia y equilibrio como elemento moralizador del contrato, siempre muy importante en la solución jurídica de los problemas y sin base extrajurídica de los mismos.

El sistema alemán no tiene el norte ético de la causa, como se lee en el párrafo 929 de su Código civil respecto de los muebles, que exige para la transmisión de su propiedad, que el propietario entregue la cosa al adquirente y el acuerdo de ambos de que la propiedad debe transmitirse, salvo si éste está en posesión de la cosa, en cuyo caso basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad y el 873 relativo a los inmuebles, dice: para la transmisión de la propiedad de una finca, para su gravamen, así como para la transmisión o constitución del gravamen, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación en el Registro, si la ley no prescribe otra cosa y el párrafo 925 exige que el acuerdo sea declarado ante la Oficina del Registro con asistencia simultánea de ambas partes. Este sistema tiene el grave inconveniente del negocio jurídico abstracto, que como hemos dicho otras veces es un negocio sin norte ético, sin determinación, concreción ni sentido jurídico. En materia de inmuebles, que es la que aquí interesa, supera el problema traditorio en tanto posesorio, sustituyendo la tradición o modo por la inscripción, mezclando el contrato, el negocio jurídico de disposición, acuerdo entre partes de transmitir y adquirir la finca, con la publicidad para terceros, que no son parte en el acuerdo y haciendo de la inscripción un requisito del negocio jurídico de disposición, en lo que no veo coherencia jurídica. ERNEST TILL (29) plantea esta cuestión como problema de **conciencia del legislador**: “Si el acuerdo de las partes relativo a la trans-

(28) Este sistema fue acogido por el Proyecto de 1851, como se lee en sus artículos 548, “La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción” y 981, “La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; ...” y por otros códigos europeos, pero no por el español.

(29) “La teoría del *titulus* y del *modus acquirendi*” publicada la traducción de Antonio GARCÍA-TREVIJANO FORTE en la *RDN* de enero-marzo de 1954, p. 66.

ferencia de la propiedad pudiera constituir por sí solo, o sea sin referencia al negocio jurídico que yace en el fondo, una causa suficiente de justificación de la misma. En otras palabras, si es justo y equitativo separar del negocio jurídico concluido o de la validez del mismo, la voluntad de transferir la propiedad. Si tenemos en cuenta que la voluntad de transferir la propiedad está condicionada por la identidad del tipo del negocio concreto y por la validez del mismo, voluntad de transferir que incluye la de no transferir sobre la base de un negocio inválido o distinto y si tenemos en cuenta asimismo, que la voluntad de adquirir la propiedad sin obligación de una contraprestación, condicionada por el negocio jurídico idéntico y válido contiene voluntariamente la voluntad de no adquirir en caso de que falte tal supuesto, me parece, entonces, que esta separación es infundada y contraria a la equidad. El remedio que nos ofrece la *condictio* a favor de la parte lesionada es insuficiente. Se separan cosas que se pertenecen mutuamente para volver luego a componerlas con trabajo, si es que todavía pueden componerse. Debemos celebrar, por tanto, que los proyectos austríacos no se hayan sometido esta vez a la sugestiva influencia que la legislación alemana acostumbra a ejercer sobre la austríaca”.

TILL (30) resalta, que hoy (ese hoy es hace unos 50 años) estamos ya habituados a juzgar los principios jurídicos no por su fidelidad a las categorías abstractas, sino por su eficacia en la configuración de las relaciones humanas y critica los dos sistemas anteriores por romper con la doctrina del título y el modo en dos direcciones distintas: la legislación francesa sitúa el centro de gravedad de la transmisión en el título y la alemana en la dirección contraria, en el acuerdo de transferente y adquirente en que se transmita la propiedad mediante la entrega, si es mueble o la inscripción en el Registro si es inmueble, mas “en ambas legislaciones podemos observar, sin embargo, una especie de retorno a la dirección que postula la recíproca exigencia de ambos requisitos. El Código de Napoleón, en los casos de colisión, concede a quien la cosa fue entregada una preferencia sobre aquél a quien la cosa sólo fue prometida, aun cuando la promesa hubiese sido anterior (art. 1.141 del Código civil); el BGB otorga una *condictio* para obtener la restitución, contra aquél a quien se entregó sin *justa causa*. En consecuencia: en ambas legislaciones se relaja la conexión entre negocio causal y modo de adquirir, pero de ninguna manera desaparece”.

Los dos sistemas anteriores tienen para mí el mérito de eliminar un problema que se plantea en la teoría del título y el modo, acogida por nuestro C.c., a causa de cargar el acento en el juego que desempeñó la

(30) Ob. cit., pp. 59 y s.

posesión en la tradición y aún no se ha evitado que en algunos casos siga desempeñando, contrariando el sentido jurídico, al impedir al propietario, que no sea poseedor ni mediata ni inmediatamente, transmitir su propiedad y asimismo al titular de otro derecho real transmitir su derecho, lo que es absurdo en pura lógica e injusto en Derecho. Que el poseedor deslegitime al propietario para transmitir su derecho de propiedad es una reminiscencia, una incoherencia, que el nudo propietario, que no puede ser poseedor, porque el usufructuario lo es, mediato e inmediato o solamente mediato (31), si tiene arrendada la finca usufrutuada, siendo el arrendatario el inmediato y, sin embargo, el artículo 489 dispone que el nudo propietario puede enajenar su nuda propiedad; por otra parte, que la facultad de disposición en sus modalidades de enajenación o gravamen no puedan ejercitarse, porque un poseedor impide la tradición en la que se carga un acento posesorio, que ya descartaron las Edades Antigua y Medieval, buscando y encontrando remedios dentro de la teoría del título y el modo, no es admisible que hoy la empañen, quizá por una inercia de emparentar íntimamente tradición y posesión, cuando nuestro propio C.c. abre varios caminos para conservar la esencia de la tradición y superar en esos supuestos las contradicciones referidas, desenganchándola de la posesión: 1.º Espiritualización de la tradición con las modalidades de la tradición pactada y, especialmente, la instrumental (arts. 1.462-2 y 1.463). 2.º Reconduciendo la tradición a modo de adquirir complementario del contrato, que lo convierte en negocio jurídico de disposición, que actúa sobre el patrimonio del *tradens*, no por vía de obligación de transmitir, como haría el título, sino de transmisión del dominio o derecho real (artículo 609). 3.º En coherencia con el negocio de disposición, destacando que la esencia de la tradición consiste en el acuerdo de trans-

(31) LALAGUNA DOMÍNGUEZ: "Sobre el concepto y las clases de posesión" en el Libro *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, volumen VII, pp. 362 y ss., quien afirma certeramente que la distinción entre posesión mediata e inmediata está establecida por el parágrafo 868 del Código civil alemán y concluye que "es extraña al sistema jurídico español, pero no está exenta de utilidad en el ámbito de interpretación de las normas propias sobre la posesión en el derecho español", en este sentido cita la sentencia del TS de 22 de abril de 1988, que afirma que "cuando pertenece el dominio a otra persona, ésta conserva la posesión mediata". Estamos de acuerdo en que no puede identificarse esa clasificación con la posesión natural ni la civil, con la posesión que se ejerce en nombre propio ni ajeno, en concepto de dueño o en el de tenedor de la cosa o derecho perteneciendo el dominio a otra persona, de buena o de mala fe ni de cosas o derechos, que regula nuestro C.c., mas explica mejor la posesión por dos personas de una misma cosa, que la posesión ejercitada en nombre propio y ajeno; v. g. el usufructuario-arrendador es un poseedor mediato y en nombre propio y el arrendatario es también un poseedor en nombre propio y un poseedor inmediato, ambos de la misma cosa. El depositario y el mandatario, en los casos de los artículos 1.730 y 1.780 respectivamente del C.c., según LALAGUNA, ob. últ. cit., pp. 365 y ss.

mitente y adquirente de transmitir el dominio o derecho real. 4.º Destacando del artículo 1.462 párrafo primero que lo sustancial de la tradición es poner la cosa **en poder** del adquirente, o sea, conferirle el dominio o derecho real, con lo cual tendrá directa o indirectamente la posesión a su voluntad, que es, por tanto, accidental en la transmisión y como ponen de relieve este aspecto las formas de tradición pactada y el reconocimiento de la facultad de enajenar al nudo propietario por el artículo 489, que le falta la posesión (32). Nuestro esfuerzo camina a eliminar ese escollo del poseedor, habiendo recibido la institución interesantes estudios y aportaciones (33).

V. La teoría del título y el modo

Nuestro C.c. sigue la teoría del título y el modo en la transmisión del dominio y de los demás derechos reales inmobiliarios a cuyo aspecto se concreta este estudio y consideramos que teórica y prácticamente es superior al sistema francés y al alemán, siempre y cuando que lo actualice-

(32) En este sentido se pronuncia con rotundidad LALAGUNA DOMÍNGUEZ en su artículo citado "Los modos de adquirir...", pp. 575 y ss., quien afirma: "La tradición, como consecuencia de un acto de transmisión del titular legítimo del derecho, produce el efecto inmediato del ingreso del derecho en el patrimonio del adquirente: como consecuencia del acto de transmisión, el efecto típico de la tradición consiste en que la atribución del derecho al adquirente, implica, correlativamente, la pérdida del mismo derecho en el transmitente. *Sin este doble efecto correlativo, aunque medie entrega de la cosa, no hay propiamente hablando tradición* (la letra cursiva es mía). La entrega no significa tradición y, consiguientemente, el efecto de la entrega no puede ser el de la adquisición del derecho, sino simplemente de la posesión de la cosa".

(33) Entre los que destacamos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: "La teoría del título y el modo", publicado en la *RCD*, I, año 1925 y recogido en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, tomo I, pp. 297-306; "Desde la teoría del «título y el modo» «al llamado principio del consentimiento»", publicado en la misma revista, el mismo año y recogido en dichos *Estudios*, pp. 307-320; "El título y el modo en el Derecho español", publicado en la misma revista el año 1928 y también recogido en dichos *Estudios*, pp. 321-333; y "La tradición de fincas en los instrumentos públicos", ya citada, que fue una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en enero de 1943 y recogida también en dichos *Estudios*, pp. 334-358; ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945, que contiene las tres conferencias que el autor pronunció en la referida Academia los días 14 y 21 de abril y 1 de mayo de 1944; GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, pp. 510 y ss.; NÚÑEZ-LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*, ya citada, publicada en 1950, pp. 105-167; PASCUALE VOCI: *Modi di acquisto della proprietà*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 67-158; MIQUEL, Juan: "La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos", separata de un artículo publicado en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1961, pp. 515-529; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: "Los modos de adquirir...", ya citado, publicado en 1978 en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, pp. 574-578; NAVARRO CASTRO: "La tradición instrumental", ya citada; y BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *Tradición instrumental y posesión*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999.

mos, sin identificar tradición con la posesión o con la entrega material del derecho real transmitido como se la acostumbra a explicar y reconducirla a un simple modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales, consistente en poner en poder y posesión más o menos espiritualizada al adquirente o en un acuerdo entre transmitente y adquirente referente a la transmisión y adquisición del dominio y de los demás derechos reales y ver en la manifestación de tradición la instrumental, una tradición, un negocio jurídico de disposición en virtud del cual, una vez perfeccionado, el derecho real inmobiliario sale del patrimonio del *tradens* e ingresa en el del *accipiens* por el mero acuerdo entre ambos de la transmisión y adquisición de la propiedad u otro derecho real inmobiliario y en el contrato traslativo el negocio jurídico obligacional, que constituye su justa causa, su causa (34). Contemplemos un ejemplo de ambos negocios jurídicos, el obligacional o título y el de disposición, modo o tradición. Pensemos en la compraventa, donde la modificación de los patrimonios de una y otra parte opera así: la finca vendida no sale del patrimonio del vendedor, pasa del activo del mismo a su pasivo e ingresa en el activo del patrimonio del comprador, no como derecho real, no como derecho de propiedad sobre la finca vendida, sino como derecho de crédito de cosa cierta y determinada, de la finca, creando un *ius ad rem* a favor del comprador y a cargo del vendedor consistente en la obligación de entregar la finca, que se convierte en *ius in re* con el modo, con la tradición en cualquiera de las formas consagradas en los artículos 1.462, 1.463 y 1.464, sea real, instrumental, simbólica o fingida, consista en que el vendedor ponga “en poder y posesión” de la finca vendida al comprador, le entregue las llaves, le otorgue la escritura, etc., porque en todos los supuestos hay un acuerdo expreso o tácito entre comprador y vendedor, no de obligarse éste a entregar la propiedad de la finca a aquél, sino de transmitir el vendedor la finca al comprador y de adquirirla éste, que es la esencia del negocio jurídico de disposición propio de los derechos reales y que en su virtud la finca pasa del activo del patrimonio del vendedor al activo del patrimonio del comprador como *ius in re* y no como *ius ad rem* (35), como ocurre en la compraventa como negocio jurídico obligacional, sin complementarla el modo, la tradición. Ese acuerdo entre el *tradens* y el *accipiens* de transmitir y adquirir el dominio o ese efecto querido por ambos, es la sustancia y esencia de la tradición instrumental y de la pactada como modos.

(34) Como dice NÚÑEZ-LAGOS: “Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria”, *RDN*, julio-diciembre de 1962, p. 140: “La *traditio*, como modo de adquirir, ha sido absorbida por el acto de disposición, concepto más amplio y más técnico, síntesis y compendio, en el artículo 18, de los llamados títulos sujetos a inscripción en el artículo 2.º”.

(35) Para una reseña del *ius ad rem* en el Derecho feudal, canónico y civil, véase GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: “La teoría del título y el modo”, cit., pp. 300 y ss.

A. Antecedentes.

La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 dice: “Nuestras leyes siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, por tanto las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo naciera de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles”, citada por don JERÓNIMO GONZÁLEZ (36), quien agrega, “La teoría del título y del modo tiene, en efecto, sus raíces más hondas en los requisitos de la *traditio* romana, pero han sido necesarias poderosas corrientes filosóficas e influencias característica del derecho medieval para que asuma la forma absorbente y dogmática que presenta a fines del siglo XVIII en la técnica jurídica.

a. *La traditio en el derecho romano.*

VOCI (37) la define así: “*Traditio* es la entrega o, más general, la puesta disposición de la cosa, la cual, por la concorde voluntad del transmitente y del adquirente, deriva el transferimiento de la propiedad del uno al otro.

“La *traditio*, como entrega, es un acto que puede causar la adquisición de la detentación, de la posesión o de la propiedad: de la voluntad de las partes sólo puede inferirse qué efecto debe tener en el caso concreto.

“La *traditio* vale como modo de adquirir la propiedad sobre las *res nec Mancipi* en derecho arcaico y clásico: desaparecida en derecho justiniano la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, ella es un modo general de adquisición.

“La *traditio* tiene estructura posesoria: lo que significa que por ella se adquiere tanto la propiedad como la posesión. “Aquí sólo debe observarse que no debe confundirse estructura de hecho con naturaleza de hecho. La *traditio* tiene naturaleza de derecho no obstante su estructura de hecho; es, también, un negocio que no se puede agotar en una declaración de voluntad, ya que agrega a los requisitos comunes de otros negocios, uno propio, la transmisión de la posesión: tiene naturaleza de derecho que produce aquel efecto jurídico tan importante como es la adquisición de la propiedad”.

La *traditio* es un negocio bilateral y abstracto.

(36) “La teoría del título y el modo” ya citada, p. 298.

(37) *Modi di acquisto della proprietà* ya citada, p. 67.

1. Naturaleza bilateral o unilateral de la traditio.

Más adelante VOCI (38) plantea la cuestión de si es necesaria la voluntad o consentimiento del transmitente y adquirente o es suficiente la voluntad de uno solo de ellos.

Una primera teoría, que se podría llamar tradicional, sostiene que la *traditio* para ser válida, presupone el acuerdo de ambos. SAVIGNY cualifica la *traditio* como contrato real (39): contrato, porque requiere el acuerdo de las partes; real porque está dirigido a la transmisión de la propiedad.

Otra teoría sostiene que sólo es necesaria la voluntad del *tradens* y una tercera, que sólo es necesaria la voluntad del *accipiens*.

Según la doctrina tradicional, es necesario que el transmitente quiera transmitir la propiedad al adquirente (*animus transferendi dominii*) y que éste quiera adquirir la propiedad sobre la cosa. Mas la doctrina tradicional es fuertemente criticada por quien cree que voluntad suficiente, en el transmitente y en el adquirente, sea aquella de transferir, y respectivamente adquirir, la posesión de la cosa. La estructura posesoria de la *traditio* tendría aquí uno de sus más importantes reflejos. Hay, pues, quien distingue entre el derecho clásico y justiniano: el primero se contentaría con la voluntad posesoria, el segundo requeriría el *animus transferendi dominii*. Esta tesis no se puede decir que está fundamentada en las fuentes, lo que demuestra VOCI examinando los textos aducidos por sus partidarios (40).

2. Entrega de la cosa.

Este romanista estudia con amplitud el sentido de la entrega de la cosa en la tradición (41): “*traditio*, entrega, es estrictamente el paso de las manos del transmitente a las del adquirente. Presupone, por tanto, la simultánea presencia de las partes y de la cosa. Pero como la *traditio* es realizada para asegurar la toma de posesión por parte del adquirente, de este modo se piensa que cualquier acto del transmitente, por el cual la cosa sea puesta a disposición del adquirente, valga para transferir la propiedad. De la entrega se pasa así a la puesta a disposición: los romanos han aclarado la diversidad de los conceptos y de los términos, tanto que

(38) Ob. cit., pp. 91 y 95 y ss.

(39) No en el sentido de nuestros contratos reales, contrapuestos en su perfección a los consensuales y formales.

(40) Véanse las pp. 95 y ss. donde hace el estudio.

(41) Ob. cit., pp. 111 y ss.

hablan propiamente de *traditio* sólo en el primer caso, pero han aclarado también que la extensión no implica un sustancial cambio, dado que el problema se mantiene planteado en los términos de la pérdida y adquisición de la posesión. Aun planteada en sus términos posesorios está la cuestión, cuando el transferimiento se actúa mediante el simple cambio del *animus* (*traditio brevi manu, constitutum possessorium*) se va más allá de los términos posesorios cuando se entiende realizado el transferimiento sin la inmediata toma de posesión, sino por el cumplimiento de acto simbólico o sin el cumplimiento de ninguno". Se pueden distinguir tres modelos:

- a) Paso de la propiedad por la puesta a disposición de la cosa.
- b) Paso de la propiedad por cumplimiento de un acto simbólico.
- c) Paso de la propiedad sin tradición real ni simbólica.

"El Derecho romano ha llegado a conocer en el curso de historia las tres posibilidades antes descritas: el derecho clásico se ha mantenido firme en los términos posesorios de la cuestión, que han sido superados por el derecho postclásico y justiniano". Y añade se debe pasar al examen de las singulares figuras de *traditio* para percibir este desenvolvimiento histórico.

El último supuesto es el que interesa a nuestra tesis, para fundamentarla también en el argumento de que en el Derecho romano la tradición tenía también lugar por el acuerdo de transmitente y adquirente, pues sería contrario a derecho que el poseedor por otra vía distinta de la usucapción pudiera arrebatar jurídicamente al propietario su derecho de propiedad o al titular de otro derecho real el suyo y ese caso lo recoge VOCI (42) en el número XIII de los diecisiete, que expone en estos términos: "Una regla que el derecho justiniano no podía no formular, era la siguiente: Reconocida la *traditio* como modo de adquisición general del dominio; **reconocida la necesidad práctica e imprescindible de asegurar al propietario no poseedor la posibilidad de transferir su derecho: de ella deriva la admisión de la *traditio* como mera declaración de voluntad, que se realiza por el propietario no poseedor**". Y cita el texto del Digesto 23, 5, 16, "Si la mujer transmitió en dote a su marido la propiedad del fundo que Ticio poseía de buena fe y podía adquirir por la posesión de largo tiempo, y el marido se descuidara en pedir el fundo, pudiendo hacerlo, se hace responsable de su pérdida; ... "El texto clásico suponía una *mancipatio*: la mujer *mancipatio dat* su fundo dotal, poseído por otro. Se transmite la propiedad de él, puesto que de un fundo es posible la *mancipatio* realizada lejos de él. Sustituida la *mancipatio* por la *traditio*, ésta se vacía necesariamente de todo contenido posesorio".

(42) Ob. cit., p. 130.

3. *La justa causa en la tradición.*

La cuestión respecto de la teoría del título y el modo no tendrá otra trascendencia que enraizarla en el Derecho romano con más rigor, aunque no creemos que pueda expedirse en él el acta de nacimiento.

La doctrina, fundada en las fuentes contradictorias, discute la naturaleza abstracta o causal de la tradición.

Escribe VOCI (43) recogiendo una sugerencia de las fuentes (D. 36, 1, 67, 4) se puede sostener que son tres las funciones fundamentales que la *traditio* cumple: *causa solvendi*, *causa credendi*, *causa donandi*. Si se observa el régimen de la *traditio* respecto de cada uno de estas funciones, se infiere que es un negocio abstracto y esto por los argumentos que siguen y resumo: La *traditio solutionis causa* tiene efecto traslativo de la propiedad, tanto si se trata de cumplir una obligación existente (*solutio debiti*) como inexistente (*solutio indebiti*) ya que en este último supuesto, a pesar de la ausencia de causa la propiedad se transmite, concluyendo que la *traditio* prescinde la causa, o sea que es abstracta. El pago a un gestor sin mandato, si el acreedor lo ratifica (D. 46, 3, 58, pr.) o el pago de una obligación condicional pendiente la condición (D. 12, 6, 16, pr. y 46, 3, 16) etc., etc.

Algunos pasajes de las fuentes, continúa VOCI (44), hablan de *iusta causa traditionis*, y se afirma que la *traditio* transmite la propiedad, si la acompaña una *justa causa*, mas estos pasajes no fundamentan que la *traditio* sea un negocio causal. A este propósito observa VOCI: a) Si se la compara con la *usucapio*, los juristas romanos exponen completamente o, al menos, extensamente, las singulares *iustae causae*; mientras que en la tradición se contentan con señas incompletas y genéricas, porque la justa causa tiene significado diverso en los dos casos. En la usucapión es un elemento causal que falta en la tradición. b) Si consideramos la venta como causa, se debería poder decir que la venta es la circunstancia objetivamente justificadora, la cual, en virtud de su estructura, comporta el traspaso de la propiedad del *tradens* al *accipiens*, lo “que no es verdad, porque la venta no comporta en sí obligación de transferir la propiedad y si a una circunstancia objetiva no se la puede invocar, es indispensable invocar una circunstancia subjetiva, la voluntad de las partes, que más allá de los esquemas jurídicos de la venta quieren el transferimiento”. c) Por último, un pasaje de ULPIANO, que menciona la *iusta causa traditionis* en el tema de la *Publiciana* (D. 6, 2, 3, 1,) presupone la existencia de la justa causa, donde falta el traspaso de la propiedad (de otro modo no recurriría a la *Publiciana*). Si la justa causa existe donde la propiedad

(43) Ob. cit., pp. 138 y ss.

(44) Ob. cit., pp. 143 y ss.

no se transmite, se deduce que no es una circunstancia objetivamente justificativa de la transmisión”.

“El término *iusta causa traditionis* no significa, pues, que la *traditio* sea un negocio jurídico causal”.

“Del hecho que la causa no sea un elemento jurídicamente relevante en la *traditio*, se desprende que si las partes no están de acuerdo sobre el fin para el cual se realiza, su disenso no es obstáculo para la transmisión de la propiedad: presuponiendo, naturalmente, que cada uno quiera la transferencia de la propiedad. Mas a este propósito existe una antinomia entre un texto de JULIANO y otro de ULPIANO” acerca de la irrelevancia o de la relevancia del *dissensus in causa*:

El de JULIANO está por su irrelevancia y es el D. 41, 1, 36 y dice: “Cuando estamos de acuerdo en la cosa misma objeto de la entrega, «*traditur*» (*mancipio datur*) pero no en la causa de la tradición, «*traditio*» (*mancipio*) no veo por qué no ha de valer la tradición; por ejemplo, si yo me creo que debo entregarte un fundo, «*tradam*» (*mancipio dem*) a causa de un legado y tú crees que te lo debo por estipulación; porque también si yo te doy una cantidad de dinero en donación y tú la recibes como prestada, consta que se te transfiere la propiedad y que no lo impide el que no estemos de acuerdo respecto de la causa de dar y recibir”. La *traditio*, que sustituye a la *mancipatio*, son conjuntamente citadas porque son negocios jurídicos abstractos las dos. Otra cosa es de señalar, que JULIANO habla de desacuerdo en la causa, pero no en el título de la *solutio*, lo que significa que él no tiene un concepto de la *solutio* como causa autónoma de la *traditio*.

El texto de ULPIANO es el del D. 12, 1, 18, pr., está, al contrario, por la relevancia del *dissensus in causa*:

“Si yo te hubiese dado una cantidad con intención de donarla, y tú la recibes como mutuada, escribe JULIANO, que no hay donación, pero que hay que ver si no resulta mutuada. Y opino que tampoco está mutuada, y que las monedas no se transmiten al que las recibe, toda vez que recibió con otra intención. Por esta razón (frase por la que sustituyo la traducción de *quare* para resaltar el argumento de VOCI), si la hubiese consumido, aunque esté obligado por la condición, sin embargo, podrá usar de la excepción de dolo ya que las monedas fueron consumidas con el consentimiento del que las dio”. Este texto, según VOCI, a diferencia del anterior, que es riguroso e irreprochable, está interpolado, pues, si las monedas no se transmitieron, como se sostiene en el inciso precedente, la reclamación puede hacerse primero por la vía reivindicatoria (45) y

(45) Aunque hoy la identificación del dinero es poco probable, lo que sería un obstáculo para ejercitar la acción reivindicatoria, en el Digesto 12, 6, 29 se admite “si subsiste el dinero, se reivindicará, pero una vez consumido tendrá lugar la *condictio*”. Se refiere a pagos

después por la *condictio*; no obstante, VOCI cree, con fundamento, que esa discrepancia entre JULIANO y ULPIANO no ha existido y que la citación que éste hace a aquél, contempla el problema, no si la *traditio* es válida, sino si lo es el negocio precedente. Por último niega también que pueda tener valor el texto de ULPIANO en el derecho justinianeo.

Finalmente afirma VOCI (46) que “entre la causalidad de la *traditio* y la *iusta causa traditionis* no hay correlación necesaria. La *traditio* es un negocio abstracto y sin embargo tiene necesidad de la *iusta causa*. Lo que significa que la *iusta causa* no tiene en sí un valor causal en el sentido moderno del término. *Iusta causa traditionis* es sólo el indicio exterior, que existe la voluntad de las partes dirigida a la transferencia de la propiedad. En su valor de indicio exterior, no importa que ella sea efectiva o putativa, porque tenga una u otra calificación, significa siempre que hay una voluntad. Puede faltar la causa en sentido moderno y existir la *iusta causa* en sentido romano, la cual tiene una significación meramente subjetiva”.

SOHM (47) ya calificaba de abstracta la tradición y resolvía la antinomia de los textos de JULIANO (41, 1, 36) y ULPIANO (12, 1, 18, pr.) en el mismo sentido que VOCI. También SERAFINI (48), quien acoge la tesis de JULIANO, al no exigir “que las partes estén contestes en el motivo por el que una quiera transmitirla y la otra adquirirla, cuando en general estén conformes con dichas transmisión y adquisición”. BONFANTE (49) admite “que si la obligación precedente es meramente supuesta o inválida, a pesar de esto la propiedad se traspassa, ya queda excluida la *reivindicatio* y solamente puede repetir contra el objeto mediante una acción obligatoria, *condictio indebeti, sine causa*, etc., ejercitable contra el accipiente, no contra los terceros”.

Sin embargo, otros romanistas consideran la *traditio* “un acto esencialmente causal, pues es siempre el complemento de otro acto anterior que opera como justa causa para que resulte la adquisición de la propiedad, como D’ORS (50), a quien sigue GARCÍA GARRIDO (51). JUAN IGLE-

hechos por un pupilo sin autorización de su tutor o por un loco o pródigo y en el mismo sentido reivindicativo del dinero D. 46, 3, 14, 8.

(46) Ob. cit., pp. 147 y ss.

(47) *Instituciones de Derecho privado romano - historia y sistema*, 17.^a edición, corregida por MITTEIS, sacada a la luz por WENGER y traducida por Wenceslao Roces. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresa en 1936, pp. 264 y s.

(48) *Instituciones de Derecho romano*, 9.^a edición ordenada por GIAMMICHELE traducida por Juan DE DIOS TRÍAS y corregida, completada y puesta al día por J. M.^a TRÍAS DE BES, Espasa Calpe, S.A., pp. 391 y s. del tomo I.

(49) *Instituciones de Derecho romano*, traducción de BACI y LA ROSA y revisada por CAMPUZANO HORMA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, p. 270.

(50) *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 1960, p. 125.

(51) *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 1985, pp. 211 y ss.

SIAS (52) dice: “Para que la simple entrega *-nuda traditio-* implique adquisición de propiedad, es menester que descanse en una *causa* a la que el ordenamiento jurídico atribuya eficacia transmisora... entre la *causa dandi* y la *causa accipiendi*, ha de haber pleno acuerdo, el disenso sobre un elemento imprescindible *-esencial-* para existencia del negocio, cual es su propia causa, impide el traspaso del dominio. Del disenso en la causa deriva la falta de causa, y de aquí la imposibilidad de la transmisión. Este es, a nuestro entender, el principio dominante en la época clásica”. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ (53), considera la justa causa un elemento objetivo de la *traditio* distinto de la voluntad de las partes. SCHULTZ (54) cree que los juristas clásicos en la vieja cuestión de determinar si la *causa traditionis* era exigida por el Derecho clásico se atuvieron a las dos reglas siguientes: “1. La *causa traditionis* fue exigida, pero esta exigencia significa únicamente, que se requirió el convenio de las partes sobre la finalidad legal de la transmisión, esto es, sobre si la *traditio* se hacía *venditionis causa*, *donationis causa*, *dotis causa*, *solutionis causa*, *mutui causa*. Cuando no se da este acuerdo, la *traditio* carece de validez. Si por ejemplo una persona entrega a A una suma de dinero como donación y A lo acepta como préstamo (*mutuum*), no hay en tal caso *causa traditionis*, pues las partes no están acordes sobre la finalidad de la transmisión de la propiedad. En este supuesto la propiedad no es transmitida a A y no hay *donatio* ni *mutuum*. 2. No se requiere otra causa... Se daba *solutionis causa*, si las partes acordaban que la cosa fuese dada *solutionis causa*, pero no se exigía en cambio que la deuda existiese realmente. *Venditionis causa* se daba, si las partes convenían que se diese la cosa *venditionis causa*, pero no se requerirá en tal caso la existencia de un contrato válido de compraventa.

SCHULTZ (55) afirma que una transmisión de la propiedad por simple convenio fue totalmente desconocida en el Derecho clásico, si bien era indispensable la transmisión de la posesión, del poder físico sobre la cosa.

NAVARRO CASTRO (56) en el epígrafe “Naturaleza causal o abstracta de la tradición” expone los textos aducidos a favor de una u otra posición y sin entrar profundamente en el problema, afirma que “un importante sector de la doctrina romanística parece inclinarse por una postura

(52) *Derecho romano - Instituciones de Derecho privado romano*, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, reimpresión de la 6.ª edición revisada y aumentada de 1972, p. 290.

(53) *La propiedad y los modos de adquirirla en Derecho romano y en el Código civil*, Impre-disur, Granada, 1991, pp. 150, 152 y 159 y s.

(54) *Derecho romano clásico*, traducida por SANTA CRUZ TEIGEIRO. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 336.

(55) Ob. cit., p. 337.

(56) Ob. cit., pp. 53 y ss.

eclectica, manteniendo que durante la época clásica la tradición fue casual y posteriormente abstracta”. Siendo ésta la postura de JÖRS y KUNKEL (57), a quien cita.

Especial referencia en esta materia merece la monografía de URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ (58), quien cita como textos más seguros en los que podría encontrarse una base para la construcción de la tradición como *causal* los siguientes: “Así si tengo un vestido u oro o plata, ya sea por causa de venta, o de donación, o por cualquier otra causa, la cosa se hace tuya inmediatamente, con tal que yo sea dueño” (Instituciones de GAYO, II, 20).

“La tradición es la enajenación propia de las cosas no mancipables. El dominio de estas cosas lo adquirimos por obra de la misma tradición; conviene a saber: si nos han sido entregadas por una justa causa” (ULPIANO, XIX, 3, 7).

“La simple tradición nunca transfiere el dominio, a no ser que le preceda (*praecesserit*) una venta o cualquier otra causa justa (por la cual se realiza la tradición)” (D. 41, 1, 31). El inciso final de este fragmento de PAULO, HERNÁNDEZ TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO Y BURILLO lo traducen, “u otra causa que justifique la tradición”. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ (59) dice que es seguro que el texto original de PAULO no decía *praecesserit* (preceder), sino *processerit* (tener lugar, proceder, ocurrir).

En cambio, abonan argumentos a favor de la tradición abstracta el del (D. 41, 1, 9, 3): “Estas cosas que se hacen nuestras por tradición, son adquiridas por nosotros por virtud del derecho de gentes, pues nada hay tan conforme a la equidad natural como dar por válida la voluntad de un propietario que quiere transmitir su cosa a otra persona”. Cita otros que no los cree con valor probatorio, D. 44, 7, 55 y C. 2, 3, 20. Alega también en este sentido que la *traditio* vino a sustituir a la *mancipatio* y ésta era abstracta.

Mas hay otros argumentos que según la distinta valoración pueden apoyar una u otra tesis. Así, “a favor de la tradición abstracta, el hecho de que en caso de que haya sido entregada una cosa en pago de lo indebido o a consecuencia de una causa torpe o injusta, al tradente no se lo otorga la acción reivindicatoria contra el accipiente, sino una acción personal: la *condictio in debiti* o la *condictio ob turpem vel iniusta causam*. Ello supondría que la propiedad se ha transmitido a pesar de que

(57) *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por KUNKEL, traducida de la 2.^a edición alemana por PRIETO CASTRO, Editorial Labor Barcelona, 1937, pp. 181 y ss.

(58) *El problema de la causa en la tradición*, ya citada, pp. 24 y ss.

(59) Ob. cit., pp. 159 y s.

no exista causa o que ésta sea torpe o injusta. (D. 12, 6, 19, 4; D. 12, 6, 20; D. 12, 6, 21; D. 12, 6, 26, 4; D. 12, 6, 32, 1; D. 12, 6, 37)” y no se puede pensar en una causa putativa, pues cabe la posibilidad que el adquirente sea de mala fe y la solución no cambia en los textos. Mas estos argumentos no son definitivos, ya que en estos casos la reivindicatoria no se puede ejercitar, porque los bienes han sido consumidos [seguro cuando se trata de dinero: D. 46, 3, 14, 8; D. 12, 6, 29; D. 12, 1, 11, 2; GAYO, 2, 82, etc., menos seguro si se trata de otra cosa fungible: GAYO, 2, 79; D. 12, 1, 23 (60)]. Por otra parte existen una serie de *condictiones*, *iniusta causa*, *sine causam* y *ex lege*, que se otorgan también al propietario (D. 25, 2, 6, 5; D. 25, 2, 25).

URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ (61) plantea a continuación el problema de la antinomia del texto de ULPIANO (D. 12, 1, 18, pr. y 1) y de JULIANO (D. 41, 1, 36) favorables respectivamente a la tradición causal y a la abstracta y entiende que el 18 pr. aborda un problema de transmisión de propiedad ajeno a la esencia del fragmento y explica la palabra *quare del mismo párrafo* estimando que por el hecho de que el dinero haya sido consumido, sin existir contrato previo que justifique la entrega, se da la *condictio* (ya que por el hecho de la consumición no se puede interponer la reivindicatoria); pero la circunstancia de que en último término ha habido voluntad de transmitir en el tradente, se puede oponer la *exceptio doli*, que no se puede oponer en el 18,1, porque en este supuesto no ha existido tal voluntad. De esta forma pueden explicarse ambos textos y queda en pie, en el 36, la explicación un tanto revolucionaria de JULIANO de una tradición abstracta.

NÚÑEZ-LAGOS (62) considera que el célebre texto de JULIANO está interpolado y “los trabajos de LENEL llevan a reconstruirlo en su primitiva redacción: en donde JUSTINIANO dice traditio, inicialmente ponía *mancipatio*. Con la *mancipatio*, que desde luego era abstracta, era lógico que hubiera transferencia de dominio, no obstante el disenso en la causa. No es lícito aplicar igual conclusión a la *traditio*”.

A propósito de la *condictio indebiti*, NÚÑEZ-LAGOS se pregunta “¿Por qué, si la causa es un requisito constitutivo de la transferencia, la falta de causa, no lleva en el pago indebido, a la nulidad y a la reivindicación?” (63) BERNHÖFT, a quien sigue, dice, que se juega con dos conceptos dis-

(60) Ursicino ÁLVAREZ cita D. 2,1,23 por error de imprenta en la p. 30 *in fine*.

(61) Ob. cit., pp. 31 y ss.

(62) “Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*”, *RCDI*, mayo-junio de 1961, pp. 596 y nota 43 y 602 y s.

(63) En la nota 71 contesta NÚÑEZ-LAGOS a esta pregunta, “Porque, entre otras razones, la reivindicación es inaplicable a las cosas fungibles”. Y se puede añadir, lo mismo que a las consumibles no identificables.

tintos de la palabra causa, el de la tradición, que es diferente al de causa en la *condictio*. En la tradición, la causa es la relación jurídica obligacional, apta, según la ley, para adquirir la propiedad mediante un pago y en la *condictio* es más concreta e individualista. Encierra en sí todas aquellas presuposiciones subjetivas que las partes han previsto como finalidad de la entrega. La *traditio* no es más que una *naturalis equitas* de una previa obligación de dar.

NÚÑEZ-LAGOS hace suya la afirmación de FUCHS (64): “Con excepción de HUPKA y SCHÖNBAUER todos los actuales romanistas están de acuerdo que la *traditio* clásica, no ha sido abstracta, sino causal, que el *animus dominii transferentia et accipiendi*, en el sentido de SAVIGNY, no ha tenido efecto alguno de transferir la propiedad”.

4. Nuestra conclusión.

Hemos expuesto ampliamente la construcción romana de la *traditio* tomada de los romanistas, principalmente de VOCI, quien hace un estudio en profundidad y en todos los aspectos de la misma, a diferencia de UR-SICINO ÁLVAREZ y de RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS que se limitan a su aspecto causal y abstracto, con el fin de confirmar la tesis de don JERÓNIMO GONZÁLEZ de las raíces romanas de la teoría del *título y el modo*. Previamente vamos a estudiar una cuestión que afecta a esta teoría, pero más directamente a unos aspectos de la misma, al de la tradición instrumental y a la transmisión de la misma por el simple acuerdo del transmitente y del adquirente.

La *traditio* es la puesta disposición de la cosa, la cual, por la concorde voluntad del *tradens* y *accipiens*, deriva la transmisión de la propiedad del uno al otro. Es necesario el consentimiento de ambos y en un principio es la entrega, que tiene lugar por el traspaso de la posesión material de la cosa, el único medio de poner la cosa a disposición del adquirente para que adquiera la propiedad. Después cualquier acto del *tradens* por el cual se ponga la cosa a disposición del transmitente, vale para transferir la propiedad y así se espiritualiza la entrega y la *traditio*. Aparece la *traditio longa manu*, ya no es necesario pisar y ocupar el fundo, basta que el *tradens* lo enseñe desde una torre, desde fuera, al *accipiens*, ya no hay contacto por tacto, sino ocular y auditivo. Con la *traditio brevi manu* y el

(64) En su libro *Iusta causa traditionis in der romanistischen wissenschaft*, 1952, según la cita de NÚÑEZ-LAGOS, de la que dice Juan MIQUEL que en esta obra puede encontrarse un buen resumen sobre la historia del dogma en su artículo “La doctrina de la causa, la tradición en los juristas bizantinos”, separata del *Anuario de Historia del Derecho Español* del año 1961, p. 515, nota 1.

constitutum possessorium la espiritualización se acentúa, pues el transferimiento se actúa con un simple cambio de *animus*, el arrendatario como poseedor mediato y en nombre ajeno se convierte en poseedor en concepto de dueño y en nombre propio (*traditio brevi manu*) o viceversa, poseedor en nombre propio y en concepto de dueño, que se convierte en poseedor nombre ajeno (*constitutum possessorium*). Con la tradición simbólica ocurre lo mismo, como son los casos de entrega de las llaves del almacén donde están guardadas las cosas o del piso o casa adquirido o por marcas o señales en las cosas o carteles en los inmuebles. Como dice VOCI, se va más allá de los términos posesorios, cuando se entiende realizado el transferimiento sin la inmediata toma de posesión, por el mero cumplimiento de un acto simbólico y aun sin el cumplimiento de ninguno, por la mera declaración de voluntad del propietario no poseedor, con lo cual se le asegura al propietario no poseedor la posibilidad de transmitir su derecho. El Derecho romano ha conocido estas tres posibilidades: el derecho clásico se ha mantenido firme en los términos posesorios, en la puesta a disposición, que han sido superados por el derecho post-clásico y justiniano con el cumplimiento del acto simbólico y después con el paso de la propiedad sin tradición posesoria, real, ficticia o simbólica.

El problema esencial para determinar la aceptación, más que la construcción de la teoría del título y el modo en el Derecho romano reside en la causa o en la justa causa de la tradición, o sea, si la justa causa de la tradición es el mero acuerdo de *tradens* y *accipiens* de adquisición o transmisión del dominio sin más o es necesaria una causa, un contrato anterior que justifique la transmisión de la propiedad. Si en el Derecho romano acontecía lo primero, que la propiedad pasaba al *accipiens* sin causa o con causa falsa, la teoría del título y el modo no nació ni vivió en el mismo, pues la tradición era en sí y por sí sola un modo de adquirir, era un negocio jurídico abstracto, un acto abstracto, que no necesitaba del título para ser un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales y la *mancipatio*, a la cual sucedió la *traditio*, era formal y abstracta y hay textos importantes que apoyan esta postura, como hemos visto; sin embargo, la tesis de la tradición causal tiene otros textos también importantes que la apoyan, razón por la cual, aunque prevaleciese la doctrina y la práctica de la tradición como acto traslativo abstracto, la construcción doctrinal de la tradición causal estaba ya hecha y la causa justificante de la transmisión, la donación, el contrato, es decir, el título, como elemento que complementaba la tradición para transmitir el dominio u otro derecho también y, en consecuencia, la teoría del título y el modo a la que sólo le faltaba la inserción indubitada en un ordenamiento jurídico concreto.

La cristianización del Derecho romano no parece haber influido a favor de la tradición causal, la cual protegería en el tráfico jurídico los derechos subjetivos ni de la tradición abstracta, la cual protegería el tráfico solamente. BIONDO BIONDI no contempla este problema en su obra *Il diritto romano cristiano* (65) en ninguno de sus tres volúmenes ni en las páginas que destina al *Diritto romano e cristianesimo* en el tomo I de sus *Scritti Giuridici* (66).

b. La Edad Media y Moderna.

Las cuestiones que en el medievo en esta materia inquietan a los juristas tratan de resolverlas sobre los textos del Derecho romano, siendo los dos que la polarizan el de JULIANO (D. 41, 1, 36,) y el de ULPIANO (D. 12, 1, 18, pr.).

1. Los escoliastas.

Son los comentaristas bizantinos del *Corpus iuris*, cuyo modo de trabajar es paralelo a los glosadores (67). Se plantearon el problema de la naturaleza abstracta o causal de la tradición a propósito de los referidos textos de JULIANO y ULPIANO. En un principio, CIRILO sigue la opinión de ULPIANO, de que la propiedad no pasa, sin dar ninguna razón, aunque en otro esolio, comentando un texto de POMPONIO (D. 13, 1, 12, pr. 1.) acepta la opinión de éste, que sin voluntad no puede transmitirse la cosa a otro. “Vemos (68), por tanto, que la idea de la *voluntas rem transferendi*, que es un requisito indispensable para la adquisición de la propiedad, estaba ya como flotando en el ambiente”. Aquí solo hay una voluntad unilateral y para llegar al contrato real abstracto hace falta que sea bilateral y que esta voluntad aparezca desconectada de la *iusta causa*. El primer estadio se alcanzó con ESTÉFANO y el segundo con NICEO.

ESTÉFANO plantea el supuesto inverso de ULPIANO, que el tradedente quiera dar en mutuo y el accipiente reciba en donación, entiende que no procede la *exceptio doli*, pues no hay coincidencia de voluntades; sin embargo, en el supuesto de ULPIANO, en principio no hay donación, pero

(65) Editada por la Giuffrè de Milán en 1954.

(66) *Diritto romano - probemi generali*. Giuffrè, Milán, 1965, pp. 541 a 717.

(67) Véase sobre ellos la monografía citada de MIQUEL, Juan: “La doctrina de la causa, la tradición en los juristas bizantinos”, pp. 515 y ss., diciendo en su nota 3, que SONTIS “ha avanzado la sugestiva hipótesis de que los escoliastas bizantinos más antiguos (siglos VI y VII) ejercieron una influencia directa sobre los glosadores, hasta el punto de hablar de una recepción bizantina por éstos”.

(68) MIQUEL, Juan: ob. cit., pp. 521 y ss.

desde el momento en que el accipiente emplea la *exceptio doli* es porque consiente en la donación. ESTÉFANO entendía que el negocio no está viciado desde el principio, sino que dependía de la aceptación del donatario. Para MIQUEL la única interpretación posible es admitir que mientras un escolio justifica la *condictio* partiendo de la *consumtio*, el otro explica la *exceptio* partiendo de la *donatio*, en consecuencia, el acuerdo de voluntades puede darse en cualquier momento, incluso en el de la tradición, con lo que encontramos ya en ESTÉFANO el acuerdo real causal, mas para que aparezca el contrato real abstracto, se necesita que se configure a la tradición como contrato y se la separe de su causa.

CONSTANTINO NICEO afirma que no hay contradicción entre ambos textos, sino que de ambos se desprende claramente que pasa la propiedad, pues las partes están de acuerdo en el *corpus* y sus voluntades van dirigidas a la transmisión del dominio, bastando ese consentimiento para la transmisión por tradición, pues ésta es la naturaleza de la *traditio*. En la segunda parte de escolio da una explicación de las palabras *nummus accipiens non fieri*, “mientras el texto de ULPIANO contempla el contrato obligacional y afirma que las monedas no se hacen del accipiente, puesto que no quedan definitivamente en su poder, en el texto de JULIANO se refiere simplemente a la traslación del dominio”. Para NICEO basta la concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir la propiedad respectivamente. El negocio causal queda relegado a servir de mero indicio de la voluntad de transmitir. La tradición abstracta, contrato real abstracto, que el siglo XIX había de alcanzar una gran difusión doctrinal merced a la indiscutible autoridad de SAVIGNY, encuentra su expresión en el siglo XI en los escoliastas con el hallazgo casual de NICEO al intentar resolver la antinomia entre JULIANO y ULPIANO, según MIQUEL (69).

2. Los glosadores y los postglosadores (70).

El problema que se plantean los primeros es, si solamente es *iusta causa* el *iustus titulus*, el título perfecto o *verus titulus* o lo es también el *titulus putativus*, que para IRNERIO y AZO lo es en caso de una *iustissima causa erroris*, para PLACENTINO nunca. Para ACCURSIO, en los supuestos de *causa praecedens*, el *disensus in causa* lo traduce en un mero problema de imputación de pagos, valiendo la causa más grave y en el caso de

(69) Ob. cit., pp. 528 y s. FUCHS alega en contra que NICEO no emplea la palabra contrato, sino que habla simplemente de la voluntad concorde transmitir y que la exposición de esa voluntad bilateral de transmitir muestra que NICEO no la ha concebido como algo independiente de lo que las partes han querido, sino en un sentido causal. Esta crítica la rechaza MIQUEL.

(70) NÚÑEZ-LAGOS: “Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*”, citada, pp. 581 y ss., hace una exposición detallada y resumida de los comentarios de ambas escuelas.

error en la causa transmite siempre la propiedad y en los de *causa incontinenti* hay que estar a la intención de las partes; la causa putativa transmite la propiedad y la ausencia de ella, no. "ACCURSIO introduce por primera vez en la glosa *Nec enim sicut* la terminología escolástica de causa remota o título y, en general, negocio causal y causa próxima o modo de adquirir, *traditio* o *usucapio*; y cada una de estas causas tiene su causa, causa del título o causa de la obligación y la *iusta causa traditionis vel usucapionis* o *causa solvendi*".

Los postglosadores ARETINO, BARTOLO DE SASOFERRATO y BALDO DE UBALDIS enfrentan los textos de JULIANO (D. 41, 1, 36) y de ULPIANO (D. 12, 1, 18), pero la *traditio* la consideran causal, aunque en aquel texto se transmite la propiedad y en este no, incluso BALDO no contempla una *nuda traditio* o *traditio abstracta* (71).

3. Los humanistas de los siglos XVI y XVII (72).

Para DONELLUS hay transmisión de la propiedad siempre incluso en caso de disenso en la causa, aunque exige una mutua voluntad de transferencia, más el resultado no lo imputa a las fuentes, sino que está convencido de equidad (73). Para DONELLUS hay siempre transferencia de propiedad *ex contractu inutile*, si la transferencia fue querida por las partes. Pero es indispensable una causa. Para él la voluntad de transferir es siempre necesaria, mas esta voluntad está concebida como parte integrante de las intenciones causales. CUYACIO, por el contrario, ve en la causa un requisito esencial, el contrato con causa inútil no puede transferir la propiedad. Para este jurista el problema de los textos tantas veces citados de ULPIANO y JULIANO, no es de relación entre negocio causal y transferencia de la propiedad, sino meramente de si se ha realizado o no un préstamo. APEL recibe en Alemania la teoría del título y el modo que generaliza con la terminología de causa próxima y causa remota. Para él es suficiente la causa putativa, si en ella hubo consentimiento para ser transmitido, lo que es un verdadero contrato real; pero se produce con el título o causa, no con la tradición. HUGO, precursor de la escuela histórica y del contrato abstracto, afirma que no hay ningún texto que exija que la causa sea siempre precedente. "Cuando la causa no preceda, sino que coincida con la *traditio*, la causa está en la intención recíproca de

(71) NÚÑEZ-LAGOS, ob. últ. cit., pp. 583 y ss.

(72) NÚÑEZ-LAGOS, ob. últ. cit., pp. 585 y ss.

(73) Se apoya en las Instituciones de Justiniano L. II, T. 1, L. 40 "... Ya que nada más de acuerdo con los dictados de la equidad que el que se reconozca eficacia a la voluntad de transferir...".

transmitir y adquirir la propiedad (*animus transferendi et accipiendi domini*). El consentimiento para la transmisión de APEL, con HUGO, ha emigrado desde el contrato obligacional hasta la *traditio*. El contrato real abstracto se ha formado poco a poco en los entresijos de la teoría del título y el modo” (74).

B. El Derecho español.

Después de esta breve excursión de los antecedentes de la teoría del título y el modo desde la caída del Imperio Romano de Occidente hasta la consagración de la teoría del contrato real abstracto para la transmisión de los inmuebles en el BGB a finales del siglo XIX y de la exclusión de la tradición a principios de ese mismo siglo en el Códice por influencia del Derecho natural, vamos a aludir a nuestro Derecho, que históricamente acogió la teoría del título y el modo.

Las Partidas recibieron el Derecho romano, siguiendo los pasajes de las Instituciones, del Digesto y del Código, siendo relevante la ley 46, título XXVIII, Partida tercera: *Apoderan unos omes á otros en sus cosas, vendiendogelas, ó dandogelas en dote, ó en otra manera, ó cambiando-las, ó por alguna otra derecha razón. E decimos que por tal apoderamiento como este que faga un ome á otro de su cosa, ó que lo faga otro alguno por su mandato que pasa el señorio de la cosa á aquel a quien apoderase della*. Esta ley consigna la doctrina general en materia de tradición, como dice BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (75), quien había afirmado un poco antes (76), que el Derecho romano distinguió cuidadosamente el título del modo disponiendo que el uno sin el otro no transfería el dominio, invocando en este sentido los textos del D. 41, 1, 31, pr. y del C. 2, 3, 20. y también que “La doctrina romana paso al código de las Partidas, sin que en tan largo espacio haya ocurrido nada que decir de esas leyes, nada que oponer a aquella teoría”. La tradición que regula esta ley es la material, apoderando, poniendo la cosa en poder del adquirente. La ley siguiente se refiere a la *traditio brevi manu* y la 6.^a del título XXX de la misma Partida a la *longa manu*. La ley 47 antes citada alude a supuestos en que no es necesaria la tradición como en los contratos de sociedad, juicios divisorios y alguna de las donaciones hechas hasta cierto tiempo, si se designa la persona a quien hayan de pasar vencido éste.

(74) De la construcción de SAVIGNY me he ocupado, siguiendo a NÚÑEZ-LAGOS, anteriormente.

(75) *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil*, Librería de Sánchez, Madrid, 1868, tomo tercero, p. 34.

(76) Ob. cit., p. 30.

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (77), aunque no cree que la Ley 46 consagrara indubitadamente la teoría del título y el modo en el Derecho español, pues afirma que en ningún momento aparece en esta ley ni en sus concordantes la necesidad de una obligación preexistente o coetánea, lo que es acorde con su admiración por la teoría del consentimiento o contrato real abstracto de SAVIGNY, acogido por el C.c. alemán; cita a uno de los más prestigiosos comentadores de las Partidas, GREGORIO LÓPEZ, para quien, según este Código, se adquiere el dominio por la tradición de la cosa en virtud de título hábil (78).

Creo interesante exponer el pensamiento de un romanista alemán fallecido en 1742, cuyo libro muy difundido en España, alcanzaba la octava edición el año de la publicación del Código civil, JUAN HEINECIO (79), quien afirmaba que todo dominio tiene dos causas adquisitivas, una próxima, tradición, por la cual inmediatamente se consigue el dominio y otra remota, el título, la compraventa. Por ésta solamente se adquiere un *ius ad rem*, por ambas, un *ius in re*. Ni el título basta sin la tradición para transmitir el dominio ni ésta sin aquél. Señala a continuación las excepciones en que basta el título sin la tradición, la hipoteca, los juicios divisorios, las servidumbres negativas y las adquisiciones de última voluntad.

Para JOSÉ FEBRERO en 1790 y sus continuadores “en toda adquisición concurren... título y modo, o lo que es lo mismo, la causa legítima en virtud de la cual se adquiere, y el acto material de la entrega. El uno no basta sin el otro” y hacen las mismas excepciones que HEINECIO (80).

JUAN MOCILLO ORTIZ (81) dice: “No se adquiere el dominio por la tradición, si no acompaña el ánimo de enagenar y si no le precede un título hábil para transferirle”. Como la donación, venta, legado, permuta u otro semejante. Si bien anteriormente al definir la tradición admite que el título traslativo puede precederla o posponerse.

La opinión de BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ reflejada en la 2.^a edición de su obra en 1868, comentando las Partidas, la expusimos hace poco.

(77) *Teoría del título y el modo en el Derecho español*, ya citada, pp. 321 y ss.

(78) También pone de relieve que, para el Código de las Costumbres de Tortosa, la propiedad de la cosa donada, permutada o enajenada por cualquier otro título, no se transfiere *si la traditio de la cosa no es feyta*.

(79) *Recitaciones de Derecho romano*, traducidas por D. Luis de COLLANTES Y BUSTAMANTE, Librería de Pascual Aguilar, Valencia, 1888, tomo primero, pp. 226 y s., 245 y s. y 395 *in fine*.

(80) Citado por don Jerónimo GONZÁLEZ, ob. últ. cit., p. 322.

(81) *Novísima ilustración del Derecho español*, imprenta José María Ducazcal, Madrid, 1848, pp. 213 y ss. del tomo I.

JOAQUÍN ESCRICHE (82) dice: “La tradición es el único modo que hay de transferirnos el dominio de una cosa que pertenece a otro, cuando se hace en virtud de título traslativo de la propiedad, como venta, permuta, donación y dote, por el dueño que sea capaz de enajenar sus bienes”. “El título traslativo del dominio no produce su efecto, sino a consecuencia de la entrega de la cosa...”.

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN (83) sostienen que la tradición es poner la cosa a disposición de aquél a quien queremos traspasarla. Es menester que vaya precedida de una justa causa, porque la tradición sin justa causa no transfiere el dominio y la justa causa sin tradición tampoco.

Para SALVADOR DEL VISO (84) “se entiende por tradición un acto por el cual el propietario que tiene capacidad para enagenar sus bienes los traspasa a otro con intención aunque adquiera su dominio en virtud de una justa causa”. Sin la tradición el título sólo da derecho o *ius ad rem* y con la tradición se tiene ya el dominio de la cosa o *ius in re*. Señala cinco supuestos en que el dominio se transfiere sin tradición, que son los cuatro que hace HEINECIO y las donaciones hechas hasta cierto tiempo, si se hubiese designado la persona quien deba pasar la cosa llegado el día fijado, como expresa la Ley 7.^a, título IV, Partida 5.^a

Con las opiniones doctrinales hasta la promulgación del Código civil, que acabo de exponer, pretendo demostrar que la teoría del título y el modo en nuestro Derecho histórico fue aceptada como construcción causal, ya que no exteriorizan ninguna reserva ni duda acerca de la idea, del concepto de la justa causa, que siempre fue un contrato traslativo del dominio, como la compraventa o la permuta y no el mero acuerdo de transmitir y adquirir el dominio, el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la modificación jurídico real, que acoge el derecho alemán sobre la construcción de SAVIGNY del contrato real (85) abstracto, que encarna el principio del consentimiento, según el cual no necesita en principio para la transmisión de otro negocio jurídico causal, pues en ese negocio abstracto la causa es ese simple consentimiento de quienes libremente quieren

(82) *Diccionario razonado de jurisprudencia*, Librería de Garnier Hermanos, París, 1869, pp. 1578 y 1576.

(83) *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 9.^a edición, Librería de Sánchez, Madrid, 1870, pp. 738 y ss.

(84) *Lecciones elementales de Derecho civil*, Imprenta y librería de Ramón Ortega, Editor, Valencia, 1885, pp. 280 y ss.

(85) No como nuestra modalidad de contrato real, que se opone al consensual, porque se perfecciona, por la entrega de la cosa objeto del mismo y sólo engendra obligaciones para la parte que la recibe, sino como negocio jurídico abstracto de disposición.

transmitir y adquirir el dominio. Mas ese acuerdo de transmitir y adquirir es incoloro, es abstracto y se le puede calificar de sin razón, mejor que de razón o justa causa de la transmisión, que, aunque agilice el tráfico jurídico, es a costa de debilitar los derechos subjetivos; mientras que con la teoría del título y el modo, el tráfico inmobiliario es fluido, sin atropellar superfluamente los derechos subjetivos. Un pequeño sector de nuestra doctrina sufrió y sufre ese endémico sarampión de germanismo (86), pretendiendo contagiar nuestra Ley Hipotecaria para consolidar el Registro de la Propiedad en forma extraña a nuestras tradiciones y sentido jurídico (87). La libre voluntad de *tradens* y de *accipiens* de transmitir y adquirir el dominio es consecuencia de un acto anterior y no causa del mismo. El dominio se traspasa, porque el derecho de propiedad sobre el bien objeto de ella se ha vendido, se ha permutado, se ha donado, no porque se quiera sin más transmitirlo y adquirirlo. El acto de disposición o negocio jurídico de disposición complementario del título traslativo es una tradición pactada o está implícito en la instrumental, pero en uno y otro caso es un negocio causal doble, el contrato traslativo respecto del negocio de disposición y la causa del contrato respecto del traslativo.

Voy a contemplar en los proyectos del Código civil el tratamiento de la teoría del título y el modo y de la tradición. En rigor son dos los proyectos que vamos a contemplar, el de 1836 y el de 1851, ya que el de NICOLÁS MARÍA GARELLY de 1821 y el de 1833 de MANUEL MARÍA CAMBRONERO son proyectos inconclusos (88), que no tocan los modos de adquirir ni los derechos reales.

La exposición de motivos del proyecto de 1836 está firmada el 15 de septiembre del mismo año por JOSÉ AYUSO Y NAVARRO, EUGENIO DE TAPIA y TOMÁS M.^a VIZMANOS, en la cual no se alude a la tradición ni al modo de adquirir el derecho de propiedad. Pero en el texto articulado se habla de “entrega legítima” (tradición) que con la ocupación, la accesión y la prescripción son los cuatro modos que enumera el artículo 633, y el

(86) Frase atribuida a José GONZÁLEZ PALOMINO.

(87) Don Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ en sus trabajos sobre la tradición, especialmente “Desde la teoría del «título y el modo» ...” cit., denomina el último capítulo, el V, “El golpe de muerte” y en el “Título y modo en el Derecho español” también citado procura germanizar nuestra teoría del título y el modo, si bien en el último que escribió sobre ésta “La tradición de fincas en los instrumentos públicos”, asimismo citada, abandona esa tendencia o, al menos, no insiste en ella.

(88) Véase BARÓ PAZOS, Juan: *La codificación del Derecho civil en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993, pp. 55 y ss., y LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, tomo 4 “Codificación civil (génesis e historia del Código)”, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, Madrid, 1979, volumen II, pp. 7 y ss. y pp. 89 y ss.

primero de ellos lo desarrolla en los artículos 697 a 709, en el capítulo V *De la entrega legítima de las cosas muebles e inmuebles*, del título II *Del derecho de propiedad y de los modos de adquirirla*, del Libro segundo De las diversas clases de bienes; del derecho de propiedad, y de las servidumbre: “También se adquiere el derecho de propiedad por la entrega legítima” (art. 697). “Llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, *precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio* según las leyes de este Código” (art. 698). Los justos títulos capaces de transmitir el dominio son los contratos de compraventa, permuta o donación; los adquiridos por sucesión *mortis causa* no necesitan tradición y se les concede la acción reivindicatoria sin necesidad de la entrega (art. 707) mientras que si no se hubiese realizado la entrega de la cosa, aun cuando haya sido adquirida por título legítimo, dice el artículo anterior, “el adquirente no podrá reivindicarla, sino pedir por acción personal que se le entregue, esto es, que el otro contratante cumpla su obligación”. No son contratos o títulos aptos para transmitir el dominio el arrendamiento, que sólo concede el uso (arts. 1.181 y ss.) el comodato (arts. 1.340 y ss.) el depósito (1.367 y ss.) “La entrega puede ser real o verdadera, ficticia o simbólica” (700). Este artículo lo desarrollan los cuatro siguientes. “La entrega de las cosas incorporales, o sea de los derechos, se ejecuta por la tradición de los títulos de propiedad...”. Según el artículo 704, único que emplea la palabra tradición.

Este proyecto regula una tradición causal, aunque la llama entrega legítima y acepta o acoge la teoría del título y el modo de acuerdo con nuestra tradición romana.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 (89) sigue el sistema del Código civil francés y centra la transmisión de la propiedad en el contrato, rechazando la teoría del título y el modo. La disposición preliminar del libro tercero titulado *De los modos de adquirir la propiedad*, dice: “La propiedad se adquiere por herencia, *contrato* y prescripción” (art. 548). GARCÍA GOYENA comenta, “Porque los contratos no eran entre los romanos modos de adquirir la propiedad o dominio, sino títulos para llegar a su adquisición, y entre nosotros lo son por el artículo 981”, que dispone: “La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad... La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega...”. Aunque la entrega no transmite la propiedad, el Proyecto la regula en los artículos 1.384 a 1.387 que

(89) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, que lo reproduce lo mismo que LASSO GAITE en el volumen citado, pp. 321 y ss.

constituyen el antecedente más claro de los artículos 1.462 a 1.464 de nuestro C.c. Los artículos 548 y sobre todo el 981 no pasaron ni inspiraron nuestro C.c., sino que fueron rechazados por él acogiendo la teoría del título y el modo. En la base 1.^a de la Ley de 11 de mayo 1888 se dice: “El código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halle contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio...” y ya vimos que la teoría del título y el modo integró nuestro sistema jurídico.

El proyecto de ley del libro primero de C.c. presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el ministro ANTONIO ROMERO ORTIZ tampoco nos afecta, pues regula solamente las personas (90).

El anteproyecto de los libros III y IV del C.c. puede verse en LASSO GAITE (91) del que interesa destacar los siguientes artículos:

606 “la propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, por sucesión testada e intestada y por efecto de los contratos.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.”

Este artículo que es el precedente del 609 del C.c. tuvo dos fallos hasta entrado ya el año 1888: no citaba la ley como modo de adquirir los derechos reales; pues según LALAGUNA DOMÍNGUEZ (92) la inserción de esta referencia a la ley es muy tardía. Se produce en un momento muy próximo al comienzo de la discusión parlamentaria. También por un olvido no se adaptó el artículo 606 a la teoría del título y el modo, ya que decía: “La propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten... por efecto de los contratos”, copiando el artículo 710 del C.c. italiano de 1865, que seguía el sistema francés, cuando el modo de adquirir ya había sido acogido por el anteproyecto en el artículo 1.112, antecedente casi literal del 1.095 del C.c. y lo imponían la base 20 en estos términos: “Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante...” y también la 1.^a, como acabo de exponer, ya que la teoría del título y el modo es una institución civil del derecho histórico patrio.

La regulación de la tradición se hace en el anteproyecto lo mismo que en el C.c. en el título destinado al contrato traslativo del dominio más típico y usual, el de compraventa, sin hacer una clasificación clara de las

(90) Puede leerse en LASSO GAITE, ob. cit., pp. 497 y ss.

(91) Volumen citado, pp. 609 y ss. y en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: “El anteproyecto del Código civil español”, ya citada, pp. 173 y ss.

(92) “Los modos de adquirir...”, p. 560.

clases de tradición, como ocurría en nuestro derecho histórico, aunque inspirándose en ella, como hacían los artículos de los códigos o proyectos que tuvo de modelos, que fueron principalmente el proyecto de 1851, el *Côde* y los códigos civiles del cantón suizo de Vaud, italiano, portugués, mejicano y de Luisiana. La tradición real o material la regula el anteproyecto en el artículo 1.488, precedente del párrafo 1.º del 1.462 de C.c., la instrumental en el 1.489, antecedente del párrafo 2.º del 1.462, casos de tradición simbólica y fingida los enumera en el 1.490 y repite para los muebles el supuesto de tradición real ya definida con carácter general en el 1.488, repetición que omite el artículo 1.463 del C.c. que en lo demás copia aquel artículo. La cuasi tradición la regula en el artículo 1.491, que calca el 1.464 del C.c. Al estudiar la tradición instrumental me volveré a ocupar de esta cuestión.

La doctrina, en general (93), acogió favorablemente este modo de adquirir, aunque se preocupó de espiritualizarla para superar la incoherencia o el absurdo de que un poseedor impidiese la transmisión del dominio dispuesta por el verdadero propietario y hasta hace poco tiempo no se ocupó en profundidad de la tradición instrumental, que en mi opinión supera el problema posesorio de las otras tradiciones, la real o material, las fingidas y las simbólicas.

VI. Tradición posesoria, tradición acordada y tradición instrumental

Voy a plantear el problema de las clases de tradición, es decir, si la tradición posesoria, la pactada y la instrumental son esencialmente diferentes o si no hay más que una tradición, la posesoria, con sus modalidades de real o material, ficticia y simbólica, estando incluida la instrumental en la *ficta* o en la simbólica y también la acordada entre el *tradens* y el *accipiens*, tanto si es una variante de la instrumental o ésta una variante de aquélla, como si no lo son. Para explicar la clasificación de la tradición instrumental habrá que examinar su relación con la *traditio chartae* y *per chartam* y con el acuerdo o conformidad de los contratantes.

(93) Hubo algunas excepciones, como la de FALCÓN, Modesto: *Código civil español*, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1889, tomo tercero, pp. 7 y ss., porque no la acogen los códigos civiles francés e italiano, pretendía que el título transmitiese por sí solo el dominio de las cosas, como en aquellos códigos y la califica de antigua y desacreditada teoría romana que distinguía el título y el modo. También GONZÁLEZ MARTÍNEZ, como vimos, LA RICA ARENAL y algún otro, éstos, normalmente, por promocionar el Registro de la Propiedad, que esta magnífica institución jurídica no la necesita y sobrevalorizar la inscripción por encima de su gran trascendencia en la vida jurídica y práctica.

A. Clases de tradición.

La tradición posesoria consistente en el traspaso de la posesión en concepto de dueño o de titular del derecho real por el *tradens* al *accipiens*, que, juntamente con el contrato traslativo o título, elementos esenciales de la teoría del título y el modo, transmiten la propiedad o el derecho real. Esta posesión puede tenerla el transferente como poseedor inmediato o mediate e incluso no haberla perdido por no haber transcurrido desde el despojo el año previsto en el n.º 4.º del artículo 460 (94). En los supuestos anteriores la posesión puede transmitirse y el propietario puede también transmitir su propiedad; pero en el caso de que el propietario no fuese poseedor se plantea un grave problema, ya que no puede hacerlo por esta vía, porque no puede transmitir la posesión, a pesar de gozar como propietario de la facultad de disposición, quizás la más importante del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 348, siendo, en mi opinión, la tradición pactada o la instrumental la figura que puede superar este absurdo o injusto y consolidar la teoría del título y el modo en nuestro derecho sustantivo, porque en este caso la tradición posesoria no es posible.

En nuestro derecho histórico se clasificó a la tradición con más tecnicismo que en nuestro C.c. y los proyectos y códigos inspiradores, así HEINECIO (95), que ejerció gran influencia en nuestro Derecho, escribió: “que la tradición se hace, *ó naturalmente, ó simbólicamente, ó longa manu ó brevi manu*. MORCILLO ORTIZ (96), acepta la clasificación anterior. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (97), agregan el *constitum possessorium* y la toma de posesión (98). DEL VISO (99), que es quien expone la

(94) Sobre esto puede verse BERCOVITZ ÁLVAREZ: ob. cit., pp. 118 y ss.

(95) Ob. y vol. cit., p. 245.

(96) Ob. cit., pp. 214 y s.

(97) Ob. y volumen citado, pp. 740 y s.

(98) GONZÁLEZ PALOMINO en sus citadas *Instituciones de Derecho notarial*, pp. 510 y s., dice: “La tradición pudo ser originariamente *un acto material respecto a bienes muebles*; pero no ha podido serlo, ni desde el principio, *respecto a los inmuebles*. La tradición de inmuebles no puede ser entrega, sino puesta en posesión. Incluso la entrada material en el fundo no era entrega material de una cosa que pueda recibirse corporalmente, sino una *puesta en posesión*, en la que el aspecto jurídico prevalece sobre el aspecto material. La *puesta en posesión* de inmuebles no es más que una *puesta a disposición*, realizada por medios plásticos. Entre éstos, en el derecho antiguo, encaja perfectamente la entrega de *símbolo de cosas*, que sustituyen a la entrega real de cosas: en vez de las cosas se entregan sus representaciones.” La tradición simbólica era una tradición real en el proceso *sacramental*. “Los juristas de la Edad Media, partiendo de un concepto estrictamente material de la tradición, consideraron que toda entrega no material era una entrega fingida y bautizaron a las *formas jurídicas de la tradición* con el nombre de formas de *tradición fingida*.” HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980, p. 294, considera que la forma real de tradición, tratándose de bienes inmuebles, consiste “en la puesta en posesión”.

(99) Ob. y tomo citado, pp. 282 y s.

clasificación más completa de los que he examinado, distingue la *tradición propia* de la *impropia o cuasi tradición* y aquélla dice que puede ser material o supuesta y de ahí otra división, *tradición natural, fingida* (100) y *simbólica*.

La tradición natural, material o corporal consiste en poner la cosa en poder y posesión del comprador (art. 1.462, párrafo 1.º) sea ésta mueble o inmueble, es colocar el bien tradido, enajenado, entregado bajo el poder de derecho, del derecho de propiedad del adquirente y de hecho, posesión del adquirente. Es una tradición por contacto, por tacto.

La *traditio longa manu* no es de contacto, sino visual y auditiva, no siendo real el apoderamiento de la cosa, sino fingido. Más espiritual es la *brevi manu* y el *constitutum possessorium*, en las que cambia el *animus possidendi*, poseedor en nombre ajeno (como arrendatario y adquirente) que pasa a serlo en concepto de dueño (propietario) en el primer caso y poseedor en concepto de dueño (propietario y transferente) que pasa a serlo en nombre de otro (como arrendatario) en el segundo. La espiritualización de la posesión es clara en los tres casos de *traditio ficta*. Nuestro C.c. en su artículo 1.463 inciso final acoge la *traditio brevi manu*.

La tradición simbólica se encuentra en una situación intermedia entre la natural y la fingida, su nota peculiar es la entrega, no de la cosa misma, sino de algún signo que es elemento de ella y la representa, como las llaves del piso o del lugar donde están almacenados los bienes vendidos, la entrega de los títulos de adquisición, el primero de los cuales recoge el inciso 1.º del artículo 1.463 y el segundo el inciso 1.º del 1.464.

a. La tradición instrumental, *traditio chartae* y *per chartam*.

La tradición instrumental (101) plantea una cuestión de clasificación lo mismo que “el solo acuerdo o conformidad de los contratantes”, pues si bien esta forma de tradición presenta afinidades con la tradición fingida y varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo la califican de *traditio ficta*, la instrumental, sería muy conveniente hacer estas comprobaciones.

Empezaré por examinar la relación entre la *traditio chartae* y la *traditio per chartam* o *traditio per epistolam* y la instrumental, si aquéllas o una de ellas son un antecedente de ésta, si son o fueron una modalidad

(100) Comprendiendo en ésta la *traditio longa manu*, *brevi manu* y *constitutum possessorium*.

(101) Ha sido recientemente objeto de dos monografías ya citadas, una de NAVARRO CASTRO, *La tradición instrumental* y otra de BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Tradición instrumental y posesión*, con estudios interesantes, especialmente esta última respecto de la materia que estoy tratando.

de la tradición simbólica o de la fingida o son distintas e incluso modos autónomos.

NÚÑEZ-LAGOS (102) dice que “la carta es constitutiva, porque se redacta con frases dispositivas para ser entregada. La eficacia y el momento constitutivo provienen de la recepción del documento por el destinatario, bien de manos del librador (*traditio chartae*) bien recogiénola del suelo o del altar o de otro sitio simbólico (*chartam levantare*). La entrega de la carta es el sustitutivo formal de la entrega de la *wadia* o *festuca*. La *traditio chartae* es la *wadia*”, que se traduce para población románica por *stipulatio* y estas tres son la misma cosa (103).

NÚÑEZ-LAGOS (104) afirma que “las frases *traditio per chartam*, *traditio per epistolam*, tiene una significación histórica diferente a la *traditio chartae*. La *traditio* históricamente sufrió un proceso –tal vez enfermedad– de espiritualización. Al concepto de *traditio corporalis* más o menos simbólica (*traditio ex turri, oculis et affectu, traditio ficta, longa manu*, etc.) en que faltaba la entrega real de la cosa –a veces más que espiritualizada, espiritada– se sobrepuso la *traditio* sin entrega alguna, *mera voluntas*; la llamada *vacua possessio*” por la que el *tradens* hace la entrega sin ninguna actuación sobre la cosa y así la recibe el *accipiens*, como ocurrió en principio con la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium*. Al lado de la transmisión de propiedad con reserva de usufructo en la que hay *traditio* sin entrega alguna porque el *corpus* queda en manos del *tradens*, se colocó la transmisión con reserva del derecho de arrendamiento, “y finalmente sin reserva de derecho alguno, *animo retinere possessionem*, quedando el transmitente en precario. La *traditio* se hizo posible mera voluntad –*missio in vacuum possessionem*–, sin actuación alguna sobre la cosa. Fue un pacto. Se recogió en los documentos (*traditio per chartam, per epistolam*). Cuando el pacto no fue expreso, se sobrentendió, como *naturalis negocio*, en toda clase de contratos en Derecho francés y en las escrituras públicas en Derecho español (1.462). El *constitutum possessorium* es la forma final de la *traditio*. La *vacuum possessio* fue la última enfermedad de la *traditio* antes de morir en Francia e Italia”. En nota hace esta traducción a nuestro Derecho vigente: “La *vacua possessio* está recogida en el artículo 1.463 del C.c. «y por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes». La *traditio chartae* en el 1.464 «el hecho de poner en poder del comprador los títulos de perte-

(102) *Hechos y derechos en el documento público*, ya citada, principalmente en las pp. 105 a 167 se ocupó amplia y profundamente de esta cuestión y más brevemente se había ya preocupado. GONZÁLEZ PALOMINO, ob. cit., pp. 510 a 513, a quienes sigo.

(103) Ob. últ. cit., pp. 124 y s.

(104) Ob. últ. cit., pp. 145 y ss.

nencia». La *traditio per chartam* en el artículo 1.462 respecto de la escritura pública” (105).

Dos años antes GONZÁLEZ PALOMINO (106) había escrito, “Hay una circunstancia, a mi entender, no puesta suficientemente de relieve, de carácter puramente notarial, que ha sido decisiva en la evolución de las formas de tradición: el destronamiento de la *charta por el protocolo*. Este cambio ha marcado el fin de etapa que se remata con el artículo 1.462 de nuestro C.c.”.

Más adelante escribe, “La *charta* era un documento, *único y original*, podía representar el derecho de dominio del vendedor, ya que mediante ella lo hacía normalmente efectivo y eficaz. La forma más sencilla y razonable, y hasta la forma más *real* de tradición posible de inmuebles era la *charta*”.

“Creado el protocolo desapareció la *charta*. El documento original y único quedaba ahora fuera de la disponibilidad de las partes, encerrado en la rigurosa clausura del protocolo. A poder de las partes no llegaba sino una copia, un traslado”.

“Al desaparecer la *charta* desaparecía el fundamento de la *traditio per chartam*”.

“A la entrega de la *charta* se subrogó la *declaración de entrega de la cosa*, mediante una cláusula inserta en los instrumentos. A la tradición *por entrega de la charta* sucedió la tradición *por la declaración de entrega de la cosa*. De la tradición simbólica se pasó a la tradición *fingida*”.

Término natural de esta evolución fue la *presunción de tradición*, en todo caso, con cláusula o sin ella, por el otorgamiento de la escritura; que es la virtud normal atribuida a esta cláusula de estilo.

Más adelante agrega, si el comprador ha adquirido el dominio porque se ha efectuado la tradición, bien por *negocio de disposición* (extracción de dominio e introducción consecutiva), bien por tradición *fingida* (confesada en la cláusula) bien por tradición presunta (aplicación analógica del art. 1.462 del C.c.), al comprador le basta su derecho de dominio para tomar posesión.

La *traditio chartae* consistente en la entrega de los títulos, especialmente, si son los adquisitivos del *tradens*, los antiguos, es claro que es una tradición simbólica, como la de la entrega de las llaves, que representa la propiedad, que es lo mismo que representan los títulos. Si son los nuevos, los que otorga el *tradens al accipiens*, también, aunque se redacta con frases dispositivas, la tradición no surge con el pacto, sino con la entrega de la carta y, por tanto, la tradición sigue siendo simbólica. Con la crea-

(105) Nota 1 p. 148.

(106) Ob. cit., pp. 510 y ss.

ción del protocolo desapareció la carta como tradición simbólica, a las partes sólo llega una copia, un traslado, como puso de relieve GONZÁLEZ PALOMINO.

La *traditio per chartam* como forma distinta de la *traditio chartae* es posterior y aparece diferenciada de ésta, cuando la *traditio* se espiritualiza con las formas de la tradición fingida, *longa manu*, *brevi manu* y después con el *constitutum possessorium*, la entrega se hace sin actuación alguna sobre la cosa, hay un cambio de *animus en el tradens o en el accipiens*, el modo se cumple por la sola voluntad y fue un pacto que se recogió en los documentos por el cual se transmitía el dominio sobre la finca. De la entrega real, simbólica y fingida se pasa a la *traditio* sin entrega alguna, por el mero pacto, que se inserta expresamente en el contrato traslativo, haciéndolo simultáneamente de disposición mediante este modo pactado. Está reconocido para los muebles en el artículo 1.463 y para los inmuebles se plantea la cuestión, si fue recogido por nuestro C.c. en el artículo 1.462-2.º, que se insertaba en las escrituras y aún puede hacerse hoy (107), o la tradición instrumental no tiene ese parentesco, que en principio parece innegable, lo que no es dudoso es que este artículo se inspira en algunos de los códigos que le sirvieron de modelo (108) y sobrentendieron este pacto en las escrituras públicas de venta, si no se desvirtuaba en la propia escritura o es una nueva modalidad de la tradición distinta de las anteriores. Nuestro artículo 1.462, párrafo 2.º dice: “Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de éste equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

Este párrafo plantea para nuestro estudio otros problemas que ya hemos insinuado: si la tradición instrumental es una tradición *ficta* o sim-

(107) En las escrituras de compraventa se estipula: Don... vende y *transmite* la finca descrita a don... quien la compra y *adquiere* por el precio de... En esta cláusula se superpone al contrato traslativo de compraventa, el modo, en forma de tradición instrumental y de tradición pactada, de acto de disposición jurídico real.

(108) Artículo 1.136 del cantón suizo de Vaud: “Respecto de los inmuebles, el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega”; el artículo 2.455 del Código de Luisiana: “La ley considera la tradición o entrega como acompañando siempre al instrumento público que transfiere la propiedad”; artículo 2.983 del mejicano: “Si la cosa vendida es raíz, se dice entregada luego que está otorgada la escritura pública, o si no hay escritura, luego que están otorgados los títulos de la finca”. Artículos que también sirvieron de fundamento al 1.385 del proyecto de 1851 en el que seguramente más se inspira y que GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias* citadas relaciona con la Ley 8, título 30, Partida 3, “Dando algún ome a otro heredamiento o otra cosa qualquier, apoderado le delas cartas porque la el ouo, o faciendo otra de nuevo y dado gela gana la posesión, maguer no le apodere dela cosa dada corporalmente”. Con la que a nuestro parecer la relación es borrosa, aunque la tenga íntima con la *traditio chartae*.

bólica o un modo singular o tradición autónoma (109), que exige previamente resolver su relación con la posesión del inmueble vendido y enajenado, o sea, quizás su naturaleza jurídica, cuestión que ha sido debatida por la doctrina y estudiada y expuesta recientemente por BERCOVITZ (110), como también la posición de la jurisprudencia (111); y por NAVARRO CASTRO (112) además del ámbito documental de la tradición instrumental, si es sólo la escritura de compraventa o es la de cualquier contrato traslativo con la tradición o comprende asimismo los documentos públicos administrativos y los judiciales e incluso los privados.

b. La tradición instrumental y posesión.

1. En la doctrina.

Escribe BERCOVITZ (113): “Para quienes la tradición es un hecho, un presupuesto fáctico de la transmisión de la propiedad, es evidente que quien no puede transmitir la posesión, por carecer de ella, tampoco puede transmitir la propiedad. Por el contrario, para quienes la tradición es simplemente un modo transmisivo, una forma añadida al título, la desposesión no privará al propietario transmitir lo que tiene: la propiedad. La postura que se adopte prejuzga la naturaleza de la tradición”.

Cita un amplio número de autores que adoptan la postura negativa (114) y termina diciendo que en ellos “se observa una percepción de la tradición instrumental del artículo 1.462-2.º como una simple forma de tradición, entendida como entrega de posesión” (115).

Las posturas afirmativas parten de la necesidad de permitir la transmisión de la propiedad al propietario no poseedor, cita los autores que apoyan esta tesis y con más amplitud los argumentos, incluso la refutación de algunos (116). Tanto BERCOVITZ como NAVARRO CASTRO exponen sus opiniones defendiendo la tradición del propietario no poseedor (117).

(109) HERNÁNDEZ GIL en su obra ya citada *La posesión*, p. 299, plantea así el problema: “Como tradición instrumental en sentido específico o como una forma de tradición simbólica se considera la procedente del otorgamiento de la escritura pública”.

(110) Ob. cit., pp. 120 a 149.

(111) Ob. cit., pp. 149 a 158.

(112) Ob. cit., pp. 171 y ss.

(113) Ob. cit., pp. 120 y ss.

(114) Ob. cit., pp. 121 y s., donde pueden verse.

(115) Véase también NAVARRO CASTRO, ob. cit., pp. 171 y s., respecto a esta misma postura negativa.

(116) Que pueden verse en las pp. 123 y ss. de la ob. cit. y también en NAVARRO CASTRO, ob. cit., pp. 172 y ss.

(117) BERCOVITZ, ob. cit., pp. 131 y ss., y NAVARRO CASTRO, ob. cit., pp. 191 y ss.

Me limitaré a exponer los argumentos que considero más relevantes, incluso decisivos, a favor de la coherencia jurídica de esta postura, que, en materia de tráfico jurídico inmobiliario y de su seguridad, sintoniza con las exigencias de nuestros tiempos, y es acogido por los ordenamientos de distinta concepción a la teoría del título y el modo acogida por nuestro C.c., como el BGB y el Cód., en los que no hay ningún obstáculo para que el propietario no poseedor transmita su propiedad, al menos la inmobiliaria, ya que es una conquista, que principia con la espiritualización progresiva de la *traditio* iniciada y desarrollada en el Derecho romano, continuada en el Derecho posterior y que en nuestros tiempos debe culminar en la transmisión por el simple acuerdo del *tradens*, propietario y poseedor o no, otorgado o implícito en la escritura pública, de sacar el inmueble de su patrimonio, de enajenarlo, ingresándolo en el del *accipiens* con su consentimiento prestado en el acuerdo y asegurando la seguridad del tráfico con la inscripción registral.

NÚÑEZ-LAGOS (118), LACRUZ BERDEJO (119), DíEZ-PICAZO (120), HERNÁNDEZ GIL (121), ALBALADEJO (122), entre otros civilistas, y el

(118) Especialmente ob. y loc. últ. citados.

(119) "Inscripción y tradición", *RCDI*, enero-febrero de 1957, pp. 11 y ss., quien a través de la progresiva espiritualización de la tradición llega la tradición consensual, a donde llega el Código civil en la tradición instrumental y argumenta a favor de la transmisión de la propiedad por un propietario no poseedor.

(120) "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", publicado en el *ADC* de julio-septiembre de 1966, p. 572, a modo de conclusiones dice: "1.º La idea de la *traditio* en el derecho positivo moderno es equívoca y se emplea en sentido amplio para designar todo mecanismo de adquisición derivativa del dominio" y de los derechos reales. "2.º Dentro del fenómeno general antes indicado, deben distinguirse dos especies distintas, a las que debe llamarse respectivamente *traditio* en sentido estricto y acuerdos traslativos. En el primer caso, la propiedad se transmite por la concorde voluntad de las partes fundadas en una justa causa y seguida de" la posesión y en el segundo, "se produce por la concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir embebida en la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico causante de la transmisión". "3.º La propiedad de los bienes inmuebles se transmite, por regla general, por medio de un acuerdo traslativo plasmado en una escritura pública. Solamente cuando la escritura pública no ha existido o cuando las partes han excluido expresamente la eficacia traslativa de su acuerdo, la transmisión del dominio se produce una vez que en el adquirente se ha creado, con el consentimiento del tradente, la apariencia de titularidad real que llamamos posesión."

(121) *La posesión*, ya citada, pp. 299 a 304.

(122) *Derecho civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1994, tomo III, volumen 1.º, pp. 154 y ss., sostiene que la tradición instrumental es en sí una forma de tradición, que no es que equivalga a la tradición real, sino que la escritura equivale a la tradición instrumental; lo que hace falta es la tradición y ésta vale tanto cuando es tradición con transferencia de posesión, como cuando es tradición puramente consensual, sin desplazamiento posesorio. Argumenta que es inaceptable negar al propietario no poseedor que pueda transmitir su propiedad y se apoya también en una jurisprudencia que califica de consolidada en este sentido, entre otras en las sentencias de 28 de febrero de 1968, 16 de febrero de 1970 y 8 de julio de 1983.

hipotecarista JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (123) son defensores de la jerarquía en el ordenamiento jurídico español, de que la facultad de disposición inherente al derecho de propiedad no quede cercenada por un detentador, aunque tenga el título de poseedor.

Creo que es interesante referir la opinión y argumentos de uno de los civilistas, HERNÁNDEZ GIL, que se ha ocupado extensa y profundamente de la posesión y concretamente de su relación con la tradición (124). Ya he anticipado en la nota 109, que HERNÁNDEZ GIL plantea la cuestión de si la tradición referida en el artículo 1.462-II es una *tradición instrumental* en sentido específico o una forma de la tradición simbólica (125). Examina la frase el otorgamiento “equivaldrá a la entrega de la cosa” y escribe, “tiene el mismo valor la escritura que entregar la cosa. Pero son hechos distintos: uno es el hecho material de la entrega, que consiste en poner la cosa en poder y posesión del comprador (art. 1.462, párrafo 1.º) y otro es el hecho del otorgamiento de la escritura, que no consiste en la entrega de la cosa, mas la significa y reemplaza produciendo el mismo efecto jurídico. En un caso la cosa se ha entregado, en otro es como si se hubiese entregado”. Compara el signo que es la escritura pública con el de la entrega de las llaves, dice que este signo está constituido por un elemento del referente, mientras que la escritura no es un elemento del mismo, existiendo un grado mayor de convencionalismo.

Técnicamente, no hay presunción de tradición en el otorgamiento de la escritura, porque “la posibilidad de que las partes cooperen al modo de producir un efecto jurídico, modificando el criterio utilizado por la norma con carácter preferente, pero de forma no imperativa, no es presunción”.

Expresa o condensa así su opinión (126):

1.º La función de signo que desempeña el otorgamiento, no elimina la tradición, la reemplaza, la tradición está representada por el otorgamiento de la escritura. La tradición mediante la entrega material no es tradición porque consista en la entrega material, sino porque a ésta se le confiere esa significación. “Por eso decimos que la entrega es tradición (cuando propiamente también la significa) y que el otorgamiento de la escritura pública significa tradición o la equivale”.

(123) *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988, pp. 639 y ss., donde hace una exposición crítica de varias teorías y acepta las de LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO, que defienden la tradición instrumental como forma de tradición que transmite el dominio o derecho real, aunque el *tradens* sea propietario no poseedor.

(124) Ob. cit., pp. 290 a 315.

(125) Ob. cit., pp. 299 y s.

(126) Pp. 302 y ss.

2.º Que el otorgamiento de la escritura valga como tradición no presupone necesariamente que haya de faltar la entrega de la posesión de la cosa ni que el enajenante tenga que ser un no poseedor. También cuando media la entrega la escritura pública ostenta ese valor. No importa que concurren dos formas de tradición. El significado del artículo 1.462-I y II es que junto a la tradición mediante la entrega aparece la tradición por el significado de la escritura pública.

3.º “La significación del otorgamiento de la escritura pública como tradición se da en el plano del derecho real; no en el plano de la relación obligatoria nacida del contrato. El significado de la entrega es obligacional y real. El de la escritura pública es específicamente real”.

4.º El propietario, aunque no sea poseedor de la cosa puede transmitir.

5.º “La casi ilimitada capacidad del derecho de propiedad para abstraerse del poder de hecho no se da en la misma medida en la posesión, aunque en ésta se aprecie un proceso de espiritualización”. “La posesión es la forma, diríamos normal y real, de la tradición”. La función que la escritura pública desempeña para la transmisión de la propiedad no la desempeña para la transmisión de la posesión, pues ésta requiere la cesión a otro de la cosa y es necesario que sea poseedor quien la ceda. Y termina así: “Luego si en virtud del valor de tradición atribuido al otorgamiento de la escritura pública, la transmisión de la propiedad puede producirse sin la entrega de la posesión e incluso sin que sea poseedor el transmitente, no sucede lo mismo cuando el objeto de la transmisión sea la posesión”.

2. En la jurisprudencia (127).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria, aun hay sentencias recientes que ven en la tradición instrumental del artículo 1.462-II (que califica de tradición *ficta*, ya que no significa radicalmente tradición real del bien objeto de la venta) una mera presunción *iuris tantum*, pues “puede suceder que un tercero esté en la posesión del mismo atribuyéndose su titularidad dominical de tal manera que ello aboca a la posibilidad de tener que admitir prueba en contrario para combatir la posible discordancia entre la tradición instrumental de matiz legalista con la realidad jurídica material existente o bien de la misma escritura resulte claramente lo contrario”. (S. de 10 de diciembre de 1991 considerando 1.º).

(127) Un estudio muy completo de la misma lo hace BERCOVITZ ÁLVAREZ en su citada obra, pp. 147 y ss. y 199 a 334, en las que reproduce los considerandos pertinentes de 56 sentencias del Tribunal Supremo y a quien fundamentalmente sigo.

La de 31 de mayo de 1996 también en su considerando 1.º exige para que opere la tradición instrumental («*traditio chartae*») los siguientes requisitos: "... c) que los vendedores estén en la posesión del bien enajenado tanto en forma inmediata como mediata...". El artículo 1.462 del C.c. "establece una presunción «*iuris tantum*» que tiene equivalencia de presunción de tradición y cabe ser combatida". En el caso de autos el vendedor era poseedor y en el párrafo penúltimo de ese considerando dice, "el otorgamiento de escritura pública, equivale a la entrega de la cosa enajenada, salvo estipulación en contrario o deducción opuesta". E invoca las sentencias de 8 de julio de 1983 y 22 de julio de 1993, que no están en la línea del requisito de la letra c), como reseñaré.

En la S. de 10 de diciembre de 1996 el *tradens* y vendedor era también poseedor y en el considerando quinto dice: "... la tradición instrumental admitida por el artículo 1.462 es presunción «*iuris tantum*» que no implica necesariamente transferencia de la posesión". Lo cual no es muy claro.

La sentencia de 8 de mayo de 1982 en su considerando 3.º establece que la tradición no ha de entenderse siempre como traslado material y físico de la cosa, ni siquiera una transmisión o entrega en absoluto limpia de todo defecto, porque la ley lo que quiere es que haya una puesta a disposición del acreedor o comprador, suficiente para que éste pueda exigir el cumplimiento y advenimiento de la posesión efectiva, de donde la posibilidad que el artículo 1.462-2 del C.c. prevé al equiparar la escritura pública a la entrega (*traditio chartae*), es decir, con el establecimiento de una verdadera presunción "*iuris tantum*" que sólo podrá ser desvirtuada cuando se demuestre su discordancia con la realidad jurídica o bien cuando de la misma escritura resulte claramente lo contrario, por no ser rebatible la presunción por cualquier medio.

La sentencia de 8 de julio de 1983 dice que la presunción que establece el artículo 1.462-2.º "no tiene el carácter de todas las presunciones «*iuris tantum*» sino que según precisó la jurisprudencia de este Tribunal Supremo —especialmente en las SS. de 22 de marzo de 1952 y 28 de junio de 1961— sólo puede rebatirse demostrando que de la *propia escritura* resulte o se deduzca claramente lo contrario...". En el mismo sentido la de 3 de marzo de 1992, que la invoca en su considerando tercero y la de 22 de julio de 1993 que también la invoca.

La sentencia de 17 de diciembre de 1984 afirma que no existe ningún obstáculo para aplicar la tradición instrumental a la compraventa de la nuda propiedad, siendo plenamente favorable a nuestra concepción de esta tradición como un modo de adquirir los derechos reales inmobiliarios distinto de la tradición posesoria (128).

(128) A esta sentencia volveré a referirme más adelante.

La sentencia de 7 de febrero de 1985, en cuyo supuesto el transferente no tenía la posesión de las parcelas, “será también objeto de rechazo por desconocer que gracias al mandato del artículo mil cuatrocientos sesenta y dos del Código civil, y habiéndose operado la venta de tales parcelas en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa siempre que, como sucede en el presente caso, no se estipulase ni resultase de la escritura lo contrario, por lo cual, habiéndose operado la tradición instrumental de las repetidas parcelas habrá de entenderse que el actor don Manuel S.L. adquirió el dominio de las mismas, en la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de ellas”.

También lo es la sentencia de 18 de diciembre de 1990, que establece que no puede “acogerse el argumento del juzgador de apelación, de la falta de entrega al actor por su causante de la porción ahora reclamada y poseída por el demandado, porque luego de hecha la venta mediante escritura pública de ésta, opera con la eficacia de tradición ficta que le atribuye el artículo 1.462 del Código, sin que, por tanto, sea exigible, salvo las excepciones que la normativa establece, otra tradición que la simbólica así llevada a cabo para el ejercicio legítimo de la acción actuada, ...”.

También en esta misma línea está la sentencia de 29 de mayo de 1997, que invoca cuatro que anteriormente he reseñado y dice: “Sin que a ello obste el argumento que el recurrente emplea de que, por no tener el vendedor la posesión de la finca cuando otorga la escritura de enajenación al actor, no pudo transmitirse el dominio de la misma, toda vez que es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia (SS. de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984 y 7 de febrero de 1985) el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado por lo que resulte o se deduzca claramente de la misma escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.462.2 del Código civil”.

Esta última línea jurisprudencial es aceptable, la presunción como explicación del artículo 1.462-2 parece descartada, incluso en su modalidad de presunción legal, que rechaza su desvirtuación con otras pruebas como la confesoria, la testifical, etc., y sólo admite la que resulte o se deduzca de la escritura de acuerdo con dicho artículo. La calificación como *traditio ficta* o como tradición simbólica, que son tradiciones posesorias puede llevar a confusiones y, además, no lo es, para mí es un modo complementario del título traslativo, acuerdo traslativo lo denomina Díez-PICAZO (129)

(129) Ob. y loc. citadas.

distinto de las tradiciones, que consisten en una entrega real posesoria o simbólica o fingida.

El argumento jurídico incontestable en que me fundo (130) para que el propietario no poseedor pueda transmitir su derecho de propiedad, reside en el artículo 348 del C.c.: “La propiedad es el derecho de gozar y *disponer* de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Ahora bien, que un poseedor por el mero hecho de serlo prive al propietario del *ius disponendi* es inconcebible jurídicamente en nuestro tiempo y si es inadmisibles ese despojo o suspensión de la facultad de disposición por el poseedor, mientras no adquiriera la propiedad por usucapión, la exigencia jurídica es buscar un cauce dentro de la teoría del título y el modo para que el propietario no poseedor pueda disponer de derecho de dominio, sin acudir como modo a la tradición posesoria que sería imposible y este cauce está en el artículo 1.462-II, entendiendo la tradición instrumental como una tradición no posesoria, que es la primordial función y, en caso de falta de posesión la excepcional función, que el Código civil encomienda a ese artículo, facilitar y posibilitar documentalmente al propietario o al titular de otro derecho real inmobiliario, sea o no poseedor, la tradición y el ejercicio de la facultad de disponer, agilizando y modernizando la teoría del título y el modo y colocando la fluidez del tráfico jurídico inmobiliario al mismo nivel que el Códex, sin refundir el contrato traslativo con el negocio dispositivo, manteniendo las diferencias entre las obligaciones y los derechos reales, incluso en sus propias fuentes, artículos 1.089 y 609 respectivamente y conservando “el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio”, como es la tradición y las ventajas de la separación de los derechos reales y de crédito. Piénsese, por ejemplo, en la venta con reserva de dominio.

El nudo propietario de la finca usufructuada no tiene la posesión de la misma, ésta la ostenta el usufructuario y, sin embargo, el artículo 489 del C.c. le reconoce la facultad de disposición explícitamente: “El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, *podrá enajenarlos*, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique el usufructo”, y si la tradición posesoria fuese la única posible, no podría enajenarlos, salvo si aceptamos la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1.462, como la defendemos nosotros, respecto de la tradición instrumental, que no es una tradición posesoria. El precedente del artícu-

(130) También lo aducen con otros argumentos BERCOVITZ ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 132 y s. y NAVARRO CASTRO, ob. cit., pp. 184 y 196, HERNÁNDEZ GIL, LACRUZ BERDEJO, ya citados y otros.

lo 489 está en el 448 del Proyecto de 1851, del que es casi un calco al que GARCÍA GOYENA señala como antecedente el 599 del Códice (131), sin embargo, solamente el párrafo 1.º de este artículo tiene relación con el de nuestro Código (132) y no con el inciso primero, sino directamente con los otros dos. Se nos objetará que la interpretación histórica no apoya nuestra tesis, pero no es exacto, porque el ejercicio de la facultad de disponer del nudo propietario no perjudica al usufructuario y, por tanto, de conformidad con el aforismo interpretativo *verba legis cum effectum sunt accipiendum*, el efecto con que las palabras del artículo han de ser recibidas es el de que a pesar de no ser poseedor el nudo propietario puede enajenar su derecho; por otra parte, las interpretaciones gramatical, lógica y sistemática son acordes con mi tesis, que el propietario no poseedor puede enajenar. Por otra parte, el pensamiento del legislador, en este caso del autor del Proyecto de 1851, de GARCÍA GOYENA, respecto del artículo 448 recogido en sus citadas *Concordancias*, cuyo artículo fue el precedente del 489, no es relevante, pues las leyes articuladas, como son los códigos, no están ligadas al pensamiento de sus autores por el cordón umbilical de las Exposiciones de Motivos, de las que la obra citada es una manifestación peculiar, porque los artículos nacen como es su esencia, articulados en los códigos y éstos y las leyes en el Ordenamiento jurídico y han de ser coherentes con su unidad y con los problemas de la sociedad (133), cambiantes según los intereses en juego y las épocas y la interpretación del artículo 489 tiene su mejor sentido jurídico relacionándolo con la tradición instrumental, con la tradición no posesoria, que con el artículo 559 del Códice, como hace GARCÍA GOYENA para resaltar que el ejercicio de la facultad de disposición por el nudo propietario no perjudique al usufructuario, aunque la relación que pone de relieve GARCÍA GOYENA al ser acogido el artículo 448 del Proyecto (en el que había entrega, pero no tradición como modo, no como en el C.c. en el que hay entrega y tradición como modo), la enajenación del inmueble por nudo propietario, donde por definición la posesión la tiene el usufructuario, pone de relieve que la enajenación de la nuda propiedad no puede tener como modo una tradición posesoria. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1984 es plenamente favorable a

(131) GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, citada, p. 235 y también artículos de otros códigos, que no he podido consultar.

(132) "El propietario no puede por sí ni de cualquier otra manera dañar los derechos del usufructuario."

(133) El artículo 3.º de nuestro C.c. así lo prescribe: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

nuestra postura en su considerando 3.º en estos términos: "... ningún obstáculo existe para aplicar la tradición instrumental ínsita en el otorgamiento de la escritura pública a la compraventa de la nuda propiedad, contrato con una evidente voluntad traslativa y adquisitiva determinante de la tradición, aunque sea atenuada en razón del objeto transmitido (art. 489 del C.c.) pues entenderlo de otra suerte equivaldrá a negar la existencia misma de la nuda propiedad como derecho real, conclusión que por absurda debe rechazarse".

El artículo 36 de la LH es un argumento de la doctrina favorable a la legitimación del propietario no poseedor para disponer de su derecho de propiedad, ya que es su supuesto de hecho y su valor como interpretación auténtica de una norma sustantiva como es el C.c. es alto.

Para el examen de otros argumentos pueden verse las obras de NAVARRO CASTRO (134) y BERCOVITZ ÁLVAREZ (135).

B. La construcción jurídica de la tradición instrumental.

La tradición instrumental no es una variante de la tradición simbólica ni de la ficticia ni de ninguna tradición posesoria, es una tradición autónoma, singular, que puede concurrir con una tradición posesoria, si el *tradens* es poseedor o sin entrega posesoria, si no lo es. Es un modo especial, complementario del título traslativo con el mismo valor que la tradición real, la ficticia o la simbólica.

La construcción jurídica de esta tradición puede explicarse, siguiendo a NÚÑEZ-LAGOS (136), como *naturalia negotia* de los contratos traslativos que tienen por fin la enajenación del dominio y de los reales inmobiliarios.

El precedente en el Derecho romano de los *naturalia negotia*, según CATAUDELLA (137), a quien sigo, está en un texto interpolado de ULPIANO, que así fue incorporado al Digesto, 19, 1, 11, pr. y 1 "Utiliza la acción de compra el que compra. (1) Y ha de saberse en primer lugar, que en esta acción se comprende tan sólo aquello que se convino que fuese entregado; siendo pues un juicio de buena fe, nada más congruente con la buena fe que entregar aquello que se convino entre los contratantes. *Pero si nada se acordó, entonces habrá de entregarse aquello que naturalmente está en el alcance de esta acción*". Las escuelas de Derecho común han elaborado la tripartición de los elementos del negocio en *essentialia*, *natu-*

(134) Ob. cit., pp. 171 y ss. y 191 y ss. y las referencias que hace.

(135) Ob. cit., pp. 120 y ss. y 131 y ss. y la referencia que en ella hace.

(136) Ob. últ. cit., p. 148.

(137) *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milán, 1966, pp. 81 y ss.

ralia et accidentalia (138). Se partía de la consideración de las normas dispositivas para dictar la disciplina que mejor correspondiera a la naturaleza de los contratos a las cuales se refieran y, en defecto de derogación expresa de ellas por las partes, resulta legítima la individualización de cláusulas implícitas, que tienen un contenido idéntico a los efectos de las normas dispositivas, sobre la base de una presunta correspondencia de la voluntad de las partes con la *naturaleza* del contrato.

Los efectos naturales, mejor que elementos naturales, precisamente por su correspondencia con la naturaleza del negocio celebrado, deben sobrentenderse queridos, sin necesidad de expresa declaración. Las normas que los recogen son dispositivas y encuentran su origen en usos contractuales y no pueden ser calificadas como normas interpretativas; es el mismo pacto que se repite en los contratos de la misma naturaleza para alcanzar el fin práctico perseguido. Las partes pueden estipular en el contrato una reglamentación idéntica a la de la norma que regula el efecto natural, mas este pacto o estos pactos son superfluos y en el caso de que se trate de una modalidad que no pueda crearse en virtud de un contrato, sino por ley, como ocurre con la tradición instrumental, es ineficaz o son ineficaces los pactos y, por tanto, inútiles. Lo que sí pueden las partes es no aceptar los efectos de la norma conteniendo el *naturalia negotia*, rechazándolo, como admite nuestro C.c. mediante el pacto modificativo, lo que ocurre en el contrato traslativo de compraventa, tanto con la tradición instrumental, conforme al inciso final del artículo 1.462, estipulando, por ejemplo, una reserva de dominio, lo que choca, al menos, temporalmente con el fin natural y normal perseguido por el comprador, que es adquirir la propiedad del inmueble comprado, como con la obligación del vendedor en caso de evicción, que puede suprimirse, siempre que no sea de mala fe, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.475 y 1.476, lo que también contraría el fin natural del contrato perseguido por el comprador, que es adquirir la finca de su propietario, no de un usurpador. Tradición y evicción son dos *naturalia negotia* del contrato traslativo de compraventa.

La tradición instrumental del artículo 1.462-II es un modo especial destinado a la adquisición de la propiedad, aunque el transmitente no sea poseedor y, en este aspecto, es una tradición no posesoria, claramente

(138) Elementos esenciales eran y son el consentimiento, objeto y causa (art. 1.261), aunque algunos contratos tienen otros requisitos, la escritura pública la donación de inmuebles, la escritura pública y la inscripción la hipoteca; la entrega los contratos reales, préstamo, prenda ordinaria y dación en pago; el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, etc. Elementos accidentales son la condición, el término y el modo. Los elementos naturales más bien son los efectos propios o naturales de cada contrato; v. g. la transmisión de la propiedad en los traslativos del dominio.

admitida en nuestro C.c. y que tiene una regulación legal, cuyos efectos jurídicos derivan directamente de la misma, de la facultad de disposición ínsita en el derecho de propiedad. La tradición instrumental no es una tradición posesoria, por tanto, la explicación de la norma por la vía de las presunciones no tiene fundamento, el precepto no establece ninguna presunción, dispone que el otorgamiento de la escritura pública equivaldrá a la entrega, es decir, es un modo traslativo de la propiedad de igual valor que la tradición real, la simbólica o la ficticia, mas como la transmisión de la propiedad es el efecto natural de la compraventa, como contrato traslativo y acorde normalmente con la voluntad de comprador y vendedor, este efecto lo causa el otorgamiento de la escritura como efecto natural del contrato, sin necesidad de escriturar este acuerdo o conformidad entre las partes sobre la transferencia de la propiedad, ya que el estatuto legal del contrato lo sobrentiende, es decir, que la cosa salga del patrimonio del vendedor e ingrese en el del comprador, porque el efecto traslativo, acorde con la naturaleza del contrato, está asumido en la norma que consagra la tradición instrumental. La desvirtuación de ese efecto pueden pactarla las partes, porque es una cualidad de los *naturalia negotia*, que puedan los contratantes dejarlos sin efecto, excluirlos.

CASTÁN (139) define, de acuerdo con lo expuesto, los elementos naturales del negocio jurídico así: “los que derivan de la naturaleza de cada negocio y acompañan al mismo aun sin ser objeto de especial declaración de voluntad, pero pueden ser excluidos por determinación de las partes; tales son por ejemplo la gratuidad en el mandato o la evicción en la compraventa”.

La tradición instrumental regulada en el artículo 1.462-II es una tradición distinta de la posesoria, tanto de la real del párrafo 1.º de este artículo (poner la cosa en poder y posesión del adquirente) como de la fingida, que actúa por un cambio en el *animus possidendi* (*brevi manu y constitutum possessorium*) o en la de la presentación y descripción de la finca (*longa manu*) y de la simbólica, porque el otorgamiento de la escritura no es un elemento que represente la finca, como las llaves del piso vendido, o el terrón del predio rústico, incluso el documento donde se contiene el título adquisitivo de la finca, pues todos estos símbolos son en cierto modo parte de ella y la representan. El otorgamiento es el consentimiento que prestan comprador y vendedor, transferente y adquirente, al contrato traslativo del dominio o derecho real y que por disposición del artículo 1.462-II, se convierte en tradición instrumental o modo, siendo un elemento natural de los contratos traslativos del dominio o de los derechos reales otorgados en escritura pública.

(139) *Derecho civil español común y foral*, 13.ª, tomo I, volumen 2.º. Revisado y puesto al día por José Luis de los MOZOS. Reus, S.A., 1982, pp. 826 y s.

C. Extensión de la tradición instrumental.

La tradición instrumental solamente tiene lugar en la escritura pública de venta o también en la de permuta o en todas las escrituras que contengan contratos traslativos del dominio como la renta vitalicia, la sociedad, etc., y constitutivos y traslativos de los demás derechos reales inmobiliarios. ¿En los documentos judiciales y en los administrativos conteniendo negocios jurídicos traslativos del dominio y de los derechos reales actúa asimismo como modo complementario del título?

a. *Escritura pública.*

No parece dudoso que el artículo 1.462-2 es aplicable a la permuta por remisión expresa a las disposiciones concernientes a la venta del 1.541 y tampoco a los demás contratos traslativos del dominio (renta vitalicia, aportaciones de inmuebles a sociedades, etc.) y de los demás derechos reales, porque el fin que persiguen las partes en ellos no es adquirir un derecho de crédito sobre los derechos de propiedad objeto de los mismos contratos, un *ius ad rem*, sino un *ius in re*, un derecho real. El hecho de que la tradición instrumental esté regulada en título IV del libro IV relativo al contrato de compra y venta, lo que es acorde con la letra del artículo 1.462 que se refiere literalmente al mismo contrato, desvirtúa esta postura, ya que la compraventa es el contrato traslativo más usual y frecuente de todos ellos y si los preceptos que regulan la tradición en el título de la compraventa no fuesen aplicables a todos los contratos traslativos del dominio y de los demás derechos reales, se infringiría el artículo 609, que exige la tradición para todos los contratos traslativos, “y por consecuencia de *ciertos contratos* mediante la tradición”, y estos ciertos contratos es claro que son los traslativos referidos.

b. *Documentos judiciales.*

Problema distinto son los documentos judiciales, como el testimonio conteniendo el auto aprobando el remate en los juicios ejecutivos, que hasta la reforma de la LEC por la Ley 10 de 30 de abril de 1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que derogó varios artículos del juicio ejecutivo, entre ellos, el 1.514 (que ordenaba al deudor “consignado el precio, ... que, ... otorgue la escritura de venta a favor del comprador” y “si no lo verifica ... el Juez otorgará de oficio dicha escritura” y lo redactó así: “Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el secretario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate, y en que exprese

que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción”), el requisito de la tradición instrumental se cumplía estrictamente y con él la teoría del título y el modo y el artículo 609 en los juicios ejecutivos de la LEC, pero no sucedió lo mismo con el juicio ejecutivo, el **procedimiento judicial sumario**, introducido por la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que desconociendo la teoría del título y el modo en la regla *decimoséptima* del artículo 131 dispuso: “Verificado el remate o la adjudicación, y consignado en su caso el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen... expidiéndose al efecto el oportuno mandamiento, ... en el que se hará constar que el valor de lo **vendido** o adjudicado fue igual o inferior...”

Será título bastante para la inscripción el testimonio expedido por el actuario con el V.º B.º del Juez, comprensivo del referido auto y de las circunstancias necesarias para verificar aquélla. También se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase” (140). Esta regla, salvo el párrafo último que no copié, se calcó en la 17 de la LH vigente, continuando la infracción de la teoría del título y el modo, consagrada en el artículo 609 del C.c., ya que seguía considerando compraventa a la subasta judicial expresamente en la misma regla 17, de acuerdo con el artículo 1.459, párrafo 1.º, de este último Cuerpo legal, que así la calificaba y, por tanto, como contrato traslativo, de los “ciertos contratos”, necesitaba de la tradición para transmitir el dominio, como imponía la legalidad vigente, que respetaba para las subastas judiciales el artículo 1.514 de la LEC. Al infringir el inciso final del párrafo 2.º del artículo 609 chocaba frontalmente con el 2-1.º y 2.º de la propia LH con un vicio en el título que se inscribe, que el artículo 34 de dicha Ley no puede salvar, porque el adquirente es parte en el acto que se inscribe al que le falta la *traditio*. Por otra parte, la LH no puede modificar la ley sustantiva, el C.c., salvo en materia de hipotecas, pero no en la teoría del título y el modo, como tampoco puede hacerlo la LEC por su carácter de Ley adjetiva. Ninguna crítica surgió por este motivo a la LH. A los notarios se les quitó, en cuanto a ese procedimiento ejecutivo, un peso de encima, porque estas escrituras eran largas y difíciles de redactar y los registradores de la propiedad no se preocuparon de esta cuestión y menos de buscar un cauce de legalidad para ellas ni tampoco los jueces, aun-

(140) Esta puesta en posesión judicial de los bienes no es una entrega de posesión traditiva de la propiedad, sino que es una norma superflua, ya que el *ius possidendi* del propietario no poseedor prevalecerá en la sentencia que se dicte en el juicio pertinente contra el poseedor en concepto de dueño que no sea propietario, que es el cauce procesal para entregar la posesión no traditoria, siendo ésta la puesta en posesión que puede hacer el juez.

que ya antes que la citada Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal en su artículo primero-99 modificase el 1.514, formularon una tesis con reiteradas sentencias (141), inspirada en el artículo 131 de la LH y especialmente en su regla 17 con la que pretenden construir jurídicamente una tradición instrumental en documento judicial paralela y prescindieron, como lo hizo la regla 17 de la LH del artículo 1.462-2 y especialmente del 1.514 de la LEC antes de ser derogado éste por la Ley 10 de 30 de abril de 1992. La reforma que iba a hacer esta Ley, ya la había hecho el Tribunal Supremo por su cuenta y sin encontrarle fundamento jurídico, que, en mi opinión, lo tiene en el mal tratado artículo 609 del C.c.

Esta reforma hecha por la Ley 10 de 1992 suprimiendo la tradición instrumental, que proclamaba el artículo 1.514, al no modificar el artículo 1.533 párrafo 2.º (“Si la tercería fuese de dominio, no se admitirá después de *otorgada la escritura* o consumada la venta de los bienes a que se refiera...”) para armonizarlo con la del 1.514, prueba el escaso interés en esta cuestión de gran importancia para la seguridad jurídica. Esta supresión de la tradición instrumental planteaba registralmente los problemas de la regla 17 del procedimiento judicial sumario, que acabo de exponer y además de las tercerías, afectaba a los retractos y, en general, a todos los casos en los que la fecha de la adquisición tuviese relevancia, incluso a la misma adquisición.

La sentencia del TS de 8 de junio de 1995 y con relación a hechos que se regían por la legislación anterior a la Ley 10 de 30 de abril de 1992 (142), afirma que la acción del retracto de comuneros, en caso de

(141) SS de 31 de octubre de 1983, 13 de febrero de 1989 (que en su considerando cuarto dice que no puede darse mayor alcance en el ámbito jurídico a la escritura pública que al auto de aprobación judicial del convenio dictado en el expediente de suspensión de pagos y aplica por analogía a este documento público, conforme al art. 1.216 del C.c., el 1.462-2 del mismo Cuerpo legal), 20 de octubre de 1989, 30 de octubre de 1990, 1 de julio de 1991, 19 de octubre de 1992 (con igual tesis que la de 13 de febrero de 1989), 8 de junio de 1995, 27 de julio de 1996, 1 de septiembre de 1997 y 6 de abril de 1999, a las que me referiré en notas o en el texto.

(142) Cita como precedentes las de 30 de octubre de 1990 y 1 de julio de 1991 en su considerando 5.º, “Que han venido a cambiar el anterior criterio jurisprudencial en el sentido *que la aprobación judicial de la subasta al entrañar la perfección del contrato* (como dice la primera de ellas) o la consumación del mismo (como afirma la segunda) determina el nacimiento de la acción de retracto” reforzando esta sentencia la argumentación de las dos citadas en la nota, así, “pues a la *referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal en atribuirle el carácter de tradición simbólica o ficta, al no ser «numerus clausus» la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1.462.º 1.464 del Código* (SS de 31 de octubre de 1983 y 20 de octubre de 1989)”. Esta última considera tradición ficta no sólo los casos que aparecen relacionados en los artículos 1.462-2 a 1.464 del C.c. ya que “al no estar esas formas espiritualizadas de tradición o entrega regidas por el principio del «numerus clausus», sino todos aquéllos de variada índole o naturaleza, que de manera contundente e ine-

subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta, con la aprobación del remate y adjudicación al rematante, si éste ha tenido conocimiento de la subasta y previamente dice: "*Consumada ya la venta por la concurrencia del título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada) el posterior otorgamiento de la escritura pública, (...) no será necesaria para que, a los efectos aquí estudiados, concorra el requisito de la tradición* (instrumental del art. 1.462-2 del C.c.) *al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma ficta o simbólica antes expresada...*". Esta sentencia, aparte de infringir el artículo 1.514 de la LEC, cree que crea una tradición instrumental, modo, con la adjudicación al rematante, por el mero hecho de denominarlo así; que es una tradición simbólica o *ficta*, que son clases distintas de tradición, o es una o es otra, pues son dos clases distintas de tradición, como hemos visto; y, por último, la tradición instrumental es una tradición no posesoria a *diferencia* de las anteriores.

La sentencia de 27 de julio de 1996 referente a un caso de retracto arrendaticio de una finca rústica enajenada en subasta judicial sostiene la misma tesis que la anterior en cuanto al nacimiento de la acción retraccional (143), la cual merece la misma crítica, incluso en cuanto a la infracción del artículo 1.514 de la LEC.

La sentencia de 1 de septiembre de 1997 afirma que la tercería de dominio puede deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, mas no una vez otorgada la escritura; sin embargo, después de la promulgación de la Ley 10 de 1992, que elimina la escritura y revaloriza el auto de aprobación del remate, "*la consumación de la enajenación se produce conforme al artículo 1.514 con la expedición del auto de aprobación del remate y demás requisitos (art. 1.515)*". A estos efectos, no a los procesales, considera la misma norma la del artículo 1.514 de la LEC y la regla 17 del 131 de la LH (aquél se inspira en lo esencial en éste, añadimos nosotros), "*Hay que entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1.462-2 del C.c. análogamente como sucedía anteriormente cuando se documentaba en escritura pública*. Los cambios introducidos por la reforma no han alterado el momento del perfeccionamiento de la tradición. *La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce*

quívoca revelen que el «tradens» (vendedor en este caso concreto) ha puesto real y actualmente la cosa a la plena, absoluta y única disposición del «accipiens» (comprador en este caso) con intención por ambas partes de hacerlo así (*animus transferendi et accipiendi domini*)...". En el caso litigioso el vendedor autorizaba en documento privado al comprador para vender los cuatro pisos.

(143) Además invoca el último párrafo de la regla 17 del artículo 131 de la LH, que antes hemos criticado.

la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario". La sentencia habla de promulgación de la Ley 10 de 1992, no de su vigencia. Llama tradición simbólica a la del artículo 1.462-2 y no lo es, porque no es una tradición simbólica como la posesoria. En la escritura notarial las partes pueden pactar la tradición; mientras que en la aprobación del remate, el juez no pacta, ejecuta.

La sentencia de 6 de abril de 1999, referente también a hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 10 de 1992 y que no modificó el artículo 1.533 que se invoca en la propia sentencia, relativo a una tercera de dominio, mantiene la misma tesis que la de 1 de septiembre de 1997 que invoca en el primer considerando dos veces y nosotros mantenemos la misma crítica (144).

(144) En la sentencia de la sala 3.^a del contencioso administrativo de 20 de noviembre del 2000, el ponente, ROUANET MOSCARDÓ, emitió un voto particular diciendo que "a la referida adjudicación que el juez realiza no hay obstáculo legal en atribuirle el carácter de «tradición simbólica o ficta» o «modo», según los artículos 1.462-2 a 1.464 del C.c., una vez perfeccionado el «título» mediante la aprobación del remate, con la consecuencia, por tanto, de que en las subastas judiciales la transmisión de los bienes la realiza siempre el juez ejecutor en el ejercicio de su exclusiva potestad pública de ejecutar, y las sentencias de esta Sección y Sala de 15 Jul. 1991, 12 Jul. 1996 y 13 Mar. 1997 vienen a establecer que en las ejecuciones forzosas jurisdiccionales la transmisión del dominio del inmueble subastado tiene lugar al tiempo de dictarse el auto de adjudicación, pues frente a la tesis «ius privatista» de aquella, para la que la enajenación se plasme en el acto complejo de la subasta judicial y la transmisión del dominio en la fase posterior del otorgamiento de la escritura pública de compraventa o del auto final confirmatorio de la resolución judicial por la que se aprueba el remate, la tesis procesalista o «ius publicista» convierte el acto procesal de la aprobación del remate (acta y/o resolución complementaria) en el eje central de todo el mecanismo procedimental conducente a la enajenación, ya que es imposible conceptuar la enajenación forzosa como un contrato de compraventa en que concurra el consentimiento libre y espontáneo del sujeto transmitente y propietario del bien enajenado, pues tal falta de consentimiento, que aparece evidente en el momento de la aprobación del remate, se reitera en el instante de la supuesta tradición, instrumental o ficta, que la LEC exige (más bien, exigía antes de la Ley 10/1992) para que se consuma la venta; y es que la enajenación forzosa, y con ella la simultánea adjudicación del dominio desde la aprobación del remate, es esencialmente un «acto procesal, en el que el juez es el verdadero protagonista», ya que reúne por sí solo los condicionantes necesarios, por su naturaleza formal, por las personas intervinientes y por su contenido material, para la plasmación en ese acto jurisdiccional de los elementos que en el plano «ius privatista» integran el título y el modo de la adquisición del dominio (como confirma la reforma introducida en los arts. 1.514 y 1.515 de la LEC por la L. 10/1992 siguiendo el criterio sentado en el art. 131 de la LH)." Si no estamos ante uno de los "ciertos contratos" (los contratos traslativos) que mediante la tradición transmiten el dominio y de los demás derechos reales a que se refiere el mal tratado artículo 609 del C.c., para qué queremos inventar una tradición en documento judicial paralela a la instrumental de la escritura notarial, tendríamos que inventar, no un modo complementario del acto traslativo, sino un modo de transmitir el dominio y esto no está al alcance de los jueces, de los reglamentos, de los notarios, de los registradores de la propiedad, ni de los particulares, porque el artículo 609 ha de ser necesariamente exhaustivo, solamente la Ley puede concretar un supuesto de hecho como adquisición *ex lege* al amparo del propio artículo 609, párrafo 2.º, inciso 1.º, y con la Ley no debíamos correr el peligro de convertir en robo

La Ley 1 de 7 de enero del año 2000, Ley de Enjuiciamiento Civil, unifica los anteriores juicios ejecutivos, el de la LH y de la LEC de 3 de febrero de 1881, en el artículo 670 regula la aprobación del remate en la subasta de bienes inmuebles, en el 674-1 el título para la inscripción en el Registro de la Propiedad, en el 675 la posesión judicial y ocupantes del inmueble y en el 596-2 la admisión de la tercería de dominio en el juicio ejecutivo.

El artículo 670. “Aprobación del remate. Pago. Adjudicación de los bienes al acreedor.

1. Si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el tribunal, mediante auto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate a favor del mejor postor”.

El n.º 2 de este artículo regula el supuesto que fuera el ejecutante quien hiciera la mejor postura igual o superior al 70 por 100..., aprobando el remate...

El 674. “Inscripción de la adquisición: título...

1. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, el testimonio, expedido por el secretario judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria”.

El 675. “Posesión judicial y ocupantes del inmueble.

1. Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado.

2. Si el inmueble estuviera ocupado, se procederá de inmediato al lanzamiento cuando el tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él...”. La petición puede ser anterior al anuncio de la subasta.

El artículo 596. “Momento de interposición y posible rechazo de plano de la tercería de dominio...

2. El tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin substanciación alguna la demanda de tercería de dominio... que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta”.

un hecho adquisitivo, salvo si las leyes no las hacen juristas, sino economistas, empresarios u otros que confundan la utilidad o el beneficio con la Justicia.

La nueva LEC considera título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el secretario judicial del auto aprobando el remate a favor del mejor postor, sea un tercero o el ejecutor, en el que conste que se ha consignado el precio y las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (arts. 670 y 674). El sistema es el mismo que los de la regla 17 del artículo 131 de la LH y 1.514, una vez reformado por la L. 10 del 92 de la LEC, que rechazaron la tradición instrumental de la escritura pública como complementaria de la venta en subasta judicial (145), que establecía el primitivo artículo 1.514 de la LEC, de acuerdo con el sentido que se daba por la doctrina a la legislación civil. La Ley vigente en el inciso final de su artículo 596-2 **se remite con sana y certera doctrina a la legislación civil para determinar el momento en que se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta**. Indudablemente, si calificamos de compraventa a la subasta judicial, estamos ante uno de los “ciertos contratos” traslativos del dominio y la tradición sería inexcusable, chocando frontalmente esta postura con los artículos 670-1, 2, 3 y 4 y 674-1; mas si consideramos que **es la Ley la que determina la transmisión del bien adquirido o adjudicado en la subasta, observamos escrupulosamente la legislación civil, el Código civil, su artículo 609, que dispone que “la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley”**. Piénsese, para desacatar el parentesco de la subasta judicial con la venta judicial, con la compraventa, en que no es el propietario de la finca hipotecada quien está legitimado para instar la venta de la misma en caso de impago, sino el hipotecante. El propietario de la finca conserva el *ius disponendi* que le confiere el artículo 348 del C.c., mas para enajenar la finca con el gravamen hipotecario, el acreedor hipotecario ostenta el *ius distrahendi*, el derecho real de realización del valor de la finca, esencia del derecho de hipoteca, que el hipotecante deudor o fiador real le concedió al constituirse la hipoteca para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada y lo que se enajena es la finca sin el gravamen, lo que se ejercita es el derecho del titular de la hipoteca y no el del propietario de la finca hipotecada.

La posesión referida en el artículo 675 no guarda relación con la tradición.

(145) De compra la califica el párrafo 1.º del artículo 1.459 del C.c.

c. *Los documentos administrativos.*

A estos documentos no se extiende la tradición instrumental (146), aunque se pretendió, al amparo del artículo 1.216, equiparar los autorizados por un notario con los autorizados por un *empleado público competente*, con las solemnidades requeridas por la ley, sin tener en cuenta que la vinculación del empleado público a una de las partes no la tiene el notario y tampoco el juez. La sentencia de 17 de marzo de 1986 en su considerando 5.º dice: que “la tradición instrumental que se contempla en el artículo 1.462, párrafo 2.º, del C.c., que en el presente caso ha de descartarse por no ser el acuerdo municipal instrumento propicio a tal menester”.

d. *La tradición instrumental o no posesoria y los derechos reales sin contacto posesorio.*

Como hemos reseñado, HEINECIO, a quien siguen al menos FEBRERO y DEL VISO, señalan casos en que no es necesaria la tradición para transmitir el derecho real, como son la hipoteca, las servidumbres negativas, los juicios divisorios y las adquisiciones por causa de muerte.

Esta última en el derecho actual y también en el anterior es un modo de adquirir distinto del título y el modo y así lo dispone el artículo 609-2 “la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... por sucesión testada e intestada...” y lo confirma el 661 y 1.068 y hoy nadie lo discute.

Los juicios sucesorios, si son herenciales estamos en el supuesto anterior, si son por razones de copropiedad, el artículo 399 explica la cuestión, “Todo condueño tendrá plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla... Pero el efecto de la enajenación y de la hipoteca con relación a los condueños estará limitada a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad”, o sea, que la propiedad de la cuota continúa en la porción que se adjudique al condueño al cesar la comunidad y la tradición carece de todo sentido.

Más interesantes e importantes son los otros dos supuestos, especialmente el de la hipoteca. Comenzaremos por decir que todos los *iura in re aliena*, como evidencia su nombre, han de recaer sobre la finca propiedad de otro (147), sobre la cual han de constituirse y enajenarse simul-

(146) Véase, no obstante, BERCOVITZ ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 117 y s.

(147) No obstante, también pueden recaer sobre derechos reales limitados de los que son otros los titulares, como sucede en materia de hipotecas y se lee en el artículo 107-1.º, 4.º, 5.º y 8.º. Véase sobre esto mi obra citada, *La subrogación real...*, pp. 184, y ss., especialmente 187 y ss. para la subhipoteca.

táneamente, pues ni la hipoteca ni la servidumbre ni ningún otro derecho real menor pueden constituirse sobre cosa del propietario (*nemine res sua servit*) pues las facultades que sobre el objeto del derecho de propiedad confieren esos derechos reales limitados para aprovechar sus utilidades las tiene el propietario por su propio derecho de propiedad y si se vuelve a confundir derecho de propiedad y el derecho que lo grava, éste se extingue; v. g. artículos 513-3.º, respecto del usufructo y 546-1.º en cuanto a las servidumbres.

La constitución de la hipoteca implica la atribución por el propietario de la finca del *ius distrahendi* al hipotecante, como derecho real que le faculta para realizar el valor de la finca en el solo caso de incumplimiento por el deudor de la obligación garantizada. Este derecho se constituye por el dueño de la finca a favor del acreedor hipotecario, quien lo adquiere, quien lo acepta en el acto mismo de la constitución de la hipoteca.

El acto de la constitución de la hipoteca voluntaria (148) para su validez y eficacia exige estos requisitos: que el hipotecante no sea dueño de la finca hipotecada, que sea ajena, como *ius in re aliena* que es, que se otorgue en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad. El *ius distrahendi*, que confiere el derecho de hipoteca a su titular, lo adquiere éste en el acto de la inscripción desde que el artículo 1.875 del C.c. reformó el 146 de la LH entonces vigente, que disponía que la escritura y la inscripción en el registro se requería “*para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero*” y que el C.c. elevó a requisitos de validez de la hipoteca, pues antes de él la hipoteca surtía efecto entre las partes y aun en cierto modo hoy, ya que la promesa de constituir hipoteca produce acción personal entre los contratantes (art. 1.862) y también la hipoteca otorgada en escritura pública sin inscribir en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 1.279, como “forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato (el de hipoteca en nuestro caso), los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”. No es lo mismo el sentido del artículo 633 del C.c. que dispone, “Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública...” y el de los artículos 1.875 del C.c. y 145 de la LH que disponen respectivamente “... es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad”. Y “Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: 1.º Que se hayan constituido en

(148) Las hipotecas legales no derivan de contrato traslativo sino de la Ley y no se rigen por el inciso final del párrafo 2.º del artículo 609 del C.c., sino por el 1.º del mismo párrafo.

escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad”. Como se lee, la donación de inmuebles no otorgada en escritura, aunque se hubiese hecho promesa, no puede exigirse que se otorgue en escritura pública ni indemnización, porque es nula, no tiene ningún valor y el artículo 1.279 no le es aplicable, lo que no parece que ocurre con la hipoteca.

La transmisión del *ius distrahendi*, del derecho real de hipoteca al hipotecante, no hay razón alguna, desde la acogida por el artículo 1.462-2 del C.c. de la tradición independiente de la posesión, de la tradición instrumental, para excluirla del modo complementario del título, exigido sin excepciones por el artículo 609 alterando el sistema.

En cuanto a las servidumbres negativas como la *servitus de altius non tollendi*, no hay razón para no exigir el modo como complemento del título, consistente en la tradición instrumental y ello, aunque estuviese en activo, sin pensamiento arancelario.

VII. El Código civil y la Ley Hipotecaria

La relación entre estos Cuerpos legales se ha discutido (149) y quizás pese el quehacer profesional en los argumentos aducidos. No voy a entrar en el detalle de las razones esgrimidas por quienes se han preocupado de la cuestión (150), sino a expresar las razones jurídicas de mi postura, muy próxima a la de NÚÑEZ-LAGOS.

La Ley Hipotecaria en cuanto a su Título V, que regula las hipotecas, es una Ley sustantiva que dejó subsistente el Código civil, en el inciso final del artículo 1.880 y el resto es una Ley adjetiva a la que se remite su artículo 608, igual que la Ley del Notariado, respetada por dicho Código en su artículo 1.217. Ambas leyes con función diferente y necesaria, pero convergente y muy conveniente para el tráfico jurídico inmobiliario y su seguridad.

La comparación de los artículos 1.880 y 608 del Código civil confirma esta aseveración de su doble carácter. Éste dispone: “Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos, se

(149) Una exposición de las distintas posturas puede verse en José Manuel GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 315 y ss., especialmente pp. 326 y ss.

(150) LA RICA Y ARENAL: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, Libro homenaje, Colegio de Registradores de la Propiedad, tomo II, Madrid, 1958; NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria”, *RDN*, julio-diciembre de 1962, pp. 103 a 140, ya citada; LACRUZ BERDEJO: *Derecho inmobiliario registral*, ya citada, pp. 61 y s., y GARCÍA GARCÍA, José Manuel, ob. y loc. últ. citada.

estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria” y aquél: “La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su modificación, constitución y extinción y lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente”. El 608 se refiere a los títulos sujetos a inscripción, tanto en sentido material, o sea, principalmente a los de los derechos reales inmobiliarios, entre ellos la hipoteca, referidos en el artículo 2, párrafos 1.º y 2.º de la LH, la constitución, modificaciones objetivas y subjetivas, efectos y extinción de los mismos derechos lo regula el C.c., salvo las hipotecas que regula el título V de la LH por remisión y delegación de aquél, según se lee en el artículo 1.880, como el título formal, que determina el artículo 3.º: “Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán ser consignados en escritura pública, ...”, es decir, en el documento regulado en la L. del N. El 608 determina la regulación que la LH ha de hacer en cuanto al funcionamiento del Registro de la Propiedad, o sea, derechos que han de tener acceso al Registro de la Propiedad y títulos formales en los que han de tener acceso y además le encomienda la forma, efectos y extinción de las inscripciones y anotaciones y el valor de estos asientos, todo según los principios hipotecarios, entre ellos el de fe pública registral amparado en el 609, inciso primero del párrafo 2.º del C.c. y que regula todo ello en los títulos II, III y IV. La mecánica o el modo de llevar los Registros, concordancia y discordancia de sus asientos con la realidad jurídica, la organización y la publicidad de sus asientos, son objeto de los restantes títulos de la Ley. Toda la regulación está al servicio del derecho sustantivo, primordialmente de los derechos reales inmobiliarios tal y como los constituye, transmite, modifica y extingue el articulado del C.c. y el título V de la LH.

El artículo 1.880 hace una remisión total a la LH en cuanto a la regulación de la hipoteca en su aspecto sustantivo, sin la más leve alusión a las cuestiones registrales, que la hace en el artículo 608.

Los efectos y el valor de los asientos del Registro de la Propiedad, así como el valor de la escritura pública o notarial, son cuestiones formales, aunque tengan algún efecto sustantivo incidentalmente, como la escritura notarial respecto de la tradición instrumental o de la validez de la donación de inmuebles sin un antes ni un después o las adquisiciones *ex lege a non domino* del artículo 34 de la LH y el requisito (151) de la ins-

(151) La inscripción es un requisito para la constitución de la hipoteca, aunque la disposición final 9.ª-5 de la LEC vigente, que modifica el artículo 130 de la LH, diga, “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, **dado su carácter constitutivo**, sobre la base de los extremos

cripción en la constitución de la hipoteca del 1.875 del C.c. y 145 y 159 de la LH.

El artículo 1.537 es otro de los pilares de los partidarios de la equiparación de ambos Cuerpos legales: “Todo lo dispuesto en este título (el que regula la compraventa) se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria”. El antecedente de este artículo es el 1.468 del Proyecto de 1851, que se remitía al título XX **–DEL REGISTRO PÚBLICO–** de dicho Proyecto, comentándolo GARCÍA GOYENA decía: “En rigor no era necesario este artículo; ...”. Esta sujeción a las normas del Registro no afecta ni puede afectar al aspecto sustantivo, a la constitución, modificación y extinción de los derechos reales inmobiliarios, sólo se refiere a su publicidad, para la cual habrán de observarse los principios relativos al funcionamiento, organización del Registro de la Propiedad y al valor de sus asientos, que son las normas a las que tienen que sujetarse.

El párrafo 2.º del artículo 1.473 dispone: Si un mismo inmueble se hubiese vendido a diferentes compradores, “la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro”, del que me he ocupado en un trabajo publicado hace unos años y al que me remito (152) y en el que sostengo que se trata de un precepto con antecedentes directos en unos proyectos en los que el sistema hipotecario era distinto del acogido por la LH de 1861, las sucesivas y por el C.c., está dislocado, más exactamente desarticulado en ambos Cuerpos legales y es muy difícil integrarlo en nuestro Ordenamiento, articularlo en la LH y en el C.c. y que en el Derecho civil vigente hoy es mucho más diferente que cuando se promulgó el C.c. El principal obstáculo reside en que resuelve el conflicto entre los compradores, acudiendo simplemente a la inscripción, al marginar el artículo 34 ante una posible adquisición *ex lege a non domino*, que hoy es injustificable, pero cuando se promulgó el C.c. era más disculpable, ya que el artículo 34 de la primitiva LH sólo exigía que el vendedor tuviese inscrito su derecho y el comprador que lo inscribiese, en

contenidos en el asiento respectivo”. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: “Sobre el título inscrito”, conferencia pronunciada el 30 de marzo de 2000 en la Academia Matritense del Notariado, publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 33, enero-marzo 2000, p. 178, critica esta forma de hacer legislativamente constitutiva la inscripción de la hipoteca e invoca las palabras de GÓMEZ DE LA SERNA: “No debe formar un solo cuerpo lo que se ordena, que es propiamente la Ley, con la exposición de las razones que ha habido para ordenarlo, que son los motivos de la Ley. Esta mezcla produce confusión”. Es un gol en fuera de juego del equipo de la inscripción constitutiva de la hipoteca.

(152) “La degradación de la escritura pública en el RD 1.558 de 18 de diciembre de 1992 y la O. de 2 de agosto de 1993”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 7, julio-septiembre de 1993, pp. 156 a 166.

este caso uno de los dos o más compradores. La reforma de 1869 estableció unas notificaciones de la inscripción, incluso edictos a las personas que habían poseído la finca los últimos 20 años, no a los que la habían comprado, y la de 1877 introdujo el requisito de la onerosidad para la protección del adquirente, que a nuestro caso no afecta, porque las compraventas siempre son adquisiciones onerosas. En este estado del artículo 34 se promulgó el C.c. y el artículo 1.473-2 parecía cumplir con la letra del 34 de la LH, pues parecía bastar la inscripción, ya que no se suspendía la fe pública ante ciertas inmatriculaciones ni se exigía la buena fe en el adquirente.

La LH de 16 de diciembre de 1909 en el párrafo 4.º de su artículo 20 refiriéndose a las inmatriculaciones practicadas en virtud del título público de adquisición, dispuso: “Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años contados de la fecha en que fueron hechas” y este precepto ya plantea cuestiones, para mí difíciles de superar, pues niega la aplicación del artículo durante dos años al comprador que inmatricule su adquisición por un título público o a quien compre a un titular registral, cuya finca lleve menos de dos años inmatriculada por el mismo procedimiento, por el tiempo que falte para cumplirlos y en este supuesto la inscripción invocada por el artículo 1.473-2 no puede ni debe jugar contra la LH. Aún más difícil lo puso la LH vigente al mantener en su artículo 207 la misma suspensión de los efectos del artículo 34 y, además exigir, para que éste despliegue sus efectos, la buena fe en el adquirente. En estos casos de inoperancia de la fe pública registral por suspensión de la misma, si quien inscribe primero no es un adquirente *a domino*, sino *a non domino*, es un tercero que no está debidamente inscrito, como exige el artículo 32 para que la inscripción perjudique a tercero y hay una inexactitud registral, que debe rectificarse en beneficio del verdadero propietario. En los demás supuestos en que la fe pública no esté suspendida y el adquirente sea de buena fe, si es el primero que inscribe, adquirirá la propiedad, pero **no por lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.473 del C.c., sino en virtud del 34 de la LH** (153).

En resumen, la observancia del artículo 1.537 en la valoración jurídica o efectos de los asientos registrales, lleva inexorablemente a esta conclusión justa y a la misma habría que llegar sin él.

El respeto a la legislación hipotecaria formal o registral por el C.c. en materias de su competencia es un principio que ha de defenderse siem-

(153) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, ob. y tomo últ. cit., p. 331, considera este artículo una manifestación de la inscripción en su función “constitutiva respecto a terceros”.

pre en aras a la unidad y coherencia del Ordenamiento Jurídico, pero cuando se inmiscuye en cuestiones que es incompetente hay que exigir la rectificación inmediata, lo que es difícil en nuestro nominal Estado de Derecho. No hay que olvidar que el Derecho sustantivo puede cambiar, que los derechos reales inmobiliarios pueden modificarse sin permiso de las leyes adjetivas, que tienen que alterarse para adaptarse al cambio, mientras que las leyes formales no pueden variarse al margen de los derechos a cuyo servicio están.

Voy a exponer un abuso de la legislación formal hipotecaria que se cometió al modificarse la LH de 30 de diciembre de 1944 (154), que plantea un problema civil importante a notarios y registradores y ha llegado a los Tribunales, del que me he ocupado en el breve trabajo al que me remito (155), y aquí voy a procurar hacer una síntesis en lo que afecta a nuestro tema.

El artículo 11 de la LH dispone: “La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efecto en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas”. Me parece absurdo que se traiga un aspecto de la regulación de la hipoteca al título II de la Ley, cuando la cuestión está regulada en los artículos 119 y ss. del título V de la misma y el supuesto de hecho de este artículo está comprendido en materia de hipotecas en el del inciso 2.º del 11, ya que el precio aplazado es un crédito del vendedor contra el comprador. La distribución del crédito en la hipoteca de varias fincas fomenta el crédito territorial a costa del acreedor y en beneficio del deudor y se reguló en la Ley de 1861, artículos 119 y ss. y la aceptó el C.c. en los dos últimos párrafos del artículo 1.860 y es cuestión defendible; pero no hay analogía entre la garantía del precio de varias fincas con hipoteca y el aseguramiento de su pago total con condición resolutoria, a menos que las partes lo convengan, que lo pacten expresa y libremente y no por imposición de la LH. Si lo que el vendedor pretende es o cobrar todo el precio o recuperar todas las fincas, el inciso final del párrafo 1.º del artículo 11 infringe

(154) SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, pp. 75 y ss. especialmente 90 y s., defiende la imposición legal de la distribución de la responsabilidad en caso de pluralidad de fincas vendidas por un solo precio con pacto comisorio elevado a la condición resolutoria del artículo 1.123 del C.c., como si fuese lo mismo que en la hipoteca de varias fincas en garantía de un solo crédito.

(155) “La garantía del pacto comisorio elevado a condición resolutoria en la venta de varias fincas por un solo precio”, *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, febrero de 2000, pp. 593 a 604.

el artículo 1.504, si las partes elevaron a la condición resolutoria del artículo 1.123 la falta de pago del precio. En la garantía hipotecaria la intención del vendedor es cobrar el precio, con la condición resolutoria pretende recuperar todas las fincas en caso de impago. Con la distribución de la responsabilidad en aquel caso el vendedor puede cobrar el precio, a pesar de la enajenación de todas o alguna de las fincas; en éste, si alguna o todas las fincas se enajenan, el vendedor no puede recuperar ninguna de las que el comprador o los compradores enajenen, el fin perseguido se frustra.

El principio de especialidad en el que se funda la organización y el fundamento de nuestro Registro de la Propiedad tiene como unidad esencial la finca y en nada queda afectado, desvirtuado, dañado ni perjudicado por falsificarle un precio a cada finca en el caso de que al amparo del artículo 1.471 párrafo 2.º del C.c. se vendan dos o más fincas “*por un solo precio*”, convirtiendo una sola compraventa en tantas como fincas, contraviniendo la voluntad de las partes contratantes e infringiendo el derecho adjetivo el derecho sustantivo, el artículo 1.504 del C.c. en relación con el 1.123 y atacando la libertad civil de contratación. Cuando vendedor y comprador quieren vender varias fincas por un precio cada una, estudian el precio individual, cuando venden varias piensan en el precio unitario y no en el de cada una.

La distribución del crédito entre las varias fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito puede afectar al crédito territorial; la distribución del precio entre varias fincas vendidas por uno solo o alzado, garantizado con pacto comisorio elevado a condición resolutoria, no.

El inciso final del párrafo 1.º del artículo 11 del C.c. es contrario a la Ley, es ilegal; el Derecho registral es un Derecho formal, como el notarial, no sustantivo.

Escritura pública e inscripción registral

El artículo 3.º de la LH dispone: “Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán ser consignados en *escritura pública*, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos”; ahora bien, estos documentos (156) que la Ley impone para verificar la inscripción, la imposición lleva consigo la necesidad jurídica, que los mismos contengan todas las circunstancias relativas a los actos y contratos referentes a los derechos reales inmobiliarios que los

(156) De los documentos citados solamente me ocuparé de la escritura pública.

identifiquen subjetiva y objetivamente y que los Registros de la Propiedad deban publicar, para que puedan perjudicar a tercero, conforme a lo dispuesto en los artículos 605 a 608 del título VIII del libro II del Código civil y de ahí el correlativo precepto en la LH relativo a las escrituras públicas, como principal documento de acceso a los registros, el artículo 22, “El *Notario que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato*, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, *la subsanará* extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuere posible e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta”, que impone a los notarios esa obligación correlativa y fundada en el artículo 1.º de la Ley del Notariado, ya que el notario está **“autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales”** y esto es atribución del control de la legalidad.

La inscripción es el asiento del Registro de la Propiedad que publica la situación jurídica definitiva de los derechos reales inmobiliarios. Este asiento lo construye el registrador con los materiales de la escritura, cuyo control de legalidad respecto de los terceros lo tiene el notario hoy merced a los adelantos en la rápida comunicación de la publicidad registral y dispone de una amplia información del Registro que puede calificar; mientras que el registrador no tiene ni puede tener el control de la intimidad de la escritura, *tiene que aceptar la calificación y legalidad del notario*, según la expresa y en respeto a su fe pública.

Las circunstancias que ha de contener la inscripción para cumplir su finalidad están expresadas en los artículos 9 y concordantes de la LH y han de ser tomadas de la escritura pública, conforme al número 8.º de este artículo, que regula las circunstancias de **toda** inscripción: “La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción con la *copia del título de donde se hubiere tomado*”. El registrador puede disentir de la calificación de la legalidad expresada por el notario en la escritura, bien a causa de un asiento registral, que el notario desconocía o ha valorado de otra manera, bien en cuanto a la capacidad y legitimación de los enajenantes y adquirentes, bien de la validez y eficacia de los pactos y actos dispositivos contenidos en la misma y suspender o denegar la inscripción del título presentado, en cuyo caso el notario puede aceptar la calificación del registrador y subsanar la escritura (157) o desistir de su registración o, por el contrario, no aceptar su calificación e impugnarla en vía gubernativa o judicial (arts. 18, 19, 65, 66, 67 y 99).

(157) El factor tiempo es en muchos casos un importante apoyo, que lleva al notario a subsanar la falta y aunque no le impide el recurso doctrinal, éste no se interpone con la frecuencia que se debiera.

El control de la legalidad en vía administrativa o gubernativa no lo tiene el notario ni el registrador en caso de discrepancia entre ambos, sino la Dirección General de los Registros y del Notariado y con carácter definitivo los jueces y tribunales, conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica de los Tribunales (158).

Oviedo, 12 de marzo del año 2001.

(158) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, en un artículo publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 63: “La especificidad de la función del registrador de la propiedad como distinta de la del notario”, pp. 1901-1930, improvisa un Derecho Notarial en el cual el notario, que ha de dar fe autorizando conforme a las leyes, ha de hacerlo sin controlar legalmente la legalidad-eficacia, emitiendo sólo un “juicio u opinión de legalidad” sin efectos legales reconocidos (pp. 1909 y ss.); la dación de fe “conforme a las leyes” no implica atribución de control de la legalidad-eficacia al notario, quien está en contacto directo con la realidad jurídica, que milagrosamente la LH ha convertido en realidad jurídica extrarregistral (arts. 39 y 198), sino al registrador, quien controla la realidad jurídica registral formada principal y sustancialmente con la escritura pública notarial (pp. 1912 y ss.); así el juicio de capacidad del notario, que en el nuevo derecho notarial es también una opinión sin valor jurídico, que lo adquiere con la calificación registral, cuya única fuente es la escritura pública (art. 18 de la LH) cuyo autor es el notario, quien ve, oye, escucha y dialoga con los comparecientes (pp. 1915 y s.); y el mismo tratamiento jurídico da GARCÍA GARCÍA a la calificación del notario de la suficiencia o no de los poderes (pp. 1916 y ss.).

EL ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO CIVIL COMO NORMA GENERAL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho civil
Profesor emérito de la Universidad de Valencia

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL TEXTO DEL ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO CIVIL. ANTECEDENTES. **III.** DIFERENCIAS ENTRE EL TEXTO DEL ARTÍCULO 29 DE LA EDICIÓN PRIMITIVA Y EL DE LA EDICIÓN REFORMADA. **IV.** EL RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO. **V.** ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD DETERMINADA POR EL TIEMPO DE LA CONCEPCIÓN. **VI.** LA DONACIÓN AL CONCEBIDO. **VII.** REVOCACIÓN DE DONACIONES POR SUPERVENIENCIA DE HIJOS. EFECTOS FAVORABLES AL CONCEBIDO. **VIII.** CONCLUSIÓN.

I. Introducción

El comienzo de la vida del ser humano desde el momento de la concepción y el reconocimiento de los derechos inherentes a su existencia antes del nacimiento es tema que suscita un interés creciente en la ciencia jurídica actual (1). En este estudio se tratan sólo algunos aspectos de la protección del concebido en nuestro Código civil de acuerdo con la norma general del artículo 29, válida, según entiendo, para la interpretación de otras disposiciones del propio Código y de otros cuerpos legales, y de posible aplicación a supuestos no contemplados expresamente por la ley.

Para determinar el alcance del artículo 29 parece conveniente hacer una referencia a sus antecedentes más cercanos con el propósito de subrayar el cambio profundo que se produce en el ámbito de protección al concebido al publicarse la edición reformada del Código.

II. El texto del artículo 29 del Código civil. Antecedentes

Dice el vigente artículo 29: *“El nacimiento determina la personalidad”, y a renglón seguido se establece la equiparación del concebido al nacido en los siguientes términos: “Pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.*

Se ha puesto de relieve en la doctrina la inspiración directa de este texto con la legislación de Partidas, y más precisamente con lo establecido en la Partida 4, 23, 3: *“mientras la criatura estuviere en el vientre de su madre, todo cuanto se haga o se diga en su favor (en pro de ella) le aprovecha, como si ya fuese nacida; mientras que lo que se dijere o hablare en daño de su persona no le perjudica”.* Resalta GREGORIO LÓPEZ la correspondencia de este texto con el muy conocido de JULIANO en el Digesto (D. 1.5.26): *“Los que están en las entrañas de la madre se reputan por el Derecho civil, casi en todo, como si hubiesen nacido”* (2).

A la idea de equiparación entre el concebido y el nacido que se nos propone en este texto responde claramente el artículo 29 de la edición reformada del Código civil (3).

(1) Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justinianeo a los Códigos civiles)”, *Revista General de Derecho*, LVI, núm. 603, 1994, pp. 12457-12469.

(2) Trad. de HERNÁNDEZ TEJERO, F., *Textos jurídicos*, Madrid, 1996, p. 24. Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, “La tradición jurídica”, cit., pp. 12458 y 12462.

(3) Sobre la controversia acerca de la interpretación de las fuentes de Derecho romano justinianeo, vid. CATALANO, P., “Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano,” en *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986, pp. 229 y ss.

La versión de la edición reformada queda muy distante de la orientación de otros Códigos europeos, acogida en nuestro Proyecto de 1851, en la misma línea del Código civil francés. Esta misma orientación inspira la edición primitiva de nuestro Código, abandonada finalmente tras las fuertes objeciones que contra las mismas se vertieron en la *Discusión parlamentaria*. Objeciones que en lo fundamental quedaron salvadas con la publicación de la edición reformada en julio de 1889 (4).

Un criterio muy distinto al de nuestro Código inspira la regulación del *Código francés*. En él se contienen algunas aplicaciones de la doctrina romana del *nasciturus*. Admite que el concebido puede suceder mortis causa al abrirse la sucesión (art. 725, 1.º), y que puede recibir por donación y por testamento siempre que, al hacer la donación o morir el testador, nazca y sea viable (art. 906). Pero no contiene, como advierte MALDONADO, una regla general aplicable a casos no previstos por la ley (5).

También el antiguo *C.c. italiano* (de 1865) y el *C.c. alemán* contienen algunas normas determinadas, principalmente en materia de sucesión hereditaria, pero no una norma general de tener al concebido por nacido para lo que le sea favorable. Y el nuevo *C.c. italiano* (de 1942) establece en el artículo 1.º que están subordinados al hecho del nacimiento los derechos reconocidos al concebido por la ley.

En el proceso de nuestra codificación, el Proyecto de 1851, al que habían de atenerse los redactores del Código según el artículo 1.º de la Ley de Bases, se aleja de la tradición legislativa castellana y dedica, al igual que el Código de Napoleón, algunas normas especiales en relación con los póstumos (arts. 607, 644, 786 y 799). Omite, como observa CASTÁN VÁZQUEZ, cualquier alusión al *concebido*, y en el artículo 107 se limita a establecer que “Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales”. Este es el precedente inmediato de la edición primitiva del Código.

(4) De fundamental importancia son las objeciones formuladas en el Senado, principalmente por COMAS y por DURÁN Y BAS. Cfr. “El Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889”, *Revista de los tribunales*, Madrid, 1889.

(5) MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La condición jurídica del “nasciturus” en el Derecho español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, p. 198.

III. Diferencias entre el texto del artículo 29 de la edición primitiva y el de la edición reformada

Dice el texto de la primera edición del artículo 29 del Código: “*El nacimiento determina la personalidad, sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido*”. La comparación de este texto con el de la edición reformada sugiere las siguientes observaciones.

El texto de la edición primitiva del artículo 29, al igual que el Proyecto de 1851, no menciona al concebido. Queda así oculta la identidad ontológica del ser humano entre la generación y el nacimiento cuando, en contraste con el silencio sobre la existencia del concebido, se refiere el precepto exclusivamente al *nacimiento*, como determinante de la personalidad, y a *los derechos del nacido*, que se admiten con carácter de excepción cuando la ley establece la *retroacción* de esos derechos (*del nacido*) a una fecha anterior. Se contempla el nacimiento no como *término* del proceso biológico de gestación sino sólo como *punto de partida* para la atribución de la personalidad y la adquisición de derechos.

Algunas de las disposiciones especiales que en otros artículos de la primera edición permiten o postulan la retroacción de los derechos del nacido a una fecha anterior al nacimiento se refieren a los póstumos (arts. 627, 644, 959, 964 y 814 del C.c.).

Diversamente, en la edición reformada, el artículo 29, después de la proposición inicial, se refiere en primer término al *concebido*, considerándolo como *nacido* para “*todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”. Y en el artículo 627, cuando se introduce la exigencia de que la donación ha de ser aceptada para ser eficaz (arts. 629 y 633), se sustituye la referencia a los “*póstumos*” por la de “*concebidos y no nacidos*”.

La palabra “*póstumo*” se utiliza generalmente en nuestro Código para designar al nacido después de la muerte de su progenitor (6). Al producirse la sustitución del término “*póstumo*” por el de “*concebido*”, la protección del “*nasciturus*” gana amplitud: destinatario de la protección es ahora, después de la reforma, el concebido, aunque nazca en vida de su progenitor.

En algunos artículos de la Sección dedicada a las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda “*quede encinta*” se conserva la palabra

(6) Sobre el significado del término “póstumo” vid. D’ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 1960, pp. 145 y 159; con referencia al uso del término en nuestro Código civil, ALONSO PÉREZ, M., “Comentario a los artículos 959 a 967”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, XIII, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1998, pp. 10-12.

“póstumo” (arts. 959 y 964 C.c.), pero por la interpretación sistemática de estos artículos en relación con el principio del nuevo artículo 29, el trato de favor que el Código reserva singularmente al póstumo llamado a la sucesión del padre premuerto se generaliza, extendiéndose el régimen del concebido de filiación matrimonial a todo concebido llamado a una sucesión, con independencia de que el causante de la sucesión sea el progenitor casado con la “viuda encinta” de que habla el Código. De tal modo, los términos “*viuda*” y “*marido*” se han de considerar hoy referidos a *toda mujer encinta*, aunque no sea viuda, y a *toda causante de una sucesión*, aunque no sea progenitor del concebido.

De importancia considerable para definir la extensión de los efectos favorables al concebido es la *supresión de la referencia a la ley*, con lo que ésta deja de ser determinante de que la atribución de efectos a la persona antes del nacimiento se limite a los supuestos contemplados en ella.

A la notable significación que tiene este abandono de la referencia a la ley trató de restar importancia la Comisión redactora de la Exposición de fundamentos de las enmiendas y adiciones que se introducen en la nueva edición del Código cuando se dice que la disposición reformada —es decir, el texto de la primera edición— “*no alteraba el precepto de nuestra antigua legislación*” y que lo que ha sido modificado es “*no el concepto sino la forma del artículo 29*”. Sobre este pasaje de la Real Orden de 29 de julio de 1889 dice DE CASTRO: “*La segunda edición del artículo 29 ha cambiado ciertamente algo más que la primitiva forma; la fórmula empleada conserva el concepto, pero amplía indefinidamente su contenido*” (7).

A mi modo de ver, con la nueva redacción, la atribución de efectos al concebido adquiere una dimensión amplísima, inédita en nuestra historia legislativa. Los principales aspectos en que se manifiesta el amplio alcance que adquieren los efectos favorables al concebido con la segunda edición son los siguientes:

1) La redacción originaria establecía una *regla de carácter excepcional* que reduce a un repertorio restringido los derechos del nacido susceptibles de retroacción, limitando ésta los supuestos en que lo haya dispuesto la ley, sin posibilidad de aplicar la norma a supuestos no previstos legalmente.

2) La *eliminación de la referencia a la ley* convierte al artículo 29 en *regla general* que permite proyectar los efectos favorables de la equiparación del concebido al nacido más allá de los casos regulados en pre-

(7) CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Jurídicos, I, Madrid, 1948, p. 120.

ceptos concretos. Dice en este sentido MALDONADO que “*el art. 29 del Código civil tiene también validez en aquellos casos en los que no está recogido expresamente en preceptos concretos, y debe aplicarse para equiparar a los nacidos aquellos otros que sólo están concebidos, siempre que se trate de efectos favorables y que luego nazcan con las condiciones requeridas, no sólo al interpretar otros artículos del Código, sino al dar aplicación a cualquier otro precepto legal, e incluso en las designaciones hechas por particulares en los actos jurídicos, realizados por ellos*” (8).

3) Pierde consistencia la opinión de que los efectos favorables se circunscriben a los *derechos patrimoniales* (9). Ciertamente es que los supuestos específicos regulados por el Código son, en la misma línea del Derecho romano y de la legislación de Partidas, de carácter patrimonial, por lo que, de no existir el principio general del artículo 29, la atribución de efectos favorables a supuestos diferentes de los establecidos legalmente, sólo se podría admitir por *analogía* con los supuestos regulados. Con el elevado grado de generalidad que adquiere en la segunda edición la norma del artículo 29, deja ésta de estar encadenada en sus aplicaciones al procedimiento analógico.

4) Después de la edición reformada parece claro, en principio, que no es necesaria una *identidad de razón* con los supuestos patrimoniales regulados por el Código para atribuir efectos favorables al concebido. El sentido omnicomprendivo de la palabra “*todos*” con que se define en la segunda edición la amplitud de los “efectos favorables” atribuibles al concebido, implica que la protección del concebido se extiende, más allá de los límites de la analogía con supuestos patrimoniales, a las *relaciones jurídicas de carácter personal*.

En este sentido se admite en la doctrina la posibilidad del reconocimiento del concebido y, más recientemente, la aplicación del artículo 29 en materia de nacionalidad.

IV. El reconocimiento del concebido

El reconocimiento del concebido es, por lo común, admitido en nuestra doctrina. En la redacción originaria del artículo 644, 1.º, C.c. se establece como causa de revocación de donaciones que “el donante tenga, después de la donación, *hijos legítimos o legitimados o naturales* recono-

(8) MALDONADO, *La condición jurídica del “nasciturus”*, cit., p. 325.

(9) Cfr., por ejemplo, ARROYO Y AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código civil*, Madrid, 1992, p. 20, que toma la expresión “efectos favorables” como sinónima de “derechos patrimoniales”.

cidos, *aunque sean póstumos*". Se admite con ello la posibilidad de reconocer al concebido no nacido puesto que el hijo natural cuya superveniencia es causa de revocación puede ser *póstumo*, es decir, nacido después de la *muerte* del progenitor que lo reconoce. La finalidad de la reforma del artículo 644, 1.º, C.c. por Ley 11/1981, de 13 de mayo, era suprimir la referencia a la condición de legítimos, legitimados o naturales reconocidos, que antes de la reforma se atribuía a los hijos, sin que esto afecte al reconocimiento del hijo natural (10), que la propia Ley admite implícitamente *—a fortiori—* al hablar del reconocimiento del hijo no natural en su Disposición Transitoria Quinta: "*El reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior, tuviere la condición de ilegítimo no natural, determinará su filiación con los efectos que le atribuye la presente Ley, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta exige*".

Por lo demás, en la nueva redacción del artículo 644, 1.º se mantiene como causa de revocación de donaciones la superveniencia de "*hijos, aunque sean póstumos*" y, de otro lado, el reconocimiento, limitado antes a los hijos naturales, se extiende ahora a todos los no matrimoniales (arts. 120, 126 C.c.). Entiende DE LA CÁMARA que "la posibilidad de reconocer a un *nasciturus* no necesita buscar apoyo en un texto positivo concreto, ni siquiera en el artículo 29, a cuya aplicación tal vez podría objetarse que el reconocimiento puede no caer siempre dentro de la esfera «de lo favorable», requisito imprescindible para que entre en juego la norma" (11).

En mi opinión, el reconocimiento es, en principio, un *efecto favorable*, en cuanto conlleva los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad del progenitor que reconoce al hijo, y si éste es *póstumo* la consideración como "efecto favorable" del reconocimiento del *nasciturus* implicará la atribución de derechos sucesorios. Sin embargo, es posible que el reconocimiento del póstumo no sea un "efecto favorable" en la hipótesis de incesto prevista en el artículo 125 C.c., cuando los progenitores "fueren hermanos o consanguíneos en línea recta", en cuyo caso la aplicación del artículo 29 por el juez competente "en interés del hijo" sería procedente precisamente para excluir el carácter "favorable" del efecto del reconocimiento del hijo por ambos progenitores.

(10) Cfr. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, IV, 8.ª ed., Barcelona, 1997, p. 236; anteriormente, en *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, p. 154.

(11) CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidas por M. Albaladejo, III, vol. I, Madrid, 1984, p. 428.

V. Adquisición de nacionalidad determinada por el tiempo de la concepción

En el ámbito de la nacionalidad, y más precisamente en relación con la adquisición de la nacionalidad por filiación, se plantea la cuestión de si es aplicable el artículo 29 en los supuestos en que entre la *concepción* y el *nacimiento* del hijo pierde el progenitor la nacionalidad española.

Entre las dos posibles respuestas a esta cuestión, domina en la doctrina actual la tesis que considera aplicable el precepto. Actualmente me parece prácticamente insostenible la tesis contraria, a la que no puede servir de fundamento la afirmación de algún autor de que el artículo 29 es inaplicable porque “*dicho precepto otorga una protección de carácter patrimonial, que no puede servir de base para crear un estado civil*” (12).

A que se afiance como opinión dominante la tesis de que se debe aplicar el artículo 29 han contribuido decisivamente los estudios de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. En la doctrina tradicional han sostenido esta misma opinión SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA Y OGAYAR (13).

Considero que el tratamiento de la cuestión requiere, en aras de la mayor claridad posible, una explicación de la solución dada en caso concreto de los que se han presentado en la práctica o se han apuntado por la doctrina en un plano teórico.

El común denominador de los varios casos a los que me voy a referir es la premisa de que la atribución de la nacionalidad española es para el concebido un “efecto favorable”.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1992 aplica el artículo 29 en el caso en que la madre pierde la nacionalidad española al contraer matrimonio con un italiano en el año 1967, *cuatro meses después de la concepción de la hija*. La pérdida de la nacionalidad de la madre y la adquisición de la nacionalidad italiana por la hija se producen por aplicación de las normas del C.c. en su redacción por *Ley de 15 de julio de 1954* (arts. 23.3.º y 17.2.º). De haberse planteado este caso en la legislación actual, la madre habría conservado su nacionalidad, y la hija sería española conforme al artículo

(12) GONZÁLEZ CAMPOS, J. L., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 35. Sin embargo, este autor admite la aplicación del artículo 29 en el supuesto de que el progenitor sea privado de la nacionalidad española por sanción, en atención al principio del *favor nationalitatis* y en prevención de la apatridia.

(13) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, I, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 162. Vid. también, DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., “Comentario al artículo 17”, en *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, p. 178, y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Comentario al artículo 17”, en *Comentarios a las reformas del Código civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Madrid, 1993, pp. 668-670.

17.1.a) del C.c. en su redacción por *Ley 18/1990, de 17 de diciembre*. Esta Ley en su *Disposición Transitoria Segunda* otorga el derecho de optar por la nacionalidad española de origen a *quienes no sean españoles y lo serían* por aplicación del artículo 17. Ejercitada la opción por la hija, nacida en 1967, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que favorece a la recurrente la citada Disposición Transitoria 2.^a (Fundamento de Derecho VI) y declara en el quinto (V) Fundamento de Derecho: “El citado artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial, y, cuando la interesada ha invocado la nacionalidad española de la madre, es evidente que lo hace porque estima que aquel artículo le beneficia”.

Adviértase que, con independencia de que la atribución de la nacionalidad española se considere objetivamente por la ley como un “*efecto favorable*”, la aplicación del artículo 29 del C.c. se apoya en este caso en el *interés subjetivo* de la optante, porque, como declara el Centro Directivo, “*estima que este precepto le beneficia*”.

Otra resolución, de 12 de julio de 1993, en un caso singular –aunque más complejo que el anterior– cita y reproduce literalmente la doctrina de la resolución antes expuesta. Se llega, sin embargo, a una solución diferente porque en el caso concurren otras circunstancias. Una mujer española contrae matrimonio con un súbdito portugués en el año 1958, y como consecuencia del matrimonio pierde su nacionalidad al adquirir la del marido, conforme al artículo 23.3.º del C.c. en su redacción por Ley de 15 de julio de 1954. El *nacimiento* de la hija se produce dentro de los tres meses siguientes a la celebración del matrimonio, por lo que es claro que su *concepción* es anterior al momento de la celebración (según se desprende del artículo 110 del C.c. en su redacción originaria). Por otra parte, consta en el recurso que la hija en ningún momento adquirió la nacionalidad portuguesa y que en el momento de solicitar la opción a la nacionalidad española que otorga la D.T. 2.^a de la Ley 18/1990 tenía la nacionalidad venezolana. Resulta así que siendo la madre *española* en el momento de la *concepción* y *portuguesa* en el momento del *nacimiento*, es aplicable el artículo 29 del C.c., conforme al cual la hija adquirió la nacionalidad española, que luego perdió por adquirir otra nacionalidad. En este caso no es aplicable la D.T.2.^a de la Ley 18/1990, que concede el derecho de opción a *quienes nunca han sido españoles*, por lo que la interesada, *nacida española*, si quiere adquirir ahora la nacionalidad española que perdió, habrá de utilizar la vía de la *recuperación* de la nacionalidad que establece el artículo 26 del C.c.

Aunque la solución dada al caso no es la misma que la del anterior, *lo que importa subrayar* es que la resolución de 12 de julio de 1993 aplica la misma doctrina de la de 31 de marzo de 1992.

Otros supuestos de pérdida por el progenitor de la nacionalidad española acaecida después de la concepción y antes del nacimiento del concebido se pueden producir por aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 del C.c.

En este precepto se contempla la pérdida de nacionalidad de los españoles que no lo sean de origen por sanción penal (sub *a*) y por sanción gubernativa (sub *b*). En la doctrina se ha mantenido con razones convincentes que la privación de la nacionalidad no se debe extender al hijo *nacido* cuando el progenitor ha perdido la nacionalidad española que tenía en el tiempo en que el hijo fue *concebido*.

La pérdida de la nacionalidad por sanción penal, establecida en el artículo 25.1 a) del C.c. ha desaparecido al quedar abolida la pena de pérdida de la nacionalidad española en el vigente Código penal. Se mantiene la pérdida por sanción gubernativa, establecida en el artículo 25.1 b): “Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno”.

El artículo 25.2 se refiere al supuesto de nulidad de la adquisición por sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, aunque no se producirán efectos perjudiciales para terceros de buena fe. Por tanto, no perderán la nacionalidad los hijos nacidos antes de la sentencia de nulidad, y tampoco, en mi opinión, los concebidos antes de la sentencia de nulidad y nacidos después, en el caso de que el progenitor fallezca o quede en situación de apatridia.

VI. La donación al concebido

En materia de donaciones regula el Código civil dos importantes aspectos de la eficacia de disposiciones en favor del *nasciturus*: a) la donación hecha al concebido; b) la revocación por superveniencia de hijos.

En relación a la donación al concebido, la edición reformada introduce dos correcciones en el texto del artículo 627.

En primer lugar, se sustituye la referencia a los *póstumos* como beneficiarios de la donación por la de *concebidos y no nacidos*. Con ello deja de ser requisito necesario para la eficacia de la donación que el donante *premuera al concebido*, que es lo que se podría deducir de considerar como posible donatario sólo al *póstumo*. Tras la reforma, *todo concebido*, viva o no el donante al tiempo de nacer, puede ser destinatario de una donación.

En segundo lugar, se introduce la exigencia de la aceptación de lo donado, en consonancia con dos preceptos: a) el artículo 629, según el cual “la donación no obliga al donante, ni produce efectos sino desde la aceptación”; b) el artículo 633, conforme al cual para que sea válida la donación de cosa inmueble, la aceptación, hecha en la misma escritura de donación o en otra separada, ha de hacerse en vida del donante. Como el concebido no puede aceptar y como no nacido carece de representante al no considerarse persona en sentido jurídico, según lo dispuesto en el artículo 30, el artículo 627 dispone que la donación “podrá ser aceptada por las personas que lo *representarían* si se hubiese verificado ya su nacimiento”.

Acaso la cuestión más dudosa que suscita la donación al concebido es si durante la situación de pendencia se produce o no la transmisión de lo donado, ante lo que cabría adoptar alguna de estas dos posibles soluciones: a) se produce la transmisión, haciéndose la donación definitivamente irrevocable, si el concebido nace, y resolviéndose si el concebido no llega a nacer; b) no se produce la transmisión, quedando sometida la donación a la condición suspensiva de que el nacimiento tenga lugar, produciéndose entonces la adquisición de lo donado con carácter retroactivo; y en caso de que la condición no se cumpla se habrá de considerar la donación como si la titularidad de lo donado se hubiera mantenido dentro del patrimonio del donante.

En principio, la situación de pendencia se puede someter tanto a condición suspensiva como a condición resolutoria (art. 1.114 C.c.). En cualquier caso, la transmisión de la propiedad dependerá del hecho de que se produzca el nacimiento.

Hay autores que opinan que la transmisión está sometida a condición suspensiva, produciéndose el efecto traslativo con carácter retroactivo. Así, ALBALADEJO, DELGADO ECHEVARRÍA, GARRIDO DE PALMA, COSSÍO, O'CALLAGHAN y otros (14).

Otros, por el contrario, estiman que el efecto jurídico de la transmisión se produce inmediatamente, resolviéndose si no llega a nacer el concebido con las condiciones del artículo 30. Y en este sentido se manifiestan entre otros, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, PUIG BRUTAU, CLEMENTE DE DIEGO y MALDONADO (15).

A mi juicio, esta segunda opinión se puede considerar mejor fundada si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 629, la donación obliga al donante y *produce efecto* desde la aceptación, y que, por otra parte, es la

(14) Cfr. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, Madrid, 1997, p. 35, nota 157.

(15) Cfr. CALLEJO, *Aspectos civiles*, cit., p. 34.

más acorde con la naturaleza de la donación como acto de disposición que produce directamente, sin necesidad de tradición, el efecto traslativo. El donante podrá conservar hasta el nacimiento la *posesión* de la cosa donada, pero no la *propiedad*. A mi modo de ver, la opinión de que durante la fase de pendencia “el donante conserva la propiedad de los bienes donados”, como afirman algunos, no sólo no se ajusta a la naturaleza de la donación como “modo de adquirir” (art. 609 C.c.) sino que reduce el carácter “favorable” de los efectos de la atribución patrimonial al concebido.

VII. Revocación de donaciones por superveniencia de hijos. Efectos favorables al concebido

Dispone el artículo 644, 1.º C.c.: “*Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1.º) Que el donante tenga, después de la donación hijos, aunque sean póstumos.*”

La norma es el resultado de la ponderación por el legislador de una doble hipótesis:

a) Si el donante *tiene* hijos o descendientes *antes* de hacer la donación, ésta no se puede revocar. La irrevocabilidad se justifica por el hecho de que el donante es –o debe ser– conocedor de la repercusión que respecto de sus hijos y descendientes conlleva la mengua que se produce en su patrimonio como consecuencia de la donación.

b) Si el donante *no tiene* hijos ni descendientes *antes* de la donación pero *los tiene después* de hacerla, la donación es revocable.

En esta segunda hipótesis, la revocación por superveniencia de hijos o descendientes tiene su fundamento, según la opinión común, en la prudencial consideración legislativa de que el donante no habría realizado la donación en el caso de saber que iba a tener un hijo o un descendiente suyo.

Acerca de quién sea beneficiario de la protección que ofrece esta causa de revocación hay varias opiniones:

Primera. Lo es el donante, ya que en caso de revocación los bienes revierten a su patrimonio.

Segunda. Lo son los *hijos y descendientes* puesto que en consideración a su existencia se establece la posibilidad de revocar, y porque la reversión de los bienes al patrimonio del donante amplía sus propios intereses actuales y futuros.

Tercera. Las dos opiniones expuestas, como advierte DÍAZ ALABART, no son antagónicas. La revocación protege al donante, porque él es el

titular de los bienes, pero también favorece a los hijos y descendientes en cuanto el reingreso de los bienes en el patrimonio del progenitor mejora la situación económica familiar y amplía en conjunto las expectativas hereditarias (16). En este sentido la *sentencia del TS de 6 de febrero de 1997* (ponente, O'CALLAGHAN) afirma que “*esta revocabilidad de la donación tiene como fundamento el interés familiar de la familia del donante*. Es una explicación con la que, con muy diversos matices y notas subjetivas, está conforme la doctrina”.

En la interpretación del precepto que comentamos la posible aplicación del artículo 29 es importante en relación con dos cuestiones:

Primera. Si *antes* de hacer la donación tiene el donante un hijo concebido, la cuestión consiste en determinar si la donación se puede revocar o, por el contrario, es irrevocable, al tener al concebido por nacido.

Segunda. Si *después* de hecha la donación tiene el donante un hijo concebido, la cuestión que se suscita, admitiendo en principio que es posible la revocación, consiste en optar por una de estas dos soluciones: a) se puede revocar durante el tiempo en que el concebido no ha nacido; b) sólo se puede revocar desde el momento en que ha tenido lugar el nacimiento.

Respecto a la primera cuestión, se entiende que, conforme al artículo 29, la existencia del concebido no basta para considerar que el donante tiene un hijo que le impida revocar. No se puede tener al concebido por nacido porque esto permitiría la revocación, lo que no sería un efecto favorable para el concebido. Conforme al artículo 29 el concebido se tiene por nacido para lo que le sea favorable, no para lo que le sea adverso o perjudicial. Consiguientemente la donación se puede revocar. En este sentido se manifiestan GARCÍA GOYENA, MANRESA Y MALDONADO (17). Y más recientemente, con una amplia argumentación, DÍAZ ALABART: “Aunque al hacer la donación hubiese un hijo concebido y llegase a nacer con los requisitos legales, ello no haría irrevocable la donación, porque el caso no resultaría amparado por el artículo 29, ya que no favorece al hijo” (18). Ciertamente, si no se hace la revocación, en el momento de nacer el concebido el patrimonio del progenitor se habrá reducido como consecuencia de la donación.

La segunda cuestión se plantea con referencia al supuesto general de la donación revocable por superveniencia de hijos en los siguientes tér-

(16) DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, VIII, vol. II, Madrid, 1986, p. 307.

(17) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I, Madrid, 1852, p. 305 (al comentar el art. 960); MALDONADO, *La condición jurídica*, cit., pp. 227-228.

(18) DÍAZ ALABART, *Comentarios*, cit., p. 317.

minos: ¿Se puede hacer la revocación desde el momento en que el hijo está concebido o hay que esperar hasta el momento en que se haya producido el nacimiento?

Observa MALDONADO que es posible que el donante intente la revocación en algún instante anterior al nacimiento, fundándose, al ejercitar la acción, en la existencia del *nondum natus*, apuntando el “efecto favorable” que se produciría para el *concebido* en caso de que la acción prospere y se produzca la revocación. En este caso, conforme al artículo 651 C.c., “el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda”, momento hasta el cual se considera eficaz la donación. Es evidente que si la acción de revocación se interpone antes del nacimiento, el donatario deberá devolver los frutos que se hayan producido durante todo el tiempo anterior al nacimiento desde que la demanda se interpuso. Existe en tal caso un beneficio para el concebido que, según MALDONADO, permitiría que entre en juego la regla general del artículo 29, “que no tiene en este supuesto concreto de revocación de donaciones un precepto especial que impida su aplicación” (19). Los autores que han tratado el tema, como DE CASTRO y DÍAZ ALABART, se pronuncian en contra de esta posibilidad del ejercicio de la acción antes del nacimiento, “porque hasta entonces no se da el hecho al que el artículo 29 somete la eficacia de tener al concebido por nacido” (20).

En mi opinión, hay ciertamente un efecto favorable para el concebido en el caso que apunta MALDONADO, que en todo momento está dando por supuesto el hecho del nacimiento del concebido, sin el cual la revocación sería ineficaz.

VIII. Conclusión

En las páginas anteriores he tratado de contribuir a precisar el significado y alcance del principio de protección jurídica del concebido en nuestro Código civil. El texto del artículo 29 contiene, en contraste con la versión originaria del precepto, además de una afirmación explícita de la existencia del concebido, un claro reconocimiento de derechos, más allá del ámbito de los que le atribuye el propio Código en determinadas relaciones jurídicas de carácter patrimonial: “el concebido se tiene por nacido para *todos* los efectos favorables”.

Carecería de sentido proteger al ser humano concebido en consideración al hecho de que ha de nacer y dejar desprotegido el normal desa-

(19) MALDONADO, *La condición jurídica*, cit., pp. 228-229.

(20) DÍAZ ALABART, *Comentarios*, cit., pp. 317-318.

rollo del proceso biológico que conduce al nacimiento. Considero que está en lo cierto VIDAL MARTÍNEZ cuando nos dice que hay que entender “que el (ser humano) concebido y no nacido, al que se refiere nuestro Código civil es, evidentemente, un ser que vive para nacer. Sin olvidar que el nacimiento determina la personalidad, hay que incluir esa posibilidad de nacer entre «lo favorable» aludido en el texto legal como un presupuesto lógico y ontológico” (21). En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 746/ 1996, de 23 de octubre, pone de relieve “las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de vida en el siglo XIX de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, en la actualidad, *que la vida existe desde el momento de la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento*” (22).

La conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, aunque se manifiesta con claridad en defensa de la vida del *nasciturus* como “bien jurídico” constitucionalmente protegido, considera que no cabe afirmar que “sea titular del derecho fundamental a la vida” garantizado en el artículo 15 de la Constitución española. A lo que se objeta fundadamente que si la vida del *nasciturus* es un *bien jurídico*, *alguien* tendrá que ser titular del derecho a este bien, que no puede ser otro que “quien ya disfruta de esa vida incipiente” (23).

Si nos atenemos a una interpretación estrictamente literal del artículo 29, el reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano desde el momento de la concepción encuentra una dificultad infranqueable en la proposición de que “el nacimiento determina la personalidad”.

Con esta proposición era coherente el texto de la edición primitiva al admitir la anticipación en el tiempo de los derechos del nacido (único vestigio de la silenciada existencia del concebido). La proposición era también coherente en el contexto de la versión originaria, que se limitaba a admitir la retroacción sólo cuando la ley lo permitía con referencia a determinados derechos de carácter patrimonial regulados en otros lugares del Código.

Con las correcciones que se introducen en el texto de la edición reformada, el precepto adquiere una significación muy diferente, y “se amplía indefinidamente su contenido” (DE CASTRO). El hecho de que quedase

(21) VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, p. 164. Vid. también pp. 48, 88-89.

(22) Citada por la STS (Sala de lo Penal) de 22 de enero de 1999.

(23) ALONSO PÉREZ, M., “Comentario a los artículos 959 a 967”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, XIII, vol. II, 2.ª ed., 1998, p. 41. El autor comenta la sentencia con amplitud (pp. 38 a 42), apreciando en ella “aporías insalvables”.

inalterada la proposición inicial (“el nacimiento determina la personalidad”) ha contribuido a la confusión de un amplio sector de la doctrina, que todavía hoy sitúa el umbral de los derechos de la personalidad en el momento de nacer. La subordinación del reconocimiento de los derechos del concebido al momento del nacimiento debe quedar circunscrita actualmente al ámbito de los derechos patrimoniales. Los derechos de la personalidad, y más precisamente el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, se tienen –y se protegen hoy al amparo de nuestra Constitución (arts. 15 y 43)– desde el momento en que, con la concepción, se inicia la vida del ser humano.

En línea muy cercana a la interpretación aquí propuesta sobre el significado y alcance del precepto que ha sido centro de nuestra atención en estas notas se encuentra la norma del artículo primero del Código civil peruano de 1984:

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

La modificación que se produjo en el texto de la edición primitiva del artículo 29 C.c. por la edición reformada ha hecho posible que durante más de un siglo de vigencia de nuestro primer cuerpo legal los derechos del concebido tuvieran en nuestra legislación un cauce adecuado para su reconocimiento. Actualmente, parece obvio que el principio de protección del concebido en nuestro Código civil puede y debe ser objeto de una nueva y profunda reforma, en sentido acorde con nuestra tradición legislativa y sobre la firme base de las normas de la Constitución.

CUESTIONES SOBRE LA NUEVA ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: UN ITINERARIO PARCIAL (*)

ÓSCAR LÓPEZ MARTÍNEZ DE SEPTIÉN

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN **II.** NUEVOS PRINCIPIOS FUNCIONALES. **III.** ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD. **IV.** LA JUNTA DE PROPIETARIOS. **1.** Convocatoria. **2.** Notificaciones: nuevo sistema. **3.** Modalidades de convocatoria. **4.** Limitaciones al derecho de voto. **V.** NUEVO RÉGIMEN DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR LA COMUNIDAD. **1.** El principio de la unanimidad. **2.** Primera excepción: la instalación o supresión de servicios comunes. **3.** Segunda excepción a la regla de la unanimidad: la eliminación de barreras arquitectónicas. **4.** El voto de los ausentes. **5.** Mayorías en acuerdos sobre infraestructuras de telecomunicaciones y energías.

(*) Conferencia pronunciada en la Sala de Plenos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el día 16-XII-1999.

I. Introducción

El 18 de marzo de 1999 el Congreso de los Diputados aprobó definitivamente la Proposición de Ley de Reforma de la de (Ley) 21 de julio de 1960 sobre *propiedad horizontal*, viniéndose así a poner fin a una etapa de intensa actividad de nuestros legisladores en torno a la renovación de la normativa vigente sobre la propiedad horizontal. La importancia de la reforma es tal, que puede ser considerada como instauradora de una nueva reglamentación para esta forma de propiedad especial. Baste con indicar que se amplía el ámbito de aplicación de la Ley 49/1960, se introducen gran número de artículos de notable relevancia y gran trascendencia social, se da nueva redacción a muchos de los artículos preexistentes, se aborda directamente sobre los cimientos del funcionamiento de la comunidad y de sus órganos, destacando una visión economicista en la estructura y protección del patrimonio comunitario.

Todo ello nos lleva a concluir que se trata de un auténtico nuevo régimen normativo de la *propiedad horizontal*. A pesar de lo cual, el legislador del 99 ha optado por la vía modificativa queriendo así reconocer la vigencia continuada de la Ley 49/1960, sin pretender una renovación de ruptura frente a la regulación anterior. La fórmula de haber optado por una ley nueva de propiedad horizontal que viniese a sustituir totalmente a la del 60 se ha defendido en aras a la mayor claridad, aunque algunos artículos fueran idénticos, evitando la siempre engorrosa coexistencia de las disposiciones adicional única, transitoria única y final única de la Ley 8/1999, con las dos disposiciones transitorias y la disposición final de la Ley de julio de 1960, a la que se añade ahora una nueva disposición adicional (art. 21 de la Ley 8/1999).

Esta voluntad continuadora quizás sea debida a la intención de perpetuar y afianzar la idea básica del legislador del 60, basada en la coexistencia de una titularidad sobre cada piso o local con carácter exclusivo para cada propietario con otra titularidad, indisolublemente unida a la anterior, sobre elementos necesarios para la utilización, goce y plenitud de aquélla; estos elementos son los llamados comunes. Esta doble atribución de titularidad individual y colectiva se considera tan acertada que en la actualidad se extiende legislativamente, asumiendo la opinión y la praxis dominante a los complejos inmobiliarios privados que reúnan los requisitos establecidos en la ley (art. 24). Dentro de este esquema básico la propiedad horizontal se presenta, tras la reforma, como un derecho de aprovechamiento integral de la cosa común.

Han sido varios los intentos de modificar la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) desde distintas propuestas legislativas, que de no haberse

traído a un único texto habrían añadido descoordinación y desorden en la regulación de la materia.

En efecto, la Proposición de Reforma de la Ley de 1960 procede del Informe de la ponencia del Congreso de los Diputados que refundió la proposición sobre reclamación de deudas comunitarias presentadas por iniciativa popular, la presentada por el Grupo Parlamentario Catalán y la relativa a la contribución a las mejoras o innovaciones no exigibles presentada por el Partido Popular, junto con parte del proyecto de ley de infraestructuras comunes en los edificios para acceso a servicios de telecomunicaciones.

II. Nuevos principios funcionales

En el tema que nos ocupa, la Ley de Propiedad Horizontal en su nueva redacción, se caracteriza por la naturaleza corporativa de esta forma especial de propiedad. En la *mens legislatoris* resulta esencial asegurar el buen funcionamiento de la comunidad como única solución para garantizar la propiedad individual de los departamentos privativos facilitando su disfrute y disponibilidad individuales, como consecuencia de la indisoluble unidad entre propiedad individual y copropiedad, como antes indicábamos. Ello se pretende lograr por distintas vías:

— Asegurando y, en la medida de lo posible, incrementando la autonomía financiera de la comunidad mediante la creación de un fondo de reserva que establezca su solvencia para atender las obras de reparación y conservación de la finca, afectando de forma real el inmueble transmitido al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior, publicando en el instrumento público de adquisición las cantidades adeudadas por los transmitentes.

— Asegurando el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias por parte de los propietarios de la vivienda o local en tiempo y forma, a través de un procedimiento especial que dota a la comunidad de un instrumento eficaz para la realización de sus créditos.

— Asegurando el funcionamiento y operatividad de la junta de propietarios, reduciendo las exigencias de *quórum* y de votos favorables para la adopción de acuerdos, así como limitando la impugnación de los mismos.

Estos pasos anuncian un reforzamiento en las facultades de los órganos comunitarios y especialmente de la junta de propietarios. Resultando potenciada la comunidad como forma de ordenar un inmueble común. El nuevo modelo comunitario-vecinal fomenta, tímidamente, el predominio de la funcionalidad como manera de aprovechamiento integral de la pro-

propiedad horizontalmente dividida, en la que el edificio tiende a considerarse común, todo él, pero susceptible de división en unidades de aprovechamiento independiente. Los pisos y locales son, sin más, resultado de la ordenación del inmueble común, a diferencia de la concepción histórica en la que el edificio está concebido como un conjunto de viviendas o locales que se superponen.

Por estas razones, esta tarde nos vamos a detener en el aspecto organizativo de la comunidad como una de las novedades destacables de la reforma; que si bien no ha sido uno de los puntos periodísticamente sonados, *tiene gran trascendencia en el desenvolvimiento normal de la vida de la comunidad, estructurada hoy orgánicamente según las tesis elaboradas por la doctrina y jurisprudencia.*

III. Órganos de gobierno de la comunidad

En el convencimiento de que la nueva redacción de la Ley de Propiedad Horizontal seguirá siendo útil durante muchas décadas venideras, la reforma ha intentado dar flexibilidad y dinamismo al aspecto organizativo interno de la comunidad de propietarios, con el objetivo de acomodar la convivencia de sus miembros y la estructura de régimen interior a los nuevos requerimientos sociales. Los dos intereses en juego –relaciones de propiedad, relaciones de vecindad– sobre los que gira el concepto mismo de “propiedad horizontal” son analizados con una nueva mirada por la Ley de abril de 1999. En efecto, se distingue nítidamente, en un plano teórico, el ámbito relativo al contenido esencial de las facultades dominicales de los miembros de la comunidad, de aquellas relaciones en las que el principal valor jurídico protegido es la convivencia entre los copropietarios y ocupantes de las edificaciones horizontalmente divididas.

En el primero de los supuestos, es decir, cuando tiene preferencia el derecho individual de propiedad, siguen primando las reglas estrictas para la formación de la voluntad colectiva de la comunidad y preferentemente la unanimidad de los condueños (salvo casos excepcionales). Así lo ha estimado con acierto el legislador, pues como pone de manifiesto JOSÉ LUIS ARANDA ESTÉVEZ “carecería de sentido que una junta de propietarios aplicando criterios mayoritarios pudiera alterar los fundamentos de una comunidad (por ejemplo los estatutos para prohibir el ejercicio en el inmueble de actividades profesionales o mercantiles, u otra modificación semejante) produciendo en su titular (por ejemplo un abogado ejerciente en dicho edificio) una expropiación en sus derechos dominicales sin posibilidad de obtener resarcimiento o compensación alguna por ello”.

En el ámbito de las relaciones de vecindad prima el interés general,

considerándose conveniente flexibilizar el régimen de mayorías para el establecimiento de determinados servicios de interés común (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalía, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de energía solar, reprimir comportamientos antisociales...). Se considera así hoy que el derecho de propiedad individual ha de retraerse en aras del interés colectivo, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad de propietarios e incluso para el resto de la colectividad. En defensa de este interés vecinal surge una nueva visión de la comunidad en propiedad horizontal, corporativa, con voluntad democrática, autogobernada, en la que el principio de unanimidad es en exceso riguroso para la defensa del interés colectivo frente a posturas individuales. La nueva concepción de propiedad horizontal da lugar a una entidad colectiva de aprovechamiento integral de un inmueble resultado de otros aprovechamientos parciales concurrentes, que se interfieren recíprocamente, surgiendo de su confluencia una comunidad vecinal. Esta comunidad es, orgánicamente, una entidad colectiva sin personalidad jurídica, pero no carente de subjetividad funcional y capacidad de actuar en el tráfico; y jurídicamente surge para hacer viable la convivencia entre sus integrantes.

La regulación que de la organización de la comunidad ha llevado a cabo la Ley 8/99 es en apariencia poco profunda, con todo, los cambios son mayores de lo que a primera vista sugiere el articulado; no en vano uno de los ejes político-legislativos, en este punto, ha sido el refuerzo funcional e institucional de los órganos comunales. Siguiendo la estructura organizativa tradicional, se regulan ahora, de forma novedosa, algunas funciones de los órganos de la comunidad, en particular la figura del presidente, de la administración que podrá desempeñarla cualquier copropietario o persona con cualificación profesional suficiente, optando por un modelo profesional frente a las restantes alternativas existentes, o la incorporación de las estructuras agrupadas de gestión en el caso de los complejos inmobiliarios. Los ahora llamados “órganos de gobierno” tienen una regulación, desde el punto de vista técnico legislativo, más compacta y unitaria. Estos órganos pueden ser necesarios o voluntarios, como consecuencia de la capacidad autoorganizativa que la reforma atribuye a la comunidad; es decir, unos órganos “son” y otros pueden establecerse.

El punto primero del artículo 13 contiene esta distinción cuando nos dice: “Los órganos de gobierno de la comunidad son los siguientes:

- a) La Junta de propietarios.
- b) El Presidente y, en su caso los Vicepresidentes.
- c) El Secretario.
- d) El Administrador.

En los estatutos, o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad, sin que ello pueda suponer menoscabo alguno de las funciones y responsabilidades frente a terceros que esta Ley atribuye a los anteriores.” Sin embargo, al igual que ocurría en la antigua redacción de la ley los únicos órganos que, en puridad, resultan imprescindibles son el presidente y la junta de propietarios. La existencia del vicepresidente será facultativa, “en su caso” nos dice el artículo 13. Se trata, pues, de un cargo nombrado pero potestativo, por lo que podría existir o no en función de lo establecido en los estatutos o de lo posteriormente acordado por la junta de propietarios. Su nombramiento se realizará por el mismo procedimiento que el establecido para la designación del presidente.

El secretario y administrador, como cargos pueden no existir, pero su función es legalmente indisponible, si los estatutos o la junta de propietarios por acuerdo mayoritario no disponen la provisión de dichos cargos de una forma separada, las funciones inherentes a estos órganos serán ejercidas por el presidente de la comunidad. Los cargos de secretario y administrador aunque no estén acumulados a la presidencia pueden recaer en una misma persona. Para el caso que estatutariamente se haya previsto la existencia de los cargos de administrador o secretario como órgano independiente de la presidencia, el acuerdo de la junta confiriendo el cargo al presidente, resultaría, sin previa modificación estatutaria, inválido. Igualmente, cualquiera de las dos funciones separadamente podrán acumularse en la presidencia cuando los estatutos o la junta prevén la existencia de uno solo de los cargos. La figura del administrador no la podemos reconducir a la categoría de empleado (como el servicio de portería) ni siquiera a otro servicio común de interés general al que se le puedan aplicar un régimen de mayorías distinto de la unanimidad, en su establecimiento o supresión, pues es un auténtico órgano de la comunidad.

Sin embargo, su ejercicio, que tiende a profesionalizarse (1), se desempeñará con carácter contractual. Tradicionalmente la doctrina ha discutido si debía calificarse como mandato o arrendamiento de servicios. Si se ejerce por un profesional colegiado parece lógico reconducirlo a la tipología de contrato de servicios, y si se piensa en la posibilidad del propietario administrador puede caber en la naturaleza del mandato. No va-

(1) Artículo 13.6 LPH: “El cargo de Administrador y, en su caso, el de secretario-administrador podrá ser ejercido por cualquier propietario, así como por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones. También podrá recaer en corporaciones y otras personas jurídicas, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico”.

mos a plantear aquí el tema del tipo de relación que vincula al administrador con la comunidad, sino simplemente destacar la distinta naturaleza del administrador como órgano, del ejercicio de las atribuciones que tiene encomendadas.

* * *

Dada la existencia de propiedades horizontales muy diversas, con distintas necesidades por sus dimensiones, presupuestos, objetivos comerciales o residenciales, se sanciona de forma expresa la capacidad de autoorganización de la comunidad mediante la creación de órganos de gobierno no nominados. Posibilidad esta, que aunque no prevista en la Ley de 1960, venía admitiéndose por la jurisprudencia siempre que su creación se sometiera a ciertos requisitos y procedimientos.

El nuevo artículo 13 apartado primero somete la creación de nuevos órganos a dos requisitos:

— La creación propiamente dicha; ha de estar prevista en los estatutos o decidida mayoritariamente por la junta.

— El de la función, cuyo contenido no puede menoscabar las competencias y responsabilidades frente a terceros que la ley atribuye a los órganos nominados. Lo que significa que la ley establece un contenido mínimo y típico que no puede modificarse o alterarse, al menos con eficacia para terceros. Cada comunidad puede elegir opciones muy diversas en cuanto a la forma de organización según sus necesidades, pudiendo dar como ejemplos: comisiones permanentes, tesorero, vocalías especializadas, interventores, grupos de trabajo... Incluso cuando el número de propietarios de viviendas o locales no exceda de cuatro, se mantiene la posibilidad de optar por el régimen de administración del artículo 398 del Código civil. Esta opción no es un supuesto de condominio ordinario del artículo 392 C.c., como a veces se ha dado a entender, sino de propiedad horizontal del 396 del citado código. Efectivamente, la calificación de los elementos comunes o privativos, el régimen de derechos y obligaciones de cada partícipe y en general su régimen jurídico es la ley especial, la especialidad consiste en que esta comunidad reducida se administrará según lo prevenido en el artículo 398 del Código civil y no por los artículos 13 a 21 de la Ley de Propiedad Horizontal.

* * *

IV. La junta de propietarios

La junta de propietarios no es exactamente la suma de sus miembros. La mención expresa de la junta en el nuevo artículo 13 de la LPH ha sido un acierto. Con anterioridad la propia ley alentaba al error muy comúnmente extendido de confundir la junta de propietarios con la propia comunidad como grupo. Como veremos en su momento esta identidad no existe ni siquiera cuando la ley permite que un acuerdo sea adoptado a través de la regla de la unanimidad (art. 17.1). La junta es algo más que un mero órgano de gobierno de la comunidad, se trata de un titular colectivo de derechos en el ámbito de los inmuebles divididos horizontalmente. Por ello, este órgano no plantea problemas en sus relaciones con los restantes establecidos en el artículo 13.1 que tienen una naturaleza subordinada a aquélla. La junta se configura en la LPH como un órgano asambleario, previa y formalmente constituido para adoptar decisiones que atañen a la vida del grupo. De una interpretación a contrario del artículo 16 de la nueva Ley, referente a la junta universal, se infiere que la eficacia de los acuerdos sin una previa celebración de la junta es sumamente discutible. Únicamente cabría reconocer eficacia a estos acuerdos cuando el voto de todos los propietarios haya sido unánime y cuando expresamente queda a salvo el derecho de todos los propietarios a exigir que la junta se celebre. La competencia de la junta es universal según se desprende del artículo 14 b) LPH, por lo que no existen facultades reservadas a otros órganos, con la única excepción de la representación legal de la comunidad por el presidente que tiene un margen de actuación residual, tal y como establece el punto 3 del artículo 13. Ahora bien, hemos visto la posibilidad de establecer otros órganos de gobierno no nombrados que habrán de tener su propio cometido, el que le encomienden los estatutos o la junta cuando los creen; pero la capacidad autoorganizativa de la comunidad tiene como límite el no menoscabar las funciones y responsabilidades frente a terceros que la ley atribuye a los otros órganos enumerados. Significa ello que el ámbito competencial de la junta no puede modificarse o alterarse con eficacia para los terceros, a quienes no afectarán por ejemplo acuerdos sobre la creación de juntas rectoras o comités que sustraigan determinados acuerdos de la competencia de la junta. La facultad decisoria le pertenece a la junta de propietarios de forma ilimitable, lo cual no significa que no pueda efectuar delegaciones de asuntos pertenecientes a su esfera de decisión, en otros órganos o terceros. Lo que queremos decir es que la intangibilidad de las competencias de la junta impide que la junta pueda decidir vincular su propia facultad decisoria en el futuro, por ello no se podrían delegar facultades con carácter irrevocable, aunque se realizara por vía estatutaria. Las de-

legaciones de competencias no afectarán a terceros que desconozcan el acuerdo de delegación; los terceros pueden confiar en que el ámbito de poder de la junta (y de los otros órganos) es, como mínimo, el determinado imperativamente por la ley.

* * *

1. Convocatoria.

La junta, como reunión de los integrantes de la comunidad, y en general como órgano colegiado complejo, debe ser convocada. La convocatoria ha de realizarla quien tenga la facultad legal para ello, ésta la ostenta según el artículo 16.2 LPH (2) exclusivamente el presidente, quien la puede ejercer a su libre iniciativa o bien, cuando la pidan la cuarta parte de los propietarios o un número de éstos que represente al menos el 25% de las cuotas de participación en la comunidad.

Entendemos que no existen dos sujetos convocantes, principal y subsidiario, sino un único sujeto competente y otros que pueden a través de aquél recabar la convocatoria del órgano. Para los supuestos en que el presidente incumpla la obligación de convocar la junta anual obligatoria

(2) Artículo 16. 1. La Junta de propietarios se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas y en las demás ocasiones que lo considere conveniente el presidente o lo pidan la cuarta parte de los propietarios, o un número de éstos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación.

2. La convocatoria de las juntas la hará el presidente y, en su defecto, los promotores de la reunión, con indicación de los asuntos a tratar, el lugar, día y hora en que se celebrará en primera o, en su caso, en segunda convocatoria, practicándose las citaciones en la forma establecida en el artículo 9. La convocatoria contendrá una relación de los propietarios que no estén al corriente en el pago de las deudas vencidas a la comunidad y advertirá de la privación del derecho de voto si se dan los supuestos previstos en el artículo 15.2.

Cualquier propietario podrá pedir que la Junta de propietarios estudie y se pronuncie sobre cualquier tema de interés para la comunidad; a tal efecto dirigirá escrito, en el que especifique claramente los asuntos que pide sean tratados, al presidente, el cual los incluirá en el orden del día de la siguiente Junta que se celebre.

Si a la reunión de la Junta no concurriesen, en primera convocatoria, la mayoría de los propietarios que representen, a su vez, la mayoría de las cuotas de participación se procederá a una segunda convocatoria de la misma, esta vez sin sujeción a *quórum*.

La Junta se reunirá en segunda convocatoria en el lugar, día y hora indicados en la primera citación, pudiendo celebrarse el mismo día si hubiese transcurrido media hora desde la anterior. En su defecto, será nuevamente convocada, conforme a los requisitos establecidos en este artículo, dentro de los ocho días naturales siguientes a la Junta no celebrada, cursándose en este caso las citaciones con una antelación mínima de tres días.

3. La citación para la Junta ordinaria anual se hará, cuando menos, con seis días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados. La Junta podrá reunirse válidamente aun sin la convocatoria del presidente, siempre que concurran la totalidad de los propietarios y así lo decidan.

o desatendiera el requerimiento de los propietarios, la ley legítima de forma extraordinaria y puntual como convocantes a los propios promotores, que pueden utilizar un supuesto de autoconvocatoria válida sin el concurso del titular de la potestad; de esta forma se intenta solucionar la situación de bloqueo de la junta si el presidente no convoca las juntas a que legalmente está obligado. Estos supuestos de excepción no suponen que se atribuya la facultad convocante a personas distintas del presidente, sino que nos encontramos ante una legitimación patológica para convocar. Si la convocatoria es solicitada por los promotores de la reunión a que se refiere la norma, ante la negativa o pasividad del presidente, no necesitan un título ejecutivo judicial que condene al presidente a la convocatoria, la ley los legitima directamente como convocantes, sujetos a las reglas del artículo 16. A este efecto, para calcular la cuarta parte de los propietarios, han de computarse todos aunque posteriormente vayan a ser privados del derecho de voto por morosidad, ya que la privación del derecho de voto no afecta a los demás derechos colegiales de propuesta asistencia y deliberación. Las habilitaciones extrapresidenciales necesitan ser aclaradas, pues la redacción de la norma es ciertamente engañosa al no mencionar expresamente al propietario individual como promotor de la junta.

Las juntas pueden ser ordinarias o extraordinarias, esta distinción para MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ se basa en los parámetros de periodicidad, materia y sujeto convocante; siendo la junta ordinaria la que se celebra anualmente para aprobar los presupuestos y cuentas de la comunidad, siendo convocada por el presidente. En el mismo sentido, FUENTES LOJO considera como ordinarias las juntas en las que se aprueban los presupuestos y las cuentas celebradas con periodicidad anual imperativamente. Se considera a todas las demás extraordinarias. La norma no debe interpretarse como negadora de la promoción de la junta anual ordinaria a los propietarios individuales. La cuarta parte de los propietarios podrán convocar la junta ordinaria anual y la extraordinaria de forma subsidiaria al presidente, lo que viene a significar la diferencia entre ambos tipos de juntas. Si la junta ordinaria no es convocada por el presidente ni la pide el porcentaje de propietarios que establece el artículo 16.1, cualquier propietario puede exigir la celebración de la junta ordinaria, dado su carácter imperativo para el órgano representativo. La diferencia está en que si no logra reunir al resto de los propietarios que la ley exige tendrá que acudir a la vía judicial, limitándose la convocatoria a las cuestiones de obligada inclusión en la junta ordinaria anual. Fuera del caso anterior el propietario individualmente considerado no tiene un derecho general a exigir de los órganos comunitarios la celebración de la junta. Pero la Ley 8/99 introduce como novedad la posibilidad que se da

a cualquier propietario de solicitar por escrito al presidente el tratamiento en la junta de cualquier tema de interés para la comunidad, en cuyo caso el presidente habrá de incluirlo en el orden del día de la siguiente junta que se celebre. Pero no existe aquí una pretensión legítima a la convocatoria sino a la inclusión de un asunto en el orden del día de una convocatoria sin determinar. En este caso la Ley de Propiedad Horizontal ha modificado la regla tradicional existente en nuestro Derecho sobre la fijación del orden del día incorporando la posibilidad de condicionar el mismo previa petición a la presidencia. El tema puede versar sobre cualquier materia sin más límites que el interés para la comunidad, el presidente está obligado a incluirlo en el orden del día sin que pueda realizar ninguna valoración sobre la conveniencia o no de su tratamiento; los borradores del texto legal imponían al presidente la obligación de incluir el tema propuesto en el orden del día si objetivamente era de interés para la comunidad; el texto definitivo no recoge esta valoración inicial encomendada al presidente, de la que se deduce que se ha querido prescindir de ese margen valorativo del presidente para encomendar a la junta la decisión en orden a ese punto. Si el asunto fuera claramente contrario al interés de la comunidad entiendo que puede rechazarlo el presidente directamente, sin pasar a la junta su desestimación explícita. La petición puede formularse al presidente en cualquier momento, si bien es de tener presente que si la junta ya hubiese sido convocada pasará al orden del día de la siguiente, pues no cabe entender que esta facultad del propietario pueda alterar una convocatoria hecha, un orden del día cerrado, unos plazos comenzados...; la oportunidad de la "siguiente junta que se celebre" hay que buscarla teniendo en cuenta lo que acabamos de señalar.

* * *

2. Notificaciones: nuevo sistema.

La convocatoria una vez iniciada debe desarrollarse a través de la citación. La orden de convocatoria efectuada por el sujeto convocante ha de ejecutarse materialmente. Aun cuando el acuerdo de convocatoria de la junta corresponde al presidente, la materialización de la misma puede ser realizada por el secretario o administrador, aun con su sola firma, en la correspondiente citación; lo mismo podría aplicarse al supuesto en el que la decisión de la convocatoria venga acordada por la mayoría antes indicada y desatendida la petición por el presidente (3). La ley no exige

(3) Sentencias TS de 16 de junio de 1988, 25 de octubre de 1989.

forma especial a la orden de convocatoria, ni siquiera que conste por escrito, basta con que se ejecute mediante la correspondiente citación escrita y firmada.

La ley presenta un procedimiento novedoso de comunicación en el artículo 9.1. h) (4). El precepto intenta solucionar los problemas que venían planteándose en la práctica con las comunicaciones y notificaciones a los propietarios que con subterfugios las rechazan o niegan haberlas recibido. El nuevo sistema se basa en la obligación del propietario en dar a conocer un domicilio en España a efectos de notificaciones y citaciones por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción. Incumplida esta obligación por el propietario la ley arbitra dos soluciones supletorias sucesivas:

a) Otorgar al piso o local situado en el inmueble la cualidad de domicilio para recibir notificaciones, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo.

b) Colocar en el tablón de anuncios o “en lugar visible de uso general habilitado al efecto” la comunicación correspondiente.

Si intentada una citación o notificación al propietario fuese imposible practicarla en el lugar prevenido en el párrafo anterior, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente en el tablón de anuncios de la comunidad, o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, con el visto bueno del presidente. La notificación practicada de esta forma producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales.

La norma declina su praxis final y psicológica previa en una notificación ficticia que incorpora una presunción *iuris et de iure*; en ello radica la auténtica novedad de la reforma, que intenta evitar modalidades demasiado rígidas fácilmente atacables por defectos formales, u otros cos-

(4) Artículo 9.1: Son obligaciones del propietario: h) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el domicilio en España a efectos de citaciones y notificaciones de toda índole relacionadas con la comunidad. En defecto de esta comunicación se tendrá por domicilio para citaciones y notificaciones el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo. Si intentada una citación o notificación al propietario fuese imposible practicarla en el lugar prevenido en el párrafo anterior, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente en el tablón de anuncios de la comunidad, o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, con el visto bueno del presidente. La notificación practicada de esta forma producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales.

tosos, inviables por antieconómicos. A pesar de ello, para no violentar el principio de publicidad, la *fictio iuris* establecida en el artículo 9 está sujeta a formalidades: la colocación del aviso en el tablón de anuncios o en un lugar visible de uso general (portería, ascensor, puerta de entrada al inmueble, portal...). Entiendo que no hay inconveniente para que la misma comunicación se publique en varios lugares a la vez, pero si hay tablón de anuncios se ha de colocar la comunicación necesariamente en éste, y en su defecto se ha de buscar el sitio alternativo.

El texto originario de la comunicación ha de ir completado con una "diligencia expresiva" de la fecha y los motivos por los que se procede a esta forma de notificación. Esta diligencia consistirá en una breve indicación de las causas por las cuales se procede a esta forma de publicación, lo más frecuente será relatar las causas por las que no se pudo practicar la notificación ordinaria, como que el piso o local está vacío o que sus ocupantes se niegan a recibir la comunicación.

La diligencia anterior tiene que ir firmada por el secretario de la comunidad o quien tenga asignada esta función con el visto bueno del presidente. Por ello, cuando se acude a este medio de comunicación el anuncio contendrá las firmas necesarias para su notificación ordinaria y además las de la diligencia, que suponen un plus de autenticidad y asunción del contenido y causas por las que no se ha notificado en forma ordinaria.

La citación o notificación producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días. Lógicamente entendemos que a contar desde que se coloque en el tablón o lugar equivalente, los días han de ser enteros. Podría plantear problemas la retirada violenta por parte de alguna persona para impedir el cómputo del plazo. Los efectos jurídicos serán los mismos que si la comunicación se hubiera realizado por el procedimiento ordinario. En nuestro caso, habrá de contener pues todos los requisitos de la convocatoria y que estas circunstancias se hagan constar en el acta de la sesión.

El procedimiento supone un avance considerable para superar los frecuentes bloqueos de algunos copropietarios, amparados por el sistema de comunicaciones anterior; es un vehículo sin coste y con escasos riesgos de vicios *in procedendo*, pero se han alzado voces clamando por una mayor sencillez que prescinda de las alternativas que se ofrecen, las cuales pueden confundir en su elección y realización a quienes las adoptan y sirve de subterfugio a quien intenta eludirlos. La finalidad de los actos de comunicación es que llegue a conocimiento de los interesados la comunicación que se les remite, por ello las notificaciones ficticias o sucedáneas deben usarse en último extremo, pues si no se emplean con diligencia las formas directas de comunicación, las indirectas, aunque estén reconocidas por la ley, pueden cuestionarse. Siempre que sea posible, se debe verificar el lla-

llamamiento personal pues la designación del domicilio para recibir notificaciones no puede reducirse a una mera formalidad o a un simple requisito prescrito por la ley.

El llamamiento en el tablón de anuncios es un último medio de comunicación, cuando a pesar de una diligencia específica y agotadas todas las posibilidades, no resulte posible la comunicación personal, utilizando aquella como medio de impedir una maquinación fraudulenta de quien evita ser citado. De las anteriores consideraciones deducimos el carácter supletorio de la citación por anuncios tras la entrada en vigor de la reforma legislativa, ello lleva a replantearse la validez de las convocatorias en aquellas comunidades, corrientemente pequeñas, que desde su constitución se realizan a través de un anuncio expuesto en el portal y con ello se logra el conocimiento de los vecinos que así lo han aceptado expresa o implícitamente en la mayor parte de los casos. ¿Se trata de una costumbre *contra legem*? La buena fe creada en la comunidad por una aceptación reiterada de esta práctica podría quedar defraudada con la adición del precepto; a menos que se intente salvar por la vía de entender que los propietarios han establecido un domicilio convencional de notificaciones por vía tácita (forma admitida por la jurisprudencia). El tiempo y la interpretación de la norma que hagan la doctrina y la jurisprudencia moderará estas prácticas frecuentes. Hoy, a la vista del texto del artículo 9 h), la citación por anuncios se ha convertido en una modalidad de carácter supletorio.

La junta de propietarios podrá reunirse válidamente sin sujeción a las normas de convocatoria siempre que concurran la totalidad de los propietarios y así lo decidan. Esta posibilidad la brinda el artículo 16-3 de la LPH cuando estén presentes todos los propietarios, incluso los que no estén al corriente del pago de las deudas. Lo que excluye, en este tipo de juntas, la posibilidad del voto presunto. Además, el mismo artículo exige que todos los propietarios “así lo decidan”, celebrar la junta; la expresión legal conlleva sin duda un acto volitivo de consentimiento en la celebración de la junta, de otro modo no podría haber acuerdos sino meras deliberaciones que no vincularían a terceros que ingresen en la comunidad con posterioridad.

3. Modalidades de convocatoria.

La convocatoria presenta diversas modalidades según se atienda al tipo de junta a celebrar o al orden de llamamiento primero o segundo. Como antes hemos indicado, podemos considerar junta ordinaria la reunión periódica de los propietarios para ejercer las funciones financieras propias del órgano (presupuestos y cuentas). Esta junta se celebrará por

lo menos una vez al año y se convocará cuando menos con seis días de antelación. La junta extraordinaria queda definida por exclusión como todo lo que no sea junta ordinaria, sin que *a priori* pueda determinarse qué asuntos corresponde decidir en la misma. La junta ordinaria habrá de ser convocada con una periodicidad suficiente para no paralizar la vida comunitaria; el texto legal ciñe la periodicidad con un “por lo menos una vez al año”, por lo que no se impide que los estatutos puedan ampliar esta periodicidad. En el mismo sentido, la convocatoria de la junta ordinaria se realiza para tratar de unos asuntos determinados, pero no hay ningún obstáculo para que, en el orden del día, se incluyan otros asuntos distintos, además de la aprobación de los presupuestos y cuentas. Si ello no fuese así, habría que celebrar una junta extraordinaria con periodicidad anual para la elección de cargo dado que en la actualidad se ha eliminado la prórroga tácita en la duración del cargo (art. 13-7 LPH). La libertad para tratar de cualquier asunto en las juntas, del tipo que sea, viene ceñida por la ley desde la base; así las cuestiones típicas de las juntas ordinarias se tratarán en junta convocada con seis días de antelación, dentro del período anual o de otro menor que marquen los estatutos; para otras cuestiones la ley exige la celebración de junta extraordinaria, por ejemplo la remoción anticipada de los designados para el ejercicio de los cargos (art. 13 LPH), en cuyo caso se convocará con la antelación suficiente para que llegue a conocimiento de todos los interesados una junta de este tipo. Aparte de estas limitaciones, no existe ninguna otra, ni siquiera derivada del *quórum* necesario para la adopción de acuerdos de determinada importancia, puesto que para la consecución de acuerdos sometidos a mayorías reforzadas, la ley prevé la obtención de estas mayorías a través de un sistema de voto presunto, sin requerir un especial *quórum* de asistencia para la válida constitución de la junta.

Atendiendo al orden de llamamientos, las juntas pueden reunirse en primera convocatoria o en segunda. Si en la citación se señala una primera hora y no concurren la mayoría de propietarios que a su vez representen la mayoría de las cuotas, se procederá a una segunda convocatoria de junta, la cual quedará válidamente constituida cualquiera que sea el número de asistentes y cuotas de participación que representen. Cuando no exista *quórum* para la válida celebración de la junta en primera convocatoria, necesariamente ha de existir el segundo llamamiento, cuyo carácter imperativo se deduce del artículo 16-2 LPH diciendo que “se reunirá en segunda” y “será nuevamente convocada”. La citación para la segunda convocatoria puede hacerse en la misma comunicación que en la primera o de forma separada. El primero de los supuestos es el más frecuente en la práctica y el más cómodo pues en este caso se puede celebrar la reunión el mismo día con tal que haya al menos media hora de

separación respecto al primer llamamiento. Para VENTURA TRAVESET Y GONZÁLEZ entre una y otra convocatorias deben mediar por lo menos 30 minutos, siendo errónea la costumbre de convocar, por ejemplo, a las 18 horas y a las 18 horas y 30 minutos. La doble convocatoria conjunta puede hacerse, como decimos, para el mismo día con el mínimo de separación entre ambas convocatorias; la media hora juega como plazo mínimo por lo que el intervalo temporal puede ser mayor, incluso varios días. Aunque la ley no establece una limitación temporal en este sentido, una interpretación conjunta de este supuesto y aquel en que la segunda convocatoria no se hace conjuntamente con la primera sino de forma separada, nos lleva a negar la posibilidad de celebrar un nuevo llamamiento después de los ocho días naturales siguientes al primero no celebrado. Cuando la segunda convocatoria se haga separadamente de la primera, han de concurrir dos requisitos:

a) Que se convoque dentro de los ocho días siguientes a la primera no celebrada, y

b) que las citaciones se entreguen con una antelación mínima de tres días. Los plazos de segunda convocatoria entendemos que se aplicarán tanto en juntas ordinarias como extraordinarias. Pues el plazo abierto que la ley deja a las extraordinarias para que puedan llegar a conocimiento de todos los interesados sólo opera en primera convocatoria, donde el texto legal diferencia la antelación temporal del anuncio según se trate de juntas ordinarias o extraordinarias, pero para el segundo llamamiento no hay reglas específicas; por lo que no veo factible, en contra de lo que se ha dicho, convocar una junta extraordinaria con una antelación de cuatro días en primera convocatoria y un segundo llamamiento de forma separada que no respete los tres días de antelación para cursar las citaciones, los ocho días de separación entre primera y segunda convocatoria han de entenderse como intervalo máximo de tiempo pues no existe razón alguna para hacer discriminaciones en sentido contrario.

* * *

4. Limitaciones al derecho de voto.

Las reglas de funcionamiento de la junta, una vez convocada, quedarán determinadas por lo que dispongan los estatutos o las normas de régimen interior o por lo que convengan los propietarios a salvo el mínimo legal. La LPH sigue la línea general establecida para los órganos colegiados en nuestro ordenamiento: la auto-regulación, salvo aquello que se considera ha de resolver de forma uniforme y general para todas las comunidades, cual es el derecho de asistencia a las reuniones. La LPH se

basa en el principio de la participación personal de los propietarios en las deliberaciones y participación en la voluntad colectiva. Se parte pues del derecho que tiene todo propietario para asistir a las juntas de forma personal y sobre esta base se reconoce el derecho de asistencia por representación legal o voluntaria. El artículo 15 de la Ley regula dos supuestos bastante habituales en la práctica que se sitúan a caballo entre la representación legal y voluntaria. Estos casos son el proindiviso del piso o local y la existencia sobre éstos de un derecho real de usufructo.

En el caso de que un elemento privativo pertenezca en proindiviso a varios propietarios se impone la unicidad de representante. Los copropietarios habrán de nombrar un único representante para asistir y votar en las juntas (art. 15-1). Esta norma se ha de considerar de derecho necesario, por lo que no cabe que estatutariamente se permita la asistencia de más de un copropietario.

Para el caso de que en una junta se hayan de tomar acuerdos que afecten al derecho mismo de propiedad, RALUY entiende que quizá sea preferible admitir la asistencia de todos los titulares y reconocer a cada uno de ellos la correspondiente alícuota –numérica y de participación de comunidad– a efectos de la votación. Entre los condueños regirá el artículo 398 del Código civil, por lo que el representante habrá de contar con un acuerdo mayoritario o unánime de los copropietarios según el tipo de acuerdo que se tome en la junta, sea un acto de administración y mejor disfrute de la cosa común o de disposición o alteración de la cosa. La falta de acuerdo de los partícipes para nombrar un representante deja abierta la vía para acudir al juez que proveerá al efecto.

En el supuesto del usufructo (art. 15-1, pf. 3.º) el derecho de voto corresponde al nudo propietario, quien de manera tácita se entiende representado por el usufructuario. Esta representación es revocable por la manifestación en contra del nudo propietario, hecha por escrito firmado o simplemente por manifestación en la propia junta a la que asistiese. La representación tácita a favor del usufructuario es excepcionada cuando se trate de acuerdos a que se refiere la regla primera del artículo 17 LPH (modificación del título constitutivo de los estatutos, establecimiento o supresión de servicios comunes, ...) o de obras extraordinarias o de mejora para las que requiere delegación expresa del nudo propietario. Lo mismo habrá de entenderse en aquellos derechos de goce, como el uso o habitación, asimilados en su régimen jurídico al usufructo en virtud de lo dispuesto en el artículo 528 del Código civil.

La finalidad de estas reglas es evitar la multiplicación artificial de legitimados para el voto y evitar el voto discordante imputable a una misma unidad privativa. Respecto de la junta estamos ante un caso de representación necesaria, por ello en muchos casos nos encontramos ante una

legitimación por apariencia, basta con un codueño o titular del dominio desmembrado en la junta para que su decisión vincule a los otros partícipes.

La casuística del artículo 15 es una de tantas, quizá la más corriente, y ha de servir de base para resolver otros supuestos como el de la herencia yacente, pluralidad de propietarios que ostentan una pluralidad de titularidades proindiviso sobre unidades privativas, representación del usufructuario cuyo nudo propietario sea dueño de otro elemento privativo, ...

La asistencia a las juntas personalmente o por representante no significa por sí sola el poder ejercitar todos los derechos de miembro de esa comunidad, pues la Ley 8/1999 introduce como novedad la privación de derecho de voto de aquellos que mantengan deudas con la comunidad.

La posibilidad de negar el derecho de voto al propietario deudor fue meditada largamente por la ponencia redactora de la ley en el Congreso de los Diputados, pasando al texto legal en el apartado 2.º del artículo 15 sin sufrir enmiendas. Su justificación no se recoge en la exposición de motivos, se encuentra en una de las razones que fomentan la reforma de la Ley del 60, la lucha contra la morosidad como efecto reflejo del principio general del derivado de la reciprocidad de las relaciones jurídicas: no se pueden exigir los derechos subjetivos surgidos de una relación sin cumplir las obligaciones y cargas correlativas. Se trata de establecer unas mínimas reglas del juego en las relaciones vecinales, privando del derecho a decidir en los asuntos comunitarios a quien incumple su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales y aquellos otros que imponga la comunidad. La mayoría de la doctrina muestra un juicio muy favorable a esta medida, en este sentido LOSCERTALES o MAGRO SERVET; sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ califica esta medida como "extravagante". Entendiendo que esta técnica es ajena a nuestro Derecho patrimonial debiendo utilizarse muy excepcionalmente.

El propietario que en el momento de iniciarse la junta no se halle al corriente del pago de todas las deudas vencidas con la comunidad no tendrá derecho de voto. Esta afirmación está sujeta a determinados requisitos que protegen, posibilitan la enmienda del moroso, e incluso en caso de abuso podrían anular la junta y los acuerdos adoptados.

Desde el punto de vista formal, el número 2 del artículo 15 que comentamos, se ha de poner en relación con el número 2 del artículo 16 en cuanto éste establece que la convocatoria de la junta contendrá una relación de los propietarios que no estén al corriente en el pago de las deudas vencidas de la comunidad y advertirá de la privación del derecho de voto. El contenido de la convocatoria alcanza con ello un papel trascendental en la privación del derecho a voto; por un lado, es un presupes-

to habilitante de la privación pues si en ella no consta el propietario moroso no podrá luego en la junta privársele del voto; por otro lado, se despeja cualquier incertidumbre sobre el carácter exigible de las deudas que han caído en mora. Entendemos que no se puede sorprender a un propietario con la suspensión de su voto si antes no está incluido en el listado, pues aun cuando de una primera lectura del precepto (art. 15) cabría referir el estado de la mora al inicio de la junta, no tendría sentido desvincular la convocatoria de la junta pues a través de aquélla se inicia ésta, y se desvirtuarían las garantías formales del artículo 16. La indicación de los propietarios en la convocatoria puede ser referente al piso o local o nominativa, si bien será imprescindible indicar con toda claridad las sumas concretas adeudadas.

Desde el punto de vista material, el precepto se refiere a “todas las deudas vencidas”, sin hacer distinción alguna por lo que afectará a todo tipo de deudas con la comunidad cualquiera que sea su origen (gastos generales o de otro tipo). La deuda ha de calificarse como vencida, exigible, para lo que habrá de estarse a lo dispuesto por la junta (el tiempo y forma de cumplimiento puede establecerse por la junta –art. 21-1 LPH–), los estatutos de la comunidad o la teoría general de las obligaciones. Como excepción, las deudas impugnadas judicialmente no anudan la privación del derecho de voto, pues ello implica la suspensión de su carácter exigible; corre a cargo del propietario la acreditación de la impugnación judicial que de ordinario tendrá lugar mediante el ejercicio de las acciones contra los acuerdos de la junta. La situación de morosidad viene referida al momento de iniciarse la junta o al inmediatamente anterior, ha de persistir en este momento, pues como antes indicamos el impago ha de anunciarse en la convocatoria. Pero si entre la convocatoria y la sesión de la junta se paga queda enervada la prohibición. Con ello se facilita el cumplimiento voluntario hasta el momento mismo en que se produzca la privación del derecho. El artículo 15.2 permite expresamente la consignación judicial o notarial de la deuda, cosa que no haría falta decir pues según los artículos 1.176 y ss. del C.c. el ofrecimiento de pago y consignación producen efectos liberatorios; no podemos entender que se refiera a una consignación de garantía pues se facilitaría la burla a la privación del derecho de voto.

La doctrina se plantea el carácter automático o necesario de la privación del voto al propietario moroso, o si por el contrario puede ser objeto de dispensa por la junta, mediante decisión mayoritaria en base a que si la junta puede prorrogar la deuda, reducir su importe o suprimirla podrá también eliminar un efecto de la propia deuda, como es la privación del derecho de voto. Por el contrario GUILARTE GUTIÉRREZ deduce de la literalidad del precepto la nulidad del acuerdo de la junta de los

propietarios para permitir el voto del incumplidor. En el acta de la junta se reflejarán los propietarios privados del derecho a voto, de forma que la lista de asistentes no siempre coincidirá con la de votantes. Para alcanzar las mayorías exigidas por la ley no se computará la persona y cuota de participación en la comunidad del propietario privado del derecho a votar. La expresión mayorías utilizada por la ley, puede dar a entender que la privación del derecho de voto no alcanzará a aquellas cuestiones para las que se precisa la unanimidad, excluidas por afectar a actos que exceden de la mera administración para entrar en la esfera del dominio. No podemos aceptar esta postura, que dejaría a cuestiones menores la privación del voto, haciendo perder a la norma su carácter persuasivo, pues si la falta de cumplimiento de la obligación de contribuir muestra un carácter poco participativo ningún interés tendrá el moroso en participar en decisiones que le suponemos poco trascendentes. Sean cuales fueren las mayorías exigidas no hemos de tomar en consideración a ningún efecto al privado de voto. La comunidad estará integrada, a efectos de cálculos, sólo por los propietarios con derecho de voto, el 100 por 100 de las cuotas de participación se ha de calcular excluyendo a los propietarios excluidos de votar, es como si sus derechos de voto acrecieran a los votantes. Ello supone efectuar un cálculo matemático al comienzo de la reunión. La novedad que ha introducido en este punto la reforma del 99, planteará, sin duda, problemas prácticos, en los que ahora no vamos a entrar, quedando pendientes de pronunciamientos jurisprudenciales definitivos; piénsese, por ejemplo: en un titular de varios pisos, locales y una plaza de aparcamiento y que debe cuotas en relación a esta última; caso de un propietario de varios elementos que tiene constituido un derecho de usufructo y el usufructuario paga las deudas de su departamento desatendiendo el propietario las obligaciones de los demás o viceversa.

Por último, sólo decir que el injustamente privado del derecho a votar puede impugnar los acuerdos de la junta en que se le excluyó.

* * *

V. Nuevo régimen de adopción de acuerdos por la comunidad

Una vez que se hayan cumplido los requisitos de asistencia, convocatoria y citaciones, la junta de propietarios está en disposición de adoptar acuerdos con validez y eficacia, siempre que se consigan las mayorías establecidas por la ley. La idea general de la que parte la reforma es la de facilitar la adopción de acuerdos —aunque no siempre lo consiga— fle-

xibilizando el régimen de mayorías exigidas por la Ley 49/1960. Esta es una de las innovaciones socialmente más esperadas, pues las iniciativas de una amplia mayoría de propietarios se veían frustradas por el voto de un vecino poco solidario o malicioso, en aquellos casos en los que la ley exige unanimidad. Se trata de evitar los frecuentes abusos que se producen en las comunidades, reduciendo la exigencia de la unanimidad para aquellos supuestos que se considera imprescindible. La reforma pretende introducir un sistema de adopción de acuerdos participativo y flexible, impidiendo que la condición de propietario, y los derechos individuales inherentes a ella, puedan imponerse a los intereses colectivos de la comunidad. El nuevo régimen de mayorías busca equilibrar las relaciones de vecindad y el derecho de propiedad individual, sin optar por soluciones radicales.

El régimen de mayorías para la adopción de acuerdos viene contenido en el artículo 17 cuyo texto ha de ponerse en necesaria relación con el régimen relativo a las mejoras exigibles y no exigibles en el inmueble (art. 11).

El artículo 17 distingue entre los acuerdos que precisan unanimidad, los que requieren el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que representen las $\frac{3}{5}$ de las cuotas de participación, los que precisan un tercio, y aquellos para los que basta la mayoría de propietarios y cuotas; haciendo al propio tiempo expresa regulación acerca de la forma de computación del voto de los propietarios ausentes y de los efectos de determinados acuerdos en relación con los propietarios disidentes, conteniendo un párrafo de carácter general para los supuestos en que no puedan lograrse las mayorías. Analicemos en primer lugar, la norma primera del artículo 17 relativa a la modificación del título constitutivo, estatutos y elementos comunes.

1. El principio de la unanimidad.

El nuevo texto pretende dar una idea de excepcionalidad o limitación al régimen de la unanimidad utilizando la palabra “solo” que no se recogía en el texto derogado, en congruencia con la exposición de motivos de la Ley 8/1999 que considera “hoy en día que la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad”. No obstante, se sigue requiriendo la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad; dejando a salvo excepciones que la propia ley contempla y confirman que en estos casos la regla general es la unanimidad. Ello encuen-

tra su fundamento en la defensa del derecho de propiedad, que no puede ser alterado sin el consentimiento de su titular, pues el derecho privativo queda fuera del acervo comunitario en cuanto no tiene utilidad para conseguir fines de interés general.

La cuestión práctica que plantea esta regla general es la determinación de los supuestos que requieren la unanimidad de los propietarios para la adopción de los acuerdos, así recogemos como más importantes:

- 1) La alteración de la descripción del inmueble tal y como se ha recogido en el título constitutivo, de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente y de los servicios o instalaciones comunes, dentro de los que incluimos la transformación de un elemento común, como la vivienda del portero o un elemento privativo.
- 2) La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio.
- 3) Modificación de cosas comunes.
- 4) Alteración de las cuotas de participación fijadas en los estatutos.
- 5) Alteración de las normas del régimen de administración.
- 6) Modificación de las normas sobre el destino o uso del edificio, sus instalaciones y servicios.

Estos ejemplos tienen un contenido controvertido, de fronteras difusas, pues se han expuesto en términos generales ya que para determinar qué supuestos requieren la unanimidad hay que calibrar la entidad del acuerdo en cada caso; de ahí la abundante jurisprudencia que resuelve particularidades.

La regla general enunciada en el apartado primero del artículo 17, tal y como la hemos visto, tiene importantes excepciones.

2. Primera excepción: la instalación o supresión de servicios comunes.

Viene recogida en el párrafo 2.º del artículo 17, 1.ª LPH, donde se requiere el voto favorable de las tres quintas partes de la cuota de participación, que a su vez, representen las tres quintas partes de la cuota de participación, para el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos. En este punto el legislador intenta dar solución a una eventual obstaculización sistemática por algunos propietarios a las mejoras de interés general.

El concepto de servicios comunes de interés general resulta básico en la interpretación del precepto, dada su amplitud tiene una valoración abierta según varíe la realidad social en que se aplique y el momento en que se pretenda introducir el servicio, de acuerdo con el artículo 3.º del C.c. La idea de servicio común hay que ligarla con la de utilidad para la comunidad, ya venga dada por alguna instalación incorporada al inmueble o por el disfrute de una prestación personal o empresarial (limpieza, seguridad). Con la medida ha de perseguirse el interés general de la comunidad, no se trata de satisfacer los intereses personalizados de todos los propietarios sin que el servicio sea susceptible de aportar una utilidad virtualmente universal, lo que excluye grupos concretos de propietarios. Se pueden dar muchos ejemplos de este tipo de servicios, como instalaciones deportivas, aparcamientos, sistemas de ventilación, acondicionamiento de aire u otros, no exentos de dificultades interpretativas; el precepto a modo de guía, dando una pauta interpretativa cita los servicios más frecuentes (ascensor, portería, vigilancia), evitando respecto a los mencionados cualquier género de dudas. Pues el servicio útil de interés general no es objetivo dentro de una comunidad vecinal, mucho menos lo será en comunidades distintas, piénsese en el diferente concepto de utilidad general que puede tener el servicio de seguridad en un inmueble de viviendas de protección oficial en un pueblecito de interior o en un edificio de viviendas y oficinas de lujo en una gran ciudad.

El último inciso del párrafo que estamos analizando se refiere al arrendamiento de elementos comunes que no tengan asignado un uso específico en el inmueble, el cual requerirá igualmente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado si lo hubiere. La concreción del arrendamiento no lo es sólo respecto a un elemento común sino que además no tenga asignado un uso específico en el inmueble, lo que excluye elementos como la vivienda del portero, aunque esté desocupada, puesto que tiene asignada una finalidad, salvo que se acuerde suprimir la finalidad y se deje al local sin uso específico, o los locales destinados a sala de juegos, gimnasio, etc. El ejemplo más típico de este arrendamiento es el de la colocación de antenas o anuncios en las terrazas, o utilización de las fachadas con fines publicitarios. Las obras de acondicionamiento para el uso del arrendamiento o las consecuencias de la instalación (privación de vistas por ejemplo) habrán de ser consentidas por el propietario o propietarios afectados, suponiendo el precepto que no alcanzan la envergadura suficiente para calificarlas como afectantes al título constitutivo en cuyo caso se requerirá el consentimiento de todos los propietarios –unanimidad– pues todos se considerarán afectados.

La consecuencia más trascendental que, hasta ahora, podemos sacar del artículo 17.1 LPH es la posibilidad de adoptar acuerdos que pueden suponer la modificación del título constitutivo o de los estatutos con la mayoría cualificada exigida por el precepto. El sistema de mayoría cualificada introducido no debe verse sólo como un intento de flexibilización de la exigencia de unanimidad, sino también como una previsión segura de bloqueo para importantes decisiones comunitarias. Pues ahora no se ha previsto para estas mayorías cualificadas una segunda convocatoria con requisitos suavizados; la segunda convocatoria con facilidades de *quórum* sólo se contempla para los acuerdos que no requieren mayorías cualificadas (sin embargo, el sistema de voto presunto abre la posibilidad de obtener una mayoría sin la asistencia equivalente). Por ello, esta norma sólo resulta comprensible si se la configura como una excepción a la regla general de la unanimidad, posibilitando la modificación de la estructura o fábrica del edificio o de los elementos comunes, en definitiva la alteración del título constitutivo o de los estatutos de la propiedad horizontal. Sin embargo, la posibilidad que acabamos de señalar no siempre va a ser utilizada, pues el “establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general” no afecta necesariamente al título constitutivo o a los estatutos. Nos encontramos con el supuesto de innovaciones en las instalaciones, servicios o mejoras que parecen estar incluidas en el nuevo artículo 11 (5) que regula las mejoras e innovaciones útiles no necesarias. El acuerdo de la junta para acordar válidamente la realización de nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble se adoptará por mayoría y no obligará al disidente, aunque le aproveche, si la cuota de instalación excede del importe de tres mensualidades de gastos. En la práctica nos encontraremos con servicios comunes de interés general que se podrían

(5) Artículo 11. 1. Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad.

2. Cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a tenor del párrafo anterior y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora ventaja.

Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados aplicando el correspondiente interés legal.

3. Las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán, en todo caso, el consentimiento expreso de éste.

4. Las derramas para el pago de mejoras realizadas o por realizar en el inmueble será a cargo de quien sea propietario en el momento de la exigibilidad de las cantidades afectas al pago de dichas mejoras.

adoptar por el régimen de mayoría simple (art. 17.3) o por el de mayoría reforzada (art. 17.1), entendemos que esto es así, pero poniendo en juego los artículos 11.2 y el 17.1 el resultado no es idéntico: si se acuerda un servicio o instalación no exigible por el consenso mayoritario general, los disidentes no pueden ser obligados a financiarlo si el coste excede de tres mensualidades de gastos comunes. Por el contrario, si el acuerdo se adopta con la mayoría reforzada de la regla primera del artículo 17, todos los propietarios quedan vinculados económicamente a costear el servicio y seguridad del inmueble, según su naturaleza y características.

Creemos que esta es la interpretación adecuada de ambos preceptos, pues entender que las mejoras o innovaciones de un artículo y los servicios comunes del otro son formalmente de características distintas, daría lugar a una casuística tan particularizada que dejaría muy difusos (cada vez más con el paso del tiempo) los límites entre los supuestos de los dos artículos. Naturalmente, la coordinación no será necesaria ante todo servicio o mejora de interés general, sino sólo en aquellos que no supongan modificación alguna en el título constitutivo, los estatutos, la estructura o fábrica del edificio o los elementos comunes. Así pues, el servicio que no afecte directa o indirectamente a la “esencia de la propiedad horizontal” podrá ser adoptado con mayoría reforzada vinculando económicamente a todos los propietarios, disidentes o no, o con mayoría simple sin aquel efecto. De otra forma la nueva ley impondría un tipo de mayoría de votos más exigente que la que hasta ahora venían exigiendo los tribunales. Por ejemplo, se ha venido reconociendo la instalación de ascensores, sustitución de un sistema de calefacción, etc., por mayoría simple.

3. Segunda excepción a la regla de la unanimidad: la eliminación de barreras arquitectónicas.

En sintonía con la política iniciada en la Ley 3/1990, de 21 de junio, la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley 8/1999 facilita la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, reduciendo el *quórum* de votación exigido para llevar a cabo las obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que permitan su eliminación. Los acuerdos que persigan esta finalidad precisan el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de cuotas de participación, incluso cuando impliquen la modificación de los estatutos o del título constitutivo. Están contemplados en el párrafo 3.º del artículo 17.1.^a, constituyendo una excepción a la regla de la unanimidad contenida en el párrafo primero. Como anteriormente he indicado, la segunda convocatoria con un *quórum* inferior al de la primera no está prevista para estos supuestos, por ello estos

acuerdos no se podrán aprobar por la mayoría de los presentes en segunda convocatoria, requiriéndose el acuerdo de la mayoría de los integrantes de la comunidad. Así, el *quórum* de votación exigido no es coincidente con el de la regla general contenido en el artículo 17.3; por ello valen las conclusiones que para la primera excepción a la unanimidad hemos expuesto, al poner en relación el juego de las mayorías de los artículos 17 y 11.

* * *

El carácter de minusválido es un concepto normativo, no sociológico, que como tal está definido por la ley, debiendo acreditarse con la certificación acreditativa, expedida por el organismo correspondiente. No se puede calificar la minusvalía por la junta, ni siquiera por el juez. Resulta interesante lo dispuesto en la Ley de 30 de mayo de 1995 sobre la eliminación de barreras arquitectónicas en inmuebles con personas discapacitadas, cuando señala que los beneficiarios pueden ser no sólo los titulares de la finca en su calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios sino también los cónyuges o las personas que vivan con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual, y a los familiares que con aquéllos convivan, así como a los trabajadores minusválidos vinculados por una relación laboral con el titular. Esta norma establece un procedimiento de solicitud de las obras instado por el interesado a la comunidad por escrito acompañando certificación acreditativa de la minusvalía y proyecto técnico, estableciendo entre otras cosas una especie de “silencio administrativo de la comunidad” que se ha de interpretar como autorizante de las obras pero los gastos correrán a cargo del solicitante y quedarán en beneficio de la comunidad.

4. El voto de los ausentes.

A renglón seguido, la regla 1.ª del artículo 17 señala los criterios de cómputo de los votos para la adopción de los acuerdos con las mayorías de los tres supuestos que anteceden (los tres primeros párrafos). Con un criterio acertado, en nuestra opinión, el párrafo 4.º del artículo 17.1 dispone: “A los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de

treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.” Como ya ocurría antes de la reforma, aunque sólo para el caso de la unanimidad, no es necesaria la presencia de todos los propietarios en la junta para adoptar los acuerdos a que se refiere el artículo 17 en su regla primera; pudiendo distinguir con MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (6) entre una presencia física y otra legal, la primera supone la asistencia en persona a la junta y la segunda deriva de la notificación al propietario que no haya asistido. Se trata de una presencia ficticia a la que se le añade una presunción *iuris et de iure* consistente en identificar la no oposición del propietario ausente con el voto favorable al acuerdo. Debiendo considerarse ausente al propietario que se haya ido de la reunión antes de que se adopte el acuerdo (STS de 21 de mayo de 1976). El sistema de voto presunto requiere como elemento esencial la notificación de los acuerdos adoptados mediante información detallada y completa, por procedimiento del artículo 9 (antes analizado). En el supuesto de la publicación del aviso en el tablón de anuncios de la comunidad o en lugar visible de uso general, el día inicial para el cómputo del referido plazo de treinta días naturales comenzará a correr transcurridos tres días naturales desde la colocación de la notificación, que es cuando la misma produce plenos efectos jurídicos. Se ha eliminado la notificación fehaciente que exigía el texto legal precedente, en consonancia con ello tampoco es preciso que el propietario ausente se oponga al acuerdo mediante comunicación fehaciente, bastando que se haga por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción (telegrama, burofax, telefax...).

Es de destacar las ventajas importantes que presenta la reforma legislativa del 99 en este punto:

- La primera, al resolver dudas interpretativas referentes a la naturaleza del consentimiento del propietario ausente, aceptación tácita o presunta frente a la real y efectiva de quien votó en la junta, tal y como se deduce hoy de la disposición legal.
- La segunda, al extender la figura del voto presunto a los supuestos de mayorías cualificadas, de otra forma en muchas ocasiones sería más fácil obtener la unanimidad que una mayoría de tres quintos de propietarios.

Precisamente, la ampliación del ámbito del voto presunto da lugar a algunas particularidades en el funcionamiento del sistema aplicado a la mayoría cualificada. Así, nos hemos de preguntar si para poner en marcha el sistema de búsqueda del voto ausente es necesario que voten a

(6) MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*.

favor del acuerdo un número de propietarios específico: ¿La totalidad de los presentes en la junta? ¿Un número cualquiera de ellos? ¿Las tres quintas partes o la mayoría de los presentes según el tipo de acuerdo? No tenemos una solución cierta, pero hemos de ponderar que el texto legal al referirse al voto de los ausentes está suponiendo un acuerdo votado favorablemente, es decir, que parte de un resultado positivo en la junta, facilitando el complemento de la mayoría con la comunicación a los ausentes; por ello hemos de partir al menos de una mayoría de votos de los propietarios presentes (físicamente o representados) que representen la mayoría de las cuotas. Otra solución que no acepte este mínimo daría lugar a presentar a los ausentes una suerte de proposiciones que difícilmente se podrían calificar de acuerdos. Así, en una primera convocatoria donde no se obtiene la mayoría de votos y cuotas no se ha de proceder a la búsqueda del voto de los ausentes, ni tampoco cabe una segunda convocatoria para obtener aquella mayoría. Aceptando lo anterior, en un acuerdo que requiera mayoría calificada para adoptarse, se puede partir de una junta en la que voten a favor la mayoría de personas que representen la mayoría de las cuotas de los asistentes, para que se ponga en funcionamiento el sistema de obtención del voto presunto. Debe concluirse que para la toma de este tipo de acuerdos no hace falta un *quórum* de asistencia distinto del general del artículo 16.2; por tanto, las mayorías calificadas no son requisitos de *quórum*.

5. Mayorías en acuerdos sobre infraestructuras de telecomunicaciones y energías.

El propietario que se abstiene no debe ser considerado como el propietario ausente que no se opone al acuerdo en los treinta días. La abstención no computa como voto, pero la cuota y persona del propietario que se abstiene computa para el cálculo de las mayorías.

* * *

La última cuestión capital de la reforma en el tema de los acuerdos comunitarios es la relativa a las infraestructuras de telecomunicaciones y suministros energéticos contenida en la regla 2.^a del artículo 17 de la LPH, que permite excepcionalmente, violentando los procedimientos ordinarios, la adopción del acuerdo por una minoría de propietarios siempre que se refiera a “la instalación de infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación regulados en el RDL 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes, así como la instalación de sistemas comunes o privativos de aprovechamiento de la energía solar, o

bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos”. La LPH incorpora esta reforma a consecuencia de la situación creada por la aprobación y posterior convalidación parlamentaria del RDL 1/1998, de infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación; norma jurídica con rango de ley que permanece en vigor con su redacción original incluso después de haberse aprobado la nueva LPH. Esta situación legislativa resulta, en cierto modo, patológica y no fue, en principio, intención del legislador llegar a ella. Pues el proyecto legislativo que sustituye al Real Decreto se intentó tramitar conjuntamente con la reforma de la LPH, sin embargo, en realidad no fue así y en consecuencia nos encontramos con una Ley de Propiedad Horizontal que ha adoptado las previsiones del RDL pero no a la inversa, produciéndose fricciones como ahora veremos, pues el RD no se ha sustituido en la actualidad por la ley que lo reemplaza.

Aunque en principio el ámbito de aplicación del artículo 17 estaba destinado a la instalación del servicio de telecomunicaciones exclusivamente, posteriormente ha ampliado su espectro adquiriendo mayor autonomía y visión de futuro, resultando de aplicación a los siguientes supuestos:

a) Instalación de infraestructura común del servicio de telecomunicaciones, cuyos términos son considerados por el artículo 1 del RD como aquellos que cumplen como mínimo las funciones de:

+ Captación y adaptación de las señales de radiodifusión sonora y televisión terrenal y su distribución hasta los puntos de conexión situados en las distintas viviendas o locales, y la distribución de las señales de televisión y radiodifusión sonora por satélite hasta los citados puntos de conexión.

+ El acceso al servicio telefónico básico y al servicio de telecomunicaciones por cable.

Los conceptos técnicos de esta norma han sido desarrollados por el RD 279/1999, de 22 de febrero.

b) Los nuevos suministros energéticos colectivos. La *mens legislatoris* claramente está pensando en facilitar el progreso de la red gasística urbana. Por ello, ha de ser interpretado con cautela para no provocar una vulneración de las reglas generales sobre adopción de acuerdos en las comunidades. Se ha de tratar de suministros colectivos destinados a ser utilizados por una pluralidad de propietarios mediante un servicio prestado en masa y de forma indiferenciada.

c) La instalación de sistemas de aprovechamiento de energía solar. Esta previsión parece innecesaria al poderse englobar en suministros energéticos colectivos. El elemento diferencial parece encontrarse en que

en este caso las infraestructuras pueden ser tanto comunes como privadas. En los supuestos que en este precepto, como acabamos de ver, resulta de aplicación, la adopción del acuerdo de instalar la infraestructura puede ser adoptado por 1/3 de los integrantes de la comunidad que representen a su vez 1/3 de las cuotas de participación.

Hay que entender que ello ocurrirá aunque el resto de los condóminos (2/3 restantes) voten en contra.

Una vez adoptado este peculiar acuerdo comunitario “la comunidad no podrá repercutir el coste de la instalación o adaptación de dichas infraestructuras comunes, ni los derivados de su conservación y mantenimiento posterior sobre aquellos propietarios que no hubiesen votado expresamente en la junta a favor del acuerdo. No obstante, si con posterioridad solicitasen el acceso a los servicios de telecomunicaciones o a los suministros energéticos y ello requiera aprovechar las nuevas infraestructuras o las adaptaciones realizadas en las preexistentes, podrá autorizársele siempre que abonen el importe que les hubiera correspondido, debidamente actualizado aplicando el correspondiente interés legal”.

Este sistema de adopción de acuerdos se recoge del RDL 1/1998 pero hay una diferencia pues el artículo 17-2 de la LPH no menciona la obligación de los órganos comunitarios de notificar a los propietarios con dos meses de antelación la decisión de proponer un acuerdo de este tipo. Parece que esta obligación se ha de considerar subsistente por la remisión expresa que la norma hace al RDL. Otra cosa distinta es si la omisión de esta notificación es causa de impugnación del acuerdo.

La instalación podrá ser acordada a petición de cualquiera de los propietarios, tal y como dice la ley; lo que en su tenor literal sugiere que este derecho a solicitar la toma de un acuerdo equivale a suprimir, para este caso, el requisito de representación a que se refiere el artículo 16 que hemos convocado. Yo creo en este sentido, que el propietario individual tendrá derecho a convocar una junta con este orden del día, sin sujetarse al requisito de la legitimación del 25% de las cuotas.

A diferencia del resto de los acuerdos válidamente adoptados por la junta, los de instalación de infraestructuras no obligan a quienes no hayan votado a favor del acuerdo. Para que el acuerdo vincule es necesario voto expreso a favor, no existiendo para este supuesto el voto tácito o presunto. Esta vinculación se diferencia de la del resto de la LPH (art. 11) en que no se hace depender de que la instalación sea o no un gasto de adecuada conservación, ni de la cuantía de la cuota resultante.

El alcance de la norma no puede ser entendido en términos literales, pues el acuerdo no obligatorio para los disidentes, los que se abstuvieron o votaron en blanco, es el acuerdo que se toma con la mayoría de 1/3.

Pero si el acuerdo se toma con las otras mayorías del artículo 17 reglas 1 y 3 el acuerdo es obligatorio y vinculante para todos. Por esta razón, realmente no puede decirse que el artículo 17-2 contenga una regla para la válida adopción de los acuerdos, pues el acuerdo adoptado por la mayoría de 1/3 no es tal acuerdo comunitario en sentido propio. Lo que la norma ha querido decir, más simplemente, es que 1/3 de los propietarios que representen 1/3 de las cuotas pueden instalar a su costa infraestructura común de telecomunicaciones o de aprovechamientos energéticos.

En relación con las infraestructuras para los servicios de telecomunicaciones, el RD 1/1998 establece un derecho individual del propietario a instalar a su costa esos servicios aprovechándose para ello, si fuera preciso, de los elementos comunes.

Este derecho resistente a la mayoría ha de compaginarse con el sistema de acuerdos de la junta, pues se sostiene por parte de la doctrina que se trata de un derecho sustraído al acuerdo de la junta, sometido únicamente a la comunicación previa al presidente. Sin embargo, hemos de entender que el propietario puede exigir de la comunidad que le autorice a instalar la infraestructura, haciendo falta para ello un nuevo acuerdo. Entre otras cosas porque será el órgano comunitario quien resulte competente para apreciar la concurrencia de los requisitos legales y concretar el emplazamiento de la infraestructura. Si el acuerdo es desestimatorio podría ser impugnado como contrario a la ley.

El resto de los acuerdos distintos de los que exigen unanimidad o una participación cualificada, se someten a un régimen que no difiere del original de la Ley de 1960.

En esta materia el propósito del legislador del 99 ha sido el de facilitar la toma de acuerdos, agilizando la gestión de la comunidad, permeabilizando el funcionamiento de la junta a las exigencias de las nuevas tecnologías y de los compromisos con colectivos discapacitados. Pues bien, dando por buenos estos objetivos el resultado no siempre es certero. La reforma supone un claro avance en la resolución de concretos problemas planteados de muy difícil o costosa solución dejando irresueltos otros muchos.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE PRESTACIONES PERIÓDICAS

ISABEL ZURITA MARTÍN

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **A.** Consideración preliminar. **B.** Concepto y antecedentes. **C.** Derecho comparado. **II.** CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA DE RENTA. **A.** Nacimiento. **B.** Requisitos de constitución. **C.** Constitución unilateral de la hipoteca de renta. **III.** NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERIZACIÓN GENERAL. **IV.** ELEMENTOS DE LA HIPOTECA DE RENTA. **A.** Los sujetos. **B.** El objeto. **V.** TRANSMISIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA. **A.** Tesis de la transmisión de la finca sin la deuda. **B.** Tesis subrogacionista. **C.** Responsabilidad del adquirente de la finca hipotecada. **D.** Inconvenientes de la aceptación de la tesis subrogacionista. **VI.** EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA RENTARIA. **A.** Cancelación. **B.** Prescripción. **C.** Ejecución de hipoteca preferente. **VII.** UTILIZACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA HIPOTECA DE RENTA. **A.** La renta vitalicia. **B.** El contrato de vitalicio de alimentos. **C.** La garantía de pago de la indemnización en forma de renta. **D.** Las garantías del derecho del legatario de pensiones periódicas en la legislación hipotecaria. **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

I. Introducción

A. Consideración preliminar.

La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, usualmente llamada por la doctrina “hipoteca de renta”, aparece singularmente regulada en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, completado por el artículo 248 de su Reglamento. El hecho, sin embargo, de que esta modalidad de hipoteca haya merecido la atención particular de nuestro legislador no ha supuesto, como cabía esperar, que la figura en cuestión haya quedado dibujada con perfiles nítidos en el ámbito de nuestro ordenamiento. Muy al contrario, esta atención singularizada, por la ligereza de la redacción dada al artículo 157, puede considerarse la principal responsable de la casi imperceptible presencia de la hipoteca de renta en la realidad del tráfico jurídico. En efecto, como ha puesto de manifiesto buena parte de la doctrina, el artículo 157 de la citada Ley no delimita con perfiles precisos un tipo de garantía hipotecaria que se vislumbra, pero que no se ve con claridad, provocando con ello la creación, a través de una deficiente redacción gramatical, de una figura —en palabras de CABELLO DE LA SOTA— híbrida, desdibujada, imperfecta y sin caracteres definidos (1).

Como consecuencia inmediata de esta falta de claridad, resulta lógica la proliferación de opiniones divergentes respecto a la naturaleza jurídica y las características más esenciales de esta figura. En este orden de cosas, objetivo preferente de las críticas doctrinales lo ha constituido el polémico párrafo tercero del mencionado artículo 157, sobre el que giran las distintas corrientes de opinión a la hora de configurar los caracteres definitorios de la hipoteca de renta.

Partamos, pues, del contenido de la citada norma. Dicen los tres primeros párrafos del artículo 157 de la Ley Hipotecaria:

“Podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo o forma con que deban ser satisfechas.

El acreedor de dichas rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y ss. de esta Ley (2). El que remate los bienes gravados con

(1) CABELLO DE LA SOTA, “La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas”, *AAMN*, t. V, 1950, p. 122.

(2) Debe tenerse en cuenta que los artículos 129 y ss. de la LH han sido reformados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entró en vigor el 8 de enero de 2001, quedando sujeto el ejercicio de la acción hipotecaria al Título IV, del Libro Tercero de la misma, con las especialidades que se establecen en el Capítulo V.

tal hipoteca, los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley”.

A la vista del contenido del precepto, escasas cuestiones aparecen claras. Entre ellas, resulta particularmente evidente que este tipo de hipoteca no garantiza una deuda de capital, sino una obligación de tracto sucesivo que consiste en la realización de prestaciones de carácter periódico, lo cual determina la aparición de no pocas diferencias en el desenvolvimiento de las respectivas garantías. La diferencia esencial entre una hipoteca de capital y una hipoteca de renta reside en que en ésta la ejecución de la garantía hipotecaria, por impago de alguna de las prestaciones periódicas, no supone la extinción de la hipoteca, sino que la misma continúa garantizando las prestaciones que queden por pagar hasta la liquidación completa de la deuda; en cambio, en la hipoteca de capital, el hecho de la ejecución lleva consigo la extinción de la garantía hipotecaria. Así, como señala la doctrina, sería ineficaz constituir una hipoteca en garantía de una renta que se extinguiese por la ejecución derivada del incumplimiento de una sola de las prestaciones periódicas (3). Distinto es el caso de que se capitalice la renta con la finalidad de conceder al deudor el derecho a extinguirla, pero no porque el deudor esté obligado al pago de un capital. Se trataría, entonces, de un mecanismo de redención, en virtud del cual el deudor tendría derecho a extinguir la obligación de pago de la renta con la entrega del capital equivalente, a semejanza de la imposición legal de redención que, para el censo consignativo, establecen los artículos 1659 y 1660 del Código civil (4).

Al margen de esta cuestión, quizás ningún otro aspecto de la hipoteca rentaria consiga alcanzar la opinión unánime de la doctrina que ha estudiado el tema. Especialmente conflictiva resulta la transmisión de

(3) En este sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, “La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia”, *RCDI*, 1980/2, pp. 1349-1350, y CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999, p. 201. Puesto que, explica PUIG BRUTAU, lo peculiar de la hipoteca de renta “consiste en que no garantiza la obligación de tener que devolver un capital, ni los intereses de una deuda de capital, sino que la garantía sólo la tiene el acreedor por lo único que puede exigir al deudor, esto es, las prestaciones reiteradas de una renta o pensión”, que no son prestaciones accesorias derivadas de un capital debido, sino que ellas mismas constituyen la obligación principal. Sobre el deudor pesa la obligación principal de realizar unas prestaciones reiteradas y la correspondiente hipoteca tiene por finalidad asegurarlas todas, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, vol. 3.º, Barcelona, 1983, pp. 249-250.

(4) Así, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV, vol. 2.º, Barcelona, 1979, pp. 757 y ss., y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 250-251.

la finca hipotecada –a la que alude el mencionado párrafo tercero del art. 157 de la Ley–, a los efectos de determinar si el adquirente se subroga o no en la obligación de pagar las pensiones hasta su extinción, debate que ha hecho surgir las dos corrientes doctrinales más importantes referentes a la figura que estudiamos.

B. Concepto y antecedentes.

Tan sólo ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL se han aventurado a construir una definición completa de partida de la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: “Es la *hipoteca* –dicen– constituida en garantía de una *obligación impersonal*, en el sentido de *ob rem*, de duración temporal o perpetua, consistente en *pagar*, en *plazos periódicos*, una determinada *renta*, *pensión o prestación en dinero*” (5).

El concepto, como puede apreciarse, es reflejo de la toma de postura inicial de estos autores, que resuelven el dilema de la transmisión del inmueble a favor de la subrogación del adquirente en la posición del deudor de las prestaciones que queden por cumplir, entendiendo que la hipoteca garantiza una obligación que recae, no sobre una persona individualmente considerada, sino sobre el titular de la finca en cada momento concreto.

No es ésta, sin embargo, una postura unánimemente compartida por los distintos autores, como tampoco lo es la que se sustenta respecto a los sujetos, al objeto o a los requisitos de constitución de la hipoteca de renta. De ello se ha derivado, bien la necesidad por parte de la doctrina de adoptar una definición amplia o genérica de esta figura, o bien la renuncia de los autores –a la que nos adherimos como punto de partida– a elaborar ningún tipo de concepto sobre la misma, sin perjuicio de ir desarrollando, paso a paso, los elementos conformadores de la institución (6).

En el marco de la primera opción se sitúa BADENAS CARPIO, para quien la hipoteca de renta se podría definir como “aquella que tiene lugar cuando el sujeto obligado a satisfacer una pensión o a realizar cada cierto tiempo una prestación periódica garantiza el cumplimiento de su obligación constituyendo sobre un inmueble de su propiedad una garantía real del género de las hipotecas” (7). Ciertamente, el concepto –como

(5) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 746.

(6) Bástenos como ejemplo las palabras de CABELLO DE LA SOTA: “Por sistema soy enemigo de definiciones, más aún cuando encabezan el estudio de cualquier figura jurídica. Creo que la naturaleza se precisa mejor en los caracteres y en los matices que surgen de los preceptos que crean o dibujan la figura, que no de su definición”, *op. cit.*, p. 112.

(7) BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995, p. 272.

reconoce el citado autor— resulta simplista, pues de otra forma no parece viable elaborar una definición de la hipoteca rentaria de la que no se infiera consecuencias jurídicas aún no estudiadas. Por ello, creemos preferible no adelantar conceptos que, en realidad, nada aportan al propio nombre con el que se conoce a esta hipoteca, sino estudiar la figura perfilando sus elementos.

No debemos renunciar, sin embargo, al repaso de los antecedentes más inmediatos de esta modalidad de garantía hipotecaria. Así, aunque la hipoteca de renta como tal fue introducida en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, diversos preceptos aludían de forma directa a esta figura con anterioridad a la aparición del artículo 157 de la vigente Ley, y del artículo 248 del Reglamento Hipotecario.

En efecto, entre los preceptos que ha señalado la doctrina (8) como antecedentes inmediatos de la hipoteca de renta, cabe citar los artículos 788, 1659, 1669 y 1805 del Código civil, y los artículos 88 a 91, 114, 115, 117 y 147, 131, 134 y 135 de la Ley Hipotecaria de 1909.

En virtud del artículo 788 del Código civil, será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres o de cualquier establecimiento de beneficencia bajo ciertas condiciones. Así, añade en el

(8) Entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 202 y ss., BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pp. 149-150, QUINONERO CERVANTES, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Murcia, 1979, pp. 122 y ss., especialmente, CABELLO DE LA SOTA —*op. cit.*, pp. 88 y ss.— y ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL —*op. cit.*, pp. 746 y ss.—, para quienes el antecedente más típico de la hipoteca rentaria hay que buscarlo en la hipoteca constituida en garantía del censal —tan frecuente antiguamente en Cataluña— que, cuando la duración del pago de la pensión era vitalicia, tomaba el nombre de violario. A estos efectos, explica BADENAS CARPIO que la diferencia más notable entre el censal y el violario radica en que mientras el primero “era una institución puramente crediticia (de préstamo), que obligaba al deudor de las pensiones y a sus herederos a pagar la renta de manera indefinida (perpetua), el *violari* (equivalente al censo de por vida en Castilla), si bien participaba de la misma finalidad, llevaba incorporado un elemento aleatorio del cual dependía, pues la duración del derecho a percibir la pensión estaba limitada a la vida de una o dos personas, acabadas las cuales se extinguía. Por otra parte, la diferencia entre ambas instituciones también consistía, a efectos económicos, en el interés”, “El origen censal del artículo 1802 del Código Civil español”, *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente*, vol. II, Valencia, 1996, p. 461. En la actualidad, la nueva Ley catalana 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas, regula el censal y el violario, para acomodar ambas figuras —dice la Exposición de Motivos— a la realidad de la sociedad catalana. El censal incorpora las novedades de reconocer como títulos constitutivos los actos no onerosos y la posibilidad de redención parcial con la aceptación del censalista. En cuanto al violario, que supone el pago de una pensión periódica sin que configure derecho real, se regula con inspiración en las líneas directrices del Derecho comparado, y así se utiliza el término “pensión vitalicia”, si bien debe considerarse absolutamente sinónimo de “violario”. El artículo 6 se refiere a las garantías del censal —fianza o hipoteca—, y el 15 a las de la pensión vitalicia, que alude a la posibilidad de que aquéllas tengan carácter real.

párrafo tercero: “Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca”.

Esta autorización al heredero para capitalizar la renta, garantizando la suma con primera y suficiente hipoteca obedece –según expone CABELLO DE LA SOTA– a una serie de causas, entre las que cabe destacar: evitar los problemas de las cargas perpetuas, asegurar la prestación periódica, evitar la constitución de una segunda hipoteca que, en caso de ejecución de una primera, dejaría para el beneficiario el sobrante que quedare, y obligar a que, insatisfechas las pensiones vencidas, el percceptor cobrase antes que nadie al ejecutarse la hipoteca, al ser primera esta garantía hipotecaria (9). Sin embargo, como también señala el citado autor, en estos casos se producían serios inconvenientes con los que no contó el legislador: la ejecución llevaría consigo la cancelación del crédito real a favor del pensionista, y éste cobraría lo que no le correspondía, puesto que tenía derecho a prestaciones periódicas y no a un capital determinado. El artículo 157 de la Ley Hipotecaria vendría, se supone, a remediar tales problemas.

Por su parte, el artículo 1805 del Código civil establece, en el seno de las normas reguladoras del contrato oneroso de renta vitalicia, que el acreedor de las pensiones tan sólo tiene derecho, ante el impago de las mismas, a reclamar judicialmente el abono de las rentas atrasadas y a pedir el aseguramiento de las futuras. El último inciso del precepto constituye, pues, una clara alusión a un tipo de hipoteca que garantiza prestaciones periódicas, aunque no se nombre directamente esta figura.

A primera vista, pudiera parecer que la renta vitalicia –con naturaleza crediticia– fue introducida por nuestro legislador como cauce alternativo al desaparecido censo vitalicio –con carácter real–, dotándola de una regulación que gozara, al igual que la carga censal, de estabilidad y continuidad. Así, se constituye la obligación de pago de una renta vitalicia con la seguridad, para el deudor de las pensiones, de que no va a perder el capital ante el impago de las mismas. Asimismo, como mecanismo ase-

(9) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 95. Explica este autor que la exigencia de que la hipoteca fuese primera y no sólo suficiente no fue comprendida por los primeros comentaristas, como SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 1.º, p. 704, o MUCIUS SCAEVO-LA, *Código Civil*, t. XIII, Madrid, 1944, p. 758, para quienes se trataba de una redundancia o puerilidad del legislador, pues siendo la hipoteca suficiente, daba igual si era primera o no. Para CABELLO DE LA SOTA, estos autores estaban muy lejos de la verdad, especialmente a partir de la modificación de la Ley de 1909 que ordenó la subsistencia de las cargas anteriores, con lo que esta hipoteca primera no se cancela por la ejecución de otra posterior. Si esto hubiese sido observado por los redactores de la Ley de 1944 –razona–, estatuyendo que la hipoteca en garantía de rentas tenía que ser primera, hubiera evitado los problemas que suscita el artículo 157 cuando la hipoteca es segunda o no preferente, y se ejecuta otra hipoteca anterior, *op. cit.*, pp. 95-96.

gurador de la posición del acreedor de la renta, incorpora una garantía –presumiblemente hipotecaria– para evitar la carga censal. Esta garantía, con posterioridad, toma cuerpo legal a través del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, que vendría, en principio, a otorgar adecuada y eficaz protección a los intereses del pensionista ante el incumplimiento del deudor.

La renta vitalicia, sin embargo, no constituye un simple cauce alternativo al actual censo consignativo. La renta cuenta con una cualidad esencial de la que carece el censo, ésta es la aleatoriedad. En virtud del carácter aleatorio, cuando finaliza la renta, por producirse la muerte de la persona designada, el deudor no devuelve capital alguno, pues la titularidad del mismo se adquirió para siempre. Por el contrario, la extinción del censo, por medio de la redención, determina la devolución del capital entregado; en éste, la vida del censualista tan sólo se utiliza, dado el caso (art. 1608.2.º), como criterio de medición temporal del pacto de irredimibilidad.

Igualmente, también se refieren a una hipoteca rentaria los artículos 1659 y 1660 del Código civil, que, en materia de censos, prevén que la falta de pago de las pensiones da derecho al censualista a obligar al censatario a que, a su elección, redima el censo o *complete la garantía*, o abandone el resto de la finca a favor de aquél cuando, habiendo procedido por acción real contra la finca acensuada, lo que reste del valor de la misma no fuere suficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más del mismo. El Código no especifica qué tipo de garantía sería la idónea a los efectos de completar el crédito; podría ser la afección de otra finca al censo, pero también la constitución de una garantía hipotecaria, en cuyo caso estaríamos ante una hipoteca de renta (10).

Por último, en cuanto a los preceptos de la Ley Hipotecaria de 1909 que hacen referencia a hipoteca en garantía de prestaciones periódicas, especialmente significativos son los artículos 88 a 91, que se refieren al derecho del legatario de rentas o pensiones periódicas, impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de los otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligación, para exigir hipoteca y conformarse con la ofrecida, siempre que sea bastante y se imponga sobre bienes procedentes de la herencia.

En definitiva, puede decirse que el artículo 157 de la vigente Ley Hipotecaria fue introducido por la reforma de 1944, para dar solución a

(10) Para CABELLO DE LA SOTA, el problema estaría en si esta hipoteca tiene el juego normal de crédito e hipoteca, con posible bifurcación, o si por el contrario sigue la regla censal de íntima unión que produce la asunción de deuda de pleno derecho en todo adquirente de la finca gravada. A juicio del autor, el Código civil no ha querido cambiar la naturaleza y efectos de esa garantía, sino que “ha querido una *garantía de carácter censal*, aunque parezca esta frase un contrasentido”, *op. cit.*, p. 100.

los problemas que podrían aparecer como consecuencia de constituir un derecho real de hipoteca para garantizar una deuda consistente, no en la entrega de un capital, sino en la realización de prestaciones de carácter periódico. Así, la propia Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 señalaba: "... por primera vez se regula la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, actualmente silenciada por nuestra legislación. En su defecto se arbitraron formas parecidas a la hipoteca de seguridad, en frecuente contradicción con la naturaleza jurídica del contrato y hasta con los deseos de los propios otorgantes. La solución que se ofrece, sobre facilitar la constitución de rentas o prestaciones periódicas, proporcionará una garantía más apropiada a sus acreedores".

Nada más lejos de la realidad. Como ya adelantamos, la regulación específica de la hipoteca de renta en nuestra legislación hipotecaria, no ha conseguido sino una falta de claridad tal en la configuración y consecuencias jurídicas de la figura, que ha provocado la correlativa inutilización práctica de este tipo de garantía hipotecaria en la realidad del tráfico jurídico de nuestros días. Con el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, el legislador del 44 perdió la oportunidad de haber regulado eficazmente la hipoteca de renta. A lo largo de este trabajo veremos por qué.

C. Derecho comparado.

En el Derecho comparado, la doctrina (11) conviene en señalar que el tipo de figura que más se asemeja a la nuestra es la denominada "carta de renta" (*Lettre de rente* ó *Gült*) del Derecho suizo, aunque también se parece, con menor afinidad, a la "deuda de renta" (*Rentenschuld*) del Derecho alemán. No obstante, ninguna de ellas coincide plenamente con los perfiles de la hipoteca de renta.

La primera es un derecho real de garantía de la obligación de pago de una renta, cuyo deudor es el que en cada momento sea propietario de la cosa gravada, con derecho éste de redimirla transcurrido cierto plazo, pero sin poder en principio exigir la redención el titular del derecho de renta, y estando figurado este derecho en un título perfectamente negociable. Se distingue esencialmente de la cédula hipotecaria —explica QUIÑONERO CERVANTES— en que ésta contempla, junto a la garantía real, la responsabilidad personal de un determinado deudor, mientras que el

(11) Entre otros, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 750-752; CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, pp. 104-111; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 150; QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, pp. 122-123.

acreedor de la carta de renta tan sólo cuenta con una pura garantía real (12).

Por su parte, la “deuda de renta” del Derecho alemán –dice el citado autor– constituye una de las especies de deuda inmobiliaria, que consiste en el gravamen de un finca con una renta periódica en metálico, que también puede aparecer plasmada en un título negociable y ser redimida por el propietario y no por el titular de la renta. Pero, siendo la deuda de renta y no de capital, no debe confundirse con una carga censal (13). Se asemeja a la “carta de renta” suiza, pero con la diferencia de que así como esta última es verdadera hipoteca, en el sentido de ser derecho real de garantía accesorio, en cambio, aquélla es una deuda territorial, que en lugar de serlo de capital lo es de renta.

Hay que concluir, pues, que aunque verdaderamente existan discrepancias entre estas instituciones y nuestra hipoteca de renta, pueden descubrirse también ciertas similitudes entre las mismas. Por ello, CABELLO DE LA SOTA lamenta que no hayamos recogido de estos derechos y otros análogos, preceptos de indudable interés y aplicación, como son: las disposiciones relativas a la fijación de un capital, para casos de subasta judicial, expropiación, etc.; en su defecto, el modo de fijar ese capital y su destino, así como una mayor claridad en si el adquirente deviene o no deudor de pleno derecho en sustitución del anterior propietario, sin bifurcación posible entre el crédito y la hipoteca, etc. (14).

II. Constitución de la hipoteca de renta

A. Nacimiento.

Esta modalidad de garantía hipotecaria se puede originar a través de cualquier acto jurídico que dé lugar al nacimiento de prestaciones de carácter periódico, ya se trate de actos *inter vivos* o *mortis causa*, y a título oneroso o gratuito. Especialmente, desde nuestro punto de vista, sus caracteres se adecúan con mayor facilidad a garantizar obligaciones de larga duración, sobre todo vitalicias.

En el ámbito de los negocios onerosos, lo más usual será que la hipoteca aparezca a raíz de un acuerdo introducido por las partes en un típico contrato de renta vitalicia, como forma de garantizar el cumplimiento de la obligación que corresponde al deudor de las pensiones. No obstan-

(12) QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 123.

(13) QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 122.

(14) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 111.

te, la viabilidad para la constitución de una renta vitalicia no se circunscribe al modelo ideado por los artículos 1802 a 1808 de nuestro Código civil, sino que se extiende a toda una gama más amplia de negocios que ofrecen a los particulares la posibilidad de garantizarse el futuro a través de este tipo de prestaciones periódicas de por vida. En este sentido, en la actualidad, los viejos esquemas del contrato oneroso de renta vitalicia tal como aparece regulado en el Código civil, han ido adquiriendo creciente protagonismo en el seno de nuestra sociedad al amparo de nuevos modelos contractuales generadores de prestaciones vitalicias; entre ellos, juegan un papel preeminente las pólizas de seguros de sobrevivencia y los planes de pensiones, cuando se opta por recibir lo estipulado en forma de renta. Pues bien, también cabe la posibilidad de que las partes inserten entre las cláusulas contractuales de estos negocios garantías para el cumplimiento de la obligación de pagar las pensiones de las características de la hipoteca de renta (15).

Asimismo, dentro del marco de esas recientes modalidades de negocios, ocupa un lugar destacado el denominado por la doctrina “contrato de vitalicio” o “vitalicio de alimentos”, negocio en virtud del cual una persona –llamada constituyente o alimentista– se obliga a transmitir a otra –denominada deudor–, unos determinados bienes o derechos a cambio de que éste se comprometa a prestarle a aquél alimentos y asistencia, en la forma y extensión que ambos convengan, por el tiempo de la vida de una persona que coincide con la del constituyente o acreedor de esta prestación de hacer.

En todo caso, con independencia de cualquier ensayo definitorio, debemos tener presente que se trata de una figura que admite multitud de variantes –atinentes, en especial, a su objeto– lo que repercute, tanto en su propia conceptualización como, esencialmente, en la normativa aplicable a la misma.

Siguiendo a DELGADO DE MIGUEL, parece que, no obstante su diversidad, dos elementos se configuran como naturales del contrato: la transmisión en nuda o plena propiedad de los bienes por una parte, y la contraprestación o precio en obligaciones de hacer o alimentar por la otra, sin perjuicio de que se acompañe o no una renta en metálico. Por el contrario, serían elementos accidentales: el acogimiento o no en el hogar familiar, la especificación del contenido de las prestaciones y el establecimiento, en su caso, del pacto de retraer a favor del vendedor (16).

(15) Dice el artículo 8.2 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones: “El Plan podrá prever la contratación de seguros, avales y otras garantías con las correspondientes Entidades financieras para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o las garantías de las prestaciones”.

(16) DELGADO DE MIGUEL, *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1993, p. 250.

En razón de lo expuesto, su naturaleza jurídica es bastante discutida por doctrina y jurisprudencia. Si bien esta última parece haber llegado a la conclusión de definirlo como un negocio jurídico autónomo, atípico e independiente, que no constituye siquiera una modalidad de renta vitalicia (17), las distintas opiniones doctrinales son algo contradictorias, aunque la tendencia, en la actualidad, se dirige a aceptar también la tesis jurisprudencial (18).

Por último, si bien el contrato de vitalicio no aparece regulado en nuestro Código, esta figura, que tiene sus raíces en nuestro país en instituciones nacidas de la costumbre (19), ha sido recogida por el Derecho Autonómico de Galicia, en concreto por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, (arts. 95-99) (20).

(17) Así lo declaran, entre otras, las SSTs de 23 de mayo de 1965 (RJA 3172), 1 de julio de 1982 (RJA 4213), 18 de abril de 1984 (RJA 1952), 13 de julio de 1985 (RJA 3405), 30 de noviembre de 1987 (RJA 8708), 3 de noviembre de 1988 (RJA 8407), 21 de octubre de 1992 (RJA 8592), 24 de marzo de 1995 (RJA 2398).

(18) En contra de la tesis de nuestra jurisprudencia se manifiesta QUIÑONERO CERVANTES -*op. cit.*, p. 73-, para quien “el «vitalicio» no es más que una simple modalidad de renta vitalicia, y le son aplicables todas las disposiciones destinadas a regular ésta”; BELTRÁN DE HEREDIA -*op. cit.*, p. 132-133- también es contrario a admitirlo como negocio autónomo; y CARRASCO PERERA -en un “Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1988”, *CCJC*, n.º 18, sep.-dic. 1988, p. 986-, con criterio mucho más rotundo, no tiene reparos en decir que el inventado contrato de vitalicio no es más que una construcción jurisprudencial. A favor de la consideración del vitalicio como contrato atípico encontramos a VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. III, Valladolid, 1937, p. 724, COBACHO GÓMEZ, “Comentario a la STS de 21 de octubre de 1992”, *CCJC*, n.º 30, sep.-dic. 1992, pp. 942-943, REBOLLEDO VARELA, “El contrato de vitalicio. (Especial consideración a su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia)”, *AC*, n.º 39, 1996, t. II, pp. 852-853, CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000, pp. 38-39, y a DELGADO DE MIGUEL, que, no obstante, matiza que este contrato innominado tiene su sede en la renta vitalicia, aunque se le apliquen las normas de los contratos, especialmente las de la compraventa, *op. cit.*, p. 247.

(19) La figura que presenta mayor semejanza con el vitalicio -dice FUENMAYOR, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. I, p. 269-, es una institución consuetudinaria del Alto Aragón, llamada por COSTA “dación personal”. Este último nos explica que -aunque puede tener variantes-, por “la arrogación consuetudinaria o dación personal del Alto Aragón, un soltero o un viudo, ordinariamente sin hijos, *se dona o da* a una casa, haciéndole irrevocable cesión de todos sus bienes, y comprometiéndose a trabajar en provecho de ella en cuanto se le ordene y ofrezca, y a mantenerse viudo o célibe toda la vida, a cambio de ser sustentado, sano o enfermo, con todo lo necesario, hasta el fin de sus días (...). Los viudos solitarios, próximos a la vejez, los solterones sin hogar y sin bienes de fortuna, o con bienes insuficientes para vivir en una relativa independencia, encuentran casa ya dispuesta para recibirlos; y cada cual multiplica su poder con el poder de todos los asociados. Es, como se ve, una especie de injerto jurídico. Los donados son generalmente pastores o criados que han servido muchos años en su casa, y que la casa acaba por adoptar en esas condiciones, haciéndose dueña de sus economías”, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, Zaragoza, 1981, p. 269.

(20) Explica REBOLLEDO VARELA -*op. cit.*, p. 852-, que el vitalicio es un contrato de costumbre arraigada en Galicia, si bien es susceptible de múltiples variedades acordes con su finalidad y naturaleza, por lo que no siempre se produce en los mismos términos y con la misma

El artículo 95 de esta Ley lo define como aquel contrato por el que “una o varias personas se obligan, respecto a otra u otras, a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista”.

La definición –como puede observarse–, es de carácter amplio, ofreciendo la posibilidad de dar entrada, dentro del marco de este negocio, a multitud de supuestos diversos, en función, principalmente, de las distintas prestaciones que es viable intercambiar entre las partes interesadas. Por ello, a falta de pacto y de norma específica, a veces resultará dificultoso dilucidar cuál es la normativa más idónea a aplicar a un determinado conflicto que surja entre los contratantes.

Precisamente, la diversidad de prestaciones que admite este contrato repercute, de modo considerable, en las posibles formas de garantizar el cumplimiento de la obligación. Así, en principio, nada se opone a que los interesados acudan a la hipoteca de renta como medio más idóneo de garantía de la prestación que corresponde al deudor, si bien, cuando la misma adopta perfiles personalísimos –lo que es usual–, las características de la hipoteca rentaria no resultarán ser, como después veremos, las más adecuadas a la naturaleza de este contrato.

A falta de estipulación al respecto dentro del clausulado de los distintos negocios, la hipoteca de renta también puede aparecer a través del artículo 1805 del Código civil, cuando el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, reclama, además del pago de las rentas atrasadas, el aseguramiento de las futuras.

En el campo de las prestaciones a título lucrativo, la hipoteca puede surgir de una donación en la que, por medio de aquélla, se garantice el cumplimiento de la carga de pagar una renta impuesta al donatario. A este respecto, el propio Código civil prevé, en el artículo 1807, la posibilidad de constitución gratuita de renta vitalicia, con independencia de que ello se produzca *inter vivos* o *mortis causa*. Así, entre estas últimas, resultan especialmente significativas las garantías hipotecarias que, en virtud de la facultad concedida a los legatarios de pensiones periódicas por los mencionados artículos 88 a 91 del Código civil, pueden surgir a raíz de la

extensión. Por su parte, BELLO JANEIRO entiende que la inclusión del contrato de vitalicio, que no se reguló en la Compilación de 1963, debe aplaudirse, pues responde a una “auténtica necesidad sentida en nuestra tierra para dar una adecuada solución a los problemas derivados de la proliferación de situaciones de desamparo y soledad derivadas del progresivo envejecimiento de la población campesina, según, expresamente, se ponía de relieve en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991”. No obstante –censura este autor–, la terminología empleada –alimentista, cesionario, cedente, perceptor, obligado–, dista mucho del cuidado que se debía exigir en la materia, “La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia”, *RDN*, n.º 14, abril-junio 1995, p. 40.

constitución de un legado de renta, que genéricamente abarcaría tanto al legado de pensión en sentido estricto, como al legado de educación y al legado de alimentos.

Cabe también la constitución unilateral de hipoteca de renta, incluso la constituida por disposición testamentaria, a la que se refiere el artículo 248 del Reglamento Hipotecario. Y, también en el terreno del Derecho sucesorio, piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de garantizar hipotecariamente el pago del usufructo viudal, cuya conmutación en forma de renta posibilita el artículo 839 del Código civil a los herederos del causante.

Por último, al margen del ámbito contractual y de las disposiciones de última voluntad, cabe la posibilidad de constituir una hipoteca de renta en virtud de una sentencia judicial que ordene el aseguramiento del pago de pensiones en que se materialice una determinada indemnización pecuniaria. Este sería el caso de la víctima de un accidente de circulación que haya optado por recibir la indemnización en forma de renta vitalicia, tal como prevé el artículo 1.8 del Anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados.

Por último, es posible constituir unilateralmente esta hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, constitución que, por sus especiales características, será tratada por separado.

B. Requisitos de constitución.

Además de los requisitos generales de constitución de las hipotecas, esta modalidad específica de garantía hipotecaria necesita de unos requisitos específicos a los que expresamente se refieren tanto el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, como el 248 de su Reglamento. En efecto, dispone el párrafo segundo de la primera norma que en la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo o forma con que deban ser satisfechas. Por su parte, el párrafo tercero del citado artículo 248 ordena la necesaria constancia en la inscripción de la fecha en que deba satisfacerse la última pensión o prestación, o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción.

Entre las circunstancias exigidas para la constitución de esta modalidad de garantía hipotecaria, merece destacarse la reiterada alusión que se realiza entre los dos preceptos mencionados a la temporalidad de las prestaciones. Como hace notar la mayoría de la doctrina, de los párrafos tercero y cuarto del propio artículo 157 de la Ley Hipotecaria, así como del párrafo tercero del artículo 248 del Reglamento, se deduce la temporalidad de la obligación, por lo que no cabe —dice CASTILLO

MARTÍNEZ— la constitución de esta hipoteca sobre rentas perpetuas (21). De ello se extrae que la hipoteca en garantía de las cargas perpetuas del artículo 788 del Código civil no es la hipoteca rentaria, de tal modo que —observa CABELLO DE LA SOTA—, si no se señala expresamente la redención, no cabe la constitución de la misma, pues falta la fecha de pago de la última pensión o el evento o condición que determina su extinción (22).

Para CABELLO DE LA SOTA, estas circunstancias no son suficientes, por sí solas, para constituir la garantía, sino que, además de ellas o en aclaración de las mismas, habría que determinar todo un listado de datos, entre los que cita los siguientes: la persona a cuyo favor se establece, la persona que la constituye, la obligada al pago; la descripción de la finca sobre la que recae la obligación *ob rem* del pago de la pensión; la cuantía de la renta determinada en dinero, con reducción a metálico si la obligación fuere en especie o personalísima; los años de duración de la pensión o prestación o la persona sobre cuya vida se constituya; los vencimientos de la misma y el lugar del pago; la valoración de la pensión vitalicia o de duración indeterminada a efectos de ejecución por hipoteca preferente, expropiación forzosa, hipoteca legal del Estado, etc. (23).

(21) CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 215.

(22) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, pp. 135 y 166. De la misma opinión se ha expresado ALBALADEJO, de modo que habría que aceptar que lo que el heredero puede hacer, efectivamente, es capitalizar la carga —como establece el párrafo tercero del art. 788 del C.c.—, e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca, para que con ese interés se cubran los vencimientos de la carga. “Ahora bien —continúa ALBALADEJO—, como la figura de capital puesto permanentemente a interés con garantía hipotecaria tampoco cabe, parece que, si es que la operación que sea, para conseguir que quede respaldada con garantía hipotecaria, ha de tener una duración temporal, es preferible optar por la hipoteca en garantía de renta o prestación periódica fijándole la duración más larga posible, y como la carga es perpetua, al final de cada duración temporal asegurada, renovar la situación por otro tiempo”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1984, t. X, vol. 2, pp. 397-398. No obstante, ya vimos que este último precepto se ha considerado —así, QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 124— como precedente de la posibilidad de hipoteca de renta. A pesar de todo lo expuesto, hay quien se decanta por la opinión contraria. Así, RUIZ ARTACHO entiende que el requisito de la temporalidad de las rentas parece desprenderse del apartado 4.º del artículo 157, en que se habla de la última pensión; pero, para este autor, nada hay que se oponga a que pueda también ser aplicado a las perpetuas, “La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas”, *RCDI*, 1946-1, p. 219.

(23) Aclara CABELLO DE LA SOTA que esto último no es necesario cuando la hipoteca se constituya en garantía de pensión temporal dimanante de contrato de renta vitalicia o como hipoteca de amortización, “porque el capital ha de constar al otorgarse el contrato; y en las hipotecas de amortización o en garantía de precio aplazado, en todo momento, mediante cálculo matemático, se conoce el capital amortizado y el que se adeuda, así como en las pensiones temporales basta multiplicar su cuantía anual por el número de años de duración”, *op. cit.*, p. 143.

En realidad, entendemos, estas circunstancias poco añaden a las que se encuentran ya implícitas en los requisitos generales de inscripción, de constitución de las hipotecas, y en los exigidos en los artículos 157 de la Ley y 248 del Reglamento Hipotecario. Así, por ejemplo, los sujetos a los que se refiere CABELLO DE LA SOTA aparecerán reflejados en el contrato que, según ordena el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, debe hacerse constar en la inscripción; lo mismo cabe decir respecto a los años de duración de la prestación, su vencimiento y lugar de pago, circunstancias que, en nuestra opinión, se hallan también sobreentendidas en la exigencia de determinar el plazo, modo o forma en que deban ser satisfechas las pensiones, que requiere el mencionado precepto.

Debe destacarse, no obstante, la especial insistencia en el carácter periódico de la prestación y, correlativamente, en la determinación de la cuantía de la obligación. La valoración económica que representa cada prestación resulta de extraordinaria importancia cuando la obligación fuere en especie o personalísima, hasta el punto de que parte de la doctrina —como después veremos— niega la posibilidad de constituir este tipo de hipoteca para garantizar obligaciones de hacer cuando no consta fehacientemente su cuantía en metálico.

En este orden de cosas, los requisitos de constitución de las hipotecas resultan especialmente significativos llegado el momento de la ejecución, pues, en virtud del artículo 682.2, apartados 1.º y 2.º, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en la escritura de constitución de la hipoteca debe determinarse el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo a la subasta, y un domicilio que fijará el deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones. Este precepto no plantea la menor dificultad cuando la hipoteca se constituye por contrato, pero no sucede igual cuando la garantía se crea de forma unilateral, especialmente si lo que se constituye es una hipoteca rentaria, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

C. Constitución unilateral de la hipoteca de renta.

Resulta perfectamente viable que la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas se constituya por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada. Por si pudiera existir alguna duda respecto a la posibilidad de esta constitución, el artículo 248 del Reglamento Hipotecario así lo permite expresamente: “Las hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas, a que se refiere el artículo 157 de la Ley, podrán constituirse por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, en cuyo caso la aceptación de la persona a cuyo favor se constituya la hipoteca se regulará por lo dispuesto en el artículo 141 de dicha

Ley" (24). A este respecto, establece el artículo 141 de la Ley Hipotecaria: "En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma. Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó".

Son múltiples las opiniones doctrinales vertidas en torno a la construcción jurídica de la hipoteca unilateral, si bien hay que tener en cuenta que gran parte de ellas se elaboraron al amparo del artículo 138 de la Ley Hipotecaria, es decir, con anterioridad a la existencia del actual artículo 141 de la misma Ley, introducido en la reforma de las leyes hipotecarias de 1944. En la actualidad, puede decirse que existen dos teorías fundamentales explicativas de su naturaleza: una es la que sustenta la mayoría de los tratadistas de *Derecho hipotecario de nuestra doctrina moderna*; la otra es la sostenida por ALBALADEJO (25).

(24) En opinión de CASTILLO MARTÍNEZ –*op. cit.*, p. 216, nota 38–, la remisión que establece el precepto resulta de todo punto innecesaria, puesto que no nos hallamos ante un supuesto especial, por lo que debe ser evidente que será de aplicación la norma general respecto a las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral, prevista en el artículo 141 de la Ley.

(25) Las distintas corrientes doctrinales existentes en torno a la construcción jurídica de la hipoteca unilateral pueden agruparse –siguiendo a ALBALADEJO– en cuatro grandes grupos, a saber: a) Teoría del consentimiento formal: Esta teoría interpreta el artículo 138 de la Ley Hipotecaria entendiendo que se trata de un caso de admisión en nuestro ordenamiento del principio del consentimiento formal. Así, aunque la hipoteca necesita para constituirse del acuerdo de las partes (consentimiento material) y de la inscripción, puede preceder ésta a aquél, por lo que se admitió que, en el supuesto del artículo 138, había una mera inscripción de hipoteca. No es, por tanto, un supuesto de constitución unilateral de hipoteca, sino que es sólo un caso de inscripción consentida formalmente por el titular de los bienes, no implicando una existencia sustantiva de una hipoteca (GONZÁLEZ, Jerónimo, "La hipoteca de seguridad", *RDP*, 1920, t. VII, p. 173); b) Teoría de la hipoteca con condición suspensiva: La hipoteca del artículo 138 de la Ley Hipotecaria es una hipoteca sometida a condición suspensiva, siendo ésta la aceptación del favorecido, hallándose la hipoteca pendiente de que la condición –la anotación marginal de la aceptación– se dé o no (GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la Legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid, 1884, t. IV, pp. 260 y ss., MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, Madrid, 1930, t. IV, pp. 184 y ss.); c) Teoría de la reserva de rango: Para PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER –explica ALBALADEJO–, el contrato es requisito de constitución de la hipoteca, pero la inscripción de ésta en virtud de acto unilateral del dueño entraña algo así como una reserva de rango que se transforma en auténtica hipoteca en cuanto acepte aquel en cuyo favor se reservó. En realidad, los autores citados por ALBALADEJO dicen literalmente: "Tampoco el art. 141 L. hip. adopta la táctica de la reserva de rango, sino que regula la inscripción de un derecho real de hipoteca constituido con plena validez, aunque no adquirido todavía por su destinatario (...). En lugar de una reserva de puesto, nos hallamos en este caso ante un gravamen que goza del rango que le corresponde según el

La primera de estas teorías parte de la distinción entre constitución de la hipoteca y adquisición de ésta por el favorecido, de modo que, del contenido del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, debe deducirse que el acto dispositivo del dueño es, por sí mismo, suficiente para constituir una hipoteca, de tal manera que la aceptación de ésta por el acreedor es un simple presupuesto legal o *conditio iuris* de la adquisición del derecho real de garantía ya constituido (26). “Lo que aquí ocurre –explica Cossío– es que se separan el acto dispositivo de constitución del acto adquisitivo. Sin necesidad de aceptación queda la hipoteca válidamente constituida, pero sólo mediante la aceptación es adquirido el derecho por el acreedor hipotecario” (27).

Esta parece ser también la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado –Resolución de 22 de abril de 1996–, según la cual la hipoteca existe desde su inscripción registral, sin perjuicio de que, para su eficacia, sea indispensable su aceptación (28).

Por el contrario, en virtud de la tesis que sostiene ALBALADEJO, sólo por la aceptación registrada se constituye la hipoteca, puesto que, de admitirse que la hipoteca nace por la inscripción del dueño de los bienes y se adquiere por la registración de la aceptación, sería preciso admitir que desde un momento hasta otro hay un derecho sin sujeto, circunstancia, a su entender, de todo punto inadmisibles. En opinión de este autor, la constitución de la hipoteca no precede a su adquisición por el favore-

principio de prioridad, lo mismo que otro cualquiera derecho real”, *Tratado de Derecho Civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1971, p. 262; d) Teoría del negocio dispositivo unilateral: el acto dispositivo unilateral tiene fuerza bastante para crear sustantivamente un derecho de hipoteca. Dentro de ésta, CHAMORRO PIÑERO, “El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral”, *RGLJ*, t. V, enero-febrero 1943, pp. 149 y ss., sostiene –sobre la base de considerar la hipoteca un derecho real de adquisición– que el acto dispositivo inscrito es suficiente para que el favorecido adquiera el derecho de hipoteca (en tal sentido se manifestaron algunas resoluciones de la DGRN del pasado siglo, aunque la sentencia de 4 de octubre de 1915 negó que la hipoteca unilateralmente establecida surtiera efectos desde su inscripción); mientras que para ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL –*op. cit.*, pp. 69 ss.–, el acto dispositivo supone la constitución de la hipoteca pero no su adquisición por el favorecido.

(26) En este sentido, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 689. Por su parte, ROMERO VIEITEZ, aunque reconoce que el acto unilateral del dueño crea un derecho real, o una situación jurídica inscrita en el Registro con eficacia real, no se trata de un derecho real de hipoteca, sino de un derecho potestativo de adquisición de hipoteca. “Además –añade–, el no existir la hipoteca antes de la aceptación, lo acredita que antes de aceptar el destinatario no puede cancelarla como se cancelan las hipotecas, ni admite la doctrina que pueda ejercitar facultad activa alguna de las que el derecho de hipoteca origina”, “Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria española”, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, t. II, Madrid, 1976, pp. 161 y ss.

(27) Cossío, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986, p. 337.

(28) RDGRN de 22 de abril de 1996 (RJA 3240).

cido, sino que constitución y adquisición son momentos que coinciden. La voluntad del dueño lo que crea es una expectativa de hipoteca, que puede convertirse en tal hipoteca si hay aceptación. En consecuencia, el negocio unilateral –disposición inscrita del dueño de los bienes– produce sus efectos –constitución y adquisición simultáneas del derecho de hipoteca–, cuando se dé la *conditio iuris*, esto es, la anotación de la aceptación del favorecido. Por todo ello, esa inscripción de la hipoteca unilateral está desempeñando el papel que, en rigor técnico, estaría llamada a desempeñar una anotación preventiva, porque no publica ningún derecho de hipoteca, sino que sólo previene que, si acepta el favorecido, la anotación de esa aceptación tendrá efectos retroactivos, por lo cual se considerará nacida la hipoteca desde su inscripción (29).

No obstante, a pesar de las discordancias doctrinales en cuanto a la construcción jurídica de la figura, parece que respecto a los efectos la cuestión aparece, en principio, resuelta por el propio artículo 141 de la Ley Hipotecaria, cuando dispone que los efectos de la aceptación del favorecido se retrotraerán a la fecha de la constitución de la hipoteca.

Ello quiere decir –como pone de manifiesto CHICO Y ORTIZ (30)– que mientras la hipoteca se halle pendiente de la aceptación del acreedor, servirá de aviso a los terceros adquirentes de que sobre la finca está pendiente la consolidación de una hipoteca. Ahora bien, en tanto no conste registrada la aceptación, aquél no podrá ejercitar los derechos o acciones derivados de la titularidad sobre la garantía hipotecaria, pero, en virtud de los efectos retroactivos de que se dota a la aceptación, éstos afectarán a cualquier adquirente del inmueble. Así, en virtud de tal retroacción, estas hipotecas gozarán del correspondiente rango hipotecario a efectos del juego del principio de prioridad.

La aceptación del acreedor se hará constar en el Registro por medio de nota marginal, según dispone también el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, lo que requerirá la presentación de la correspondiente escritura pública en que conste dicha aceptación (31). Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

(29) ALBALADEJO, “La hipoteca unilateral”, *ADC*, 1950, t. III, pp. 65-67 y 78-85.

(30) CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. II, Madrid, 1994, p. 1479.

(31) En opinión de ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, el registrador, para practicar dicha nota marginal, necesita que se le presente un documento público del que resulte que tal aceptación se ha operado, lo cual no quiere decir –como dice SANZ FERNÁNDEZ– que esta aceptación deba ser expresa y solemnemente formalizada, sino que es admisible, por ejemplo, el caso de aceptación tácita declarada judicialmente, *op. cit.*, p. 696.

Fácilmente puede observarse que la Ley se limita a señalar un plazo de dos meses a partir del citado requerimiento, pero no dispone nada acerca del tiempo para realizar tal requerimiento, ni del plazo máximo para efectuar la aceptación por parte del acreedor a falta de requerimiento. De ello puede derivarse una serie de problemas que no resuelve el artículo 237 del Reglamento Hipotecario, el cual reitera: “En el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó”.

Del contenido de las citadas normas se deriva –como señalan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL– que, mientras no se practique el requerimiento y conste en el Registro que la hipoteca se halle pendiente de aceptación, esta hipoteca subsiste indefinidamente, pesando como gravamen virtual sobre la finca. Es más, la cancelación no procedería incluso en el caso de que la aceptación apareciera registrada, aunque la misma se hubiese realizado transcurridos aquellos dos meses a contar del requerimiento (32).

Por otra parte, el artículo 248 del Reglamento Hipotecario también contempla expresamente la posibilidad de que se constituya hipoteca unilateral en garantía de prestaciones periódicas por medio de una disposición testamentaria, estableciendo en este caso los requisitos necesarios a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad: “... será título suficiente para inscribirlas el testamento, acompañado de los certificados de defunción del testador y del Registro General de Actos de Última Voluntad, y la aceptación del pensionista o beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura”.

(32) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 699. Como explican estos autores, la situación de incertidumbre que puede crearse por la subsistencia indefinida de la hipoteca creada unilateralmente hasta que se dé la aceptación del acreedor, pretende remediarse por el artículo 141 de la Ley mediante el requerimiento, a fin de incitarle a que se decida a aceptar o rechazar la hipoteca, interpretando su silencio, transcurridos los dos meses, como rechazo de la misma. También la citada STS de 22 de abril de 1996 (RJA 3240) aborda esta cuestión: **“la ley no señala para esta aceptación ningún plazo. Lo único que sucede es que «si no consta la aceptación después de transcurridos dos meses desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó». Por lo tanto, pasado el indicado plazo de dos meses existe una facilitación para la cancelación de la hipoteca constituida pero aún no aceptada, pero, cuando, por las razones que sea, el dueño de la finca deja de solicitar la cancelación, queda, sin duda, abierta la posibilidad, según el párrafo primero del artículo 141, para que la aceptación se haga constar en el Registro por nota marginal cuyos efectos se retrotraen a la fecha de la constitución de la hipoteca”.**

Pues bien, como ha puesto de manifiesto CABELLO DE LA SOTA (33), cuando la hipoteca se constituye unilateralmente parece difícil acomodarse a lo establecido en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, en virtud del cual, la determinación del tipo de la subasta exige concurrencia de voluntades y el señalamiento del domicilio es privativo del deudor. En la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, exigen estos mismos requisitos los apartados 1.º y 2.º del artículo 682.2. En el caso de la hipoteca de renta la cuestión se complica si tenemos en cuenta la difícil tasación de la finca en previsión de la obligación de pagar las pensiones hacia el futuro, y el inconveniente de fijar el domicilio del deudor ante la imposibilidad de saber a ciencia cierta –en el caso de admitir la transmisión de la deuda con la finca– quién resultará deudor de las prestaciones. ¿Será por salvar estas dificultades por lo que la Ley Hipotecaria permite, expresamente, la creación unilateral de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas? Puede que sí, pues no parece haber ninguna otra explicación.

CABELLO DE LA SOTA resuelve estos problemas entendiendo que, al autorizar la Ley que se puede ejecutar la hipoteca por el procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes (actualmente, en el título IV, del Libro Tercero de la vigente LEC) “indudablemente da facultades al constituyente para señalar ambos requisitos”. Así, respecto a la tasación de la finca la tasará según le convenga, bien por el valor real, bien por el que crea más justo o el que considere preciso para garantizar el posterior pago de las pensiones de tres o más años. Ésta sería –en su opinión– una nueva razón para que se considere necesario el señalamiento de capital en la hipoteca de rentas, a pesar de la resistencia de la doctrina y de la jurisprudencia a considerar este requisito como esencial. Y en cuanto al domicilio, puede indicarse el domicilio de cualquier persona, e incluso resultar imaginario, sin que por eso deje de poder incoarse el procedimiento. “Otra razón demostrativa –dice este autor– de que se persiguen los bienes directamente sin interesar quién es el poseedor o deudor actual. Por lo tanto, el hipotecante no tiene que preocuparse de este extremo; señala el domicilio que le parece y nada más. Será una ficción, es indudable, pero como tantas otras ficciones impuestas por conveniencias *sociales o jurídicas*, se considera válida”.

A nuestro modo de ver, no parece haber otra alternativa que aceptar las propuestas de CABELLO DE LA SOTA, si bien no deja de llamar la atención el escaso rigor con que trata este autor el requisito del domicilio y la tasación de la finca a los efectos del artículo 130 de la Ley Hipotecaria (682.2 LEC), frente a la esencialidad con que defiende la determina-

(33) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, pp. 160-161.

ción de la cuantía de la prestación cuando se trata de fijar los requisitos de constitución de esta hipoteca. No cabe menos que preguntarse: ¿si vale la ficción para el primer caso, por qué no para el segundo? Si la Ley admite cualquier ficción, ¿de qué sirve exigir con tanto rigorismo la determinación de la cuantía de la prestación? Valdría, pues, siguiendo el mismo razonamiento, cualquier cantidad imaginaria o de la conveniencia del interesado para cubrir, *a priori*, el pretendido requisito esencial. Quizás, por el contrario, resulte más conveniente no fijar desde la constitución el *quantum* de la obligación en algunos supuestos en los que el transcurso del tiempo juega un papel trascendental, como en el caso de los negocios sobre prestaciones vitalicias, cuya duración depende de un factor aleatorio como la vida de una persona.

Convendría –entendemos– esperar a la ejecución, llegado el caso, para poder tasar la finca con mayor precisión, atendiendo a la probable longevidad del acreedor. En realidad, en los supuestos de pensiones vitalicias, la cuantía de la prestación tan sólo puede calcularse de forma aproximada o aleatoria, pues dependerá de la duración de una vida humana. Este cálculo aproximado puede hacerse a partir de los datos que aparecen en el contrato que, según ordena el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, debe constar en la inscripción de la hipoteca rentaria. A pesar de ello, difícilmente podría calcularse el montante dinerario de prestaciones vitalicias tales como las de hacer o las de alimentos.

III. Naturaleza jurídica y caracterización general

Como no podía ser de otra forma, la naturaleza jurídica de la hipoteca rentaria se ha prestado a un controvertido debate doctrinal. La discusión aparece relacionada, una vez más, con la cuestión relativa a la responsabilidad por la transmisión del inmueble gravado con hipoteca de renta. Precisamente, de las distintas interpretaciones ofrecidas por la doctrina al párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, se derivan diversas construcciones dogmáticas en torno a la naturaleza jurídica de la figura que estudiamos.

En síntesis, las tesis doctrinales elaboradas a este respecto pueden concentrarse, principalmente, en dos grandes grupos, si bien cabe realizar ciertas matizaciones dentro de cada uno de ellos:

a. Tesis que presenta la hipoteca de renta con los caracteres propios y típicos de todo derecho real de hipoteca, esto es, estrictamente accesorio y de garantía. Con estas premisas, se trataría de una figura garantizadora de una obligación con sujeto individualmente determinado, que con-

serva la dualidad del crédito personal asegurado y del derecho real de hipoteca que asegura el cumplimiento y garantiza la efectividad de aquél, permitiendo la transmisión independiente de uno y otro (34).

Sin embargo, en el marco de este planteamiento inicial, y aun rechazando radicalmente que la transmisión de la finca hipotecada suponga una automática asunción de la deuda de renta –lo que nunca fue, se dice, intención del legislador–, algunos autores reconocen que la Ley no se pronuncia, expresamente, sobre la cuestión de la posible existencia de asunción de deuda, que queda abierta a la discusión. Esta actitud del legislador –entiende GOMÁ SALCEDO– debe juzgarse como totalmente acertada, pues la hipoteca de renta ofrece características muy distintas según la naturaleza del derecho que garantiza, por lo que no sería viable una solución de carácter general (35).

b. Tesis que defiende la hipoteca como garantía de una obligación sin sujeto pasivo individualmente considerado, que opera, como carga real, al modo de las pensiones censales. De esta manera, la responsabilidad personal no se distingue de la responsabilidad real y, por ello, la hipoteca de renta implica la imposición de la obligación de pagar las prestaciones periódicas a cada nuevo adquirente del inmueble por ella gravado (36).

A pesar de todo, algunos de los autores que defienden la subrogación del adquirente del inmueble en la posición del deudor de las pensiones, no dudan en afirmar que la hipoteca de renta goza, como todas las demás hipotecas, de carácter inicialmente accesorio. Así, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL puntualizan que, en la hipoteca de renta, hay que ver un crédito hipotecario de renta con los dos ingredientes elementales: crédito, obligación o deuda garantida e hipoteca que asegura su cumplimiento o efectividad. “Esto hace –explican estos autores– que la hipote-

(34) En este sentido se han manifestado SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 429, BELTRÁN DE HEREDIA –*op. cit.*, p. 151– y, más recientemente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, t. II, Madrid, 1999, p. 281, y CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 211. Asimismo, explica COSSÍO –*op. cit.*, p. 343–, que esta forma de hipoteca es causal y accesorio, “en cuanto no supone por sí sola el derecho a cobrar una renta derivado de un título obligatorio...”.

(35) Así, aclara GOMÁ SALCEDO que lo que conviene perfectamente a una hipoteca en garantía de una renta que resulta de una operación de crédito territorial, puede, en cambio, no ser conveniente para la que asegura un contrato aleatorio de renta vitalicia, “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, *RDN*, julio-diciembre 1960, p. 327. En idéntico sentido QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, pp. 126-127.

(36) Principales valedores de esta tesis son ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL –*op. cit.*, pp. 754 y ss.–, aunque también, entre otros, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE –*op. cit.*, p. 891–, DE LA RICA ARENAL, “La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, *AAMN*, t. IV, 1948, p. 321, y CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 114.

ca de renta sea tal hipoteca y no un *censo* o *carga real* y ni siquiera una *deuda inmobiliaria de renta*" (37). Por su parte, para CABELLO DE LA SOTA, puede afirmarse que la hipoteca que tratamos tiene carácter accesorio al constituirse —existe débito personal y responsabilidad real—, si bien se confirma la asimilación a los censos ante una transmisión onerosa, aunque con la importante diferencia de que, en los censos, no se puede producir la asunción de deuda, que hace responder al adquirente con todos sus bienes, además de la finca gravada (38).

Es esta última postura la que nos parece más acertada. En nuestra opinión, el hecho de que la transmisión de la finca gravada con hipoteca de renta implique la automática asunción de la deuda por el adquirente, no impide que la garantía hipotecaria se haya constituido con los caracteres que son propios del típico derecho real de hipoteca que configura nuestra legislación. Tan sólo cuando se transmite el inmueble, se aprecian las diferencias con respecto a éstas. De no producirse ejecución ni transmisión voluntaria de la finca, la hipoteca rentaria se configura, inicialmente, con el carácter accesorio y con la dualidad de responsabilidades de cualquier garantía hipotecaria.

No obstante, disintimos de CABELLO DE LA SOTA en cuanto a circunscribir los efectos asuntivos de la deuda a la enajenación onerosa de

(37) Así, por ejemplo —dicen ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 754-755—, el censo consignativo "no cabe desdoblarse en un elemento *crédito* y un elemento *derecho real de garantía*, pues ambos están refundidos en la entidad *censo* sin que quepa discriminarlos. Lo mismo hay que decir de las cargas reales de los Derechos alemán y suizo". Contrariamente, otro sector de la doctrina parte, desde el comienzo, del carácter real de esta hipoteca. Así, a DEL MORAL Y DE LUNA, "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *RDP*, n.º 427, 1952, p. 811, le parece evidente el carácter netamente censal de la hipoteca de renta, catalogándola entre los derechos reales de contenido positivo *in faciendo*. Hay que tener en cuenta, no obstante, que este autor se encuentra entre la doctrina que estima que el artículo 1802 del Código civil —que recoge la renta vitalicia—, regula un gravamen real hipotecario, como también sucede en los supuestos del artículo 788 del mismo Código. Por ello, para DEL MORAL Y DE LUNA, "la hipoteca de renta de carácter voluntario quedará como versión característica de la hipoteca de amortización y como módulo de garantía adecuado para las prestaciones periódicas de índole distinta a la de la renta vitalicia onerosa y aleatoria y para las pensiones de por vida de origen gratuito en general", *op. cit.*, p. 811.

(38) CABELLO DE LA SOTA —*op. cit.*, pp. 113-114— insiste en que la hipoteca tiene, efectivamente, carácter accesorio al constituirse, pero lo pierde cuando se produce la asunción de la deuda por el adquirente de la finca: el adquirente asume la responsabilidad real y la personal de las pensiones impagadas, *apareciendo la hipoteca tan confundida con la obligación garantizada*, que se asemeja, indudablemente, a una carga directamente real. Asimismo, CHICO Y ORTIZ sustenta el carácter causal y accesorio de esta hipoteca en el momento de su constitución, pero también se sube al carro de la tesis que sostiene la subrogación del adquirente de la finca en la deuda garantizada, *op. cit.*, pp. 1514 y ss. Por su parte, URIARTE BERASATEGUI califica a esta hipoteca de "extraña", pues "produce el efecto de que la obligación de pago de renta por el dueño de la finca, de naturaleza civilmente personal, se convierte en real al ejecutarse, trascendiendo al rematante", "Renta vitalicia. Revisión de ideas", *RCDI*, 1950, II, n.º 268, p. 563.

la finca (39). A nuestro parecer, idénticas consecuencias ha de producir la transmisión del inmueble a título gratuito, pues la *ratio* del artículo 157 es la de convertir en deudor al titular real de la finca hipotecada, con independencia de su título de adquisición. Así, el párrafo tercero de este precepto se refiere al tercero sin calificativo alguno, viniendo a constituir una excepción al artículo 642 del Código civil (40). Desde luego, ello no es óbice para que, dado el caso –al igual que ocurriría en el terreno de los negocios onerosos–, pueda desplegarse la normativa prevista por el Código civil para el contrato de donación en aras de la adecuada protección de los intereses en juego, especialmente los de los acreedores del donante.

Junto a la accesoriedad, también ha sido objeto de debate doctrinal la posibilidad de admitir la redención de la hipoteca de renta. Los autores que sustentan la tesis defensora del carácter censal de la hipoteca rentaria abordan, consecuentemente, esta cuestión, echando en falta, en el contenido del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, mención expresa al carácter redimible de esta hipoteca.

Sin embargo, a pesar del silencio del legislador al respecto, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL no ven inconveniente en que los interesados acuerden la hipoteca como redimible a instancias del propietario de la cosa, sin que, en principio, pueda imponer tal redención el titular del derecho de renta. Ahora bien, para dar a la relación de renta, y especialmente a su primer titular, una garantía de estabilidad, es lógico –dicen estos autores– que la redimibilidad sea temporalmente excluida, al menos en su periodo inicial (41).

(39) A pesar de todo, el propio CABELLO DE LA SOTA también afirma en otra ocasión –*op. cit.*, p. 113– que el adquirente asume la responsabilidad real y la personal de las pensiones impagadas, “cualquiera que sea el título de transmisión”, contradiciéndose posteriormente, de forma reiterada, al reducir el efecto asuntivo a las transmisiones onerosas.

(40) El artículo 642 prevé el supuesto de asunción por el donatario de las deudas del donante de la siguiente manera: “Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado a pagar las que apareciesen contraídas antes”. En consecuencia –hace notar CLEMENTE MEORO–, “si no hay imposición por parte del donante el donatario no resulta deudor, sino tercer poseedor; y si existe imposición, nos encontramos ante una donación onerosa en que el donatario asumirá la condición de deudor si el acreedor acepta la imposición”. Igualmente, cuando la adquisición se verifica en virtud de legado, si el testador no dispone que el legatario sea deudor personal o, disponiéndolo, no lo acepta el acreedor, el legatario será tercer poseedor a todos los efectos, “El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente”, *RGD*, diciembre 1992, p. 11259, nota 7. En consecuencia, el donatario es tercero por regla general. El artículo 157.3 constituye, pues, una excepción a dicha regla, en la medida en que, siempre que exista transmisión de una finca sobre la que gravite una hipoteca de renta, el adquirente, por cualquier título, se convierte en deudor de la obligación.

(41) Para ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, basta indicar que redimible era y es el censal catalán, incluso el de carácter vitalicio denominado violario, y que redimible es la deuda de renta alemana y la hipoteca de renta suiza, *op. cit.*, pp. 755-757.

A nuestro juicio, el argumento que esgrimen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, para defender la redimibilidad de la hipoteca de renta, se contradice, al menos parcialmente, con el razonamiento, anteriormente expuesto, sobre el carácter accesorio de la misma. En efecto, si la hipoteca rentaria resulta inicialmente accesorio, mutando de naturaleza tan sólo desde que se produce la transmisión de la finca, parece evidente que el carácter redimible ha de quedar excluido, al menos, desde su constitución. Por ello, entendemos —con SANZ FERNÁNDEZ— que la idea de redención es extraña a la hipoteca de renta, pues su extinción deberá tener lugar, normalmente, como consecuencia de la extinción de la obligación principal. Como pone de manifiesto este último autor, “la falta de regulación de la redención demuestra que no se ha adoptado, ni una figura de carácter censal ni una deuda territorial abstracta de tipo rentario, sino una simple hipoteca accesorio, como todas las que regula nuestro sistema” (42). Otra cosa es que, separándonos de la opinión del citado autor, entendamos que la figura revista, con posterioridad, carácter real. Entonces, sí adquiere sentido hablar de redimibilidad. Aunque, en realidad, lo que las partes podrán acordar, en su caso, como redimible será la relación obligatoria de renta —temporal o vitalicia (43)— para cuya seguridad se estableció la hipoteca sobre el inmueble, y no la hipoteca en sí, que lo único que agrega es una garantía accesorio sobre aquélla.

IV. Elementos de la hipoteca de renta

A. Los sujetos.

No parece que, en principio, los sujetos intervinientes en la relación jurídica que nace a partir de la constitución de una hipoteca de renta difieran de los que, normalmente, aparecen en cualquier hipoteca que garantice una deuda de capital. Sin embargo, sí que han surgido ciertas dudas sobre la posibilidad de admitir la figura del hipotecante no deudor.

(42) SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 439. En el mismo sentido, BADENAS CARPIO, para quien, no obstante compartir el razonamiento del anterior autor, no parece existir ningún obstáculo legal a que las partes puedan incorporar facultativamente la redimibilidad a la hipoteca de rentas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando se determinen al mismo tiempo las condiciones en que dicha redención tendrá lugar, *La renta vitalicia...*, cit., pp. 284-285.

(43) La posibilidad de establecer un pacto de redención en la renta vitalicia ha sido admitida por la doctrina. Así, entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA —*op. cit.*, p. 192— y GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XXII, vol. 1.º, Madrid, 1983, p. 523.

Efectivamente, aunque lo habitual será que, desde la misma constitución de la garantía, el sujeto pasivo de la obligación asegurada –esto es, el deudor de las prestaciones periódicas– coincida con el sujeto pasivo de la hipoteca –deudor hipotecario–, es posible que se produzca una disociación entre ambos personajes, que puede tener lugar si se constituye la hipoteca para garantizar una deuda ajena, surgiendo entonces la figura del hipotecante por deuda de otro (fianza hipotecaria).

Esta cuestión ha provocado opiniones doctrinales divergentes. Así, para ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, la propia esencia de la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas impide que el constituyente de la misma y el deudor personal de la renta no coincidan en la misma persona, lo que descarta, pues, la constitución de una fianza real hipotecaria o por débito ajeno (44). Para este sector de la doctrina, en ningún caso será admisible la constitución por un tercero, como fiador real, puesto que, en estas hipotecas, el titular de la finca es el obligado al pago de las pensiones (45).

No comparten esta postura otros autores, para quienes hay que tener en cuenta, prioritariamente, que ni el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, ni el 248 del Reglamento, prohíben la fianza real, ni tampoco lo hace ningún otro precepto hipotecario. Además, el propio Código civil parece dejar abierta la puerta a esa posibilidad en el artículo 1805, al tratar de la renta vitalicia (46). En opinión de CASTILLO MARTÍNEZ, no hay argumento legal ni doctrinal que justifique, para la hipoteca rentaria, la inadmisión de la posibilidad de hipotecar un bien propio en garantía del pago de una obligación ajena (47).

Ambas posiciones doctrinales no son sino consecuencia de la correspondiente toma de postura respecto a la naturaleza jurídica de la hipoteca de renta. Así, para los autores que entienden que, en este tipo de hipoteca, responsabilidad personal y responsabilidad real aparecen indisolublemente unidas –de tal modo que el titular del inmueble gravado siempre va a estar personalmente obligado al pago de las prestaciones periódicas–, parece lógico, a primera vista, que se rechace la posibilidad de admitir al hipotecante no deudor. En cambio, para los defensores de la postura contraria –partidarios del carácter accesorio de la hipoteca–, resulta perfectamente viable la bifurcación de ambas responsabilidades.

A pesar de todo, también cabe aquí una postura intermedia. Así, si

(44) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 773.

(45) En este sentido, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, tercera edición, Pamplona, 1983, p. 891.

(46) Así, BADENAS CARPIO, *op. cit.*, p. 274.

(47) CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 213-214. Igualmente, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, también cabe perfectamente el supuesto de hipotecante no deudor, *op. cit.*, p. 283.

hemos sostenido que la hipoteca de renta es, inicialmente, accesoria, ¿por qué no va a ser posible admitir que un tercero garantice una obligación ajena, como puede ocurrir en cualquier supuesto de garantía hipotecaria? Al igual que ocurría con la redimibilidad, algunos autores vuelven a ser contradictorios con sus propios argumentos (48).

No es este el caso de CABELLO DE LA SOTA, quien admite, sin lugar a dudas, la figura del hipotecante no deudor para la hipoteca de renta, en consonancia con su teoría sobre el carácter accesorio de la misma hasta que tenga lugar la transmisión de la finca. Para este autor, cuando exista persona obligada personalmente al pago de la prestación garantizada con la hipoteca especial del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, y se adquiera la finca a título oneroso, la unión de las responsabilidades personal y real origina una figura similar a los censos, aunque agravada por la asunción de la deuda de pensiones impagadas. “En el caso de hipotecante por deuda ajena (fianza hipotecaria) —señala—, la transmisión onerosa también une ambas responsabilidades sin bifurcación futura posible, característica censal, y en tanto no haya transmisión, el acreedor tiene que dirigir su acción primeramente sobre la finca hipotecada, y sólo en caso de insuficiencia de valor, se abre paso a la acción personal, sin perjuicio, además, de que el hipotecante por deuda ajena sea deudor solidario y que tanto él como su causahabiente a título oneroso (y desde luego sus causahabientes a título lucrativo) responden de las pensiones vencidas y no satisfechas, sin más límites que el de la prescripción. Es decir, que los efectos son similares a los de las pensiones censales y no los propios de las hipotecas comunes” (49).

Distinto es el caso, según el citado autor, de que no exista persona obligada personalmente al pago de la pensión o prestación. En este supuesto, nace la hipoteca rentaria con carácter abstracto o de carga directamente real, y se confunden la obligación y la hipoteca hasta llegar a una fusión en perjuicio de la obligación garantizada: sólo se ve la hipoteca (50).

(48) Así, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL entienden que la hipoteca de renta repele toda posibilidad de fianza real hipotecaria o por débito ajeno, a pesar de haber sostenido el carácter inicialmente accesorio de la misma, *op. cit.*, p. 773.

(49) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 115.

(50) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 116. En efecto, este autor entiende que la renta, pensión o prestación garantizada con hipoteca se puede constituir de dos maneras: a) con designación *nominati* de persona obligada personalmente al pago de la renta (por ejemplo: cuando yo lego mi finca a Ticio, con obligación de pagar vitalicia y anualmente mil pesetas a Cayo, garantizando este pago con hipoteca de renta; o cuando yo concierdo con Ticio una renta vitalicia a mi favor de mil pesetas anuales, a cambio de la cesión de mi finca, que queda hipotecada en garantía de tal pensión; o cuando yo hipoteco mi finca en garantía del pago de la pensión vitalicia o temporal que Ticio se obliga a pagar anualmente a Cayo); y b) sin sujeto

A nuestro modo de ver, esta última postura es la más coherente con lo anteriormente sostenido. Una vez admitido el carácter inicialmente accesorio de la hipoteca de renta, no debe haber obstáculos para admitir la figura del hipotecante por deuda ajena. Ahora bien, debido a las especiales notas que caracterizan, en este tipo de hipoteca, la transmisión de la finca hipotecada, habrá que estudiar con posterioridad, de forma particularizada, qué papel juega el hipotecante no deudor cuando dicha transmisión tenga lugar.

B. El objeto.

El elemento objetivo de la hipoteca de renta también ha dado lugar a criterios dispares, tanto en lo concerniente al objeto de la relación obligatoria garantizada, como al bien o derecho sobre el que recae la garantía hipotecaria.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ya vimos que la obligación que se garantiza no es una deuda de capital, sino una relación obligatoria de tracto sucesivo consistente en la realización de prestaciones de carácter periódico; si bien, no parece haber acuerdo doctrinal respecto al contenido de dichas prestaciones. Para algunos autores, resulta válida la hipoteca que garantiza pensiones de cualquier tipo, ya sea en dinero, ya sea mediante la entrega periódica de otra cosa, o a través de la realización de una determinada actividad, asimismo periódicamente. En realidad, atendiendo al sentido literal del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, tal conclusión puede extraerse —entiende esta parte de la doctrina— de la genérica expresión “rentas o prestaciones periódicas” que en él aparece (51).

En cambio, cierto sector doctrinal es partidario de circunscribir este ámbito objetivo a las pensiones dinerarias, considerando que la ausencia de precepto al respecto constituye una laguna del artículo 157 de la Ley Hipotecaria. En este sentido se han manifestado ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, quienes insisten en que, aunque la renta pueda consistir en especie —pues parece, ante el mencionado vacío legal, que las partes gozan en este punto de plena libertad, siempre que se trate de

pasivo individualmente determinado, por ejemplo, cuando yo impongo sobre mi finca como obligación *ob rem* la de pagar vitaliciamente mil pesetas anuales a Ticio y refuerzo esta obligación con hipoteca especial de rentas. En este último caso de “obligación real reforzada por otro derecho real, no aparece la obligación personal ni su consecuencia, la acción personal; el adquirente de la finca en todo caso no asume obligación personal de pago, porque no existe deudor personalmente obligado y no responde con sus bienes, sino únicamente con los hipotecados”, *op. cit.*, pp. 113-116.

(51) En este sentido, BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia...*, cit., p. 275.

prestaciones periódicas-, será preciso fijarla en dinero, por exigirlo así -dicen- la naturaleza propia del derecho de hipoteca y la seguridad de terceros (52). Por su parte, CASTILLO MARTÍNEZ, en la misma línea de argumentación, considera que la renta o pensión debe determinarse en dinero o, en todo caso, con reducción a metálico si la obligación fuere en especie o personalísima (53). Esta postura encuentra apoyo legal en el artículo 12 de la propia Ley Hipotecaria, en virtud del cual “las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen asegurado”.

Con respecto a la aplicación del citado precepto de la Ley Hipotecaria, la doctrina partidaria de admitir cualquier tipo de prestación periódica como objeto de la hipoteca de renta, trae a colación algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en su opinión, constituyen un “veterano criterio jurisprudencial” contrario a la aplicación de la norma contenida en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria a la hipoteca constituida en garantía de rentas y prestaciones periódicas. Efectivamente, para BADENAS CARPIO, ya desde una resolución de 31 de mayo de 1892, la Dirección General excepciona a la hipoteca de renta de la aplicación de esa normativa, por entender que, para su constitución, no es necesario que se capitalice el importe de la misma, pues es suficiente con determinar el capital que la pensión o prestación representa (54). En opinión de este autor, el criterio sentado por la jurisprudencia registral “es lo suficientemente lapso como para admitir que la obligación asegurada pueda consistir en otra cosa que no sea pagar una suma dineraria, pues cuando señala que bastará con determinar el capital que cada pensión o prestación representa parece dar a entender que dicho capital se fijará «en lugar» del objeto propio de la prestación cuando ésta no sea en dinero sino en especie” (55).

En realidad -creemos-, el contenido de la citada resolución no es el que deduce BADENAS CARPIO, sino más bien parece el contrario. Así, la

(52) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 775.

(53) CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 215. En idéntico sentido, CABELLO DE LA SOTA -*op. cit.*, p. 143-, quien propone la inclusión de esta reducción entre los requisitos de constitución de la hipoteca de renta; y PUIG BRUTAU, que, aunque reconoce la posibilidad de que las prestaciones sean en especie, entiende que en este caso debe quedar fijado su equivalente en dinero, pues la hipoteca sólo puede garantizar la percepción de cantidades pecuniarias, *op. cit.*, p. 256.

(54) RDGRN de 31 de mayo de 1892 (Colección legislativa de España, 1892. Jurisprudencia Civil II, n.º 79, p. 325). En el mismo sentido, la RDGRN de 28 de mayo de 1895 (Colección legislativa de España 1895. Jurisprudencia Civil, primer semestre, II, n.º 49, p. 221), y la de 24 de diciembre de 1904 (Colección legislativa de España, 1904. Jurisprudencia Civil II, n.º 113, pp. 717 y ss.).

(55) BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia...*, cit., p. 276.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de mayo de 1892 recoge un supuesto de donación de la mitad proindivisa de una casa de campo, reservándose el cedente el usufructo vitalicio de la finca, e imponiendo a la donataria la obligación de pagar la cantidad de 125 pesetas anuales a la mujer del donante; precisamente, a la seguridad de esta obligación se establece la garantía hipotecaria sobre la citada finca. Cuando, con posterioridad, la donataria pretende la subrogación de un tercer adquirente en la hipoteca, el registrador deniega la inscripción por no expresarse la cantidad en que ha de responder la finca hipotecada. La Dirección General entiende que “no hay disposición alguna en nuestro Derecho que obligue al que establece una pensión periódica sobre finca de su propiedad a determinar el capital que tal pensión representa; pues basta que fije de un modo preciso la cuantía de la renta, el periodo en que debe ser ésta satisfecha y el tiempo que la dicha pensión ha de durar”. Puede apreciarse, pues, a la vista del caso que motivó el pleito, que no se trataba aquí de resolver si la prestación periódica debía consistir en dinero o, por el contrario, se podía admitir cualquier tipo de pensión no dineraria, sino que se trataba de dilucidar si era necesario capitalizar la renta anual en metálico que se había estipulado, pues lo que no se había concretado en la obligación era el número de años que se debía abonar las 125 pesetas por la donataria. Ciertamente es, como observa BADENAS CARPIO, que la Dirección General de los Registros exonera al constituyente de una pensión periódica sobre una finca de su propiedad de determinar el capital que tal pensión representa, pero no es menos cierto que a continuación añade la Resolución que basta que “se fije de modo preciso la cuantía de la renta, el periodo en que ha de ser ésta satisfecha y el tiempo que la dicha pensión ha de durar” (56). En consecuencia, esta Resolución no sirve como argumento para apoyar la falta de necesidad de expresar el importe de la obligación asegurada, sino que, más bien al contrario, establece la urgencia de determinar con precisión la cuantía de cada renta o pensión.

Desde nuestro punto de vista, dentro de los términos empleados por el legislador en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, tiene cabida, al menos de entrada, una hipoteca que garantice pensiones no estrictamente dinerarias. Así, el primer párrafo de la citada norma habla de hipoteca en garantía, no sólo de rentas, sino también de prestaciones periódicas. En buena lógica, tal vez el precepto se esté refiriendo a las pensiones en metálico cuando habla de “rentas”, y a pensiones no pecuniarias cuan-

(56) RDGRN de 31 de mayo de 1892 (Colección legislativa de España, 1892. Jurisprudencia Civil, II, n.º 79, p. 327). El mismo criterio sustentan las otras resoluciones anteriormente citadas.

do alude a “prestaciones periódicas”, ¿por qué si no utiliza ambos términos?

No obstante, a pesar de aceptar la posibilidad de constituir una hipoteca rentaria para garantizar prestaciones no puramente dinerarias, no cualquier tipo de prestación periódica parece garantizable, al menos de forma idónea, a través de esta figura. Una vez más, cómo no, la respuesta a esta cuestión dependerá de la toma de postura respecto de la transmisión de la finca hipotecada. De tal manera que, si sostenemos la transmisión de la deuda con la finca, la hipoteca de renta no se adapta adecuadamente a garantizar un tipo de prestación periódica de carácter personalísimo, como la que suele caracterizar al contrato de vitalicio. Así, piénsese, si la adquisición del inmueble por un tercero supone la subrogación de éste en el lugar del primitivo deudor, cuando el contenido de la obligación consiste en la realización, periódicamente, de una actividad concreta –por ejemplo, proporcionar atenciones y alimentos vitalicios– a cargo de una persona determinada, la hipoteca rentaria no da respuesta satisfactoria a las expectativas del acreedor. En estos casos, de admitirse la constitución de la hipoteca, sí sería necesario determinar el importe en metálico que la prestación periódica representa, no ya la capitalización de la cuantía de la misma en su conjunto, que es de lo que queda exonerada esta hipoteca en virtud de la Resolución de la Dirección General de los Registros anteriormente comentada. Así pues, entre los requisitos de constitución de la hipoteca de renta no se encontraría la capitalización de la pensión –como ya vimos que exigía algún sector de la doctrina (57)–, aunque sí la determinación de la cuantía de la renta especificada en metálico y los años de duración de la misma (58).

En cualquier caso, lo que no deja lugar a dudas es la exigencia sobre la periodicidad de la prestación, con vencimientos regulares, aunque no resulte imprescindible que el devengo de la renta sea anual. No obstante, algunos autores precisan que, a los efectos de la aplicación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, la renta deberá ser calculada a base de anualidades, sin perjuicio de que la obligación haya de cumplirse a plazos distintos, ya sean mayores o menores al año (59). Otros hacen hin-

(57) Así, CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 143.

(58) Como ha puntualizado CASTILLO MARTÍNEZ, conviene no confundir la cuestión de la cuantía de la renta con la capitalización de la prestación, pues lo esencial en la hipoteca rentaria no es la fijación de la cuantía del capital, sino la de la renta, ya que la singularidad de la figura gravita sobre la naturaleza de tracto sucesivo de la prestación garantizada, que consistirá en el pago periódico de una determinada cantidad de dinero, *op. cit.*, p. 215.

(59) Así lo ponen de manifiesto ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL –*op. cit.*, p. 775–, posición que comparten CASTILLO MARTÍNEZ –*op. cit.*, p. 214– y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 1518.

capié en la necesidad de que las prestaciones sean además iguales (60), lo que parece más aconsejable que la opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, para quien las pensiones, rentas o prestaciones convenidas pueden ser –como los intereses– constantes o variables (61).

En otro sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS aclara que, del contexto del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 114 y 115 de la misma, se deduce que el precepto se refiere no a cualquier obligación que consista en prestaciones periódicas, sino a las obligaciones para las que las prestaciones periódicas tengan naturaleza jurídica análoga a la que tienen las “rentas”, las “pensiones” y los “intereses”, y que, por tanto, sean legalmente, para el patrimonio del acreedor, frutos civiles, y, para el patrimonio del deudor, cargas de los frutos, y que, por su peculiaridad, están sujetas a un especial plazo de prescripción (art. 1966 C.c.) (62).

En cuanto a la segunda cuestión planteada respecto al elemento objetivo de la hipoteca rentaria, esto es, el bien o derecho sobre el que puede recaer la garantía, parece que existe mayor acuerdo doctrinal en reconocer que rigen aquí las reglas generales, contenidas en los artículos 106 y siguientes de la Ley Hipotecaria (63). Sin embargo, ello no quiere decir que no se realicen ciertas matizaciones a la hora de aceptar cualquier tipo de derecho como objeto de la hipoteca de renta. Así, para algunos autores, una vez examinada la relación de derechos contenidos en el artículo 107 de la citada Ley, un derecho real como el de usufructo se revela poco apto para ser objeto de la misma, a tenor de la larga duración que suele tener la obligación que va a asegurar. El problema aparece en aquellos

(60) SANZ FERNÁNDEZ insiste, así, en que las prestaciones tienen que ser, además, iguales, a los efectos de establecer adecuadamente la analogía entre el artículo 156 (actualmente 157) y el 114 de la Ley Hipotecaria, *op. cit.*, p. 430.

(61) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 283.

(62) De tal manera que –explica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS–, no basta para que estemos en el ámbito del artículo 157 de la Ley Hipotecaria con que la hipoteca esté constituida en garantía de cualquier tipo de prestación periódica. “En la llamada hipoteca de amortización la obligación consiste también en *prestaciones periódicas* (los plazos de devolución del capital o las cuotas periódicas de amortización convenidas); en la hipoteca en garantía de un precio aplazado puede haberse convenido que la obligación de su pago se traduzca en una cadena de *prestaciones periódicas* (los plazos del precio)”, pero ninguna de ellas tiene naturaleza análoga a las rentas, pensiones e intereses, ni la consideración, pues, de frutos civiles. Hay que advertir, sin embargo –señala también el citado autor–, que existe una notable diferencia entre las prestaciones que consisten en rentas, pensiones o prestaciones periódicas análogas y las prestaciones de intereses: éstas dejan entera la deuda de capital; las prestaciones de renta, pensiones y prestaciones análogas agotan, con el tiempo, el contenido de la obligación, *op. cit.*, p. 282.

(63) En este sentido, entre otros, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL –*op. cit.*, 773–, BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia...*, *cit.*, p. 276, CASTILLO MARTÍNEZ –*op. cit.*, p. 215–, y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 1518.

supuestos en que la permanencia de la relación garantizada es mayor que la duración del derecho de usufructo constituido sobre la finca gravada. Efectivamente, si acaece la muerte del titular del derecho a disfrutar la cosa hipotecada en garantía de una prestación periódica, con anterioridad a la extinción de la obligación asegurada, el acreedor queda desprovisto de la garantía que asegura su derecho. A pesar de ello –como puntualiza BADENAS CARPIO–, si el acreedor hipotecario considera suficientemente garantizado su derecho a la prestación periódica mediante la constitución de la hipoteca sobre el derecho real de usufructo, no debe existir inconveniente en que dicha constitución pueda establecerse al amparo del principio de autonomía de la voluntad (64). Evidentemente, las partes pueden haber querido introducir un elemento aleatorio en la garantía establecida para la seguridad del crédito, o bien, ante la previsible posibilidad de la insuficiencia hipotecaria por extinción del derecho de usufructo, también pueden haber añadido, a su voluntad, un pacto de ampliación de la hipoteca a otra cosa o derecho.

V. La transmisión de la finca hipotecada

Una vez tratadas las líneas básicas de delimitación de la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, hemos de introducirnos de lleno y con mayor profundidad en el estudio del tema más controvertido de esta figura. Nos referimos, obviamente, a la transmisión de la finca hipotecada, cuestión que, como ya hemos reiterado en varias ocasiones, aparece recogida en el párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

Este apartado comienza diciendo que el acreedor de las rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y siguientes de la propia Ley (65); y a continuación añade: “El que remate los bienes gravados con

(64) Observa BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia...*, cit., p. 277, que la cuestión se complica todavía más cuando la hipoteca se constituye para garantizar el derecho a la renta que nace del contrato aleatorio de renta vitalicia, porque en este caso es como si se produjera una especie de competición fatal entre las duraciones de las dos vidas contempladas: la del usufructo y la del propio contrato de renta (art. 1802 C.c.). También CASTILLO MARTÍNEZ entiende que la inidoneidad práctica no impide la constitución de hipoteca rentaria sobre derechos reales como el usufructo, *op. cit.*, p. 215.

(65) Como ya indicamos, cuando el párrafo 3.º del artículo 157 de la Ley Hipotecaria posibilita, al acreedor de las rentas o prestaciones periódicas, el acceso a la ejecución de la hipoteca rentaria a través del procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y siguientes “de esta misma Ley”, hay que considerar que con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el 8 de enero de 2001, el procedimiento a seguir para el

tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley". El contenido de este párrafo se nos descubre, pues, especialmente trascendente, en la medida en que, por medio de lo allí dispuesto, hemos de determinar quién va a asumir, una vez transmitida la finca a un tercero, el pago de las pensiones o prestaciones periódicas hasta la extinción de la obligación garantizada.

Como ya se ha puesto de manifiesto, esta cuestión se encuentra directamente relacionada con ciertas notas caracterizadoras o definitorias de esta hipoteca, hasta el punto de que la solución que se proponga a la determinación de los efectos derivados de la transmisión del inmueble hipotecado repercutirán, irremediablemente, en la naturaleza jurídica y caracterización básica de la figura. En vista del tratamiento dedicado con anterioridad a estas dos cuestiones, intentaremos no resultar reiterativos, tanto en los argumentos expuestos, como en la sistematización doctrinal y jurisprudencial en torno al tema.

Se puede decir que existen, al igual que cuando hablamos de la naturaleza jurídica, dos grandes corrientes doctrinales definidas respecto a las consecuencias de la transmisión de la finca sobre la que gravita una hipoteca de renta:

a) La que entiende que el adquirente de los bienes gravados no asume la obligación de pagar la renta.

b) La que defiende la asunción de la deuda por el adquirente de los bienes hipotecados.

No podemos afirmar que alguna de estas dos posturas sea apoyada, de forma abrumadora, por la doctrina. No obstante, sí podríamos decir que la segunda de ellas es la compartida por la mayoría de los tratadistas contemporáneos de Derecho Hipotecario; si bien se realizan ciertas matizaciones, dependiendo de si la finca se transmite judicial o extrajudicialmente.

caso de subasta de bienes inmuebles será el establecido en los artículos 655 y siguientes de la misma. No obstante, de la nueva regulación del procedimiento ejecutivo, no se deriva la asunción de la deuda por el adjudicatario del inmueble. Como explica MIGUEL GONZÁLEZ, "Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior", *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999-2, n.º 3, pp. 27 y ss., debe considerarse indudable que no existe asunción automática de la deuda liberatoria del deudor en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria; tampoco la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece una asunción de la deuda liberatoria del deudor de la carga anterior sin consentimiento del acreedor; y no existe tampoco asunción acumulativa no liberatoria del deudor en ninguna de las dos leyes.

Resulta conveniente, pues, analizar cada una de estas posturas por separado, así como las consecuencias prácticas de la transmisión de la finca en orden a la responsabilidad del deudor de la prestación.

A. Tesis de la transmisión de la finca sin la deuda.

Entre la corriente doctrinal que ha negado la transmisión de la deuda con el inmueble hipotecado, dos autores se han destacado especialmente por su estudio específico de la materia: RUIZ ARTACHO y, recientemente, CASTILLO MARTÍNEZ. El primero de ellos es el autor que, con mayor fuerza, ha negado la subrogación en la deuda, tanto en el supuesto de ejecución forzosa, como en el de transmisión extrajudicial (66). Para fundamentar su postura, este autor acude a una serie de argumentos:

a. El artículo 1911 del Código civil, que proclama el principio de responsabilidad universal del deudor, principio que no puede limitarse sino por pacto expreso, y que, según el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, no ha de verse alterado por la hipoteca.

b. La sustitución de un deudor personal por otro no surte efecto sin el consentimiento del acreedor (art. 1205 C.c.).

c. Si en la venta voluntaria de finca hipotecada, ya descuenta o retenga el comprador parte del precio, todos reconocen, de acuerdo con el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, que no se produce la subrogación personal ni queda liberado el deudor, ¿por qué sostener lo contrario en la venta forzosa por ejecución?

d. Y, si es principio de Derecho que lo accesorio sigue a lo principal, ¿por qué siendo la hipoteca lo accesorio (al menos jurídicamente) se han de invertir los términos y ha de ser considerada como el elemento principal? (67).

Últimamente, esta postura ha sido refrendada por CASTILLO MARTÍNEZ, quien, aun reconociendo la expresión literal sumamente desafortunada del párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, estima que la interpretación de la misma no puede orientarse en el sentido de entender que se establece un supuesto de transmisión automática de la deuda al adquirente. Esta autora, al argumento de la falta de consenti-

(66) RUIZ ARTACHO, *op. cit.*, pp. 220 y ss. La misma tesis sostiene REY PORTOLÉS, quien sistematiza todos los argumentos esgrimidos por este sector de la doctrina para afirmar que, en ningún caso, puede adherirse la deuda de rentas a la hipoteca que la garantice, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, pp. 144-146.

(67) RUIZ ARTACHO, *op. cit.*, p. 224. Comparten esta postura Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1995, p. 544, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, t. III, Madrid, 1995, p. 364, y BLASCO GASCÓ, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coordinado por LÓPEZ LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS, Valencia, 1994, pp. 719-720.

miento del acreedor ante el cambio de deudor, añade otras razones que, a su parecer, ayudan a corroborar la inexistencia de subrogación en la deuda, a saber:

a. La obligación de renta vitalicia se establece habitualmente en consideración a una persona, lo que se opone a la admisión de la posibilidad de transmisión impuesta por la ley. Así ocurre —explica CASTILLO MARTÍNEZ— en los artículos 1802 y 1803 del Código civil, respecto del contrato de renta vitalicia, 99 y 100 del mismo texto legal, relativos a la pensión conyugal en los supuestos de separación y divorcio, y 150 a 152 con referencia a la obligación de prestar alimentos. No obstante, reconoce la citada autora, esta consideración, aunque contrasta con la aceptación de la voluntaria transmisión de la renta, no la excluye, si bien sí se opone a la posibilidad de transmisión impuesta por la ley.

b. El acreedor de la pensión conserva la posibilidad de dirigirse personalmente contra su deudor, puesto que el artículo 157.3 no dispone lo contrario, cuando, de paso, podría haberlo hecho. Además, el párrafo cuarto del mismo precepto alude al deudor como sujeto diferenciable del mencionado titular del inmueble.

c. La declaración del párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria debe entenderse tan equivocada como la contenida en el artículo 1879 del Código civil, cuando dispone que “el acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los bienes que el último posee”, como si el tercer poseedor de bienes hipotecados fuera un sujeto obligado al cumplimiento de la obligación, cuando se sabe que no lo es (68).

A juicio de CASTILLO MARTÍNEZ, en vista de los argumentos expuestos, no hay excepciones a la conversión en tercer poseedor del adquirente de un bien inmueble gravado con hipoteca, sea cual fuere la modalidad de la misma. El originario deudor sólo quedará desligado de su obligación si se pacta que el adquirente se subrogará, no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, para lo que se requiere siempre que el acreedor preste su consentimiento expreso o tácito. “Fuera de este supuesto —concluye esta autora—, el deudor primitivo seguirá estando obligado al pago de la pensión, garantizada hipotecariamente, conservando el acreedor hipotecario acción personal contra él” (69).

Esta tesis —entendemos— no es más que la aplicación de la regla general que rige las enajenaciones judiciales de finca hipotecada. Así, la regla 8.^a del derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria declaraba “que las

(68) CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 222-223.

(69) CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 222.

cargas o gravámenes anteriores y los preferentes –si los hubiere– al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate”; y, en casi idénticos términos, dice el artículo 668.3.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: “Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor”. Puntualiza CASTILLO MARTÍNEZ que, a estos efectos, conviene precisar que, según acertado criterio admitido por un sector de la doctrina, la “subrogación” a la que alude esta regla no es en el crédito, sino en la “responsabilidad real” de los bienes (70). A pesar de la distinción, introducida por el párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, entre el rematante del inmueble y el adquirente extrajudicial del mismo –respecto al número de anualidades de renta que en el futuro podrán afectarle–, debe primar el principio general antes expuesto, “contra el que no cabe oponer argumentos que, como los de que *lex posterior derogat anterior* o *lex specialis derogat generalis*, implican la negación de la premisa mayor”. Esto es, en opinión de la citada autora, en ausencia de tan desafortunada previsión legal, el rematante adquiriría la condición de tercer poseedor de los bienes hipotecados, consecuencia que debe seguir

(70) CASTILLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 218, nota 42. A este respecto, explica MIGUEL GONZÁLEZ –*op. cit.*, pp. 27 y ss.–, que la doctrina que hoy puede considerarse dominante ya no sostiene que el rematante o adjudicatario asuman automáticamente la deuda garantizada con la carga preferente, aunque a veces esta opinión se califique de autorizada. “La asunción automática de la deuda liberatoria del deudor –dice–, esto es, sin necesidad de consentimiento del acreedor, choca con todos los principios básicos del Derecho de obligaciones y de las garantías reales. Carece de apoyo en la Ley Hipotecaria y es contraria a los preceptos del Código Civil. La doctrina que sostiene esta opinión fuerza los conceptos de carga y gravamen y olvida los artículos 1205 CC y 105 LH, que son preceptos básicos y esenciales. Las consecuencias de esta tesis pueden llegar al absurdo”. La tesis de la asunción automática ha sido defendida por GUASP, “La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria”, *RCDI*, 1942-I, pp. 391-392, y *RCDI*, 1945, GONZÁLEZ, Jerónimo, “La Memoria de este año”, *RCDI*, 1929, p. 120, SANZ FERNÁNDEZ –*op. cit.*, pp. 433-434–, ROCA SASTRE –*op. cit.*, t. IV, vol. 1.º, pp. 428-429–, PUIG BRUTAU –*op. cit.*, p. 228– y CABELLO DE LA SOTA –*op. cit.*, pp. 145 y ss.–, entre otros, y recientemente refrendada por la STS de 30 de enero de 1999 (RJA 522). Ha sido combatida por BLÁZQUEZ, “El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles”, *RCDI*, 1944, pp. 508-519 y 553-567, RUIZ ARTACHO –*op. cit.*, pp. 220 y ss., y “Cuestión resuelta por el Reglamento Hipotecario vigente”, *RCDI*, 1947, pp. 600 y ss.–, y otros. Adoptando una postura mucho más ecléctica, RODRÍGUEZ LÓPEZ –*op. cit.*, pp. 1338 y ss.–, entiende que, del examen detenido del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, no es posible obtener una solución clara al problema que se plantea, puesto que su redacción resulta ambigua, ofreciendo base tanto a los partidarios de la asunción, como a los que niegan tal efecto asuntivo. En cualquier caso –concluye–, no hay asunción de deuda que opere con carácter pleno, es decir, desligando por completo al deudor primitivo, aunque sí una especial situación productora de peculiares efectos.

primando ante la injustificada disposición del artículo 157.3 de la Ley Hipotecaria (71).

A la misma conclusión que los anteriores autores llega Cossío, apoyándose también en el artículo 1205 del Código civil. De manera que la sustitución del deudor, sin el consentimiento del acreedor, no se halla expresamente determinada por el artículo 157 de la Ley, que habla de subsistencia, pero no de transmisión de la deuda. “Creemos, por tanto —dice este autor—, que la transmisión de la finca no implica ni transmisión cumulativa ni transmisión liberatoria de la obligación, y que la posición del rematante es la del tercer poseedor de una finca gravada por hipoteca ordinaria, en cuanto se refiere a los intereses. Es decir, que a él, como a todo tercer adquirente, será aplicable el párrafo tercero del artículo 157, y que su única obligación será la de soportar la ejecución en la medida señalada por los artículos 114 y 115 de la LH” (72).

Además, GOMÁ SALCEDO —estudiando esta hipoteca en relación al contrato de renta vitalicia— entiende que la asunción forzosa implicaría la amortización, al menos temporal, del inmueble, contra los principios básicos del ordenamiento hipotecario; al estar calculada la pensión de modo que absorba el valor de la finca, atendida la vida probable del pensionista, el presunto comprador no adquiriría nada, salvo una posibilidad de perder o ganar; en estas condiciones será prácticamente imposible encontrar quien se avenga a pagar algo por la adquisición de la finca. Por otra parte, la asunción automática sería claramente una puerta abierta al fraude: el deudor de la renta, poco después de la perfección del contrato, se

(71) Explica CASTILLO MARTÍNEZ que, a través de la diferencia de trato establecida en el párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, queda “perfilado aisladamente el factor que provoca la polémica: la conversión *ope legis* en deudor del rematante del inmueble que, en ausencia de tan desafortunada previsión legal, indubitadamente adquiriría la condición de tercer poseedor de los bienes hipotecados. Sin embargo, en la formulación legal aparece sin justificación la inserción de este aserto. Por lo que se impone encontrar un argumento que fundamente la inclusión de semejante afirmación en la regulación de la hipoteca rentaria, a sabiendas de que ninguna explicación podrá resultar unánimemente satisfactoria, puesto que con tal propuesta se proyecta conciliar dos proposiciones que son, a mi juicio, naturalmente y por principio, incompatibles. En efecto, en mi opinión, el sistema que nuestro ordenamiento acoge en orden a la transmisión pasiva de las obligaciones a título singular y que responde al esquema romano de la novación, mal se aviene con la admisión, ni siquiera por vía de excepción, del instituto de la asunción de deuda”, *op. cit.*, pp. 218-219.

(72) Cossío, *op. cit.*, p. 344. En idéntico sentido, explica QUIÑONERO CERVANTES que si la transmisión de la finca hipotecada supusiera una auténtica asunción de la deuda de renta, nos encontraríamos ante la paradójica situación de una verdadera cesión de contrato sin el esencial requisito del consentimiento del adquirente y también sin el del acreedor. “En efecto, a primera vista, parece que el legislador solamente ha querido decir que la ejecución de la hipoteca no obsta a la subsistencia de la misma y a la obligación de pagar las pensiones; pero lo que desde luego no dice es que el rematante se subrogue en la obligación de continuar pagando la renta”, *La situación jurídica...*, cit., p. 126.

da cuenta de que ha calculado mal y está expuesto a sufrir un perjuicio económico, en cuyo caso le bastaría con transmitir la finca a un insolvente, para quedar libre de los efectos dañosos de su error (73).

No obstante, GOMÁ SALCEDO, como ya vimos, se coloca en una posición ambigua, al entender que la Ley no se pronuncia sobre la cuestión de la posible existencia de una asunción de deuda —silencio del legislador que cree totalmente acertado—, quedando la misma, por tanto, abierta a la discusión (74).

Por su parte, BELTRÁN DE HEREDIA distingue, a estos efectos, entre el rematante y el tercer adquirente de la finca hipotecada; así, mientras para el primero comparte la postura doctrinal que admite la subrogación en la deuda, para el caso de enajenación voluntaria la cuestión no aparece tan clara. En su opinión, aunque con un criterio de utilidad práctica, puede decirse que el tercero “asume” la obligación de pagar la renta o pensión, convirtiéndose de forma automática en deudor personal de la misma mientras sea dueño de la finca, no se trata de que la obligación de pago pase, como pasaría una carga real, con la finca, sino que, no existiendo pacto específico por el que el adquirente de la finca hipotecada asuma voluntariamente la deuda de pago de la renta vitalicia, no parece que exista base bastante para imponerle con carácter forzoso aquella asunción. A ello se oponen, no sólo las normas contenidas en los artículos 1203 y siguientes del Código civil, sino también las relativas en especial a la hipoteca rentaria, que nada dicen, en realidad, sobre esa pretendida asunción de deuda (75).

B. Tesis subrogacionista.

A pesar de los argumentos expuestos, la mayoría de la doctrina hipotecarista se muestra partidaria de admitir la transmisión de la deuda con la finca.

Para ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, hay que entender que la hipoteca de renta implica para todo adquirente de la cosa grava-

(73) GOMÁ SALCEDO, *op. cit.*, p. 326.

(74) GOMÁ SALCEDO, *op. cit.*, p. 327.

(75) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 152. Igualmente, para SANZ FERNÁNDEZ, el adquirente en virtud de transmisión voluntaria de la finca hipotecada no se subroga, por ministerio de la ley, en la obligación personal garantizada con la hipoteca, pues los efectos que dicha transmisión produce respecto de la obligación personal no se regulan en el artículo 156 (actualmente 157) de la Ley Hipotecaria, sino que le son aplicables las reglas generales, es decir, la posibilidad de que la transmisión de dominio no suponga asunción de la deuda garantizada. Por lo que, en este punto, pues, no rige la norma prevista para la transmisión judicial, *op. cit.*, pp. 438-439.

da, la *asunción automática*, o de pleno derecho de satisfacer en lo sucesivo, *mientras sea propietario* –obligación *ob rem* (76)–, la correspondiente renta o prestación periódica, quedando, por ende, también liberado para lo sucesivo el propietario anterior, aunque fuese el constituyente del derecho de renta. Así, el propio artículo 157 de la Ley Hipotecaria no se contenta con disponer que la hipoteca subsistirá en su función de garantía de rentas venideras, sino que además añade que el que remate los bienes “los adquirirá con subsistencia... de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento”. Ciertamente –dicen estos autores–, el precepto no habla de subrogación, sino de subsistencia del crédito personal, pero la sola subsistencia de la deuda, de tan lógica, ya se presume, pues puede que se extinga una hipoteca y subsista incólume la obligación personal que la misma garantizaba; por ello, si el artículo 157 no hubiera querido establecer tal subrogación en el débito personal rentario, no hubiera hecho alusión a él (77).

En defensa de este mismo criterio, CABELLO DE LA SOTA aclara que, en realidad, era innecesario añadir que el rematante asumiría la deuda personal, puesto que el artículo 131 de la Ley, reglas 8.^a y 13.^a, ordena esta subrogación en todo caso, sin excepciones, extendiéndola a todo procedimiento por el párrafo segundo del artículo 133 (78). En consecuencia, el citado autor se muestra contrario a la corriente doctrinal que considera regla general, en materia de ejecución hipotecaria, la falta de subrogación del rematante en la responsabilidad personal de la deuda.

En cambio, para RODRÍGUEZ LÓPEZ, la asunción de la deuda hay que buscarla en la interpretación directa del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, porque los artículos 131 y 135 (79) de la misma no implican tal asunción: “... la repetición aparente que comporta el artículo 157 tiene un

(76) Para RODRÍGUEZ LÓPEZ –que es partidario de la naturaleza real del contrato de renta vitalicia–, la fuerza motivadora de la asunción de deuda se encuentra en la propia esencia o naturaleza de la obligación, que es la de pagar una renta vitalicia, y cuyo carácter *propter rem* viene así a destacarse, *op. cit.*, p. 1355. Considera este autor que esta naturaleza atribuida al contrato de renta vitalicia es intuita, en mayor o menor medida, por la doctrina hipotecarista, citando entre la misma a ROCA SASTRE y a CAMY. No obstante, como hemos señalado, estos últimos autores sostienen el carácter inicialmente accesorio de la hipoteca de renta, que tan sólo pierde cuando se transmite el inmueble y se produce la asunción legal de la deuda por el nuevo propietario.

(77) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 763-764. En el mismo sentido, DELGADO DE MIGUEL, *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1993, p. 263. Véase nota 47.

(78) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 145.

(79) Derogado artículo 135.2 LH: “Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha”. Con el mismo contenido aparece ahora el artículo 693.1, 2.º LEC.

nuevo y profundo significado: que en este especial caso sí se produce el fenómeno de la asunción de deuda, y ello tanto si la ejecución se ocasiona por razón de la misma hipoteca de renta, en méritos a pensiones vencidas y no satisfechas, como en los casos en que tenga lugar por causa de cargas posteriores a ella y deba entonces subsistir la hipoteca de renta como gravamen preferente”; añade, además, que de no recoger el fenómeno de la asunción de deuda, el artículo 157 está perfectamente de sobra, pues toda la problemática de la transmisión extrajudicial de una finca hipotecada se contempla con carácter general en el artículo 118 de la Ley (80).

Sin duda, esta es la postura que nos parece más acertada y, por consiguiente, a ella nos adherimos. En efecto, compartimos la opinión de RODRÍGUEZ LÓPEZ sobre la oportunidad de fundamentar la subrogación personal en la deuda exclusivamente en el contenido del artículo 157 de la Ley Hipotecaria. De forma coherente con lo anteriormente sostenido, entendemos que este precepto constituye una norma excepcional en esta materia. De tal modo que, si así no fuera, su aparición entre los artículos de la Ley Hipotecaria resultaría superflua. Si mantenemos que es regla general del procedimiento de ejecución hipotecaria la ausencia de asunción de deuda por el rematante del inmueble ejecutado, la subrogación del adjudicatario en la obligación de pago de las prestaciones periódicas hacia el futuro no es sino consecuencia de una prescripción legal particular: la contenida en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. Igualmente, vano resultaría lo preceptuado en el citado artículo de no recoger un supuesto legal de asunción de deuda, puesto que el caso de transmisión extrajudicial de finca hipotecada —como observa el comentado autor— aparece regulado por el artículo 118 de esa misma Ley.

Así, para el supuesto de enajenación voluntaria, el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, después de disponer que el rematante adquiere los bienes con subsistencia de la hipoteca y de la obligación de pago de la renta hasta su vencimiento, establece que “iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero”. Ello querrá decir que cuando un tercero adquiere la finca gravada la adquirirá, no sólo con la responsabilidad real del pago de las pensiones, sino también con la obligación personal de dicho

(80) Se pregunta RODRÍGUEZ LÓPEZ —*op. cit.*, pp. 1350-1351—: “Si de las reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª del artículo 131 de la Ley se desprende la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores y preferentes a la del actor, considerándose como tales, según el artículo 227 del Reglamento, «los simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor»; si el párrafo segundo del artículo 135 de la Ley declara, como se ha visto, igual subsistencia respecto de los plazos que del crédito ejecutado queden por satisfacer, ¿qué utilidad representa que el artículo 157 prevenga nuevamente idéntica pervivencia? ¿Por qué el legislador ha creído necesaria tal reiteración?”.

pago. Si así no fuera, dice DE LA RICA, “¿cualquiera se atrevería a constituir una de estas hipotecas! Si vende la finca, y por descontado que del precio le han de deducir el importe capitalizado de la pensión; o si, por no poder pagar, le subastan la finca y la adjudican a un postor, que también habrá hecho ese descuento, puesto que la hipoteca va a seguir subsistiendo, y encima ha de quedar con el peso de su responsabilidad íntegra, el negocio será tan peligroso que no habrá quien ose acometerlo” (81).

Desde nuestro punto de vista, este último argumento es el que, de forma más decisiva, debe influir en la admisión de la existencia de subrogación en la deuda, dado que, como ya indicamos en su momento, esta modalidad de hipoteca está pensada, fundamentalmente, para garantizar relaciones obligatorias de larga duración. Por ello, efectivamente, si después de ejecutada la hipoteca, el primitivo deudor de la renta sigue vinculado al acreedor por el pago de las pensiones futuras, el pensionista quedaría en mayor desamparo aún que si no hubiese instado la ejecución hipotecaria, puesto que ahora el deudor ni siquiera podrá extraer las rentas de los eventuales frutos del inmueble que ha perdido. Igualmente, si transmitida la finca a un tercero, el originario deudor, además de serle descontado del precio de venta el valor capitalizado de las pensiones futuras, carece de la posibilidad de extraer aquellos mismos frutos del inmueble que ya no está en su poder, las expectativas de cobro del acreedor se verían considerablemente mermadas, si no anuladas. En consecuencia, ¿de qué le sirve, entonces, constituir esta garantía? (82). Piénsese, además, en la espada de Damocles que pendería sobre el adquirente del inmueble si el primitivo deudor continuara siendo sujeto pasivo de la obligación, puesto que, cada vez que éste dejara de pagar alguna prestación, el acreedor podría ejecutar la hipoteca que sigue pesando sobre la finca.

En la misma línea, entiende BADENAS CARPIO que otra de las razones que apoya la existencia de subrogación reside en el interés del propio acreedor en el cobro de las pensiones, que es el que se trata de proteger; por lo que si se produce la asunción de deuda por parte de un tercero, no es para perjudicar dicho interés, sino para defenderlo; así, el que cambie el sujeto pasivo de la deuda personal, no sólo no perjudica al acreedor, sino que le beneficia, puesto que el deudor originario dejó de cumplir lo que le incumbía (83).

(81) DE LA RICA, *op. cit.*, p. 320. Partidarios de esta postura también se muestran ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1994, p. 323, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

(82) En este sentido, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 765.

(83) BADENAS CARPIO, *op. cit.*, pp. 300-301.

Redundando en esta idea, argumenta RODRÍGUEZ LÓPEZ que si el adquirente voluntario de la finca no se subroga en la obligación de pagar la renta, quiere decir que frente a ella es un tercero, y sólo responderá hipotecariamente de las rentas correspondientes a las dos últimas anualidades y parte vencida de la corriente (art. 114 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, “con la transmisión de la finca, la hipoteca quedará entonces en una situación realmente precaria” (84). La limitación a determinado número de anualidades de intereses –concluyen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL– es una limitación “soportable” para el acreedor cuando de intereses se trata, ya que a éste le queda siempre a salvo la exigibilidad del capital por vía de ejecución hipotecaria; sin embargo, en la hipoteca de renta la pensión es la única y principal prestación a satisfacer, ya que en tal tipo de hipoteca no hay propiamente deuda de capital. De ahí que sea peligroso –advierten estos autores– equiparar a los intereses de un capital, las rentas, pensiones o prestaciones periódicas derivadas de un derecho de renta unitariamente considerado (85).

C. Responsabilidad del adquirente de la finca hipotecada.

Una vez analizadas las principales posturas doctrinales existentes con respecto a la transmisión de la finca hipotecada, la cuestión estriba ahora en determinar los efectos que se derivan de esa transmisión del inmueble, es decir, de lo que se trata es de precisar el alcance de la responsabilidad del adquirente de la finca sobre la que gravita la hipoteca de renta. A este respecto, hemos de distinguir –siguiendo a la doctrina (86)–, dos tipos de subrogación:

1.^a) La del que adquiere el inmueble en caso de enajenación forzosa –rematante o adjudicatario–, cuyo ámbito abarca tanto la responsabilidad hipotecaria como la derivada de la obligación. Entonces, desde la adjudicación, el primitivo deudor queda completamente liberado.

En consecuencia, en el supuesto de que la adquisición se produjera por el titular del derecho de renta, tendría lugar, obvia-

(84) RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1351.

(85) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 766. Igualmente, ya vimos cómo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS proponía la conveniencia de deslindar adecuadamente las prestaciones consistentes en rentas, pensiones u otras prestaciones periódicas análogas, de las prestaciones de intereses (nota 40).

(86) Así, LÓPEZ TORRES, “Subrogación hipotecaria”, *RCDI*, 1948, 1, pp. 10-11; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1352; y ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 762 y ss.

mente, la extinción de la hipoteca por confusión de derechos. SANZ FERNÁNDEZ considera este supuesto como una excepción al principio de subsistencia de la obligación de pago de las futuras pensiones y de la propia hipoteca (87).

Para RUIZ ARTACHO, esta es la fatal consecuencia de la teoría subrogacionista, consecuencia que, en su opinión, es de todo punto inadmisibles. Así —dice este autor—, “si por falta de pago de alguna anualidad el acreedor entabla ejecución y en ella remata o se le adjudica la finca, consignando en el Juzgado el sobrante de su precio o valor después de reintegrado de la cantidad reclamada, ¿se extinguirá la obligación del deudor por confusión de derechos, quedando éste liberado de tener que pagar las pensiones venideras? No creo que haya quien conteste afirmativamente” (88).

Ahora bien, a nuestro parecer, la completa liberación del primitivo deudor no tiene lugar cuando aparece la figura del hipotecante por deuda ajena.

Ya expusimos en otro lugar de este trabajo que parte de la doctrina ha considerado consecuencia ineludible de la aceptación de la transmisión de la deuda con la finca, la imposibilidad de admitir la hipoteca por deuda de otro. Como ya vimos, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL entienden que esta figura no casa adecuadamente con la naturaleza de la hipoteca rentaria (89). No obstante, incluso dentro de la corriente doctrinal que sostiene esta tesis, existen autores que —como también observamos—, no rechazan tal posibilidad (90).

En efecto, también a nuestro modo de ver, del carácter inicialmente accesorio de la hipoteca de renta se desprende la posibilidad de que exista la figura del hipotecante por deuda ajena. La cuestión que se suscita —que fue planteada por DE LA RICA— es la siguiente: partiendo de que la ley impone al rematante, no sólo la subrogación en la responsabilidad real de la hipoteca, sino la subrogación personal de pago de las pensiones o prestaciones, si el obligado es persona distinta al dueño, ¿quedará liberado de

(87) SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 433.

(88) RUIZ ARTACHO, *op. cit.*, p. 225.

(89) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 773.

(90) Así, CABELLO DE LA SOTA insiste en que, en la hipoteca de renta la finca siempre pertenece al deudor, ya que su titular, aunque sea hipotecante por deuda ajena, es considerado deudor en todo caso, por la inseparabilidad de las responsabilidades real y personal, *op. cit.*, pp. 146 y ss.

la obligación? (91). En opinión de RUIZ ARTACHO, el citado autor no se aventuró a responder a la pregunta (92).

Sin embargo, CABELLO DE LA SOTA ofrece perfecta respuesta a la cuestión planteada –sagazmente, dice– por DE LA RICA. Así –explica–, cuando el hipotecante no es el deudor en la hipoteca ordinaria, la responsabilidad real nace disociada de la personal; ésta queda en el deudor, y la real recae directamente sobre el hipotecante, no personalmente, sino como propietario del inmueble gravado. Para que vuelvan a encontrarse, es preciso que el deudor adquiera la finca hipotecada o que el propietario del inmueble asuma la deuda. La unión forzosa de crédito e hipoteca en todo adquirente de la finca, aun cuando al nacer la garantía estuviesen bifurcados, lleva a la consecuencia indeclinable de que el deudor queda liberado respecto al acreedor hipotecario, porque la ley localiza la responsabilidad personal en el adquirente de la finca, de pleno derecho. Pero –y aquí aparece la respuesta del autor a la cuestión de DE LA RICA–, no queda liberado totalmente el deudor, porque responde al hipotecante perjudicado de las pensiones atrasadas que satisfaga. “Tanto en las adquisiciones judiciales como en las voluntarias, el rematante o comprador ha descontado el valor de la carga o retenido su importe del precio del remate o de la compra y es justo que pache con la responsabilidad personal también; a su vez, el acreedor no se ha enriquecido indebidamente, al percibir tan sólo el importe que se le adeudaba. El único pagano ha sido el hipotecante por deuda ajena que pierde el importe de las pensiones vencidas y no satisfechas que garantizaba su finca, aparte de las molestias de la ejecución, en su caso. Y por la parte del deudor, éste se ha enriquecido ilícitamente” (93). Por este motivo –concluye CABELLO DE LA SOTA– el Código civil protege al hipotecante por deuda ajena, subrogándole en el lugar del acreedor o concediéndole las acciones correspondientes.

Sin embargo, hemos de admitir que la figura del hipotecante por deuda ajena no se aviene adecuadamente a la caracterización de la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas. En verdad, aunque nada parece impedir, en nuestra opinión, que un sujeto hipoteque una finca de su propiedad en garantía de una obliga-

(91) DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 213.

(92) RUIZ ARTACHO, *op. cit.*, p. 221.

(93) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, pp. 148-150.

ción de otro, el hecho de que el adquirente del inmueble se subrogue en la posición del deudor de las pensiones hace extremadamente difícil casar de forma idónea ambas instituciones. Así, si el rematante o el tercer adquirente del inmueble han de asumir la obligación del pago de las prestaciones hacia el futuro, poco ofrecerán por la finca en cuestión, dado que, de su propio rendimiento habrán de extraer tales rentas. Esto puede perjudicar tan seriamente al hipotecante por deuda ajena, que la idea de garantizar una deuda de otro con estas características resulta, cuando menos, poco recomendable.

2.^a) La del tercer adquirente de la finca, fuera del procedimiento de ejecución. En este caso, hay que diferenciar entre pensiones vencidas y rentas futuras. Respecto a las primeras, funciona la limitación que establece el último inciso del párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, es decir, el tercero sólo responde dentro del margen de las tres anualidades a que se refiere el artículo 114 de la propia Ley —que habla de los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente—, periodo que, por pacto, podrá ampliarse hasta cinco años. Pero —dicen ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL (94)—, nada impide que, para asegurar rentas debidas no cubiertas dentro del tope del citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pueda el pensionista obtener ampliación de hipoteca —en virtud del art. 115 de la misma Ley—, siempre que se trate de pensiones de que sea deudor el dueño de la cosa gravada sobre la que se pide la ampliación (95). Por tanto, por las pensiones vencidas y no satisfechas, en cuantía superior al límite del artículo 114 de la Ley, que sean anteriores a la adquisición del tercer poseedor, no podrá el acreedor exigir ampliación de la hipoteca (96),

(94) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 769.

(95) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 155. Así también, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL —*op. cit.*, p. 770—, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1353. En contraste con este razonamiento, para CASTILLO MARTÍNEZ la omisión del párrafo tercero del artículo 115 de la LH encuentra una explicación en el punto de vista de referirse únicamente a la situación del tercero, diferenciándola de la situación del sujeto pasivo de la obligación, sobre el que continúa pesando el deber de pago. “A mi juicio —dice esta autora—, el artículo 157 de la LH no habría excluido la remisión al párrafo 3.º del 115, si se hubiera querido incluir la referencia a cualquier otro posible sujeto pasivo de la hipoteca (deudor hipotecario o hipotecante por deuda ajena)”, *op. cit.*, p. 226.

(96) En este sentido, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL —*op. cit.*, p. 770—, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1352. De opinión contraria se manifiesta CABELLO DE LA SOTA —*op. cit.*, p. 147—, para quien la hipoteca no garantiza más que las prestaciones señaladas en el

sino tan sólo podrá hacerlo para asegurar las rentas que venzan durante el señorío dominical de aquél (97). A este respecto, hay que entender –como apunta CABELLO DE LA SOTA–, que el párrafo tercero del artículo 115 de la LH está omitido intencionadamente del artículo 157 de la misma Ley, porque trata el caso de que la finca hipotecada no perteneciera al deudor, y, como ya se ha dicho, se considera deudor al dueño de la finca.

Entiende RODRÍGUEZ LÓPEZ que la responsabilidad por las rentas vencidas y no satisfechas es sólo real o hipotecaria, y para nada obsta a la responsabilidad personal derivada de las mismas, la cual subsiste hasta la prescripción, recayendo sobre el anterior propietario que fue titular de los bienes hipotecados cuando aquellas rentas se devengaron (98).

Contrariamente a esta opinión, creemos que el primitivo deudor queda completamente liberado de responsabilidad respecto de las rentas vencidas y no satisfechas que se encuentren dentro del límite de responsabilidad del adquirente de la finca que marcan los artículos 114 y 115 de la Ley Hipotecaria, puesto que, a tenor del artículo 157.3 de la misma, “... iguales efectos producirá la hipoteca frente a terceros...”. En consecuencia, el antiguo deudor queda –al igual que en el supuesto de ejecución forzo-

artículo 114, y éstas pueden asegurarse conforme al artículo 115 sobre los mismos bienes hipotecados, aunque hayan pasado a manos de otra persona, y sin perjuicio de los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la ampliación. Ha observado también CABELLO DE LA SOTA que lo cierto es que el adquirente responde de todas las rentas impagadas –unas por estar aseguradas por la hipoteca (las más recientes impagadas), y otras por el derecho de ampliación de hipoteca (las más antiguas, siempre que no hayan prescrito, naturalmente)–, durante los últimos cinco años, tope de percepción por la prescripción del artículo 1966 del Código civil. No hay más que un límite: el derecho de ampliación de hipoteca no puede perjudicar a los terceros titulares de derechos reales (que no sean el dominio), inscritos, por disponerlo así el párrafo segundo del artículo 115 de la LH. “En definitiva –concluye este autor–, la hipoteca de rentas normalmente no asegurará más que las prestaciones vencidas durante cinco años; las demás quedarán prescritas”, *op. cit.*, p. 156.

(97) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL –*op. cit.*, p. 769–, explican que aquí se produce una importante diferencia entre la hipoteca de renta y el censo. Así, el censalista puede reclamar por acción real contra la finca gravada el cobro de todas, absolutamente todas, las pensiones atrasadas del censo, aunque la finca haya cambiado de dueño, siendo indiferente que entre ellas haya pensiones que correspondía pagar al ex propietario o censatario anterior, por devengarse durante su dominio. “Si el legislador hubiese deseado otra cosa –argumenta RODRÍGUEZ LÓPEZ–, lo habría manifestado, tal y como ocurre con las pensiones atrasadas de censo, para las que el artículo 116 de la Ley permite al acreedor exigir la ampliación a ellas de la hipoteca «cualquiera que sea el poseedor de la finca censuada»”, *op. cit.*, p. 1354. En sentido contrario, CABELLO DE LA SOTA –*op. cit.*, p. 146–, para quien, en consonancia con la tesis por él sostenida, es evidente la igualdad de trato con el acreedor por pensiones atrasadas de censo del artículo 116.

(98) RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1352.

sa-, completamente liberado de la obligación (99), a no ser que -y aquí estriba la diferencia-, las pensiones vencidas y no satisfechas superen el límite de responsabilidad marcado; es decir, no existiendo pacto que amplíe la responsabilidad del adquirente hasta el máximo de cinco años que permite la Ley, el primitivo deudor responderá de las rentas vencidas y no satisfechas que se devenguen desde el tercer al quinto año anterior a la adquisición, puesto que más allá de esos cinco años las pensiones habrán prescrito. El eventual derecho de repetición del primitivo deudor frente al adquirente dependerá de los acuerdos a los que ellos mismos hayan llegado sobre descuento de la deuda en el precio de la finca.

En cuanto a las rentas futuras, el adquirente de la finca hipotecada responde, tanto personal como hipotecariamente, de todas las pensiones que venzan mientras continúe en la titularidad de la finca, asumiendo, pues, idéntica responsabilidad que el rematante en el procedimiento ejecutivo (100).

D. Inconvenientes de la aceptación de la tesis subrogacionista.

A pesar de los argumentos expuestos, no podemos dejar de observar los serios inconvenientes que proporciona la aceptación de la tesis subrogacionista.

Ciertamente, su admisión contraría reglas elementales de nuestro "Derecho de obligaciones". Así, si se sostiene la transmisión de la deuda con la finca, parece que quiebra el principio de responsabilidad universal del deudor de la renta, como argumentaba algún sector de la doctrina (101). Ante tal eventualidad, podríamos argumentar que lo que ha tenido lugar es, simplemente, un cambio en el sujeto pasivo de la obligación; éste, el nuevo deudor de las pensiones, va a responder, igualmente, con todos sus bienes presentes y futuros hasta la extinción definitiva de la deuda, con lo cual, el principio de responsabilidad universal, se puede decir, tan sólo "se traslada" de sujeto.

(99) En este sentido, LÓPEZ TORRES -*op. cit.*, p. 11-, DE LA RICA -*op. cit.*, p. 320-, y CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 156. Este último autor aún va más allá, pues, al considerar que el tercero al que se refiere la limitación de los artículos 114 y 115 de la LH no es otro que los terceros titulares de derechos reales inscritos, entiende que el adquirente no sólo asume la responsabilidad de la hipoteca, sino la obligación de pago de las pensiones atrasadas, no prescritas, con límite de cinco años, *op. cit.*, p. 156.

(100) En idéntico sentido, CAMY, *op. cit.*, p. 893.

(101) Ver opinión de RUIZ ARTACHO, anteriormente citada, *op. cit.*, p. 224.

Desde este punto de mira, lo que se está primando, en nuestra opinión, desde la óptica subrogacionista, es la protección de los intereses del acreedor. Esto es, el principio de responsabilidad universal del deudor, que formula el artículo 1911 de nuestro Código civil, pretende proteger al acreedor frente a un posible incumplimiento del deudor en el marco de una determinada relación obligatoria. Para ello, el citado precepto hace responder al deudor del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, situación que viene garantizada por la idea de unicidad del patrimonio personal que rige en nuestra legislación: la garantía del acreedor es el patrimonio de su deudor. Pues bien, la tesis subrogacionista, entendemos, no hace quebrar el principio de responsabilidad del deudor, en la medida en que éste no es sino la traducción de la necesidad legal de proteger los intereses del acreedor frente a un posible incumplimiento. En consecuencia, cuando, para garantizar eficazmente esa protección, resulta necesario liberar al deudor primitivo, no se rompe con tal principio si aparece un nuevo deudor que también vaya a responder, con todo su patrimonio, de idéntica obligación frente al acreedor. En definitiva, si el acreedor ve satisfechos sus intereses, resulta indiferente quién soporte el peso de la prestación, a no ser que, obviamente, se trate de una obligación personalísima.

Igualmente, se ha entendido que, a través de la aceptación de la tesis subrogacionista, también parece que se violenta la norma –recogida en el art. 1205 del Código civil–, que exige el consentimiento del acreedor para que se produzca la asunción de deuda. Éste es el argumento comúnmente utilizado por el sector de la doctrina contrario a los efectos subrogatorios que se derivan del artículo 157 de la Ley Hipotecaria. Entendemos que la necesidad de este consentimiento puede ser eliminada por una disposición legal, lo que, de hecho, sucede por medio del artículo 157 antedicho, que ordena la asunción automática de la deuda por el nuevo propietario; y, por otra parte, también podemos afirmar que, conocida por el acreedor la existencia de esta asunción legal, ha de presumirse que las consecuencias que se derivan de la hipoteca de renta son, asimismo, aceptadas por él (102). Existe, por tanto, un asentimiento presunto a la subrogación, desde el momento en que el acreedor, al constituir el negocio, garantiza la prestación vitalicia mediante hipoteca rentaria. La cuestión se complica en el supuesto de constitución unilateral de hipoteca por el deudor de la renta (103). En tal caso, el precitado consentimiento presunto por parte del acreedor habría que entenderlo implícito en la acep-

(102) En este sentido, apoyan este criterio CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 149, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1343.

(103) Esta constitución unilateral podría verse, incluso, como un medio ideado por el deudor para, llegado el caso, poder liberarse de la obligación asumida, “endosándole” la deuda

tación de la hipoteca que, como ya vimos, ha de considerarse —con independencia de las distintas tesis doctrinales respecto a su naturaleza— como *conditio iuris* para que la garantía surta todos sus efectos.

Hemos de admitir, no obstante, que el artículo 157 de la Ley Hipotecaria no exceptiona de forma expresa la necesidad de consentimiento que exige el artículo 1205 del Código civil —lo que sería de esperar de una norma que “choca” con elementales reglas del propio Código—, sino que tal conclusión simplemente la deducimos de la letra de la ley.

De la asunción de la deuda por el adquirente se deriva la indeseable consecuencia de la completa liberación del primitivo deudor, que parece ser premiado ante la falta de cumplimiento de la obligación que le correspondía. Sin embargo, nuestra toma de postura se encamina a proporcionar al acreedor de las pensiones la máxima garantía en la obtención de su crédito; esta circunstancia desplaza al hecho de que la liberación del deudor casi no resulte de recibo. En efecto, creemos que el legislador está primando el interés del acreedor al permitir la asunción de la deuda por el adquirente, puesto que pretender que el primitivo deudor siga respondiendo de una deuda que ya dejó incumplida —y ahora sin contar con los rendimientos de la finca—, resulta ilusorio, además de poco efectivo para el pensionista o acreedor de las prestaciones.

Pero, por otra parte, la liberación del deudor puede provocar que no exista persona alguna que, en la subasta, se arriesgue a adquirir una finca gravada con la carga de la renta o prestación periódica, temporal o, especialmente, vitalicia; o bien, que el deudor —como dice GOMÁ SALCEDO—, para quedar libre de un error de cálculo, encuentre a cualquier insolvente que le compre el inmueble (104).

En nuestra opinión, todos estos inconvenientes que se derivan de la configuración de la hipoteca de renta, ya sea conforme a la tesis subrogacionista, como según la corriente contraria, han coadyuvado de forma particular a que la utilización en el tráfico jurídico de esta forma de garantizar el crédito rentario no resulte palpable en modo alguno.

a un tercero. En este sentido hablaba GOMÁ SALCEDO —*op. cit.*, p. 326, como vimos— de la “puerta abierta al fraude”, refiriéndose a los inconvenientes de la asunción automática de la deuda por el adquirente de la finca.

(104) GOMÁ SALCEDO, *op. cit.*, p. 326.

VI. Extinción de la hipoteca rentaria

Esta modalidad de garantía hipotecaria desaparece por las causas generales de extinción de la hipoteca ordinaria, si bien existen ciertas formas extintivas que presentan algunas particularidades dignas de ser reseñadas. Entre ellas, tres supuestos merecen especial atención, por su especial dificultad cuando estas causas se refieren a la hipoteca de renta.

A. Cancelación de la hipoteca rentaria.

El artículo 157 de la Ley Hipotecaria dispone un problemático supuesto de cancelación automática de la garantía, al permitir la extinción de la hipoteca por haber terminado el derecho de renta temporal o vitalicia garantizada. En efecto, establece el último párrafo de este precepto: “salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones”.

El legislador, a través de esta norma, se pronuncia a favor de la cancelación automática de la inscripción en el caso de la hipoteca de renta, si bien parece que lo hace de forma poco convincente. Así, aunque el artículo 157.4 permite la cancelación de la hipoteca sin consentimiento voluntario o suplido del acreedor –pues procede cancelar la inscripción cuando conste en el Registro que ha vencido la última pensión o prestación–, también establece una serie de condiciones para que esto pueda tener lugar. De tal manera que la cancelación automática sólo es posible: si no existe pacto en contrario, si han transcurrido al menos seis meses desde el vencimiento de la última pensión y si no existe asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de las pensiones o prestaciones (105).

Superados estos condicionamientos, el registrador procederá a la cancelación de la hipoteca siempre que lo solicite el “titular” de la finca hipotecada (106), acompañando la escritura en cuya virtud se hubiese

(105) Por ejemplo –dice CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 169–, una anotación de embargo.

(106) A este respecto, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL entienden que hubiese sido más justo conceder esta facultad, no sólo al titular del inmueble, sino a cualquier titular inscrito de un derecho real sobre el mismo, *op. cit.*, p. 778, nota 2. Por su parte, CABELLO DE LA SOTA puntualiza que, aunque no puede solicitar la cancelación el titular de un derecho real inscrito, pues este precepto hay que interpretarlo con carácter restrictivo, como titular del

hecho la inscripción –si resultare de ella que el derecho ha caducado o se ha extinguido, según dispone el artículo 174 del Reglamento Hipotecario–, y adjuntando, si la renta fuere vitalicia o condicional, el certificado o documento adecuado que acredite la defunción del pensionista –o persona, en su caso, sobre cuya vida se estipuló la renta– o el cumplimiento del evento o condición del cual dependa la extinción del derecho de renta (107).

Puede decirse que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de junio de 1933 fue precursora directa de este sistema de cancelación automática para la hipoteca de renta, confirmado con posterioridad por el artículo 157 de la Ley Hipotecaria que, como sabemos, fue introducido en nuestra legislación con posterioridad a aquella fecha, en la reforma de esta Ley de 1944.

Efectivamente, la citada resolución (108) recoge el supuesto de varias hipotecas constituidas en garantía de determinados legados de pensiones vitalicias. Una vez fallecidos todos los legatarios, los propietarios de las fincas sobre las que pesaban las hipotecas acuden al Registro de la Propiedad, acompañando certificados de defunción de aquéllos, con la intención de cancelar los mencionados gravámenes. El registrador deniega, entre otras razones, la cancelación por entender que, “constituida una hipoteca en garantía de una pensión, por su carácter accesorio, no procede cancelarse hasta que conste en el Registro extinguida la pensión”. Los propietarios interpusieron recurso gubernativo contra la calificación anterior alegando que, al extinguirse la pensión vitalicia por la muerte del titular del derecho, al constituirse la hipoteca se exigía únicamente para su cancelación la presentación del certificado de defunción acreditativo de la extinción del derecho.

A pesar de ello, el registrador alegó –muy acertadamente, en nuestra opinión– en defensa de su nota que, aunque los derechos vitalicios ter-

inmueble ha de entenderse también el nudo propietario, el usufructuario, el dueño del dominio directo y el dueño del dominio útil, *op. cit.*, pp. 169-170. Por el contrario, para RUIZ ARTACHO sí podrá solicitar la cancelación el titular de un derecho real inscrito, *op. cit.*, p. 226.

(107) Señala CABELLO DE LA SOTA que la forma de solicitar la cancelación es totalmente libre: puede hacerse mediante escritura pública, instancia con firma legalizada, legitimada o ratificada ante el registrador; o simplemente presentando el documento justificativo que corresponda y haciendo la petición verbalmente al extenderse el asiento de presentación en el Diario; aunque esto último se ha aceptado jurisprudencialmente, conviene escritura pública o instancia. En el caso de condición, cuando ésta no pueda acreditarse con documento fehaciente, no cabe esta forma de cancelación, *op. cit.*, p. 170. También indica RUIZ ARTACHO que no debe exigirse escritura pública puesto que, al hablar el precepto de solicitar, se trata de una instancia dirigida a un funcionario, *op. cit.*, p. 226.

(108) RDGRN de 30 de junio de 1933 (Colección Legislativa de España. Jurisprudencia Civil. Primer semestre, III, 1933, n.º 411, pp. 787 y ss.).

minan con la muerte del beneficiario, “la hipoteca que garantiza el *cumplimiento* de esos derechos es *independiente del hecho*, garantiza el cumplimiento, el valor, puesto que el fin de la hipoteca es garantizar el abono de todas las pensiones en el tiempo que ha existido el derecho”; por lo que, para cancelar la hipoteca es necesario, o que se justifique el pago de la pensión o que los herederos de los pensionistas consientan en la cancelación. El Presidente de la Audiencia revocó la nota.

La Dirección General de los Registros confirmó el auto apelado por el registrador considerando que, atendiendo a lo preceptuado en la legislación hipotecaria, procede la cancelación de una inscripción cuando quede extinguido el derecho por resultar, de la misma escritura inscrita o de otro documento fehaciente, que el derecho ha caducado o se ha extinguido. Y así, “extinguido por completo el derecho a percibir las pensiones por muerte de las pensionistas, al extinguirse la obligación principal, desaparece la accesoria o de garantía, que es la hipoteca, y cuando las inscripciones carecen de vida y eficacia en el orden hipotecario, la ley debe facilitar su formal cancelación”. Además, considerando que en la escritura de constitución de las hipotecas en garantía del pago de pensiones objeto de este recurso, se puso la condición de poder cancelarlas con la sola presentación de los certificados de defunción de las pensionistas en el Registro de la Propiedad, debe entenderse que tal requisito se ajusta a la doctrina legal expuesta, por tener las mencionadas certificaciones el carácter de “documentos fehacientes”.

A nuestro modo de ver, la cuestión no aparece tan clara como pretendía la Dirección General de los Registros en 1933. Ciertamente es que la muerte de las pensionistas determinó la extinción de la relación obligatoria de renta vitalicia, pero también lo es que su fallecimiento no ha de producir necesariamente la extinción del derecho al abono de las pensiones, a no ser que éstas hubiesen sido ya completamente satisfechas. En consecuencia, si quedan todavía pensiones por satisfacer, debe subsistir la hipoteca que garantizaba su pago. Verdaderamente, nada claro debió parecer este asunto al legislador de 1944, cuando decidió redactar el párrafo cuarto del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, refrendando así legalmente, para la hipoteca de renta, la posibilidad de cancelar su inscripción sin consentimiento del acreedor de las pensiones.

Hemos de entender, sin embargo, –siguiendo la opinión de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL–, que el criterio de la cancelación automática no se adapta a este tipo de hipoteca, donde la llegada del día o la muerte del pensionista provocará la extinción automática del derecho de renta, pero no la caducidad de la hipoteca que lo garantiza, puesto que ésta se estableció para asegurar el pago de todas las pensiones devengadas que resultaren insatisfechas y, por tanto, debe subsistir mientras estas

pensiones se hallen pendientes de pago (109). Precisamente, cuando existan pensiones vencidas y no pagadas es cuando la hipoteca debe desplegar su juego y conviene, por ello, que no sea cancelada. En especial, en una relación de renta vitalicia, resulta particularmente importante para el supuesto en que el pensionista no coincida con la persona cuya vida se tomó como referencia de la obligación, puesto que el fallecimiento de ésta podría llevar consigo la cancelación de la garantía de pago de las pensiones que, tal vez, todavía queden por satisfacer, no ya a los herederos del pensionista, sino al propio beneficiario de la renta.

En consecuencia, como proponen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, sería conveniente pactar —como admite el propio artículo 157—, un plazo mayor que el de seis meses para que la extinción tenga lugar (110). A este respecto, hay que tener en cuenta el artículo 248 del Reglamento Hipotecario, que en su párrafo cuarto prohíbe que se estipule un plazo para la cancelación de esta hipoteca mayor de cinco años.

B. La prescripción.

Al hilo de la argumentación anteriormente expuesta, también ofrece peculiaridades la extinción de la hipoteca por prescripción, ya que se puede distinguir entre el derecho de renta en sí —cuyo plazo de prescripción es de quince años— y el derecho a cada pensión singularmente con-

(109) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 777-779. Igualmente, CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 171. Quizás, por ello, el artículo 6.2 de la Ley de Pensiones periódicas de Cataluña dispone que las hipotecas constituidas en garantía del censal no prescriben mientras no prescriba éste. Sin embargo —dispone el segundo inciso—, puede pactarse la extinción de la hipoteca. En este caso, pues, se ha adecuado legalmente la prescripción de la hipoteca al plazo de prescripción del censal, que, como derecho de crédito que es, debe ser de quince años.

(110) Explican ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL que es justo poder ampliar convencionalmente los insuficientes seis meses que fija el artículo 157 de la ley, “ya que este último plazo impone gran celeridad por parte del titular de la hipoteca de renta en reclamar las pensiones debidas, pues si no quiere encontrarse con la hipoteca cancelada no sólo debe promover el oportuno procedimiento reclamándola, sino procurar que la incoación de éste conste en el Registro dentro de dichos seis meses”, *op. cit.*, p. 779. Asimismo, CABELLO DE LA SOTA critica el plazo de seis meses establecido legalmente. En su opinión, desde el momento en que la prestación no prescribe hasta los cinco años que marca el artículo 1966.3 del Código civil, y que la acción hipotecaria tampoco prescribe hasta los veinte años, es “extraño que la hipoteca pueda cancelarse dentro de los seis meses desde el vencimiento de la última pensión. Es demasiada precipitación, pues aunque la Resolución de 30 de junio de 1933 afirme que «cuando las inscripciones carecen de vida y eficacia en el orden hipotecario, la Ley debe facilitar su formal cancelación», creo que la inscripción en este caso no carece de vida y eficacia; garantiza el pago de las pensiones atrasadas durante cinco años y debe subsistir en tanto no se hayan pagado todas las pensiones no prescritas. Algo suaviza el pacto en contrario esta precipitación, lo que hace fácil profetizar que este pacto en contrario se convertirá en cláusula de estilo, si arraiga en la práctica la hipoteca rentaria”, *op. cit.*, p. 171.

siderada, que prescribe a los cinco años. La cuestión que surge es cómo se adapta la prescripción veintañal de la hipoteca en general, a la hipoteca rentaria. Siguiendo a ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, existen dos posibilidades de interpretación: a) entender que la hipoteca de renta prescribirá a los veinte años contados desde el último pago de la pensión o renta singular, y por el transcurso de cinco años a contar de su vencimiento respectivo en cuanto a cada pensión o renta; y b) entender que la prescripción de la acción hipotecaria opera respecto de cada renta o pensión singular, por el transcurso de veinte años desde su devengo, y la prescripción de la hipoteca en sí sólo por *usucapio libertatis* (111).

Aunque para estos autores este último es el mejor sistema –si bien reconocen que dominará el primero–, parece ser intención del legislador acortar, en lo posible, la vida de la garantía hipotecaria. Por ello, prevé el supuesto de cancelación automática de la hipoteca de renta a los seis meses del vencimiento de la última pensión o prestación, plazo que, bajo ningún concepto, es ampliable, por acuerdo de las partes, más allá de cinco años. No obstante, ningún precepto establece expresamente que la acción real hipotecaria, para esta hipoteca, prescriba al mismo tiempo que la acción personal, para exigir el pago de cada renta o pensión. Así, puede perfectamente defenderse –sin caer en contradicción– la coexistencia del plazo de prescripción de veinte años para la acción hipotecaria y el de cinco para el ejercicio de la acción personal de cada renta o pensión, al igual que resulta compatible ese plazo veintañal de la garantía real, con el quincenal de las acciones personales que no tengan señalado plazo especial de prescripción (112). En consecuencia, aunque –como observan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL– el artículo 128 de la Ley Hipotecaria está pensado para el supuesto de hipoteca de capital y no de renta, “nada impide que se estime que a cada vencimiento de renta o pensión surge una acción hipotecaria que prescribirá respectivamente por el transcurso de veinte años sin ejercitarla” (113),

(111) Así, CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 171. También ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL entienden que éste es el sistema dominante, si bien sería preferible aquel en que la prescripción de la acción hipotecaria operara, respecto de cada renta o pensión singular, por el transcurso de veinte años desde su devengo, y la prescripción de la hipoteca en sí, sólo por *usucapio libertatis*, *op. cit.*, p. 780.

(112) Explican Díez-PICAZO/GULLÓN que esta contradicción “se puede salvar estimando que en los créditos con garantía hipotecaria el plazo de su prescripción se alarga hasta los veinte años, pero una vez pasados quince, el acreedor sólo dispone hasta los veinte de la acción real hipotecaria, es decir, la responsabilidad del deudor se limita a la cosa gravada y no a otros bienes de su patrimonio”, *Sistema...*, cit., vol. III, Madrid, 1997, p. 553.

(113) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 780. Por el contrario, entienden de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que la opinión de estos autores no es acertada, pues la acción hipotecaria se extingue cuando se extinga el crédito –por ejemplo, por prescripción–, por lo

periodo que se aplica también, en nuestra opinión, al supuesto de la última prestación. Esta conclusión se justifica por el especialísimo funcionamiento de la hipoteca rentaria, que permite que la garantía subsista, aun después de ejecutada la hipoteca ante el impago de alguna prestación, para garantizar las pensiones que resten por cumplir. Así, en buena lógica, el plazo de prescripción de cada renta singularmente considerada debe ser el mismo que el de la última prestación, pues, a falta de capital garantizado, nada justifica que se les dispense un trato dispar.

El hecho de que la hipoteca que garantiza cada renta o pensión prescriba a los veinte años no impide, sin embargo, que la transmisión del inmueble a un tercero perjudique, en cierta medida, al acreedor de las prestaciones periódicas. Así, en virtud de lo sostenido en el capítulo anterior, si al enajenarse la finca existen pensiones vencidas y no satisfechas desde seis o más años anteriores a la adquisición por el tercero, el acreedor tendría frente a éste acción real y personal tan sólo por las pensiones que entren dentro del límite de los artículos 114 y 115 de la Ley Hipotecaria, pero más allá de esos cinco años, la garantía del pensionista quedaría diluida por la prescripción quinquenal de la acción, en este caso personal, con la que cuenta frente al primitivo deudor.

C. Ejecución de hipoteca preferente.

Aunque, como ya indicamos al inicio de este trabajo, la ejecución de la hipoteca de renta no lleva consigo, por regla general, la extinción de la garantía —circunstancia que la distingue de manera esencial de la hipoteca de capital—, hay casos en que la hipoteca rentaria ha de cancelarse forzosamente al producirse la ejecución. Esto tiene lugar cuando se ejecuta una hipoteca anterior o preferente. Igualmente, aunque por otras razones, la hipoteca también se cancelaría por expropiación forzosa de la finca hipotecada.

En ambos casos —como señala CABELLO DE LA SOTA—, nos encontramos ante la necesidad de señalar el valor de la hipoteca, así como el destino del capital obtenido por la valoración. Asimismo, resulta necesario valorar la hipoteca, cuando se ejecute una hipoteca posterior o se ejecute la propia hipoteca de renta. En estos supuestos —explica el citado autor—, su valor hay que deducirlo del importe del remate, bien por el propio rematante en el procedimiento sumario hipotecario o por el Juzgado en el trámite de liquidación de cargas del artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la hipoteca de renta, por quedar sub-

que, en cuanto a cada pensión, la acción prescribe a los cinco años y no a los veinte, *op. cit.*, p. 286.

sistente tras la ejecución, ha de equipararse a las cargas anteriores (114).

La falta de solución expresa, por parte del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, a estas cuestiones ha sido vista por la doctrina como uno de los más graves errores cometidos en la redacción de este precepto por la reforma de la Ley de 1944 (115). En opinión de CABELLO DE LA SOTA, los problemas que suscita este vacío legal se podrían haber evitado –como ya vimos– si se hubiera estatuido, al modo como lo establece el art. 788 del Código civil, que la hipoteca de renta debía ser, no sólo suficiente, sino también primera. “Claro que –concluye este autor– en todo caso no están previstos, ni antes ni ahora, los casos de ejecución por la hipoteca legal del Estado, por ejemplo, ni los de expropiación forzosa por causa de utilidad pública” (116).

Al no existir solución legal o reglamentaria, CABELLO DE LA SOTA se aventura a buscarla a través de la analogía o por simples deducciones.

Así, en cuanto a la valoración de la hipoteca, para este autor no procederá realizarla:

1.º) Cuando el constituyente o los constituyentes hayan fijado el capital de la pensión en la escritura o testamento.

2.º) Cuando este capital pueda deducirse del contrato que dio origen a la obligación, como en los casos de rentas vitalicias (117), hipotecas de amortización o en garantía del pago del precio aplazado.

(114) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 162. (Debe referirse el autor a los arts. 1.511 y ss. de la antigua LEC). Hay que tener en cuenta a este respecto la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, donde la aprobación del remate y el destino de los depósitos aparece regulada en los artículos 650 y ss., para el caso de los bienes muebles, y 670 y ss., para los inmuebles.

(115) Así lo entiende CABELLO DE LA SOTA –*op. cit.*, p. 162–, para quien puede inculparse de igual error a la Comisión redactora del Proyecto de Reglamento Hipotecario, aunque aclara que “la Comisión del Reglamento se ocupó detenidamente de éstas y otras muchas cuestiones, que no insertó en el articulado del Proyecto por predominar el criterio de que se entra- ba en terreno vedado, propio del legislador o de la Autoridad judicial”. En su opinión, sin embargo, era conveniente invadir ese terreno, afrontando la posibilidad de que la autoridad judicial rechazara la solución propuesta, por dos razones fundamentales: primera, que como el juez tiene que fallar a pesar del silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, no está de más señalar caminos en los Reglamentos interpretativos o complementarios de las Leyes; y segun- da, que la práctica demuestra que en muchos casos el más Alto Tribunal ha tenido en cuenta preceptos reglamentarios para fundar sus decisiones, como complementarios de los preceptos legales, e incluso citando resoluciones del Centro Directivo, *op. cit.*, pp. 162-163. Por su parte, para ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, esta cuestión constituye una de tantas lagunas del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, *op. cit.*, p. 681.

(116) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, pp. 95-96.

(117) En este caso se hará –dice CABELLO DE LA SOTA– teniendo en cuenta el número de años transcurridos y los que han de transcurrir hasta la extinción, según la edad del pen- sionista y las tablas del Instituto Nacional de Previsión o del Impuesto de Derechos reales, *op. cit.*, p. 163, nota 105. No obstante, debemos observar que la valoración así realizada tan sólo puede ser aproximada, dada la aleatoriedad que caracteriza el contrato de renta vitalicia.

3.º) Cuando la pensión tenga determinado exactamente el plazo de duración, porque entonces basta con multiplicar una anualidad por el número de años correspondiente.

4.º) Cuando el problema queda al arbitrio del rematante que ha de subrogarse en la obligación, porque es un problema personal suyo que resolverá como tenga por conveniente.

En cambio —concluye este autor— sería imprescindible la valoración en el supuesto de pensión vitalicia que no traiga origen de contrato de renta vitalicia o cuando la duración sea indeterminada (118).

En opinión de este autor, por tanto, tan sólo en estos dos supuestos sería necesario realizar una valoración. Se nos plantea, sin embargo, una duda: ¿a qué se refiere CABELLO DE LA SOTA cuando habla de pensiones vitalicias que no tengan origen en un contrato de renta vitalicia? Como ya señalamos, una pensión vitalicia puede surgir de muy diversas fuentes, como un seguro de vida, unos planes de pensiones, o una indemnización por daños; pero, en estos casos, no vemos que pueda existir diferencia alguna a la hora de valorar el montante de la prestación. Tal vez se refiera —entendemos— a supuestos de prestaciones vitalicias de hacer, como las que conllevaría, por ejemplo, la realización de un contrato de vitalicio de alimentos.

Puesto que no hay solución legal, hay que concluir, con CABELLO DE LA SOTA, que la cuestión queda al arbitrio del juez (119).

Por lo que se refiere al destino del capital obtenido por la valoración, en virtud de la regla 16.ª del derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, una vez ejecutada la hipoteca preferente y pagado el crédito del actor, el sobrante se entregaría a los acreedores posteriores o a quien

(118) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 163. Pues bien, en estos casos de imposibilidad de realizar una valoración de la hipoteca, SANZ FERNÁNDEZ —*op. cit.*, p. 435—, ha señalado los procedimientos más corrientes de valoración y sus inconvenientes: 1.º) Sumar el importe de las pensiones de tres años y considerar la suma como valor de la hipoteca (habría que agregar la cantidad señalada para costas); 2.º) Capitalizar la pensión por el tipo de la renta líquida que produzca la finca subastada (no dice si esta renta líquida es la real o la catastral); 3.º) Capitalizar por las reglas relativas al impuesto de Derechos reales, es decir, capitalizar una anualidad al cuatro por ciento, tomando del capital resultante aquella base que corresponda a la edad del pensionista (es difícil de aplicar cuando el evento o condición no sea la edad del pensionista); 4.º) Capitalizar multiplicando el que corresponda a cada peseta de pensión anual, según la edad del pensionista y las tablas aprobadas por el Instituto Nacional de Previsión, por el número de pesetas en que la pensión consista. Para este autor, la tercera propuesta es la solución más idónea, cambiando la capitalización al uno por ciento por la capitalización por el tipo de la renta líquida de la finca, si bien, para CABELLO DE LA SOTA, tiene también el inconveniente de que, si se acepta la renta líquida catastral acaso no haya correspondencia con la renta real, ya que ésta es imposible de averiguar en la mayoría de los casos, *op. cit.*, p. 164.

(119) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 164.

corresponda, constituyéndose entretanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto. En parecidos, aunque no idénticos términos, dispone el artículo 654 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que el precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado la ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que finalmente se deba al ejecutante y del importe de las costas de la ejecución.

Por tanto, hay que determinar el posterior destino de esa cantidad. En opinión de CABELLO DE LA SOTA, pueden darse cuatro situaciones:

1.^a) Que los contratantes o el constituyente hubiesen previsto el destino del capital, en cuyo caso tan sólo cabe cumplir lo estipulado.

2.^a) Que se llegue a un acuerdo entre deudor y acreedor para distribuir el importe del depósito. Este convenio, aunque no lo autorizase el constituyente, sería válido como regla general —en opinión de este autor— por ser caso de fuerza mayor y no existir perjuicio de tercera persona, pues si se tratase de pensiones a favor de diferentes personas sucesivamente, en cada caso sería distinta la solución. Probablemente —dice— por la cuenta que a los interesados tiene resolver la situación, se llegará a un acuerdo de voluntades.

3.^a) Dejar intacto el depósito para responder de las pensiones vencidas y no satisfechas, hasta agotarse por sucesivos pagos. Para CABELLO DE LA SOTA, esta solución tiene serios inconvenientes, tanto por la depreciación de la moneda, como por la falta de retribución o interés al propietario del depósito, que es el deudor. Sin embargo —concluye—, ante el silencio de la Ley, ésta parece ser la solución más legal, a falta de previsión o convenio de los interesados, dado el tenor literal del párrafo segundo del artículo 127 de la Ley Hipotecaria, refiriéndose a la obligación a plazos: “Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes”.

4.^a) Inversión del importe del depósito en Valores del Estado, con el interés más favorable, para evitar la inmovilidad del capital. Esta solución, sin embargo, no cabe más que por disposición legal, circunstancia ésta que no se ha dado, aunque con ella queden más garantizados los derechos de ambos interesados (120).

A nuestro parecer, encontramos acertada la postura de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNIL, según la cual, aunque, evidentemente, prevalecerá lo que los interesados acuerden en el momento de disponer del

(120) CABELLO DE LA SOTA, *op. cit.*, p. 165.

depósito o hayan previsto al constituirse la hipoteca, en su defecto, “parece que lo procedente es que el pensionista pueda exigir del deudor de la renta que *invierta dicho importe o capital en valores seguros rentables o constituya nueva hipoteca, adecuada al capital resultante*” (121).

VII. Utilización y ámbito de aplicación de la hipoteca de renta

A. La renta vitalicia.

Las innegables dificultades que es necesario salvar a la hora de construir los elementos configuradores de la hipoteca de renta y las consecuencias prácticas de su constitución, hacen que esta modalidad de garantía hipotecaria casi brille por su ausencia en la realidad del tráfico jurídico. Por ello, como adelantábamos al inicio, la figura perfilada en el artículo 157 de la Ley, a través de la reforma de la legislación hipotecaria, no vino a dar respuesta satisfactoria a las expectativas creadas en el ámbito doctrinal y aun en la propia Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Cuando tratamos del nacimiento de la hipoteca rentaria, apuntábamos que lo más usual sería que ésta surgiera a raíz de un acuerdo introducido por las partes en un típico contrato de renta vitalicia, como forma de garantizar el cumplimiento de la obligación que corresponde al deudor de las pensiones. La introducción de esta garantía en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria vendría a suponer un refuerzo para la posición del acreedor o pensionista, que, en principio, se ve imposibilitado para resolver el contrato ante el impago de la renta por virtud de lo establecido en el artículo 1805 del Código civil. Sin embargo, la constitución de este tipo de hipoteca es relegada a un segundo plano por los contratantes, que bien suelen introducir en el negocio, con preferencia, una cláusula resolutoria expresa por impago de las pensiones (122), o bien, a cambio de la renta vitalicia, acuerdan la transmisión de la nuda propiedad del inmueble, reservándose el usufructo el acreedor o rentista, o viceversa (123). A falta de acuerdo al respecto, la constitución de hipoteca de renta podría tener lugar a través de una sentencia judicial cuando, mediante el ejercicio de la acción que concede el artículo 1805 del Código civil, ante el incumplimiento de pago, el juez determine de este modo el aseguramiento de las rentas futuras.

(121) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 781.

(122) Supuesto de la STS de 23 de abril de 1998 (RJA 2599).

(123) Así, en los casos de la STS de 19 de mayo de 1997 (RJA 3887) y la de 11 de julio de 1997 (RJA 6152).

A pesar de las nuevas construcciones negociales que los particulares han elaborado en las últimas décadas teniendo como base la adquisición de una prestación de por vida, la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, tal como la configura el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, tampoco ha sido vista como el mecanismo más idóneo a los efectos de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones de tracto sucesivo. Así, la hipoteca de renta no es utilizada para garantizar pensiones vitalicias nacidas de contratos de seguro de vida o de planes de pensiones, si bien hay que reconocer que en este tipo de negocios de previsión el incumplimiento no es frecuente y la legislación ofrece, según los casos, otros mecanismos de protección del afectado.

B. El contrato de vitalicio de alimentos.

Merece, sin embargo, especial atención el contrato de vitalicio. Las notas con las que hemos caracterizado a la hipoteca rentaria, no casan adecuadamente con la naturaleza, en este caso personalísima, de la prestación que corresponde al cesionario. Aunque *a priori* hayamos aceptado la posibilidad de constituir esta hipoteca en garantía de cualquier tipo de prestación (124), siempre que sea periódica, el carácter, en la mayoría de los casos, marcadamente personal de la obligación del alimentante se resiste a permitir tal constitución. Así, adquirida la finca por un tercero, difícilmente pueda admitirse que éste haya de asumir la prestación de hacer en que consistía la obligación del originario deudor. No obstante, habrá que tener siempre en cuenta los acuerdos de las partes, especialmente respecto a la diversidad de la prestación –si admite cumplimiento por equivalente en metálico– o sobre la posibilidad de sustituir a la persona del deudor (125).

A este respecto, señala DELGADO DE MIGUEL (126) que nada impide –pues el artículo 118 de la Ley Hipotecaria no las excluye expresamente–, que las obligaciones de carácter personalísimo se garanticen con hipote-

(124) “Normalmente –dice DELGADO DE MIGUEL–, este tipo de hipotecas están vinculadas a la efectividad o desarrollo de las prestaciones onerosas de tipos variados de contratos. No constituyen un fin en sí mismas. Los contratos que le sirven de causa admiten una variedad grande en su contenido y qué duda cabe que las contenidas en los contratos de venta a cambio de alimentos se encuentran entre ellas”, *op. cit.*, p. 264.

(125) En esta modalidad de negocio, las partes suelen introducir en el clausulado contractual, bien la transmisión *mortis causa* de la obligación a los herederos del deudor –supuestos de las SSTs de 13 de julio de 1985 (RJA 4305) y de 2 de julio de 1992 (RJA 6502)–, o bien la conversión de la prestación personal del vitalicio en una renta vitalicia en metálico (caso de la STS de 16 de diciembre de 1953). Por su parte, la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia prevé, en su artículo 97, que la obligación del deudor de la prestación alimenticia será transmisible a sus herederos o legatarios.

(126) DELGADO DE MIGUEL, *op. cit.*, pp. 271-272.

ca, y se resuelva su incumplimiento con la correspondiente indemnización que acompaña a la falta de cumplimiento de las obligaciones de hacer. Esta indemnización, que lógicamente se resolverá en metálico, puede incluso pactarse en el propio contrato. Por ello —dice este autor—, hay que distinguir, a efectos de garantía hipotecaria, dos aspectos distintos de las relaciones obligacionales creadas: a) la posibilidad de que sea garantizada con hipoteca esa obligación; y b) la posibilidad de reducir la prestación a una cantidad dineraria, lo que no planteará problemas en las prestaciones específicamente alimentarias, pero sí en las que impliquen un *facere*, cuyo incumplimiento se resolverá en una indemnización de daños y perjuicios, ya que su cumplimiento específico sólo puede garantizarse indirectamente, siendo su encaje más adecuado el de las hipotecas de seguridad, especialmente las de máximo (127).

La hipoteca de máximo —explican ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL— es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios (128). De tal modo que, tal como dispone la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1945, esta modalidad de hipoteca aparece como un derecho real constituido para asegurar el pago de obligaciones, variadísimas y determinadas en sus líneas generales, pero sin garantizar la existencia, exigibilidad, importe y vencimiento de los respectivos créditos, de tal manera que el principio de publicidad o la fe pública del Registro sólo es aplicable al derecho de hipoteca, cuya vigencia y alcance autentiza la inscripción, mientras que el derecho de crédito colocado a su amparo, vive, se modifica y extingue conforme a los preceptos del Derecho civil y mercantil (129).

El hecho de que en la hipoteca de máximo se responda de una cantidad que no será determinada hasta la ejecución —siempre que ésta se halle dentro de la señalada como máximo para constituir la—, tal como

(127) En este sentido, DORAL señala que, dentro de la hipoteca de seguridad, ofrece mayor interés la de máximo, pues las características de esta hipoteca sugieren indudables ventajas, ya que ese máximo no es un límite del crédito sino de responsabilidad hipotecaria, "Pactos en materia de alimentos", *ADC*, 1971, t. XXIV, p. 396. Para CHILLÓN PEÑALVER —*op. cit.*, p. 350—, la hipoteca de máximo se acomoda mejor a las características del vitalicio que la hipoteca de renta, pero, con todo, ello no deja de ser un planteamiento teórico, pues no se conoce ningún caso en que se haya establecido; además, la hipoteca de máximo carece de regulación global en nuestro Derecho, lo que, a su vez, vendría a sumarse a la falta de regulación del contrato de vitalicio.

(128) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 789.

(129) RDGRN de 5 de febrero de 1945 (*RGLJ*, Colección legislativa de España, 1946, t. IX, n.º 54, pp. 423 y ss.).

sucede en la hipoteca de seguridad, no confunde ésta con aquélla, aunque los tratadistas de Derecho hipotecario incluyan la hipoteca de máximo dentro del ámbito de la hipoteca de seguridad (130). Como pone de manifiesto CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, en la hipoteca de máximo, la obligación garantizada ha surgido desde el mismo instante que la hipoteca, mientras que en las de seguridad no surge hasta que nazca la obligación de indemnizar, la cual puede derivarse o no de una obligación no dineraria a la que se refiera. En la de máximo, el importe de la obligación real es variable desde su nacimiento; en tanto que en las de seguridad no puede existir variabilidad alguna, puesto que, cuando surja la obligación de indemnizar, lo será ya con la indicación precisa de la cantidad (131).

Por su parte, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL (132) incluyen, dentro del amplio marco de la hipoteca de seguridad, las hipotecas por obligaciones futuras, debido a que aquel tipo de hipoteca sólo asegura indirectamente el cumplimiento específico de las prestaciones, pero no directamente, ya que ello sólo puede hacerlo respecto de la percepción de una cantidad. La seguridad, por tanto, nace en el momento en que se constituye la hipoteca, con independencia de que el crédito se halle en un estado potencial (133). Además, la hipoteca de seguridad permite –según este sector de la doctrina (134)–, una amplia gama de posibilidades para singularizar las formas en que se puede concretar el débito, que no tienen nada que ver con el carácter personalísimo de la prestación, pues se dirige a su valoración, no a su ejecutoriedad. Para la constitución de esta clase de hipotecas, la Dirección General de los Registros no exige la constancia actual del importe, exigibilidad y vencimiento asegurado (135). Ello es lo que la hace particularmente interesante para garantizar obligaciones personalísimas, puesto que en el vitalicio de alimentos será indeterminada frecuentemente la cuantía de la prestación en cuanto a las obligaciones de dar, y será el juez el que determine en su día la indemnización por el incumplimiento de las de hacer, en el caso de que no se previera en la constitución dicho valor (136).

(130) En este sentido, entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS –*op. cit.*, p. 266–, y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 1533 y ss.

(131) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *op. cit.*, p. 863.

(132) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, t. IV, vol. 2.º, p. 788.

(133) Así, explica DELGADO DE MIGUEL que, en un segundo momento, al que se refiere el artículo 143 de la Ley Hipotecaria, se tiene ya concretado el crédito, y los terceros adquirentes podrán ya adquirir la finca gravada protegidos por la fe pública actuante, a través de la nota marginal a que dicho artículo se refiere, *op. cit.*, p. 274.

(134) Así, DELGADO DE MIGUEL, *op. cit.*, p. 275; y DORAL, *op. cit.*, p. 396.

(135) Así, la RDGRN de 5 de marzo de 1929 (Colección Legislativa de España. Jurisprudencia Civil, primer semestre, II, n.º 29).

(136) En este sentido, DELGADO DE MIGUEL, *op. cit.*, pp. 276-277.

En nuestra opinión, intentar encontrar la garantía real más adecuada a la prestación personalísima que caracteriza el contrato de vitalicio, parece más artificioso que práctico. En la mayoría de las ocasiones, las partes suelen introducir en el contrato, preferiblemente, una cláusula resolutoria que implique la vuelta del inmueble a manos del acreedor o alimentista (137).

No obstante, a falta de cláusula resolutoria, pueden surgir ciertas dificultades, dependiendo de la postura que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual. Así, desde nuestro punto de vista, el vitalicio debe considerarse un contrato atípico al que le son aplicables analógicamente las normas propias del contrato oneroso de renta vitalicia tan sólo en cuanto vayan referidas a los elementos básicos que comparten ambos negocios. En virtud de ello, el artículo 1805 del Código civil, por tratarse de una norma que excepciona el principio general de resolubilidad por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, no debe desplazar la aplicación al vitalicio del artículo 1124 de nuestro propio Código (138).

Sin embargo, para aquel sector de la doctrina que defiende la asimilación de este contrato a la renta vitalicia típica, y por ende, la aplicación al mismo del artículo 1805 del Código civil (139), hemos de recono-

(137) Este es el caso, por ejemplo, de las SSTs de 15 de enero de 1963 (RJA 20), 28 de mayo de 1965 (RJA 3172), 18 de abril de 1984 (RJA 1952), 30 de noviembre de 1987 (RJA 8708), 3 de noviembre de 1988 (RJA 8407) y 2 de julio de 1992 (RJA 6502).

(138) La frontera entre el contrato de renta vitalicia y el vitalicio de alimentos viene marcada por la prestación de hacer que caracteriza a este último, prestación que puede teñirse de un fuerte carácter personalísimo, del que cabe, sin embargo, prescindir –salvo en el caso del Derecho Civil de Galicia, por imperativo de la Ley 4/1995– por acuerdo de los interesados (*imáginese que se pacta recibir las atenciones en un centro geriátrico o bajo el cuidado de otros terceros*). Aunque la existencia de una obligación de hacer distancie de forma patente ambos negocios, la presencia del carácter personalizado de la prestación determina, con mayor claridad aún, la exclusión de la aplicación al vitalicio de uno de los preceptos más característicos –el art. 1805– que regulan el contrato prototípico de renta vitalicia en nuestro Código civil; en cambio, creemos, no debe existir dificultad en admitir la aplicación de aquellos preceptos que directamente inciden en la aleatoriedad que caracteriza de manera esencial ambos negocios, como es el caso del artículo 1804 del mismo Texto legal. Quizás estas razones han sido las que se han tenido en cuenta en el terreno legislativo para aceptar la resolución de este contrato por incumplimiento del deudor. Así ha ocurrido en el ordenamiento jurídico suizo –donde cualquiera de las partes puede rescindir el contrato cuando se falta a alguna de las obligaciones derivadas del mismo–, y en el Derecho Civil de Galicia, en el que el artículo 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, admite expresamente la resolución del contrato a instancia del cedente –acreedor– por incumplimiento de las obligaciones del cesionario o deudor.

(139) Parte de la doctrina ha extraído como conclusión del estudio de la jurisprudencia a este respecto, que la construcción jurisprudencial del contrato de vitalicio no ha sido más que un expediente original para evitar la prohibición del artículo 1805 del Código civil, y posibilitar el acceso al artículo 1124, a través de la vía de la atipicidad de este contrato oneroso autónomo (en este sentido, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 986). Así, el Tribunal Supremo lo ha

cer —como hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 18 de noviembre de 1985—, que el impago de la pensión, si bien no lleva implícito una alteración del derecho del pensionista, robustece en cambio su posición jurídica, al otorgarle la facultad de pedir el aseguramiento de las rentas futuras, mediante la prestación de cualquiera de ellas, bien sea de orden personal, fianza, ora de orden hipotecario. Por ello, considera DELGADO DE MIGUEL que la hipoteca de seguridad podría ser un medio, si no idóneo, sí suficiente para garantizar los derechos del cedente (140).

Por otra parte —como dice aquel autor (141)—, aunque el camino usual de creación de este tipo de hipotecas será el negocio *inter vivos*, su constitución unilateral por vía testamentaria permite prever el posible desamparo de terceros, hijos o parientes del testador, al establecerse sobre bienes inmuebles dejados al heredero, en favor de personas que, por cualquier circunstancia, no podrán valerse en el futuro. “El hecho de que se añadan —continúa DELGADO DE MIGUEL—, en las disposiciones testamentarias, una serie de obligaciones de carácter personalísimo en favor de los alimentistas en nada empaña la efectividad de la hipoteca, que, insistimos, obrará en este tipo de contratos como un simple ropaje jurídico protector de las relaciones jurídicas verdaderas que quiso constituir el testador y que van mucho más allá de las simples rentas periódicas”.

C. La garantía de pago de la indemnización en forma de renta.

A tenor de lo expuesto, parece que la constitución de hipoteca de renta tendría lugar, fundamentalmente, a través de una sentencia judicial que establezca el pago de una indemnización en forma de renta, cuya efectividad se garantice por medio de hipoteca.

Nada más lejos de la realidad. Esta última posibilidad difícilmente puede darse, ya que estas indemnizaciones correrán, en su generalidad, a cargo de compañías aseguradoras, por lo que para la efectividad de su pago se buscan otros medios más idóneos o que se encuentren más al alcance de las mismas, sin que, por ello, pierdan eficacia.

La indemnización al perjudicado en forma de renta vitalicia comenzó a ser acogida por los tribunales españoles a partir de los años ochenta

calificado unas veces como “donación con causa onerosa” —aplicándole, entonces, la resolución del 1124 por remisión del art. 622 C.c. a las reglas de los contratos (STS de 16 de diciembre de 1930, RJA 1353)—, otras como “contrato oneroso atípico” del tipo de la compraventa —para resolverlo vía art. 1124 (STS de 12 de noviembre de 1973, RJA 4164)—, y, específicamente, como “vitalicio”, procediendo también a aplicar la condición resolutoria implícita.

(140) DELGADO DE MIGUEL, *op. cit.*, p. 276.

(141) DELGADO DE MIGUEL, *op. cit.*, p. 265.

ta (142). Este mecanismo indemnizatorio, introducido por la práctica jurisprudencial, ha sido recogido, como hemos apuntado, por la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, artículo 1.8 del Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Se ha señalado por la doctrina (143), que esta modalidad de pago a la víctima de un accidente de circulación presenta indudables ventajas, tanto para la propia víctima, como para la compañía aseguradora. Así, para la primera, la indemnización en forma de renta la libera de la obligación de tener que administrar un patrimonio, hace desaparecer el riesgo que entraña esa gestión –evitando, en su caso, el eventual enriquecimiento injusto por parte de la familia del perjudicado (144)–, posibilita que la renta se adecúe a la inflación, su percepción puede extenderse a lo largo de la vida de la víctima y, fiscalmente, suele ser más ventajosa que percibir un capital (145). También resulta conveniente para la ase-

(142) Señala LÓPEZ-COBO que el primer precedente conocido de indemnización en forma de renta es el de la sentencia dictada el 14 de octubre de 1980 en grado de apelación por el Juzgado de Instrucción de Tortosa, y aunque en la década de los 80 el número de sentencias similares no es numeroso, sí parece que empieza a ser objeto de una creciente aceptación en ciertos sectores de la magistratura, “Las nuevas tendencias en la indemnización de daños corporales”, *RDC*, 1992/2, p. 65.

(143) Así, entre otros, BATALLER GRAU, “La indemnización del daño corporal mediante pago de una renta en la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, *RES*, n.º 93, enero-marzo 1998, pp. 40 y ss., GODINO IZQUIERDO, “Los grandes inválidos. Renta vitalicia. Daños morales”, *Derecho de seguros*, III, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, pp. 259 y ss., y LÓPEZ-COBO, *op. cit.*, pp. 65 y ss. A este respecto, XIOL RÍOS ha observado que el legislador ha acogido, en el texto definitivamente aprobado de la Ley 30/1995, buena parte de las observaciones formuladas por los comentaristas, entre ellas el reconocimiento de la posibilidad de sustituir la indemnización por una renta vitalicia por acuerdo o por decisión judicial, “Breve impresión sobre el sistema de valoración de daños introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados”, *RES*, n.º 85, 1996, p. 53.

(144) Explica SOTO NIETO que uno de los argumentos más insistentemente invocados en pro de un sistema de renta vitalicia, como alternativa al clásico de entrega de una cantidad alzada, estriba en la evitación del riesgo de un enriquecimiento injusto por parte de la familia o allegados administradores del capital, tanto por el torpe o mal uso del mismo, como por el eventual acortamiento del tiempo calculado de sobrevivencia de la víctima; el *quantum* indemnizatorio podría ser mal invertido, mal administrado o defraudado, “El gran inválido. Aspectos jurídico legales en la valoración de los daños y perjuicios sufridos”, *La Ley*, 1996/II, p. 1448. Asimismo, IGLESIAS REDONDO observa que el enriquecimiento de los familiares –uno de los principales problemas que tradicionalmente se venían planteando en el momento de la liquidación del resarcimiento–, queda superado cuando la liquidación de las lesiones permanentes, que incapacitan a la víctima para la ocupación o actividad habitual, “es de suponer que adoptará la modalidad ideal de la renta vitalicia, que se extingue con la muerte de aquélla”, “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, *AC*, 1996-4, marg. 998.

(145) A este respecto, explica BATALLER GRAU que la exención concedida en el artículo 9.1.e de la Ley del IRPF alcanza al total de las rentas fijadas; si la víctima percibe un capital, el primer año estará exenta del pago del IRPF, pero en los años siguientes deberá hacer

guradora, fundamentalmente porque no tendrá que realizar el elevado desembolso inicial que supone la indemnización en forma de capital, permaneciendo éste en la entidad, que podrá continuar disponiendo de esos fondos y de los rendimientos que obtenga de ellos (146).

No obstante, esta modalidad de indemnización no carece de inconvenientes (147): habrá que atender a las peculiaridades de cada víctima concreta, será necesario prever la revalorización de la renta, la aseguradora debe asumir una obligación a largo plazo y los gastos de gestión que ésta conlleva y, especialmente, habrá que ponderar el riesgo de posible insolvencia de la aseguradora (148), circunstancia ésta que hace preciso o, al menos conveniente, arbitrar sistemas para garantizar el pago de la renta.

A este respecto, se ha estudiado doctrinalmente cuáles podrían ser los mecanismos más válidos para garantizar el pago de una renta vitalicia a cargo del asegurador, a fin de paliar el problema de la posible futura insolvencia de la compañía de seguros obligada al resarcimiento.

Así, del análisis de la práctica judicial surgida con anterioridad a la promulgación de la Ley 30/1995, se extrae una preferencia por la articulación de un sistema mixto de cantidad fija y renta vitalicia, que se puede organizar de modos diferentes. En concreto, el mecanismo más utilizado

frente a la tributación correspondiente según haya invertido la indemnización, mientras que si ésta se hace efectiva en forma de renta, los sucesivos pagos periódicos quedan exentos del IRPF, "La indemnización del daño corporal...", cit., p. 40.

(146) Aunque BATALLER GRAU reconoce que éste es el principal atractivo para las aseguradoras, no deja de observar otras indudables ventajas que supone para ellas esta forma de pago de la indemnización, a saber: mejora la imagen de estas compañías, porque se garantiza a la víctima una pensión durante su vida real, evitando penosas situaciones en que un incapacitado finaliza sus días en una absoluta precariedad, evita pagos excesivos fruto de un óbito prematuro del accidentado, el acuerdo transaccional entre la víctima y la aseguradora reporta un ahorro que no hay que desdeñar; además, a ello hay que añadir que el pago mediante rentas también beneficia al Estado, puesto que la solvencia de las víctimas supone un ahorro para los servicios sociales del mismo, "La indemnización del daño corporal...", cit., pp. 40-41.

(147) De hecho, esta forma de pago de la indemnización es rechazada por algún sector de la doctrina. En esta línea, para BATLLE VÁZQUEZ es más sencillo y ventajoso la entrega de un capital fijo y determinado, lo que ha sido práctica de nuestros Tribunales; así, en Italia, a pesar de haberse recogido expresamente en el Código civil la posibilidad de que el juez elija la forma de renta vitalicia, sin embargo no se aplica, porque tiene carácter facultativo, y no se acaba de ver como conveniente, aunque contenga un principio progresivo. Especialmente se ha puesto de manifiesto que este sistema no complace a nadie, porque, por un lado, priva a la víctima de la ventaja inmediata de la percepción de un capital que le facilitaría la posibilidad de una adaptación profesional consonante con su estado; y por otra parte, el deudor de la renta no tendría ninguna ventaja, en cuanto que ha de dar garantías que vienen a ser equivalentes al capital. Sólo en el caso de que la vida del perjudicado pueda prolongarse más allá de lo previsto, dice este autor, es conveniente el pago de la indemnización en forma de renta, "La evaluación del daño en las personas", *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado* III, vol. 2, Madrid, 1962, pp. 533-535.

(148) En este sentido, BATALLER GRAU, "La indemnización del daño corporal...", cit., pp. 41-42.

por los Tribunales para garantizar el abono efectivo de la renta vitalicia indemnizatoria, es la constitución de un depósito o fondo bancario para que los intereses que genere se conviertan en una renta a favor del perjudicado (149). Este fondo o depósito asistencial no constituye la indemnización en sí, sino tan sólo la garantía de cumplimiento de la obligación resarcitoria.

Como figura jurídica, se trata de un mecanismo atípico que —dice LÓPEZ-COBO (150)—, en principio, parece caracterizarse, como regla general, por su falta de disponibilidad, tanto por parte de la entidad aseguradora, como del perjudicado o sus administradores (151).

En nuestra opinión, esta indisponibilidad del fondo, viene a anular uno de los principales atractivos que supone para la compañía de seguros la reparación en forma de renta, pues, al igual que si se tratara de indemnización en capital, ha de realizar un importante desembolso inicial y, además, la priva de poder disponer del depósito creado como garantía de la pensión, y con ello, de la posibilidad de negociar con sus intereses.

La obligación de la aseguradora consiste no sólo en pagar una renta vitalicia sino en asegurar su pago en el futuro. Para ello, se podrá acudir a cualquier medio de garantía adecuado al caso. En consecuencia, el juez puede obligar a la compañía de seguros a prestar fianza en forma de depósito —si así lo estima conveniente—, con los requisitos o cualidades que, en su caso, señale en el fallo, pero también a constituir cualquier otro tipo de garantía, en este caso real, como es la hipoteca rentaria.

(149) Conclusión extraída por LÓPEZ-COBO —*op. cit.*, pp. 65 y ss.—, del estudio de la jurisprudencia menor. Así, entre otras: la SAP de Palma de Mallorca, de 29 de noviembre de 1990; del Juzgado de Instrucción de Tortosa, de 14 de octubre de 1980; del Juzgado de lo Penal de La Coruña, de 4 de marzo de 1991; del Juzgado de Distrito n.º 2 de Sevilla, de 11 de diciembre de 1986.

(150) LÓPEZ-COBO, *op. cit.*, p. 66. En la práctica judicial domina la previsión de la reversión del depósito a la entidad constituyente, al fallecimiento del perjudicado, utilizándose términos equívocos —observa LÓPEZ-COBO, *op. cit.*, p. 67—, de los que podría desprenderse que lo que se transmite no es sólo el usufructo, sino también la propiedad del capital mismo. Así, dice la sentencia de 29 de noviembre de 1990, de la AP de Palma de Mallorca: “se constituirá un depósito (...) caso de fallecimiento revertirá el depósito a la Cía. que lo constituyó...”; y la de 4 de marzo de 1991, del Juzgado de lo Penal de La Coruña: “... se constituirá un fondo de inversiones, revirtiendo el capital a la compañía al ocurrir el fallecimiento del beneficiario...”. En este sentido, DE ÁNGEL entiende que este depósito queda afecto al pago de los gastos de la víctima, pero sin dejar de pertenecer a quien lo constituye, “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho comparado”, *RES*, n.º 57, enero-marzo 1989, p. 84.

(151) LÓPEZ-COBO, *op. cit.*, p. 68. Esta indisponibilidad se ve curiosamente excepcional —comenta este autor—, por la sentencia de 29 de noviembre de 1990, de la AP de Palma de Mallorca, en la que se permite la extracción por la víctima de cantidades del capital del depósito, para hacer frente a ciertas necesidades de la misma.

D. Las garantías del derecho del legatario de pensiones periódicas en la legislación hipotecaria.

Por último, debemos dedicar cierta atención, aunque sea breve, a las previsiones de nuestra legislación hipotecaria respecto de los mecanismos para garantizar el pago del legado de pensión periódica.

Como ya vimos, la hipoteca de renta puede ser constituida a través de una disposición testamentaria, en la que el causante haya decidido garantizar mediante este cauce el pago del correspondiente legado de pensión periódica con el que gravó al heredero (o, en su caso, a un legatario). En ausencia de específica disposición de esta índole por parte del causante, la Ley Hipotecaria concede al legatario la posibilidad de exigir ciertas garantías de su derecho, lo que se traduce, concretamente, en dos tipos de figura, de las que trataremos sucintamente: la anotación preventiva del legado de pensiones y la hipoteca que puede garantizarlo.

Según dispone el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, podrá pedir anotación preventiva de su respectivo derecho en el Registro de la Propiedad “el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría”. De ello resulta que tienen derecho a pedir anotación preventiva por su legado todos los legatarios, excepto los que lo sean de parte alícuota, que, según el artículo 782 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, son los únicos que pueden promover dicho juicio.

En el ámbito, pues, de los legatarios que pueden pedir anotación preventiva de su derecho, hay que distinguir los dos tipos fundamentales que pueden referirse al legatario de pensiones periódicas:

a. El legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignadas sobre ellos: podrá exigir anotación preventiva de su derecho en cualquier tiempo, si bien la anotación sólo podrá practicarse sobre los mismos bienes objeto de la consignación (art. 47 LH).

b. El legatario de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligación (art. 88 LH): podrá pedir anotación preventiva de su derecho, con arreglo a las normas generales referentes a las anotaciones de legado de género o cantidad (arts. 48 y ss. LH) (152), es decir, dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador y sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, y siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros.

(152) En este sentido, MOLLEDA, “Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario”, *RDEA*, 1959, p. 1072.

Una vez anotado preventivamente el legado, el legislador hipotecario establece la posibilidad de convertir tal anotación en inscripción, lo que puede suceder de dos maneras:

a. Cuando se trata de legado de cosa determinada inmueble propia del testador, el legatario pide la inscripción a su favor de la cosa legada, una vez le haya sido entregada por el heredero o persona autorizada para ello. Se trata de un caso típico de conversión de anotación en inscripción, por medio de la presentación de la escritura pública en que conste la entrega del legado o, en su defecto, la resolución judicial correspondiente.

b. En caso de legado de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios, sin declarar puramente personal la obligación, ni asegurar su pago con carga real. Según el artículo 88 de la Ley Hipotecaria, este legatario tiene derecho, mientras la anotación no caduque, “a exigir que la anotación preventiva que oportunamente hubiere constituido de su derecho se convierta en inscripción de hipoteca”.

Esta concesión legal especial para este tipo de legados de poder convertir la anotación en verdadera inscripción viene justificada, en la Exposición de Motivos de la Ley, por la insuficiente garantía que representa la anotación preventiva en los casos en que la obligación de la persona gravada no se pueda extinguir entregando la cosa o especie legada. Así, el legado de prestaciones periódicas, por llevar aparejada una obligación de tracto sucesivo, necesita de una seguridad más permanente que la transitoria que da la anotación preventiva (153).

No obstante, a fin de que nazca esta facultad del legatario para exigir la constitución de hipoteca se hace necesario que se reúna una serie de requisitos: ha de tratarse de legados de rentas o pensiones periódicas —temporales o vitalicias—, ordenados sin imponer carga real ni exigir que tengan carácter puramente personal; la hipoteca sólo puede exigirse sobre los mismos bienes anotados, siempre que se hayan adjudicado al

(153) Señala BELTRÁN DE HEREDIA —*op. cit.*, pp. 240-241— que esta posibilidad de aseguramiento con hipoteca demuestra, al igual que ocurre cuando se trata de renta nacida al amparo de un contrato oneroso, que nos encontramos ante una relación personal puramente crediticia que, para tener alguna vinculación de carácter real, es necesario que se asegure con una determinada garantía. Igualmente, la RDGRN de 21 de diciembre de 1943 (RJA 1448) se expresó en los siguientes términos: “Que nuestra Ley Hipotecaria en el artículo 88, y su Reglamento, en el 169, al estudiar la anotación preventiva de legado, cuando se trata de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador a cargo de herederos u otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligación, concreta el derecho del legatario favorecido en la posibilidad de que convierta en inscripción hipotecaria su anterior anotación, consignando con perfecta claridad y visión exacta el verdadero matiz y la propia naturaleza que encierran esas pensiones periódicas”.

heredero o legatario gravado, y que sean suficientes para asegurar el legado. Cuando no se le hayan adjudicado esos bienes, la hipoteca podrá constituirse sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que sí se le hayan adjudicado (154). Cuando los bienes anotados no sean suficientes, podrá exigirse complemento de la hipoteca sobre otros bienes de la herencia que se hubieren adjudicado al heredero o legatario gravado.

Por otra parte, el artículo 90 de la Ley permite que el pensionista que no hubiera obtenido anotación (o hubiera caducado la anotación obtenida), pueda exigir directamente, en cualquier tiempo, la constitución de la hipoteca sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero o se hayan adjudicado al heredero o legatario gravado; pero, según dispone este precepto, esta hipoteca (155) no surtirá efectos sino desde su fecha (puesto que no ha existido previa anotación) (156).

Pues bien, la garantía hipotecaria exigida podrá ser, en principio, de cualquier clase, pero la doctrina ha puesto de manifiesto la utilidad que puede reportar el que un legado de rentas o pensiones periódicas adopte la garantía de la hipoteca de renta, que regula el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, en lugar de adoptar la que, en forma confusa —dice—, constituye el artículo 90 de la propia Ley (157). En este sentido, explican ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL que los tratadistas clásicos de la legislación hipotecaria, al menos con anterioridad a la vigente Ley, no se preocupaban de la naturaleza de la hipoteca que habría que constituir en este caso. Parecía que partían de la idea de que era preciso capitalizar la renta para que la suma resultante constituyera la cantidad que la hipoteca había de asegurar, como si se tratara, efectivamente, de una hipoteca en garantía de una deuda de capital, cuyos intereses constituían las pensiones periódicas. “Cabe pensar —dicen estos autores— que la Ley Hipotecaria, al igual que el artículo 788 del Código Civil, respondía a esta

(154) A este respecto, entiende MOLLEDA que, en el caso de legado con señalamiento de bienes, tan sólo cabe la conversión de la anotación preventiva en hipoteca sobre los mismos bienes señalados, pues así lo exige la equiparación con el legado de bienes inmuebles determinados que hace el artículo 47 de la Ley Hipotecaria; además, también cabe, por aplicación analógica del artículo 90 de la misma Ley, que el legatario exija en cualquier tiempo la hipoteca de modo directo, aunque, asimismo, tan sólo sobre los bienes señalados, *op. cit.*, p. 1072.

(155) Se ha señalado por la doctrina que esta hipoteca, aunque no aparezca entre las del artículo 168 de la Ley Hipotecaria, es una auténtica hipoteca legal. En este sentido, MOLLEDA, *op. cit.*, p. 1072, y ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, t. IV, vol. 1.º, p. 168.

(156) Señala DÍAZ CRUZ que, tan pronto se convierta la anotación en inscripción hipotecaria, la hipoteca se retrotrae a la fecha de la anotación. Esto no sucede cuando la hipoteca se haya ampliado a otros bienes de los anotados, en cuyo caso sólo surte efectos desde la inscripción. Una vez constituida la hipoteca, se coloca el legatario en la misma posición y con iguales derechos que cualquier acreedor hipotecario, *Los legados*, Madrid, 1951, p. 682.

(157) Así, QUINONERO CERVANTES, *La situación jurídica...*, cit., p. 185; ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, t. IV, vol. 1.º, p. 165; y DORAL, *op. cit.*, p. 397.

idea. No obstante –concluyen–, se cree que, actualmente, lo que procede constituir en este caso es una verdadera hipoteca rentaria, regulada, al menos en su consideración de renta temporal, en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria” (158).

A nuestro modo de ver, sin pretender ignorar las buenas intenciones de nuestra doctrina, los graves escollos, tanto dogmáticos como prácticos, que presenta la constitución de la hipoteca rentaria que dibuja –o, mejor, desdibuja– el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, difícilmente impulsen a los interesados a pedir el aseguramiento de su derecho a través de esta modalidad de hipoteca. En nuestra opinión, más saludable resultará para sus intereses constituir, por ejemplo, algún tipo de garantía que se acerque a la prevista por el artículo 788 del Código civil.

Por ello, cuando QUIÑONERO CERVANTES (159) afirma la mayor utilidad que puede reportar el que un legado de rentas o prestaciones periódicas adopte la garantía de la hipoteca de renta que regula el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, tan sólo podemos apreciar dicha utilidad si, como hemos venido sosteniendo, nos adherimos a la tesis que admite la transmisión de la deuda con la finca. Pero, de cualquier modo, escasa utilidad presta una figura, inutilizada en la realidad del tráfico, por sus imprecisos contornos jurídicos y, correlativamente, por sus imprevisibles efectos prácticos.

Por su parte, tampoco la hipoteca de renta parece la forma más oportuna de garantizar un legado de alimentos. Cuando se señala una pensión alimenticia, fija y determinada, entiende DORAL que el tipo de hipoteca adecuada para garantizar el legado es la de renta. Sin embargo, hemos de concluir con el citado autor que, cuando la prestación no consiste en pensiones periódicas invariables, mayor interés ofrece –como vimos al tratar el contrato de vitalicio–, “el amplio marco de la hipoteca de seguridad que incluye la de máximo y, en general, las de fianza” (160).

En todo caso, hemos de insistir en que se hace necesario que el testador no haya declarado, ni expresa ni tácitamente, que la obligación de pagar la renta o pensión sea meramente personal u obligacional. A estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1911 manifestó que tal declaración es explícita, cuando el testador dispone en su testamento que no exige al heredero que constituya garantía real para la seguridad del legado de renta (161).

(158) ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, t. IV, vol. 1.º, p. 165.

(159) QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 185.

(160) DORAL, *op. cit.*, p. 396.

(161) STS de 11 de marzo de 1911 (Colecc. Legislativa de España. Jurisp. Civil, 1911, primer semestre, I, n.º 104, p. 688): “Considerando que si bien es indiscutible el derecho que a todo pensionista asiste para solicitar como garantía de la pensión la hipoteca especial prevista

En conclusión, el legado de rentas o pensiones periódicas puede venir garantizado de muy diversos modos. Así, el propio testador podrá determinar específicamente en el testamento las garantías que estime oportunas (162). En ausencia de tal especificación, y si el testador no ha ordenado que la obligación de pagar la renta fuera meramente obligacional, el legatario podrá exigir la constitución de hipoteca a su favor, bien por conversión de la anotación preventiva existente, en su caso, o bien directamente *ex* artículo 90 de la Ley Hipotecaria.

A falta, también, de bienes inmuebles en la herencia sobre los que poder constituir esta hipoteca, parece que no existe posibilidad alguna, para el legatario de renta vitalicia, de garantizar el cumplimiento de su derecho en modo alguno.

Sin embargo, en última instancia, si se produce el incumplimiento de la obligación de pago de las pensiones por el sujeto gravado, no parece incongruente, en nuestra opinión, aplicar a esta renta vitalicia el artículo 1805 del Código civil, a saber: el legatario estaría facultado para exigir el pago de las rentas vencidas y pedir el aseguramiento de las futuras, ya sea mediante cualquier clase de garantía personal, o de naturaleza real, a no ser que esta última hubiese sido excluida, de alguna forma, por el testador (163).

en los arts. 88, 89 y 99 de la Ley Hipotecaria, con los cuales se armoniza el 797 del Código civil, tales preceptos, que a su vez encuentran apoyo en la equidad, tendrían aplicación al caso de autos si en la cláusula 4.ª del testamento no se leyera el párrafo final, que dice: «No exige la testadora que para asegurar las pensiones se constituya garantía real sobre inmuebles», pues estas frases (...) quiso relevarla de prestar la garantía que es objeto de la demanda, pues otra interpretación distinta sería tanto como negar a ese conjunto de palabras toda eficacia jurídica, cual si no aparecieran escritas o no fueran producto de la voluntad de la testadora».

(162) A este respecto, la STS de 28 de mayo de 1994 (Ar. 6723) recoge un supuesto en el que el testador, si bien no constituye directamente la hipoteca en el testamento, establece en el mismo la siguiente cláusula: «Que, con carácter potestativo, a elección de las pensionistas, el legatario vendrá obligado a asegurar el pago de las pensiones, incluso con garantía hipotecaria, bien al tiempo de formalizar la testamentaría o después».

(163) En este sentido, MOLLEDA *—op. cit.*, p. 1073—, apoya la aplicabilidad del artículo 1805 del Código civil, fundamentalmente en tres razones: a) la obligación de renta vitalicia responde a una construcción unitaria, de suerte que su regulación debe ser la misma, cualquiera que sea el título en que se apoye, siempre que éste no imponga un tratamiento peculiar; b) la segunda parte del artículo 1805, al contrario que la primera, no hace referencia a contraprestación alguna, y, por tanto, no se ve la razón por la que deba ser aplicado únicamente a la renta constituida por contrato, y no a la constituida por cualquier otro título válido; y c) el derecho de renta vitalicia, una vez constituido, es tan firme en un caso como en otro, y, en consecuencia, existe la misma *ratio legis* para autorizar la exigencia del aseguramiento de las rentas futuras.

Bibliografía consultada

- ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, t. VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986.
- Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, t. X, vol. 2, Madrid, 1984.
- “La hipoteca unilateral”, *ADC*, 1950, t. III, pp. 55 y ss.
- Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1997.
- Derecho Civil*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1994.
- ALONSO ESPINOSA, “Notas para el estudio de los Planes y Fondos de Pensiones”, *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, pp. 13 y ss., Murcia, 1989.
- ALONSO NIETO, *Comentario del Código Civil*, M.º de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pp. 1717 y ss.
- AZURZA Y OSCOZ, “Renta vitalicia resoluble”, *RDP*, t. XXIII, diciembre 1949, pp. 1029 y ss.
- BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995.
- “El origen censual del artículo 1802 del Código Civil español”, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. II, pp. 457 y ss., Valencia, 1996.
- BATALLER GRAU, “La indemnización del daño corporal mediante pago de una renta en la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, *RES*, n.º 93, enero-marzo 1998, pp. 33 y ss.
- BATLLE VÁZQUEZ, “La evaluación del daño en las personas”, *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, III, vol. 2, Madrid, 1962, pp. 469 y ss.
- BELLO JANEIRO, “La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia”, *RDN*, n.º 14, abril-junio 1995, pp. 9 y ss.
- BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
- BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960.
- BLASCO GASCÓ, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coordinado por LÓPEZ LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS, Valencia, 1994.
- BORELL Y SOLER, *Derecho Civil Español*, t. V, Barcelona, 1954.
- CABELLO DE LA SOTA, “La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas”, *AAMN*, 1950, t. V, pp. 83 y ss.
- CALVO ANTÓN, “La voluntad del testador en el legado de prestaciones periódicas”, *AC*, 1992-2, pp. 271 y ss.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, y V (tercera edición), Pamplona, 1983.
- CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, t. III, Madrid, 1983; y t. IV, Madrid, 1988.
- “Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español”, *ADC*, 1964, t. XVI, pp. 367 y ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999.
- CHAMORRO PIÑERO, “El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral”, *RGLJ*, enero-febrero 1943, pp. 147 y ss.
- CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. II, Madrid, 1989.
- CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000.

- CLEMENTE MEORO, "El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente", *RGD*, diciembre 1992, pp. 11255 y ss.
- COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, 2, Zaragoza, 1981.
- CRESPO ALLÚE, "El legado de alimentos", *RCDI*, septiembre-octubre 1985, n.º 570, pp. 1245 y ss.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, "Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación", *Documentación Jurídica*, n.º 81, pp. 127 y ss.
- "La experiencia española en materia de valoración del daño corporal", *RDCir.*, 1990/3, pp. 119 y ss.
- "La reparación de daños corporales en el Derecho español con referencia al Derecho comparado", *RES*, n.º 57, enero-marzo 1989, pp. 47 y ss.
- DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1977.
- Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986.
- DE LA RICA, "La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca", *AAMN*, 1948, t. IV, pp. 311 y ss.
- DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, t. I, Madrid, 1983.
- DEL MORAL Y DE LUNA, "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *RDP*, n.º 427, 1952, pp. 797 y ss.
- "El contrato de renta vitalicia como modalidad del de compraventa", *Estudios Jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona*, pp. 205 y ss., Barcelona, 1959.
- DELGADO DE MIGUEL, *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1993.
- DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Madrid, 1951.
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1995.
- Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Madrid, 1993.
- Comentario del Código Civil*, t. II, M.º de Justicia, Madrid, 1991.
- ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, Madrid, 1978.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Valoración y resarcimiento del daño corporal*, Madrid, 1997.
- FLUME, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- FUENMAYOR, "Derecho Civil de Galicia: VII. El contrato de vitalicio", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. I, pp. 267 y ss.
- GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid, 1884, t. IV.
- GOMÁ SALCEDO, "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", *RDN*, 1960, jul.-dic., pp. 309 y ss.
- GÓMEZ-MARTINHO, "La renta vitalicia y el pacto contrario al artículo 1805", *Estudios de Derecho Privado* dirigidos por Martínez Radio, vol. 2, Madrid, 1962, pp. 268 y ss.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "La hipoteca de seguridad", *RDP*, 1920, t. VII, pp. 169 y ss.
- "La Memoria de este año", *RCDI*, 1929.

- GUASP, "La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria", *RCDI*, 1942-1, pp. 382 y ss.
- GUILLARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, t. XXII, vol. 1.º, pp. 381 y ss., Madrid, 1983.
- GUIMERÁ, "Renta vitalicia y condición resolutoria", *RDP*, 1954, t. XXVIII, pp. 211 y ss.
- GULLÓN BALLESTEROS, "El párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil", *ADC*, t. XIV, fasc. IV, octubre-diciembre 1961, pp. 875 y ss.
- "La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo", *ADC*, 1964, t. XVII, pp. 583 y ss.
- GUTIÉRREZ MARTÍNEZ/RODRÍGUEZ-MARQUÉS, *Seguros de personas*, Madrid, 1996.
- HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, traducción de Santos Briz, Madrid, 1958.
- IGLESIAS REDONDO, "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor", *AC*, 1996-4, marg. 971 y ss.
- JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.
- LA CASA GARCÍA, *Los fondos de pensiones*, Madrid, 1997.
- LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3.º, Barcelona, 1986; t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1985; y t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1990.
- LARENZ, *Derecho Civil. Parte general*, traducido por IZQUIERDO y MACÍAS-PICABEA, Madrid, 1978.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, t. III, Madrid, 1995.
- LENER, *Novissimo Digesto Italiano: Voz "Vitalizio"*, pp. 1018 y ss., Torino, 1957.
- LETE DEL RÍO, "Reflexiones sobre la Ley de Derecho Civil de Galicia", *AC*, 1995-4, marg. 871 y ss.
- LÓPEZ-COBO, "Las nuevas tendencias en la indemnización de daños corporales", *RDCir.*, 1992-2, pp. 63 y ss.
- LÓPEZ TORRES, "Subrogación hipotecaria", *RCDI*, 1948-1, pp. 1 y ss.
- MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, t. VI, vol. 2.º; y t. XII, Madrid 1973.
- MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, traducido por MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1995.
- MEDINA CRESPO, *La valoración legal del daño corporal*, Madrid, 1997.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, dir. por Verdura y Tuells, t. I, Madrid, 1982.
- MICHAVILA NÚÑEZ, "Principios institucionales de los planes y fondos de pensiones", *RDBB*, n.º 34, abril-junio 1989, pp. 341 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, "Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior", *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999-2, n.º 3, pp. 27 y ss.
- MIRAMBELL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, t. XXX, pp. 166 y ss., Madrid, 1987.
- MOLLEDA, "Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario", *RDEA*, 1959, pp. 1059 y ss.
- MONEREO PÉREZ, *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, 1996.

- MONTÉS PENADÉS, "Observaciones sobre la aleatoriedad del Contrato de Seguro", *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, dir. por Verdura y Tuells, t. I, Madrid 1982.
- MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1930, t. IV.
- NAVARRO PÉREZ, *Ley del Contrato de Seguro (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1991.
- NIETO ALONSO, *Donación onerosa y vitalicio*, Madrid, 1998.
- OSSORIO Y GALLARDO, "El seguro de la vida y las normas ordinarias de Derecho Civil", *RCDI*, 1930, t. I, pp. 530 y ss.
- PANTALEÓN, "Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas", *Documentación Jurídica*, n.º 81, pp. 171 y ss.
- PORFIRIO, "Los fondos de pensiones en España", *RES*, n.º 52, pp. 13 y ss., 1987.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1.º y vol. 2.º, segunda edición, Barcelona, 1978 y 1982.
- Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. 3.º, Barcelona, 1983.
- PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, t. IV, Madrid, 3.ª edición.
- QUINONERO CERVANTES, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Murcia, 1979.
- Comentario del Código Civil*, M.º de Justicia, vol. II, pp. 1758 y ss., Madrid, 1991.
- REBOLLEDO VARELA, "El contrato de vitalicio. (Especial consideración a su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia)", *AC*, 1996/4, pp. 851 y ss.
- REY PORTOLÉS, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995.
- ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid, 1948.
- ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, t. II y t. IV, vol. 1.º y 2.º, 7.ª edición, Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, "Constitución del contrato de renta vitalicia con carácter resoluble", *RDJ*, 1962, pp. 16 y ss.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, "La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia", *RCDI*, 1980/2, pp. 1335 y ss.
- ROMERO ROMÁN, "La mora del asegurador de responsabilidad civil derivada de circulación de vehículos a motor: la culpa del asegurador y la consignación", *Derecho de seguros*, III, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, pp. 275 y ss.
- ROMERO VIEITEZ, "Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria española", *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Federico de Castro*, t. II, Madrid, 1976.
- RUIZ ARTACHO, "La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas", *RCDI*, n.º 215, 1946-1, pp. 217 y ss.
- "Cuestión resuelta por el Reglamento Hipotecario vigente", *RCDI*, 1947, pp. 600 y ss.
- RUIZ MUÑOZ, "Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador", *RES*, n.º 65, enero-marzo 1991, pp. 13 y ss.

- SABATER BAYLE, "Contrato de vitalicio y resolución de las obligaciones", *Aranzadi Civil*, 1997-II, pp. 27 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1992.
- Ley de Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, dir. por Motos y Albaladejo, t. XIV, vol. 1.º, Madrid, 1984.
- Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Pamplona, 1999.
- "Delimitación y notas características de los planes de pensiones", *Régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones*, Madrid, 1988.
- "Mora del asegurador", *Derecho de seguros*, II, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 227 y ss.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1899.
- Estudios de Derecho Civil*, t. III, Madrid, 1900.
- SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.
- SCAEVOLA, *Código Civil*, t. III, Madrid, 1942.
- SERRANO GARCÍA, *Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Madrid, 1994.
- SOTO NIETO, "El gran inválido. Aspectos jurídico-legales en la valoración de los daños y perjuicios sufridos", *La Ley*, 1996-II, pp. 1442 y ss.
- SOTOMAYOR ANDUIZA, "La mora del asegurador de responsabilidad civil", *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados*, Madrid, 1997, pp. 443 y ss.
- "Algunas consideraciones sobre el nuevo baremo publicado como anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor", *RES*, n.º 85, 1996, pp. 57 y ss.
- STARCK/ROLAND/BOYER, *Obligations*, 2. *Contrats*, Paris, 1993.
- SUÁREZ ROBLEDANO, "Indemnización por daños corporales", *AC*, 1995, n.º 32, pp. 655 y ss.
- TAPIA HERMIDA, "Deberes y responsabilidades de los sujetos que intervienen en los planes y fondos de pensiones", *RES*, n.º 90, abril-junio 1997, pp. 71 y ss.
- TIRADO SUÁREZ, "Los principios legales que deben regir los seguros de personas", *RES*, n.º 30, 1982, pp. 275 y ss.
- "Posición jurídica de los promotores, partícipes y beneficiarios", *Régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones*, Madrid, 1988.
- "Anotaciones al deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro", *RES*, n.º 61, enero-marzo 1990, pp. 129 y ss.
- "El seguro de vida", *Derecho de Seguros* II, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 159 y ss.
- Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Pamplona, 1999.
- TORRENTE, *Comentario del Codice Civile. Obbligazioni*, Libro Cuarto, Bologna-Roma, 1966.
- La donazione, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, t. XXII, Milano, 1956.
- TRAVIESAS, "Los legados", *RDP*, 1931, pp. 97 y ss.
- URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1982.

- URIARTE BERASATEGUI, "Revisión de ideas: VII. Renta vitalicia", *RCDI*, 1950, II, n.º 268, pp. 553 y ss.
- USTARROZ UGALDE, "La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones", *RDBB*, n.º 27, 1987, pp. 581 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978.
- "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *ADC*, 1972, t. XXV, pp. 669 y ss.
- VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dir. Cicu-Messineo, vol. XXXVII, t. 1, Milano, 1961.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. II, Valladolid, 1937.
- VÁZQUEZ GUNDÍN, *Mucius Scaevola: Código Civil*, t. XXVIII, Madrid, 1953.
- VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, 1994.
- XIOL RÍOS, "Breve impresión sobre el sistema de valoración de daños introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados", *RES*, n.º 85, 1996, pp. 51 y ss.
- ZAGO, *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Buenos Aires, 1990.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

JAVIER JUÁREZ GONZÁLEZ

Notario

A) *CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 14.7 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS (ITP Y AJD) POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 194/2000.*

B) *RESOLUCIÓN 2/2000, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS, SOBRE LA TRIBUTACIÓN DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS DE TERRENOS DE LOS AYUNTAMIENTOS.*

C) *SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA DE 8 DE MAYO DE 2000.*

D) *LA DOCTRINA RECIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS EN MATERIA DE EXCESOS DE ADJUDICACIÓN DECLARADOS NO SUJETOS A TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS: CONSULTAS DE 28/4/99, 22/9/99, 5/10/99, 8/2/2000 Y 29/3/2000.*

A) CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 14.7 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS (ITP Y AJD) POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 194/2000

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NORMAS AFECTADAS POR LA SENTENCIA. 2.1. Normas afectadas directamente por la sentencia. 2.1.1. *El artículo 46.2 del Texto Refundido del ITP y AJD.* 2.1.2. *Disposición derogatoria única, 2.º, 7.ª de la Ley 40/1998, del IRPF.* 2.1.3. *El artículo 21 del Reglamento del ITP y AJD.* 2.1.4. *El artículo 23 del Reglamento del ITP y AJD.* 2.1.5. *La Circular 4/89 de la Dirección General de Tributos.* 2.2. La doctrina de la sentencia del TC y el artículo 14.6 del Texto Refundido del ITP y AJD. 3. EFECTOS DE LA COMPROBACIÓN DE VALORES TRAS LA SENTENCIA. 3.1. La liquidación complementaria como efecto ordinario y “cuasi exclusivo” de la comprobación de valores. 3.2. Posibilidad de aplicación del régimen sancionador de la LGT como consecuencia de la comprobación de valores. 3.3. La proyección de la comprobación de valores en otros tributos del sistema fiscal español. 3.3.1. *Efectos en el Impuesto de Patrimonio del adquirente.* 3.3.2. *Imposibilidad de proyección en el IRPF.* 3.3.3. *Imposibilidad de proyección en el Impuesto de Sociedades.* 4. REPERCUSIONES RESPECTO DE ACTOS DE APLICACIÓN ANTERIORES A SU PUBLICACIÓN. 4.1. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de normas legales por sentencias del Tribunal Constitucional, su delimitación en la sentencia de 19 de julio de 2000. 4.2. Exclusión de aplicación de la sentencia a actos firmes a su publicación. 4.3. Consecuencias respecto de actos de aplicación que no son firmes al publicarse la sentencia. 4.3.1. *Actos de liquidación derivados del artículo 14.7 del Texto Refundido en período voluntario de pago al publicarse la sentencia.* 4.3.2. *Actos de aplicación impugnados en tiempo y forma pendientes de resolución.*

1. Introducción

La sentencia 194/2000 del TC, de 19 de julio (BOE 10 de agosto de 2000), declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Pre-

cios Públicos y su reproducción en el artículo 14.7 del actual Texto Refundido del ITP y AJD (RDL 1/1993).

En el presente artículo no nos vamos a centrar en el análisis de los fundamentos de la sentencia, sino –ante todo– en las consecuencias prácticas que la misma conlleva.

Toda declaración de inconstitucionalidad de una norma legal y su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico es un acto de enorme trascendencia; tanto por la propia naturaleza de la norma afectada emanada del poder legislativo, como porque dicha norma ha desempeñado una función reguladora evidente; y, en definitiva, porque ha determinado unos efectos generales durante su período de vigencia.

Ello es más patente, si cabe, en el ámbito de las normas tributarias y en un caso como el presente en el que concurren dos circunstancias singulares:

En primer término, el propio contenido de la norma afectada, que atribuía al acto administrativo de la comprobación de valores en las transmisiones patrimoniales sujetas a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITP y AJD repercusiones que excedían del ámbito de dicho tributo tanto desde el punto de vista subjetivo –pues sus efectos alcanzaban no sólo al sujeto pasivo, sino también al transmitente– como material –pues su aplicación suponía según los casos consecuencias en el Impuesto de Sociedades, Impuesto de la Renta de las Personas Físicas e Impuesto de Sucesiones y Donaciones–.

Por otra parte, su vigencia ha sido prolongada en el tiempo –más de once años– y se puede afirmar sin temeridad, que la misma ha marcado un hito, un antes y un después, tanto para la propia Administración, como para los sujetos –adquirentes y transmitentes– que realizaban la operación susceptible de ser sometida al precepto.

En cualquier caso, no está de más apuntar, que aun compartiendo plenamente los argumentos del TC, no se debe omitir que la norma hoy anulada ha contribuido decisivamente a forjar una “cultura fiscal moderna” en un impuesto históricamente caracterizado por el déficit en el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

2. Normas afectadas por la sentencia

Obviamente, la sentencia del TC supone la derogación del precepto legal declarado nulo que, en consecuencia, deja de formar parte del ordenamiento jurídico; pero, además, implica la derogación tácita o, al menos que carezcan de virtualidad práctica, determinadas normas de desarrollo del precepto anulado.

Desde otra perspectiva, además de la eficacia directa de la sentencia sobre las normas de desarrollo del precepto anulado, siempre cabe plantearse la posibilidad de extrapolar la doctrina sentada por la sentencia a otros preceptos de contenido similar. En concreto me estoy refiriendo al punto 6 del mismo artículo 14 del Texto Refundido del ITP y AJD.

2.1. Normas afectadas directamente por la sentencia.

2.1.1. *El artículo 46.2 del Texto Refundido del ITP y AJD.*

El párrafo primero de este número 2 del artículo 46 del Texto Refundido es meridiano que no queda en modo alguno afectado por la sentencia, tampoco la primera parte del párrafo segundo; pero sí la segunda parte de dicho párrafo segundo, pues en este punto el precepto reconoce a los transmitentes el derecho a ser notificados de la comprobación de valores y a impugnarlo en vía administrativa o instar la tasación pericial contradictoria cuando “los nuevos valores (los resultantes de la comprobación) puedan tener repercusiones tributarias para los transmitentes”.

La actual redacción del precepto indicado se encuentra en la Ley 29/91, de 16 de diciembre, que en lo que aquí interesa, eleva a rango de ley lo que la Circular 4/89 de la DGT ya había declarado y es el derecho para el transmitente y correlativa obligación para la Administración (como por otra parte no podía ser menos) de ser notificado de la comprobación de valores y permitirle su impugnación cuando la misma le conlleve repercusiones tributarias.

Esta referencia a repercusiones tributarias sin duda se refería a la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas, como lo demuestra tanto la literalidad de ambos preceptos –que emplean los términos “repercusiones tributarias”– como la propia secuencia cronológica de ambos preceptos –1989 y primera modificación posterior del Texto Refundido del ITP y AJD entonces vigente–. Por otra parte, la práctica administrativa en este impuesto ha sido unánime en la aplicación de esta norma y sólo procedía a notificar a los transmitentes la comprobación de valores cuando como consecuencia de la misma se incidía en la aplicación del precepto anulado por el TC.

Por ello, entiendo que la sentencia del TC si bien es claro que no deroga la segunda parte del párrafo segundo del artículo 46.2 del Texto Refundido, sí lo deja postergado a la espera de que una modificación normativa pueda permitir que recobre su relieve como norma de tutela indispensable cuando una actuación administrativa de naturaleza tributaria desencadena efectos no sólo para el sujeto pasivo, sino también para otros sujetos que han intervenido en la realización del hecho imponible.

Lo expuesto es igualmente predicable respecto del artículo 91 del Reglamento del ITP y AJD que se expresa en términos análogos al precepto legal que comentamos.

2.1.2. *Disposición derogatoria única, 2.º, 7.ª de la Ley 40/1998, del IRPF*

La Ley 40/1998 suprimió en su articulado toda referencia a la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas, a diferencia de la Ley 18/91 –art. 44.6–, pero en la indicada disposición derogatoria única declara expresamente la vigencia del artículo 14.7 del Texto Refundido del ITP y AJD, declaración que obviamente, desde la publicación de la sentencia del TC debe considerarse derogada.

2.1.3. *El artículo 21 del Reglamento del ITP y AJD.*

El precepto reglamentario indicado es reproducción del anulado artículo 14.7 del Texto Refundido del ITP y AJD, por lo que no ofrece duda que esta norma reglamentaria ha quedado derogada.

2.1.4. *El artículo 23 del Reglamento del ITP y AJD.*

Este precepto hace referencia a la permuta reafirmando el criterio clásico en el impuesto de considerar dos hechos imponible independientes por cada una de las transmisiones, susceptible cada hecho imponible de comprobación de valores. Esta norma declara por referencia al artículo 21 del mismo reglamento, la aplicación, en su caso, a cada transmisión por la diferencia entre el valor declarado y comprobado, de las consecuencias tributarias del artículo 14.7 del TR.

Es, pues, evidente que la nulidad del precepto legal y, por ende, del precepto reglamentario que lo reproduce –art. 21 del Reglamento– supone que carezca de virtualidad fáctica la referencia a su posible aplicación.

2.1.5. *La Circular 4/89 de la Dirección General de Tributos.*

Dicha Circular fue objeto de publicación en el BOE (17/1/1989), por lo que aun no teniendo en rigor valor normativo, sin embargo, habida cuenta de la complejidad técnica del precepto anulado y de la absoluta orfandad de desarrollo normativo, ha actuado de *facto* como norma reglamentaria del precepto anulado, concretando su ámbito de aplicación, procedimiento de gestión y consecuencias de su aplicación.

No es el momento de enjuiciar la posible nulidad de dicha Circular pues el precepto legal no contenía habilitación alguna en tal sentido, pero lo que sí es nítido es que con la nulidad del precepto legal cae irremisiblemente la Circular indicada.

A la vista de lo anteriormente expuesto, la fortuna no sólo abandonó al legislativo al redactar el precepto, tampoco el ejecutivo estuvo afinado, pues si bien la Circular contribuyó a cubrir un vacío inaplazable, se desaprovechó el nuevo Reglamento del 95 para dotar de rango normativo reglamentario los aspectos que abordaba la Circular.

2.2. La doctrina de la sentencia del TC y el artículo 14.6 del Texto Refundido del ITP y AJD.

El artículo 14.6 del Texto Refundido del ITP y AJD establece en los supuestos de cesiones de bienes a cambio de pensión, cuando la base imponible de la cesión sea superior en más de un 20% y en más de dos millones de pesetas (y no en dos millones de pesetas como incorrectamente dice la literalidad del precepto) a la base imponible de la pensión, se girará liquidación por la modalidad de TPO del ITP y AJD por el valor en que ambas coincidan y por la diferencia –es decir, por lo que excede la base imponible de la cesión respecto de la base imponible de la pensión– se practicará una liquidación por el concepto de donación. Considera pues para un mismo acto –la cesión– la concurrencia de un doble hecho imponible: por TPO y por el Impuesto de Donaciones.

Este precepto fue introducido en el Texto Refundido del ITP y AJD entonces vigente por la Ley 29/91 y en mi opinión es claro –norma posterior y de superior rango– que supuso la derogación tácita del artículo 59.2 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que establece en todo caso la tributación como donación de la diferencia entre la base imponible de la cesión y de la pensión, sin sujeción a los requisitos antes indicados.

Su razón de ser estriba en que dichos contratos, que desde el punto de vista del Derecho privado es pacífica su naturaleza onerosa declarada reiteradamente por los tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado, se han utilizado como medio para transferir patrimonios eludiendo la tributación por el Impuesto de Donaciones y difuminando la prestación onerosa en cantidades pequeñas y de escasa trascendencia fiscal, sobre todo en supuestos de parentesco inexistente o muy lejano entre cedente y cesionario donde la reconducción a TPO implica un ahorro notable respecto al indicado tributo.

En todo caso, es evidente que para que juegue el precepto que comentamos se precisa que tanto la cesión como la pensión quedaran sujetas a

la modalidad de TPO, debiendo tenerse en cuenta que no quedan sujetas a TPO las pensiones satisfechas por empresarios y profesionales en el ejercicio de su actividad, aunque no constituyan operaciones sujetas al IVA, tal y como ha declarado constante doctrina de la DGT –consultas, entre otras, de 15/12/1993 y 28/12/1995–.

Por otra parte, y dada la referencia a la base imponible de la cesión, como tal se entiende conforme a los artículos 10.1 y 46.1 del Texto Refundido del ITP y AJD, no el valor declarado, sino el valor real que es el determinado por la Administración en la correspondiente comprobación, por tanto, el valor comprobado, pronunciándose en este sentido la sentencia del TC que estudiamos.

No ha sido fácil la relación de este precepto con el derogado artículo 14.7 del Texto Refundido. Por una parte, es clara la influencia de la antigua disposición adicional cuarta en su redacción –mismos requisitos cuantitativos–; pero por otro lado son igualmente notorias las diferencias:

- Dichos requisitos se establecen en el caso del artículo 14.7 del Texto Refundido para la diferencia entre el valor comprobado y el declarado y en el artículo 14.6 para la diferencia entre la base imponible de la cesión y de la pensión.
- El artículo 14.7 se podía aplicar a toda transmisión onerosa sujeta a TPO; por el contrario, el artículo 14.6 sólo se puede aplicar a la cesión sujeta a TPO en el contrato de cesión a cambio de pensión o alimentos.
- Sus efectos son distintos, en el artículo 14.7 del Texto Refundido se extienden a transmitente y adquirente y pueden afectar al Impuesto de Sociedades, al IRPF y al Impuesto de Donaciones, mientras que en el artículo 14.6 –pese a alguna opinión discrepante– sus efectos se circunscriben al adquirente y al Impuesto de Donaciones.

Ello planteó el problema de la posible confluencia de la aplicación de ambos preceptos pues como consecuencia de la comprobación de valores se podía incurrir en los supuestos de hecho de ambas normas, colisión que en nuestra opinión, se debía resolver en favor de la preferencia del artículo 14.6 del Texto Refundido y exclusión del artículo 14.7; pues aun siendo ambas normas del mismo rango, los criterios de norma posterior y especial nos llevaron a mantener con firmeza este criterio; sin que entendamos, siquiera cuestionable, la posibilidad de aplicación simultánea de ambos preceptos.

Declarada la nulidad del artículo 14.7, desaparece el problema de su coordinación con el artículo 14.6, pero la subsistencia de este último nos conduce a plantear la posible extrapolación de la doctrina de la sentencia del TC al mismo; o, dicho de otra forma, si de los fundamentos de la

sentencia se puede inferir una posible inconstitucionalidad del artículo 14.6 del Texto Refundido.

A la vista de la sentencia, en especial, de los fundamentos 7, relativo a la indeterminación del concepto de valor real como base imponible en el Impuesto al que en definitiva se reconduce el valor comprobado; y 8, relativo a la incompatibilidad de la ficción legal de transmisión lucrativa como consecuencia de la comprobación de valores con los principios de justicia tributaria y capacidad económica del artículo 31.1 CE, se pueden sentar las siguientes conclusiones:

- El artículo 14.6 del Texto Refundido al referirse a la base imponible de la cesión, puede hacer surgir de la comprobación de valores una ficción legal de donación a la que a nuestro juicio resulta aplicable la relacionada doctrina del TC. De hecho, la aplicación práctica del artículo 14.6 resulta casi exclusivamente como consecuencia de la comprobación de valores del valor declarado de la cesión.
- A mi entender, no es obstáculo que los efectos de la indicada ficción legal sean más limitados que los del artículo 14.7 anulado, pues se reducen al adquirente y al Impuesto de Donaciones, en este caso también se grava una riqueza inexistente.
- La posible inconstitucionalidad del artículo 14.6 del Texto Refundido podría ser eludida si se interpreta que la referencia a la base imponible de la cesión se debe limitar al valor declarado de la misma. En tal caso, del propio contrato resultaría un incremento patrimonial gratuito para el adquirente que como tal puede y debe resultar gravado en el Impuesto de Donaciones.

3. Efectos de la comprobación de valores tras la sentencia

La nulidad del artículo 14.7 del Texto Refundido limita considerablemente los efectos de la comprobación de valores acotándolos al sujeto pasivo, reduciéndolos al propio ámbito del Impuesto y, en su caso, a la posible aplicación del régimen de sanciones e infracciones previstas en la LGT.

Abordaremos, pues, la cuestión sintetizándola en tres puntos:

- La liquidación complementaria como efecto ordinario y *cuasi exclusivo* de la comprobación de valores.
- Posibilidad de aplicación del régimen sancionador de la LGT como consecuencia de la comprobación de valores.
- La proyección de la comprobación de valores en otros tributos del sistema fiscal español.

3.1. La liquidación complementaria como efecto ordinario y “cuasi exclusivo” de la comprobación de valores.

Tradicionalmente en el ITP y AJD la consecuencia de determinación de un valor comprobado superior al valor declarado se limitaba al adquirente, al que se le giraba por el órgano gestor una liquidación complementaria de la modalidad del Impuesto a la que resultaba sujeto el hecho imponible.

Este esquema clásico quebró en la modalidad de TPO con la entrada en vigor de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos; pues, caso de cumplirse los presupuestos de hecho de la norma, los efectos se extendían *ex lege* tanto al transmitente como al adquirente-sujeto pasivo y se trasladaban a la imposición personal de uno y otro (IS, IRPF e ISD, según las circunstancias), excluyendo al adquirente de la tributación del incremento de base por la modalidad de TPO a la que inicialmente resultaba sujeto el hecho imponible. En este punto, se debe matizar que la posibilidad de doble imposición para el adquirente del “exceso” –diferencia entre el valor comprobado y el valor declarado– por TPO y por el ISD o el IS fue expresamente excluida por la Circular 4/89 de la DGT.

La declaración de nulidad del TC supone el retorno al esquema tradicional, con algún efecto colateral en el Impuesto de Patrimonio del adquirente. En efecto, hoy toda comprobación de valores en la modalidad de TPO supondrá la emisión de una liquidación complementaria por TPO a cargo del adquirente, salvo en el supuesto del artículo 14.6 del Texto Refundido al que antes nos hemos referido.

A las liquidaciones complementarias se refieren los artículos 108 a 110 del Reglamento del ITP y AJD, precisando el artículo 109 que incluirán intereses de demora. Aun siendo evidente, no lo es tanto en la práctica, el reafirmar que las liquidaciones complementarias son eso –liquidaciones– y no sanciones y por tanto, su pago aprovecha en los mismos términos que el ingreso por autoliquidación: computable para determinar el valor de adquisición en el IRPF y, en su caso, deducible en cuota en el mismo Impuesto si el bien adquirido constituye la vivienda habitual del sujeto pasivo.

3.2. Posibilidad de aplicación del régimen sancionador de la LGT como consecuencia de la comprobación de valores.

La razón de ser del artículo 14.7 se encontraba, como reconoce explícitamente la sentencia del TC, en la lucha contra el fraude fiscal, especialmente importante en el sector inmobiliario; un segundo factor “ocul-

to”, aunque –sin duda– decisivo a la par del anterior fue la incapacidad del régimen general de infracciones y sanciones tributarias para atajar dicho fraude.

En efecto, la propia dificultad del concepto de “valor real” –eje sobre el que gravita la base imponible en este Impuesto y la comprobación de valores– y la necesidad de acreditar una mínima culpabilidad en el sujeto pasivo para considerar la posible comisión de infracciones, han supuesto un obstáculo insalvable para aplicar un régimen sancionador que cumpliera eficazmente la función disuasoria que le caracteriza.

Anulado el artículo 14.7 del TR, la cuestión recobra actualidad y se puede afirmar que subsiste el mismo estado que existía al dictarse la norma, o quizás para la Administración la situación sea peor, si pensamos en la acentuación de las garantías de los sujetos pasivos como consecuencia de la reforma de la LGT por la Ley 25/95, la publicación de la Ley 1/98 y la consiguiente normativa de desarrollo de ambos textos legales.

Tampoco debe olvidarse la derogación del derecho de adquisición por la Administración por la Ley 25/98; derogación que consideramos ajustada, dado que dicho derecho –aun siendo tradicional en la normativa del Impuesto– tenía difícil encaje con los principios constitucionales en materia tributaria. Sin embargo, es evidente que priva a la Administración de otro instrumento legal inductor al cumplimiento de las obligaciones fiscales.

En el Impuesto, las únicas referencias al régimen de infracciones y sanciones, se encuentran en el artículo 51.2 del Texto Refundido que contiene la remisión a la LGT y en el artículo 96 del Reglamento que establece en su número 2 una regla específica aplicable a la comprobación de valores, indicando que no procederá la imposición de sanciones como consecuencia de la comprobación cuando el valor declarado fuera igual o superior al que resulte de la aplicación de la regla correspondiente del Impuesto de Patrimonio.

Dos observaciones merece a nuestro juicio dicha norma:

- La regla, en nuestra opinión, constituye una traslación al ámbito del Impuesto del principio de culpabilidad sancionado con carácter general en el artículo 77 de la LGT, por lo que, aunque fuera derogado el precepto reglamentario, continuaría siendo de aplicación.
- En el tráfico inmobiliario sujeto al Impuesto, la referencia al Impuesto de Patrimonio y en concreto al artículo 10 de la Ley 10/91, se debe considerar circunscrita al valor catastral del inmueble, como por otra parte ha mantenido la DGT (consulta de 31/5/91).

A la vista de lo expuesto, podemos afirmar la insuficiencia del vigente régimen sancionador para asegurar un eficaz cumplimiento de las obligaciones fiscales en el Impuesto, siendo paradójicamente la huella mar-

cada por el precepto anulado durante su vigencia la que *post mortem* continúa surtiendo efectos.

Se abre pues un período de reflexión, donde quizás se pueda replantear el intento de fijar un valor unitario para los inmuebles en el sistema fiscal, tomando como punto de partida un valor catastral convenientemente remozado y capaz de actuar, con la suficiente cobertura normativa, como referencia en todo el conjunto de tributos que se refieran a inmuebles.

3.3. La proyección de la comprobación de valores en otros tributos del sistema fiscal español.

El artículo 14.7 del Texto Refundido atribuía al valor comprobado en el ámbito de la modalidad de TPO del ITP y AJD consecuencias en la imposición personal de transmitente y adquirente con una evidente proyección de la comprobación sobre otros tributos. Su nulidad nos conduce pues a replantear la cuestión, para lo que se tienen que ponderar los siguientes principios:

- Cada tributo tiene unas reglas específicas de regulación y determinación de su base imponible, lo que sancionan los artículos 9 y 47 de la LGT que establecen el denominado principio de estanqueidad. Por lo que si no hay una identidad absoluta, la transposición es inviable.
- La vigencia del principio de estanqueidad únicamente puede ser alterada con la cobertura de una norma de remisión.
- La aplicación en esta materia del principio de personalidad única de la Administración, aunque en ocasiones reconocido por los tribunales (sentencias del TS de 23/4/85, 3/3/1986, 25/6/1987, 6/3/91, 25/6/98), precisa del cumplimiento inexcusable de tres requisitos acumulativos exigencia de los principios de legalidad, seguridad jurídica y tutela, a saber:
 1. Cobertura normativa expresa que tenga rango de ley o un mínimo apoyo legal, por afectar a materias sujetas a reserva de ley: hecho imponible y base imponible.
 2. Notificación de la comprobación al sujeto afectado con advertencia expresa de sus consecuencias y reconociendo la posibilidad de su impugnación.
 3. Caso de afectar a tributos cuya competencia corresponde a distintas Administraciones, además de la notificación de la comprobación de valores con los requisitos indicados por la Comunidad Autónoma, parece ineludible que se dicte un acto administrativo por la Administración competente en el tributo

afectado declarativo de los efectos en el tributo de su competencia y, que además, produzca la interrupción de la prescripción. Dicho acto quedará a las resultas de la firmeza de la comprobación de valores, aunque según el artículo 122 de la LGT puede producir efectos antes de su firmeza, producción anticipada de efectos que en el artículo 14.7 del Texto Refundido descartó la Circular 4/89 de la DGT.

3.3.1. *Efectos en el Impuesto de Patrimonio del adquirente.*

El artículo 46.4 del Texto Refundido y, en concordancia con el mismo, el artículo 10 de la Ley 19/91, del Impuesto de Patrimonio, establecen un efecto colateral para el sujeto pasivo del ITP y AJD, además del principal de la liquidación complementaria: el valor comprobado debe declararse como valor del inmueble en el Impuesto de Patrimonio del adquirente en la anualidad corriente y en las siguientes.

En este caso nos encontramos con un efecto expresamente previsto con rango legal y con una adecuada coordinación normativa en ambos tributos.

Este efecto no plantea especiales problemas, si bien merece al menos dos precisiones:

- Los efectos en el patrimonio se producen en la anualidad correspondiente y sucesivas a la notificación de la comprobación de valores y no se retrotraen al momento en que se realizó la adquisición gravada en el ITP y AJD.
- El valor comprobado surte efectos hasta que los otros criterios alternativos del artículo 10 de la Ley 19/91, normalmente el valor catastral, sean superiores; verificada esta circunstancia, el valor comprobado que ha permanecido estático, cede ante el valor superior.

3.3.2. *Imposibilidad de proyección en el IRPF.*

La proyección en el IRPF se plantea en el ámbito del cálculo de las ganancias y pérdidas patrimoniales y en un doble aspecto: posibles efectos para el cómputo del valor de adquisición por el sujeto pasivo del ITP y AJD a efectos de ulteriores alteraciones patrimoniales y posible incidencia en el transmitente a efectos de determinar el valor de transmisión de la alteración patrimonial derivado de la operación gravada por el ITP y AJD.

En el primer supuesto, y a la vista del artículo 33 de la Ley del IRPF que para transmisiones a título oneroso se refiere a importe real de la

transmisión, es claro que el valor comprobado no puede aprovecharlo el adquirente para elevar su valor de adquisición a efectos de ulteriores alteraciones patrimoniales y en tal sentido se pronunció la DGT en consulta de 24/6/92.

El segundo supuesto es más complejo, habida cuenta de que el artículo 33.3 de la Ley del IRPF indica que para el cálculo del valor de transmisión se tomará el importe efectivamente satisfecho en las transmisiones onerosas, siempre que no difiera del valor normal del mercado, en cuyo caso prevalecerá éste. Ello puede permitir el conectar el valor de adquisición con la base imponible resultante de la comprobación de valores en el ITP y AJD, pues no falta jurisprudencia que tiende a considerar como valor real el valor de mercado el devengo (entre otras la fundamental sentencia del TS de 1/12/93); criterio mantenido por un cierto sector de la doctrina.

Sin embargo, a la vista del actual marco normativo, consideramos que debe descartarse dicha opción: la ausencia de normas de conexión entre ambos tributos, a diferencia de las transmisiones gratuitas, nos conduce a esta conclusión. En consecuencia, es la Administración del Estado la que, en la correspondiente actuación inspectora y mediante una comprobación *ad hoc* al amparo del artículo 52 de la LGT, puede acreditar que el valor de mercado es superior al importe efectivamente satisfecho, sin que pueda aprovechar el valor comprobado en el ITP y AJD, valor comprobado que –como ya se ha indicado y excepto en el supuesto del fenecido art. 14.7 del Texto Refundido– no se notifica al transmitente.

3.3.3. Imposibilidad de proyección en el Impuesto de Sociedades.

En el Impuesto de Sociedades, frente a la regla general de valoración de los elementos patrimoniales por el precio de adquisición o coste de producción, los artículos 15 y 16 de su Ley reguladora establecen el criterio de valor normal de mercado para determinados elementos patrimoniales y en las denominadas operaciones vinculadas.

Así pues, en dichos supuestos se puede plantear la cuestión de la posible incidencia de los valores comprobados en el ITP y AJD: cuestión que debe resolverse negativamente por los mismos motivos anteriormente expuestos en el apartado anterior, aunque ello suponga desconocer alguna sentencia aislada en sentido contrario –sentencia del TS de 23/4/85–.

4. Repercusiones respecto de actos de aplicación anteriores a su publicación

4.1. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de normas legales por sentencias del Tribunal Constitucional, su delimitación en la sentencia de 19 de julio de 2000.

Los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de normas con rango de ley se hallan previstos en los artículos 38, 39 y 40 de la Ley Orgánica 2/79, del Tribunal Constitucional. A la vista de los indicados preceptos y del fundamento 12 de la sentencia del TC podemos indicar los siguientes puntos de referencia:

1. La sentencia produce efectos generales el día de su publicación en el BOE (11/8/2000), por lo que dicha fecha es la decisiva para determinar su incidencia sobre los actos de aplicación.
2. Aunque la mejor doctrina constitucionalista, GARCÍA DE ENTERRÍA entre otros, considera que la declaración de nulidad de una norma con rango de ley es un supuesto de nulidad radical o de pleno derecho con efectos *ex tunc* –es decir, con eficacia retroactiva respecto de todos los actos derivados de su aplicación, aunque fueran firmes–, lo cierto es que el artículo 40 de la Ley 2/79 limita los efectos de la nulidad a situaciones que no sean firmes a la fecha de publicación de la sentencia.
3. La propia sentencia del TC declara expresamente el alcance de la misma, al precisar –como ya ha ocurrido en otras ocasiones en materia tributaria (fundamental sentencia del TC de 20/2/89)– que no afecta a situaciones firmes al tiempo de publicarse la sentencia. Se excluye, pues, el juego del principio de retroactividad de la nulidad de pleno derecho. Esta exclusión si bien tiene su justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica lo cierto es que limita las consecuencias del vicio de inconstitucionalidad a un *tertium genus* entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa.
4. La sentencia tiene fuerza vinculante directa e inmediata para todos los poderes públicos, por lo que respecto de los actos de aplicación que no sean firmes la incidencia de la declaración de nulidad debe ser apreciada de oficio por la Administración o los Tribunales, sin que sea necesario que sea alegada por los interesados.
5. Si la sentencia hubiera reconocido el carácter sancionador del artículo 14.7 del TR, la consecuencia inevitable hubiera sido la aplicación retroactiva de la misma, conforme al citado artículo 40.1 de la Ley 2/79.

Sentadas estas precisiones iniciales procede examinar detalladamente los efectos de la sentencia, distinguiendo entre actos firmes y actos que no han devenido firmes a la fecha de publicación de la sentencia.

4.2. Exclusión de aplicación de la sentencia a actos firmes a su publicación.

Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, es evidente que el TC ha limitado los efectos de la sentencia a actos que no sean firmes a su publicación. Sin embargo, el concepto de firmeza en materia tributaria es complejo, por lo que se pueden suscitar ciertas dudas que pasamos a examinar.

En los actos consentidos y firmes por no haber sido impugnados en tiempo y forma, o los que siendo recurridos han terminado desfavorablemente deviniendo firmes en vía administrativa o contencioso administrativa, en principio es claro que la sentencia no permite enervar las consecuencias tributarias derivadas de los mismos.

Sin embargo, hay dos supuestos que merecen una mínima referencia: deudas tributarias en procedimiento de apremio derivadas de la aplicación del artículo 14.7 del Texto Refundido y la posibilidad en cuanto a las deudas tributarias ingresadas de acudir al procedimiento de devolución de ingresos indebidos si no ha transcurrido el plazo de prescripción para su reclamación.

- Las deudas tributarias no satisfechas en vía ejecutiva derivadas de actos de aplicación del artículo 14.7 del Texto Refundido no parece que puedan ampararse en la sentencia del TC si el acto del que trae causa la vía de apremio devino firme y consentido (sentencias del TS de 20/6/95 y 16/7/95).
- Tampoco parece que se pueda acudir al procedimiento para la devolución de ingresos indebidos y ello aunque no haya transcurrido el plazo de prescripción para su reclamación. En efecto, aunque el RD 1163/90, en la disposición adicional segunda que regula el procedimiento para la realización de devoluciones de ingresos indebidos reconoce la posibilidad de acudir a este procedimiento respecto de los actos dictados en vía de gestión tributaria que hubiesen incurrido en motivo de nulidad de pleno derecho y el TS en sentencia de 10/6/94 ha acuñado el concepto de ingreso indebido sobrevenido por nulidad de la norma que lo exigió; lo cierto es que el fundamento 12 de la sentencia del TC en nuestra opinión precisa claramente el alcance de la misma, excluyendo categóricamente esta posibilidad en cuanto a los actos de aplicación firmes.

4.3. Consecuencias respecto de actos de aplicación que no son firmes al publicarse la sentencia.

De acuerdo con lo dicho en el apartado 4.1. la sentencia supone la nulidad de los mismos, nulidad que no es imprescindible que sea alegada por los sujetos pasivos, pues la sentencia vincula a todos los poderes públicos y debe ser aplicada de oficio por Administración y Tribunales. Dos grandes supuestos merecen una referencia detallada, que pasamos a examinar.

4.3.1. *Actos de liquidación derivados del artículo 14.7 del Texto Refundido en período voluntario de pago al publicarse la sentencia.*

Respecto a actos de liquidación en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, Impuesto de Sociedades o IRPF que se hallen en período voluntario de pago –es decir, notificada la deuda tributaria y abierto el plazo de pago y de recursos contra las liquidaciones– la Administración debe proceder a declararlos nulos de oficio, aunque el sujeto pasivo no los recurra en tiempo y forma.

En estos supuestos, caso de realizarse el pago, el sujeto pasivo podrá solicitar la devolución por el procedimiento de ingresos indebidos y caso de no ser recurridos y abrirse por la Administración el procedimiento de apremio, el sujeto pasivo podrá alegar como motivo de oposición a la ejecución la nulidad de la liquidación, conforme al artículo 99 del Reglamento General de Recaudación.

4.3.2. *Actos de aplicación impugnados en tiempo y forma pendientes de resolución.*

Si el acto de aplicación ha sido impugnado en tiempo y forma, se halle en vía administrativa o contencioso-administrativa, el órgano administrativo o jurisdiccional debe aplicar de oficio la nulidad del acto de aplicación. Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que la sentencia del TC no limita en modo alguno la facultad de comprobar valores por la Administración, reconocida en el artículo 52 de la LGT y en el artículo 46.1 del Texto Refundido del ITP y AJD, pero sí que excluye la aplicación como consecuencia de la comprobación de valores del artículo 14.7 del TR.

Igualmente, debe ponderarse que, conforme a la Circular 4/89 de la DGT, para que se dictaran por la Administración las liquidaciones que procedan en el Impuesto de Sociedades e IRPF por aplicación del artículo 14.7 del Texto Refundido se requería que el valor comprobado fuera

firme; firmeza que no se exigía en la práctica por la Administración para girar las liquidaciones por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que habitualmente han sido objeto de notificación conjunta con la comprobación de valores.

Por ello, en los procedimientos instados por los transmitentes relativos a la impugnación previa del valor comprobado y dado que la comprobación de valores sólo les afecta cuando se aplica el precepto anulado, se hallen en vía administrativa –reposición, reclamación económico-administrativa o tasación pericial contradictoria– o contencioso administrativo, la nulidad del precepto supone que el recurso carezca de objeto por lo que procede dictar resolución que ponga fin al procedimiento, sin más trámites y sin entrar a enjuiciar la corrección o no de la comprobación de valores.

Caso de que el valor comprobado hubiese devenido firme pero se hubieran impugnado en tiempo y forma las liquidaciones giradas por el Impuesto de Sociedades o el IRPF, la sentencia obliga a que el órgano administrativo o jurisdiccional dicte resolución determinando la nulidad de dichas liquidaciones.

En los procedimientos instados por los adquirentes, en los que se discuta no sólo la aplicación del artículo 14.7 sino el valor comprobado, bien con carácter previo (caso de que el adquirente sea persona jurídica y el art. 14.7 le haya determinado repercusiones en el Impuesto de Sociedades) o simultáneo (caso de que el adquirente sea persona física y hayan sido objeto de notificación conjunta la comprobación de valores y las liquidaciones por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones); el órgano administrativo o jurisdiccional debe proceder a enjuiciar la corrección del valor comprobado y declarar de oficio la improcedencia de la aplicación del artículo 14.7 del TR, declarando en su caso la nulidad de las liquidaciones giradas. La confirmación del valor comprobado facultará a la Administración a emitir las liquidaciones complementarias que procedan por la modalidad de TPO del ITP y AJD.

Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio

Recurso de inconstitucionalidad 1404/89. Promovido por setenta y ocho Diputados, respecto de la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 abril, de Tasas y Precios Públicos, que regula el tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa.

Supuesta vulneración de las normas del procedimiento legislativo; vulneración de los principios de capacidad económica, de legalidad penal y de defensa en el procedimiento administrativo sancionador. Nulidad del precepto impugnado y de su reproducción en el Texto Refundido del Impuesto.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1404/1989, promovido por don F. T.-F. M.-C. y don J. L. de L. L., comisionados al efecto por setenta y ocho Diputados, contra la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. Han sido parte el Congreso de los Diputados, representado por el Letrado de las Cortes Generales don L. M. E.; el Senado, representado por el Letrado de las Cortes Generales don J. M. M., y el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado. Ha sido Ponente don Carles Viver Pi-Sunyer, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado de entrada en este Tribunal el día 14 de julio de 1989, don F. T.-F. M.-C. y don J. L. de L. L., comisionados por setenta y ocho Diputados, interponen recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

Tras poner de manifiesto que el contenido de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, es ajeno e independiente del precepto incorporado en la Disposición adicional cuarta, examinan los recurrentes las conexiones normativas de la citada disposición. El precepto impugnado se remite al Impuesto

sobre Transmisiones Patrimoniales en cuanto a la comprobación de los valores declarados; la diferencia entre el valor comprobado y el valor declarado puede dar lugar a que se produzca un incremento de patrimonio que constituye porción de la base imponible en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, incidencia tributaria que podría producirse tanto en el adquirente como en el transmitente. La disposición recurrida conecta también con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones porque en los supuestos en que resulte aplicable el adquirente quedará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con aplicación del tipo correspondiente que, cuando se trate de personas sin vínculo de parentesco, puede alcanzar el 68 por 100. Resaltan, asimismo, que mientras las transmisiones a título oneroso en las que sea aplicable el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales quedan inmersas y subsumidas en la citada disposición adicional cuarta, por el contrario las entregas de bienes efectuadas mediante transmisión onerosa sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido quedan al margen de dicha disposición. Por otra parte, en el marco de las personas jurídicas los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo tienen el tratamiento establecido al efecto en el Impuesto sobre Sociedades, por lo que conviene advertir que los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo a que se refiere la disposición adicional cuarta no tienen igual tratamiento tributario en las personas físicas que en las personas jurídicas. La norma recurrida conecta, finalmente, con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas porque la disposición adicional cuarta varía el tratamiento de los incrementos de patrimonio al establecer que cuando la diferencia entre el valor comprobado y el declarado exceda del 20 por 100 y sea superior a 2.000.000 de pesetas, esa diferencia tendrá el tratamiento de incremento de patrimonio derivado de transmisión a título lucrativo, mientras que si la diferencia es inferior se aplicará el tratamiento que corresponde a las transmisiones a título oneroso.

Examinan a continuación los recurrentes la disposición adicional cuarta a la luz de los principios constitucionales que pueden afectarle, distinguiendo los principios delimitadores de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos de otros principios constitucionales que afectan al sistema jurídico general.

Con relación a los principios delimitadores de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, la *norma recurrida vulnera el principio de generalidad*, recogido en el artículo 31.1 CE porque mientras unas determinadas transmisiones onerosas, en las que se produce el supuesto contemplado en dicha norma, quedan sujetas a incidencia tributaria en los términos que establece, otras transmisiones onerosas, concretamente las que no inciden en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, no tienen idéntico tratamiento tributario, al igual que tampoco lo tienen las transmisiones onerosas en las que intervienen personas jurídicas. Quiere esto decir que no todas las personas contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, sino que unas contribuyen con manifiesta discriminación respecto de otras a las que no les alcanza el precepto contenido en la citada disposición.

El principio de capacidad económica, reconocido también por el artículo 31.1 CE, resulta vulnerado, no tanto porque el precepto recurrido someta a gravamen

situaciones de la vida real inexpresivas de capacidad económica, cuanto porque siendo dichas situaciones expresivas de esa capacidad, no todas ellas quedan sometidas a gravamen con idéntico criterio e igual incidencia, lo que hace que, en definitiva, se erosione dicho principio en tanto se considere guía y orientación coadyuvante en la consecución de una fiscalidad justa; así las cosas, casi resulta ocioso advertir en esta sede la presencia de discriminación en la disposición recurrida, que se produce en determinadas transmisiones onerosas no sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, o bien que estando sujetas al mismo, sin embargo no resulta aplicable el precepto por tratarse de transmisiones efectuadas entre personas jurídicas.

A su vez, el principio de igualdad, plasmado asimismo en el citado artículo 31.1 CE, resulta vulnerado por tres motivos. En primer lugar, porque las transmisiones no sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por constituir entregas de bienes sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido y no declaradas exentas, quedan marginadas de la norma recurrida, lo que produce una clara discriminación entre unas y otras transmisiones que viola el principio de igualdad. En segundo lugar, porque cuando la diferencia entre el valor comprobado y el declarado supere el 20 por 100 establecido por la norma el incremento patrimonial resulta gravado como si fueran transmisiones a título lucrativo, mientras que cuando no se alcanza dicho porcentaje no se contempla esta tributación, por lo que no todas las diferencias de valor, incluso dentro del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, se tratan de igual manera. En tercer y último lugar, algo similar acontece en relación con los entes colectivos sujetos al Impuesto de Sociedades, ya que el excedente a que se refiere la norma que se recurre no puede tener para el transmitente y para el adquirente, cuando sean personas jurídicas, «las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivadas de transmisiones a título lucrativo» toda vez que uno y otro (adquirente y transmitente) se hallan fuera del marco subjetivo en el que los incrementos patrimoniales a título lucrativo operan como elemento material de una modalidad de hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Resulta también infringida la prohibición del alcance confiscatorio, plasmada en el artículo 31.1 CE, porque la disposición adicional cuarta hace surgir de un solo y único hecho, a saber la realización de una transmisión onerosa por acto «inter vivos» de bienes y derechos declarando un valor inferior al comprobado, una pluralidad de obligaciones tributarias como son las correspondientes al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; esta pluralidad de obligaciones tributarias determina otras tantas liquidaciones por unas cuotas que bien puede afirmarse que consumen por entero, y aun rebasan, el valor mismo de los bienes o derechos transmitidos, por lo menos en la porción correspondiente al «exceso». No debe olvidarse que aquí no se trata de una verdadera donación, sino de un negocio obligacional correctamente tipificado en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en concordancia con las categorías conceptuales elaboradas por el Derecho. Se pone así de relieve de qué manera el Legislador, mediante un pedestre mecanismo, que ni siquiera merece denominarse

ficción, consistente en equiparar a las donaciones lo que no lo es, alcanza en favor del Estado lo que confisca al ciudadano contribuyente.

Por su parte el principio de legalidad, reconocido en el artículo 31.1 CE, sólo es observado aparente o formalmente; en realidad, la disposición adicional cuarta es una norma vaga, imprecisa e incompleta, razón por la cual es irrespetuosa con el principio de legalidad, cuestión que tiene su entronque con el principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 CE. Y aun dentro de este tipo de legalidad, no resulta gratuito indicar el carácter puramente sancionador de la disposición adicional cuarta y su inconstitucionalidad, en cuanto que no respeta exigencias de toda norma permisiva de sanciones en vía administrativa (art. 25 CE). En concreto, el tratamiento que la legislación vigente da a las infracciones tributarias y sus sanciones confiere al contribuyente unos derechos y garantías que están por completo ausentes en la norma recurrida, mediante la cual la simple comprobación del valor lleva consigo lo que, en definitiva, no es otra cosa que la imposición de severas sanciones pecuniarias, sin haberse probado en rigor que se hubiese incurrido en infracción y sin que se pueda accionar en propia defensa al modo como se halla regulado para las infracciones; esta ausencia de garantías pugna abiertamente con el principio de legalidad, puesto que se trata de exigencias recogidas como derechos en la Constitución.

Resulta también socavado el principio de justicia (sistema tributario justo), recogido en el art. 31.1 CE, por cuanto el precepto de la disposición adicional cuarta pugna con los componentes de ese principio ya citados con anterioridad, tales como la generalidad, capacidad económica, igualdad, no confiscatoriedad y legalidad, que deben concurrir para lograr ese sistema tributario justo al que la Constitución se refiere, con lo que en definitiva se violenta la justicia.

Con relación a los principios generales del Ordenamiento jurídico analizan los recurrentes la vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. En efecto, el principio de seguridad jurídica, reconocido en el artículo 9.3 CE, tiene uno de sus cimientos en el *conocimiento* cierto, claro y evidente de las normas, esto es, en la certidumbre del Derecho. La norma recurrida no es respetuosa con dicho principio porque en aquélla no resulta claro, y menos fácil y sencillo, precisar qué es lo que exactamente ordena; los términos gramaticales utilizados son confusos e inadecuados y de la lectura del texto legal no se deduce, con la claridad exigible y necesaria, cuál es el supuesto nuevo hecho imponible y cuál es su exacta delimitación; no se sabe exactamente cuáles son estos supuestos efectos jurídicos, puesto que los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo tienen distinto tratamiento dentro del mismo sistema tributario, según que los sujetos de la relación jurídica sean personas físicas o personas jurídicas. Cuando los sujetos intervinientes son personas físicas, los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo quedan reconducidos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y cuando los intervinientes son personas jurídicas tales incrementos quedan inmersos en el Impuesto sobre Sociedades. Obviamente, la pregunta que aflora inevitable es la de si los efectos jurídicos de la disposición adicional cuarta hacen referencia al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o al Impuesto sobre Sociedades, y no puede haber respuesta clara porque ésta no cabe dedu-

circa del contenido de la norma. Esta indeterminación normativa es fuente de inseguridad jurídica, puesto que genera todo lo contrario de certeza, esto es, produce incertidumbre, desorientación y confusión, sin saber a qué atenerse.

De modo similar la disposición recurrida socava el principio de seguridad jurídica cuando se refiere al valor comprobado, lo que implica una decisión de la Administración Tributaria que siempre ha de producirse con posterioridad a la presentación de la correspondiente declaración tributaria. Siendo así las cosas, el contribuyente se encuentra inerte y a la intemperie, por cuanto desconoce, al efectuar la declaración, cuál va a ser el valor comprobado que le atribuirá la Administración tributaria; de donde el sujeto declarante queda inmerso en la más absoluta incertidumbre; por lo tanto esta referencia al valor comprobado se sitúa en las antípodas de la seguridad jurídica.

El principio de seguridad jurídica ha sido también vulnerado porque la norma impugnada no ha sido dictada con sujeción al ordenamiento regulador de la elaboración de las leyes. La disposición adicional cuarta no cumplió los requisitos establecidos por el artículo 88 CE, porque la citada disposición no figuraba en el proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes y fue introducida a través de una enmienda en el Senado; esta forma de proceder es incorrecta, porque supone aprovechar el proyecto de Ley de Tasas y Precios Públicos en su último eslabón de elaboración para incorporar un precepto absolutamente ajeno a las tasas y precios públicos. La incorporación de la citada disposición tampoco ha respetado el art. 86 CE, porque incluso en estos supuestos excepcionales y extraordinarios se prevé la participación y el debate, amén de presentación de enmiendas, en el seno de las Cortes si se tramitan como proyectos de Ley. De donde resulta que en el caso de la disposición que se recurre se ha «inventado» —valga la expresión— un tercer procedimiento, no previsto constitucionalmente, que consiste en incluir un precepto extraño mediante enmienda en la última fase de tramitación —Senado— aprovechando un proyecto de ley absolutamente ajeno al tema que no permite al Congreso de los Diputados otra cosa que pronunciarse mediante votación.

Los recurrentes consideran también vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad garantizado en el art. 9.3 CE. El acto del legislativo se revela arbitrario cuando engendra desigualdad, o cuando el fin perseguido por la Ley es ilícito constitucionalmente, o constitucionalmente inadecuado, o cuando hay una desproporción entre el fin que se persigue y los medios establecidos para alcanzarlo (SSTC 27/1981, 66/1985, 108/1986 y 99/1987). En la norma objeto de recurso se aprecia una manifiesta actividad antijurídica del legislativo que conculca el principio de interdicción de la arbitrariedad garantizado en el art. 9.3 CE; en efecto, el poder legislativo ha de ceñir sus facultades a los límites que establece la propia Constitución, la cual garantiza los principios de generalidad, capacidad económica, igualdad, no confiscatoriedad, legalidad, justicia y seguridad jurídica, principios todos ellos vulnerados en el precepto contenido en la disposición adicional cuarta.

La disposición recurrida vulnera también los arts. 38 y 51.1 CE, que garantizan la libre economía de mercado y la defensa de los consumidores y usuarios. El estricto y debido cumplimiento del nuevo precepto ha de conducir, en la rea-

lidad, a la total desaparición de la posibilidad del libre juego de la ley de la oferta y la demanda. Con la nueva disposición nos hallamos ante la imposición de unos precios tasados, sin posibilidad legal de operar o negociar por debajo de los mismos, so pena de incurrir en unas responsabilidades tributarias, que más consisten en una solapada imposición de graves sanciones que en una rectificación de la base del Impuesto, rectificación que –en buenos principios– tampoco sería procedente. Además, existen casos en los que coyunturas del mercado y situaciones personales de transmitentes obligan a desprenderse de los bienes a un precio inferior al comprobable a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En conclusión, vulnera los arts. 38 y 51.1 CE una norma que viene a imponer unos precios tasados, de imposible reducción, con menosprecio de la ley de la oferta y de la demanda, de la voluntad de los contratantes, de la libre empresa de mercado, y de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

Se ha vulnerado, por último, el respeto al Derecho y a los valores superiores del Ordenamiento jurídico. Es sabido que el Ordenamiento jurídico aparece informado por una serie de principios; se actúa contra esos principios jurídicos, de secular tradición, cuando conceptos pacientemente elaborados por la ciencia jurídica, erigidos en institutos básicos del Ordenamiento, como son los de compraventa y donación, se transforman artificiosamente desde una rama jurídica, como es el Derecho tributario positivo, a través de normas forzosamente diseñadas que rompen esquemas básicos y quiebran la necesaria armonía y correspondencia entre el Ordenamiento jurídico y la realidad. Por ello, la disposición adicional cuarta es paradigmática en cuanto a la falta total y absoluta de respeto al Derecho y, con ello, irrespetuosa también con el mandato del art. 1.1 CE. Se precisa, en efecto, de mucho poder taumatúrgico para transmutar, sin más, una auténtica y verdadera transmisión onerosa de bienes o derechos en una transmisión a título lucrativo de los mismos bienes o derechos, esto es, por ejemplo, convertir en donación una compraventa; en el caso de la norma impugnada, no es que exista una presunción adversa a lo que los contratantes estipulan, sino que nos hallamos ante la evidencia de que lo único operado ha sido una transmisión onerosa y nada más que una transmisión de esta naturaleza; si de lo que se trata es de que el Legislador acude o se vale de una ficción tributaria, también en este campo de las ficciones tributarias las posibilidades del Legislador no son omnímodas y debe imponerse el respeto al Derecho por exigencia del art. 1.1 CE.

Concluye su escrito con una recapitulación de los principios constitucionales que se consideran vulnerados y con la súplica de que se declare la inconstitucionalidad de la precitada disposición adicional cuarta e igualmente su nulidad.

2. Por providencia de 19 de julio de 1989 la Sección Cuarta acordó tener por promovido el recurso de inconstitucionalidad y, antes de decidir sobre su admisión a trámite, que se requiriera a los Diputados promoventes que no hubieran suscrito el documento de firmas o no hubieran otorgado poder especial para que en el plazo de diez días acreditaran fehacientemente su voluntad de recurrir. Una vez cumplimentado lo dispuesto por el anterior proveído, la citada

Sección Cuarta, por providencia de 18 de septiembre de 1989, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, efectuar los traslados de la demanda dispuestos por el art. 34 LOTC, recabar, conforme al art. 88.1 LOTC, del Gobierno, del Congreso y del Senado los antecedentes que materializaron el proceso de elaboración de la Ley recurrida y publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Mediante escrito de 3 de octubre de 1989 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el Acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente de personarse en el procedimiento a los solos efectos de formular alegaciones en relación con la violación de las normas reguladoras del procedimiento legislativo que se denuncia en el escrito del recurso.

4. Por escrito de 10 de octubre de 1989 el Abogado del Estado solicitó la concesión de una prórroga del plazo para alegaciones por ocho días más. La Sección Cuarta, mediante providencia de 16 de octubre de 1989, prorrogó en ocho días el plazo concedido al Abogado del Estado para formular alegaciones.

5. La representación procesal del Congreso de los Diputados formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 11 de octubre de 1989. Comienza su escrito señalando que sus contraargumentaciones van a referirse, exclusivamente, a la alegación vertida en el recurso consistente en no haber sido dictada la norma con sujeción al ordenamiento regulador de la elaboración de las Leyes.

Analiza a continuación el significado y limitaciones a la potestad parlamentaria de enmendar proyectos de Ley. La potestad parlamentaria de enmienda es el procedimiento por el cual el pueblo participa en la labor legislativa a través de los representantes elegidos libre y democráticamente y constituye un basamento de los regímenes parlamentarios pluralistas occidentales. Es cierto que la iniciativa legislativa cuando se trata de proyectos de Ley corresponde al Gobierno, pero el poder legislativo y en consecuencia la facultad de aprobar Leyes es función de las Cortes. En el ejercicio de este poder legislativo, los miembros de la Cámara tienen la facultad de iniciativa legislativa por medio de proposición de ley y la de ejercer su potestad de enmendar los proyectos de ley presentados por el Gobierno. Al no existir ninguna reserva, la potestad de presentar enmiendas a los proyectos de Ley puede extenderse a cualquier materia sin ninguna limitación; las únicas limitaciones que a la facultad de enmendar y a la de formular proposiciones de ley establece nuestra Constitución son las de los arts. 84 y 134.6 para asegurar un ámbito de acción propia al Gobierno, tal como ha manifestado la STC 99/1987; fuera de estas limitaciones establecidas constitucionalmente, la potestad de enmendar los proyectos de ley es ilimitada y puede referirse a cualquier contenido.

Las limitaciones al poder de enmienda alegadas por los recurrentes carecen de respaldo constitucional. En efecto, no existe objeción constitucional ni parlamentaria que permita formular enmiendas de adición para conexionar el proyecto de ley con el contenido de cualquier otra ley vigente. La distinción dentro de

las enmiendas de adición entre las sustanciales y las que no tienen tal entidad no está recogida en nuestro Derecho parlamentario; la tramitación de las enmiendas sustanciales de adición como proposición ley o su remisión al Congreso significa limitar el poder de enmienda por vía interpretativa sin respaldo constitucional y suprimir tales enmiendas; por último, argumentar que las enmiendas de adición sustanciales deban tramitarse previamente ante el Congreso es condicionar la autonomía e independencia de la Cámara Alta e imponer limitaciones a los Senadores para formular tales enmiendas y daría lugar a que sólo pudieran formular enmiendas de adición los miembros de la Cámara Baja.

Lo que los recurrentes pretenden es crear un procedimiento legislativo atípico. Esta afirmación se deduce de las siguientes consideraciones. En primer lugar, si los parlamentarios están vinculados absoluta y totalmente al texto del Gobierno sólo podrían hacer ligeros cambios, modificaciones de estilo, o adiciones discretas, lo que resulta alejado de la verdadera naturaleza y sentido de la enmienda parlamentaria. En segundo lugar, la tesis de los recurrentes conduce a la supresión de las enmiendas de adición senatoriales, lo que sí es anticonstitucional; el art. 110.4 del Reglamento del Congreso no limita materialmente el contenido de las enmiendas y únicamente las califica de forma especial cuando proponen la devolución o contienen un texto completo alternativo o una propuesta de veto. En el caso de autos las enmiendas presentadas, ni proponían la devolución del texto, ni presentaban uno alternativo, sino que se limitaban a añadir una disposición adicional al proyecto de ley. En tercer lugar, es cierto que el art. 90.2 CE reconoce la preeminencia del Congreso, y que este precepto admite diversas interpretaciones, pero en nada vulnera esta preeminencia la regulación que efectúa el art. 123 del Reglamento del Congreso al disponer que las enmiendas propuestas por el Senado serán objeto de debate y votación quedando incorporadas al texto del Congreso las que obtengan la mayoría simple de los votos emitidos; la preeminencia del Congreso se deriva del hecho de tener la última palabra, pudiendo pronunciarse sobre las modificaciones introducidas por el Senado, pero no implica en absoluto la necesidad de que el Congreso tenga que someter a nuevo trámite de enmiendas el contenido del texto aprobado por el Senado. Nada impide por tanto que el Senado pueda modificar un proyecto de ley añadiendo unos preceptos mediante enmiendas de adición, como lo avala la práctica parlamentaria; es también una práctica habitual en el mundo legislativo la regulación en un mismo texto legal de cuestiones distintas.

En realidad, lo que se encuentra implícito en el recurso es la pretensión de que las enmiendas de adición tienen la naturaleza de proposiciones de ley y deben recibir una tramitación diferenciada; dicho en otros términos, la cuestión que se debate es la de distinguir la proposición de ley y la enmienda. Los recurrentes utilizan un argumento de carácter material o sustancial, según el cual el contenido del texto presentado incluía un auténtico cuerpo legislativo extraño al proyecto de ley que tenía la consideración de proposición de ley y como tal debía tramitarse. Dicho enfoque es dialécticamente hábil, pero técnicamente incorrecto. La separación entre la enmienda y la proposición de ley opera básicamente sobre aspectos formales o procedimentales y a la luz de estos criterios es a la que debe trazarse la distinción.

La primera y más nítida diferencia es que mientras que en el caso de la proposición de ley estamos en el marco de la llamada iniciativa legislativa, contemplada en los arts. 87, 88 y 89 CE, en el caso de las enmiendas estamos ya en la fase del procedimiento legislativo «sensu stricto», en el que ya existe un referente jurídico cierto sobre el que se emiten los pronunciamientos en forma de enmiendas. De esta manera la afirmación de que las, en su día, tramitadas como enmiendas eran proposiciones de ley no es admisible, puesto que, de hecho, la Mesa de la Cámara nunca podría haber tramitado iniciativas legislativas acumulándolas a un procedimiento ya en marcha y que se encontraba en fase de tramitación en el Senado.

Sobre las cuestiones planteadas en este apartado ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC 99/1987, de 11 de junio.

Es doctrina constitucional consagrada que las leyes puedan declararse inconstitucionales por inobservancia de las normas procedimentales relativas a su elaboración; así se ha manifestado la Sentencia anteriormente citada. En el presente caso se han observado escrupulosamente las normas parlamentarias sobre elaboración de las leyes contenidas en los arts. 108 a 123 del Reglamento del Congreso; buena prueba de ello es que en las alegaciones formuladas por los recurrentes no se cita ni un solo artículo del citado Reglamento que haya sido incumplido.

Concluye su escrito solicitando que se dicte Sentencia por la que se declare no haber lugar a la inconstitucionalidad pretendida por los recurrentes y se manifieste la conformidad a Derecho de la tramitación parlamentaria de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y la no violación de los arts. 87, 88 y 90 CE, ni del 9 del mencionado Texto fundamental en cuanto proclama el principio de seguridad jurídica.

6. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 25 de octubre de 1989. Tras efectuar diversas consideraciones sobre el objeto del recurso, el contenido y alcance de la disposición impugnada y analizar las consecuencias de su aplicación, examina las tachas de inconstitucionalidad alegadas por los recurrentes.

Respecto del principio de generalidad tributaria, las manifestaciones de los recurrentes, que en último término vienen a reconducir las exigencias del principio de generalidad al de igualdad, parten del error de interpretar el término «todos» del art. 31.1 CE en el sentido de que, con abstracción de cualquier otra circunstancia, todas las transmisiones y todos los sujetos que en ellas intervengan han de tener el mismo trato tributario. Frente a ello hay que afirmar que el principio de generalidad no impone una uniformidad absoluta de tratamiento fiscal para todo tipo de actuaciones ni de personas en ellas implicadas; en lo que hace al principio de generalidad, la vulneración alegada por los recurrentes pierde toda consistencia cuando se comprueba que la disposición impugnada se aplica a todas las transmisiones que resulten encuadrables en los presupuestos de hecho que establece.

Ninguna explicación añaden los recurrentes para demostrar que la disposición adicional cuarta no somete a gravamen con idéntico criterio e igual inci-

dencia todas las situaciones expresivas de la misma capacidad económica, por lo que debería bastar la afirmación en contrario para rechazar la pretendida vulneración del citado principio. No obstante, debe ponerse de relieve que la capacidad económica no está únicamente vinculada al patrimonio (riqueza); en todo caso no puede aceptarse la existencia de una exacta correlación entre capacidad económica y contribución a los gastos públicos.

Con relación a las alegadas vulneraciones del principio de igualdad hace notar el Abogado del Estado, con carácter general, que el art. 31.1 CE refiere el principio de igualdad a un «sistema» tributario justo, y difícilmente puede atribuirse a la disposición adicional de una Ley que modifica un punto concreto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales nada menos que la violación del principio de igualdad «del sistema». Hay que hacer notar, además, que los alegatos de discriminación se apoyan en circunstancias ajenas a las normas; es decir, la discriminación nace, no de lo que la norma dice, sino del hecho de no contener previsiones específicas, por lo que tan sólo podría corregirse si ella misma incorporara previsiones que hoy no contiene. Como quiera, no obstante, que sólo cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y éste no lo hace le es exigible un tal pronunciamiento (STC 87/1989), no parece que quepa admitir que la inconstitucionalidad pueda fundarse en la omisión de previsiones en la norma; al menos en dos supuestos, la discriminación denunciada no es imputable a la norma que se impugna, sino a otras que le son ajenas y que fijan el régimen de las entregas sujetas al IVA y de los incrementos de patrimonio derivados de transmisiones a título lucrativo.

Analiza a continuación las situaciones concretas supuestamente discriminatorias. La no aplicación de la disposición adicional a las entregas de bienes sujetos al IVA y, por lo tanto, el diferente régimen jurídico de unas y otras transmisiones se explica porque uno y otro tributo gravan realidades diferentes, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, el tráfico jurídico entre particulares de carácter civil y el IVA el de orden mercantil que se realiza por profesionales y empresas; a diferente supuesto de hecho corresponde pues diferente régimen jurídico fiscal; el diferente tratamiento aplicado por el legislador a las transmisiones patrimoniales se justifica, además, porque la práctica de hacer figurar cantidades inferiores a las reales, y el consiguiente fraude fiscal, ha tenido lugar en mayor medida en las transmisiones patrimoniales (fundamentalmente inmobiliarias) sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Que las diferencias derivadas del expediente de comprobación reciban un distinto trato fiscal según excedan o no de los topes legales, es algo que entra dentro de la legítima libertad de apreciación del legislador.

Por último, la diferencia de régimen para personas físicas y jurídicas no supone una vulneración del art. 31.1 CE; es cierto que existe una diferencia de tipos en el Impuesto sobre Donaciones y en el Impuesto sobre Sociedades, pero esa diversidad no deriva de la disposición adicional cuarta, sino que resulta del carácter progresivo y redistributivo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones frente al carácter proporcional del Impuesto sobre Sociedades y concurre siempre que se compare la tributación de una donación a una persona física frente a

la que correspondería a una persona jurídica. Debe tenerse en cuenta, además, que la tributación por el Impuesto sobre Donaciones está en función de la relación de parentesco entre transmitente y adquirente y del patrimonio preexistente de este último, por lo que, según demuestra el Abogado del Estado con diversos ejemplos, sólo podrá hablarse de discriminación a partir de cantidades elevadas.

Rechaza, asimismo, el carácter confiscatorio de la norma; esta última se limita a remitir a su lugar correspondiente el tratamiento tributario del presupuesto que configura, por lo que, en sí misma, no puede ser confiscatoria; si el alcance confiscatorio de la disposición pretende derivarse de la elevada cuantía de las deudas tributarias que puede generar, la utilización de un ejemplo permite concluir que las mayores deudas tributarias que pueden resultar es discutible que sean confiscatorias.

Debe combatirse en este punto la tesis sustentada por los recurrentes de que la disposición adicional cuarta equipara a la donación lo que no lo es. La norma impugnada no califica la diferencia entre valor comprobado y consignado como donación, ni como transmisión a título lucrativo, sino que deriva sobre el mismo las consecuencias propias de tal tipo de transmisión; es importante observar que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no recae sobre la donación o la herencia, sino sobre el incremento de patrimonio que se genera en el adquirente, tal y como resulta de los arts. 1 y 3 de la Ley del Impuesto. Por lo tanto, la disposición adicional cuarta dice, simplemente, que dicho exceso debe recibir el mismo tratamiento que reciben los incrementos derivados de transmisiones a título gratuito; de aquí que intentar justificar un «alcance confiscatorio» en función de que la equiparación vista resulte fuera de lugar.

Debe rechazarse, igualmente, la supuesta violación del principio de legalidad reconocido por el art. 31.3 CE porque, frente a lo pretendido por los actores, la disposición impugnada no es una norma sancionadora, sino que persigue aproximar los valores consignados en los documentos traslativos al precio real que interviene en la operación. Su finalidad es disuasiva o correctora, y trata de modificar el hábito del contribuyente que consiste en deformar el precio que las partes acuerdan realmente; el interés por esta práctica se apoyaba, entre otras razones, en las nulas consecuencias del valor comprobado en los gravámenes que recaen sobre los incrementos de patrimonio producidos. Para luchar contra ello, lo único que hace la norma impugnada es traducir las consecuencias tributarias que corresponden a la naturaleza jurídica y a los efectos económicos de los elementos del negocio jurídico que las partes afirman realizar. La disposición recurrida enfrenta a los sujetos pasivos con la necesidad de ser veraces en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; la mejor manera de evitar su aplicación es declarar correctamente las cláusulas de las transmisiones onerosas. En estas condiciones, pretender que la norma tiene puro carácter sancionador no se ajusta a la realidad.

Como consecuencia de cuanto se ha expuesto, no puede imputarse a la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989 la vulneración del principio de justicia.

Con respecto a la alegada vulneración de la seguridad jurídica, rechaza el Abogado del Estado la crítica de ausencia de certeza de la norma impugnada; la

complejidad de la regulación jurídico-tributaria no supone, necesariamente, incertidumbre. En el caso ahora considerado, la alegación carece de fundamento porque si los recurrentes mediante el análisis de las normas han encontrado sus consecuencias habrá que concluir en la certeza y comprensión de la norma. Que el legislador, en vez de señalar de forma expresa los preceptos concretos de la ley en que se recogen las citadas «repercusiones», se haya remitido a las normas que lo regulan no origina incertidumbre ni parece argumento bastante para tachar la norma de inconstitucional.

Al afirmar, en este mismo apartado relativo a la seguridad jurídica, que el sujeto declarante queda inmerso en la incertidumbre por desconocer cuál va a ser el valor comprobado que le atribuirá la Administración, los recurrentes no han tomado en consideración que tanto la existencia de la tasación pericial como la configuración del acto resolutorio del expediente de comprobación como impugnación en vía económico-administrativa y jurisdiccional eliminan toda idea de «incertidumbre» en el sentido atentatorio contra el principio de seguridad jurídica que pretenden.

En relación al procedimiento de elaboración de la Ley, la disposición adicional cuarta no ha experimentado una tramitación que deba señalarse como excepcional o distinta a la experimentada por otro tipo de disposiciones. Tras exponer las fases por las que ha atravesado el proyecto de ley, desde la presentación de la enmienda que dio lugar a la disposición impugnada hasta la aprobación de la Ley, concluye que la tramitación por las Cámaras de la hoy disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos se ajustó, en todo momento, a la normativa reguladora del trámite procedimental.

Debe rechazarse, asimismo, la alegada interdicción de la arbitrariedad; falta en la demanda la pertinente explicación y justificación. Por otra parte, la aplicación de los pronunciamientos contenidos en la STC 108/1986 (FJ 18) a nuestro caso permite concluir la absoluta falta de fundamento de los recurrentes desde el momento en que la disposición impugnada no es discriminatoria ni injustificada o caprichosa; sus motivaciones y finalidades excluyen que su origen deba buscarse en el capricho del legislativo.

Poca o nula relación cabe encontrar entre la norma impugnada y los principios de economía de mercado y de defensa de los consumidores y usuarios (arts. 38 y 51.1 CE). En contra de lo afirmado por los recurrentes, la norma no pretende que los particulares consignen lo que sería el valor comprobado, sino conseguir la aproximación entre los valores reales y los declarados. Debe tenerse en cuenta que en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales la base imponible viene determinada por el valor real del bien o derecho transmitido, y que este concepto no tiene por qué coincidir con el precio, ni siquiera en casos en que éste es tasado. Para quedar fuera de las previsiones legales basta con que en el documento de autoliquidación se consigne el valor real o verdadero, nada obliga a que el precio o valor consignado permanezca en el escrito de autoliquidación que deberá practicarse por disposición legal sobre el valor real.

No más consistentes parecen los argumentos que se hacen valer en la demanda en relación con los valores superiores del Ordenamiento por las razones que ya se han expuesto previamente.

Concluye su escrito solicitando que se dicte Sentencia por la que, con desestimación del recurso, se declare la plena constitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

7. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 13 de octubre de 1989 el Presidente del Senado ruega que se tenga por personada a la Cámara en el procedimiento y remite copia del expediente de tramitación del proyecto de ley.

Por otro escrito registrado en este Tribunal el día 21 de noviembre de 1989 el Letrado de las Cortes Generales Jefe de la Asesoría Jurídica del Senado se adhiere a las alegaciones formuladas por el Congreso de los Diputados y solicita que se dicte Sentencia por la que se declare no haber lugar a la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, y se manifieste la conformidad a Derecho de la tramitación parlamentaria de la Ley y, por consiguiente, la no violación de los arts. 87, 88 y 90 CE, ni del 9 del mencionado Texto fundamental en cuanto proclamador del principio de seguridad jurídica.

8. Por providencia de 12 de febrero de 1990 la Sección Cuarta acordó volver a recabar del Gobierno la remisión al Tribunal del expediente de elaboración de la Ley impugnada. Por medio de escrito registrado de entrada el 2 de marzo de 1990 el Ministro Secretario del Consejo de Ministros remite copias de los distintos anteproyectos elaborados y la memoria correspondiente.

9. Mediante providencia de 26 de abril de 1990 la Sección Cuarta acordó dar vista a las partes personadas de los expedientes de elaboración de la Ley impugnada al objeto de que en el plazo de diez días puedan formular alegaciones.

El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 14 de mayo de 1990. Comienza señalando que el examen de tales antecedentes pone de manifiesto lo infundado de las críticas de los actores. En particular, y no siendo la Ley impugnada la especie normativa a que se refiere el art. 86.1 CE, no se comprende muy exactamente cuál es el sentido de la alegación de tal precepto; no más consistencia tiene la invocación de la demanda en torno al art. 88 CE a la vista de los antecedentes examinados. Frente a lo manifestado de contrario, los antecedentes analizados demuestran que, en ningún caso, la disposición impugnada ha experimentado una tramitación excepcional o distinta a la experimentada por otro tipo de disposiciones; tras reseñar las vicisitudes experimentadas por la citada disposición desde la presentación de la enmienda ante el Senado hasta la aprobación por el Pleno del Congreso del proyecto de ley, concluye que la tramitación por las Cámaras de la disposición de referencia se ajustó en todo momento a la normativa reguladora del trámite procedimental. Finaliza solicitando que se dicte Sentencia en los términos interesados en el escrito de alegaciones.

El escrito del representante del Senado quedó registrado el día 18 de mayo de 1990. Tras circunscribir las alegaciones al motivo de inconstitucionalidad que denuncia vicios de procedimiento que invalidan la tramitación de la ley, pone de

manifiesto que el art. 90.2 CE no limita el alcance de las enmiendas senatoriales que modifiquen el texto del proyecto enviado por el Congreso de los Diputados; en uso de estas facultades, de acuerdo con el art. 90.2 CE y los arts. 106 y 107 del Reglamento del Senado se introdujo la citada disposición adicional cuarta. De prosperar la tesis de los recurrentes el Senado vería menguado su papel en el procedimiento legislativo, reduciendo su intervención a la pura formulación de enmiendas de perfeccionamiento técnico, puro estilo o simple estética formal, pero esta tesis se ve contradicha por los arts. 106.1 y 122 del Reglamento del Senado.

Es cierto que el art. 90.2 CE atribuye al Congreso de los Diputados una evidente supremacía sobre el Senado; pero esta preeminencia radica, conforme al art. 123 de su Reglamento, en que el Congreso se pronuncia sobre las enmiendas senatoriales, aceptándolas o no, pero una vez que son aceptadas se incorporan al texto proyecto de ley con los mismos efectos jurídicos que las enmiendas aprobadas por la Cámara Baja.

No existe, pues, ninguna limitación al contenido de las enmiendas que los parlamentarios quieran presentar a los proyectos de ley, salvo naturalmente los límites contenidos en los arts. 84 y 134.6 y 7 CE.

Por otra parte, la incorporación de enmiendas senatoriales de adición no supone una merma del principio de participación y debate parlamentario; antes al contrario, el Senado tiene las mismas facultades para modificar un proyecto de ley que el Congreso de los Diputados, con las salvedades ya citadas de los arts. 90.2 CE y 123 del Reglamento del Congreso.

No se debe olvidar que también el Senado forma parte de las Cortes Generales que representan al pueblo español (art. 66.1 CE), y por ello las enmiendas presentadas por los Senadores lo son bajo la representación del pueblo español; los recurrentes olvidan que en el Senado existe un procedimiento contradictorio de debate y discusión de las enmiendas presentadas.

Finalmente se han de traer a colación los precedentes constituidos por las SSTC 99/1987, FJ 1, y 108/1986; trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa conviene recordar que durante la tramitación en el Senado del proyecto de Ley de Tasas y Precios Públicos no medió protesta por parte de ningún Senador o Grupo Parlamentario, ni se consideró que existiese lesión a sus derechos cuando fue aprobada la enmienda senatorial que dio lugar a la disposición adicional cuarta citada.

Concluye su escrito solicitando que se dicte Sentencia por la que se declare no haber lugar a la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, y, por consiguiente, la no violación de los arts. 87, 88 y 90 CE ni el 9 del mismo Texto fundamental, en cuanto proclamador del principio de seguridad jurídica, dictándose resolución por la que se manifiesta la conformidad a Derecho de la tramitación parlamentaria de la Ley, y se tenga al Senado por adherido al escrito de alegaciones formulado por el Congreso de los Diputados.

10. Por escrito registrado de entrada en este Tribunal el día 22 de mayo de 1990 la representación del Congreso de los Diputados reitera las alegaciones

formuladas en su escrito de 6 de octubre de 1989, en cuanto que del examen del expediente mencionado no se deriva la necesidad de una alteración de las mismas.

11. Por providencia de 18 de enero de 1999 el Presidente del Tribunal acordó, de conformidad con los arts. 15 y 80 LOTC, designar Magistrado Ponente a don Carles Viver Pi-Sunyer.

12. Por providencia de 18 de julio de 2000, se acordó para deliberación y votación del presente recurso de inconstitucionalidad el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone contra la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que establece literalmente lo siguiente:

«Tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa. En las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos que se realicen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, cuando el valor comprobado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por el Impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo».

Como hemos expuesto con detalle en los antecedentes, los recurrentes consideran que este precepto vulnera los principios de generalidad (art. 31.1 CE), capacidad económica (art. 31.1 CE), igualdad (arts. 31.1 y 14 CE), prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE), legalidad (arts. 31.1 y 25 CE), justicia (art. 31.1 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE), interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), economía de mercado (art. 38 CE), derechos de los consumidores (art. 51.1 CE), respeto al Derecho y a los valores superiores del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y las reglas del procedimiento legislativo (arts. 86 y 88 CE).

2. Con la finalidad de aclarar ciertos extremos de la disposición transcrita, la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda dictó la Circular 4/1989, de 29 de diciembre, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del 17 de enero de 1990. La aplicación de la citada disposición ha sido posteriormente ratificada por el art. 44.6 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF). A su vez, el art. 14.7 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 (en adelante, LITP y AJD), incorpora el contenido de la disposición adicional cuarta, estableciendo lo siguiente: «Cuando en las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos, el valor comprobado a efectos de la modalidad de “transmisiones patrimoniales onerosas” exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último sin perjuicio de la tributación que corresponda por la modalidad expresada, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo». La disposición derogatoria segunda, 2, del Texto refundido de 1993 deroga expresamente la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (en adelante, LTPP) «en razón de su incorporación» a dicho Texto.

Este último dato hace necesario que, antes de entrar en el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo suscitadas, nos pronunciemos acerca de si la derogación expresa de la norma impugnada por la disposición derogatoria segunda, 2 LITP ha producido la pérdida de objeto del presente proceso constitucional.

A este respecto debe recordarse que, conforme a reiterada doctrina constitucional, no cabe dar una respuesta unívoca y general a la cuestión relativa a los efectos de la modificación, derogación o pérdida de vigencia de un precepto legal, ulterior a su impugnación, sobre la eventual desaparición del objeto de los diversos procesos constitucionales. Esa posible pérdida de objeto ha de venir determinada «en función de la incidencia real de la modificación o derogación, no de criterios abstractos» (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3; 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3).

En el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, como señala la STC 233/1999, con cita de la STC 196/1997, de 13 de noviembre, «la pérdida sobrevinida de la vigencia del precepto legal impugnado “habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley [pues], si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)” (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3). Por ello, carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad” (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8, y 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2)». «La regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es, pues, que la derogación extingue su objeto» (STC 196/1997, FJ 2). Sin embargo, hemos reiterado en numerosas ocasiones que hay que huir de todo automatismo en esta cuestión, de modo que en determinadas circunstancias «para excluir “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar”, puede resultar útil –con-

veniente— su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada» (SSTC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3; en el mismo sentido, STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3).

Pues bien, dadas las particularidades concurrentes en el caso aquí enjuiciado, no cabe duda de que la derogación de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos por el Texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales no conlleva la pérdida sobrevenida del objeto del proceso trabado exclusivamente respecto de aquélla, ya que, de un lado, no puede descartarse en absoluto que dicha disposición a pesar de su derogación pueda ser aplicada a hechos acaecidos antes de la entrada en vigor del Texto refundido de 1993 y, de otro lado y muy especialmente, debe advertirse que la norma que contiene la disposición recurrida no ha sido expulsada del Ordenamiento jurídico por obra de la derogación, sino que ésta es fruto de una refundición de textos normativos que se ha limitado a incorporar la norma refundida al nuevo art. 14.7 del Real Decreto Legislativo 1/1993 mediante una reproducción prácticamente literal de su tenor.

En conclusión, no puede afirmarse que el enjuiciamiento de la disposición adicional recurrida carezca en este momento de utilidad y relevancia constitucional. Cuestión distinta, aunque íntimamente relacionada, es la de determinar la posible extensión de un hipotético fallo de inconstitucionalidad de la disposición adicional al precepto del Texto refundido que la reproduce. Sin embargo esa es una cuestión que, en su caso, deberá abordarse al concluir el juicio de constitucionalidad que los recurrentes nos demandan.

3. Sentado lo anterior hemos de dar respuesta, en primer lugar, a la alegación de inconstitucionalidad formal por vulneración de las normas del procedimiento legislativo ordinario que según los recurrentes se habría producido en el trámite y aprobación parlamentaria de la disposición adicional cuarta al incumplirse los requisitos establecidos por los arts. 88 y 86 CE.

Pues bien, al enjuiciar esta alegación lo primero que debe advertirse es que, aunque los recurrentes aducen como vulnerados los arts. 86 y 88 CE, el primero de ellos debe quedar excluido de entrada de nuestro examen ya que se refiere a una cuestión —los Decretos-leyes— que nada tiene que ver con lo que aquí se impugna y enjuicia.

En cuanto al art. 88 CE, alegan los recurrentes que en la elaboración de la disposición recurrida se ha infringido el Texto constitucional y los Reglamentos de las Cámaras porque se ha utilizado un proyecto de ley del Gobierno para incluir, a través de una enmienda introducida durante la tramitación en el Senado, un precepto absolutamente ajeno a la materia regulada en aquél. Al actuar de esta manera, el legislador se habría apartado del cauce procedimental que hubiera debido emplearse (esto es, la presentación del correspondiente proyecto de ley con su exposición de motivos) y habría sustraído la citada disposición adicional al debate y a la facultad de enmienda del Congreso de los Diputados.

En efecto, en el texto remitido por el Congreso del proyecto de Ley de Tasas y Precios Públicos (inserto en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, de 3 de enero de 1989) no aparecía precepto alguno con el contenido de la

norma impugnada; la redacción definitiva de la disposición adicional cuarta, ahora impugnada, es fruto de la enmienda núm. 95 formulada por el Grupo Parlamentario Socialista, fechada el 17 de febrero de 1989 y publicada en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, de 22 de febrero de 1989. En el Informe de la Ponencia, publicado en el citado Boletín Oficial de 7 de marzo de 1989, figuraba ya el texto de la disposición impugnada, que asimismo constaba en el Dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda publicado el 13 de marzo de 1989, si bien el Grupo Parlamentario Convergencia i Unió mantuvo como voto particular el texto del proyecto de ley antes de la introducción de la mencionada enmienda núm. 95 del Grupo Socialista, así como en el texto aprobado por el Senado y publicado el 21 de marzo de 1989.

Pues bien, la enmienda que dio origen a la disposición recurrida encuentra su cobertura en la facultad de enmendar que expresamente reconocen al Senado los arts. 90.2 CE y 107 de su Reglamento de 26 de mayo de 1982 (en la actualidad, del Texto refundido del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994), que no limitan el alcance de las enmiendas senatoriales que modifiquen el texto del proyecto enviado por el Congreso de los Diputados, como ponen de relieve en sus alegaciones las representaciones del Congreso y del Senado personadas en este proceso constitucional. La tesis de los recurrentes, según la cual las enmiendas de adición formuladas en el Senado que supongan una innovación importante deben seguir el cauce legal correspondiente a los proyectos de ley, puede invocar en su favor razones de corrección técnica y buena ordenación del procedimiento legislativo e incluso puede resultar más acorde con la posición constitucional atribuida al Senado en nuestro Ordenamiento, pero no se deduce necesariamente del bloque de la constitucionalidad. Como ya dijimos en un supuesto similar al presente en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1, «ni por su objeto, ni por su contenido, hay límite alguno a la facultad que los miembros de las Cámaras tienen para presentar enmiendas, exceptuadas las que, tanto para las enmiendas como para las proposiciones de ley, fijan los arts. 84 y 134.6 de la Constitución para asegurar un ámbito de acción propia al Gobierno. Al aceptar como enmienda lo que un Grupo Parlamentario presentó como tal no ha habido, en consecuencia, ni podría haber, infracción reglamentaria alguna y por tanto tampoco inconstitucionalidad».

Precisábamos también en dicha Sentencia que «no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de Ley». La doctrina entonces fijada es también de aplicación, con mayor razón si cabe, en relación con la argumentación defendida en este proceso por los recurrentes respecto de la delimitación material entre la enmienda y el proyecto de ley. Tampoco en esta ocasión ofrecen los recurrentes precepto constitucional o de los Reglamentos de las Cámaras en su apoyo. Debe, en consecuencia, rechazarse la alegada vulneración del art. 88 CE.

Debe rechazarse también que el procedimiento empleado haya restringido las facultades del Congreso de los Diputados. La posibilidad de que el Senado introduzca enmiendas en los textos remitidos por el Congreso de los Diputados aparece expresamente contemplada en el art. 90.2 CE, en tanto que el art. 123

del Reglamento del Congreso de los Diputados regula el procedimiento a seguir en tales casos, pero una vez que son aceptadas, las enmiendas se incorporan al texto del Proyecto de Ley con los mismos efectos jurídicos que las aprobadas por la Cámara Baja. El mensaje motivado, inserto en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», que envió el Senado al Congreso de los Diputados, de 3 de abril de 1989, menciona expresamente que se añade una disposición adicional numerada como cuarta que regula el tratamiento fiscal de las diferencias de valores resultantes de la comprobación administrativa. En la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 6 de abril de 1989 (recogida en el Diario de Sesiones del Congreso núm. 182) la disposición adicional cuarta fue objeto de debate y votación separada, quedando finalmente aprobada.

En suma, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, debe rechazarse la inconstitucionalidad alegada.

4. Una vez salvados los óbices de naturaleza formal y procedimental, la resolución de la cuestión de fondo que se plantea ante este Tribunal requiere, en primer lugar, desentrañar el sentido y finalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989. Para ello debemos rechazar de entrada la justificación aducida por el Abogado del Estado según la cual con la referida disposición se pretende «aproximar los valores consignados en los documentos traslativos al precio real que interviene en la operación». «La disposición recurrida —afirma— enfrenta a los sujetos pasivos con la necesidad de ser veraces en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; la mejor manera de evitar su aplicación es declarar correctamente las cláusulas de las transmisiones onerosas». La norma —se agrega— «no pretende que los particulares consignent lo que sería el valor comprobado, sino conseguir la aproximación entre los valores reales y los declarados. Debe tenerse en cuenta que en el ITP la base imponible viene determinada por el valor real del bien o derecho transmitido, y que este concepto no tiene por qué coincidir con el precio, ni siquiera en casos en que éste es tasado. Para quedar fuera de las previsiones legales basta con que en el documento de autoliquidación se consigne el valor real o verdadero; nada obliga a que el precio o valor consignado permanezca en el escrito de autoliquidación que deberá practicarse por disposición legal sobre el valor real».

La representación legal del Gobierno de la Nación parte de dos premisas íntimamente relacionadas: en primer lugar, que la disposición cuestionada pretende que no se declare a la Hacienda Pública más que el precio que las partes acuerden realmente; y en segundo término, que el «documento» a que se refiere la norma impugnada es el impreso de «autoliquidación» del ITP, de modo que para que las previsiones legales no se apliquen basta con que «en el documento de autoliquidación se consigne el valor real o verdadero», lo que, por otro lado, exige la Ley reguladora del ITP.

Las premisas descritas, sin embargo, no pueden compartirse a la luz de cuanto dispone la Circular núm. 4/1989, de 20 de diciembre, aclaratoria de la disposición adicional cuarta LTPP, y de una interpretación, conforme a los criterios admitidos en Derecho (arts. 3.1 CC y 23.1 LGT, de la mencionada disposición. En efecto, la instrucción quinta de la Circular núm. 4/1989, señala lo siguiente:

«Cuando en el documento (público o privado) las partes consignent, además del precio que convengan, un valor distinto de éste, ello no será obstáculo para, cuando proceda, aplicar las previsiones contenidas en la disposición adicional cuarta. De igual forma, la autoliquidación del Impuesto por un valor distinto al consignado en el correspondiente documento, no será obstáculo para, cuando proceda, aplicar las previsiones contenidas en dicha disposición. En ambos casos, se tomará como “valor consignado” el que las partes consignent como precio». Más adelante, la instrucción séptima, dispone: «Si el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales se hubiese autoliquidado por un valor inferior al consignado en el correspondiente documento, se girará la liquidación complementaria por dicho tributo sobre una base equivalente a la diferencia entre el valor consignado y el valor empleado para autoliquidar». De ambas instrucciones se deducen nítidamente las siguientes conclusiones: a) en primer lugar, que una cosa es el «documento» al que se refiere la disposición adicional cuarta y otra la «autoliquidación» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Dicho «documento» no es otro que el público o privado a través del cual las partes realizan el negocio jurídico o, si se prefiere, en el que las partes hacen constar la transmisión del bien o derecho; y b) en segundo término, el valor real debe consignarse en ese «correspondiente documento» y no en la «autoliquidación». De este modo, la consignación en el «documento» de un valor inferior al 80 por 100 del comprobado por la Administración tributaria (siempre que la diferencia entre ambos valores supere, además, los 2.000.000 de pesetas) permite la aplicación de la disposición, aunque en la «autoliquidación» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales se haya hecho constar el valor real.

A la misma conclusión se llega a través de la interpretación de la disposición adicional cuarta impugnada. En primer lugar está la propia letra de la norma, que no habla de «autoliquidación», sino de «correspondiente documento». Pero, sobre todo, afirmar, como hace el Abogado del Estado, que ese «documento» es la autoliquidación en el ITP, implica sostener que el comportamiento infractor del adquirente –a saber, la determinación en su declaración del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de una base imponible inferior al valor real– puede tener trascendencia tributaria para el transmitente (el gravamen como ganancia patrimonial en el IRPF o en el Impuesto de Sociedades –en adelante, IS– de la diferencia entre el valor comprobado y el valor declarado), que, evidentemente, no es –no puede ser– responsable del eventual incumplimiento de las obligaciones tributarias de la persona con la que contrata, a saber, el adquirente.

En definitiva, por «correspondiente documento» hay que entender el documento, público o privado, en el que las partes contratantes plasman la transmisión. Cabe, desde luego, distorsionando la letra del precepto y obviando las consecuencias absurdas a las que conduce, hacer una distinta interpretación; ello, sin embargo, supondría una reconstrucción de la norma misma no explicitada debidamente en el texto legal impugnado y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que constitucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, y 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22).

5. La verdadera finalidad de la disposición adicional cuarta LTPP no es otra que la de impedir que las partes contratantes en un negocio jurídico —la transmisión onerosa de un bien o derecho— sujeto al ITP hagan constar en el documento público o privado un precio notoriamente inferior al real de la operación, con el fin de defraudar a la Hacienda Pública. En efecto, la motivación que acompañaba la enmienda núm. 95 en el Senado, del Grupo Parlamentario Socialista (de nueva redacción de la disposición adicional cuarta) apuntaba textualmente que «la disposición adicional tiene por objeto conseguir la aproximación entre los valores reales y declarados de las transacciones sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, lo cual derivará en una disminución del fraude como consecuencia de un mejor control administrativo de dichas transacciones. El sistema empleado para alcanzar dicho objetivo consiste en agravar las consecuencias fiscales que derivan de una declaración de valor distinto al real de la operación» [BOGC, Senado, III Legislatura, Serie II: Textos legislativos, núm. 257 (c), 22 de febrero de 1989]. De hecho, en los debates en el Senado del dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda en relación con el proyecto de ley de tasas y precios públicos, el portavoz del Grupo Parlamentario Socialista defendió el contenido de la disposición impugnada como «un método bueno para perseguir el fraude fiscal», al entender lícito «guiar a las personas a través de medidas que vayan intentando ajustar mucho más los precios de las transmisiones a la realidad para que, de esa manera, vayan declarando más de acuerdo con lo real» («Diario de Sesiones del Senado», Sesión Plenaria núm. 113, de 14 de marzo de 1989).

Pues bien, conviene dejar claro desde un principio que la finalidad descrita se encuentra amparada en la Constitución y en la consagración que en ella se hace del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con la capacidad económica del art. 31.1 CE; en efecto, como dijimos en la STC 76/1990, de 26 de abril, la lucha contra el fraude fiscal «es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria» (FJ 3).

El legislador puede perseguir esta finalidad mediante medidas de carácter tributario de muy diversa índole, cuya legitimidad ha sido declarada por este Tribunal en múltiples ocasiones, tendentes por ejemplo a estimular el cumplimiento de las obligaciones tributarias o a disuadir su incumplimiento (STC 164/1995, de 13 de noviembre, en relación con el recargo del art. 61.2 LGT en la redacción dada por la Ley 46/1985, de 27 de diciembre) o a compensar o resarcir al Erario público por los perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento [STC 76/1990, de 26 de abril, con relación a los intereses de demora previstos en el art. 51.2 b) LGT, en la redacción dada por la Ley 10/1985, de 26 de abril]. También puede optar, claro está, por establecer medidas de carácter sancionador tendentes a reprimir o castigar la comisión de ilícitos tributarios. Con todo, es evidente, que el hecho de que el fin sea constitucionalmente legítimo no significa que también lo sean los medios concretos utilizados para alcanzarlo. Por ello, tanto si se adoptan medidas de carácter tributario como si se recurre a medidas sancionadoras deberán respetarse los preceptos constitucionales aplicables a cada una de estas figuras y, en especial, los principios del art. 31.1 CE respecto de las primeras y los arts. 25 y 24 CE respecto de las segundas.

6. La disposición adicional objeto del presente proceso constitucional tiene dos partes claramente diferenciables. En la primera se establece que en las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de bienes y derechos la tributación correspondiente al adquirente (ITP) se calculará en relación con el valor comprobado por la Administración. En esta primera parte la referida disposición no añade nada nuevo a las normas reguladoras del ITP en lo que a las consecuencias tributarias se refiere: la previa comprobación del valor de los bienes o derechos transmitidos tenía cobertura en el art. 52 LGT y, más específicamente, en el art. 46 del Texto refundido del ITP y la Administración ya contaba con la posibilidad de gravar las transmisiones onerosas atendiendo, a estos efectos, no a la cantidad declarada, sino al valor real de los bienes o derechos transmitidos. Las cantidades que tanto el transmitente como el adquirente deben ingresar son consecuencia de la simple y estricta aplicación de las normas relativas al ITP, al IRPF o al IS.

Lo novedoso de la disposición recurrida es el «plus» que añade a estos gravámenes al establecer que, cuando el valor comprobado exceda del consignado por las partes en más de un 20 por 100 y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, ese exceso «tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo». Concretamente, el adquirente, en primer lugar, además de la cantidad adicional en concepto de ITP (más los correspondientes intereses de demora y, en su caso, las sanciones) a que acabamos de aludir, habrá de satisfacer a la Hacienda Pública, por la diferencia entre el valor consignado en el documento y el comprobado por la Administración, una cantidad que se calcula conforme a las normas del ISD o el IS, según se trate, respectivamente, de una persona física o jurídica; y el transmitente, amén del citado gravamen adicional en el IRPF o el IS, estará obligado a realizar un ingreso suplementario que se determina aplicando al exceso comprobado las reglas que sobre la tributación de las ganancias patrimoniales establece la LIRPF, si es persona física, o la LIS, si es persona jurídica.

Pues bien, esas «repercusiones tributarias» a las que se refiere la disposición adicional impugnada son las que para los recurrentes, desde la perspectiva del art. 31.1 CE, vulneran los principios de generalidad, capacidad económica, igualdad, prohibición de alcance confiscatorio, legalidad y justicia.

7. El enjuiciamiento del precepto desde la perspectiva de los principios contenidos en el art. 31.1 CE requiere ahondar en el significado y efectos del precepto cuestionado.

La disposición adicional cuarta, como se ha reiterado, tiene una finalidad declarada: persuadir a las partes contratantes en un negocio jurídico sujeto al ITP —la transmisión onerosa de un bien o derecho— para que no hagan constar en el documento público o privado que plasma la transmisión un precio notoriamente inferior al real de la operación, con el fin de defraudar a la Hacienda Pública.

Es evidente, sin embargo, que, siendo la citada su finalidad, la referida disposición no va dirigida solamente a quienes, con el ánimo de defraudar, decla-

ran un precio de la operación inferior al efectivamente pactado por las partes. El presupuesto de su aplicación, efectivamente, es la mera consignación en el correspondiente documento de un valor del bien o derecho transmitido distinto en cierta magnitud al «valor comprobado» por la Administración tributaria, con independencia de cuáles sean las razones de semejante discordancia. Pero es patente que esta diferencia de valor a la que la norma impugnada apareja automáticamente efectos negativos sobre el patrimonio de las partes intervinientes en el negocio jurídico, ni es circunstancia que suponga directamente la existencia de fraude fiscal, ni constituye un hecho del que pueda necesariamente deducirse que existe una ocultación del precio real de la operación. En efecto, no es preciso un excesivo esfuerzo de imaginación para concluir que son varias las causas por las que el «valor comprobado» por la Administración tributaria a los efectos del ITP puede exceder en más del 20 por 100 del declarado por las partes. Desde luego, no puede descartarse entre tales motivos que se haya faltado a la verdad en el precio de la operación con el ánimo de defraudar. Pero junto a éste existen muchos otros –no excepcionales– ajenos al incumplimiento del deber de contribuir, como, por ejemplo, la discrepancia sobre el valor del bien o derecho transmitido, la situación coyuntural del mercado, la necesidad perentoria de liquidez o, en fin, el simple desconocimiento de los precios del mercado.

Y tampoco puede afirmarse que declarar como «valor real» a efectos del ITP una magnitud diferente en más de un 20 por 100 al valor comprobado por la Administración sea una conducta de la que razonablemente pueda presumirse que, en la mayoría de las ocasiones, se está ocultando el precio real de la transmisión. Tal conjetura sería lógica y razonable si nuestro ordenamiento fijara el contenido exacto de la expresión «valor real» que emplea el art. 10 LITP. Sucede, sin embargo, que el «valor real» –al que debe reconducirse el valor comprobado del que habla la disposición adicional cuarta– es una magnitud indeterminada, en tanto que ni determina qué debe entenderse por valor real, ni especifica los parámetros que deben emplear en todo caso los sujetos pasivos del ITP para determinarlo, razón por la cual las discrepancias en relación con la valoración de los bienes y derechos no sólo son lógicas y razonables, sino incluso frecuentes. Esta dificultad de determinar el valor real viene a reconocerse por el propio legislador en el art. 25 de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, precepto que, aunque autoriza –que no obliga– a los contribuyentes a consultar a la Administración sobre el valor de los bienes o derechos que vayan a ser objeto de transmisión o adquisición, establece que dicha consulta no es vinculante para la Administración, pudiendo ésta posteriormente rectificar el valor fijado en un principio.

El precepto impugnado viene, por tanto, a establecer una presunción *iuris et de iure* de defraudación en aquellos casos en los que las partes han declarado un valor inferior en más de un 20 por 100 al comprobado por la Administración como «valor real», otorgando, en consecuencia, un mismo tratamiento a comportamientos de muy diversa naturaleza. Es decir, y para evitar el fraude fiscal que se produce o podría producir en uno de los tributos que gravan las transmisiones onerosas *inter vivos*, la Ley se limita a establecer un tope a partir del

cual las diferencias entre el valor comprobado y el declarado, amén de las consecuencias tributarias previstas con carácter general en el ordenamiento tributario para tales negocios jurídicos, llevarán aparejada un «agravamiento fiscal». La norma ni establece excepciones, ni tiene en consideración las razones por las que existen las diferencias de valor.

Por otra parte, el precepto establece la ficción de la existencia de un acto de liberalidad. En efecto, por el solo hecho de que se haya consignado un valor en el documento que refleja la transmisión sensiblemente inferior al comprobado por la Administración, finge sin admitir prueba en contrario, que el transmitente ha donado al adquirente una cantidad equivalente al exceso comprobado y, en consecuencia, grava dicha operación como si de una transmisión a título lucrativo se tratase. Esto es, establece la ficción de que cuando en la transmisión onerosa de un bien o derecho se declara un valor inferior en cierta cantidad al valor real, se ha producido la donación de parte del bien transmitido, y, además, grava esa diferencia entre el valor declarado por las partes y el comprobado por la Administración, no sólo como una transmisión a título lucrativo, sino también como transmisión a título oneroso («sin perjuicio de la tributación que corresponda» por el ITP, dice claramente la norma recurrida); es decir, grava una misma adquisición o, más exactamente, un tramo de la misma (el equivalente al exceso comprobado), como una donación y como una compraventa.

No resulta ocioso poner también de manifiesto que estamos ante un acto del legislativo que otorga un mismo tratamiento a situaciones disímiles que tienen una solución distinta con carácter general en nuestro ordenamiento tributario, a saber: hipótesis en las que, al ocultar el precio efectivamente pactado, se ha cometido un ilícito tributario (en las que resultan aplicables los arts. 77 y siguientes LGT y el procedimiento previsto en el Real Decreto 1930/1998); en las que se ha simulado el verdadero negocio (supuestos en los que el ordenamiento tributario prevé el empleo de los instrumentos recogidos en los arts. 25 y 28 LGT); o, en fin, en las que ha existido una mera discrepancia respecto del valor del bien o derecho objeto de transmisión [para los que, en principio, está prevista una mera liquidación complementaria con exigencia de los correspondientes intereses de demora, por cuanto el art. 77.4 d) LGT prevé la correspondiente causa excluyente de la responsabilidad para tales casos]. Desde luego, si la finalidad perseguida es evitar el fraude fiscal, no parece coherente dispensar el mismo trato a quienes, sin ánimo de defraudar a la Hacienda Pública declaran como valor el precio verdadero del negocio jurídico realizado, que a quienes torciceramente ocultan parte del precio cierto de la operación al Fisco incumpliendo de forma insolitaria con su deber constitucional de contribuir a las cargas públicas del Estado (art. 31.1 CE). Tampoco parece demasiado congruente con el fin perseguido la no aplicación de los efectos de la disposición adicional cuarta a las entregas de bienes y derechos sujetas –y no exentas– al IVA, por cuanto exactamente el mismo comportamiento fraudulento puede tener lugar en las entregas de bienes que se efectúan en una actividad económica (tráfico mercantil) que en las transmisiones onerosas que se producen dentro del tráfico civil; ni, en fin, que las consecuencias negativas para el patrimonio que se anudan a la conducta que se presume elusiva del deber de contribuir dependan del impues-

to por el que se someta a tributación el exceso comprobado (el IRPF, el IS o el ISD, según corresponda).

8. Pues bien, una vez examinadas las consecuencias prácticas de la aplicación de la disposición adicional cuarta LTPP, con independencia de los posibles reparos que pudieran oponerse a la misma desde la perspectiva de otros principios constitucionales, es evidente que da lugar a situaciones incompatibles con la plena vigencia del sistema tributario justo y, más concretamente, con el principio de capacidad económica a que se refiere el art. 31.1 CE.

Efectivamente, como señalamos en la STC 209/1988, de 10 de noviembre, es cierto que «el legislador puede ponderar aquellos elementos que sirvan para determinar con la mayor precisión la capacidad real de los perceptores de rentas, que suministre la base de una imposición concorde con el “sistema tributario justo” al que se refiere el antes mencionado artículo 31 de la Constitución». Pero no es menos cierto que el principio de justicia consagrado para la específica materia tributaria en dicho precepto y recogido con carácter general en el art. 1.1 CE determina que dichos elementos y circunstancias deben responder «a la situación económica real de los sujetos pasivos del impuesto» (FJ 9); de manera que, como poníamos de manifiesto en la STC 221/1992, de 11 de diciembre, la justicia del sistema se quebraría en aquellos supuestos en los que la norma gravase «en todo o en parte rentas aparentes, no reales» [FJ 5 c)].

Pues bien, como comprobaremos a continuación, no cabe duda de que la disposición adicional cuarta LTPP, al establecer la ficción de que ha tenido lugar al mismo tiempo la transmisión onerosa y lucrativa de una fracción del valor del bien o derecho, lejos de someter a gravamen la verdadera riqueza de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico hace tributar a éstos por una riqueza inexistente, consecuencia ésta que, a la par que desconoce las exigencias de justicia tributaria que dimanarían del art. 31.1 CE, resulta también claramente contradictoria con el principio de capacidad económica reconocido en el mismo precepto.

En efecto, el modo ordinario de perseguir las conductas contrarias al ordenamiento es la imposición de medidas de carácter punitivo. Por esto puede calificarse de inhabitual que la prevención del fraude fiscal se haga mediante la amenaza con el aumento del gravamen tributario. Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, el tributo es una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18) que, por imperativo del art. 31.1 CE, sólo puede exigirse cuando existe capacidad económica y en la medida —en función— de la capacidad económica (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6).

Es verdad que, como hemos afirmado, el legislador puede establecer tributos con finalidad no predominantemente recaudatoria o redistributiva, esto es, configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones básicamente extrafiscales (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13 y 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 6); y también hemos dicho que «en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, el legislador puede someter a tributación de forma distinta a diferentes clases de rendimientos..., con más razón, cuando se encuentre ante la necesidad de evitar que se produzcan posibles actuaciones elu-

sivas de los sujetos, en detrimento de la solidaridad de todos en el sostenimiento de los gastos públicos, habilitando a este fin los instrumentos jurídicos necesarios y adecuados, pues la lucha contra el fraude fiscal es un objeto y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3, y 214/1994, de 14 de julio, FJ 5)» (STC 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6); pero, en todo caso, es evidente que en dicha finalidad contributiva debe necesariamente estar presente y que deben respetarse, entre otros, el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE o, lo que es igual, el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13; 186/1993, de 7 de junio, FJ 4 a)], de tal manera que el medio que se articule para gravarlo guarde la debida correspondencia con el fin (por este motivo, a saber, que el medio utilizado no era adecuado con la finalidad perseguida, declaramos la inconstitucionalidad, por motivos de capacidad económica, de un precepto de la Ley 44/1978, del IRPF, en la STC 46/2000).

En suma, aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima –la lucha contra el fraude fiscal–, la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica porque, siendo muy amplia la libertad del legislador a la hora de configurar los tributos, éste debe, «en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia» [STC 221/1992, FJ 4; en el mismo sentido, STC 214/1994, FJ 5 c)]. Esto es precisamente lo que sucede en los supuestos en los que resulta aplicable la norma impugnada.

Como hemos visto, la propia disposición adicional cuarta LTPP se declara aplicable a las «transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos». Indudablemente tales negocios jurídicos constituyen una manifestación de riqueza o índice de capacidad económica susceptible de gravamen, razón por la cual, desde la perspectiva del art. 31.1 CE, ningún reparo puede oponerse a la circunstancia de que en la actualidad resulten gravados en el ITP. Sin embargo, la norma impugnada, respecto de la diferencia entre el valor declarado y el comprobado, presumiendo, en todo caso, la existencia de una conducta fraudulenta, establece la ficción de que se han producido al mismo tiempo dos transmisiones o dos negocios jurídicos, una transmisión onerosa y una donación, y, consecuentemente, establece un doble gravamen (en el ITP y en el ISD, si es persona física, o en el ITP y en el IS, si se trata de una persona jurídica), uno para cada supuesto negocio jurídico, uno para cada supuesta manifestación de riqueza.

Pero carece de toda justificación razonable y resulta por tanto arbitrario fingir que una misma transmisión de una porción de bien o derecho (la correspondiente a la diferencia entre el valor declarado y el comprobado) ha tenido lugar simultáneamente de forma onerosa y gratuita. Dicho de otro modo, es del todo imposible que haya existido a la vez más de una transmisión y, por tanto, más de una riqueza imponible: o bien ha tenido lugar una donación de parte del bien o derecho transmitido, en cuyo caso puede hacerse tributar al adquirente conforme a las transmisiones lucrativas (ISD para las personas físicas e IS para las

personas jurídicas), o bien ha tenido lugar una compraventa (permuta, o cualquier otro negocio oneroso), en cuyo caso podrá exigírsele el gravamen correspondiente a las transmisiones onerosas (ITP). Fingiendo a efectos tributarios que han existido simultáneamente dos transmisiones distintas, es evidente que la disposición adicional cuarta LTPP está gravando, junto a una manifestación real de riqueza (la que se ha evidenciado con el verdadero negocio jurídico realizado: compraventa u otra transmisión a título oneroso), una riqueza inexistente, ni siquiera en potencia, vulnerando, de este modo, las exigencias que derivan del principio de capacidad económica constitucionalmente reconocido.

El examen de los efectos que la disposición adicional cuarta LTPP establece para el transmitente permite llegar a la misma conclusión. Como hemos dicho, la aplicación conjunta de la norma recurrida y de la LIRPF (art. 33.1, «in fine») y la LIS (arts. 15 y 18), da lugar también a que la diferencia entre el valor declarado por los contribuyentes y el comprobado por la Administración se grave al mismo tiempo como transmisión onerosa y lucrativa, lo que, por las razones que acabamos de exponer, resulta por sí mismo contradictorio con el art. 31.1 CE. Pero, con independencia de este doble gravamen que deriva de la aplicación conjunta de los referidos preceptos, es claro que los solos efectos que la norma impugnada establece para el transmitente desconocen el principio de capacidad económica.

Como venimos diciendo, la disposición adicional cuarta LTPP, por la mera existencia de una discrepancia de cierta importancia entre el valor declarado y el comprobado, finge que el transmitente ha obtenido una ganancia patrimonial lucrativa que, como tal, debe someterse a tributación conforme a las normas del IRPF (si es persona física) o al IS (si es persona jurídica). Tratándose, sin embargo, en ambos casos, de tributos que gravan la renta como enriquecimiento experimentado por el sujeto a lo largo de un determinado período, es evidente que la ficción que establece la norma impugnada resulta claramente incompatible con el principio de capacidad económica en todos aquellos supuestos en los que las partes en la transmisión onerosa del bien o derecho han declarado el precio real de la operación, dado que se estaría sometiendo a tributación una riqueza irreal o inexistente que, como tal, no puede ser objeto de gravamen sin vulnerar el art. 31.1 CE [STC 214/1994, FJ 5 c)]. Tanto más patente se hace la contradicción de la norma impugnada con el principio de capacidad económica, cuando existen determinados supuestos en los que, según la normativa reguladora de los tributos (IRPF e IS), o bien puede manifestarse, no ya una ganancia patrimonial, sino una pérdida (por ser inferior al valor de transmisión al de adquisición), o bien la ganancia exteriorizada con la transmisión onerosa de un bien estuviese exenta de gravamen (ya lo sea por la aplicación de los coeficientes reductores aplicables al amparo de la Ley 18/1991, reguladora del IRPF, ya lo sea por la de los coeficientes de actualización previstos en las Leyes 40/1998, reguladora del IRPF, o 43/1995, reguladora del IS).

9. La inconstitucionalidad del precepto por vulneración del art. 31.1 CE no podría eludirse aduciendo que, pese a su configuración legal, no nos hallamos en realidad ante medidas de carácter tributario, sino ante sanciones que, como tales,

no han de ajustarse a las exigencias de dicho principio. Pues si así fuese, como aducen los recurrentes, habría que llegar a la misma conclusión de inconstitucionalidad por infracción de los arts. 25 y 24 CE.

A este propósito basta contrastar la disposición adicional recurrida con el mandato contenido en el art. 25 CE de «lex certa» o de taxatividad en la descripción de los tipos penales e infractores, mandato que obliga al legislador a llevar a cabo «una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica» [STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4, y STC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a)] y, de este modo, permita predecir, con un grado suficiente de certeza, «las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3; y STC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); en el mismo sentido, la reciente STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3].

A la luz de esta doctrina, es claro que si la norma impugnada estableciera una sanción por la realización de una conducta contraria al ordenamiento, su formulación no permitiría al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza la conducta que constituye la referida infracción y esta indeterminación de la conducta infractora vulneraría las exigencias de «lex certa» que derivan del art. 25.1 CE.

En efecto, el comportamiento que, de conformidad con la disposición adicional cuarta LTPP, determinaría la aplicación de una medida materialmente sancionadora, sería la consignación en el documento que plasma la transmisión onerosa de un valor inferior en más de un 20 por 100 al que la Administración haya comprobado como «valor real», cuya dificultad de cuantificación ya ha sido destacada con anterioridad.

Ciertamente, la Ley General Tributaria (art. 52) establece unos «medios» con arreglo a los cuales la Administración tributaria podrá comprobar el «valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos del hecho imponible», medios de comprobación a los que, conforme al art. 46.2 Real Decreto Legislativo 1/1993, habrá de sujetarse en todo caso cuando, a los efectos del ITP, pretenda cuantificar el valor real de los bienes o derechos transmitidos. Y también es cierto que tanto la referencia al «valor real» —por muy indeterminados que resulten los vocablos «valor» y «real»— cuanto la existencia de estos medios tasados de comprobación para determinarlo, permiten rechazar que la norma autorice a la Administración para decidir con entera libertad el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda o, lo que es igual que, en detrimento de la reserva de ley recogida en el art. 133.1 CE, le esté permitiendo cuantificar, sin límite alguno, un elemento esencial del tributo. Estamos aquí, como en otros supuestos [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 19 a)], ante una fórmula —el «valor real»— que impone a la Administración la obligación de circunscribirse, dentro de una esfera de apreciación, a unos criterios de naturaleza técnica que no puede obviar, de manera que puede afirmarse que la Ley impide que aquélla adopte decisiones que puedan calificarse, desde la perspectiva analizada, como libres, antojadizas, en suma, arbitrarias.

Pero, siendo esa esfera de apreciación que se concede a la Administración

tributaria aceptable desde la perspectiva del art. 133.1 CE, es decir, desde un punto de vista estrictamente tributario, resulta excesivamente amplio a la luz del principio –más estricto– de legalidad recogido en el art. 25.1 CE, o lo que es lo mismo, en materia sancionadora. Porque, como hemos dicho, la Ley, ni define qué debe entenderse por valor real, ni especifica qué criterios o parámetros –de entre los múltiples y heterogéneos que existen– deben tenerse en cuenta a la hora de fijarlo. De este modo, no resulta aventurado afirmar que la tarea de comprobar el «valor real» de los bienes y derechos, lejos de arrojar una cifra –en pesetas– exacta, incontrovertible o, al menos, previsible dentro de un margen razonable, normalmente dará lugar a tantos resultados como peritos la lleven a cabo. El propio legislador es consciente de esta circunstancia cuando permite que el sujeto pasivo promueva la «tasación pericial contradictoria, en corrección» de la valoración practicada por la Administración (art. 52.2, párrafo 1 LGT; arts. 50 y 51 Real Decreto Legislativo 30/1980; y arts. 46.2, párrafo 2, y 47.1, Real Decreto Legislativo 1/1993); cuando establece que «si existiera disconformidad de los peritos sobre el valor de los bienes o derechos y la tasación practicada por el de la Administración no excede en más del 10 por 100 y no es superior en 20.000.000 de pesetas a la hecha por el del sujeto pasivo, esta última servirá de base para la liquidación» (art. 52.2, párrafo 2, LGT); o cuando prevé que si la tasación efectuada por el perito de la Administración excede de los límites indicados deberá designarse un perito tercero, siendo todos los gastos de la pericia de cuenta de la Administración cuando la tasación practicada por el tercer perito no fuese superior en un 20 por 100 al valor declarado (art. 52.2, párrafo 5, LGT); o, en fin, cuando en la propia Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, se establece –en su art. 25– la posibilidad de los contribuyentes de solicitar de la Administración información sobre el valor de los bienes inmuebles que vayan a ser objeto de adquisición o transmisión, pero sin que dicha consulta, por mandato expreso de la Ley, tenga carácter vinculante para aquélla, por cuanto que «dicha información no impedirá la posterior comprobación administrativa».

La imposibilidad de cifrar «a priori» el «valor real», no resultando un obstáculo para que dicho concepto pueda servir de parámetro a fin de cuantificar un tributo, constituye, sin embargo, un escollo insalvable para definir el tipo infractor cuando, como sucede en este caso, la Ley fija la frontera entre la conducta lícita y la que está vedada en una cifra exacta: más de un 20 por 100 y, en todo caso, 2.000.000 de pesetas, del valor estimado por la Administración. En definitiva, la formulación de la disposición adicional cuarta LTPP no permite al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza la conducta que constituye infracción, indeterminación de la conducta infractora que vulnera las exigencias de taxatividad que derivan del art. 25.1 CE.

10. Por lo que al art. 24.2 CE respecta, es doctrina constitucional reiterada que las garantías procesales constitucionalizadas en dicho precepto son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución» (por todas, STC 14/1999,

de 22 de febrero, FJ 3); y como dijimos en la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 3, «tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión», pues, como sostuvimos en el mismo lugar, «la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpa-do tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga».

De lo anterior cabe deducir que, de establecer medidas punitivas, la disposición adicional cuarta LTPP vulneraría el art. 24.2 CE, porque, aunque ni ésta ni cualquier otra norma impiden en principio la aplicación a los sujetos afectados por la disposición recurrida de las garantías propias del ámbito administrativo sancionador, lo cierto es que, no sólo no prevé expresamente su aplicación sino que, además, su literalidad conduce justamente a lo contrario: la aplicación de plano de una sanción administrativa. Y es que basta con acudir a la norma impugnada para comprobar que, no sólo no califica a las medidas de naturaleza punitiva que prevé como sanción ni, por ende, se remite al Capítulo VI, sobre «Infracciones y sanciones», de la LGT, ni a la norma que regula el procedimiento tributario sancionador (Reales Decretos 2631/1985 y 1930/1998), sino que, al referirse a las mismas como «repercusiones tributarias», dirige derechamente a los ciudadanos afectados, a la Administración actuante y a los órganos judiciales hacia las normas que regulan la liquidación de los distintos tributos, en lugar de, como resultaría constitucionalmente preceptivo, a la aplicación de los principios y garantías que para el ámbito sancionador (también, insistimos, para el administrativo sancionador) derivan de los arts. 24.2 y 25.1 CE.

11. Establecido cuanto antecede, no resulta necesario entrar a enjuiciar las demás denuncias de inconstitucionalidad aducidas por los recurrentes. Sí debemos determinar, en cambio, si la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la derogada disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos puede extenderse al art. 14.7 LITP (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), que, en virtud de una operación de refundición, la incorpora de modo prácticamente textual, ya que, como se expone en el FJ 2 de esta Sentencia, se limita a sustituir la expresión «sin perjuicio de la tributación que corresponda por el Impuesto citado», por la locución «sin perjuicio de la tributación que corresponda por la modalidad expresada», que lógicamente tiene el mismo significado.

Es cierto que el art. 39 LOTC sólo permite extender la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por conexión o consecuencia a otros de «la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley». Es cierto también que el precepto impugnado pertenece a la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 y que los recurrentes no impugnaron el art. 14.7 del Texto refundido de 1993 que la reproduce. Sin embargo, las características propias de la refundición producida permiten concluir que en el presente caso la declaración de inconstitucionalidad y nulidad puede extenderse con naturalidad al citado precepto del

Texto refundido, como hicimos en la STC 196/1997 al enjuiciar un supuesto que, en este extremo, guarda en cuanto al fondo una sustancial identidad con el presente (FJ 4).

En efecto, debe tenerse en cuenta que en el caso aquí analizado no se trata de un fenómeno de sucesión de normas en el que una norma se reproduce más o menos literalmente en una disposición o texto normativo posterior, sino que la reproducción literal se produce en un Texto refundido que, en rigor, carece de capacidad innovadora propia, ya que se limita a sustituirla ocupando su lugar en el Ordenamiento jurídico (art. 82.5 CE). En este caso, mantener en el ordenamiento preceptos de un Texto refundido reproduciendo preceptos legales declarados inconstitucionales y nulos supone introducir un elemento de inseguridad jurídica que este Tribunal en el marco de sus competencias está llamado a evitar.

En conclusión, constatada la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta LTPP, debe declararse, asimismo, la inconstitucionalidad y nulidad del art. 14.7 LITP.

12. Antes de pronunciar el fallo a que el mismo conduce sólo nos resta precisar cuál es el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que lo integra. Pues bien al igual que en otras ocasiones, y por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), conviene declarar que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar inconstitucional y nula la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos y su reproducción en el art. 14.7 del Texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil.

B) RESOLUCIÓN 2/2000, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS, SOBRE LA TRIBUTACIÓN DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS DE TERRENOS DE LOS AYUNTAMIENTOS.

La resolución 2/2000 de la DGT tiene una doble importancia: en primer término, aborda tres cuestiones de indudable trascendencia práctica en el IVA –régimen de las cesiones de terrenos obligatorias a los ayuntamientos, el derecho a la deducción de las cuotas soportadas por los propietarios de los terrenos en la urbanización de los mismos y el régimen aplicable a las entregas de bienes que realicen los ayuntamientos a terceros–; y, en segundo término, porque en cuanto a la primera cuestión –régimen en el IVA de las cesiones obligatorias a los ayuntamientos– realiza un giro de ciento ochenta grados respecto del criterio tradicional de la DGT mantenido en reiteradas consultas.

1. Régimen en el IVA de las cesiones obligatorias de terrenos a los ayuntamientos

La resolución que comentamos, quebrando el tradicional criterio de la DGT, declara que las cesiones obligatorias de terrenos a los ayuntamientos previstas en la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, no constituyen entregas de bienes ni prestaciones de servicios a los efectos del IVA, por lo que quedan no sujetas a IVA y ello aunque sean realizadas por sujetos pasivos de IVA en el ejercicio de su actividad, por lo que no existe obligación alguna de repercutir el tributo o de ingresarlo sin repercusión por constituir un supuesto de autoconsumo externo.

En efecto, hasta ahora, el criterio de la DGT era considerar tales cesiones como entregas de bienes, de tal forma que siempre que fueran realizadas por sujetos pasivos de IVA –ordinarios u ocasionales– constituirían operaciones sujetas, si bien en cuanto a las cesiones destinadas exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies de viales de uso público, resultaban exentas por aplicación del artículo 20.1.20.º de la Ley del IVA.

Tras la resolución, todas las cesiones obligatorias de terrenos que se funden en los artículos 14 y 18 de la Ley 6/98, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, no quedan sujetas a IVA:

— Cesiones de suelo para viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas.

— Cesiones de suelo necesarias para la ejecución de los sistemas generales previstos en el planeamiento general.

— Cesiones de suelo correspondientes al diez por ciento del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente.

Debe destacarse que otras cesiones que no deriven de la aplicación de la normativa urbanística, aunque tengan carácter gratuito, quedan sujetas al régimen general, es decir, constituyen entregas de bienes sujetas al IVA cuando se efectúan por sujetos pasivos de IVA, ordinarios u ocasionales, y exentas sólo cuando se destinan exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies de viales de uso público –art. 20.1.2.º de la Ley del IVA–.

2. Carácter deducible de las cuotas soportadas por los propietarios de los terrenos por la urbanización de los terrenos

La resolución reconoce igualmente el carácter deducible de las cuotas soportadas por los propietarios de los terrenos por la urbanización de los mismos incluidos en unidades de ejecución, sin que las cesiones gratuitas obligatorias no sujetas al IVA perjudiquen en modo alguno su derecho a la deducción. Por tanto, dichas cesiones obligatorias no deben computarse a efectos de una posible aplicación de la regla de prorrata en las operaciones soportadas, siendo a efectos del IVA como neutras.

Debe tenerse en cuenta que, según reiterada doctrina de la DGT –consultas, entre otras, de 23/9/98, 21/10/98 y 30/10/98– los propietarios de los terrenos en el sistema de reparcelación se constituyen en sujetos pasivos de IVA, aunque no sean empresarios en el ejercicio de la actividad –e igualmente en el sistema de compensación salvo que, conforme a los estatutos de la Junta de Compensación, se transmita a la Junta de Compensación la propiedad de los terrenos.

3. Régimen aplicable a las entregas de bienes que realicen los ayuntamientos a terceros

La resolución considera que los terrenos que se incorporan al patrimonio municipal en virtud de la citada cesión obligatoria forman parte en todo caso de un patrimonio empresarial, por lo que la posterior transmisión de los mismos habrá de considerarse efectuada por parte del ayuntamiento transmitente en el desarrollo de una actividad empresarial, constituyéndose a tales efectos en sujeto pasivo de IVA, por lo que dicha transmisión resultará sujeta al IVA.

Creemos que la resolución debería haber matizado entre las cesiones recibidas para viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas,

pues dichos bienes tienen el carácter de bienes de dominio público y como tales, en nuestra opinión, no pueden integrar un patrimonio empresarial, ni siquiera a efectos del IVA.

En realidad entendemos que se está refiriendo a los terrenos consecuencia de la cesión del 10% del aprovechamiento del sector, respecto de los cuales su transmisión por el ayuntamiento constituye indudablemente una entrega de bienes sujeta y no exenta del IVA. En tal sentido se pronuncia el número cuarto de la citada resolución.

Este criterio es reiteración del mantenido por la DGT en varias consultas que, sin embargo, no está consolidado en la práctica, por lo que parece acertado atribuirle carácter normativo mediante la presente resolución.

RESOLUCIÓN 2/2000, de 22 de diciembre, de la Dirección General de Tributos, relativa a las cesiones obligatorias de terrenos a los Ayuntamientos efectuadas en virtud de los artículos 14 y 18 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y a las transmisiones de terrenos por parte de los mismos.

I

La cesión gratuita de terrenos a los Ayuntamientos prevista en los artículos 14 y 18 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (“Boletín Oficial del Estado” del 14) y en las normas que la precedieron, ha sido objeto de diversas consultas a este centro directivo dirigidas a aclarar las dudas sobre el tratamiento de estas operaciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Actualmente, la doctrina mayoritaria más reciente en materia de derecho urbanístico mantiene que, con ocasión del desarrollo del proceso urbanizador, no se produce, en sentido estricto, una cesión de aprovechamientos urbanísticos a la Administración, sino un reparto de los citados aprovechamientos entre los titulares de los terrenos sobre los que se desarrolla el citado proceso y aquélla. En consecuencia, cabe inferir que la citada cesión obligatoria no supone ninguna entrega o transmisión sujeta al impuesto, criterio que sustituye al que figuraba en anteriores pronunciamientos de esta Dirección General.

A la par, conviene aclarar el derecho a la deducción de las cuotas soportadas por los citados propietarios, tanto las correspondientes a la ejecución de las obras de urbanización del conjunto de los terrenos objeto de la actuación, como del resto de cuotas soportadas relativas a la misma, sin perjuicio de la aplicación de los demás requisitos relativos al derecho a la deducción regulados en el capítulo 1 del título VIII de la citada Ley 37/1992.

Por último, la presente Resolución se refiere a la transmisión por parte de los Ayuntamientos de los terrenos resultantes del proceso de urbanización. Esta transmisión está, en todo caso, sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, por tratarse de terrenos que forman parte de un patrimonio empresarial, considerando la actuación de los mismos como una actuación efectuada en el desarrollo de una actividad empresarial dirigida a la intervención en el mercado y al objeto de evitar las graves distorsiones de la competencia que la posible no sujeción de las mismas puede implicar.

II

En consecuencia con todo lo anterior, esta Dirección General considera ajustada a derecho la siguiente resolución:

Primero. Las cesiones obligatorias de terrenos a los Ayuntamientos que se efectúen en virtud de lo dispuesto por la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, no constituyen entregas de bienes ni prestaciones de servicios a

los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, no existiendo por tanto ninguna operación sujeta al citado tributo por dicha cesión.

Segundo. Los propietarios de terrenos que efectúen las referidas cesiones tienen derecho a la deducción de las cuotas soportadas por la urbanización de los terrenos incluidos en las unidades de ejecución correspondientes, siempre que concurran las condiciones y requisitos generales que regulan el derecho a la deducción, sin que el hecho de que efectúen las cesiones gratuitas de terrenos a las que se refiere el número anterior perjudique en modo alguno su derecho a la deducción.

Tercero. Los terrenos que se incorporan al patrimonio municipal en virtud de la citada cesión obligatoria forman parte, en todo caso y sin excepción, de un patrimonio empresarial, por lo que la posterior transmisión de los mismos habrá de considerarse efectuada por parte del Ayuntamiento transmitente en el desarrollo de una actividad empresarial, quedando sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido sin excepción.

Cuarto. Las transmisiones a que se refiere el número anterior, en cuanto tengan por objeto terrenos edificables, bien sea por tener la condición de solares, bien por disponer de la correspondiente licencia administrativa de edificación, quedan fuera de la exención que se regula en el artículo 20.uno.20.º de la Ley 37/1992, siendo, por tanto, preceptiva la repercusión del citado tributo.

Quinto. El tipo impositivo del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable a las operaciones sujetas a las que se refiere esta resolución es, sin excepción, el general del impuesto, es decir, el 16 por 100.

C) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA DE 8 DE MAYO DE 2000

El TSJ de la Comunidad Valenciana aborda una cuestión de indudable interés práctico: la validez como medio de comprobación de valores a efectos de los ITP y AJD e ISD de la aplicación de determinados coeficientes sobre los valores catastrales.

En efecto, numerosas CCAA emplean tablas de coeficientes a aplicar sobre los valores catastrales como orientación del valor a declarar por los sujetos pasivos en los actos sujetos a dichos impuestos –Cataluña, Valencia y Madrid, entre otras–. Entendemos que ello no plantea ningún problema, la comprobación de valores es facultativa por la Administración y ella la puede reglar conforme a criterios objetivos, estableciendo una preferencia para determinar qué bases imponibles quedan sujetas a comprobación. Ello supone una mayor eficiencia de la actividad de la Administración que, además, redundará en beneficio de los sujetos pasivos pues pueden conocer con anterioridad a la realización del hecho imponible, el valor cuya declaración evitaría comprobaciones ulteriores, evitando recurrir a la lenta consulta individual prevista en el artículo 25 de la Ley 1/98.

Sin embargo, lo que a juicio del que comenta es evidente, es que la Administración no puede utilizar dichas tablas como medios de comprobación de valores respecto de inmuebles, sino que es inexcusable –como ha establecido reiterada jurisprudencia hasta la saciedad– un dictamen de perito de la Administración, debidamente motivado y que pondere las circunstancias físicas y jurídicas individuales del inmueble en cuestión. Ello ya lo había manifestado claramente la propia DGT en consulta de 1991 y es lo que declara el TSJ de la Comunidad de Valencia en la sentencia que comentamos.

En efecto, a los argumentos expuestos, la sentencia añade que en el catálogo cerrado regulado en el artículo 52 de la LGT, se halla prevista la comprobación por aplicación de los valores catastrales, pero en modo alguno la comprobación por aplicación de coeficientes sobre el valor catastral que constituye un presunto precio medio de mercado; coeficiente que por otra parte –sigue la sentencia– carece de cobertura normativa.

Hasta aquí, la doctrina de la citada sentencia es, en nuestra opinión irreprochable; no obstante, la citada sentencia apunta en su fundamento sexto un argumento que en modo alguno compartimos y es el considerar que el sistema de comprobación mediante un coeficiente sobre el valor catastral excede de la competencia que la Ley 14/96, de Cesión de Tributos, atribuye a la CA Valenciana. Por el contrario, entendemos que conforme a la indicada Ley a la CA Valenciana corresponde la comprobación de valores y que la misma puede reglar su actividad determinan-

do qué hechos imponderables son objeto de comprobación preferente, sin que suponga invadir las competencias del Estado.

Por tanto y como conclusión, la existencia de tablas mediante coeficientes para aplicar sobre los valores catastrales es útil tanto para la Administración como para los administrados; para la Administración porque evita tener que someter a comprobación todos los actos sujetos –con el consiguiente ahorro de costes e incremento de la eficiencia– y para los administrados porque conocen con antelación cuál es el criterio de la Administración. Mas dichas tablas en ningún caso constituyen un medio de comprobación admitido por el artículo 52 de la LGT, aunque constituyan unos supuestos precios medios de mercado, pues –como se ha indicado– tratándose de bienes inmuebles no es posible establecer unos precios medios de mercado, debiéndose acudir en todo caso al dictamen de perito de la Administración debidamente motivado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

Segundo. La parte demandada contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

Tercero. Habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

Cuarto. Se señaló la votación para el día 8 de mayo de 2000, teniendo así lugar.

Quinto. En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. J. D. D.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo que como ella misma sostiene tiene como objeto determinar si la comprobación de valores efectuada cumple con los requisitos formales y de contenido que le son exigibles o bien adolece de algún defecto del que se derive su posible anulación.

Para contestar esta cuestión ha de partirse de una premisa fáctica, el sistema de valoración empleado por la Generalitat Valenciana para la determinación de la base imponible a efectos del impuesto que analizamos, y que viene explicitado en la «hoja de valoración de bienes inmuebles urbanos» que se acompaña a la notificación y donde se dice literalmente:

«El artículo 52.1, apartado b) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, según redacción dada al mismo por la Ley 25/1995, de 20 de julio, considera los precios medios de mercado como medio válido para la valoración por parte de la Administración Tributaria de las rentas, productos, bienes y demás elementos del hecho imponible. Por su parte el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio (BOE de 22 de julio), por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para la determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, dispone en su Norma 3 que para el

cálculo del valor catastral se tomará como referencia el valor de mercado, sin que, en ningún caso, pueda aquél superar a éste. Debe tenerse en cuenta a este respecto la Resolución del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de 15 de enero de 1993 (BOE del 27), que establece una relación entre el valor catastral y el de mercado, para bienes inmuebles olvidados en municipios cuyos valores catastrales hayan sido revisados por dicho Centro a partir de la citada publicación (27-1-1993), según la cual aquél es la mitad de éste ($RM=0,5$). En el presente caso, el valor catastral del inmueble no se halla revisado, sin embargo, a la fecha de devengo del impuesto. Por otra parte, se ha considerado conveniente tener en cuenta posibles condicionantes físicos, económicos, y, en general, de cualquier otra índole, que pudieran afectar al valor de mercado, que la citada normativa no recoge, así como las tendencias del mercado inmobiliario en el momento de devengo de la transmisión. El coeficiente multiplicador que, de conformidad con las consideraciones apuntadas, corresponde a su inmueble es de 2,00. Fruto de estas consideraciones, el valor asignado a su inmueble es el resultado de multiplicar su valor catastral por el coeficiente 2,00. La aceptación de valor atribuido a su inmueble y el ingreso de las liquidaciones que traigan causa del mismo supondrán dar por terminado el presente expediente de comprobación de valores. Se le informa, asimismo, que los estudios de mercado a partir de los cuales se han obtenido los parámetros aplicables en la presente valoración se hallan a su disposición en esta Dirección Territorial, para cualquier consulta que en relación con ellos desee realizar».

Es decir, la técnica consiste esencialmente en tomar el valor catastral y multiplicarlo por el coeficiente 2,00 en el caso de transmisiones sujetas al Impuesto de Transmisiones.

Segundo. Este sistema de comprobación del valor de los bienes transmitidos utilizado por la Administración precisa de interpretación pues mientras ésta sostiene que ha utilizado el previsto en el apartado 1, letra b) del artículo 52 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, el precio medio en el mercado, la recurrente sostiene, y comparte este criterio la Sala, que en realidad el medio utilizado es el previsto en la letra a) de dicho precepto, la estimación por los valores que figuran en los registros oficiales de carácter fiscal.

En efecto, aun cuando se dice que se utiliza el valor de mercado, en realidad lo que se hace es aplicar el valor que el inmueble tiene en el Catastro y multiplicarlo por un coeficiente determinado. Otra cosa es que, como se sostiene en la resolución impugnada, la norma 3 del RD 1020/1993, de 25 de junio por el que se aprueban las normas técnicas y de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para la determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana establezca como valor de referencia y límite el valor de mercado, al disponer que el valor catastral en ningún caso puede superar al de mercado. Límite que por otra parte es propio de cualquier impuesto, pues el artículo 52, apartado 2 de la Ley General Tributaria permite que «el sujeto pasivo podrá en todo caso promover la tasación pericial contra-

dictoria en corrección de los demás procedimientos de comprobación fiscal de valores señalados en el número anterior, dentro del plazo de la primera reclamación que proceda contra la liquidación efectuada sobre la base de los valores comprobados administrativamente o, cuando así estuviera previsto, contra el acto de comprobación de valores debidamente notificado», y es evidente que si frente a cualquier valoración puede prevalecer la tasación pericial contradictoria, y ésta ha de atenerse al valor real del bien en el mercado, este valor es el límite legal de cualquier impuesto. Y por otra parte, a tenor de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre la base imponible del impuesto sobre bienes inmuebles estará constituida por el valor de los bienes inmuebles, y a tenor de su apartado 2 «para la determinación de la base imponible se tomará como valor de los bienes inmuebles el valor catastral de los mismos, que se fijará tomando como referencia el valor de mercado de aquéllos, sin que, en ningún caso, pueda exceder de éste».

El Tribunal Supremo en sentencia de 3 de diciembre de 1999 sostiene que «... el principio de igualdad de tratamiento en las **valoraciones** determinantes de las bases imponibles de los diferentes **tributos**, singularmente los que gravan el tráfico de bienes, se nuclea en torno al principio del valor real determinable administrativamente cuando no se acepta por la Administración el valor declarado por el contribuyente».

Pero, en el presente caso la Administración demandada no comprueba el valor declarado aplicando el valor de mercado, lo que exigiría el dictamen de peritos de la Administración o la tasación pericial contradictoria [artículo 52.1 letras e) y d) respectivamente de la Ley General Tributaria], sino que lo toma de un registro fiscal, el Catastro.

Tercero. En principio, el método utilizado por la Administración, si se redujera a la utilización de las valoraciones catastrales, no sólo sería irreproachable, sino plausible desde el punto de vista jurídico, pues es el método más conforme con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución y con el de buena fe y confianza legítima en la actuación de la Administración que se recogen como principios generales que deben presidir la actuación de la Administración Pública en el artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras la reciente reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, operada por la Ley 4/1999. En efecto, es más conforme con estos principios la existencia de una sola valoración de los bienes y valores a efectos de cualquier tipo de impuestos, frente al criterio de estancueidad de los distintos tributos, pues el ciudadano puede y debe esperar que la valoración que le da una Administración, sea respetada después por cualquier otra y desde luego con mayor motivo si se trata de la misma, al entender que ésta se vincula por sus propios actos.

Principio que igualmente se proyecta en el Estatuto del Contribuyente, aprobado por Ley 1/1998, donde se recoge el derecho de los ciudadanos a ser informados de los valores de los bienes inmuebles que vayan a ser objeto de adquisición o transmisión; el principio de que las presunciones establecidas por las leyes tributarias pueden destruirse mediante prueba en contrario; la exención de

responsabilidad por infracción tributaria; los contribuyentes que adecúen su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones, comunicaciones y contestaciones a consultas; la posibilidad de llegar a acuerdos de valoración con la Administración (art. 9), estableciéndose que los contribuyentes podrán solicitar a la Administración tributaria, cuando las leyes o reglamentos propios de cada tributo así lo prevean, que determine con carácter previo y vinculante la valoración a efectos fiscales de rentas, productos, bienes, gastos y demás elementos del hecho imponible, y en el artículo 25 se establece con carácter general que cada Administración tributaria informará, a solicitud del interesado y a los efectos de los tributos cuya gestión le corresponda, sobre el valor de los bienes inmuebles que, situados en el territorio de su competencia, vayan a ser objeto de adquisición o de transmisión, si bien dicha información no impedirá la posterior comprobación administrativa, pero, cuando el contribuyente haya seguido los criterios manifestados por la Administración tributaria, no incurrirá en ningún tipo de responsabilidad. En consecuencia, uno de los principios que se consagran en el Estatuto del Contribuyente es el derecho de los ciudadanos a estar informados de la valoración que la Administración ha de dar a sus bienes.

Desde esta perspectiva, como hemos señalado, el acudir al catastro, a un registro fiscal previo en donde constan las valoraciones de los bienes inmuebles es conforme con los principios que la nueva legislación tributaria pretende implantar en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuarto. Sin embargo, la resolución impugnada no es congruente con este método de comprobación, pues a continuación multiplica la base imponible por un coeficiente, de 2,00, en base a una Resolución del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de 15 de enero de 1993 (BOE del 27) que establece una relación entre el valor catastral y el de mercado, para bienes inmuebles ubicados en municipios cuyos valores catastrales hayan sido revisados por dicho Centro, a partir de la citada publicación (27 de enero de 1993), según la cual aquél es la mitad de éste ($RM=0,5$).

En primer lugar esta resolución se opone a lo dispuesto en la norma 3 del RD 1020/1993, y en consecuencia no puede aplicarse válidamente al objeto que nos ocupa. Pero es que además se trata de una resolución administrativa, esto es, de una instrucción, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre no tiene eficacia normativa y cuyo incumplimiento no afecta a la validez de los actos administrativos.

Por otra parte, el acto impugnado ni siquiera es congruente con esta resolución, pues viene referida a inmuebles que hayan sido revisados, aun cuando después admite que «en el presente caso, el valor catastral del inmueble no se halla revisado, sin embargo, a la fecha del devengo del impuesto», cuando lo lógico hubiera sido, en la hipótesis de la resolución, que se hubiera respetado el valor catastral no revisado (que se presume legítimo y acorde con el valor de mercado) y en su caso el revisado multiplicado por dos, al reflejar hipotéticamente tan sólo el 0,5% del valor real.

Quinto. Consciente de ello la resolución impugnada sostiene además que «... por otra parte, se ha considerado conveniente tener en cuenta posibles condicionantes físicos, económicos, y, en general, de cualquier otra índole, que pudieran afectar al valor de mercado, que la citada normativa no recoge, así como las tendencias del mercado inmobiliario en el momento de devengo de la transmisión», añadiendo el acto notificado «in fine» que «se le informa, asimismo, que los estudios de mercado a partir de los cuales se han obtenido los parámetros aplicables en la presente valoración se hallan a su disposición en esta Dirección Territorial, para cualquier consulta que en relación con ellos desee realizar».

Sin embargo, en la notificación no consta condicionante físico, económico ni de cualquier otra índole que justifique que un valor que se presume válido en virtud de lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, sea después multiplicado por un coeficiente, al objeto de determinar la base imponible, sin acreditar de ninguna forma que efectivamente el valor que consta el catastro no es el de mercado. Y por otra parte, tampoco consta en el expediente estudio alguno del que haya tenido la parte constancia, que justifique el coeficiente multiplicador y por qué la Administración, habiendo decidido utilizar el valor catastral, después se aparta de él. Y es en el expediente, y en el propio acto administrativo, donde debía la Administración justificar los motivos de la valoración, pues sólo así el particular podría tener conocimiento de los motivos por los que la Administración se separa de la valoración que el recurrente hace constar en su autoliquidación y en definitiva se le permite su derecho a la defensa y se le garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.12 de la Constitución Española. En consecuencia, la remisión para el análisis de los estudios de mercado en la Consulta en la Dirección Territorial carece de validez alguna desde la perspectiva de los requisitos que debe reunir toda liquidación tributaria.

Reiterar en este punto la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala y de otros Tribunales acerca de los requisitos de motivación de los actos liquidatorios y en concreto de los expedientes de comprobación resulta ocioso por conocido. Pero cítese a título de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1999 que sostiene que:

«En cuanto a la denunciada infracción del art. 121.2 de la Ley General Tributaria se alega, también en síntesis, que la resolución notificada con ocasión de la comprobación de valores carecía de motivación, sin referencia a los criterios utilizados, citándose al efecto las Sentencias de esta Sala de 26 de marzo de 1991 y 2 de octubre de 1992. Sobre esta cuestión de la forma y motivación que han de tener las comprobaciones de valores, también se ha pronunciado esta Sala en numerosísimas Sentencias, así en las de 3 y 26 de mayo de 1989, 20 de enero y 20 de julio de 1990, 18 de junio y 23 de diciembre de 1991, 8 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1993, 24 y 26 de febrero de 1994, 4, 11 y 25 de octubre y 21 de noviembre de 1995, 18 y 29 de abril y 12 de mayo de 1997 y 25 de abril de 1998.

En esta abundante jurisprudencia se ha sentado la doctrina de que los informes periciales que han de servir de base a la comprobación de valores,

deben ser fundados, lo cual equivale a expresar los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta, que la justificación de dicha comprobación es una garantía tributaria ineludible, que por muy lacónica y sucinta que se interprete la obligación administrativa de concretar los hechos y elementos adicionales motivadores de la elevación de la base, no puede entenderse cumplida dicha obligación impuesta por el art. 121 de la Ley General Tributaria, si se guarda silencio o si se consignan meras generalizaciones sobre los criterios de valoración o sólo referencias genéricas a los elementos tenidos en cuenta mediante fórmulas repetitivas que podrían servir y de hecho sirven, para cualquier bien.

Por el contrario la comprobación de valores debe ser individualizada y su resultado concretarse de manera que el contribuyente, al que se notifica el que la Administración considera valor real, pueda conocer sus fundamentos técnicos y prácticos y así aceptarlo, si llega a la convicción de que son *razonables o imposibles de combatir, o rechazarlos porque los reputa equivocados o discutibles* y en tal caso, sólo entonces, proponer la tasación pericial contradictoria a la que también tiene derecho.

Obligar al contribuyente a acudir a la referida tasación pericial, de costoso e incierto resultado, para discutir la comprobación de valores, cuando ni siquiera se conocen las razones de la valoración propuesta por la Hacienda, colocaría a los ciudadanos en una evidente situación de indefensión frente a posibles arbitrariedades o errores de los peritos de la Administración, a cuyas tasaciones no alcanza la presunción de legalidad de los actos administrativos, porque las peritaciones, aunque las practique un funcionario, son dictámenes, criterio —el últimamente reproducido— que es incompatible con el seguido por la Sala de instancia, según sumariamente se constató en el primero de los fundamentos de la presente resolución, pues la tasación pericial contradictoria es un último derecho del contribuyente y no la única manera de combatir la tasación comprobadora de la base, realizada por la Administración, que antes ha de cumplir con su obligación de fundar suficientemente los valores a los que ha llegado, sin que el sujeto tributario venga obligado, por su parte, a acreditar el error o la desviación posibles de la Hacienda Pública cuando no conoce una justificación bastante de aquellos nuevos valores, pues en esta materia —como también tenemos declarado— la carga de la prueba del art. 114 de la Ley General Tributaria, rige igualmente tanto para los contribuyentes como para la Administración, tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

En el caso de autos la comprobación de valores se confecciona en unas hojas de impreso desplegables, donde se enumeran los bienes y se constata el valor declarado y el que se titula “valor pericial”, sin que aparezcan otras referencias que permitan conocer el proceso lógico, los criterios técnicos y económicos seguidos, ni las operaciones matemáticas realizadas, para llegar al resultado que integra la nueva base tributaria, lo que evidencia la insuficiencia, más bien carencia absoluta de justificación».

Es evidente que la aplicación de esta doctrina de nuestro más alto Tribunal y de la doctrina seguida al efecto por esta misma Sala no puede dar lugar sino

a la estimación del presente recurso, pues en la notificación de la liquidación que se impugna y tampoco en el expediente existen los elementos de motivación necesarios para permitir la defensa del recurrente, y de otro lado no nos encontramos ante una liquidación singularizada, sino que se aplican unas normas genéricas, que tomando como base un valor fiscal, el catastral, lo multiplica por 2,00, con un coeficiente corrector, en su caso, en relación con el municipio donde se halle el inmueble.

Sexto. Desde otra perspectiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo trece, cuatro de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y Medidas Fiscales Complementarias, en relación con la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen en las concesiones administrativas, en la transmisión de bienes inmuebles, así como en la constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía, y a tenor del cinco, en relación con la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad «Actos Jurídicos Documentados», las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre en el impuesto sobre el juego no se autoriza a las Comunidades Autónomas a modificar la base imponible, que en consecuencia será, a tenor de lo que dispone el 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 en su artículo 10.1, el valor real del bien transmitido.

Pues bien, al partir la resolución antes citada que sigue la Generalidad Valenciana para comprobar el valor de los bienes, del valor catastral (que debe reflejar el valor real de los bienes) y multiplicarlo automáticamente por un coeficiente, está modificando, sin habilitación legal, la base imponible del impuesto cedido.

Séptimo. En consecuencia, procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo, y al ser un recurso testigo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 37 y 111 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y ser la primera vez que la Sala se pronuncia sobre este extremo, no procede por esta vez hacer expresa imposición de las costas procesales, al no apreciar en las partes circunstancias subjetivas de temeridad o mala fe.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo, núm. 988/99, interpuesto por doña A. I. S. N., en nombre y representación de doña B. F. A. y don A. S. N., contra acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia dictado en la reclamación 46/20316/97 en materia

de Impuesto de Transmisiones, y lo debemos declarar contrario a Derecho y anulamos y dejamos sin efecto, sin expresa condena en las costas procesales.

A su tiempo, y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, certifico.

Valencia, a ocho de mayo de dos mil.

D) LA DOCTRINA RECIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS EN MATERIA DE EXCESOS DE ADJUDICACIÓN DECLARADOS NO SUJETOS A TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS: CONSULTAS DE 28/4/99, 22/9/99, 5/10/99, 8/2/2000 Y 29/3/2000

La consulta de la DGT de 16/1/1995 marcó un punto de inflexión en el criterio tradicional mantenido por la DGT a propósito de los excesos de adjudicación declarados no sujetos a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), por fundarse en la indivisibilidad del bien. Dicha consulta reconoció expresamente, conforme al sentir expresado por la mayoría de la doctrina, la posibilidad de aplicar el artículo 1.062 del C.c. (carácter indivisible de un bien que se adjudica a un único heredero, abonando a los restantes su haber en metálico) no sólo a las particiones de herencia, sino en general a cualquier supuesto de disolución de comunidad, sociedad conyugal o sociedad, con la consecuencia de resultar dicho exceso de adjudicación declarado no sujeto a TPO, conforme al artículo 7.2.B) del Texto Refundido del ITP y AJD.

Los pronunciamientos recientes de la DGT continúan la senda abierta por la indicada resolución, realizando interesantes observaciones que tienen una indudable trascendencia práctica:

- La consulta de 28/4/1999 establece tres observaciones interesantes:
 - 1.^a) La consideración de una oficina de farmacia como un bien unitario y en principio esencialmente indivisible por imperativo legal, por lo que el exceso de adjudicación declarado derivado de la adjudicación en una partición de herencia a uno de los herederos abonando el exceso a los restantes coherederos queda no sujeto a TPO. Dos puntos son especialmente relevantes: la consideración de una empresa o negocio profesional con carácter unitario, como un único bien y la posibilidad que la indivisibilidad tenga lugar por imperativo legal.
 - 2.^a) El reconocimiento de que de no mediar pago a los restantes coherederos, el exceso de adjudicación declarado supone un hecho imponible por donación en el ISD, confirmando el criterio tradicional en este punto mantenido por el TS y la propia DGT.
 - 3.^a) Que caso de que el heredero beneficiario del exceso compense a los restantes coherederos transmitiéndoles otros bienes; si bien el exceso queda no sujeto, la adjudicación de bienes a los restantes coherederos suponen una transmisión onerosa como adjudicación en pago de deudas que puede resultar a TPO por el concepto de adjudicación en pago de deudas.

- La consulta de la DGT de 22/9/1999 contempla el supuesto de una comunidad de bienes en proindiviso de tres comuneros y dos únicos bienes inmuebles integrantes de la comunidad, ambos indivisibles de valor declarado 12 y 10 millones respectivamente. Se extingue el condominio y se adjudica a un comunero el inmueble de 12 millones y a los dos restantes por mitades indivisas el inmueble de 10 millones y el primer comunero satisface en metálico a los otros dos su exceso de adjudicación declarado en metálico. La DGT considera que si realmente los inmuebles tienen carácter indivisible, dicho exceso de adjudicación declarado queda no sujeto a TPO por aplicación del artículo 1.062 del C.c. en relación con el artículo 7.2.B) del Texto Refundido del ITP y AJD. La importancia de esta consulta es el supuesto que contempla: en la comunidad no hay un único bien, sino varios bienes que tienen el carácter de indivisibles y que son de valores distintos, por lo que la adjudicación a uno de los comuneros del inmueble de mayor valor declarado no supone un exceso de adjudicación declarado sujeto a TPO.
- La consulta de 5/10/99 reconoce la aplicación del artículo 1.062 del C.c. para reputar no sujeto el exceso de adjudicación declarado en una liquidación de sociedad conyugal integrada por un único inmueble que se adjudica a uno de los cónyuges abonando en metálico su haber al otro cónyuge en dinero. Contiene además una interesante precisión al declarar una presunción *iuris tantum* de indudable trascendencia práctica: que los inmuebles en principio deben considerarse indivisibles, por lo que la carga de la prueba de su carácter divisible recae sobre la Administración.
- La consulta de 8/2/2000 contempla el supuesto de una partición hereditaria integrada por un único bien de carácter ganancial del causante con el cónyuge viudo que se adjudica a uno de los herederos dado su carácter indivisible y que abona en metálico su exceso a los restantes coherederos y al cónyuge viudo. La DGT considera dicho exceso de adjudicación declarado no sujeto a TPO, si bien y dado que la adjudicación en pleno dominio al mismo supone la consolidación del derecho de usufructo del cónyuge viudo parece dar a entender que debe practicarse liquidación por el ISD por la consolidación en el heredero; punto este que consideramos improcedente, pues es claro en nuestra opinión que el exceso de adjudicación declarado es un acto particional que supone la conmutación del usufructo –conmutación permitida en los arts. 839 y 840 del C.c. y en el art. 57 del RISD y que no implica liquidación adicional alguna por el ISD–.

- La consulta de 29/3/2000 insiste en el supuesto de una partición de herencia integrada por un único bien inmueble y dos herederos que el exceso de adjudicación declarado queda no sujeto a TPO, si bien si el exceso no se compensa en metálico sino en otro bien del beneficiario del exceso, dicha compensación constituye un hecho imponible en TPO por el concepto de adjudicación en pago de deuda del artículo 7.2.A) del Texto Refundido del ITP y AJD.

Las indicadas consultas insisten en que el exceso de adjudicación declarado no sujeto a TPO, si se refiere a inmuebles y se formaliza en escritura pública, queda sujeto a la cuota gradual de AJD –criterio mantenido por la consulta de la DGT de 15/3/95– si bien, la consulta de 5/10/99 considera que en el caso de liquidación de sociedad conyugal quedaría exento de la cuota gradual de AJD por aplicación de la exención del artículo 45.I.B.3 del TR. En nuestra opinión, los excesos de adjudicación declarados se integran sustantivamente como actos particionales de herencia o de disoluciones de sociedades conyugales, sociedades o comunidades de bienes, sean o no empresariales, por lo que al resultar tales actos sujetos al ISD –particiones–, a la modalidad de OS –sociedades y comunidades empresariales–, TPO –sociedades conyugales, donde están exentas por el 45.I.B.3– o la cuota gradual de AJD –extinciones de condominio no empresariales sobre inmuebles–, no puede incidir el exceso declarado en un nuevo concepto sujeto a la cuota gradual de AJD por impedirlo el artículo 31.2 del TR.

Consulta:**DESCRIPCIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS:**

El consultante es heredero junto con sus hermanos de su padre fallecido. La herencia comprende una oficina de farmacia. Al proceder al reparto de la herencia se encuentra con las limitaciones establecidas en la legislación que regula dicha actividad, las cuales impiden que los herederos no farmacéuticos puedan ser titulares de la oficina de farmacia, y además no figuran bienes suficientes en la herencia para dar una parte equivalente a estos herederos no farmacéuticos, planteándose la posibilidad de compensar a éstos con bienes propios de los demás herederos.

CUESTIÓN PLANTEADA:

¿Se considera la oficina de farmacia un bien indivisible?

¿Estaría sujeto al ITP y AJD el exceso declarado de adjudicación?

N.º CONSULTA: 0643-99

Fecha: 28-04-1999

Contestación:

Los artículos 27.3 de la Ley 29/87, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 56.3 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1629/91, de 8 de noviembre disponen:

“Se liquidarán excesos de adjudicación, según las normas establecidas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando existan diferencias, según el valor declarado, en las adjudicaciones efectuadas a los herederos y legatarios, en relación con el título hereditario”.

Asimismo, el artículo 7.2.B) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre señala:

“Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento”.

El artículo 1.062 (primero) del Código civil dispone: “Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”.

Este Centro Directivo no puede pronunciarse a priori, sobre el carácter esencialmente indivisible de la oficina de farmacia, no obstante, parece que la “indivisión” viene establecida por imperativo legal, y por lo tanto, en este sentido el exceso de adjudicación declarado no quedaría sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, siempre y cuando los herederos que reciben el exceso superior a la cuota que les corresponde en la comunidad hereditaria satisfagan la diferencia a los demás en metálico.

No obstante, si no existiese compensación alguna entre los herederos, el exceso percibido por algunos de ellos tendrá carácter lucrativo, debiendo tributar por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como donación. Por último, se alude en el escrito a la posibilidad de que los herederos farmacéuticos compensen a los demás con bienes propios. Si por bienes se entienden cosas distin-

tas a dinero en efectivo, se producirán adjudicaciones en pago de deudas las cuales originan el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados conforme a lo establecido en el artículo 7.2.A) del Texto Refundido del Impuesto, resultando los adjudicatarios obligados a satisfacer este impuesto.

Madrid, 28 de abril de 1999

Normas:

Impuesto Transmisiones Patrimoniales

Impuesto Sucesiones

RDL 1/1993, art. 7-2-A), art. 7-2-B)

Ley 29/1987, art. 27-3

RD 1629/1991, art. 56-3

Consulta:

DESCRIPCIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS:

Tres hermanos poseen dos fincas en copropiedad. Ahora desean cesar en la indivisión acordando una distribución de propiedades, de tal forma que a uno de ellos se le adjudica uno de los inmuebles, valorado en 12 millones de pesetas, y el otro inmueble valorado en 10 millones, a los dos hermanos restantes; no obstante, el primero abonará a sus dos hermanos la cantidad de 4.666.667 a repartir entre los dos.

CUESTIÓN PLANTEADA:

¿Estaría la operación sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados?

Fecha: 22-09-1999

Contestación:

En relación con la consulta planteada este Centro Directivo informa lo siguiente:

En la normativa vigente se sujeta la extinción de algunas comunidades, manteniendo una similitud fiscal con la disolución de sociedades.

En este sentido, el artículo 30 apartado 2.º del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone:

“La disolución de comunidades de bienes que no hayan realizado actividades empresariales, siempre que las adjudicaciones guarden la debida proporción con las cuotas de titularidad, sólo tributarán en su caso por Actos Jurídicos Documentados”. De esta regla se deduce que si se quebranta la proporcionalidad surgirán excesos de adjudicación que tributarán por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

El artículo 7.2.B) del Texto Refundido del Impuesto, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, considera como transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto “los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento...”.

El artículo 1.062 (primero) del Código civil dispone: “Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”.

Este Centro Directivo no puede pronunciarse a priori, sobre el carácter esencialmente indivisible de los inmuebles o si desmerecen mucho por su división, no obstante, si este es el caso del escrito de consulta, no parece que surjan en la distribución acordada excesos de adjudicación que deban tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

Sin embargo, si la comunidad no ha realizado actividades empresariales, en principio, deberá tributar conforme a lo dispuesto en el artículo 30.2 del Reglamento, es decir, por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, si reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 31.2 del Texto Refundido:

- * Primera copia de escritura.
- * Tiene por objeto una cosa valuable.
- * Contiene un acto inscribible en el Registro de la Propiedad.
- * No está sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ni a los conceptos comprendidos en las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias.

Normas:

Impuesto Transmisiones Patrimoniales

Artículo de la Ley 7-2-B), 31-2

RDL 1/1993

Art. 30-2 RD 828/1995.

Consulta:

DESCRIPCIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS:

Disolución de la sociedad legal de gananciales mediante la adjudicación a uno de los cónyuges del inmueble que constituía el domicilio conyugal, único bien ganancial, compensando al otro cónyuge en metálico el cincuenta por ciento del valor de la vivienda.

CUESTIÓN PLANTEADA:

Si la referida operación de liquidación de la sociedad de gananciales tributa al 0,50% por Actos Jurídicos Documentados.

N.º CONSULTA: 1794-99

Fecha: 05-10-1999

Contestación:

En relación con la consulta planteada el artículo 7.2.B considera transmisiones patrimoniales los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a determinados artículos del Código civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento, entre los que se incluye el artículo 1.062 (primero) del Código civil que dispone que “cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”.

Por otro lado el Código civil dedica reglas especiales a la liquidación de la sociedad de gananciales; pero siendo éstas insuficientes, determina de un modo

general en el artículo 1.410 que “en todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia”. Dentro de las normas sobre la partición de la herencia figura el artículo 1.062, anteriormente transcrito, siendo por lo tanto aplicable supletoriamente en el régimen de gananciales.

Aunque este Centro Directivo no puede pronunciarse a priori sobre el carácter esencialmente indivisible de los inmuebles o si desmerecen mucho por su división, no obstante conviene señalar que, según los Tribunales Económico-Administrativos, se viene considerando a los inmuebles como “un bien que si no es esencialmente indivisible, sí desmerecería mucho por su división”. (Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid: Resoluciones de 15 de junio de 1992 y 8 de junio de 1995).

Con arreglo a todo lo expuesto anteriormente, y siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1.062 del Código civil —que se trate de un bien indivisible o que desmerezca mucho por su división—, este Centro Directivo considera que la adjudicación a un cónyuge de un inmueble indivisible, que además es el único bien ganancial existente, pagando éste la diferencia en metálico al otro cónyuge, no constituye un exceso de adjudicación sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el artículo 7.2.b) del Texto Refundido.

En igual sentido se manifiesta el artículo 32.3 del Reglamento del Impuesto, Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, incluyendo el caso previsto como uno de los supuestos especiales de no sujeción en la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, al decir que:

“3. Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.”

Ahora bien, la no sujeción por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas permitiría la aplicación de la cuota variable del documento notarial de Actos Jurídicos Documentados, al reunir la escritura de disolución de gananciales todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del Texto Refundido:

- Tratarse de una primera copia de escritura.
- Tener por objeto cantidad o cosa valuable.
- Contener un acto inscribible en el Registro de la Propiedad.
- No estar sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ni a los conceptos comprendidos en las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias.

Sin embargo no resulta procedente la aplicación de la cuota variable a la vista de lo dispuesto en el artículo 45 I B 3) del Texto Refundido del Impuesto que declara exenta la liquidación de la sociedad de gananciales y entrega de los elementos patrimoniales a los cónyuges en los siguientes términos:

Estarán exentas:

“3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifican a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

Madrid, 5 de octubre de 1999

Normas:

ITP Y AJD

RDL 1/1993, arts. 7-2-B, 31-2 y 45 IB 3

RD 828/1995, art. 32.3

Consulta:

DESCRIPCIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS:

Se trata de un bien indivisible que pertenecía con carácter ganancial a un matrimonio del que solamente vive uno de los cónyuges. Se pretende adjudicar el bien a uno de los herederos, pagando éste a los demás la diferencia en dinero, en virtud de lo previsto en el artículo 1.062 del Código civil, la operación sería la siguiente:

El adjudicatario pagaría al cónyuge superviviente la mitad del valor del bien, por su parte ganancial y otra cantidad por la extinción del usufructo que le correspondía en el bien y a los otros cuatro hermanos suyos herederos como él, la cantidad resultante de dividir el valor del bien por el número de herederos.

CUESTIÓN PLANTEADA:

Varias son las cuestiones planteadas:

1.ª Si el adjudicatario del bien tiene que pagar el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por la porción hereditaria que le corresponda o por el valor total del bien.

2.ª Si por la parte que se abona a los otros herederos debe pagarse por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en qué modalidad del impuesto y quién debe soportar este tributo.

3.ª Si la parte pagada al cónyuge superviviente, se puede considerar como un exceso de adjudicación ajustado al artículo 1.062 del Código civil y por tanto sujeto exclusivamente a la cuota gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados o, por el contrario, ha de liquidarse como una transmisión onerosa sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

N.º CONSULTA: 0177-00

Fecha: 08-02-2000

Contestación:

Del texto de la consulta se desprende que se ha producido la defunción de una persona casada en régimen económico matrimonial de gananciales, que ha dejado cónyuge viudo y cinco hijos, teniendo en su patrimonio a su muerte, como bien ganancial, un elemento patrimonial indivisible, que se adjudica por mitades al cónyuge superviviente y a su herencia, sin que conste si existen otros bienes o derechos en el patrimonio del difunto, de carácter ganancial o privativos, que tengan la naturaleza de indivisibles o no.

Que se acuerda adjudicar el mencionado bien indivisible a uno de los herederos, compensando éste en metálico a los otros herederos, adquiriendo, asimismo, por la mitad de su valor, su parte al cónyuge vivo, liquidándose la comunidad de bienes sobre el citado elemento.

Teniendo en cuenta lo anterior, por lo que respecta a las cuestiones concretas planteadas:

1.^a La participación de cada heredero en la herencia tributar por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin tener en cuenta las adjudicaciones reales que se realicen, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 29/1987, es decir, que el heredero que resulte finalmente adjudicatario del bien indivisible solamente tributar por su parte en la herencia.

2.^a La adjudicación del bien indivisible a un solo heredero, solamente podría originar liquidaciones por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas en el supuesto que se produzcan excesos de adjudicación declarados, o bien como resultado de la comprobación de valores realizada en su momento a efectos de la herencia, como resulta de lo previsto en el artículo 27 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, en relación con el artículo 7.2.B) del Texto Refundido del ITP y AJD, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Cuando la operación anterior cumpla las condiciones previstas en el artículo 31 del Texto Refundido del ITP y AJD se gravan por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, siendo el sujeto pasivo el adquirente del bien.

3.^a Por lo que respecta a la operación realizada con el mismo bien entre el heredero que se adjudica el mismo y el cónyuge supérstite, se aplica lo previsto en el artículo 7.2.B) del mencionado Texto Refundido del ITP y AJD, quedando en su caso sujeto a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados cuando cumpla las condiciones previstas en el anteriormente citado artículo 31.

Por último, dado que la adjudicación total a uno de los herederos conlleva además la consolidación del dominio sobre el bien, cesando el usufructo viudal que correspondía al cónyuge supérstite, habrá que aplicar, en su caso, lo previsto en el artículo 51.4 del Reglamento del ISD, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

Madrid, 8 de febrero de 2000

Normas:

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD (RD Ley 1/1993)

Concepto, naturaleza, ámbito de aplicación

Ley 29/1987, art. 27

RDL 1/1993, arts. 7, 28

Consulta:

DESCRIPCIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS:

Dos hermanos que tienen en copropiedad al 50% un bien inmueble heredan de su padre una vivienda con la condición de que se adjudique a uno de ellos,

que debe compensar al otro con el 50% del inmueble que tiene en copropiedad con su hermano.

CUESTIÓN PLANTEADA:

Cómo tributan y por qué impuestos dichas operaciones.

Consulta número: 0715-00

Fecha: 29-03-2000

Contestación:

Es indudable que los dos herederos deben tributar por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en atención a la herencia recibida, que según se deduce de la consulta planteada parece ser que es por mitades, aunque deban cumplir determinadas condiciones.

En el sentido anterior parece que uno de los hermanos recibirá el único bien que integra el caudal hereditario, pero debiendo compensar al otro heredero con la entrega de una parte indivisa del 50% en la propiedad de otro inmueble que compartía con dicho heredero.

Teniendo en cuenta lo anterior, ha de recordarse que el artículo 27 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece que tributarán los excesos de adjudicación declarados de acuerdo con lo previsto en la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Este último impuesto en su Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, considera como transmisiones patrimoniales onerosas sujetas a dicha modalidad del impuesto los excesos de adjudicación declarados, salvo que traigan causa de lo previsto en los artículos 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código civil. A la vista de lo dispuesto en las normas citadas, puede afirmarse que exceso de adjudicación que representa para el heredero al que el causante adjudica la vivienda no tendrá la consideración de transmisión onerosa, por traer causa en lo dispuesto en el artículo 1.062 del C.c., por lo que no tributará por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD, pero sí que deberá hacerlo por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados por dicho exceso, ya que se trata de un acto que debe formularse en escritura pública, es evaluable, inscribible en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y no está sujeto a las otras dos modalidades de dicho Impuesto.

Por el contrario, la adjudicación que debe hacer el adjudicatario de la vivienda por herencia al otro heredero para compensarle por el exceso de adjudicación recibida, que se materializa en la entrega de una participación indivisa del 50% de un inmueble no puede considerarse contemplada en el citado artículo 1.062 del C.c., puesto que en éste se establece que se compense en dinero, pero no en otros bienes o derechos, por lo que deberá considerarse esta adjudicación del 50% del inmueble como una transmisión patrimonial onerosa sujeta al ITP y AJD por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, con lo que esta segunda adjudicación no estará sujeta a la cuota gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, por estar sujeta a la otra modalidad.

Madrid, 29 de marzo de 2000

Normas:

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Ley 29/1997). Normas especiales

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD (RD Ley 1/1993)

Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas

Ley 29/1987, art. 27

RDL 1/1993, art. 7

LA DOBLE O MÚLTIPLE REPRESENTACIÓN Y EL AUTOCONTRATO: DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS

ÁLVARO DELGADO TRUYOLS

Notario

Una serie de calificaciones registrales desfavorables que han sufrido en los últimos tiempos algunas escrituras que he autorizado, rechazándome la inscripción por “autocontratación” en diferentes casos de comparencias de una persona con varias titularidades o representaciones, me han llevado a poner por escrito, en forma esquemática, la doctrina legal y jurisprudencial sobre esta materia, delimitando claramente los supuestos permitidos y los prohibidos.

Como punto de partida, es necesario tener en cuenta tres premisas esenciales:

a) Que el autocontrato no está regulado de forma expresa por la ley, sino que es un concepto de elaboración doctrinal y jurisprudencial, construido sobre la base de algunos preceptos legales, básicamente los artículos 163, 299 y 1.459 del Código civil, y 135, 136 y 267 del Código de Comercio. La figura nace de la combinación de dos tipos de normas legales: las reguladoras de la bilateralidad típica de los contratos y las reglas generales de la representación.

b) Que el autocontrato puede existir tanto en la representación legal como en la orgánica o la voluntaria, teniendo cada una su propia naturaleza y peculiaridades, pero estando todas sujetas a unos mismos principios básicos. No obstante, este comentario se centrará preferentemente en los casos de representación voluntaria y orgánica, al ser los que han dado origen a estas reflexiones.

c) Y que nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe la autocontratación en general, sino sólo aquellos supuestos de autocontratos que reúnen los requisitos señalados por la ley.

Al tratar de perfilar jurídicamente la figura del autocontrato, nos encontramos, por las razones indicadas, con la ausencia de una definición legal, debiendo acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para delimitar su concepto. Es importante tener en cuenta que en el Derecho Romano, y luego en las Partidas y en la Novísima Recopilación, la figura estaba radicalmente prohibida, salvo en casos especiales con autorización judicial.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) se ha observado una notable evolución: en una primera fase, el TS negaba en general la validez del autocontrato bajo argumentos conceptuales o dogmáticos, estimando que era “requisito esencial en todo contrato la concurrencia de dos o más voluntades distintas y autónomas” (STS de 6 de marzo de 1902). Más adelante ha ido dando clara entrada a la figura en nuestro ordenamiento, como forma lícita y simplificadora del comercio jurídico, siempre que no se incurra en las expresas prohibiciones legales (SSTS de 5 de noviembre de 1956, 30 de septiembre de 1968 y 8 de enero de 1980).

A pesar de los iniciales pronunciamientos de nuestros tribunales, la doctrina fue desde un principio más tolerante con la autocontratación, aunque siempre reduciéndola a unos justos límites. Ya dijo FEDERICO DE CASTRO, en un trabajo publicado hace más de setenta años, que “el hecho de que por una sola persona se acumulen mandatos opuestos o distintos, por ejemplo uno para vender y otro para comprar, no implica necesariamente que el mandatario sacrifique el interés del mandante al suyo propio” (“El autocontrato en el derecho privado español”, *RGLJ*, tomo CLI, 1927).

Recopilando el sentir general del momento presente, podemos considerar que existe autocontrato prohibido por la ley en aquellos negocios o actos jurídicos en los que una sola persona pone discrecionalmente en relación económica dos o más patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta en virtud de su sola declaración de voluntad, siempre que exista un conflicto de intereses real o potencial entre dichos patrimonios.

Resulta enormemente importante, para evitar extender la prohibición legal de forma improcedente a otras figuras con las que existen puntos en común, fijar claramente los requisitos del autocontrato ilegal, que son los siguientes, debiendo cumplirse todos ellos cumulativamente:

— Un requisito CONCEPTUAL o TÉCNICO: que exista una sola declaración de voluntad, y no la contraposición de voluntades típica de todo contrato, lo que lleva al negocio a adolecer de una “anomalía estructural”, en terminología de JERÓNIMO GONZÁLEZ (“El contrato como acto jurídico bilateral”, *RCDI*, mayo de 1927).

— Un requisito ECONÓMICO: que mediante el negocio o contrato se pongan en relación económica dos o más patrimonios o masas patrimoniales distintas.

— Y un requisito PRÁCTICO o de JUSTICIA: que entre tales patrimonios puestos en relación negocial exista o pueda existir un conflicto de intereses, entendido como aquel en que la satisfacción de uno implica el sacrificio del otro.

Este último requisito, el conflicto de intereses, cuya necesaria presencia emana de todos los preceptos legales antes citados, sobre los que doctrina y jurisprudencia han ido construyendo y delimitando el concepto de autocontrato prohibido por la ley, es la clave o elemento esencial diferenciador de esta figura respecto de otras análogas que son perfectamente admisibles, como la representación doble o múltiple o el autocontrato permitido. No obstante lo anterior, que desde mi época de opositor he creído tener siempre claro, se ha ido difundiendo en los últimos tiempos, incluso en algunos Registros de la Propiedad, la errónea idea de que siempre que en ciertos contratos o negocios jurídicos interviene un solo compareciente con pluralidad de titularidades o representaciones, dos o más, está incurriendo en autocontratación ilegal. Esta idea ha dado lugar a un cierto automatismo calificador que, con frecuencia, rechaza el acceso al Registro de tales escrituras, sin entrar a examinar el cumplimiento de los tres requisitos inexcusables de la prohibición legal. Por ello, debemos distinguir ciertos casos en los que el negocio es plenamente válido, precisamente porque falta en ellos alguno de los requisitos constitutivos de su ilegalidad, antes expuestos:

1) En primer lugar, es posible que comparezca ante notario una sola persona, representando a varias otras en un otorgamiento en el que el negocio, o su configuración en la escritura, no sea de los que estructuralmente suponen una contraposición de las partes. Son supuestos en los que las partes contratantes tienen intereses confluyentes o paralelos, y no

opuestos. Así sucede cuando un representante comparece con poder de varias personas para declarar una obra nueva construida en común, o bien para aceptar y adjudicar una herencia entre varios hijos por iguales partes indivisas. En estos casos no existe contraposición de ningún tipo ni, evidentemente, autocontratación ilegal, siendo supuestos admisibles de DOBLE O MÚLTIPLE REPRESENTACIÓN.

2) También es posible que, cumpliéndose los dos primeros requisitos constitutivos de la autocontratación ilegal, el conceptual y el económico, no exista el tercero y más importante de ellos, el conflicto de intereses. Tal situación se da cuando el representante está realizando actos debidos o de simple ejecución, en los que no interviene su libre discrecionalidad, obrando en todas o alguna de sus representaciones como mero NUNTIVUS o EJECUTOR de actos decididos por voluntad ajena. Este concepto, ausente de nuestra legislación, aunque no de nuestra doctrina, está presente en el parágrafo 181 del Código civil alemán (BGB), que se refiere expresamente a la figura del autocontrato, diciendo: "Un representante no puede emprender sin permiso un negocio jurídico en nombre del representado consigo mismo, en su propio nombre, o como representante de un tercero, a menos que el negocio jurídico consista exclusivamente en la ejecución de una obligación". En la práctica nos encontramos en estos supuestos cuando el representante de varias voluntades se limita, al menos respecto de una de ellas, a elevar a públicos acuerdos ya adoptados y certificados por un órgano social no integrado exclusivamente por él mismo, del cual emana la voluntad contractual, o bien a formalizar negocios cuyos elementos esenciales están concretamente especificados en su poder (indicación de precio, pactos, identidad de la finca, datos de comprador o vendedor, etc.).

3) Es también admisible el caso de que una persona o entidad, que tiene designados a varios apoderados para contratar, actúe a través de alguno o algunos de ellos en un contrato de compraventa celebrado con un tercero que, aunque también ostenta la condición de apoderado de la misma persona o entidad vendedora, compra en este caso en nombre propio sin hacer uso de su poder. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en Resolución de 1 de marzo de 1982, consideró que a este supuesto no le era aplicable la prohibición del artículo 1.459,2 del C.c., ya que el mandato para administrar o enajenar queda tácitamente revocado cuando interviene en la venta el propio mandante personalmente o representado por otro apoderado, no rigiendo la prohibición cuando el mandatario no actúa en la doble personalidad de comprador y vendedor. Nos encontramos aquí en el caso que podríamos

denominar de AUTOCONTRATO PRESUNTO O IRREAL.

4) Y, finalmente, es también admisible la actuación de un representante cuando, existiendo teóricamente la posibilidad de un conflicto de intereses, tiene conferidas por su mandante expresas facultades para autocontratar. Aquí el mandante, que podría eventualmente ser perjudicado por la contraposición de intereses, soslaya la limitación legal prescindiendo su conformidad a la actuación del representante en el negocio de que se trate. Este supuesto ha quedado consagrado por la jurisprudencia del TS y de la DGRN, valiendo por todas la Sentencia de 23 de mayo de 1977, que admite el autocontrato “cuando exista poder expreso para ello calificable de adecuado según sus términos y suficiente para poder realizar contratos consigo mismo”, y la Resolución de 1 de febrero de 1980, para la que “solamente cuando no concurren esas circunstancias (intervención de una sola voluntad) o el propio mandante lo autoriza no hay obstáculo para admitir esta figura”. Nos encontramos aquí en el caso que podemos denominar de AUTOCONTRATO LEGAL O PERMITIDO.

A pesar de que los cuatro supuestos anteriores deben estimarse válidos y permitidos por nuestra legislación, como ha ido reconociendo casuísticamente nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia (tanto judicial como registral), parece últimamente que el único indiscutible es el último caso, el de la autorización expresa, que se da con mucha frecuencia en los poderes notariales y cuya admisión ha quedado consagrada por su habitualidad. Mientras tanto, se ha ido extendiendo una desconcertante creencia, que estos comentarios quieren contribuir a superar, de que en todos los demás casos nos encontramos ante autocontratos prohibidos por la ley.

La verdad es que a esa interpretación restrictiva de los supuestos permitidos ha contribuido de forma activa la DGRN, que siempre que se ha encontrado con un caso dudoso se ha inclinado en contra de la validez del negocio, incluso bordeando los requisitos legales de la prohibición, atendiendo quizá a la justicia material del caso sujeto a Resolución. Y así ha considerado:

— Que no estamos en el supuesto permitido número 1) anterior, en el que existen intereses comunes o confluyentes, cuando en una escritura de constitución de hipoteca por deuda ajena comparece, además de la entidad acreedora, un apoderado que representa a la vez a la sociedad deudora y a la sociedad hipotecante no deudora (Resolución de 20 de septiembre de 1989). Aunque aquí parezca que deudor e hipotecante no deudor están en situación de confluencia de intereses frente a la contraparte, la entidad acreedora, la DGRN ha considerado que la hipoteca con

fianza añadida es un triple negocio jurídico, que no permite que dos de sus partes estén comúnmente representadas por una misma persona, salvo que en los poderes conferidos se haya previsto y admitido esa doble representación. Y tampoco cuando una persona comparece en la constitución de una sociedad mercantil en nombre propio y en representación de otra entidad ya que, aunque en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida tal posibilidad (Resoluciones de 9 de mayo de 1978 y 14 de mayo de 1998).

— Que no estamos en el caso permitido número 2) anterior cuando el conflicto de intereses se produce en vez de con el *nuntius* o ejecutor, que se limita a cumplir una voluntad ajena, con el mandante de dicho *nuntius*, que es de quien verdaderamente emana la voluntad contractual. Así, la Resolución de 21 de mayo de 1993 invalida un contrato de compraventa en el que una persona actúa como apoderado de los vendedores, interviniendo como apoderado de la entidad compradora otra persona con poder especial conferido por el administrador único de la entidad, que resulta ser el propio apoderado de los vendedores. Aquí considera la DGRN que la pluralidad de voluntades es más aparente que real, ya que el poder del comprador depende de la voluntad del vendedor en su origen, contenido, ejercicio y mantenimiento, por lo que el contrato resulta decidido, respecto de una y otra parte contratante, por una sola persona, que ha acudido al subterfugio de nombrar otro apoderado o subapoderado interpuesto. En definitiva, para la Dirección General, el incurso en conflicto de intereses no puede eludir la prohibición dando un poder a un tercero para intervenir en el contrato que quiere celebrar consigo mismo.

— Y que no estamos en el caso permitido número 4) anterior, aunque el apoderamiento autorice para “vender ... incluso si hay autocontrato”, cuando tal mención parece no ser más que una cláusula de estilo, ya que todos los demás elementos del contrato, especialmente el precio, que resultó ser trece veces inferior al valor fiscal comprobado, permiten deducir con gran claridad que el autocontratante atendió con preferencia absoluta su propio y personal interés sobre el del vendedor poderdante (Resolución de 29 de abril de 1993). Y tampoco cuando el mandatario debidamente autorizado para la autocontratación se excede como autocontratante, realizando actos diferentes de aquellos para los que se le permitió autocontratar: una persona a la que se ha conferido un poder que le faculta para “comprar, vender o permutar, aunque incurra en autocontrato”, otorga en nombre del poderdante una escritura de reconocimiento de dominio siendo él mismo el beneficiario (Resolución de 18 de

octubre de 1989).

Para concluir estos comentarios prácticos, es importante que hagamos una breve referencia a la sanción aplicable a los casos de autocontratación no permitida por la ley:

— En cuanto a la EFICACIA CIVIL: La DGRN, en Resoluciones de 20 de septiembre de 1989, 21 de mayo de 1993, 11 de diciembre de 1997 y 2 de diciembre de 1998 ha considerado al autocontrato no autorizado como un acto nulo por falta de poder (cfr. artículo 1.259 C.c.), siendo posible la ratificación por las personas a cuyo nombre se otorgó, aunque tal ratificación tiene que proceder de ambas partes contratantes, pues respecto de ambas partes las facultades del poder eran insuficientes en el momento de ser otorgado el negocio. Esta sanción de la nulidad ratificable puede considerarse el criterio actual de nuestro Centro Directivo, apoyado por autores recientes como PAU PEDRÓN.

El TS, por su parte, se ha inclinado, en sede de representación voluntaria, por la nulidad de pleno derecho (Sentencias de 11 de junio de 1966, 31 de enero de 1991 y 15 de marzo de 1996), y también en sede de representación legal (Sentencias de 5 de noviembre de 1956 y de 9 de mayo de 1968). No obstante, como indican DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la solución no es convincente en el caso de la representación voluntaria y orgánica, pues lo que en realidad protege la ley no es una razón de orden público o moral, sino los intereses del titular del patrimonio afectado por la autocontratación. Por ello llegan a la misma conclusión que nuestra DGRN al decir que dogmáticamente cabe conceptuar el negocio como concluido por persona sin poder, susceptible de ratificación posterior.

— Y en cuanto a la CALIFICACIÓN REGISTRAL: La DGRN no ha mantenido un criterio uniforme, habiendo considerado a veces la autocontratación no salvada como un “defecto insubsanable” (Resoluciones de 9 de mayo de 1978 y 1 de febrero de 1980) o, más explícitamente, como un “vicio insubsanable” (Resolución de 30 de mayo de 1930), mientras que otras veces ha confirmado una nota de calificación que la estima “defecto subsanable” (Resoluciones de 20 de septiembre y 18 de octubre de 1989 o de 21 de mayo de 1993). No obstante tal disparidad, en congruencia con la actual consideración del autocontrato no permitido como un supuesto de ineficacia relativa y no absoluta del negocio, hoy debe mantenerse que la nota de calificación del registrador, puesta al pie del título, ha de ser de suspensión de la inscripción y no de denegación, ya que la ratificación posterior del representado produciría su sanación.

Enero de 2001

**VENTA EN GARANTÍA, RETRACTO
CONVENCIONAL Y CONVERSIÓN DEL NEGOCIO
(Comentario a la STS de 16 de abril de 2001)**

GABRIEL GARCÍA CANTERO
*Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza
Magistrado jubilado*

I. Exposición de la sentencia

Hechos: El 4 noviembre 1991 (*), el matrimonio formado por Don José y D.^a Juana, otorgan *escritura de compraventa* de una casa a favor de CADES, por precio de 23.500.000 pts., que confiesan haber recibido; se establece un pacto de retroventa a favor de los vendedores, por el que podrían ejercitar su derecho reembolsando a la compradora el precio de venta y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, derecho que finalizaría por todo el día 25 enero 1993.

El mismo día del otorgamiento los actores y demandada (recurrentes y recurrida respectivamente), estipularon en *documento privado* (1) una serie de acuer-

(*) Hay contradicción en esta fecha, única para la escritura pública de compraventa y para el documento privado a que luego se alude. La de 4 noviembre 1991 aparece reiteradamente reproducida en el primer antecedente de hecho, y en los FD 1.º, 2.º y 4.º. Pero en este último, y también en la parte dispositiva aparece el 14 noviembre 1991. Creo que la primera es la válida, aunque formalmente habría que preferir la fecha del fallo.

(1) Obsérvese que los sujetos intervinientes en el documento privado no coinciden con los del documento público, pues en éste no aparece ATB, que puede considerarse el deudor

dos en los que se hacía constar que la sociedad anónima ATB debía a CADES la suma de 23.518.564 pts., para cuyo pago la primera aceptaba a la segunda veintidós cambiales por importe cada una de 843.526 pts., y otras veintidós por el de 225.499 pts., con vencimiento los días 10 y 25 de los meses de enero de 1992 a diciembre de 1992, con excepción del mes de agosto de 1992. Se declaró que “en garantía del pago de dichas cambiales” se había otorgado la escritura de compraventa, y se establecieron las condiciones a cumplir por los actores para ejercitar el pacto de retroventa, de la que interesa destacar: que se hubiesen hecho efectivas a sus respectivos vencimientos las cambiales aceptadas por la entidad deudora, de la cual era administrador Don José, y además que las letras endosadas por esta última como pago de suministros efectuados, de terceras personas, hayan sido satisfechas también a su vencimiento, por lo cual no existía deuda alguna pendiente; y al objeto del cumplimiento de lo pactado, la entidad acreedora se obligó a suministrar a los recurrentes un resumen mensual de los efectos entregados por la deudora para el descuento bancario y el resultado de la gestión de cobro.

Las letras aceptadas por ATB no fueron pagadas a su vencimiento.

Don José y D.^a Juana, con fecha 12 enero 1993, requirieron a CADES para que les comunicase el importe de los gastos necesarios y útiles hechos en la casa que transmitieron, al objeto de ejercitar el pacto de retroventa, aclarando que “todo ello sin que el ejercicio de este derecho implique una renuncia a la interposición de la correspondiente demanda judicial solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha 4 noviembre 1991”, además los actores expresamente afirmaban que “el ejercicio de este derecho se realizaba *ad cautelam* para el supuesto de que no se estimara la demanda judicial solicitando la nulidad de la escritura pública”. A este requerimiento notarial respondió la requerida, alegando que no se habían cumplido las condiciones establecidas en el documento privado, pero que no tenía inconveniente alguno en que se ejercitase la retroventa, si en el momento del otorgamiento de la escritura pública hacían efectiva los actores la cantidad de 23.500.000 pts., precio de la venta; la suma de 1.546.999 pts., importe de los gastos a su cargo, y la cantidad de 162.593 pts., importe del Impuesto de Bienes Inmuebles de 1987 a 1991, ambos inclusive, pagados por la entidad compradora por descubierto de los propietarios vendedores; agregaba la contestación: “El ejercicio de tal acción con el pago de estas cantidades, no significa otra cosa que la recuperación de la finca vendida y disminuir el importe de la deuda que tiene contraída con nosotros la sociedad ATB, objeto de aquel documento complementario” (2); por último, se aprove-

principal y, sin embargo, no asume obligaciones accesorias de garantía en el documento público. Sin embargo, en el documento privado dicho deudor principal sí que asume nuevas obligaciones, tales como la firma de letras de cambio (que no se atenderán a su vencimiento). La circunstancia es debidamente destacada por el TS, y ello le sirve para sentar una doctrina novedosa, a saber, que el párrafo final del artículo 1.857 C.c. es también aplicable a las garantías atípicas. En realidad don José es administrador de ATB.

(2) Me parece importante esta manifestación de la empresa acreedora, ya que la redondeada suma de 23 millones y medio de pts. completada con determinados gastos, se dice que *disminuye el importe de la deuda*, lo que hace pensar que las relaciones comerciales entre

chaba la contestación para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.565.3 LEC 1881, pues los actores, no obstante la transmisión de la casa, continuaban por tolerancia como precaristas.

Ante el JPI n.º 43 de Barcelona Don José y D.^a Juana solicitaron la nulidad de la escritura de compraventa de 4 noviembre 1991, que fue desestimada por s. de 27 octubre 1994. Recurrida en apelación, la sección 14 de la AP de Barcelona la confirmó íntegramente por s. de 17 febrero 1996, desestimando igualmente aquel recurso.

El motivo único del recurso de casación se ampara en el artículo 1.692-4.º LEC, denunciando la infracción de los artículos 1.859, 1.884 y 1.255 C.c., y la doctrina jurisprudencial sentada en ssTS de 19 mayo 1982 y 22 diciembre 1988. En su fundamentación se sostiene en esencia que la voluntad de las partes plasmada en la escritura de venta de 4 noviembre 1991 no fue la de comprar y vender, sino la de garantizar el pago por la empresa ATB de su deuda con CADES, pero que en caso de incumplimiento no puede hacerse dueña esta última de lo transmitido pues sólo tiene facultades de garantía sobre la cosa; nuestro ordenamiento rechaza toda construcción jurídica por la que el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía; tales pactos no son admisibles al amparo del artículo 1.255 C.c. y entraría en el ámbito del fraude de la ley del artículo 6.4.º C.c.

El TS en s. de 16 abril 2001, de la que ha sido ponente GULLÓN BALLESTEROS, *estima el recurso* y declara:

1.º La nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada por los actores como vendedores en favor de CADES como compradora, de fecha 14 (**) noviembre 1991.

2.º La validez de la transmisión de la propiedad en garantía del pago de lo debido por ATB a CADES oculta en aquella escritura, por lo que la segunda no está obligada a retransmitir el dominio a los actores hasta que no se haya satisfecho su crédito contra ATB fijado en los términos del documento privado de 14 (**) noviembre 1991.

3.º La nulidad del pacto de retroventa concertado en la susodicha escritura pública y desarrollado en su ejecución en el documento privado, ambos de fecha 14 (**) noviembre 1991.

4.º La cancelación en el Registro de la Propiedad del antedicho pacto de retroventa.

Como más adelante se expondrá en detalle, y la propia s. reconoce expresamente en el FD 4.º, la estimación del recurso sólo puede considerarse parcial.

Doctrina jurisprudencial. La estimación del recurso de casación, cuando en ambas instancias la demanda había sido íntegramente desestimada, obliga a pres-

ambas empresas se habían desarrollado de modo continuado (e, incluso, parece que siguen continuando después de suscribir la escritura pública y el documento privado), lo que revelaba cierto ambiente de buena fe.

(**) Ver al comienzo nota (*).

tar atención a los argumentos que utiliza el TS, contenidos sustancialmente en el FD 3.º, cuyo interés doctrinal aconseja reproducirlo íntegramente:

La respuesta casacional que ha de darse al único motivo del recurso ha de partir de la constante y reiterada doctrina de esta Sala de que la interpretación de los contratos es materia reservada a la instancia, sólo revisable en casación cuando es ilógica o arbitraria o vulneradora de preceptos legales. Los recurrentes no señalan como infringidos ningún precepto relativo a la interpretación de los contratos que contiene el Código civil, sino que la calificación de la instancia implica infracción de la norma represiva del fraude de ley (art. 6.º4 C.c.); aquí son presuntamente vulneradas las normas que prohíben el pacto comisario en los contratos de garantía.

Dado que el citado artículo 6.º4 C.c. es una norma que obliga a la represión del fraude a otra de carácter imperativo para que la eficacia de lo ordenado por el legislador se consiga, y dado también que la prohibición del pacto comisario (arts. 1.859 y 1.884 C.c.) es imperativo y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en la que están involucrados no sólo los intereses del deudor sino de sus acreedores, dados, pues, estos presupuestos, esta Sala se ve obligada a examinar si la escritura pública de compraventa cuya nulidad se solicita en la demanda constituye un fraude a la ley prohibitiva del pacto comisario.

Es evidente que los actores transmitieron a la demandada la propiedad de la cosa en garantía de la obligación de pago asumida por ATB. No hubo compra por la demandada ni se ha demostrado lo más mínimo el pago del precio que se confesó recibido por los vendedores. Hasta tal punto ello es así, que la retroventa no se podía pedir por los vendedores si ATB no satisfacía sus obligaciones de pago, y si lo hacía, no tendrían más que reembolsar los gastos necesarios y útiles, no el precio (inexistente) de la venta. Ese precio era aquel pago de lo debido, no los 23.500.000 pts., además. En definitiva, lo que realizaron las partes fue el típico negocio de transmisión de propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación de una compraventa simulada, que la jurisprudencia de esta Sala ha conocido ya en bastantes ocasiones (ss. 2 junio 1982, 12 y 25 febrero y 8 marzo 1988, 7 marzo 1990, 13 marzo 1995 y 15 junio 1999, entre otras). Las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica, llamada también venta en garantía, en la doctrina jurisprudencial pueden resumirse así:

1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia cum creditore. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

2.º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa

de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

3.º El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o venta en garantía es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una venta simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no puede pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la venta en garantía como un negocio en fraude de la ley (art. 6.º 4 C.c.).

El caso litigioso presenta las siguientes particularidades; es un tercero (los actores) quienes lo conciertan con el acreedor (CADES) para garantizar no una deuda propia, sino de otro deudor (ATB); se ha instrumentado la operación a través de una compraventa con pacto de retro, lo que permite al acreedor hacerse dueño de la casa transmitida si no se le paga la deuda en el tiempo señalado para el ejercicio del retracto. No es el pago un presupuesto para el ejercicio de la retroventa para el cual habría de satisfacerse la cantidad suplementaria de 23.500.000 pts. No la han configurado las partes así por elemental lógica; los actores hubieran satisfecho la deuda de ATB directamente, sin necesidad de rodeos complicados jurídicamente.

En cuanto a la primera particularidad no hay ningún problema. De la misma forma que un tercero puede garantizar una deuda ajena por medio de las figuras típicas de garantías reales (art. 1.857, pár. último, C.c.) no hay razón para impedir que se consiga el mismo resultado (garantía) mediante negocios indirectos, siempre que no adolezcan de causa ilícita. Es a la autonomía de la voluntad de las partes a la que corresponde elegir entre las formas jurídicas más aptas para la satisfacción de sus intereses.

Distinto ha de ser el juicio sobre la instrumentación jurídica de la operación. Atendiendo sin más a la literalidad de la escritura pública y documento privado coetáneo (...) lo que las partes han pactado no es sólo una transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada. En definitiva, se pretende conseguir así el resultado que no permite la ley mediante la prohibición del pacto comisorio. Al mismo tiempo, se traspasan los límites que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido para la eficacia jurídica de la propiedad en garantía.

La referida prohibición del pacto comisorio no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persiguen fines de garantía. De lo contrario, el principio de la autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1.255 C.c. permitiría la creación de negocios en fraude de ley. Se tendría entonces, una vez descubierto el fraude, que aplicar la prohibición tratada de eludir, previa nulidad de las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquéllas (art. 6º.4 C.c.).

Finalmente, en el FD 4.º se explica el *sentido del fallo* estimatorio parcialmente del recurso:

Por las razones que han conducido a la casación de la sentencia recurrida, expuestas en párrafos anteriores, debe estimarse parcialmente la demanda, en cuanto que la escritura pública de venta de 4 (*) noviembre 1991 es absolutamente nula como tal compraventa por simulación, pero válida por lo que respecta al negocio de transmisión de la propiedad en garantía del cumplimiento de deuda ajena. Sin embargo, la sociedad demandada no está obligada a retransmitir la propiedad de la casa objeto de este litigio a los actores hasta que no se le haya satisfecho el importe de la deuda que ATB tenga contraída con ella en los términos fijados en el documento privado de 14 noviembre 1991. También ha de declararse la nulidad absoluta del pacto de retroventa a favor de los actores contenido en la escritura pública de la misma fecha, y su cancelación registral correspondiente.**

Las costas en las instancias y en este recurso no se imponen a ninguna de las partes (art. 1.715.2 LEC).

II. Comentario

Análisis de las cuestiones doctrinales más importantes.

Resulta obvio que en una s. de la Sala 1.ª, estimatoria del recurso de casación, siempre merece que se preste atención a su *ratio decidendi*. En el presente caso se da, además, la circunstancia de que las ss. de instancia fueron unánimes en rechazar la demanda interpuesta por los ahora recurrentes. Hay, parece, un claro propósito, por parte de la Sala 1.ª, de afirmar una doctrina que, por añadidura, suscribe el Magistrado Ponente Sr. GULLÓN BALLESTEROS, cuyo prestigio judicial y científico es de todos conocido. Por mi parte añado que la lectura de esta resolución no defraudará a quien busca algo más que una protocolaria desestimación de los

(***) Ver al comienzo nota (*).

recursos por defectos formales, o, lo que resulta menos gratificante todavía, cuando en las ss. se invoca una consabida doctrina repetitiva que aparece escasamente convincente. Pero afortunadamente aquí no concurren ninguna de las circunstancias últimamente mencionadas.

Me parece que la herramienta jurídica que aparece utilizada decisivamente –aunque resulta implícita, por no aludirse a ella de modo expreso– es la doctrina de la *conversión del negocio jurídico*. Sí, en cambio, hay frecuentes referencias a las categorías del negocio simulado, indirecto, en fraude de ley, fiduciario, etc.; que no siempre se definen con precisión, pues se dan por conocidas, y precisamente ocurre ello en un momento histórico en el que la doctrina del negocio jurídico se encuentra en regresión en algunos países europeos, y cuando los nuevos Planes de Estudio de nuestras Facultades de Derecho, al reducir la materia civil, sacrifican el estudio pormenorizado de aquélla –cuando no la omiten del todo–, al desaparecer la clásica *Allgemeine Teil* cuyos benéficos efectos para el estudiante nunca serán suficientemente ponderados. No resulta catastrofista predecir que, en adelante, los alumnos que sigan los nuevos Planes en nuestras Facultades de Derecho, no podrán –por ejemplo– entender la s. que comento. Resolución, por tanto, de elevado contenido doctrinal y de indudable finalidad propedéutica, que se completa, además –junto a una evidente revalorización de la significación e importancia de la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía en general–, con la no escasa cuantía de los intereses del juego (el principal de la deuda, con las salvedades hechas, estaba representado inicialmente por la suma de veintitrés millones y medio de pts.). Secundariamente cabría resaltar que esta s. podría venir a certificar la defunción del pacto de retro con finalidad de garantía, y a completar la regulación de la figura ascendente de las garantías atípicas en el caso de prestarlas un tercero.

La conversión del negocio querido por las partes. En este proceso, puede hablarse *prima facie* de una victoria del matrimonio recurrente, pero una vez que se analiza el fallo, no puede menos de calificarse aquélla de *pírrica* pues apenas si han logrado el propósito de sustraer la finca de su propiedad a las vicisitudes de la deuda que inicialmente trataban de garantizar, es decir, la que ATB mantenía con la empresa CADES. Se pedía por los vendedores la nulidad de la compraventa con pacto de retro (con lo que trataban de desligarse de la asumida obligación garantizadora), y la Sala 1.^a accede a ello por darse en el caso violación de la prohibición del pacto comisorio, que es de orden público en nuestro ordenamiento. Pero, simultáneamente, se declara la validez de un negocio de *venta en garantía* que la Sala considera existente, aplicando para ello la constante y reiterada doctrina según la cual la interpretación de los con-

tratos es materia reservada a la instancia, revisable en casación cuando se vulneren las reglas imperativas, como en este caso las que prohíben el pacto comisorio en los contratos de garantía. Solución que, es posible, tampoco satisfaga del todo a los recurridos, quienes contarían ya con la plena propiedad del inmueble transmitido. Argumentación, en cierto modo, sorprendente, y, decisión de alguna manera, inesperada (3), ya que la Sala 1.^a parece aplicarla *ex officio*, pues del texto literal de la s. resulta que los recurridos se limitaron a oponerse formalmente al recurso, dada, por lo demás, la buena apariencia que el recurso ofrecía para sus intereses (el porcentaje de sentencias estimatorias en casación anulando dos sentencias concordes en instancia resulta muy reducido); solución casacional, sin duda, ingeniosa y no exenta de audacia. Probablemente porque se han estimado más dignos de protección los intereses de la empresa recurrida y demandada, que resulta, a la postre, ser la triunfadora final en la litis, que los de los actores, garantes de deuda ajena, que, en determinado momento, se arrepienten de su conducta y tratan de deshacer lo hecho.

La figura de la conversión del negocio fue tempranamente tratada entre nosotros, por DE LOS MOZOS, quien destacó certeramente una de sus notas diferenciales respecto a otras figuras sanatorias de la nulidad, pues consiste en que un negocio nulo se salva de la nulidad convirtiéndose en otro distinto que sustituye al primero en la medida de lo posible, salvaguardándose el fin perseguido por las partes (4), siendo definitivamente incorporada al acervo de la doctrina española por DE CASTRO, quien puso de relieve que representa un efecto de la interpretación y calificación correcta del negocio, gracias a lo que se evita su nulidad; aquéllas habrán de hacerse atendiendo a la verdadera naturaleza de lo que se haga o pretenda, y resultará posible siempre que el medio utilizado no imprima carácter ilegal a todo lo hecho; la conversión permite evitar el estigma de la nulidad cuando el fin práctico pretendido puede merecer el

(3) En el recurso se invoca, de modo destacado, la doctrina contenida en las ssTS de 19 mayo 1982 y 22 diciembre 1988, que aunque ofrecen una cierta analogía, sólo parcialmente coinciden con el caso aquí contemplado, y cuya doctrina la s. aquí comentada no menciona. En la primera (Pte. SERENA VELLOSO) se califica de *fiducia cum creditore* el negocio en virtud del cual se transmite la propiedad de una finca cuyo valor resulta desproporcionado con la cuantía del préstamo realizado, cuyo importe, por lo demás, se invirtió en mejorar la finca vendida; el recurso interpuesto por la prestamista y compradora se rechaza por exceder de la fiducia pactada. En la segunda (Pte. MARTÍN GRANIZO) también se invoca la *fiducia cum creditore* para estimar parcialmente el recurso, destacando que en garantía de un préstamo de 51 millones de pts. se ofrecen cuarenta apartamentos y tres locales de negocio, lo que autoriza la prohibición del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo; también, a modo de refuerzo, se alega la prohibición del pacto comisorio, con lo que el parecido con el caso contemplado resulta algo mayor.

(4) DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio jurídico* (Barcelona, 1959), p. 9.

amparo legal; concluyendo dicho autor que la figura de la conversión es remedio *in extremis* de situaciones anómalas, pues supone forzar el funcionamiento normal de la autonomía de la voluntad e imponer una regulación distinta, o contraria, a lo que aparezca como querido, lo que supone tarea delicada y difícil, que requiere máxima prudencia (5). La doctrina posterior suele reiterar las ideas castrianas (6), aunque conviene recoger la certera observación de que el término *conversión del negocio* no es del todo exacto, ya que no ocurre que un negocio que primero era inválido se convierta luego, en virtud de acontecimiento posterior, en uno distinto, sino que desde el principio se le enjuicia no según la calificación *directa* que merecía –de acuerdo con lo cual sería inválido–, sino según la calificación corregida (*correcta*) que le salva de la invalidez a cambio de producir efectos algo distintos, en general más limitados o más débiles (7). Aunque no faltan, en la actual doctrina, opiniones críticas y, en el fondo, escépticas (8).

He calificado de *audaz* la construcción jurídica en que se apoya esta s. En efecto, dando por supuesto que no se trata de una categoría general derivada de la ley, sino, a lo sumo, doctrinal y jurisprudencial, y aunque mayoritariamente se la acepta en general, sin embargo, en la casuística relativamente abundante que menciona la doctrina, en ella no aparece ningún supuesto análogo o similar al aquí contemplado (9).

(5) DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967), pp. 486 y ss., espec. pp. 489 y ss.

(6) Así Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I (Madrid, 1981), pp. 603 y s. Alguna mayor amplitud de tratamiento en Díez-PICAZO, *Fundamento del Derecho civil patrimonial* I, 5.ª ed. (Madrid, 1996), pp. 484 y ss.

Un tratamiento con cierta originalidad puede encontrarse en ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2.º (Barcelona, 1983), pp. 456 y ss. Además de recordar el ejemplo de los Códigos que regulan la figura (§ 140 BGB, art. 1.424 C.c.it. de 1942, y art. 293 C.c.port. de 1966), comienza impugnando el supuesto fundamento de la conversión en el principio de conservación del negocio, en cuanto que la conservación sería *el permanecer* del negocio, mientras que la conversión es *el cambiar* del mismo, de suerte que no se conservan ni salva éste, sino que se conservan los elementos existentes para, haciendo con ellos un negocio distinto, *salvar* el fin propuesto y los efectos que con aquél perseguía la voluntad negocial. Hay *favor voluntatis*, y no *favor negotii*.

(7) LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho civil*, I-3.ª (revisada y puesta al día por Delgado Echeverría) (Madrid, 2000), p. 267.

(8) Así LASARTE, *Principios de Derecho civil*, I, (Madrid, 1993), p. 487, alude a una cierta actitud de mera simetría con la confirmación del negocio como origen de la conversión, y advierte que “generalizar la figura de la conversión en nuestro Derecho resulta tarea ardua, ya que el Código civil no la considera posible, por mucho que se pretenda ampliar el principio de conservación del negocio jurídico. En supuestos concretos, la tarea interpretativa resultará igualmente difícil; ya que, además de concurrir en el negocio jurídico nulo los requisitos y contenido del negocio jurídico válido al que se reconvierte, no parece razonable propugnar la conversión del negocio jurídico sin tener en cuenta la voluntad (y, en su caso, la intención común) de las personas en él interesadas”.

(9) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490 nota 72; ALBALADEJO, *op. et vol. cit.*, pp. 458 y s. Sobre todo, el minucioso tratamiento que al tema dedicó DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 146-155.

Observa DE LOS MOZOS (10), y le sigue la doctrina posterior que admite esta categoría, que son dos los requisitos necesarios para que se opere la conversión, el *objetivo*, constituido por la existencia en el negocio nulo de los requisitos esenciales y formales del negocio que le va a sustituir; y el *subjetivo*, que no es otro que el *intento práctico* de las partes. ¿Se dan ambos en el presente caso? No caben serias dudas sobre la existencia del primero, pues la s. comentada hace una minuciosa y convincente reconstrucción de la figura de la *venta en garantía* (11), y su aplicación al presente caso, si bien, como ya he advertido, no llega a utilizar el término de *conversión*. En el presente caso, cabe conjeturar que los respectivos asesores de cada una de las partes, si existieron en la realidad, sólo estaban impuestos en las prácticas contractuales antiguas que giraban en torno al uso del retracto convencional como forma de garantía, sin caer, acaso, en la cuenta de los riesgos que eventualmente acechaban a los vendedores. La apreciación y valoración del elemento subjetivo puede, no obstante, suscitar algunos problemas.

La "intentio práctica" de las partes.

No me parece necesario, ni conveniente, requerir para la conversión del negocio la voluntad y, en su caso, la intención común de las personas en él interesadas, como sostiene algún autor (12). Si con ello quiere decirse que las partes deben querer expresamente el negocio en definitiva convalidado, la conversión sobra (podría haber, según los casos, una novación o reconstrucción del negocio). Como aclara ALBALADEJO (13), esa voluntad es meramente *hipotética* (o si se quiere, para rendir tributo a un término de moda: *virtual*), y no puede ser una voluntad *realmente existente* que quiera el segundo negocio para el caso de que sea nulo el primero; en principio, la voluntad hipotética deberá admitirse cuando—sin ningún dato del que se siga su exclusión— el fin práctico y los efectos perseguidos se consiguen de forma *fundamentalmente igual* a través del negocio en el que se convierte el nulo, que se habrían conseguido a través de éste; incluso, siendo semejantes, aunque sean más débiles o menores a los que se hubiesen obtenido con el nulo; concluye ALBALADEJO que a las partes lo que les importa es el *fin práctico* y no el medio jurídico utilizado. En el presente caso parece darse esta voluntad hipotética.

(10) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 89.

(11) Sobre la cual (*sic*) el excelente estudio de VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal* (Madrid, 1990).

(12) LASARTE, *op. et vol. cit.*, p. 487.

(13) ALBALADEJO, *op. tomo y vol. citados*, p. 457.

En efecto, ATB es una sociedad deudora de CADES, dándose una situación no meramente transitoria u ocasional, sino con visos de cierta permanencia. El matrimonio formado por Don José y D.^a Juana –interesados, asimismo, en la empresa ATB, como se ha dicho– se ofrecen a realizar una venta con pacto de retro sobre finca de su propiedad fijando en dos años el plazo de ejercicio del retracto. Se supone que confiaban en que en dicho periodo de tiempo la empresa deudora podía salir de su mala situación financiera, previsiones que, sin embargo, no se cumplieron. Antes de vencer el plazo contractual de dos años, los vendedores inician gestiones encaminadas a ejercer el retracto en tiempo y forma, al tiempo que se reservan la acción de impugnación de la venta con pacto de retro. A mi juicio este es el momento-clave en el que los actores dan unilateralmente un nuevo giro a sus relaciones con la entidad acreedora; de su posición de *garantes* atípicos aspiran a convertirse en terceros ajenos a la deuda. Su invocación de la prohibición del pacto comisario es conforme al ordenamiento, y por ello es estimada y se declara la nulidad de la venta con pacto de retro articulado en escritura pública y en el documento privado complementario de la misma fecha. Pero aquí interviene la eficacia creadora de la conversión y, cual ave fénix, de las cenizas del maltrecho pacto de retroventa, surge una venta en garantía, dotada de todos sus requisitos esenciales.

En mi opinión, en el momento del otorgamiento de la venta con pacto de retro, el 4 noviembre 1991, tal interpretación jurisprudencial se acomodaba bien con el intento entonces perseguido por las partes, debiendo observarse que Don José era administrador de la empresa deudora, por lo que resulta evidente su interés en que ésta salga de sus dificultades financieras, y asimismo es clara la conveniencia para la entidad acreedora de ampliar los patrimonios responsables de la deuda. Sin embargo, no se aportan datos que expliquen el cambio de actitud del matrimonio actor, si bien resulta motivo suficiente el temor de perder definitivamente la finca vendida con pacto de retro. Pero aquí se impone otra reflexión.

¿El ocaso de las ventas con pacto de retro como negocio atípico de garantía?

La vieja figura romana del *pactum de retrovendendo* ha atravesado, a lo largo de la historia, situaciones económico-sociales de signo diverso y aun contradictorio, habiendo superado hasta este momento no pocos obstáculos, aun a riesgo de desvirtuarse su naturaleza. A la vista de su tipificación generalizada en los Códigos civiles, si se le considera en estado puro, nadie pone en duda la validez del pacto que, en uso de la auto-

nomía contractual, aceptan los contratantes por virtud del cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida, abonando el precio que recibió y determinados gastos que la ley fija. Cabe preguntarse por la frecuencia de tales pactos en aquéllas circunstancias, es decir, ajeno a todo otro intento práctico perseguido por los contratantes. Además, la doctrina suele preocuparse inmediatamente por los efectos de un negocio fiduciario o simulado que con frecuencia, suele detectarse al pactar este tipo de compraventas (14). En el presente caso se argumenta sencillamente en la s. comentada que, instrumentada la operación a través de una compraventa con pacto de retro, ello permite al acreedor hacerse dueño de la cosa transmitida si no se le paga la deuda en el tiempo señalado para el ejercicio del retracto, lo que supone la adquisición de la cosa vendida si se impaga la deuda garantizada. En definitiva, se pretende conseguir así el resultado que no permite la ley mediante la prohibición del pacto comisorio. Añado por mi cuenta que si dicho resultado se puede producir legalmente en cualquier compraventa con pacto de retro, ¿habrá que considerarlas, en adelante, incursas en la indicada prohibición? De ser afirmativa la respuesta, pienso que se habrá asestado un golpe definitivo a la supervivencia de la vieja figura.

De nuevo sobre la conversión en relación con la prohibición del pacto comisorio.

La conservación del negocio viene a ser un paliativo de la doctrina de las nulidades; en el punto de partida de aquélla se encuentra siempre un negocio *lato sensu* declarado nulo. Ahora bien, la doctrina analiza los casos de nulidad que pueden estar en el punto de arranque de la conversión. Se aceptan, sin problemas, los supuestos de anulabilidad o nulidad relativa, mientras se excluyen los casos de inexistencia (si se admite esta categoría de ineficacia). En cuanto a las nulidades absolutas, se aceptan sin dificultad las debidas a inobservancia de la forma imperativamente exigida. Pero en el presente caso parece que concurre un grado de mayor intensidad anulatoria, pues la s. declara que la prohibición del pacto comisorio, contenida en los artículos 1.859 y 1.884 C.c., es imperativa y *de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en los que están involucrados no sólo los intereses del deudor sino de sus acreedores*. Resulta curiosa la aproximación que hace DE CASTRO (15) entre la conservación del negocio y el negocio en fraude de la ley: “uno y otro —dice— son instrumentos de la técnica jurídica, útiles para

(14) Véase RUBIO TORRANO, *El pacto de retroventa* (Madrid, 1990), esp. pp. 155 y ss.

(15) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490.

adecuar la eficacia de las normas imperativas a las situaciones imprevisas por las leyes, y ambos lo hacen valorando el fin práctico del negocio empleado para conseguirlo". En la s. se invoca el artículo 6º.4 C.c. como norma que obliga a la represión del fraude operado respecto de una norma imperativa; en el presente caso, la prohibición del pacto comisorio; simultáneamente a la venta con pacto de retro escriturada, el contrato se transforma, se convierte, en venta en garantía. Pero si se ha producido violación del orden público, algunos autores se muestran contrarios a la conversión (16), doctrina que si la aplicamos al caso aquí resuelto, obligaría a pronunciarse sobre la improcedencia de la conversión acordada. Ahora bien, sea de ello lo que fuere, y adóptese una u otra postura, resulta indudable que la presente s. ha revalorizado en cierto modo, el principio de la prohibición del pacto comisorio, hasta ahora en posición que podría calificarse, en cierto modo, de secundaria (17). Resulta significativo reproducir aquí el 18.º FD de la STS de 22 diciembre 1988:

"Este repudio (del pacto comisorio), obedece a la consideración de que en aquellos casos en que, como el aquí contemplado, la causa eficiente de la garantía consistente en la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable: a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza; b) Porque en el C.c. existe una concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el art. 1.859 se refiere (hipoteca y prenda); c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admitía, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto pueda extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala, extensión que puede apoyarse perfectamente para casos como el presente (de mutuo), por virtud de la aplicación analógica del referido precepto y a tenor de lo dispuesto en el art. 4.1 C.c."

Puede hablarse así de un *salto cualitativo* el realizado por la Sala 1.^a en relación con el pacto comisorio, pues de una tímida defensa de su vigencia se pasa a considerarse tal prohibición de orden público y de carácter imperativo, con virtualidad de aniquilar jurídicamente la eficacia de una venta con pacto de retro.

(16) Así DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 127.

(17) Véanse las interesantes consideraciones, con apoyo en la doctrina italiana, que hace sobre el tema VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE MAYO DE 1999 (en torno a la posible discriminación de un padre)

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogado. Doctora en Derecho.

Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

Doctora en Historia del Arte

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 1999, recaída en procedimiento de divorcio y nulidad matrimonial, es sumamente interesante por lo que respecta a la problemática de una posible discriminación por razón del sexo del padre, al habérsele atribuido la guarda y custodia de las hijas a la madre, “cuando no se ha apreciado ninguna situación extraña que hiciera necesario alterar el sentido normal de las cosas, máxime cuando de la pericia resulta que la madre es más idónea y adecuada que el padre para ostentar la custodia de las hijas”.

COMENTARIO A LA SENTENCIA

El artículo 14 de nuestra Constitución consagra el principio de igualdad ante la Ley, dentro del Capítulo Segundo “Derechos y libertades”, del Título 1, “De los derechos y deberes fundamentales”.

Este precepto constitucional ha sido interpretado en el sentido de que intenta establecer la llamada igualdad formal ante la Ley, pues será el

legislador, *a posteriori*, el que matizará y fijará, ya de una manera concreta y específica, los parámetros de ese principio de la Carta Magna. Dispone el mencionado precepto que *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*.

Otros preceptos de la Constitución aluden a este principio de igualdad. Así, el artículo 9.2 expresa que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*.

Si me detengo ya en la Sentencia que va a ser objeto de análisis, es imprescindible transcribir su Fundamento de Derecho Primero: Doña A.M.C.F. promovió Juicio declarativo de menor cuantía contra Don A.E.E.C., sobre patria potestad, guarda y custodia y alimentos respecto a las menores D. e I.E.C., cuyas pretensiones se basaban en las siguientes alegaciones fácticas: La actora y el demandado convivieron maritalmente durante unos ocho años, y fruto de la misma fue el nacimiento de las hijas mencionadas, en 30 de julio de 1985 y 25 de enero de 1989, respectivamente. Las desavenencias producidas por la conducta del demandado obligaron a la actora a formular demanda sobre patria potestad y guarda y custodia de las menores, que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia número tres de Betanzos, auto 145/1991, pero en el trámite del procedimiento se llegó a un acuerdo en documento al que se denominó Convenio regular, de fecha 4 de septiembre de 1991, lo que originó que por Auto de 2 de octubre siguiente se tuviese a las partes por transigidas y finalizado aquél. Desde la firma del convenio fue el demandado quien exclusivamente tuvo a las hijas, entorpeciendo la buena relación con la madre, tratando de alejarlas de ella e indisponiéndolas contra la misma, con lo que se obliga a la actora a mudarse a La Coruña a la casa de sus padres, cuya circunstancia es aprovechada por el demandado para crear en las hijas una situación de abierto enfrentamiento con la madre. La actora presentó escrito al Juzgado en 16 de enero de 1992, solicitando el traslado de las hijas a La Coruña, petición desestimada en auto del siguiente día al no seguirse el procedimiento adecuado. A la vista del reiterado incumplimiento de los acuerdos a que había llegado, la actora comparece ante el Juzgado número tres el 4 de abril de 1992, y tras una primera comparecencia de las partes, se celebra otra el 1 de septiembre, resolviendo el Juzgado por auto de 12 de septiembre, en el que otorga la guarda y custodia a la actora, señalando para el demandado un régimen de visitas, y contra esa resolución se interpuso recurso de apelación por

el demandado y se intenta lograr una solución amistosa llegándose a un acuerdo en 19 de octubre de 1992, en el que las partes se comprometen a desistir del recurso y momentáneamente las hijas quedarán bajo la guarda y custodia del padre, concediéndose a la madre un régimen de visitas, mientras no se verificaran informes psicológicos de los padres y las hijas, pero las condiciones recogidas en la transacción de 19 de octubre no se han podido llevar a efecto por la conducta del demandado. Las pretensiones ejercitadas fueron estimadas por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Betanzos en Sentencia de 19 de julio de 1993, en los sentidos siguientes: Declarando que la guarda y custodia de las hijas menores debe ser encomendada a su madre, como ya se hizo por el Juzgado de igual clase número tres en auto de 12 de septiembre de 1992, la que deberá ir acompañada de un seguimiento psicológico de las menores por el Centro Institucional más próximo a su domicilio, sin que haya lugar a privar de la patria potestad al padre, si bien reconociéndole el derecho para visitar y comunicarse con sus hijas en la forma y modo que estableció la mencionada resolución, en concreto, el padre podrá tener en su compañía y visitar a sus hijas los fines de semana alternos, desde las veinte horas del viernes hasta las veintidós del domingo, recogiendo y reintegrando a las menores en el domicilio de su madre, y tenerlas consigo durante la mitad de los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, comenzando su disfrute el padre los años pares y la madre, los impares, debiendo comunicarse recíprocamente los litigantes su período de disfrute dentro de los dos primeros meses de cada año y durante los períodos vacacionales, el padre que los tenga en su compañía, deberá comunicar el lugar de disfrute de las vacaciones, no pudiéndose negar el derecho de visitas al padre, en términos razonables, en caso de enfermedad grave de las menores u otras circunstancias semejantes de carácter extraordinario, y la referida sentencia fue confirmada por la dictada, en 29 de julio de 1994, por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de La Coruña.

Fundamento de Derecho Segundo.— En el recurso de casación interpuesto por el señor E.C. se formula un único motivo amparado en el ordinal 4 del artículo 1.692 de la LEC y se invoca la infracción del artículo 159 del Código civil, en relación con el artículo 154 del mismo y artículos 14 y 32 de la Constitución Española, al fundamentarse el fallo en una supuesta preferencia de la madre sobre el padre para ejercer la guarda y custodia, en cuanto que se razona en la sentencia que *“... lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomiende a la madre, salvo que concurren circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno”*, pero el artículo 159 no establece distingo entre el pa-

dre y la madre, “... *el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad*”, en contra de la redacción anterior que establecía una presunción *iuris tantum* respecto a la madre.

Fundamento de Derecho Tercero.— Ciertamente los preceptos constitucionales, especialmente el artículo 14, consagran el principio contrario a cualquier discriminación por razón de sexo, entre otras, el cual, parece haber sido acogido en el artículo 159 del Código civil respecto a la decisión judicial de a qué progenitor se le encomendará el cuidado de los hijos menores de edad, estableciendo como única cortapisa a la decisión la relativa al *beneficio de los hijos*, siendo incuestionable que el juzgador conserva una libertad de criterio a tal fin, con lo que el control en casación de una decisión de semejante naturaleza es difícil de entender, a no ser que el resultado de la prueba practicada viniera a aconsejar lo contrario a lo resuelto por el juez.

Fundamento de Derecho Cuarto.— En el caso concreto que nos ocupa, no cabe tachar de ilógico e irrazonable el argumento hecho valer en la sentencia recurrida: “*Y tratándose en el presente caso de decidir a cuál de los dos padres ha de encomendarse la guarda y custodia de dos niñas de ocho y quince años de edad... lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomienda a la madre, salvo que concurren circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno*”, ni tacharla, tampoco, de discriminatorio por razón del sexo, especialmente, cuando el Tribunal *a quo* no sólo no apreció ninguna situación extraña que hiciese necesario alterar el sentido normal de las cosas, sino que puso de relieve que los informes periciales ponían de manifiesto que la madre, por su personalidad y carácter, es más idónea y adecuada que el padre para ostentar la custodia de las menores...

Todo convenio regulador debe contemplar, entre otros extremos, la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos, según el artículo 90 del Código civil vigente.

Expresaba, en nuestra doctrina, VÍCTOR REINA que un primer núcleo de incumplimientos culposos de las obligaciones familiares, tras pronunciarse Sentencia judicial, lo constituyen las que se refieren al régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no vive con ellos (1). Es el denominado “derecho de visitas”. Constituye, sin

(1) REINA, Víctor: *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Barcelona, 1984.

duda, un derecho fundamental de los hijos comunicarse normalmente con sus padres y un derecho-deber de cada progenitor para cumplir y nunca obstaculizar dicha función.

¿Qué sucede, como en la Sentencia que analizo, cuando se atribuyó, por virtud de Sentencia judicial, la custodia de las dos hijas menores de edad a la madre? ¿Puede apreciarse, en este supuesto, como en otros semejantes, una discriminación por razón de sexo en orden a la mencionada atribución de la custodia? ¿Se produce en este supuesto un trato discriminatorio para el padre? Y, en caso afirmativo, ¿son los jueces en nuestro país proclives a otorgar la custodia de los hijos menores de edad a la madre?

Para contestar a estas interrogantes, habría que comenzar analizando cuándo, efectivamente, puede afirmarse que se ha producido una desigualdad prohibida por nuestra Constitución. Para alegar esto, resulta obligada, como no podía ser menos, la atribución de la carga de la prueba, como ya expuse en otra ocasión (2), es decir, a quien alega la vulneración del derecho a la igualdad, corresponde aportar la prueba de la identidad sustancial del supuesto con otros iguales, tal como ya declaró el Auto del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 1985.

La igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos excluye los tratamientos discriminatorios de alguna categoría de ellos. En esta categoría, parece que podrían incluirse también los padres de familia, pues, sin duda, son una categoría de personas y susceptibles de sufrir algún tipo de discriminación.

En la presente Sentencia, el criterio o criterios seguidos para la atribución de la guarda y custodia de las hijas menores de edad a la madre se basó en unos informes periciales, de carácter psicológico, entre otros, que evidenciaron que la madre, por su personalidad y carácter, era más apta que el padre para ostentar dicha guarda y custodia.

En nuestro país, hasta el momento, parece claro que la situación normal, por lo que respecta a este tema, consiste en que los hijos e hijas menores de edad estén bajo la guarda y custodia de la madre, siempre y cuando no existan por medio circunstancias extrañas o anómalas, tales como enfermedad de la madre que impide el normal desenvolvimiento de estas funciones, o cuando la madre es alcohólica o drogadicta o lleva una vida en la que, por sus circunstancias económicas, no pueda atender a los gastos que conlleva la guarda y custodia de los pequeños.

(2) ROMERO COLOMA, Aurelia María: "El artículo 14 de la Constitución Española y su relevancia en el ámbito de la sucesión de títulos nobiliarios", en *Actualidad Administrativa*, Madrid, número 47, semana del 22 al 28 de diciembre de 1997.

No dándose esas y otras circunstancias semejantes y extrañas, parece evidente, hoy por hoy, que la guarda y custodia de hijas menores de edad será atribuida a la madre. Siguiendo este razonamiento, no parece que, en la actualidad, pueda prosperar un recurso por parte de los padres, fundándose en una posible discriminación. Hay que tener en cuenta que el valor constitucional de la igualdad en su versión de igualdad en la aplicación de la Ley protege, fundamentalmente, frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. Como declara la Sentencia 200/1990, del Tribunal Constitucional, “tan sólo hemos de proteger al ciudadano frente a las desigualdades de trato en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial cuando puedan calificarse de arbitrarias, irrazonables o que obedecen a un propósito discriminatorio”.

No parece que otorgar la guarda y custodia de las hijas menores de edad a su madre pueda calificarse de una actuación o aplicación de la Ley arbitraria, irrazonable o con deliberado fin discriminatorio. Es importante reseñar, llegados a este punto, que el artículo 159 del Código civil disponía que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”.

Estimo que este precepto, tal como ya expuse hace algunos años (3), ha tenido una gran influencia, un gran peso en la mentalidad judicial española y es que, a pesar de que el juez es libre de proveer de otro modo, es decir, de disponer que los hijos queden en compañía del padre o de la madre indistintamente, lo cierto es que, casi de manera automática, los hijos menores de siete años son asignados a la compañía de la madre y es obvio que en este hecho concurren circunstancias de carácter tradicional, pero también, sin duda, factores sociales y educacionales.

No obstante, hay que hacer notar que, en el supuesto que estoy analizando, las hijas eran ya mayores de siete años ambas, pues habían cumplido quince y ocho años respectivamente.

Por tanto, el criterio o los criterios en los que el juez se fundó para otorgar la guarda y custodia de las pequeñas a la madre y no al padre provinieron de un informe pericial, de carácter psicológico, que valoró a la madre, por su personalidad y carácter, como más idónea para tener a su lado a las hijas. Quizás, la edad de una de ellas, quince años, una edad, sin duda, difícil, compleja, delicada, en la que las niñas se han hecho mu-

(3) IDEM: *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Barcelona, 1990.

jeros, con todo lo que ello supone y conlleva por lo que respecta a cambios fisiológicos e incluso de carácter, propició la decisión del juez en el sentido de otorgar dicha custodia a su madre.

¿Puede hablarse de discriminación por razón de sexo y/o de circunstancia personal o familiar?

Desde mi punto de vista, estimo que no es factible hablar de discriminación y, por ende, de que se haya infringido, de alguna manera, el artículo 14 de nuestra Constitución, que consagra la igualdad formal. Estimo que no. Hay que tener en cuenta que, a situaciones diferentes, hay que ofrecer soluciones también diferentes, sin que ello suponga una suerte o clase de discriminación.

Hay que analizar, aunque sea someramente, unas cuestiones. En primer lugar, el desarrollo del denominado “juicio de razonabilidad” respecto de la igualdad o, si se prefiere, la determinación de cuándo resulta arbitrario; en segundo lugar, la especificación de los supuestos en los que hayan de llevarse a cabo tratamientos desigualitarios de carácter positivo, es decir, la promoción, a nivel normativo, de determinadas situaciones de hecho con el fin de que los destinatarios de las mismas sean colocados en una situación de igualdad real respecto de aquéllos con quienes deben ser comparados, y también la determinación de cuándo se producen “discriminaciones por igualación”, es decir, cuándo situaciones diferentes no pueden ser igualmente tratadas por el Ordenamiento Jurídico sin vulnerar lo dispuesto en el conjunto del Texto Constitucional, tal como ha puesto de manifiesto SANTAMARÍA BEAS (4).

Hay que entender, por tanto, que no toda discriminación –como sucede en el supuesto que estoy analizando– supone una vulneración del principio de igualdad, ya que hay que entender que pueden darse –de hecho, se dan– discriminaciones que no sólo no violan la Constitución, sino que, además vienen exigidas por ésta. El Alto Tribunal ha recurrido, en este sentido, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo las características que han de tener los tratamientos desigualitarios para no vulnerar el principio de igualdad: de un lado, han de tener una justificación objetiva y razonable, y, del otro, la determinación de tal justificación habrá de ser hecha precisamente conforme a los fines que persiga la norma en la que se prevea la desigualdad, de modo que exista una relación razonable de proporcionalidad entre dicha finalidad y los medios empleados.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 declaró que el legislador está legitimado para introducir tratamientos di-

(4) SANTAMARÍA BEAS, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1997.

ferenciados en las normas que elabora, considerando que tales diferencias no sólo no resultan contrarias al derecho del artículo 14 de la Constitución, sino que, además, tratan de realizar el principio del artículo 9.2, enmarcándose así en el sistema diseñado por el artículo 1.1 de la Constitución.

El Alto Tribunal partió del sentido mismo del principio de igualdad, llegando a la conclusión de que dicho principio no puede pretender que la igualdad sea absoluta ni que obligue a desarrollar un tratamiento igualitario respecto de cualquier circunstancia de hecho, sino que ha de ser entendido como un principio relativo, siendo lícito plantearse el reconocimiento o la existencia de algunas desigualdades que resultan lícitas conforme a la propia Norma Fundamental y, dado que resulta imposible establecer un listado cerrado de desigualdades que hayan de ser procuradas a través del mismo Ordenamiento Jurídico, habrán de presumirse legítimas las desigualdades que hayan sido establecidas por un órgano determinado, y ello en base a la especial legitimación que éste posee para el establecimiento de esos tratamientos no igualitarios.

A modo de síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional, en dicha Sentencia del 81 se reconoce que el Ordenamiento Jurídico tiene como fin el tratamiento igualitario de sus destinatarios y, al tiempo, el tratamiento diferenciado —es decir, no igualitario— de determinadas situaciones que lo merezcan. Y, abundando en ello, la determinación de las situaciones fácticas que merecen tratamiento jurídico diferenciado no es una decisión jurídica, sino extrajurídica, que debe ser llevada a cabo por el legislador ordinario contando con los límites impuestos por el legislador constitucional a través, en todo caso, del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y del principio de igualdad en sus diferentes positivaciones.

A la vista de las consideraciones expuestas, no es admisible sostener que, en la Sentencia que estoy analizando, de 22 de mayo de 1999, se haya producido un tratamiento discriminatorio prohibido expresamente por nuestra Constitución y que, de algún modo, haya beneficiado a la madre en orden a otorgarle la guarda y custodia de sus hijas menores de edad, en perjuicio del padre. El otorgamiento de la custodia a la madre está fundado en unos juicios, basados en criterios de razonabilidad y finalidad.

“Curso de Derecho Mercantil”, varios autores, ed. Civitas (dos tomos). Tomo I: 1.395 páginas, tomo II: 1.614 páginas.

Es oportuno dar noticia de la reciente publicación del *Curso de Derecho Mercantil*. Se trata de una obra colectiva encabezada por RODRIGO URÍA y AURELIO MENÉNDEZ con la colaboración de RICARDO ALONSO SOTO, IGNACIO ARROYO, EMILIO BELTRÁN, LUIS J. CORTÉS, JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, JUAN L. IGLESIAS PRADA, CÁNDIDO PAZ-ARES, ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ, ÁNGEL ROJO y MERCEDES VÉRGEZ.

Esta obra, que merece la máxima atención, ocupa un lugar muy destacado en el conjunto de la abundante producción de libros jurídicos.

Se compone de dos tomos. En el primero se tratan las materias referentes al “Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual. Derecho de Sociedades”. El segundo se dedica a “La Contratación Mercantil. Derecho de los Valores. Derecho concursal. Derecho de la Navegación”. De su publicación se ha encargado Editorial Civitas; el tomo I está fechado en 1999 y en 2001 el tomo II.

AURELIO MENÉNDEZ señala en el Prólogo que este “Curso” tiene su precedente en el “Derecho Mercantil” de RODRIGO URÍA, obra didáctica adornada de las virtudes de síntesis y claridad expositiva conservadas a lo largo de sus numerosas ediciones –ha llegado a la vigésimo sexta– en cada una de las cuales se iban incorporando los cambios profundos e ininterrumpidos experimentados por el Derecho mercantil contemporáneo.

El deseo de mantener vivo tanto el espíritu que presidió el “Derecho Mercantil” como la forma de “sentir el Derecho” que caracteriza a RODRIGO URÍA y a su obra, ha conducido a la confección de este “Curso” que tiene un carácter intermedio entre una labor de mera revisión y una seria reelaboración de aquella obra.

El *Curso de Derecho Mercantil* es un libro que contiene una exposición de la disciplina mercantil que sin dejar de ser esencialmente elemental reúne condiciones que permiten considerarla completa y sistemática.

La lectura de la obra, aunque no he podido realizarla con el reposo conveniente, me permite aseverar la certeza de la afirmación de AURELIO MENÉNDEZ cuando asegura que han pretendido comunicarle a la vez la lealtad hacia el Magisterio reci-

bido de RODRIGO URÍA y la esperanza en su utilidad para el trabajo en el futuro de quienes reciban la enseñanza del “Curso”.

Sería impertinente, por no decir que imposible en el marco de esta nota, el intento de comentar aspectos y méritos de cada uno de los concretos trabajos, que a modo de elegantes y sencillas monografías, presentan cada uno de los capítulos de la obra. Pero es obligado destacar el empleo, por los diversos autores que han participado en ella, de un método común a todos ellos que obedece a la preocupación pedagógica que presidió la labor de RODRIGO URÍA en la obra que es su precedente.

Cada capítulo va encabezado con la indicación de su autor, o de sus autores, y su texto va precedido del sumario de los epígrafes correspondientes a cada una de las facetas de la materia tratada. En cada epígrafe se expone la materia según la concepción de su autor, con detallado señalamiento de las normas legales y exposición de la doctrina jurisprudencial; la construcción gramatical usada se caracteriza por sus párrafos medidos y separados lo que permite a quien utilice el “Curso” como medio para una primera introducción en el estudio del Derecho mercantil seleccionar las partes más significativas y útiles a tal efecto y, además, su contenido proporciona base y apoyo para poder profundizar en el estudio y reflexión de la materia a quienes a otro nivel, la consulten para obtener criterios adecuados para ser usados en el ejercicio de profesiones jurídicas.

La exposición directa de la materia propia de cada capítulo, según la concepción que su autor considera síntesis de la doctrina más común o consolidada, hace que se prescinda de la exposición de las variadas, y más o menos contrapuestas, posiciones sostenidas por la “doctrina”, pero al final de cada capítulo se contiene una muy extensa, y completa, información bibliográfica de la que a buen seguro obtendrá el estudioso información suficiente para poder llegar al conocimiento de los puntos de vista de los distintos autores sobre las cuestiones que se han estudiado y completar el sentido de las diversas opiniones.

Me permito recomendar el uso del “Curso” tanto para la introducción en el estudio del Derecho mercantil como para trabajar en su profundización.

Valga esta recomendación como la expresión del más sincero agradecimiento a todos los partícipes en la confección de esta obra que resulta imprescindible para el buen conocimiento del Derecho mercantil.

Roberto Blanquer Uberos
Notario

“Mayores y Familia”, Instituto Universitario de la Familia, coord. S. Adroher Biosca, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, 457 pp.

Este volumen colectivo se suma al interés que tanto a nivel social como científico se está dispensando últimamente de forma especial a favor de las personas mayores. Su objetivo es contribuir al debate abierto y cada vez más urgente sobre los mayores en el actual contexto social.

Si el aumento de la longevidad está otorgando a la humanidad una nueva frontera, habrán de tenerse en cuenta las tendencias demográficas y los cambios de estructura de la población a fin de optimizar el desarrollo.

Estamos asistiendo a un proceso de envejecimiento de la población mundial que no tiene precedentes históricos. Nunca en la historia de la humanidad han existido tantas personas con un ciclo vital tan prolongado ni con una expectativa de vida tan larga. Alrededor del 2020 la población mundial en proceso de envejecimiento pasará el umbral de los 1.000 millones y en el 2025 alcanzará los 1.200 millones. Mayor es el aumento que se espera en el número de mayores de 80 años. Pero el incremento más importante de la población de edad en todo el mundo se producirá en los países en desarrollo, para el año 2025 se espera que más del 70 por 100 de las personas de edad habitarán en lo que hoy día se denomina el mundo en desarrollo.

Estas cifras han propiciado que se genere con rapidez una cultura en torno a la vejez. Los actuales datos demográficos no pueden por menos de sensibilizar también a la comunidad científica en relación con el estudio del mayor o del anciano.

El libro que ahora se comenta constituye por tanto una aportación más, que se caracteriza sobre todo por prestar especial atención a los aspectos sociales.

La obra se divide en cuatro grandes apartados: una perspectiva histórica, sociológica y de intervención; la vertiente jurídica, centrada en el internamiento de mayores y la importancia de los abuelos en los procesos de divorcio en Francia; la perspectiva psicológica; y en cuarto lugar, las claves éticas.

Es característico y casi obligatorio iniciar este tipo de estudios, como en éste se hace, con una referencia estadística de las tendencias demográficas y los cambios de estructura de la población. En este sentido España estaría entre los tres primeros países con mayor esperanza de vida del mundo. Al hilo de estas cuestiones J. N. FERNÁNDEZ MUÑOZ analiza las características de la evolución de nuestra sociedad y de

las políticas sociales en materia de mayores, el aumento del tipo de pensiones, la mejora del sistema sanitario y las políticas familiares.

El entorno familiar y el anciano en la familia vuelve a ser analizado por G. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que amplía los datos sobre las estructuras demográficas.

P. SERVAIS hace un estudio sociológico sobre las personas mayores y la familia en la Europa de los siglos XVI al XX, fijando los grandes datos demográficos del fenómeno del envejecimiento de las poblaciones europeas, para trazar luego la evolución de la imagen de la vejez y del anciano en la familia, para lo cual comienza por la delimitación de estos conceptos, tarea nada fácil puesto que la vejez es una etapa muy diversa y heterogénea donde la variabilidad alcanza su grado máximo y las diferencias entre unas personas y otras del mismo grupo superan las que existen entre aquellas que se encuentran en otras etapas de la vida. Para su mayor concreción habría que situarlo por tanto en un determinado contexto social, personal y familiar.

Otro de los conceptos relacionados con la vejez es el de dependencia, pues el envejecimiento es una de las causas de la dependencia –noción a la que ALBERT MEMMI ha dedicado una monografía, y presta también especial atención el 95 *Congrés de Notaires de France*, “*Demain la famille*” (1999)–. Vejez no es sinónimo de dependencia, pero muy mayor a menudo dependiente es una ecuación más exacta. La franja demográfica situada a partir de los 80 años aumenta progresivamente, por lo que aumentará el riesgo de estos supuestos. En el año 2026 existirán alrededor de dos millones de personas mayores en situación de dependencia. Estos problemas y el mismo concepto de dependencia son analizados en esta obra por LÓPEZ DE AYALA a propósito de las políticas de apoyo a las familias con mayores (entre las que menciona: la asistencia domiciliaria, centros residenciales, acogimiento familiar, asignaciones económicas, desgravaciones fiscales...).

Las consecuencias sociales y familiares del envejecimiento están tratadas por R. MOTA LÓPEZ. El proceso de envejecimiento está transformando la condición social de las personas mayores e imponiendo desafíos a las redes de solidaridad en las que éstas pueden apoyarse. El gran reto que se presenta es proporcionar las oportunidades para disfrutar de unas condiciones personales, económicas y sociales satisfactorias. Aspectos sobre los que también incide F. SALINAS RAMOS bajo el epígrafe “Personas mayores: problemática, necesidades e intervención”, y J. PÉREZ GIL-DELGADO en “Programas de mayores de Cruz Roja Madrid”.

La perspectiva psicológica es analizada desde diversos puntos de vista por K. WIDMER, G. BODENMANN, A. CINA, M. PERRES, V. CIGOLI y M. CHARAZAC, intentando dilucidar la especificidad de la condición anciana y sus aspectos evolutivos particulares.

La vertiente ética es tratada por D. BOROBIO, J. R. FLECHA y J. RODRÍGUEZ TORRENTE. Se aborda el tema de la familia como soporte y ayuda permanente, los problemas intergeneracionales y la difícil socialización; también plantean la responsabilidad de la sociedad y del Estado respecto a los mayores dependientes y sus cuidadores. Para terminar señalando los valores generales de la ancianidad: cómo el anciano se realiza en las respuestas relacionales y es transmisor de valores que configuran los aspectos éticos que aporta la ancianidad tanto a su misma realidad como a la sociedad, a la familia y a la Iglesia.

Pero un análisis desde una visión puramente asistencial no es suficiente, el Derecho también está llamado a convertirse en la guía que oriente y ordene las nuevas exigencias de esta realidad, cuyo carácter multidimensional advierte de antemano de las innumerables dificultades.

La monografía a este respecto, desde la perspectiva jurídica, trata con acierto el problema del internamiento de las personas mayores por R. M. COUTO GÁLVEZ. Pero hay otros aspectos de especial interés en este ámbito que aún están por resolver.

Si la prolongación de la duración de la vida está teniendo como consecuencia un incremento del número de personas dependientes, se impone una reflexión sobre la evolución necesaria de las soluciones existentes actualmente en el Derecho positivo para responder a las nuevas situaciones:

A. En materia de incapacitación:

— Desde luego que la edad avanzada no constituye para el Ordenamiento una razón de exclusión o limitación de la capacidad de obrar, la vejez por sí sola no es prueba ni indicio de incapacitación, pero sí se relaciona en una proporción elevada, como muestran las estadísticas, con diferentes formas de demencia senil y origina numerosas situaciones que se encuentran en la frontera o en el límite de la capacidad. En este sentido la normativa actual de la incapacitación sólo responde en parte a los particulares problemas que surgen con el envejecimiento y más en concreto con la dependencia.

Como dice MARTÍNEZ DÍE, una de las razones que se oponen a la iniciación de los procesos de incapacitación es la de “la propia indeterminación legal de sus causas”, que propicia el artículo 200 del C.c. Así, la ventaja de la flexibilidad tiene su contrapunto en la inseguridad por falta de uniformidad en su aplicación, riesgo que sobre todo se evidencia en las denominadas enfermedades transitorias de carácter cíclico, más frecuentes en esta etapa de la ancianidad.

De otro lado, el modo de iniciar el procedimiento de incapacitación es motivo de importantes reticencias para los propios familiares implicados, que les disuade enormemente de la puesta en marcha de dicho proceso, pues el legislador ha querido fundamentalmente que las personas ligadas por estrechos vínculos de carácter familiar al pretendido incapaz posean la facultad de accionar, convirtiéndolas en parte activa del proceso que inician. Aunque el enfermo mental no tenga conciencia suficiente de su estado, en estas situaciones un tanto límites, donde la debilidad no logra borrar del todo la autodeterminación o en este tipo de enfermedades de carácter cíclico –ambos casos más típicos de la ancianidad– en las que existen momentos de plena lucidez, podría ser oportuno que el enfermo solicitase él mismo el inicio del procedimiento de incapacitación y la correspondiente medida de protección tutelar, de modo que no tenga el sentimiento de que la acción va dirigida en su contra, sino que se trata de una medida de protección que él pide.

— Tratando temas de capacidad no hay que olvidar el gran compromiso que estas situaciones generan para los notarios a la hora de apreciar la capacidad con ocasión del otorgamiento de algún documento. Por ejemplo, como recuerda A. BALLARÍN, más de la mitad de las grandes fortunas de Francia están en manos de septuagenarios. El aumento del número de ancianos y por tanto de ancianos que acuden al notario, a veces con más de 80 años, situados en una zona gris de incapacitación, significa en muchas ocasiones un verdadero compromiso para el notario, ¿qué ocurrirá además cuando haya una disociación, como ha tratado extensamente TORRES ESCÁMEZ, entre la declaración de la sentencia de incapacitación, si la hay, y el juicio de capacidad notarial?

B. Autoprotección jurídica:

— Las diversas particularidades que caracterizarán a cada uno de estos supuestos en concreto favorecerán la utilización de la mal llamada figura de la autotutela, sirviendo en este caso a las personas mayores de instrumento para organizar su propia protección y asistencia.

— La técnica de los apoderamientos preventivos, modalidad a la que se han referido RIVAS MARTÍNEZ o CAMPO GÜERRI, debe desarrollarse también en relación a los problemas de los mayores. Se define como aquel acto unilateral y revocable formalizado en escritura pública por el que una persona capaz, en previsión de una pérdida gradual o repentina de facultades, designa a otra persona para que ésta pueda actuar en nombre y representación de aquélla durante la fase que media entre la concurrencia de una causa de incapacitación y la sentencia por la que se declare dicha incapacitación.

— El mal llamado “testamento vital” se ha de incluir como otro supuesto de autoprotección que lógicamente ha de tener una especial incidencia en relación con los ancianos; este documento de voluntades anticipadas permite la posibilidad de que cualquier ciudadano exprese anticipadamente los tratamientos que no desea recibir en caso de enfermedad terminal e incapacitante.

C. Instituciones de guarda:

La heterogeneidad es la nota más destacada que caracteriza la situación de los mayores. La variedad de enfermedades o de incapacidades mentales típicas o propias de estas edades engendran grados de dependencia muy variables cuya respuesta jurídica no es fácil de formular, no es fácil la elección del sistema que se ajuste exactamente a sus concretas necesidades en cuanto que el Código civil instaura un régimen de guarda muy delimitado. Regula una asistencia continua para los incapacitados (a través de la tutela y curatela) pero no existe una institución que sirva a una protección de menor intensidad o más liviana para aquellos casos de cierta debilidad o que no merezcan de una incapacitación.

En el Derecho comparado esta tendencia ha tenido plasmación legislativa en Alemania, a través de la denominada *Betreuungsgesetz*, que ha suprimido la tradicional figura de la incapacitación para sustituirla por una figura, la *Betreuung*, que no afecta a la capacidad de obrar. La principal finalidad es reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados físicos y psíquicos, garantizar el respeto a los derechos de la personalidad y en especial el ejercicio de su derecho a la autodeterminación.

En el Derecho francés esta misma filosofía viene representada por la *sauvegarde de justice*, se caracteriza por asegurar un mínimo de asistencia, de modo que la persona protegida no es propiamente un incapaz y conserva el ejercicio de todos sus derechos, es esencialmente concebida como un régimen de protección temporal.

D. Otro asunto que tendrá especial significación en la salvaguarda de los derechos de los mayores es el tema del internamiento o ingreso en centros de salud o simplemente residencias geriátricas. A este respecto ha de tenerse en cuenta la Instrucción n.º 3/1990, de 7 de mayo, de la Fiscalía General del Estado sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, tratado ampliamente por COUTO GÁLVEZ.

E. El Derecho luxemburgués y alemán abordan la dependencia en torno a la figura del seguro. La intervención de una tercera persona origina gastos a cargo de un sistema de seguro. Para estipularlo se considera dependiente la persona que como consecuencia de una enfermedad física, psíquica o por una deficiencia de la misma naturaleza tiene una necesidad importante y regular de asistencia de una tercera persona para los actos esenciales de la vida. Esta forma de concebir la protección evitaría cargar el peso sobre el sistema de la Seguridad Social y poner a prueba la solidaridad familiar.

F. La obligación de alimentos:

Hay otras disposiciones e instituciones que no estando dirigidas directamente a las personas de edad avanzada pueden asumir en estos casos un papel no secundario. Con referencia al anciano privado de suficientes medios económicos se puede hacer llamada a específicas aplicaciones de la solidaridad familiar, cuyo ejemplo más claro son los artículos 142 y ss. del C.c., que bien merecería la pena su dinamización para la resolución de los conflictos que se presenten en este ámbito.

No puede olvidarse que el fenómeno del envejecimiento plantea un difícil equilibrio entre el principio de intervención familiar y la participación del Estado en materia de asistencia social.

G. La renta vitalicia y el vitalicio son también modalidades de protección que podrían tener una gran trascendencia práctica en el futuro en este mismo ámbito de protección a los ancianos. ¿La edad avanzada sería una posible causa de exclusión del alea y por tanto de nulidad del negocio?, aplicado a estos casos, por sus características particulares ¿sería posible reconducirlo a un esquema contractual innominado?; en la práctica puede plantear problemas y colisión con la institución de la legítima en aquellos casos en los que se simule un negocio a título oneroso y se disimule una donación.

H. De relevancia también serán las soluciones de protección por vía sucesoria. La institución de heredero en favor de quien cuida al testador en los últimos años de su vida; la facultad de distribuir y mejorar del artículo 831 C.c.

La modificación de los derechos legales del cónyuge viudo favorecería su situación patrimonial e independencia económica, evitando el recurso a prestaciones sociales o a la solidaridad familiar, especialmente importante en los últimos años de vida.

No se trata con esto de defender un régimen especial o un estatuto de conjunto para la protección de los mayores dependientes a semejanza de la prevista, por ejemplo, para los menores. No es cuestión de proponer la fundación de un "Derecho de los derechos del anciano", o una legislación particular y específica para los ancianos que terminaría por crear nuevas barreras de marginación, se trataría de individualizar adecuadas soluciones no en cuanto a su edad avanzada sino para una situación de particular debilidad. A estas intenciones responde la obra que se comenta, cuyo objetivo es apoyar un reforzamiento especial de la protección de las personas mayores, sin olvidar la importancia de una protección jurídica, no sólo social, a favor más específicamente de los mayores dependientes.

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid

CIERTAS REFLEXIONES SOBRE EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO Y EL NOTARIADO

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario

*Letrado Adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

*Miembro de la Sección Internacional
del Consejo General del Notariado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NACIONALIDAD. III. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES. IV. PROGRAMA DE MEDIDAS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO DE DECISIONES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL. V. OTRAS CUESTIONES DEL NOTARIADO EN RELACIÓN CON EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO.

I. Introducción

No cabe duda de que uno de los aspectos esenciales que desde el punto de vista político se han planteado en el seno de la Unión Europea, es la cuestión de la creación de un Espacio Jurídico Europeo, espacio que determinará y determina la libre movilidad en materia documental, superando así los Convenios ya establecidos sobre la materia.

En ese proceso de creación de un Espacio Jurídico Europeo desde el punto de vista notarial, el conjunto de los notariados europeos, y en concreto, los pertenecientes a la Conferencia de Notariados de la Unión Europea (CNUE), están totalmente dispuestos a colaborar de manera activa en la creación de ese espacio, desde el punto de vista de la libre circulación del documento notarial; libre circulación de este documento, que como después analizaremos, tendrá unas características especiales como documento auténtico, surgiendo un producto de calidad homologable en el Mercado Interior, y que proporciona seguridad jurídica preventiva en todo el espacio jurídico de la Unión Europea.

Por ello nuestro propósito será el analizar los distintos problemas que se pueden plantear para esa libre circulación del documento notarial, teniendo en cuenta la existencia en el seno de la Unión Europea de países con otras concepciones y sistemas jurídicos, como las provenientes del Derecho anglosajón, o incluso la de los países escandinavos. Será preciso asentar las bases, en las que efectivamente se pueda conseguir esa libre circulación documental, así como la realidad normativa existente, y los cambios de última hora que se están produciendo.

De otro lado y desde el punto de vista de la función notarial, existe una cuestión que se ha debatido y que se está debatiendo en el seno de la CNUE, pero sobre todo en la propia Comisión en Bruselas. La cuestión de la nacionalidad como requisito o no imprescindible o como cualidad o exigencia para poder acceder a la profesión de notario en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, necesita un tratamiento y un estudio pormenorizado de la cuestión, que sin lugar a dudas ha originado y originará un profundo debate. Cuestión esta de la nacionalidad a la que nos debemos acercar sin ningún tipo de prejuicio, analizándola con objetividad, y llegando a soluciones mínimamente aceptables para todos y satisfactorias dentro de los principios y esquemas básicos en los que está inspirado el Tratado de la Unión Europea.

En definitiva, me ha parecido apasionante el acercarme a estas dos cuestiones que sobrepasan el campo nacional para introducirnos en el no siempre fácil mecanismo de las cuestiones internacionales y de la supranacionalidad. Muchas de las reflexiones de este trabajo han surgido de las reuniones, tanto del Consejo como de la Asamblea de la CNUE, es decir,

de la Conferencia de Notariados de la Unión Europea, organización notarial de la que España forma parte, y que está compuesta de quince miembros que tienen como punto en común el sistema del Notariado Latino, así como de los grupos de trabajo que se han constituido en el seno de esta organización, grupos relativos al futuro del notariado y el Grupo *Marinho*.

II. La nacionalidad

En el seno de la CNUE, a través de los diferentes años ha surgido en alguna ocasión la cuestión de si la nacionalidad es requisito imprescindible como condición de acceso a la profesión de notario en cada uno de los países de la Unión Europea, y en concreto de los que pertenecemos a la citada organización CNUE.

Han existido dos posturas encontradas. De un lado la mayoría de los miembros de la CNUE han expresado por activa y por pasiva que el criterio de la nacionalidad es un criterio esencial que en ningún caso puede caer, ya que para esta postura este requisito es tan esencial, que está incardinado en el propio artículo 45 del Tratado de la Unión Europea. Por otra parte, dos países, España e Italia, con diversas matizaciones han expresado que este requisito de la nacionalidad no era esencial para el acceso a la profesión de notario, y que en ningún caso suponía el caer fuera del ámbito de aplicación del artículo 45 del Tratado de la Unión.

El Título III del Tratado constitutivo de la Unión Europea hace referencia a la libre circulación de personas, servicios y capitales, en donde el Capítulo I es el relativo a los trabajadores y el Capítulo II al derecho de establecimiento. Como bien sabemos, la libertad de prestación de servicios, la libre circulación de éstos, de las personas y capitales, y el derecho de establecimiento son algunos de los principios básicos del Tratado de la Unión. No obstante, ese derecho de establecimiento reconocido con carácter general que indica que quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, prohibición que se extiende igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro, establecidos en el territorio de otro Estado miembro, tiene alguna excepción como veremos. Esta excepción se encuadra en el artículo 45 del Tratado (antiguo art. 55), que establece: "Las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del Poder público... El Consejo, por

mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente Capítulo”.

Para poder analizar la esencia de este artículo 45, no cabe la menor duda de que será necesario ver aquellas sentencias del Tribunal de Justicia, y sobre todo la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, sobre la situación y organización del notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad, haciendo referencia sólo a doce Estados, pues no se habían incorporado el conjunto de los existentes ahora. Esta resolución, de una importancia grande desde el punto de vista notarial, señala dos o tres cuestiones fundamentales en relación con el artículo 45 (antiguo art. 55 del Tratado). Por un lado intenta definir y caracterizar la profesión de notario, y en este sentido establece que “... Quiere recordar que la profesión de notario... se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes, que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público, de la autenticidad de los contratos y de las pruebas: actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público...”.

Asimismo, en esta resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, se entra de lleno en la cuestión de los principios de libre establecimiento y de libre prestación de servicios, y en el punto segundo de la resolución indica que “... La evaluación de esta especificidad (se refiere a la función de notario) sería decisiva para poder responder de forma apropiada a la cuestión de la posible aplicación a la profesión de notario de las normas del Tratado CE referentes al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios en lo que atañe a la no discriminación por razón de la nacionalidad”. A continuación la resolución entra de lleno en el punto esencial en cuanto a la aplicación del artículo 45 a la profesión de notario, y de manera clara establece que “... Considera que la existencia de una delegación parcial de la autoridad del Estado como elemento inherente al ejercicio de la profesión de notario basta para justificar la aplicación a la misma del artículo 55 del Tratado en virtud del cual se exceptúan de las disposiciones relativas al libre establecimiento a la libre prestación de servicios, las actividades que, en dicho Estado, están relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del Poder público... 5. Estima, por lo tanto, a pesar de la interpretación restrictiva que se hace de la excepción del artículo 55, que la disposición entre el Tratado en materia de libre establecimiento y de libre prestación de servicios no constituye un fundamento jurídico apropiado para que se pueda producir una armonización a nivel Comunitario de las reglas de organización de la profesión de Notario...”.

De otro lado, hay que tener en cuenta al Tribunal de Justicia en la

denominada sentencia Reyners, de 21 de junio de 1974, que ha realizado una interpretación del actual artículo 45 (anterior 55), ya que distingue en una misma profesión la posibilidad de ejercicio de actividades públicas y privadas separables, aplicando el artículo 45 sólo a las primeras. Ahora bien, esta distinción será aplicable únicamente en el caso de que unas y otras actividades sean escindibles. En este sentido, en el Considerando 46 establece que "... Una extensión de la excepción permitida por el artículo 55 a una profesión entera no sería admisible más que en el caso de que las actividades así caracterizadas se encontraran ligadas entre sí de tal manera que la liberalización del establecimiento tuviera como efecto imponer al Estado miembro interesado la obligación de admitir el ejercicio, incluso ocasional por no nacionales, de funciones relacionadas con el Poder público...". Ello se compagina con el Considerando 49 de la ya citada sentencia, al establecer que "... La aplicación eventual de las restricciones a la libertad de establecimiento previstas por el artículo 55 párrafo primero, debe ser apreciada separadamente para cada Estado miembro a la vista de las disposiciones nacionales aplicables a la organización y al ejercicio de cada profesión...".

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y habiendo citado alguno de los textos más importantes sobre esta cuestión del artículo 45, conviene volver a incidir sobre los aspectos de la participación directa y específica en el ejercicio del poder público, en este sentido en la sentencia Thijssen, de 13 de julio de 1993, y en la sentencia de 29 de octubre de 1998 (asunto 114/97, Comisión contra el Reino de España, sobre empresas de actividades de seguridad privada), se volvió a incidir sobre el mismo argumento en lo relativo a que las actividades que se excluyen del ámbito de aplicación material del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, sean aquellas que constituyen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público, y son reiteradas las sentencias del Tribunal de Justicia, en el sentido de la correcta interpretación del artículo 45 del Tratado en el sentido de que este artículo en cuanto a su alcance debe quedar limitado a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por el propio artículo 45, y en esta dirección se decantan las sentencias de 15 de marzo de 1988 y de 29 de octubre de 1997.

Teniendo en consideración lo anterior, la pregunta clave que hay que realizarse es si el requisito de la nacionalidad, que implica la exclusión a los nacionales de los demás Estados miembros del acceso a las profesiones que impliquen ejercicio de poder público, puede ser o no exigido, y en su caso si únicamente puede ser exigido cuando la nacionalidad sea estrictamente necesaria para garantizar el adecuado ejercicio de actividades que impliquen poder público.

La Conferencia de Notariados de la Unión Europea (CNUE) celebrada en Roma el 28 de noviembre de 1998, emite una resolución relacionada directamente con la construcción europea en relación con las disposiciones que permitan la circulación sin restricciones de los actos notariales y de su eficacia. En el documento aparecen ya puntos esenciales sobre el problema que estamos tratando, indicándose que "... Las competencias del notario forman parte de la autoridad pública y son la expresión de la soberanía de los Estados, y que las actividades notariales entran en consecuencia en el ámbito de aplicación del artículo 55 del Tratado, en razón de su naturaleza cualquiera que sea la nacionalidad de aquellos que la ejercen; que las condiciones de acceso y el ejercicio de las actividades notariales son competencia de los Estados miembros en su calidad de delegantes de la actividad pública, teniendo en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/48 sobre reconocimiento de diplomas no constituye más que un elemento de acceso a la profesión, que los Estados miembros pueden imponer o no la nacionalidad para el acceso y el ejercicio de la profesión notarial..."

Especial importancia tiene la ya citada resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, en donde se indica que: "... 6... a este respecto, desea que se adopten medidas con el fin de suprimir entre ciudadanos de la Unión Europea la condición de la nacionalidad para el acceso a la profesión, sin perjuicio de otras condiciones que cada Estado podría imponer para dicho acceso..."

En conexión con lo anterior, la propia CNUE, en su sesión de 23 de marzo de 1990, con el voto unánime de los Presidentes de los notariados de Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia y Luxemburgo, también insistieron sobre la cuestión de la nacionalidad al indicar que "... La exigencia de la nacionalidad está establecida, para el Notario en todas las legislaciones. Esta exigencia no es incompatible con el artículo 55 (actual 45), según ha dicho la Comisión CEE. Corresponde a cada país decidir sobre su mantenimiento o supresión...". Como vemos este requisito de la nacionalidad ni mucho menos en lo relativo a su supresión, puede hacer caer la profesión de notario del ámbito de aplicación del artículo 45 del Tratado.

Otra cuestión conflictiva es la de la aplicación de la Directiva 89/48 sobre reconocimiento de diplomas y su posible aplicación o no al título de notario. Debemos indicar que la profesión notarial está fuera del campo de aplicación de la Directiva, ya que al estar incluida la profesión notarial en el artículo 45 del Tratado, y como consecuencia no haber libre circulación de la persona del notario, no cabe en ningún momento la aplicación al mismo de una Directiva que presupone tal libertad. Pero es que además existen otras razones de peso para no aplicar esta Directiva; razo-

nes que ya se expusieron en la citada Conferencia de la CNUE en su sesión de 23 de marzo de 1990 al indicar que "... La Directiva se refiere a títulos o diplomas de enseñanza superior que sancionan una formación profesional y, aunque el Título de Licenciado en Derecho es exigido por las legislaciones europeas para ser notario, este título académico, no es suficiente, sino que, además estas legislaciones exigen otros requisitos en forma de concurso, oposición, prácticas... etc.; así como un nombramiento ministerial que otorga el Ministerio de Justicia, y una investidura que le habilite para ejercer una función pública en un lugar determinado. Es esta intervención del Estado la que convierte al notario en depositario de la fe pública, la autenticidad, que es la base de su función y ello nada tiene que ver con lo que es objeto de la Directiva, es decir, los diplomas de enseñanza superior... Los Gobiernos de la mayor parte de los países integrados en la Conferencia de los Notariados de la Comunidad Europea no han incluido a los notarios en la lista o relación de los profesionales a quienes se considera, en cada país, afectados por la Directiva...".

En este mismo sentido se decanta el informe de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el requisito de la nacionalidad española para acceder a la profesión de notario, contestando a dicha cuestión que le había planteado la Comisión. En este sentido se indica que "... No constituye obstáculo a ello la aplicación de la Directiva 89/48/CEE sobre reconocimiento de títulos, porque, aparte las medidas de compensación previstas en dicha Directiva para garantizar el alto nivel de capacitación profesional exigido para acceder a tal profesión, no se trata de diplomas o títulos sino de funciones públicas delegadas por un Estado a personas que han demostrado la capacidad profesional que dicho Estado ha decidido conveniente exigir...".

En relación con la cuestión de la nacionalidad en este informe anteriormente citado, se deja ver claramente cuál es la posición del Gobierno Español al indicar que "... Este Centro Directivo considera que la equiparación entre los españoles y los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea a efectos de acceder al notariado, no resulta incompatible con el ejercicio de poder público que dicha profesión comporta (máxime si se tiene en cuenta la creciente apertura de las funciones públicas nacionales a los ciudadanos de otros Estados miembros, así como el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales conforme a la Directiva 94/80/CEE, de 19 de diciembre de 1994). Ahora bien, dejada a salvo esta equiparación por motivos de nacionalidad, del artículo 45 del Tratado y de la Doctrina del Tribunal de Justicia, resulta que los Estados miembros son competentes para regular la organización de la profesión notarial por implicar ejercicio de poder público y para determinar los requisitos que han de cumplir

quienes pretendan acceder a ella (lo que permite a tales Estados rechazar el establecimiento en su territorio de las personas que, habiendo obtenido la condición de Notario en otro Estado miembro, no reúnan tales requisitos ...”).

No debemos olvidar el doble carácter que la legislación notarial reconoce a los notarios, tanto como funcionarios públicos como profesionales del Derecho, y es ese carácter de funcionarios públicos, a los que se les delega una parte de la soberanía del Estado para el ejercicio de la fe pública, lo que les da ese carácter específico en su organización y frente al régimen general de los Colegios Profesionales, y en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 87/1989, de 11 de mayo, así lo ha indicado cuando establece que si “... Los Colegios Profesionales responden a una finalidad que sólo parcialmente puede calificarse de pública, los intereses públicos que predominan en los Colegios Notariales y la regulación de una profesión de naturaleza funcional que en ellos se incardina robustece la competencia Estatal que no queda limitada a las bases de su organización y competencias, sino que se extiende también a la regulación de la función pública Estatal que en su mayor parte y sin duda la más importante y característica de su profesión, corresponde desempeñar a los Notarios...”.

En definitiva, y retomando el informe de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se deja aclarada la cuestión de la exigencia de la nacionalidad, de una manera, en mi opinión, muy acertada, sintética y concreta al establecerse que “... Por cuanto antecede, y habida cuenta que compete al Tribunal de Justicia interpretar si es o no conforme al derecho constituido la exigencia de la nacionalidad para el ejercicio de la profesión de notario, se considera oportuna una reforma normativa que expresamente establezca la equiparación a tales efectos de los españoles y los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, sin mengua de la competencia del Estado Español respecto de los requisitos de acceso y condiciones propias de la ordenación del Estatuto de tal profesión oficial, dada la delegación de la soberanía pública que implica la unicidad de esa actividad que participa del poder público... Precisamente, cuando se trata de ejercicio de una función pública, como es la notarial, en la cual es consustancial el control de legalidad en aras de la seguridad jurídica... existe un evidente interés público que hace necesaria la introducción de elementos reglados en dicha actividad: sistema de numerus clausus en el acceso a la profesión; delimitación territorial de la competencia con el consiguiente deber de residencia... obligación de autorizar el instrumento público; remuneración sujeta a arancel, etc...”.

El Consejo Nacional del Notariado Italiano emitió un informe a raíz de que la Comisión Europea solicitara información a los Estados miem-

bro de la Unión en lo relativo a la condición de nacionalidad para el acceso a la profesión de notario, información que fue solicitada por la Comisión el 19 de junio de 1999. Las conclusiones del notariado italiano sobre los diferentes puntos que surgen en esta materia, puntos y cuestiones que hemos analizado anteriormente, son los siguientes. El notariado italiano considera que "... La naturaleza de oficial público del Notario y sus funciones incorporadas en el sistema de la administración de la justicia e inseparables de la fe pública y de la prueba justifican la reserva en materia de soberanía del Estado, conforme al principio de la subsidiaridad... quedando intactas todas las otras reglas nacionales sobre el acceso al Notariado, nada impide que el Estado pueda considerar equivalente a la nacionalidad italiana, la nacionalidad de otro país miembro de la Unión Europea... Tratándose de acceso a las funciones públicas la Directiva 89/48/CEE sobre el reconocimiento de diplomas no puede ser aplicada a la figura del Notario italiano. Al contrario podrá servir de una base normativa adecuada para el reconocimiento de títulos de estudios (Licenciatura en Derecho) necesaria en Italia para admitir al concurso nacional de nominación al cargo de Notario...". En este mismo sentido el informe del notariado italiano deja bien clara su postura en la no aplicación a los notarios de la Directiva 89/48/CEE al indicar que "... Así, es conveniente hacer notar inmediatamente, en lo que concierne al Notariado, que en Italia no existe un diploma de Notario, entendido según la definición que da la Directiva, como un título de aptitud profesional para el ejercicio de la profesión. En efecto la noción de diploma que trata la Directiva no es apropiada a la definición de la figura del Notario italiano. Ello es así en la medida en que el ejercicio de las funciones notariales no dependen únicamente de la obtención de un título de estudios o de la aptitud profesional, sino que dependen de la realización de un examen específico de concurso nacional para la asignación de Notarías determinadas, y lo que es de mayor importancia, de la atribución de la autoridad pública por parte del Estado, característica indispensable para el ejercicio de funciones notariales, que deriva exclusivamente de la soberanía del Estado mismo... En fin, una última consideración de fondo. Las normas sobre la libertad de establecimiento y sobre la libre prestación de servicios son dictadas con la finalidad de consentir con la mayor libertad posible, el derecho para todos los ciudadanos a establecer su propia residencia y a ejercer su propia actividad profesional en uno de los países miembros, de otra manera dicho, circulando sin obstáculos en lo que se ha definido como espacio único o Mercado único europeo. Teniendo en cuenta lo anterior en lo que concierne más específicamente a la profesión de Notario, es necesario precisar que de otra parte la organización de esta profesión constituye, para los Estados que conocen la figura del Notario

como oficial público, un servicio público que en tanto lo es, debe ser garantizado al ciudadano con carácter uniforme en todo el territorio nacional... De ahí se determina con una fundamental importancia que sea el Estado el que determine en su totalidad los criterios de selección, la admisión y la fiabilidad de los Notarios de su país. La situación no es análoga a la de un abogado que venga del extranjero y que pueda libremente establecerse en el territorio italiano y solicite ejercer su actividad profesional en virtud de su título de aptitud originario: este profesional se suma a aquellos que ya ejercen sus actividades en Italia, y a éstos podrán dirigirse los sujetos que tengan necesidad, por ejemplo, para el consejo, asistencia sobre determinados sectores del derecho, ... En lo referente a los Notarios como ejercicio de un servicio público en virtud del cual el ciudadano puede dirigirse a cada Notario en una relación abstracta de igualdad, obteniendo un servicio que no puede excluir ninguno de los aspectos fundamentales de nuestro sistema jurídico y que debe estar garantizado minuciosamente. De esto se deriva la necesidad absoluta de que la formación y la cultura específicas para el ejercicio de una función pública sean controladas y verificadas por cada Estado según sus propias reglas y exigencias...”.

De todo lo anterior cabe indicar a modo de conclusión, que la naturaleza pública de la función notarial hace que tanto el acceso como el ejercicio queden sujetos a la soberanía del Estado. Asimismo, que la condición de nacionalidad puede entenderse cumplida ostentando cualquier nacionalidad de un país integrado en la Unión Europea. Por último, todos los candidatos a notario o a ejercer la función deben cumplir las mismas condiciones, no siendo la profesión de notario un título ni un diploma, sino un cargo público, y por ello la Directiva de reconocimiento de diplomas únicamente resultará aplicable al Título de Licenciado en Derecho, que permite en España optar al examen u oposición para el ingreso en el notariado.

III. La libre circulación de los documentos notariales

Una de las cuestiones que más se han analizado, y que en el seno de la Unión Europea están más de actualidad es la de la creación de un Espacio Jurídico Europeo, y esta idea quedó claramente reflejada en Tampere. El propósito de nuestro trabajo en este punto es llegar ciertamente a la conclusión de que la libre circulación del documento notarial, de los llamados actos auténticos, supone un elemento más de cohesión en la libre circulación y en la creación cada vez más fuerte de una Unión no solamente económica sino ciertamente política.

La resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, en su punto siete demanda y pide a la Comisión y a los Estados miembros que "... utilicen los instrumentos jurídicos del Tratado CE para garantizar el reconocimiento mutuo sin formalidades de los documentos notariales, en particular en virtud del artículo 220 y, en el marco de la subsidiariedad, sea compatible la excepción de orden público contemplada en el artículo 55 con el principio general de trato previsto en el artículo 6...". Por su parte, la Conferencia de Notariados de la Unión Europea, en su reunión de Roma de 28 noviembre de 1998 en un documento importante a estos extremos constataba que "... La circulación de los actos notariales constituye un factor importante en la realización del proyecto europeo y representa una contribución esencial del Notariado a los cambios transfronterizos en el Espacio Jurídico Europeo, como la CNUE ya señaló con ocasión de la revisión del Convenio de Bruselas de 1968. Decide continuar participando activamente en la construcción europea, poniendo en marcha las disposiciones que permitan la circulación sin restricciones de los actos notariales y su eficacia, especialmente en el ámbito de la fuerza ejecutiva, de tal manera que sea inexistente cualquier restricción concerniente al producto notarial...".

Anteriormente, la propia Conferencia en un texto aprobado en la sesión de 23 de marzo de 1990, también hizo referencia a esta cuestión al indicar que "... En relación a la libre circulación, el Notariado puede aportar soluciones, dada su organización internacional, representada por la Unión Internacional del Notariado Latino y por lo que se refiere en concreto a los países del Continente Europeo pertenecientes a la CEE a fin de crear una red de comunicación entre los notarios de estos países que faciliten la atención a los individuos o entidades que presten sus servicios o se establezcan en otro país comunitario. De modo más concreto, la libre circulación será más efectiva, en el ámbito notarial, facilitando y profundizando en el estudio de la circulación del documento notarial, respecto del que la Comunidad ya ha dado un paso con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968...". En este mismo sentido la Conferencia, el 12 de octubre de 2000 emite una resolución en el sentido de que, conforme a la resolución unánime de la CNUE de 18 de marzo de 2000, los notariados de la Unión Europea reclaman a las instituciones europeas y a los Estados miembros para consagrar una definición europea de acto auténtico en los textos europeos en proceso de elaboración como el Reglamento Comunitario de la Convención de Bruselas y que esta definición debería inspirarse en el informe elaborado por los Sres. Jenard y Möller sobre la Convención de Lugano y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 17 de junio de 1999, denominada sentencia Unibank. Adoptar el principio de reconocimiento mutuo de pleno dere-

cho de los actos auténticos en el conjunto de la Unión Europea, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de competencia territorial propias de cada país, y sin perjuicio, claro está, de la aplicación de la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; este principio de reconocimiento mutuo debería figurar en la Convención de Bruselas o en el Reglamento que la sustituya y en los Convenios o Reglamentos paralelos que contienen disposiciones aplicables a los actos auténticos. También el suprimir la obligación de la legalización de los actos auténticos para su circulación en el interior de la Unión Europea; en este sentido los notariados piden a sus Estados miembros para que ratifiquen la Convención relativa a la supresión de la legalización de los actos en los Estados miembros de la Comunidad Europea, firmada en Bruselas el 25 de marzo de 1987. Por último este texto de 13 de octubre de 2000 indica la necesidad de promover, al mismo tiempo, los procedimientos alternativos del Reglamento de litigios, los actos auténticos en donde el carácter ejecutorio permita la ejecución sin recurrir a un Tribunal, ya sea sobre el territorio nacional o en otro Estado de la Unión gracias al procedimiento del exequatur simplificado instituido por la Convención de Bruselas. En todas estas cuestiones el notariado expresa a las instituciones europeas y a los Estados miembros su disponibilidad para participar en la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

Como vemos, esta resolución de 13 de octubre de 2000 es la conclusión de todo un proceso que la CNUE ha realizado durante muchos años. Para entender quizás estas ideas, convendrá aclarar alguna de las cuestiones que en ella se contienen y cómo han ido evolucionando las cosas en esta materia.

En cuanto a la noción de acto auténtico, este es uno de los puntos esenciales que el notariado ha exigido, ya que en ella se basa la seguridad para la libre circulación del acto notarial y su ejecutividad a todos los efectos, incluso para la inscripción en los Registros Públicos y como título que contiene derechos patrimoniales. De los dos documentos anexos sobre la resolución ya citada de 13 de octubre de 2000 vamos a ir entresacando alguna de las cuestiones fundamentales para ir entendiendo esta materia.

En cuanto a la noción de acto auténtico la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999, denominada sentencia *Unibank A/S*, C-260/97, punto 17, ha determinado por primera vez, y esto es muy importante, las condiciones que un acto auténtico debe tener para ser considerado como tal auténtico en la concepción del artículo 50 de la Convención de Bruselas, ya derogada. La autenticidad del acto debe haber sido establecida por una autoridad pública, el notario. Para ser calificada

como autoridad es decisivo que esa institución haya sido investida de autoridad pública por la Ley. Además esta autenticidad debe residir sobre el contenido del acto o documento y no solamente sobre la firma. En este sentido incumbe al notario recibir las declaraciones de las partes y consignarlas por escrito, de ahí que el elemento de consulta tenga un papel esencial. Además el acto debe ser ejecutivo por sí mismo en el Estado en que se haya realizado, por ello no debe tener ningún vicio formal que impida dicha fuerza ejecutoria. En este sentido el Tribunal en dicha Sentencia precisa que, el carácter auténtico de estos actos debe estar establecido de manera incontestable para que la jurisdicción del Estado de recepción lo considere como tal auténtico. De esta manera, y concibiendo así al acto auténtico se consigue un medio fiable de garantizar la seguridad de cualquier Convenio, para que nadie pueda discutirlo. En cuanto al procedimiento del exequator, éste permite constatar la fuerza ejecutoria de un acto extranjero o de cualquier otro título destinado a ser utilizado sobre el territorio nacional. En la Convención de Bruselas en vigor no está previsto que el Tribunal encargado de la ejecución verifique la autorización de autenticación del notario extranjero en el esquema de este procedimiento. En los términos del artículo 50 de la Convención de Bruselas, la declaración que constata la fuerza ejecutoria no puede ser contestada más que cuando el acto no reúne las condiciones necesarias para su autenticidad en el Estado miembro de origen o si este acto es manifiestamente contrario al orden público del Estado de recepción. El artículo 50 no expresa si es necesario verificar la fuerza ejecutoria del título existente en el caso de oposición del deudor cuando se trata de títulos ejecutivos por deudas de dinero. En el proyecto de Reglamento 348 (Bruselas 1) existía el aspecto positivo que preveía la obligación del notario del Estado de origen de emitir en ese Estado un certificado que incluyera las indicaciones esenciales del acto, acompañando un certificado que diera la fuerza ejecutoria partiendo de su fuerza probatoria. No obstante, la declaración que constata la fuerza ejecutoria de los actos notariales de los que surgen obligaciones de prestaciones pecuniaras es casi una simple formalidad, por ello todos los Estados miembros deberían en un plazo razonable buscar el objetivo de llegar a la ejecución de los actos notariales sin que sea necesario emitir un certificado que constate la fuerza ejecutoria del acto en el Estado de recepción.

Como Anexo Segundo del ya citado texto por resolución de la Asamblea de Viena de 13 de octubre de 2000 de la CNUE, también se toma posición sobre el acto notarial en el aspecto de título que contiene derechos patrimoniales a los fines de su inscripción en los Registros Públicos. En este caso, la opinión de la CNUE no fue en las discusiones unitaria por la diversidad de regímenes y sistemas jurídicos, ya que en determi-

nados Estados la calificación del documento notarial por el juez es obligatoria para la inscripción en los libros o Registros Públicos, como por ejemplo en el caso de Alemania. En este sentido la CNUE propone que el acto notarial que contiene derechos patrimoniales con la finalidad de su inscripción en los ficheros y en los Registros Públicos, pueda ser utilizable sin ninguna formalidad en calidad de acto auténtico, más allá de las fronteras de cada Estado miembro de la Unión Europea. Y de esta calidad de acto auténtico es de donde se deriva la fe pública y a fin de garantizar que el acto notarial realizado en otro Estado miembro reúna igualmente todas las condiciones requeridas para su validez en el territorio nacional, el notario del país de recepción deberá verificar los actos notariales extranjeros antes de su envío a las instancias encargadas de su registro, cuando la verificación del documento no está prevista realizarla por un juez o cuando otros procedimientos más simples no estén previstos en los Estados miembros.

Estas fueron las últimas reivindicaciones del notariado europeo integrado en la CNUE.

El proceso de elaboración del Reglamento 348 del Consejo concerniente a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial, que suponía una modificación del Convenio de Bruselas de 1968, ha sufrido un periplo complicado y difícil de resumir pero vamos a intentar hacerlo.

La redacción del Reglamento desde el punto de vista de los actos auténticos con las enmiendas del Parlamento Europeo era una redacción bastante positiva por cuanto que llegaba al fondo de la cuestión y además resolvía muchos interrogantes y problemas y realmente facilitaba el principio de libre circulación del acto auténtico, del acto notarial.

El actual Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, denominado Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, establece en su artículo 50 que "... Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado contratante con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes. La solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuere contraria al orden público del Estado requerido... El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado de origen...". Los artículos 31 y siguientes de este Convenio establecen el procedimiento de ejecución en relación a las resoluciones dictadas en un Estado contratante, que tuviese en éste carácter ejecutorio, para ejecutarse a su vez en otro Estado contratante cuando se hubiese otorgado su ejecución en este último, siempre a instancia de cualquier parte interesada. Es decir, el Convenio

de Bruselas ya regula la cuestión de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, pero era necesario un paso adelante de desarrollo de este artículo 50 hacia el concepto de los actos auténticos, y más en concreto de los actos notariales, y la oportunidad se presentaba a la hora de redactar el Reglamento 348. El Parlamento Europeo votó una serie de enmiendas, como hemos indicado anteriormente, de carácter muy positivo en relación con el acto auténtico, enmiendas que en la mayoría de los casos fueron aceptadas por la Comisión por lo que el texto iba bastante bien argumentado para su discusión por el Consejo, porque no olvidemos que se trata de un Reglamento del Consejo.

El texto de la Comisión de 7 de noviembre de 2000, en los aspectos que nos interesan, en los Considerandos ya apuntaba los criterios para facilitar esa libre circulación del acto auténtico. En ese sentido el Considerando 17 establecía que "... La confianza recíproca en la justicia en el seno de la Comunidad legítima que las decisiones tomadas en un Estado miembro sean reconocidas de pleno derecho, sin que sea necesario, salvo en el caso de oposición, recurrir a ningún procedimiento; de la misma manera en relación a los actos auténticos que son con el mismo título que las decisiones, una emanación del poder público y poseen por consecuencia la misma fuerza probatoria...". Con el mismo enfoque el Considerando 18 del texto presentado por la Comisión sobre el Reglamento 348, hace hincapié en este principio del espacio judicial europeo al indicar que "... Esta misma confianza recíproca justifica que el procedimiento tendente a hacer ejecutorio, en un Estado miembro una decisión adoptada o un acto auténtico recibido en otro Estado miembro sea eficaz y rápido; con esta finalidad, la declaración relativa a la fuerza ejecutoria de una decisión debe ser dada de manera cuasi automática con un simple control formal de los documentos...".

El artículo 54, encuadrado dentro del Capítulo IV que se denomina Actos Auténticos y Transacciones Judiciales, resumía claramente el principio de esta libre circulación al enunciar que "... Los actos auténticos recibidos en un Estado miembro son reconocidos de pleno derecho en los otros Estados miembros sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento...". El texto del Parlamento decía que "... Los actos auténticos recibidos en un Estado miembro son reconocidos de pleno derecho en los otros Estados miembros, siempre que respeten el orden jurídico del país de acogida...". El texto de la Comisión en el propio artículo 54 establecía que en caso de oposición toda parte interesada que invoque el reconocimiento como título principal puede hacer constatar según el procedimiento previsto en las Secciones segunda y tercera del Capítulo III que el acto auténtico debe ser reconocido. También indicaba que si el reconocimiento es invocado de manera incidental ante la jurisdicción de un

Estado miembro, éste será el competente para reconocerlo. En efecto, el Capítulo III del texto presentado por la Comisión era el relativo al reconocimiento y ejecución, y la Sección segunda y tercera regulaban la cuestión específica de la ejecución, así como de las disposiciones comunes. El artículo 34 con el criterio general de que las decisiones tomadas en un Estado miembro, y que son allí ejecutorias y que deben ponerse en ejecución en otro Estado miembro después de haber sido declaradas como tales a instancia de cualquier parte interesada. Y esa instancia será presentada a la jurisdicción competente o al notario competente indicados en la lista que figura en el Anexo II. Como vemos, el acto auténtico en este texto tiene una importancia grande, equiparándolo a las decisiones judiciales, en el aspecto de la ejecutoriedad y además se habla del notario como autoridad competente, puesto que el Anexo II al que hemos hecho referencia, establecía que las jurisdicciones, las autoridades competentes o los notarios competentes ante los cuales se realizan las instancias consignadas en el artículo 35, indican claramente la posición del notario como autoridad así como al acto auténtico como una emanación del poder público, en definitiva de la soberanía del Estado.

Retomando de nuevo el artículo 54 del texto presentado por la Comisión, vuelve a insistir en el concepto de autoridad competente o notario competente, en el sentido de que los actos auténticos recibidos y ejecutorios en un Estado miembro son mediante petición, declarados ejecutorios en otro Estado miembro, así como el acto producido deberá reunir las condiciones necesarias para su autenticidad en el Estado miembro de origen y la autoridad competente o el notario competente del Estado miembro en el cual un acto auténtico ha sido recibido, expide a petición de cualquier persona interesada, un certificado utilizando el formulario según el modelo que se constata en el Anexo VI. En este Anexo VI aparecen una serie de datos relativos al notario o a la autoridad que haya conferido al acto su autenticidad, al notario o autoridad interviniente en la realización del acto auténtico, así como el nombre del notario, el lugar donde éste ejerce su función y el notario o autoridad que haya registrado el acto auténtico y además este certificado establece que el acto auténtico es ejecutorio contra el deudor en el Estado de origen.

Con posterioridad, el Consejo debería haber aprobado el texto propuesto, muy similar el del Parlamento y el de la Comisión, pero en cambio el Consejo aprueba algo diferente, indicando que este Reglamento no habla de actos auténticos, sino de decisiones judiciales aunque realmente ello no es así en ningún caso y quizás otras cuestiones o planteamientos políticos hayan llevado a esta circunstancia. Realmente la oportunidad ha pasado y veremos qué es lo que ocurre en el futuro.

Como indicábamos anteriormente, a través de un acuerdo político en

el propio Consejo “Justicia y Asuntos Exteriores”, del 30 de noviembre de 2000, ha conducido con posterioridad al propio Consejo a adoptar formalmente con fecha 12 de diciembre de 2000 el denominado “Reglamento del Consejo concerniente a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil”.

Dentro del fenómeno de la construcción del Espacio Jurídico Europeo, este Reglamento permite integrar en la Comunidad, la Convención de Bruselas de 1968, consolidándola con revisiones posteriores y simplificando la circulación de las decisiones judiciales. Su ámbito de aplicación cubre todas las materias del Derecho Civil y Mercantil, con algunas excepciones, como el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones, las cuestiones relativas a la seguridad social y el arbitraje. Como vemos, este Reglamento reemplaza a la Convención de Bruselas de 1968, pero como hemos indicado, no modifica su ámbito de aplicación, y contiene disposiciones relativas a las competencias generales, competencias especiales, así como en materia de seguros, de los contratos celebrados por los consumidores, y de los contratos individuales de trabajo. En dicho Reglamento se establecen reglas relativas a la prórroga, la verificación, la litispendencia, así como las medidas provisionales y de conservación. Como contrapunto, este Reglamento adoptado por los Estados miembros reunidos en el Consejo, no recoge las enmiendas relativas al notariado que habían sido adoptadas por el Parlamento Europeo en otoño y también en gran parte por la Comisión. Debemos tener en cuenta que en este caso, el Parlamento no tenía más que un papel de carácter consultivo en este procedimiento, y el Consejo no ha seguido en esta materia las orientaciones del Parlamento ni total ni parcialmente.

Convendría a continuación indicar las modificaciones relativas a los actos auténticos que se han llevado a cabo en este Reglamento en relación con el texto de la Convención de Bruselas. El artículo 57 del Reglamento tiene su paragón en el antiguo artículo 50 de la Convención de Bruselas. El actual artículo 57 establece que “1. Los actos auténticos recibidos y ejecutorios en un Estado miembro son previa petición, declarados ejecutorios en otro Estado miembro, conforme al procedimiento previsto en los artículos 38 y siguientes. La jurisdicción bajo la cual un recurso está formado en virtud del artículo 43 ó 44, no puede rechazar o revocar una declaración que constate la fuerza ejecutoria, salvo que la ejecución del acto auténtico sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de recepción”. En principio el texto es similar al del artículo 50 de la Convención de Bruselas, pero matiza e introduce el párrafo relativo a la jurisdicción bajo la cual no podrá oponerse o revocarse una declaración que tenga fuerza ejecutoria. El artículo 57

introduce un párrafo segundo, que antes no constaba en la Convención de Bruselas. Este párrafo establece que “Son igualmente considerados como actos auténticos en el sentido del párrafo primero los Convenios en materia de obligaciones alimenticias celebrados ante las autoridades administrativas o autenticados por ellas”. Asimismo, se introduce en el artículo 57 un párrafo que no constaba en el antiguo artículo 50 de la Convención y que indica que “La autoridad competente del Estado miembro en el que un acto auténtico ha sido recibido requiere, a instancia de cualquier parte interesada, un certificado, utilizando el formulario cuyo modelo figura en el anexo VI del presente Reglamento”.

El artículo 58 del Reglamento se corresponde con el antiguo artículo 51 de la Convención, y hace referencia a las transacciones celebradas ante el juez, en el transcurso de un proceso, y que sean ejecutorias en el Estado de origen, también serán ejecutorias en el Estado de recepción, con las mismas condiciones que los actos auténticos. La novedad que introduce el artículo 58 es la siguiente, cuando aclara “La jurisdicción o la autoridad competente de un Estado miembro en el que una transacción ha sido celebrada deberá bajo petición de cualquier parte interesada aportarse un certificado utilizando el formulario que figura como modelo en el anexo V del presente Reglamento”. Como vemos, las importantes matizaciones que desde el punto de vista del acto auténtico se habían introducido en las enmiendas del Parlamento han desaparecido, restando el protagonismo que se merecía, al propio papel de los notarios como autoridades públicas en todo el proceso de creación de los actos auténticos, perdiendo la oportunidad de establecer una auténtica libre circulación del documento. Ello ha llevado a que en el nuevo Reglamento quede subsumido el acto auténtico dentro del concepto general de las decisiones judiciales, más que el haber conseguido y plasmado una regulación más concreta y específica del acto auténtico. El presente Reglamento entrará en vigor el *1 de marzo de 2002*, y en un plazo no superior a cinco años desde la entrada en vigor del mismo, la Comisión presentará un estudio relativo a este Reglamento, que estará acompañado de las proposiciones tendentes a adaptarlo.

Para poder tener una idea de esta evolución, aparte de lo indicado anteriormente, sería conveniente el analizar un texto del notariado italiano, y en concreto, el del compañero Paolo Pascualis, que lleva muchos años trabajando en estas cuestiones sobre la libre circulación del documento, y que creo representa bastante fidedignamente lo que también se ha indicado para facilitar una actuación positiva y rápida del notariado en la Unión Europea, incluso hay un texto presentado por el notariado italiano para una proposición del Reglamento del Consejo, relativo al reconocimiento y a la circulación de los actos auténticos.

En la presentación de este borrador de Reglamento, Pascualis realiza un recorrido muy interesante sobre lo que ha ocurrido desde el punto de vista normativo y político en relación a la circulación de los actos auténticos, en el sentido de que las líneas generales del texto propuesto han sido ya confirmadas en diferentes ocasiones y que pueden resumirse en el sentido del reconocimiento del acto auténtico en todos los países de la Unión Europea por su fuerza de prueba privilegiada.

Asimismo, y como ya dijimos anteriormente, la definición del acto auténtico según se consagra en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999, en el asunto Unibank. El papel activo del notariado europeo en el sistema de circulación de los actos, tanto por la tutela del sistema jurídico del país en causa que por el beneficio de la actividad de las partes que se dirigen a él, evitando a las partes interesadas sobrecargas de gastos profesionales así como una doble imposición. El documento Pascualis explica la utilidad de hacer este Reglamento estableciendo ciertas reglas comunes para todos los países de la Unión Europea, y estas reglas permitirán sobrepasar la lógica de los sistemas de Derecho Internacional Privado instituidos, creando un verdadero sistema de Derecho común por todos los países de la Unión Europea, justificándose esta solución, tanto desde el punto de vista de la proporcionalidad como desde el de la subsidiaridad. Indica Pascualis con acierto, en este informe, que el cuadro normativo europeo en el que se insertaría este Reglamento es ya muy favorable al acto auténtico y cita, entre otras, la propia Convención de Bruselas en su artículo 50, la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999 que claramente confirma la asimilación entre las decisiones judiciales y los actos auténticos cara a su fuerza ejecutoria, el reciente Reglamento sobre el reconocimiento de decisiones en materia matrimonial (Bruselas 2), que prevé cara a la ejecución forzosa la misma disciplina de equivalencia para las decisiones judiciales y para los actos notariales; así como la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, en su anteproyecto de Convención sobre la competencia y las sentencias extranjeras en materia civil y comercial, adoptada por la Comisión Especial el 30 de octubre de 1999, donde en su artículo 35 prevé que cada Estado contratante puede declarar que ejecutará bajo reserva de reciprocidad, los actos auténticos recibidos y ejecutorios en otro Estado contratante, así como que el acto auténtico debe haber sido establecido por una autoridad pública o una delegataria de la autoridad pública. Por último, también cita la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 a la que hemos hecho mención en otro lugar de este trabajo, en el sentido de que invitaba a que se estudiara por el notariado la cuestión de la libre circulación de los actos notariales.

No olvidemos que los tiempos políticos también son favorables a esta

libre circulación después de Tampere, donde las instituciones de la Unión se están ocupando de desarrollar proyectos en el marco de la justicia civil.

Esta proposición novedosa relativa a este reconocimiento y a la circulación de los actos auténticos, está basada, conforme indica Pascualis, en varias consideraciones. Estas consideraciones son las de sobrepasar los Sistemas de Derecho Internacional Privado de cada miembro, estableciendo una regla general de reconocimiento. Asimismo, como ya se ha indicado, utilizar la definición de acto auténtico, dada por el Tribunal de Justicia, de manera que no se corra el peligro de asimilar el acto auténtico a otros tipos de actos, redactados por otros sujetos, que no cumplen las condiciones de forma y de responsabilidad requeridas para el acto notarial. Asimismo, considerar de manera distinta el procedimiento para el reconocimiento con fines probatorios, es decir, para la utilización del acto ante el Tribunal, en cuyo caso será el juez quien examinará el acto mismo, del procedimiento para la utilización cara a la ejecución administrativa, en cuyo caso será positivo imaginar un papel activo del notario del país en el que el acto es destinado a ser utilizado, y este control está justificado por la exigencia de un control sobre la aplicación de las normas de aplicación inmediata de ese país, como por ejemplo las normas de urbanismo o las fiscales, con la utilización de una especie de exequatur de conformidad muy simple y que evita a la administración del país de acogida el deber de controlar ella misma la regularidad del acto.

Continúa indicando Pascualis que se pretende reforzar el papel activo del notario del país de destino del acto, previendo la posibilidad de que en caso de defecto de conformidad a las reglas imperativas del país de acogida el acto pueda ser integrado por el propio notario de ese país, facilitando el mantenimiento de los efectos jurídicos y la utilización del acto en cuestión. Asimismo, el suprimir toda forma de legalización y conceder a las partes la mayor libertad de elegir el idioma a utilizar, admitiendo la más amplia posibilidad de adjuntar al acto traducciones en otras lenguas, así como utilizar la forma del acto auténtico para permitir la toma de pruebas, de hechos o de declaraciones; en este caso Pascualis se está refiriendo claramente, como él mismo reconoce, al documento notarial denominado "acta" en España. Como reconoce Pascualis no se han afrontado en este texto cuestiones relativas a los costes para las partes interesadas, ni lo concerniente a evitar la duplicidad de impuestos.

Como podemos ver, el tema sigue aún en plena ebullición, pero debemos tener en cuenta que el notariado puede y debe aprovechar en todos estos Convenios Internacionales, Reglamentos Comunitarios, la oportunidad de demostrar que está preparado y dispuesto a contribuir a ese espacio judicial europeo, a ese espacio único donde la libre circulación

del documento notarial supone un paso esencial. En este sentido el notariado europeo debe conseguir convencer a las autoridades políticas de que el documento notarial es un documento de calidad, y que existen muchos puntos en cada uno de los Estados miembros donde se produce este documento, con unas normas de seguridad, por profesionales capacitados.

IV. Programa de medidas para la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil

Con posterioridad existe una comunicación del Consejo (Comunicación 2001/C12/01) sobre un proyecto de programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil, publicado en el Diario de la Comunidad el 12 de enero de 2001. En este sentido, el Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, ha estimado que el refuerzo en el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, y el acercamiento necesario de las legislaciones facilitarán la cooperación entre las autoridades y la protección judicial de los derechos de la persona, y en este sentido en materia civil el Consejo de Tampere ha preconizado la idea de reducir desde el principio las medidas intermedias que aún son exigidas para permitir el reconocimiento y la ejecución de una decisión o una sentencia en el Estado de acogida, y por ello invita al Consejo y a la Comisión para que adopten un programa de medidas destinadas a poner en marcha el principio de reconocimiento mutuo, y en este programa y en sus trabajos deberán estudiarse y estar incluido el título ejecutivo europeo, así como sobre los aspectos de Derecho Procesal para la fijación de aquellas normas mínimas comunes, consideradas necesarias para facilitar la aplicación del principio de normas mínimas comunes consideradas necesarias e imprescindibles, para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo dentro del respeto de los principios fundamentales del Derecho de los Estados miembros.

Para ello el programa presentado establece objetivos y etapas para los trabajos que serán realizados en el seno de la Unión Europea en los próximos años. Este programa comprende medidas concernientes al reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de las decisiones tomadas en otro Estado, y ello implica que deben ser adoptadas reglas de competencia judicial armonizadas, de la misma forma que lo han sido en la Convención de Bruselas hoy convertida en Reglamento Bruselas I (ex COM 348) y en el Reglamento Bruselas II (ex COM 220).

El ritmo adoptado para establecer el programa citado se realiza de la siguiente manera:

En el campo del reconocimiento mutuo, se hace referencia a aquellos ámbitos aún no cubiertos por los instrumentos existentes. En este campo deberán ser elaborados los instrumentos jurídicos en las siguientes materias que son: la competencia internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de regímenes matrimoniales, de las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y de sucesiones.

Asimismo la competencia internacional, para el reconocimiento y ejecución de las sentencias en materia de responsabilidad de la patria potestad y de otros aspectos no patrimoniales de la separación de parejas. Asimismo, como hemos indicado dentro del ámbito del reconocimiento mutuo, existen otros aspectos ya cubiertos por instrumentos en vigor, pero que deben ser estudiados con carácter prioritario como son el derecho de visita, donde existe una iniciativa realizada por Francia, y que tiende a suprimir el procedimiento del exequatur para el ejercicio transfronterizo del derecho de visita como consecuencia de una decisión que provenga del campo de aplicación del Reglamento Bruselas I. Asimismo la cuestión de las obligaciones alimenticias, así como también aquellas que no han sido recurridas, y los litigios de pequeña importancia, para la simplificación y la aceleración del Reglamento de litigios transfronterizos en relación con estos litigios.

La segunda parte del programa de medidas tiene un apartado relativo a los grados del reconocimiento mutuo con una serie de medidas, en relación a aquellas que atañen directamente al reconocimiento mutuo tanto en los aspectos no cubiertos por los instrumentos existentes como por los ya cubiertos, así como un conjunto de medidas de acompañamiento a este reconocimiento mutuo, tanto en relación a las normas mínimas para ciertos aspectos del procedimiento civil, así como para la eficacia de las medidas que permitan mejorar la ejecución de decisiones, y por último la mejora de la cooperación judicial civil en su globalidad.

Este último aspecto es esencial, ya que incluirá la puesta en marcha de una red judicial europea en materia civil y mercantil, y la propia Comisión el 25 de septiembre de 2000 ha presentado una Proposición de Decisión, tendente a la creación de esta red judicial.

Asimismo, en este conjunto de mejoras globales, debe encuadrarse la elaboración de un instrumento que permita aumentar y reforzar la cooperación entre las jurisdicciones de los Estados miembros en el campo de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, habiendo presentado Alemania un Proyecto de Reglamento en este sentido.

Por último, también en estas medidas de mejora, se hace referencia en el Programa al acceso de los ciudadanos a la justicia, en relación con el libro verde sobre asistencia judicial que fue presentado por la Comi-

sión en febrero de 2000, así como la efectiva aplicación de una mejor información al público sobre las reglas de aplicación en materia de reconocimiento mutuo, y que están en íntima conexión con la cuestión tratada de una red judicial europea. Por último la efectiva aplicación y puesta en marcha del principio de reconocimiento mutuo se facilitará mediante la armonización de las reglas de conflictos de leyes.

V. Otras cuestiones del notariado en relación con el Espacio Jurídico Europeo

La Conferencia de Notariados de la Unión Europea, reunida en Asamblea en Viena, adoptó otros acuerdos que creo que son de gran importancia para toda la cuestión que hemos venido desarrollando en relación con la aportación del notariado en la creación de un Espacio Jurídico Europeo real, ágil, efectivo y seguro.

En este sentido, el 14 de octubre en Viena se adopta una resolución sobre el Registro Europeo de Comercio y en esta resolución se reivindica que los esfuerzos cara a establecer un Registro de Comercio, o Mercantil Europeo uniforme, sostenido por medios electrónicos y por un organismo independiente e imparcial, debe ser intensificado. Asimismo, se reivindica que además del control formal de los documentos, existe el control obligatorio de legalidad del contenido de estos documentos que son objeto de inscripción en el Registro, y que este control es ejercido en la mayor parte de los países de la Unión Europea por los notarios, a través de su intervención obligatoria en la redacción de los documentos notariales relativos a la constitución y a la modificación de las Sociedades Mercantiles.

También en Viena, la CNUE, el 14 de octubre de 2000, aprueba una toma de decisión sobre un Registro Europeo de Testamentos como medio de publicidad que permite garantizar el control de las decisiones de última voluntad después de fallecido el testador. En esta toma de posición se tratan cuestiones como la conservación de las disposiciones de última voluntad, la claridad en la inscripción, la consulta a dicho Registro, en el sentido de que después del fallecimiento del testador esta consulta debería solamente ser efectuada por la autoridad competente; asimismo, se aporta un formulario de registro.

También en Viena, el 14 de octubre, otra toma de posición del notariado de la CNUE sobre el Registro Europeo de Notarios, cuyo Registro contribuirá sustancialmente a facilitar el comercio jurídico internacional a nivel europeo, reposando esta idea en un mejor y mayor acceso del ciudadano a la justicia y más particularmente en lo que concierne a la crea-

ción de un Espacio Jurídico Europeo. En este Registro deberán figurar todos los notarios de los Estados miembros de la CNUE en activo y la base de datos será suministrada por los diferentes notariados miembros y cada notario europeo tendrá atribuido un código de identificación cifrado y será oportuno que la CNUE se encargue de la gestión y de la atribución centralizada de estos códigos, teniendo en cuenta la importancia de la publicidad de este Registro que debe ser accesible al mayor número posible de personas, por ello el sitio Internet de la CNUE podría servir de medio de acceso.

Asimismo, en Viena, el 13 de octubre de 2000, se acuerda una toma de posición sobre el Reglamento alternativo de litigios, en definitiva, aquellos litigios fuera de la jurisdicción del Estado, y que comprenden la conciliación de una parte y el arbitraje de otra parte.

En este documento se establecen las bases tanto de las condiciones como de la organización para hacer efectivo este Reglamento y su eficacia, e incluso se indica que en los Estados miembros donde no existan aún procedimientos apropiados para el Reglamento alternativo de litigios deberá promoverse el establecer organismos de conciliación dependientes de las Cámaras de notarios de Estados miembros. De igual modo, el 13 de octubre de 2000 se aprueba una toma de posición de la CNUE relativa a la actividad de arbitraje de los notarios, teniendo en cuenta que una de las mayores ventajas que presenta el procedimiento arbitral es su corta duración, y como consecuencia la terminación rápida del litigio. Los notarios, por razón de su experiencia y de su actividad diaria, están particularmente capacitados para ejercer en calidad de árbitros y los notarios de los Estados miembros de la CNUE están dispuestos a descargar a la Administración de Justicia, asumiendo aquellas cuestiones perfectamente realizables por su actividad y para ello parece apropiado crear organismos notariales de arbitraje que deberán asegurar la asistencia imparcial de los interesados y constituir un punto de contacto para las partes en conflicto, dependiendo estos organismos de arbitraje notariales de los Consejos Superiores de los Notariados, adoptando unas tarifas lo más bajas posibles contrariamente a lo que ocurre en la actualidad con otros Tribunales arbitrales.

Por último, también en Viena, el 13 de octubre de 2000 la CNUE toma posición sobre la mediación para la solución de los conflictos. Por este procedimiento la mediación determina que las partes relacionadas por un conflicto elaboran de manera autónoma y con la ayuda de un mediador, una solución adaptada a su situación y de común acuerdo. En este caso el mediador no debe ni prescribir soluciones ni leer el derecho, ni intervenir sobre el fondo, ya que el contenido de una mediación es determinado por las partes concernientes en el conflicto, y el papel prin-

cial del mediador consiste en crear un ambiente constructivo para el desarrollo de las negociaciones. El mediador no asume funciones de árbitro o de conciliador, y no debe proponer ninguna solución a los interesados. Por ello, los notarios representados en el seno de la CNUE estiman que la profesión notarial es una de las llamadas, a priori, a ejercer la mediación. Por último los Consejos Superiores de cada uno de los notariados que componen la CNUE deberán mejorar la calidad del servicio del notario como mediador, mediante una formación inicial y continua con la promoción de cursos y de seminarios al efecto.

Enero, 2001