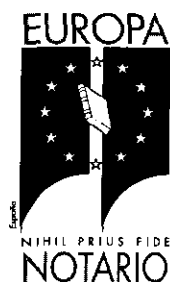


REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2004



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 50, abril-junio 2004

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 Alvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

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

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “La preterición en nuestro Código Civil después de la última reforma del artículo 814”	9
HUERTA TRÓLEZ, Antonio: “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”	93
LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “La interpretación del artículo 1.964 del Código Civil”	139
PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: “Notas críticas sobre la prenda de <i>imposiciones a plazo fijo</i> ”	165
 INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL	
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Suma y..., de momento, no sigue (Leyes 61 y 62/2003, ambas de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004 y de medidas fiscales, administrativas y del orden social, respectivamente)”	195
 PRÁCTICA NOTARIAL	
NAVARRO VIÑUALES, José-María: “En torno al ámbito de facultades del contador-partidor (A propósito de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo de 2002 y 13 de mayo y 20 de septiembre de 2003)”	241

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

GOMÁ SALCEDO, José Enrique: “ <i>Fiducia cum creditore</i> . Autocontratación (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002)”	259
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo número 715/2003 (Sala de lo civil, Sección Única), de 10 de julio”	283

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. II. Elaboración sistemática”. Volumen 2.º, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003. Por J. Javier Nagore Yárnoz	303
--	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, Ciudad de México, 17 a 22 de octubre de 2004	311
--	-----

LA PRETERICIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL DESPUÉS DE LA ÚLTIMA REFORMA DEL ARTÍCULO 814

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

Notario

SUMARIO: **I.** LA PRETERICIÓN Y DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO ROMANO. **A)** La preterición. **B)** Las limitaciones cuantitativas de la libertad de testar: inoficiosidad y las limitaciones cualitativas. **C)** La Novela CXV. **II.** EL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA. **III.** LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. **A)** La Ley de Bases. **B)** La preterición formal o de los legitimarios. **C)** La inoficiosidad. **D)** La preterición material o de las legítimas. **E)** Desheredación injusta y preterición. **IV.** DESIGNACIÓN *MORTIS CAUSA*, VOCACIÓN HEREDITARIA Y DELACIÓN DE LA HERENCIA. **V.** DESIGNACIÓN *MORTIS CAUSA* Y VOCACIÓN HEREDITARIA DE LOS LEGITIMARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL. EL LLAMADO DERECHO DE REPRESENTACIÓN. **VI.** LEGITIMARIOS Y LEGÍTIMAS. **A)** Legitimarios descendientes. **B)** Legitimarios ascendientes. **C)** El cónyuge viudo. **D)** Contenido de la posición jurídica del legitimario. **E)** La satisfacción de las legítimas. **1)** *La sucesión intestada del viudo o viuda.* **2)** *El suplemento de la legítima.* **3)** *La desheredación injusta.* **4)** *La preterición intencional y la sentencia del Tribunal Supremo 725, de 9 de julio del 2002.* **VII.** EXA-

MEN CRÍTICO DEL ARTÍCULO 814 VIGENTE. **A)** De su párrafo 1.º **B)** De su párrafo 2.º **C)** De su párrafo 3.º **D)** De su párrafo 4.º **E)** De su último párrafo. **VIII.** EL NÚMERO 4 DEL ARTÍCULO 831 VIGENTE. **IX.** CONCLUSIÓN.

La preterición es una figura, una institución jurídica, consustancial al sistema sucesorio del Derecho romano y a los inspirados en él, que concilia la libertad de testar con los deberes post mortem del causante y testador con sus parientes más íntimos, con los herederos necesarios, o mejor forzosos, como los de los padres con sus hijos, los de los hijos con sus padres.

La preterición es impensable en un sistema de libertad absoluta de testar y es incompatible con el sistema sucesorio del Derecho germánico o los que lo siguen, en los cuales el nombramiento de los herederos forzosos es legal e imperativo.

Solucionar los problemas que plantea la preterición con fórmulas de Derecho germánico es un modo de confundir jurídicamente y la confusión no es el camino de la razón, sino de la contradicción. En este camino está el artículo 814, reformado por la Ley 13, de 11 de mayo de 1981.

La preterición fue siempre un olvido, una omisión del testador de los herederos forzosos o necesarios, que el Derecho sancionó en principio anulando el testamento y después la institución de heredero, omisión que tuvo diversas cristalizaciones, según las épocas.

En un principio se exigió al testador para la validez de su testamento que no olvidara en él a ninguno de sus herederos forzosos, a quienes tenía inexcusablemente que instituir o desheredar, reconocerlos como herederos o revocarles su título. Si omitía a alguno, el testamento se anulaba, la ley privaba al causante de la libertad de testar que le había concedido para ordenar su patrimonio y organizar su familia después de su muerte, abriendo la sucesión intestada y rigiéndose la herencia por la Ley encarnada en el testamento paradigmático, que es la sucesión abintestato.

En un principio ésta fue la única limitación, el único freno que sufría el pater familias, aunque se entendía que no cumplía con su deber de afecto, con su oficio de padre, quien no dejaba a los hijos desheredados una parte del as hereditario, deber que nació como moral, pero que se convirtió en jurídico cuando la moral empezó a relajarse, se fijó en una cuota del mismo, portio debita y después portio legitima y se tuteló con la que-

rela inofficiosi testamenti, que rescindía el testamento inoficioso, a menos que también estuviese incurso en preterición, que lo anulaba y la querela como acción subsidiaria no jugaba en este caso.

La potencialidad sucesoria de los herederos necesarios la tradujeron los juristas a mediados del siglo VI en la Novela CXV, imponiendo su institución como herederos y, si no eran instituidos, había preterición, aunque hubiesen sido desheredados, a menos que lo hubiesen sido en virtud de justa causa mencionada en el testamento. Desde entonces, la preterición no anulaba el testamento, sino la institución de heredero. Este nuevo tratamiento de los herederos forzosos y la previa concesión unos años antes de la autonomía de la actio ad suplandam legitimam dejaron sin función tutelar de la legítima a la querela inofficiosi testamenti.

Esta regulación es la que recoge el Código de las Siete Partidas, constituyendo el pilar de la penetración y desarrollo del Derecho sucesorio romano en Castilla, a pesar de la supresión por la Ley XIX del Ordenamiento de Alcalá del requisito de la institución de heredero para la validez del testamento, supresión discutida por los juristas castellanos sobre si se extendía o no a la institución de herederos de los herederos forzosos y que no se consolida definitivamente en la abolición de la preterición formal hasta la entrada en vigor del artículo 815 del Código Civil, que instaura la preterición material, que ahora tutela la legítima y comprende la inoficiosidad total, aunque la desheredación justa excluye la preterición y también la injusta. En caso de inoficiosidad parcial es la acción de suplemento la que tutela la legítima.

Esto ha sido la esencia de la preterición (1), que nació y vivió contemplando la persona de los herederos forzosos, preterición formal, y hoy se produce cuando se olvidan en el testamento alguna, algunas o todas las legítimas en su manifestación de inoficiosidad total testamentaria, pues aunque se la hubiese tenido presente o se las hubiese tenido presentes en donaciones se incurre en preterición material.

(1) Esencia que pretendo reflejar a grandes rasgos en esta apretada síntesis y tengo que reducir a meros accidentes, silenciándolos, elementos que han cambiado en el curso de los tiempos, como las personas de los herederos civiles, o sea, de los *sui*, las de los herederos del Derecho pretorio, que, además, corrigió, ayudó y suplió al Derecho civil en materia de sucesión contra testamento; los distintos requisitos de la desheredación y efectos de la preterición según fuese de un *filius suus* o de hijas o nietos, los problemas de los hijos póstumos, etc.

I. La preterición y desheredación en el Derecho romano

A) La preterición (2).

La preterición se fundó jurídicamente siempre en la potencialidad de los herederos necesarios para ser herederos del causante derivada de su posición preferente y excluyente como sus parientes más íntimos en la sucesión intestada paradigma del testamento, que, con limitaciones, la impedía, en un principio para superar la igualdad que encarnaba esta sucesión, que los juristas romanos han explicado la prioridad de la sucesión testamentaria con las limitaciones o frenos en beneficio de la intestada, acorde con la naturaleza, del modo que a continuación expongo (3).

Si el causante falleciese abintestato serían sus herederos, pero el abintestato no tiene lugar, si el causante otorga testamento y este importante acto emancipaba al *pater familias* de la Ley de la sucesión intestada, lo que le hace más superior, pues no va unido el destino de su herencia a la ley, que, normalmente, ordena con menos precisión los intereses de la familia que su propio jefe, que los vive y conoce en concreto y para ello le confiere la decisión sobre el destino de la misma después de muerto, lo que es progreso, superación, ya que el hombre decide por sí y no la ley por él; sin embargo, condiciona esa decisión, esa libertad civil que le otorga a su buen ejercicio y en principio entiende que no la ejercita bien, si se olvida de los parientes más íntimos integrantes de la familia no re-

(2) VOCI, Pascuale: *Diritto ereditario romano*, volumen segundo, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 632 a 754; VON MAYR: *Historia del Derecho romano*, traducida por Wenceslao ROCES, Colección Labor, Barcelona, t. I, 1930, pp. 248 y ss. y t. II, 1931, pp. 239 y ss. y 335 y ss. SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, actualizada por MITTEIS y WENGER y traducida por Wenceslao ROCES, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pp. 558 y ss.; SCHULZ: *Derecho romano clásico*, traducción de Santa Cruz Teigeiro, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1960, pp. 254 y ss. JÖRS y KUNKEL: *Derecho privado romano*, traducida por Leonardo PRIETO CASTRO, Editorial Labor, SA, Barcelona 1937, pp. 462 y ss.; BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano*, traducida por Luis BACCI y Andrés LARROSA y revisada por Fernando CAMPUZANO y HORMA, Instituto Editorial Reus, Madrid, sin fecha, pp. 642 y ss.; SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*, traducida por Juan de Dios TRÍAS y José María TRÍAS DE BES, Espasa Calpe, Madrid, 1927, vol. 2.º, pp. 439 y ss. D'ORS, Álvaro: *Elementos de Derecho privado romano*, publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1959, pp. 180 y ss. JUNA IGLESIAS: *Derecho romano-Instituciones de Derecho privado*, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, pp. 675 y ss. GARCÍA GARRIDO: *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 1985, pp. 609 y ss.

(3) De esta cuestión me he ocupado en mi libro *La legítima en el Código Civil*, Gráficas Lux, Oviedo, 1964, en un artículo publicado en el *Anuario de Derecho civil* del año 1969, pp. 313 a 381, titulado "Preterición formal y material y nulidad de la institución", recientemente en otro breve publicado en la *Revista Jurídica del Notariado* de octubre-diciembre de 2002 titulado "Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. (Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002)" y actualmente en la preparación de una segunda edición del libro primeramente citado.

conociéndoles o revocándoles su título de herederos y sancionando esta omisión con la preterición, es decir, dejando sin efecto esa libertad civil que le concedió y volviendo a la sucesión intestada, previa anulación del testamento. Por otra parte, rigiendo en el Derecho romano el principio *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*, si el testador, como exigía el *ius civile*, "*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*", no reconocía como heredero necesario a alguno de ellos ni lo desheredaba, ese o esos herederos, seguían siendo herederos intestados y como tales habría de concurrir a la herencia con los testamentarios, lo que contrariaba abiertamente el aforismo o principio antes expresado, mientras que con la anulación del testamento, con la preterición, sólo había herederos abintestato.

B) Las limitaciones cuantitativas de la libertad de testar: inoficiosidad y las limitaciones cualitativas.

Más tarde, cuando la moral principia a relajarse en algunos romanos, para encauzarlos les exige más, que eviten una desheredación injusta, que den a los herederos necesarios una participación en el as hereditario y, si el testador no da esa participación en su herencia, protege a los hijos desheredados con una querella que rescinde, que deshace el testamento y abre la sucesión intestada, regresa a ella ante el mal uso de la libertad ejercitada por el *pater familias*. Esta *portio debita*, que se fija sobre el ejemplo de la *Lex Falcidia* en un cuarto de la herencia intestada, sea uno o sean varios los herederos necesarios, legitima al heredero o herederos con quien o quienes el causante no había cumplido el deber de afecto, *officium pietatis*, hacia sus más íntimos parientes, con el lesionado o los lesionados en todo o en parte en su legítima, para que puedan resarcirse rescindiendo el testamento mediante el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, remedio que ahora pueden utilizar, si no hay preterición, ya que es subsidiario, porque el deber de afecto hacia sus más íntimos parientes, hasta entonces *moral* al dotar a los perjudicados con la *querela* en los casos de inoficiosidad, se ha convertido en jurídico. Sin embargo, el remedio era excesivo, tanto más cuanto lo dejado al legitimario más se aproximase a su *portio debita*, preocupando ello a los juristas, que buscaron caminos para mitigarlo, como fueron la *actio ad supplendam legitimam* y las imputaciones a la legítima.

No es claro que fuese una solución la constitución de CONSTANCIO y JULIANO del año 361, que estableció un medio para enervar la *querela* a iniciativa del testador, quien podía disponer que la cuota del heredero necesario se complete al arbitrio de buen varón, si resultase inferior a la debida, pues se trata de un legado que el heredero debe entregar siem-

pre al legitimario. Fue JUSTINIANO quien creó la *actio ad suplandam legitimam* por una constitución del año 528 con plena autonomía y en virtud de la cual el heredero necesario sólo puede exigir el complemento de la *portio debita*, que ahora se llama *portio legitima*, aunque el testador no dispusiese que se le reintegrase *arbitratu boni viri*, ya que se funda en la ley y es la propia ley la que evita la caducidad del testamento por inoficiosidad parcial, o sea, no asignación de la *portio legitima* íntegra.

Por otra parte, los actos *inter vivos* gratuitos empiezan a imputarse a la *portio legitima* para enervar la *querela inofficiosi testamenti*, como la constitución de la dote y la *donatio propter nuptias* y también la donación simple, pero en ésta es necesaria la cláusula de imputación.

Estas innovaciones, en cuanto afectan a la inoficiosidad, tienen esta relevancia:

El régimen de la preterición no sufre alteración.

Los casos de inoficiosidad se reducen, pues la atribución al heredero necesario de una cuota o bienes de valor inferior a su legítima, aunque el testador no prevea que se le entregue el complemento, la propia ley lo dispone y la impide por el mecanismo del ejercicio de la *actio ad suplandam legitimam*.

En los supuestos de actos a título gratuito a favor del legitimario, que sean imputables a su *portio legitima*, tampoco procede el ejercicio, si sumado el valor de esos actos a lo dejado en el testamento o por donación *mortis causa* supera o iguala el valor de la *portio legitima*.

Lo mismo ocurre si el heredero forzoso nada recibe en el testamento, aunque si recibió del causante, en concepto de dote, donación *propter nuptias* o donación con cláusula de imputación bienes que cubren su legítima, no procede la *querela* y tampoco procede si estos bienes no son suficientes, ya que el perjudicado sólo puede ejercitar la *actio ad suplandam legitimam*. Ahora bien, si el testador no lo desheredó, no revocó su cualidad de heredero, entrará en juego la preterición con los efectos destructivos del testamento.

JUSTINIANO amplió el año 529 con una limitación cualitativa, la meramente cuantitativa que sufrían las facultades dispositivas del testador a favor de los herederos necesarios, consistente en que los bienes deben dejarse libre de cargas (*modus*) gravámenes, de condiciones y de plazos, que se consideran no puestos en el testamento.

Por último, JUSTINIANO, en la Novela XVIII del año 536, amplió la cuota legitimaria de la cuarta parte del haber hereditario a un tercio o a un medio, según que los legitimarios fuesen respectivamente cuatro o menos, o más de cuatro.

C) La Novela CXV.

JUSTINIANO, en su Novela CXV del año 542, hace importantes modificaciones en el régimen de los herederos necesarios o forzosos:

Los herederos necesarios deben ser instituidos herederos. No es necesario que la institución lo sea en toda la cuota, siempre que el resto le sea atribuido por otro título. La ausencia de institución es una lesión al derecho de estos herederos, que lleva a la preterición.

El heredero necesario, si no es instituido heredero, hay preterición, aunque le haya dejado en el testamento legados que cubran su legítima o en vida donaciones; salvo si se dio una causa legal de ingratitud, el heredero tiene derecho a impugnar el testamento, cuya rescisión afecta únicamente a la institución de heredero, las otras disposiciones permanecen válidas.

La asignación de una cosa o cuota de valor inferior a la debida no permite al heredero necesario ejercitar la *querela*, sino la *actio ad suppleendam legitimam*.

La desheredación o exclusión de la herencia sólo está justificada en los casos taxativamente indicados por la ley y siempre que el testador no haya perdonado al ofensor. No requiere una desheredación expresa, aunque sí mención de la causa de la exclusión con referencia a una persona o a un grupo de personas. El viejo régimen de la *exheredatio* debe considerarse caducado, el heredero forzoso desheredado ya no podía recibir a título de legado la *portio legitima*, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior.

La desheredación injusta está equiparada a la preterición, estando sometidas ambas al mismo tratamiento jurídico en la Novela CXV (4): que “no se les origine ningún perjuicio a los hijos desheredados, sino que, invalidado el testamento en cuanto se refiere a la institución de herederos, vayan los hijos a la herencia de sus padres por partes iguales como abintestato..., mas si aconteciere que en alguno de tales testamentos se dejan algunos legados, o fideicomisos, o libertades, o nombramientos de tutores, o se disponen algunas otras cosas permitidas por las leyes, mandamos que todo esto se cumpla y se les den las cosas a quien hubiesen sido dejadas, que valga el testamento como si en esto no hubiere sido rescindido (5)”. En su capítulo IV, 9.º, equipara expresamente las penas de deshere-

(4) Cap. III, 14, incisos penúltimo y antepenúltimo.

(5) No obstante, la cuestión relativa a si los efectos de la preterición se proyectaban sobre el testamento o sobre la institución de heredero no fue una cuestión clara para los comentaristas de nuestro Derecho histórico, según trata de poner de relieve LLAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, imprenta Repullés, Madrid, 1827, pp. 268 y ss., en el comentario que hace a la Ley XXIV de Toro, que para él y

dación o de preterición de los ascendientes y lo mismo que en el capítulo III pr. y en el IV pr., que regula respectivamente la desheredación de los descendientes y de los ascendientes disponen que no sea lícito preterir o desheredar en su testamento los ascendientes a los descendientes y éstos a aquéllos.

Si la desheredación es justa, ese vínculo íntimo entre el testador y su descendiente o ascendiente se rompe y se extingue la obligación formal de reconocerle o instituirle heredero, pero para que surta efecto tiene que mencionar la causa y no haberle perdonado.

La preterición antes de la Novela CXV se funda en la potencialidad del *suus heredes* y del *liber* para ser herederos del causante, que lo serían si falleciese abintestato y se refleja en la limitación impuesta a la libertad de testar de éste exigiéndole el reconocimiento o la revocación de esa cualidad potencial de heredero, limitación o freno que no cumple, que infringe, si la desconoce incurriendo en preterición. Esta Novela traduce con más fuerza jurídica esa potencialidad del heredero necesario, del legítimo, al exigir al causante el reconocimiento de la misma imponiéndole que lo instituya heredero y no permitiéndole revocarla a su libre arbitrio y alterando el concepto de preterición, que ahora es tanto omisión o silencio en el testamento del heredero necesario como revocación arbitraria o injusta de su cualidad de tal heredero, la desheredación es incompatible con la institución, si es arbitraria o injusta, si no es justa, el heredero necesario no está instituido y hay preterición, preterición formal.

Siendo necesaria la institución de los legitimarios y pudiendo éstos ejercitar la *actio ad supplendam legitimam*, si no hay preterición, la *querela*, en este nuevo régimen de la Novela 115, ha perdido sus funciones primordiales que le fueron arrebatadas por la preterición al extender su ámbito a costa de la *exheredatio* y después de la reforma del 528 por la independencia concedida por la ley a la *actio ad supplendam legitimam*.

La función de la *querela inofficiosi testamenti* era tutelar al heredero necesario su *portio debita*, tanto si era instituido en cuota o cosa menor a su cuantía, como si era desheredado, mas después de la Novela 115 no

otros juriconsultos nada había modificado en este punto dicha Ley. Sin embargo, Juan HEINECIO, en sus *Recitaciones de Derecho civil romano*, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por Luis de Collantes y Bustamante, 8.^a edición, Valencia, librería de Pascual Aguilar, Caballeros, 1, 1888, t. II, p. 10, dice: "Por último, respecto de esta queja (de inoficioso testamento) antiguamente se destruía y todos sus capítulos si se rescindía; pero alteró esto JUSTINIANO por la Nov. CXV, c. 3, y estableció que, rescindido el testamento, sólo se invalidaba la institución de heredero y quedasen en su vigor todos los demás capítulos del testamento, como legados fideicomisos, nombramientos de tutores". Pero, como corrige LLAMAS y MOLINA (pp. 271 *in fine* y s.), antes HEINECIO (p. 9), reconoce que si los hijos han sido injustamente desheredados, pueden usar la *querella de nulidad* y el testamento nulo no puede rescindirse.

cumple esa función, pues en caso de institución en cosa o cuota menor a la *portio legitima*, si no se había recibido el resto por legado, fideicomiso, donación *inter vivos* o *mortis causa*, no procede la *querela*, sino la *actio ad supplendam legitimam*, ya que en su capítulo V dispone que de ningún modo se invalide el testamento en este punto, sino que se complete la legítima por los herederos. Si hubo preterición por omisión o por desheredación injusta con o sin atribución de la *portio legitima*, tampoco procede, porque es remedio subsidiario. Si hubo desheredación justa ni antes ni después de la Novela procede, porque son causas de exclusión de la *portio debita* o de la *portio legitima*, como resulta claramente de las constituciones 11, 19 y 23 del título XXVIII del libro III del Código y de los capítulos III y IV de dicha Novela. La inoficiosidad como causa de la *querela* queda excluida en las hipótesis en que juegue la *actio ad supplendam legitimam*, en los casos de desheredación justa o injusta y en los supuestos de preterición, por tanto, la inoficiosidad no legitima para el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*; su ejercicio es incompatible con el nuevo régimen introducido por la Novela CXV.

La inoficiosidad no era un concepto que se agotaba en la legitimación para el ejercicio de esta *querela*, sino que sigue desempeñando otras funciones: en materia de legítimas, en que antes la *portio debita* y después la *portio legitima* eran la medida de la inoficiosidad, cuyo concepto tiene plena relevancia jurídica hoy y también las imputaciones como concepto al servicio de la integración de una y otra, que podían recibirse antes y después de la Novela CXV por diversos títulos, herencia, legado, fideicomiso, donación *inter vivos* o *mortis causa*, y dote. La imputación corrige y evita la inoficiosidad. La acción de suplemento de la legítima tiene su reverso en la inoficiosidad, que es la medida de la lesión de la legítima y se corrige mediante la reducción de la dote, donación o disposición *mortis causa*. La *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* son los instrumentos de defensa contra las donaciones y dotes que lesionan la *portio debita* y sólo atacan la donación o dote en cuanto basta para la reconstitución de la *cuarta* (6) o partir de la Novela XVIII, de la legítima. El concepto de inoficiosidad construido por y para la *querela*, muerta ésta jurídicamente, se puso al servicio de la acción de suplemento de la legítima, que es una acción de reducción semejante a la que engendraban las dotes y las donaciones inoficiosas. Por tanto, la acción de reducción de las disposiciones inoficiosas y la de suplemento de la legítima son las herederas de las *querelae*, pero con signo opuesto a la *inofficiosi testamenti*, ya que su objetivo era y es conservar el testamento, no invalidarlo, como la vieja *querela inofficiosi testamenti*.

(6) Código (3, 29) 5, 7 y 8, respecto de las donaciones y C. (3, 30) 1 en cuanto a la dote.

Estos son a grandes rasgos los hitos más importantes de la construcción por los juristas romanos del sistema legitimario, que conciliaba la libertad de testar con los deberes del testador con sus parientes más íntimos y que adoctrinó e inspiró el Derecho histórico de Castilla hasta nuestros días, aunque el Código Civil abolió el último vestigio formal de la potencialidad de los herederos forzosos, descendientes y ascendientes, la obligación de instituirles herederos, si no se quería incurrir en preterición, preterición en la que se caía, aun cuando con legados se hubiese cubierto sus legítimas. *Esta abolición de la necesidad de instituir heredero al legitimario para impedir la preterición, que devalúa en el testamento la potencialidad del heredero forzoso, la conserva inalterada como heredero intestado, en caso de preterición y también de desheredación injusta, aunque la nulidad de las disposiciones a consecuencia de las cuales se abre la sucesión intestada sea más amplia en aquel caso que en éste.*

Seguidamente sintetizaré a grandes rasgos la proyección del Derecho romano en el Derecho histórico de Castilla.

II. El Derecho romano en el Derecho histórico de Castilla

Durante la dominación visigótica coexistieron los sistemas romano y germánico. El Código de Eurico del año 475 es la ley de los vencedores y representa el sistema germánico y el Breviario de Alarico del 506 el de los vencidos y representa el romano. La *Lex Visigothorum* de Recesvinto o *Liber Iudiciorum* del 654 es expresión de la fusión de ambas legislaciones, si bien acogió la reserva de cuatro quintos a favor de los hijos, tomada del Código *Revisus* de Leovigildo del año 586, o mejor, de una ley de LEOVIGILDO, *Si mulier a marito*, que disponía: si la mujer tenía hijos de su matrimonio no podía disponer de los bienes recibidos por ella del marido fuera de la dote, sino de una quinta parte de los mismos, con lo cual se establecía la legítima de los hijos en cuatro quintos del patrimonio (7) y la *Dum Inlicita* de CHINDASVINTO de los años 643 ó 644, relativa a la mejora de un décimo, que ERVIGIO en el año 681 elevó a un tercio, expresando ambas leyes un predominio del Derecho germánico, aunque como simple medida.

Estas proporciones germánicas perduraron en el Derecho de Castilla.

La Ley IX del título V del libro III del Fuero Real de 1255, inspirándose en la Ley I del título V del libro IV del Fuero Juzgo, disponía que ningún hombre que tuviere hijos o nietos que hayan de heredar, no puede

(7) VALDEAVELLANO, G. de: *Estudios medievales de Derecho Privado*, Universidad de Sevilla, 1977, p. 330.

mandar ni dar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes; pero si quiere mejorar a alguno de los hijos o de los nietos puede mejorarlos en la tercera parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puede dar por su alma o en otra parte donde quisiere y no a ellos.

El Código de las Siete Partidas de 1256, que se inspira sustancialmente en el Derecho romano-justiniano, pudiendo afirmarse que casi totalmente en materia de desheredación y preterición, como se evidencia con la lectura de las Leyes 1.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a y 10 del título VIII, Partida 6.^a, que copian los capítulos III y IV de la Novela CXV que expusimos al rescatar esta Novela.

Las Partidas con su carga de Derecho romano principian a integrarse legalmente en el Ordenamiento de Castilla a través del Ordenamiento de Alcalá del año 1348, cuya Ley Primera del título XXVIII se denomina así: “Como todos los pleitos se deben librar primeramente por las Leyes de este libro; y lo que por ellas no se pudiere librar, que se libre por los Fueros; y lo que por los Fueros no se pudiere librar, que se libre por las Partidas” y lo repite en su contenido, “y los pleitos y contiendas que no se pudieren librar por las leyes de este nuestro libro y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leyes de las Siete Partidas”. No fue ésta la única penetración de las Partidas en el Derecho castellano, como Derecho supletorio, como fuente del Derecho, sino también, como dice VALLET DE GOYTISOLO (8), porque sus conceptos romanos fueron invadiendo el Derecho autóctono, como consecuencia de que los comentaristas estudiaban conjuntamente el Derecho real y el Derecho común.

El Ordenamiento de Alcalá, en su Ley XIX, que proclama la validez del testamento, aunque el testador no haya instituido heredero o éste no quisiere heredar (9), lo que en los siglos XVII y XVIII provocó una discusión entre los juristas acerca de si extendía o no al requisito de la institución del heredero forzoso para impedir la preterición, teniendo en cuenta que desde la Novela CXV de JUSTINIANO, la preterición no causaba la nulidad del testamento, sino de la institución de heredero, siendo RODRIGO SUÁREZ, VÁZQUEZ DE MENCHACA, ANTONIO DE PADILLA, MENESES, JUAN GUTIÉRREZ y otros favorables a la supresión y CASTILLO DE SOTOMAYOR, JUAN DE ROJAS, DIEGO DE CALATAYUD, LUIS MOLINA y otros defensores de que la legítima debía de atribuirse a título de herencia.

La Ley XXIV de las Leyes de Toro de 1505, para resolver la cuestión que plantea la mejora, cuestión extraña al Derecho romano y a las Partidas, como institución que era del Derecho germánico, que en los casos

(8) *Apuntes de Derecho sucesorio*, INEJ, Madrid, 1955, pp. 16 y s.

(9) Esta Ley XIX fue recogida en la Novísima Recopilación en su Ley 1.^a, del t. XVIII del libro X.

de preterición y desheredación las equipara en cuanto a los efectos en estos términos: "Cuando el testamento se anulare por causa de preterición o exheredación, en el cual oviere mejoría de tercio o de quinto, no por eso se rompa y menos deje de valer dicho tercio, o quinto, como si dicho testamento no se rompiere". LLAMAS Y MOLINA (10) dice que esta Ley dispuso lo mismo que la Novela CXV, que se conserven los legados contenidos en el testamento y nuestro Derecho real de las partidas, siguiendo las huellas del romano, repite su disposición en la Ley 7.^a, tít. 7.^o, partida 6.^a, y lo mismo hace la presente ley sin otra diferencia que comprender los legados bajo el nombre de mejoras de tercio y de quinto" (11).

Las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación del año 1567 y la Novísima de 1805 no alteraron en esta materia el sistema legal, pero nuestros juristas se educaron y pensaron como romanistas. La lucha de los antagónicos sistemas germánico y romano, hasta la promulgación del Código Civil, continuaron con las mismas fuerzas legales que tenían después de la promulgación del Ordenamiento de Alcalá, pero la fuerza científica, la solvencia doctrinal del Derecho romano, siguió vigorizando el Derecho castellano hasta reducir en él el germánico a una simple medida.

III. La preterición y la desheredación en el Código Civil

La recepción por el Código Civil de la construcción romana de la preterición y la desheredación se hizo a través de su Derecho histórico que, como hemos expuesto en breve resumen, adoptó la naturaleza romana. Rafael NÚÑEZ-LAGOS (12) a este propósito escribe: "La exposición de nuestro Derecho sucesorio sólo puede hacerse mediante conceptos y realidades definidos históricamente. El Derecho positivo actual únicamente nos será claramente inteligible por referencia, confirmatoria o derogatoria, al Derecho anterior, y, por tanto, en función de él. Pero ha sido más cómodo y fácil hacer el cotejo con los modelos de Derecho francés, sin tener plena conciencia del abismo profundo que separa nuestro Derecho sucesorio, de recia estirpe romana y boloñesa, del Derecho francés, transcripción del *Droit coutumier*, con clásico entronque *germánico*". El estudio lo inició Juan VALLET DE GOYTISOLO ese mismo año.

(10) Ob. cit., pp. 272 y s.

(11) Como vemos, cuando la mejora se hace por vía de legado o más exactamente de prelegado, no hay problema, pero sí parece más dudoso, si hace mediante institución de heredero, de lo que me ocuparé al estudiar el Código Civil.

(12) *El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil*, Instituto Editorial Reus (separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de abril de 1951), Madrid, 1951, pp. 23 *in fine* y s.

Trataré de explicar la sustancia romanista en esta materia de nuestro Derecho sucesorio de nuestro primer Cuerpo legal (13), examinando simultáneamente el Proyecto de 8 de mayo de 1851, la Ley de Bases y el articulado del Código Civil.

A) La Ley de Bases.

La base 1.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888 dispone: “El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio...”.

La base 15 dice: “... se mantendrá en su esencia la legislación vigente... así como todo lo relativo a la capacidad para disponer y adquirir por testamento, a las instituciones de herederos y a la desheredación, mandas y legados ... la revocación e ineficacia de las disposiciones testamentarias, ordenando y metodizando lo existente, y completándolo en cuanto tiende a asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades”.

La 16 fija las legítimas, mejoras y cuota libre de los descendientes legítimos en tres partes iguales y cuota libre y legítima por mitad en la de los ascendientes y la 17 establece la legítima del viudo o viuda.

El Código Civil ha cumplido con esas bases. Ha respetado, mejorándolo, el articulado del Proyecto de 1851, así el artículo 640, precedente del 806, es mejorado por éste; el 642 regulaba una legítima variable de dos tercios, si quedaba un solo hijo y cuatro quintos si quedaban dos o más, que es el antecedente del párrafo 1.º del 808, que tuvo que establecer la cuantía invariable de dos tercios, porque se lo impuso la base 16 y, en consecuencia, también modificó su párrafo 2.º, relativo a la mejora, cuyo antecedente era el 654. El 643 del Proyecto se refiere solamente a las limitaciones cualitativas de la legítima (gravamen, condición y sustitución),

(13) El estudio, construcción, interpretación y aplicación de esta cuestión fue obra de VALLET DE GOYTISOLO y están contenidas fundamentalmente hasta la reforma de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, en sus citados *Apuntes de Derecho sucesorio*, principalmente en sus pp. 8 a 116, continuados en artículos y libros tales como “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, en *Anuario de Derecho civil*, en adelante *ADC*, de enero-marzo de 1965, pp. 3 a 139; “Significado jurídico social de las legítimas y de la libertad de testar”, *ADC* de enero-marzo de 1966, pp. 3 a 44; “El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles”, *ADC* de 1967, pp. 3 a 115; “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil”, *ADC* enero-marzo de 1970, pp. 9 a 123; estos tres últimos artículos están incluidos en el libro siguiente: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, dos tomos del vol. LVIII del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974; *Panorama del Derecho de sucesiones, I, Fundamentos*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1982, pp. 437 a 690.

está recogido en el 813, párrafo 2.º (14), que, además, excepciona lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo establecido en la base 17 y en su párrafo 1.º regula la desheredación justa sobre la que el 643 guarda silencio, no el Proyecto. El párrafo 1.º y el 3.º o último del 814 están calcados del 1.º y 2.º o último del 644 y el párrafo 2.º de aquél es nuevo, porque en el Proyecto de 1851 el cónyuge viudo no era legitimario. El 815 está inspirado en el 645 y *suprime el requisito de la institución de heredero del legitimario para la validez del testamento, acabando con la discusión, pero conserva la designación forzosa de los artículos 807 y concordantes, que le defieren la herencia como heredero intestado al abrirse la sucesión abintestato en cuanto al contenido patrimonial de las disposiciones anuladas total o parcialmente o reducidas*. Por último, el 669, que regulaba la desheredación injusta, precedente del 851, que aparte de retocarlo gramaticalmente en su primera parte, dispone que “anulará la institución de heredero **en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados y mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima**”; mientras que el 669 del Proyecto disponía: “**anula la institución de heredero**; pero valdrán la mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima”.

También recogió el sentido y capital pensamiento del Derecho histórico patrio, como ya hemos puesto de relieve en otras ocasiones (15).

Ahora intentamos exponer los conceptos de preterición, desheredación y sus efectos en nuestro Derecho histórico asumidos por el Código Civil y que apenas hubo desviaciones de nuestro Derecho histórico, hasta la reforma del artículo 814 por la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, que no parece respetuoso con la tradición sucesoria castellana en materia de preterición ni con la clara idea que acogió en la de desheredación, ni con la doctrina jurídica unitaria que, como escuela de Derecho, la construyó, explicando la lectura jurídica del sistema de nuestro Código en este punto, que considera al hombre como ser humano con decisión propia. Por otra parte, la lectura que hizo y sigue haciendo no era, además, incompatible con la reforma política y social que éste, nuestro primer Cuerpo legal, sufrió con esta Ley y la de 30, de 7 de julio de 1981, más cargadas de miserias materialistas que de ideales humanistas, en detrimento de la familia tradicional, sin relevo ni alternancia con este grupo básico y con grave falsificación humana y sin beneficiar en la mayor parte de los casos a sus elementos desintegrados y especialmente a los hijos. Con el artícu-

(14) Sobre esta cuestión, véase la monografía de REAL PÉREZ, Alicia: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, especialmente pp. 101 y ss.

(15) En *La legítima en el Código Civil* ya citada, pp. 5 a 36 y 72 a 189, y en “Preterición formal y material y nulidad de la institución”, también citada, pp. 313 a 381.

lo 814 derogado por aquella Ley, la reforma, que no compartimos, no hubiese sufrido ningún cambio, mientras que las importantes modificaciones que sufrió con la Ley 11 de 1981 degradaron la altura humana y jurídica del mismo. No se puede maltratar con esa frivolidad la sustancia jurídica a un artículo, que expresaba con claridad la esencia de una doctrina y una práctica construida por los mejores juristas de la Historia y con dos mil años de vigencia.

B) La preterición formal o de los legitimarios.

La preterición ha sido siempre una omisión de un descendiente o ascendiente que sería heredero intestado, si el causante no hubiese testado. En un principio y como limitación a la libertad de testar, el Derecho exige que reconozca al heredero forzoso su cualidad de tal o se la revoque; si no lo hace, la ley sanciona esa desconsideración con la preterición, con la nulidad del testamento, que sustituye por el modélico de la sucesión abintestato. Este sentido perdura hasta la Novela CXV del año 542, donde la vitalidad del heredero forzoso se potencia, exigiendo al testador que lo instituya heredero y si no lo hace cae en preterición, aunque lo desherede, porque el testador ya no tiene poderes para revocar el título de heredero al legitimario, salvo si lo hace con justa causa, *la cual extiende desde ahora su eficacia sanatoria, no sólo para lo que fue creada, para dispensar testador de los deberes de piedad con sus íntimos parientes en virtud de justa causa, sino también para impedir la preterición*. Sin embargo, como hemos visto, el Ordenamiento de Alcalá en su Ley XIX, coherente con su espiritualismo, suprime el requisito de la institución de heredero para la validez del testamento, planteándose la cuestión, muy discutida en los siglos XVII y XVIII, si el testamento era válido, aunque algún heredero forzoso fuese un simple legatario, que no había sido instituido heredero. Nuestro Código sanciona la validez del testamento, aun cuando el legitimario no hubiese sido instituido heredero, suprimiendo definitivamente el último requisito de la preterición formal en su artículo 815, “El heredero forzoso a quien el testador *haya dejado por cualquier título* menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma”. Por tanto, el legitimario dejó de ser heredero forzoso, aunque ya era discutido antes del CC que lo fuese y, evidentemente, no lo es después de él, aunque sigue siendo heredero intestado, lo mismo que cuando era heredero necesario o forzoso. La legítima al “heredero forzoso”, en rigor legitimario, el testador podía satisfacerla instituyéndole heredero, con uno o más legados y también mediante donaciones, siempre que éstas le sean reconocidas o imputadas a su legítima en el testamento. La donación, aunque el donante la impute a la legítima del donatario, no im-

pide la preterición, porque el legitimario está olvidado como tal en el testamento, que es el único acto que el artículo 815 considera para decidir si hay o no preterición, en el que el causante contempla su muerte y que entra en vigor en el instante de la misma, lo que no ocurre en la donación *inter vivos*, que no se contempla y si se hace es accidentalmente, no esencialmente. La preterición como formalidad omitida en su primitiva manifestación se polariza en la institución o desheredación testamentaria del heredero necesario y después solo en la institución, cuando se impuso como necesaria, ya que su omisión es preterición y este requisito formal de la institución es abolido por nuestro Código Civil, la preterición formal es sustituida por la preterición material, que nació y se desarrolló en Roma durante la primera manifestación de preterición formal, no como tal preterición material, en principio con unos efectos muy parecidos a aquélla, proteger a los legitimarios sus legítimas contra el testador que no las respetara, que no cumpliera sus deberes de piedad con ellos o con alguno de ellos y después se fueron buscando instituciones, como la *actio ad supplendam legitimam* y las imputaciones para mitigar el rigor de la rescisión del testamento, en rigor para conservarlo, pero sin que los legitimarios lesionados fuesen perjudicados en sus legítimas, como hemos visto y vamos a ver a continuación en el Código Civil.

C) La inoficiosidad.

Con la *exheredatio*, como hemos dicho y repetimos, el testamento es perfecto, los hijos del testador no tienen ningún remedio contra él. Es deber del padre evitar una desheredación injusta, es una competencia de su oficio, pero este deber en un principio era moral, no jurídico. Se transforma en jurídico cuando la desheredación injusta tiene por sanción la invalidez del testamento, lo que se logra con la *querela inofficiosi testamenti*. Con la admisión de esta *querela* surge el concepto de la inoficiosidad. Esta es la negación a los *sui heredes* y a los *liberi* de una justa participación en el *as hereditario*, que se la llamó la *portio debita*, que tenía su fundamento en el deber de afecto, *officium pietatis*, hacia los parientes más íntimos y podía ser cumplida por el testador en principio a título de herencia, legado, donación *mortis causa*, no de donación *inter vivos* y dote. Su cuantía se fijó en la cuarta parte de la herencia intestada. El testador no tiene el deber de dejarla a un hijo que no la merece, no tiene para con él ese deber de piedad; en consecuencia, en virtud de esa justa causa podía privarle de ella y cumplía con su oficio. Esta justa causa no tiene nada que ver con la desheredación por la cual el testador revoca al heredero necesario su título potencial de heredero abintestato. La justa causa se entronca con el deber de afecto, que no tiene por qué tenerlo el

testador cuando su íntimo pariente guarda una mala conducta y la *querela inofficiosi testamenti* no tiene razón de ser, porque no hay inoficiosidad, pues el testador cumple con su oficio de *pater familias*. Tampoco la hay cuando el testador cumplía con su hijo con el deber de afecto cristalizado en la cuarta parte de la herencia intestada, si era uno sólo, por medio de legados o donaciones *mortis causa* iguales superiores a la *portio debita*. La institución en menos de un cuarto de la herencia intestada impide la preterición, pero no la *querela*, a menos que reciba prelegados o donaciones *mortis causa*, que sumadas al importe de la institución iguallen o superen la cuarta parte de la cuota abintestato. En esta época, cuando un heredero necesario no recibía su *portio debita* íntegramente, la lesión, fuese grande o pequeña, la curaba la *querela inofficiosi testamenti*, subsanando el cumplimiento del deber del testador rescindiendo o anulando el testamento y abriendo la sucesión intestada y consiguiendo el heredero toda la herencia, si es único o una fracción de la misma, cuyo numerador es uno y el denominador el número de herederos, si son varios. Esta solución era excesivamente destructiva y los juristas trataron de mitigar sus efectos (16) por dos caminos, que siguen siendo muy utilizados en nuestros días, la acción de suplemento de la legítima y las imputaciones a la legítima.

La *actio ad supplendam legitimam* es una creación de JUSTINIANO en virtud de una constitución del año 528, según la cual el heredero sólo puede exigir el complemento de la *portio legitima*, aunque el testador no hubiese dispuesto que la completase a *arbitratu boni viri*, ya que se funda en la ley y es la propia ley la que impide la caducidad del testamento por inoficiosidad parcial. Este remedio está vigente en nuestro Código Civil en su artículo 815, que dispone que el “heredero forzoso a quien el testador haya dejado menos de la legítima que le corresponde, podrá pedir el complemento de la misma”, mejor aparentaba expresarse el 645 del Proyecto de 1851, que decía: “sólo podrá pedir el complemento de la misma”, con lo cual evidentemente estaba excluida la querella para reparar el daño; sin embargo, es más perfecta la redacción del artículo de nuestro Código, porque una interpretación histórica, como acabo de exponer, nos conduce a la exclusión de la querella y lo mismo la sistemática, ya que la querella no está regulada ni prevista en él y el artículo 743 dispone: “Caducarán los testamentos y serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”. La palabra *sólo*, sin duda, excluiría más rotundamente

(16) La constitución de CONSTANZO del año 361 poco resolvió, fue orientativa, pues el testador siempre pudo hacer ese legado, aunque a diferencia de la *actio ad supplendam legitimam* introducida por JUSTINIANO el complemento procedía de una disposición testamentaria, no de la ley.

la querella, pero nos llevaría a pensar que el legitimario perjudicado adquiriría por ministerio de la ley directamente el complemento y no previa reducción de la disposición testamentaria o donación inoficiosa, como heredero intestado, que es el que le da el título a causa de la sanción que impone al testador o donante, que no respeta las leyes que regulan su libertad civil de testar, reducción que regulan los artículos 817, 819, párrafo último, y 820.

Las imputaciones a la legítima de los actos *inter vivos* gratuitos empiezan a admitirse para enervar la *querela inofficiosi testamenti*, tales como la dote y la *donatio propter nuptias* y también la donación simple, pero en ésta es necesaria la cláusula de imputación. En nuestro Código Civil, aunque la dote ha sido abolida por la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, cuando conforme al artículo 1.336 derogado, se había constituido por donación se regía por las mismas normas que las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras, es decir, que se imputarán a sus legítimas, conforme al artículo 819, párrafo 1.º, sin necesidad de cláusula para que se imputen a la misma.

La limitación cualitativa impuesta por JUSTINIANO por una constitución del año 529 (Código 3, 28, 32) la recoge el artículo 813, párrafo 2.º: “Tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”, cuyo tratamiento jurídico es su nulidad por contrariar una ley imperativa, tanto desde que se promulgó el Código Civil hasta el Decreto 1836, de 31 de mayo de 1974, conforme al artículo 4.º, párrafo 1.º, ya que el gravamen impuesto que infringía el artículo 813 no ordenaba su validez y, por tanto, era nulo, como desde la reforma de su título preliminar, cuyo artículo 6.º-3 impone la nulidad y el artículo 813 no establece “un efecto distinto para el caso de (ésta) contravención”, a diferencia de lo legislado en los casos de disposiciones cuantitativas inoficiosas.

Como hemos visto en materia de preterición, desheredación, legítimas e instituciones afines, nuestro Código Civil ha tomado como base el Proyecto de 8 de mayo de 1851, que había recogido el Derecho histórico de Castilla, el cual se inspiró y construyó sustancialmente sobre las enseñanzas del Derecho romano y seguidamente vamos a hacer esta interpretación histórica para fijar estos conceptos en nuestro Primer Cuerpo legal, que choca abiertamente con la reforma del artículo 814 por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y comprobar que está fuera del espíritu del Derecho romano relativo a la sucesión de los “herederos forzosos”, hoy legitimarios, acogido en el articulado del citado Código.

La preterición en un principio estuvo causada por el olvido u omisión por el testador de alguno o de algunos herederos necesarios, a quien o

quienes no instituye ni deshereda y que el Derecho romano sancionaba con la nulidad del testamento, porque este heredero o estos herederos, al no haber sido instituidos ni desheredados, al no haber sido reconocido ni revocado su llamamiento legal, no podía ejecutarse el testamento, cumplirse, pues seguían llamados por la Ley de la sucesión intestada, que sólo el testamento podía impedir su entrada en vigor, pero siempre que agotase los llamamientos a toda la herencia, lo que en este caso no ocurría por razón del llamamiento o llamamientos abintestato, que no habían sido revocados, ya que si concurrían con los herederos testamentarios se infringiría el principio *neque idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest*. Esta preterición es una preterición formal, parece un requisito de forma del testamento y contempla la persona del legitimario en su relación sucesoria con el causante, no la legítima como cuota de la herencia, que nunca contempló ni cuando el deber del testador para con sus íntimos parientes era un deber moral, ni cuando el Derecho lo convirtió en jurídico al tutelarlos con la *querela inofficiosi testamenti*.

La Novela CXV deroga esta modalidad de la preterición formal al excluir que la *exheredatio* la impida, solamente la institución del heredero necesario la evita, si éste no es instituido, hay preterición, aunque por vía de legado o de donación le haya satisfecho su legítima, salvo si existiese una justa causa de desheredación, que el testador tenía que mencionar en su testamento. De este modo surge el primer contacto entre preterición e inoficiosidad, entre preterición formal y material, pues en principio la inoficiosidad, el incumplimiento de los deberes de piedad del testador con los herederos necesarios eran meramente morales y no tenían trascendencia jurídica y después, al tutelarlos con la *querela inofficiosi testamenti*, se convirtieron en jurídicos, mas su incumplimiento se sancionaba con la rescisión del testamento y la apertura de la sucesión intestada, con unas consecuencias o efectos jurídicos análogos a la preterición, aunque no la había.

D) La preterición material o de las legítimas.

Ahora bien, cuando la *exheredatio* impedía el juego de la preterición, o sea, antes de la Novela citada, los legados, las donaciones *mortis causa*, las donaciones simples con cláusula de imputación cuantitativamente iguales o superiores a la *portio debita*, después a la *portio legitima*, empezaron a abrirse el camino de enervar los destructivos efectos de la *querela inofficiosi testamenti* y el testamento se conservaba íntegro, incluso en el breve período que discurre desde el año 528 hasta la citada Novela CXV del 542, en el que una constitución de JUSTINIANO (17) de aquel año ad-

(17) Código, libro 3, título XXVIII, 1 y recogen las Instituciones, 2, 18, 3.

mitió la procedencia de la *actio ad supplendam legitimam* y no la *querela inofficiosi testamenti*, aunque el testador no hubiese ordenado la compensación de la diferencia, período en que la *exheredatio* evitaba la preterición y esta *actio* también impedía la *querela*, al margen de la voluntad del testador por el juego independiente o autónomo de dicha *actio ad supplendam legitimam*, con lo cual la *querela* sólo procedía ejercitarla cuando la inoficiosidad era total, es decir, nada había dispuesto el causante a favor del desheredado ni en su testamento ni por cualquier clase de donación imputable a la legítima de éste, período que destacamos, porque es el que mejor se refleja en nuestro Código, cuyo artículo 815 abolió la preterición formal causada por la no institución de heredero del legitimario, ya que el testador podía dejársela por cualquier título, siempre que constase en el testamento, zanjando así la discusión acerca si era o no necesaria la institución, sobre todo en los siglos XVII y XVIII, discusión causada porque la Ley XIX del Ordenamiento de Alcalá declaró válido el testamento, aunque no contuviese la institución de heredero o éste repudiase la herencia.

Los deberes del causante para con sus íntimos parientes, que principiaron siendo ajenos a la preterición, entraron en ella por la puerta de la inoficiosidad, del incumplimiento de los mismos. La preterición, que nació de la potencialidad de los herederos necesarios como herederos intestados de primer grado a quienes el testador tenía que reconocer o revocar su título como primer paso para la validez de su testamento, contemplaba la persona del heredero, no la cuantía de la herencia. Ésta empezó a pesar jurídicamente cuando el testador, sin razón, no les daba una participación en la misma, que nos atrevemos a calificar de débito del causante por causa de muerte, *portio debita*, que se fijó con el tiempo en una cuarta parte de la herencia intestada para los herederos forzosos, la cual no era requisito que lo concediese a título de heredero, pero si el testador no disponía a su favor e íntegramente de la *portio debita* recibirían toda la herencia como herederos intestados, solución que no parecía justa, pues se tenía derecho a una cuarta parte y se recibía la totalidad, cuatro veces más. A los juristas, sin duda, preocupaba esta iniquidad, a la que buscaron remedios, como vimos, la imputación a la *portio debita* de los actos a título gratuito del testador, que después fue la legítima y la *actio ad supplendam legitimam*, en virtud de la cual adquirirían el suplemento o el complemento por muy pequeña que fuese la cuota recibida, complemento que no puede existir si nada han recibido, si hay inoficiosidad total, lo que en el fondo es un olvido, una omisión, como en los casos de preterición. Abolida por el artículo 815 la preterición formal, derivada de la no institución de heredero al legitimario, el olvido, la omisión, consistente en no dejar nada en el testamento, ni aun el recuerdo de una donación

imputada a la legítima o su imputación a ella, constituía para nuestro Código Civil preterición, según su primitivo artículo 814 y el reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, que sancionaban con la anulación de la institución, fundándose en la potencialidad derivada de los deberes del causante hacia sus más íntimos parientes, que la ley considera privilegiados herederos intestados, solucionando la cuestión abriendo la sucesión abintestato considerada el paradigma del testamento, en la cual necesariamente ha de deferirles la herencia precisamente por ser legitimarios, dualidad personal inseparable de legitimario y heredero intestado para el funcionamiento del sistema sucesorio de nuestro Código y de los inspirados en el Derecho romano.

De no haber aceptado el Código Civil esta solución jurídicamente fundada de la preterición para la inoficiosidad total, ya que la preterición formal había muerto para él, si querían respetarse las legítimas y solamente las legítimas habrían tenido que crear para el legitimario una "*actio legitimam*" para reclamar su legítima íntegra o el suplemento de la misma, desterrando de su ámbito jurídico la preterición; sin embargo, con el artículo 814 ha querido conservar esta figura, ahora como silencio del testador respecto de la legítima u omisión del pago de la misma.

E) Desheredación injusta y preterición.

El Código ha dado un tratamiento jurídico diferente a la preterición de la desheredación injusta, lo que no hubiese sido posible si hubiese prevalecido la necesidad de instituir heredero al legitimario para evitar la preterición, porque entonces la desheredación injusta siempre desembocaría en la preterición, ya que la desheredación era esencialmente la negación de la institución de heredero del legitimario.

Sin embargo, una figura construida para denegar la *querela inofficiosi testamenti* al heredero forzoso en algunos casos de inoficiosidad, la desheredación justa, fue asumida por los artículos 813, párrafo 1.º, y 848 y siguientes, una vez muerta la *querela* sin ningún esfuerzo para regular e impedir la nueva preterición, la preterición material, porque los deberes del testador con el heredero forzoso decaían ante una conducta reproachable de éste y no estaba obligado a instituirle heredero, aunque debía mencionar la causa de la privación y no haberle perdonado.

Ahora bien, una vez suprimido el requisito formal de la necesidad de instituir heredero al legitimario, la desheredación injusta no se confunde con la preterición, porque en la realidad jurídica son dos figuras distintas, que deben causar efectos jurídicos diferentes una de otra de acuerdo con su naturaleza, razón por la cual el Código confirió a ésta los propios de una voluntad muda, que nada dice y la suple con la sucesión intesta-

da y a aquélla los de una voluntad expresa o tácita, pero clara, que lo dice todo sobre ese particular, confusión que quiso, con buen criterio jurídico impedir, evitar, porque en la desheredación injusta la voluntad del testador es evidente, no dejar nada al desheredado y, si no es posible, no parece dudoso que esta voluntad testamentaria se traduzca en entregarle el mínimo, la legítima, criterio que aceptó el artículo 851, que separa radicalmente la desheredación de la preterición, separación que, en cuanto a los efectos, no hacía así el 669 del Proyecto de 1851, que simplemente *anula la institución de heredero*, como en la preterición en su artículo 644 y *no en cuanto perjudique a la legítima*, como hace el 851 del Código Civil, mientras que el 814, en sus dos primeras redacciones, decreta unos efectos más amplios, más graves, para la preterición, porque se desconoce la voluntad del testador, al disponer “*anulará la institución de herederos*”, sin limitar la anulación al perjuicio de la legítima del preterido, sino llamándole a la herencia intestada, que es un “testamento legal modélico”, que se abre por la nulidad de la institución de heredero.

Los fundamentos jurídicos y el progreso en la ejecución de la sucesión testamentaria, que supuso el artículo 851 del Código, que traducía con claridad meridiana la voluntad del testador, no dejar nada o el mínimo al desheredado, respecto al 669 del Proyecto, que al anular la institución sin el límite de la legítima no le dejaba ese mínimo que se desprendía de la voluntad del testador, los ahogó sin sentido jurídico la reforma que la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, hizo del artículo 814 del CC, que ha seguido el camino de la confusión e hizo la reforma conservando el nombre de preterición y apropiándose de los efectos de la desheredación injusta para la preterición de cualquier clase de los ascendientes y, respecto de los descendientes, distinguió la preterición intencional, a la que también dio el tratamiento de la desheredación injusta, de las pretericiones no intencionales, a las que dio efectos más amplios y distintos (18). Un artículo publicado en 1955 (19) criticando la solución uniforme para

(18) Con alguna excepción, como la del inciso final del párrafo 2.º, del mismo artículo 814 reformado.

(19) En la *Revista de Derecho Notarial* de enero-marzo de ese año, titulado “La representación en la herencia testada y la preterición de los herederos forzosos”, donde se comenta la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952, en cuyos hechos proclaman una evidente preterición, pero que no se planteó ante los tribunales, como si no estuviese emparentada con la misma. La testadora, entre otras disposiciones que no interesan, que no afectan al caso, en una, instituyó herederos en el tercio de legítima a sus dos hijos vivos y a los descendientes de otros tres hijos premuertos, y en otra, el remanente de los tercios de libre disposición y de mejora después de deducir los legados precedentes lo heredarán por partes iguales su hija y su hijo vivos. Su hijo falleció después de otorgado el testamento y antes que su madre, dejando tres hijos. No hay sustitución ni en el tercio de legítima ni en los otros dos tercios. Los nietos de la testadora hijos del hijo fallecido después de otorgado el testamento

todos los casos de preterición aduciendo un esporádico apoyo histórico en la distinción de Antonio GÓMEZ de la preterición, según hubiese operado o no conscientemente, *defendió la clasificación* de la preterición en intencional y no intencional o intencional y errónea, clasificación ajena a la tradición jurídica castellana; pero la fundamentación se hizo en la voluntad del testador, equiparando la preterición consciente o intencional en sus efectos a una desheredación injusta tácita: el testador no ha querido dejar nada al preterido intencional, ya que, como dice ROCA SASTRE (20), ambas coinciden en un punto fundamental, en el de que el testador no ha querido dejar nada al preterido intencionalmente lo mismo que al injustamente desheredado; por tanto, también deben producir los mismos efectos y deben producirlos, porque la voluntad del testador es clara en los dos supuestos, siendo las legítimas de los preteridos intencionalmente o desheredados injustamente el único obstáculo que encuentra la voluntad del testador y la reintegración jurídica se hacía y hace en ambos aplicando el artículo 851, dándoles la legítima de la cual injustamente se les había privado.

La desheredación justa o injusta en un principio, como vimos, no tuvo relevancia jurídica autónoma, si no se desheredaba al heredero forzoso había preterición. En la siguiente fase también, pero si el testador no cumplía con su oficio, con sus deberes de piedad para con sus íntimos parientes, la desheredación impedía la preterición, pero esa *portio debita* se tutelaba con la *querela inofficiosi testamenti*, que rescindía el testamento, recibiendo el perjudicado su cuota como heredero intestado, que era cuatro veces mayor que su *portio debita*, después *portio legitima*. En la etapa posterior, en la cual sólo la institución de heredero impide la preterición del heredero forzoso, la desheredación injusta es siempre preterición. Con el Código Civil, la desheredación injusta vuelve a ser una figura autónoma y distinta de la preterición con supuestos de hecho y efectos diferentes, como se lee comparando sus artículos 851 y 814, aunque la satisfacción de los derechos lesionados de desheredados y preteridos se

estaban, sin duda, preteridos, pero demandaron solicitando que se declarase su derecho en representación de su padre a lo dispuesto a su favor en los tercios de libre disposición y de mejora, la cual fue desestimada en Primera Instancia y confirmada en apelación. El Tribunal Supremo, ajustándose a los cauces del *petitum*, declara que la sentencia no infringe los artículos 924, 925, 766, 929 y 1.038; pero nada dice del 814, ya que la preterición que no fue alegada, si lo hubiese sido, se anularían las instituciones de herederos y se abriría parcialmente la sucesión intestada y heredarían, deducidos los legados, la hija sobreviviente una quinta parte y las otras cuatro, una cada una de las estirpes de los cuatro hijos premuertos. Tampoco fue planteada la desheredación injusta ni se alegó el artículo 851, ya que parece que no hay base para la admisión de la desheredación injusta.

(20) Notas al vol. 2.º, del t. V, *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, KIPP y WOLF, p. 287.

haga con la apertura de la sucesión intestada, en la desheredación se anulan o reducen las disposiciones testamentarias en cuanto sean inoficiosas y en la preterición se anulaba la institución de heredero sin ese límite. Con la última reforma del artículo 814 y, al menos según su letra, se mezclan o confunden la preterición intencional con la desheredación, ya que los efectos jurídicos de una y otra son idénticos, lo que nos plantea la cuestión si son dos figuras distintas o es una sola, la preterición intencional es una desheredación tácita o ésta es una preterición intencional.

IV. Designación *mortis causa*, vocación hereditaria y delación de la herencia

Esta cuestión de la sucesión forzosa en nuestro CC la planteamos matizando, corrigiendo y actualizando el planteamiento, tal y como he esbozado en un artículo publicado en 1959 en la *Revista de Derecho Notarial* en el fascículo de abril-junio titulado “Designación *mortis causa*, vocación hereditaria y adquisición automática”, pp. 75-137, y cuyas ideas reproduje al estudiar la legítima (21), donde contemplo el título de legitimario, que procede de una designación *mortis causa* legal e imperativa o forzosa, a diferencia de la designación del heredero testamentario y del legatario, que es voluntaria y del heredero intestado, que es supletoria y con la que expreso los *posibles legitimarios, herederos testamentarios y legatarios o herederos intestados*. Los primeros y los últimos designados respectivamente en los artículos 807 y concordantes del Código y en los artículos 930 y siguientes y los otros expresados en el testamento y la contrapongo a la vocación hereditaria, que regula los herederos y legatarios en el momento de abrirse la sucesión y de la que excluyo la delación hereditaria, cuya esencia es la colocación de la herencia en situación de poder ser aceptada por el heredero o los herederos determinados en la vocación hereditaria en cualquier momento, *delata hereditas dicitur, quam quis possit adeundo consequi*, es decir, es la atribución del *ius delationis* a una persona nombrada heredero para su ejercicio inmediato y exige la aceptación para adquirir el derecho hereditario, que coincide en este punto con la vocación, pero ésta comprende también la designación de los legatarios, los cuales pueden renunciar o repudiar, pero no aceptar, porque adquieren directamente, automáticamente, ya que carecen del *ius delationis* y también, en mi opinión, de los legitimarios llamados en el momento de la muerte del causante, de la apertura de la sucesión, cuyo estatuto jurídico está integrado por una serie de facultades destinada a

(21) *La legítima en Código Civil*, ya citada, pp. 85 y ss.

tutelar su legítima en los casos de preterición, desheredación injusta o inoficiosidad derivada de disposiciones testamentarias o donaciones.

En rigor, la vocación hereditaria es el llamamiento a todos los sucesores actuales, en activo, sean herederos, legatarios o legitimarios en el momento de abrirse la sucesión, surtiendo efectos jurídicos respecto de todos ellos, si bien respecto de los herederos designados en el testamento o por la ley en la sucesión abintestato y, en el momento de la muerte del causante, la doctrina moderna (22) la diferencia de la delación, que es el llamamiento efectivo al heredero designado, que puede realizar su derecho subjetivo en el acto aceptando la herencia, que es la esencia de este derecho de la delación hereditaria, que coincide con la vocación como ocurre en la sucesión intestada o si los designados lo son a título universal en el testamento, siempre que la delación no esté suspendida por una condición suspensiva o por no tener el llamado personalidad al ser *nasciturus*, en cuyos supuestos no puede aceptarse ni repudiarse la herencia hasta que la condición se cumpla (arts. 759 y 758) o hasta que el concebido haya nacido, conforme a lo dispuesto en el 30 como exige el 29, en ambos casos no se puede aceptar la herencia, porque no está deferida, hay vocación sin delación o no hay vocación con delación inmediata, sino con delación diferida. En ambos casos es clara la distinción entre vocación y delación.

Tampoco hay vocación con delación inmediata, sino sucesiva, según ROCA SASTRE (23), en tres casos y en los que para nosotros no hay vocación en el momento de abrirse la sucesión:

1.º Cuando se abre directamente la sucesión intestada, porque el causante falleció sin testamento, que se produce la vocación hereditaria a favor de todos los herederos intestados del causante, pero la *delación inmediata* sólo respecto de los designados en primer grado; sólo frustrada

(22) ROCA SASTRE, en su artículo “La designación, la vocación y la delación sucesoria”, publicado en el año 1962 en el *Libro Homenaje al Profesor Pi Suñer, problemática de la Ciencia del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1962, pp. 735 a 770, y recogida en el tomo I de sus *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, 1981, que es el que tengo a la vista, p. 139, entiende “que la vocación es el *surtir efectos jurídicos la designación* de heredero a partir de la *apertura de la sucesión*, y que la delación es uno de estos efectos, consistente en *atribuir el derecho* a suceder a favor del heredero designado”, en lo que estamos de acuerdo, pero resaltamos que la vocación no se limita a la atribución de efectos jurídicos a los herederos en el momento de abrirse la sucesión, sino que extiende sus efectos jurídicos a los legatarios y a los legitimarios, lo mismo que a los herederos condicionales y al *nasciturus*. Por otro lado, si bien estos efectos jurídicos son los propios de la designación *mortis causa*, ésta también produce otros efectos jurídicos antes de abrirse la sucesión en los supuestos de hecho de los párrafos primeros de los artículos 682 y 754.

(23) Ob. cit., pp. 153 y ss.

la delación única o todas las delaciones podrá producirse la *delación sucesiva* a favor de los designados en el grado siguiente y así sucesivamente hasta llegar al Estado. Este es el criterio del artículo 923 del CC, agrego yo, pero para mí, en la sucesión intestada, la vocación y la delación se identifican y la vocación hereditaria a favor de todos los herederos intestados del causante no es tal vocación en sentido técnico, sino designación legal *mortis causa* de todos los herederos abintestato del causante contenida en nuestro Código Civil en los artículos 930 a 956, no vocación hereditaria a todos ellos, sino única y exclusivamente a los del primer grado, a los del grado más próximo, que excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar, conforme al artículo 921 y cuya vocación, repito, coincide con la delación. Si todos los herederos a quienes se les defiere la herencia en el primer llamamiento, que coincide con la primera vocación, la repudian, el artículo 923 dispone que se llame a los del grado siguiente, quienes heredarán por su propio derecho, sin que puedan representar al repudiante y este llamamiento se formaliza en una nueva declaración de herederos, que documentan la nueva o nuevas delaciones, de acuerdo con las designaciones abintestato de nuestro Código, que no se incorporan a la vocación hasta ese momento y así sucesivamente. Hay nueva vocación y nueva delación, la designación *mortis causa* de los herederos del grado siguiente es sucesiva, pero sin ningún efecto jurídico hasta que se incorpora a la vocación. Por otra parte, en la sucesión intestada no cabe la apertura respecto de parte de la herencia, porque lo impide el artículo 981, que dispone en las sucesiones legítimas que la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a sus coherederos y si repudia el único heredero o todos, heredarán los del grado siguiente, que se determinarán en una nueva declaración de herederos, como hemos dicho.

2.º Cuando se abre la sucesión intestada por desvanecimiento de la sucesión testada, supuesto previsto en el artículo 912-1.º, aunque también puede abrirse sólo en parte, si son varios los herederos y la condición afecta a todos o son distintas las condiciones, o no todos los herederos son incapaces (912-3.º y 4.º) o no repudian todos y no hay entre ellos acrecimiento, conforme a los artículos 982 y concordantes, la crítica es la misma que en el caso anterior. En ambos casos, la muerte del sustituto después de abierta la sucesión y antes de la repudiación del sustituido plantea o, mejor, plantearía un problema, ya que aquél, el sustituto, no podría aceptar ni repudiar la herencia, porque es incierto su derecho a la herencia y lo prohíbe acertadamente el artículo 991 y, por otro lado, al sustituto nada se le transmitió, no era titular a su muerte del *ius delationis* y no puede transmitirlo a sus herederos, *nemo dat quod non habet*, no puede hacer tránsito a los herederos del sustituto por *ius transmissiones*, como

pretende ROCA SASTRE (24) y tampoco que la retroactividad de la aceptación proclamada en el artículo 989, destinado al principio de conservación de las relaciones jurídicas de los causantes, se extienda a una delación sucesiva combinado con la retroacción, porque esa delación no existió a favor del sustituto fallecido después de abierta la sucesión y antes de la repudiación del sustituido.

3.º En el caso de sustitución vulgar, ROCA SASTRE sostiene contra la tesis dominante en la doctrina que el sustituto llamado no es un heredero sujeto a condición suspensiva, *si eres non erit*, porque no es más que una previsión sucesoria del testador semejante a la que adopta la ley en los llamamientos sucesivos en la sucesión intestada en los que se llama a una persona y en su defecto a otra, siendo el juego de la sustitución vulgar idéntico al de las delaciones sucesivas de la sucesión intestada a pesar de tener distinto origen, el sustituto no puede aceptar, mientras el sustituido no repudie la herencia, aunque haya sobrevivido al causante y no sea incapaz de heredar, porque la herencia no se le defiende, mientras no sea repudiada y entonces se la defiende sucesivamente. No obstante, no nos convence esta argumentación, se trata de unos hechos futuros e inciertos, como la premoriencia del heredero sustituido o su incapacidad, que hacen incierta la designación en el tiempo que discurre desde el otorgamiento del testamento hasta la apertura de la sucesión, pero no la delación al único sustituto o al primero en el instante mismo de abrirse la sucesión; mientras que, en el caso de repudiación de la herencia, la incertidumbre existe desde la muerte del testador hasta que el sustituido acepta la herencia o la repudia, siendo la llamada, la vocación, simultánea a la apertura de la sucesión, no posterior, como en la sucesión intestada, que agotados sin éxito los llamamientos de primer grado procede determinar o concretar los del grado siguiente mediante nueva declaración de herederos. Por otra parte, la configuración de la sustitución vulgar como una vocación hereditaria con sucesión retardada, no sucesiva, es otro de los casos en que es interesante la distinción entre vocación y delación y la configuración del sustituto como heredero condicional explica que nada adquiera, aunque sobreviva al causante y si fallece antes de la repudiación del sustituido, nada transmita a sus herederos.

La vocación coincide con la designación del llamado o llamados en primer término e individualiza para ellos el título hereditario, la designación *mortis causa* surte los efectos propios de una vocación en el instante mismo de la apertura de la sucesión, al integrarse en la vocación hereditaria, que nace en ese mismo momento, en el de la muerte del causante,

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

absorbiéndola; mientras que la designación de heredero testamentario es voluntaria, la del heredero intestado es supletoria y la contrapongo a la adquisición automática, propia de los legatarios, respecto de los cuales cabe la renuncia o la repudiación, pero no la aceptación. La relación entre vocación y delación hereditaria era un tema candente hace medio siglo, especialmente en la doctrina italiana, donde se discutía la distinción entre ambas figuras jurídicas, comprendiendo nosotros la delación en la vocación (25). Hoy nuestra doctrina predominante acepta la distinción (26), nosotros también en los términos que acabo de exponer y definir tanto de la vocación como de la delación y de la designación *mortis causa*, que no coinciden con la doctrina, singularmente la designación y por ello me hacen dudar del valor de su aportación al Derecho sucesorio, no en cuanto a los problemas que plantea la vocación como figura distinta de la delación, que es, desde luego, aceptable, pero no en lo que se refiere a la marginación o exclusión de la designación *mortis causa* en el sentido que le estoy dando, con la cual se explica el problema de la vocación con delación retardada del heredero condicional y del *nasciturus* y también de la sustitución vulgar en los términos que expuse. Mediante la vocación se explica el llamamiento de los legatarios como sucesores *mortis causa*, de las *mortis causa capiones* y las designaciones *mortis causa* forzosa de los legitimarios (27), cuyas designaciones se incorporan todas ellas a la vocación sucesoria en el momento de abrirse la sucesión, evitándose así las confusiones que lleva consigo la vocación comprensiva de todas las designaciones legales abintestato de cada causante fallecido con o sin testamento.

Nosotros, entonces y ahora, pretendimos y pretendemos resaltar valor doctrinal del concepto de designación *mortis causa* y ampliarlo, extendiéndolo a los legitimarios, como hicimos en el artículo de 1959 y libro de 1964 e incluso articulándolo en la vocación, como incluimos en ella la designación de herederos, de legatarios y legitimarios.

La designación *mortis causa* es el medio de conceder el título jurídico, individualizando al heredero, al legatario, al *mortis causa capiens*; v. g., al beneficiario por una carga o modo, es decir, a cualquier adquirente por causa de muerte y no vemos razón para excluir a los legitimarios, quienes en el sistema sucesorio romano, que inspiró nuestro Derecho histórico e inspira nuestro Código Civil, se concilió la libertad de testar con los deberes íntimos y recíprocos de los ascendientes con sus descendientes y

(25) *Designación mortis causa*, cit., pp. 81 y ss.

(26) Una exposición de la misma puede verse en VATTIER FUENZALIDA: *El derecho de representación en la sucesión "mortis causa"*, pp. 35 y ss.

(27) También deben incluirse en la vocación la designación *mortis causa* de los contadores-partidores, de los albaceas, etc.

de éstos con aquéllos, en los que se les dejaba una gran libertad, como el medio más idóneo para que el causante, como mejor conocedor de su familia, resuelva los problemas que su patrimonio, convertido en herencia por su muerte, planteará a sus íntimos, cumpliendo con ellos sus deberes y, si no los cumpliese, legitimando a los parientes ofendidos por preterición, desheredación injusta o inoficiosidades para resarcirse en la herencia anulando o reduciendo aquellas disposiciones del causante y no imponiéndole estereotipada la sucesión forzosa de la totalidad o una gran parte de su patrimonio una vez convertido en herencia, como ocurre en el Derecho germánico, porque denigra al padre y al hijo al prescindir principalmente de su juicio y decisión en esta cuestión que, normalmente, será quien mejor la conoce y también del juicio del hijo perjudicado, quien puede apoyar y confirmar la decisión de su padre renunciando a sus acciones de impugnación de las disposiciones de su padre que, como legítimo, está legitimado para renunciar.

La designación *mortis causa* adquiere relevancia jurídica esencial en el instante de la muerte del causante, que se integra en la vocación hereditaria confiriendo el *ius delationis* para que mediante la aceptación del llamado, del designado testamentaria o legalmente en la sucesión intestada, pueda adquirir la herencia, o con su designación el legatario su legado por el mero hecho de serlo o el legítimo su título de tal, si bien también tiene una trascendencia, ajena a las legítimas, la designación testamentaria en los casos previstos en el artículo 697, en que fuesen testigos las personas expresadas en el artículo 682, ya que el artículo 687 sanciona la falta con la nulidad. Lo mismo ocurre con el artículo 754 respecto de las disposiciones testamentarias a favor del notario, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado y de los testigos en los testamentos abiertos otorgados con o sin notario y a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales, o a las disposiciones hechas a favor de un incapaz, que, conforme a los artículos 754 y 755 del CC, ya que son nulos unos y otras.

La designación *mortis causa* de los legítimos (28) es una designación legal imperativa o forzosa a favor de personas vinculadas al causante por un parentesco íntimo con un contenido positivo en los sistemas de Derecho germánico, donde el patrimonio en principio es indisponible, pudiendo excepcionalmente el testador disponer de una porción, continuando el resto vinculado, es decir, reservado a los herederos de sangre, reserva que adquieren automáticamente, siendo el legítimo un heredero forzoso de acuerdo con los aforismos: “Sólo Dios puede hacer herederos”, “los

(28) Véanse mis obras citadas *Designación mortis causa...*, pp. 94 y ss., y *La legítima...*, pp. 85 y ss.

bienes corren como la sangre” y “los herederos se engendran, pero no se escriben”. En los sistemas de Derecho romano, la legítima tiene un contenido negativo, constituye una restricción a libertad de testar, en aras de deberes con los más íntimos parientes, que actúan como freno a esa libertad para asegurar su cumplimiento. En los sistemas donde impera la libertad de testar no hay herederos forzosos ni legitimarios, no hay disposición forzosa por ministerio de la ley a favor de los parientes íntimos, ni deberes del testador que frenen su libertad de testar.

V. Designación *mortis causa* y vocación hereditaria de los legitimarios en el Código Civil. El llamado derecho de representación

La designación forzosa de los legitimarios la hace nuestro CC en sus artículos 807 a 810, 761 y 857, complementados por las normas de la sucesión abintestato, si bien la designación comprende potencialmente todos los legitimarios posibles, mas únicamente están comprendidos en la vocación hereditaria los que en el momento de abrirse la sucesión lo son en acto, es decir, respecto de aquéllos que surte efectos jurídicos la apertura de la sucesión, que son a quienes se les concede el título o estatuto de legitimarios en el acto de abrirse la sucesión. Éstos se determinan conforme al orden de suceder de los descendientes, según las normas de la sucesión intestada, pues de acuerdo con ellas adquieren el título de herederos en los casos de preterición, desheredación injusta o inoficiosidad, ya que sería absurdo, contradictorio, inexplicable, que las reclamaciones de los legitimarios contra las disposiciones de los testadores o donantes perjudicándoles no adquiriesen ellos los bienes objeto de las mismas, al menos, y beneficiasen a personas extrañas (29). Si este primer orden de

(29) ESPEJO LERDO DE TEJADA: *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 71 y ss., se ocupa extensa y profundamente de esta cuestión, que es una de las bases de mi tesis y sostiene que el principio general es el de coincidencia, pero que hay excepciones con las que no estoy de acuerdo y contra las que argumento en repetidas ocasiones en este trabajo, limitándome aquí a una breve exposición de esas excepciones. Afirma ESPEJO LERDO DE TEJADA que, en el supuesto del artículo 923, la legítima del repudiante se extingue y no pasa por derecho de representación a los herederos de los repudiantes y, sin embargo, habrá llamamiento intestado a favor de los herederos del grado siguiente (pp. 87 y s. y 118 y s.); desde luego, si el legitimario repudia la herencia como heredero *intestado*, la legítima no decrece, acrece a los demás colegitimarios llamados y, si es único o han repudiado todos, la ley llama retroactivamente a los legitimarios del grado o del orden siguientes y lo mismo ocurre con la sucesión intestada. Habrá una *nueva* delación reflejada en la pertinente declaración de herederos *abintestato* y también una *nueva* vocación a los legitimarios, si lo son los nuevos herederos intestados. Si *renuncia* el único legitimario a su legítima, el problema es distinto, porque a lo que renuncia es a la defensa de la misma y, si se extinguió por la renuncia, no puede *ejercitar* las acciones para que se le satisfaga como heredero intestado.

También sostiene que el heredero excluido en la sucesión testamentaria como heredero

legitimarios comprendidos en la vocación hereditaria se agotase por renuncia de todos ellos a su título de legitimarios, repudiando la herencia o renunciando al legado y al prelegado, se llamaría a los del orden siguiente fijado según el articulado de la sucesión intestada, que complementa la designación de los legitimarios.

La designación *mortis causa* y la vocación hereditaria de los legitimarios, como las de los herederos intestados, se hace por cabezas y por partes iguales, si todos los descendientes del causante son de la línea recta preferente, del grado más próximo y de igual grado y le sobreviven; v. g., los hijos, si ninguno ha sido desheredado justamente ni es incapaz de suceder y también, aunque alguno le haya premuerto, sea incapaz de heredar o haya sido injustamente desheredado, si carece de descendencia; en el caso de que alguno de estos tres últimos haya tenido o tuviese descendencia, de su estirpe son llamados en la designación y en la vocación juntamente con los parientes del grado más próximo, los del grado o de los grados siguientes, que no estén excluidos por un descendiente intermedio entre él y el difunto, siendo llamados aquéllos por cabezas y los otros por estirpes y si sólo quedasen estirpes serán todos llamados por estirpes, de acuerdo con los artículos 932 a 934, aplicables tanto a la vocación hereditaria de los legitimarios como a la de los herederos intestados. Los descendientes del grado inmediato, o sea, los hijos, heredan por derecho propio y por cabezas, pero también heredan por derecho propio o por su propio derecho y por estirpes los descendientes de grados ulteriores, que no estén excluidos del causante por un descendiente intermedio. No heredan por derecho propio aquéllos y por derecho de representación éstos, como se lee en los tres artículos últimamente citados; sin embargo, en este último sentido se expresa el artículo 948: “Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, *los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes*”, y en el mismo sentido el 951; sin embargo, el 927, que regula, además de este supuesto el de que sólo existan sobrinos, emplea la expresión *derecho de representación*, en vez de la de los artículos 948 y 951, *heredarán por estirpes*, y dice: “Que-

intestado, que no pueda calificarse de desheredación justa, conserva su derecho a la legítima, estamos de acuerdo en que conserva su derecho a la legítima y, si lo conserva, el testador no puede privarle de ella y, si no puede privarle de ella, *no puede desheredarlo* en la sucesión intestada, pues si lo excluye como heredero intestado le priva de la legítima, ya que la única forma que tiene de recibirla es como heredero intestado. Es una *exclusión nula por contrariar una ley imperativa* (pp. 93 y s.).

Del cónyuge viudo como legitimario y como heredero intestado (véanse pp. 46 y ss.) me ocuparé en un epígrafe del texto.

Por último, insistir lo que repito en el texto, que los artículos 761 y 857 desempeñan respecto de los legitimarios idéntica función que el 929 en cuanto a los herederos intestados en los casos de coincidencia en las mismas personas.

dando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a éste por derecho de representación, si concurren con sus tíos. Pero si concurren solos heredarán por partes iguales” (30). No obstante, esta cuestión es confusa o, al menos, no es clara para una interpretación gramatical o literal de nuestro Código.

En principio vamos a apuntar esas imprecisiones, no podemos contraponer que hereden por derecho propio quienes hereden por cabezas y que no lo hagan quienes hereden por derecho de representación, porque también cualitativamente heredan por derecho propio, directamente del causante, de quien reciben sus derechos, aunque cuantitativamente sólo heredan una parte o cuota igual, si el heredero de la estirpe es uno solo y a dividir por partes iguales entre todos, si son varios. Esta cuestión la precisa la frase *derecho de representación*, porque hace referencia a la cuota o cuantía de la persona a la que representan (mejor sería a la que ocuparía su lugar en la herencia) si viviera o hubiera podido heredar y a la que sucederían los parientes llamados a representarla, según la definición extraña del derecho de representación que articula el 924, extraña por dos razones, no articula una norma jurídica, sino un concepto y establece una ficción jurídica. Este artículo dice: “Llábase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederla en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar”, o sea, que se representa a una persona muerta, lo que es chocante y se la sucede en unos derechos que nunca fueron suyos, que nunca adquirió, porque no los pudo heredar por premoriencia, o por desheredación justa o incapacidad, lo que aún choca más violentamente con la realidad jurídica. La estirpe tampoco es una referencia firme, porque de ella sólo heredan aquel descendiente o aquellos descendientes que no esté excluido o no estén excluidos por un descendiente intermedio entre él o ellos y el difunto y en este sentido hay que entender la referencia a la estirpe y no en el gramatical de que sean designados todos sus miembros, pues como dice SERAFINI (31), uno de los principios por los que se defiende y distribuye la sucesión intestada de los descendientes, si hay varios “(por ejemplo, hijos

(30) Estos tres artículos no afectan a los legitimarios, pues se refieren a línea colateral en la que no los hay, mas sí a la determinación del designado o designados por estirpes (948 y 951) o por derecho de representación (927) o por cabezas y se expresan más defectuosamente aquéllos que éste, porque en la línea colateral la designación sólo tiene lugar a favor de los sobrinos carnales, de los hijos de los hermanos, conforme al artículo 925 y no se extiende a la estirpe, o sea, a los nietos o biznietos de los hermanos del causante, aunque no estuviesen separados de éste por un descendiente intermedio. Estos artículos no contraponen a los herederos por derecho propio con los herederos por derecho de representación, contraposición que es falsa.

(31) *Instituciones de Derecho romano*, citada, t. II, p. 432.

e hijos de hijos) son admitidos a la herencia todos los que no estén excluidos por un descendiente intermedio entre ellos y el difunto”, y agrego yo, salvo si la exclusión está causada por una justa desheredación o una incapacidad, en cuyos casos la stirpe del desheredado justamente o incapaz se la llama o está designada; así ocurre en los artículos 761 y 857 y el mismo llamamiento tiene lugar en la sucesión intestada, conforme a los artículos 933, 934 y 929.

Voy a examinar los precedentes del artículo 924 buscando alguna aclaración. El precedente inmediato es el artículo 3.852 del Código mejicano de 31 de marzo de 1884 (32) del que es casi un calco. El artículo 753 del proyecto de 8 de mayo de 1851 dice: “La representación da a un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga”, y GARCÍA GOYENA lo comentaba brevemente así: “Tal vez habría sido mejor dar una definición de este derecho como lo hacen otros Códigos”. Quizá esto haya influido en la definición del 924, que dieron los legisladores de 1888. Esta definición la daba el artículo 739 del *Côte*: “La representación es una ficción de la ley cuyo efecto es hacer entrar a los representantes en el **lugar, grado** y derecho del representado”, que copiaron varios códigos e inspiró incluso al 780 del anteproyecto belga de LAURENT.

Todo lo anterior pone de relieve que las interpretaciones gramatical e histórica, más bien de antecedentes, enfrenta el derecho de representación con el sistema jurídico de la designación *mortis causa* de herederos abintestato y de legitimarios, en razón de la nomenclatura que utiliza para la atribución de unos derechos sucesorios a descendientes de segundo o ulterior grado derivados de un ascendiente que nunca los tuvo por premoriencia o que no los pudo adquirir por desheredación justa o incapacidad; mas como la idea está imbuida de equidad hay que buscar otras maneras de interpretar y aplicar el derecho de representación sin caer en la ficción jurídica superflua ni en la definición impropia del artículo 924.

La denominación derecho de representación es la de una de las clases de las designaciones *mortis causa* para la corrección equitativa en la

(32) “Se llama derecho de representación el que corresponde a los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar”, definición que ha desaparecido, con el Código de 12 de abril de 1928, en vigor desde el 1 de octubre de 1932, sin duda alguna, por su calidad jurídica, y no sólo desapareció la definición del llamado derecho de representación, sino toda referencia al mismo, pues no se lo menciona como se comprueba en su artículo 1.604 y en los que se remite: “Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1.609 y 1.632”, que disponen respectivamente: “Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por stirpes. Lo mismo se observará tratándose de hijos premuertos...” y “Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medio hermanos premuertos, ... los primeros heredarán por cabezas y los segundos por stirpes...”.

línea recta descendente (33) del principio de que el pariente o los parientes del grado más próximo excluye o excluyen al más remoto en beneficio de la inclusión de los descendientes de ulteriores grados de padres o abuelos premuertos, justamente desheredados o incapaces de suceder y de la que se vale la designación *mortis causa* para el llamamiento a estos últimos descendientes.

El derecho de representación es la frase o denominación que utiliza nuestro Código Civil para designar *mortis causa* e incluir en el instante de la muerte del causante en la vocación hereditaria a los descendientes de un descendiente del causante que le haya premuerto, sea incapaz de heredar o haya sido justamente desheredado y que no estén excluidos del difunto por otro u otros descendientes intermedios, el cual sólo puede tener este sentido, que se traduce como una forma de determinar o individualizar la designación como legitimarios por derecho propio o herederos intestados también por su propio derecho a los descendientes hijos o nietos de otro u otros premuertos al causante, incapaces de heredar o justamente desheredados. Así resulta de una interpretación lógica y sistemática del articulado de nuestro Código: El 921 consagra el principio de equidad: “En las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar”. Por la vía de la excepción del derecho de representación se introduce a la descendencia del hijo premuerto, desheredado justamente o incapaz, que no estén excluidos del difunto por un descendiente intermedio y así lo confirma el 926, “Siempre que se herede por derecho de representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera” y lo establecen los artículos 932, 933 y 934, que respectivamente disponen: “Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia por partes iguales”. “Los nietos y demás descendientes heredarán siempre por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre ellos por partes iguales” y “Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación”. No insistiremos en que se siempre se hereda por derecho propio, tanto si los herederos son llamados por cabezas como por estirpes.

La designación y vocación por estirpes ha de corregirse, como dijimos, entendiéndola, no como llamamiento a todos los miembros de la

(33) También juega en la línea colateral a favor de los hijos de hermanos, conforme a los artículos 925, 927, 948 y 951, que no son objeto de este estudio, aunque me apoye en ellos para la interpretación del Código Civil en esta materia.

estirpe del premuerto, injustamente desheredado o incapaz de heredar, sino solamente a los miembros de la misma que no estuviesen excluidos por un descendiente intermedio entre ellos y el causante, salvo si el interpuesto ha sido justamente desheredado o es incapaz de heredar, ya que la regla acogida en nuestro Código de que *el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar* (art. 921 en relación con el 933) rige para los llamamientos a la estirpe o por representación.

VI. Legitimarios y legítimas

A) Legitimarios descendientes.

“Son herederos forzosos:

1.º “Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes” (art. 807) (34).

No son legitimarios todos los descendientes del causante, sólo lo son los que en el momento de su muerte, sean o serían sus herederos abintestato, o sea, los parientes más próximos en grado, salvo el derecho de representación en los casos que deba tener lugar, según el artículo 921, referente a la sucesión intestada en los que la estirpe ocupa el lugar del premuerto (35), aplicable también a la individualización de los legitimarios, lo que ha sido aceptado unánimemente por la doctrina histórica y actual, no habiendo sido discutido ni tengo noticia que se lo hayan planteado quienes pretenden adscribir nuestro derecho sucesorio legitimario en la órbita del sistema germánico, pues los que defendemos el carácter romano del mismo, en el que la sucesión forzosa no es un tercer género sucesorio, ya que la legítima en nuestro Código Civil se adquiere por testamento, donación recordada en el testamento o abintestato y si el legi-

(34) No podemos silenciar que la reforma de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, saltándose el artículo 39-2 y 3 de la Constitución y los principios jurídicos que inspiraron e inspiran nuestro Código Civil y nuestro Ordenamiento jurídico, confundiendo los hijos con los descendientes, a los padres con los abuelos, haciendo trascendentes los problemas de los hijos extra-matrimoniales más allá de los padres de quienes única y exclusivamente deriva la filiación y en quienes se concluye, lo que estaba justificado y tratando a los hombres como a un rebaño por no contemplar el matrimonio como hecho diferenciador.

(35) *No es exactamente la estirpe, como hemos explicado e insistiremos más adelante en el texto, sino solamente aquellos descendientes que integran la misma y que no se interpone entre ellos y el difunto ningún descendiente intermedio, excepto si lo es uno justamente desheredado o incapaz de suceder*, aunque por brevedad hablemos de estirpe, en rigor sólo son legitimarios los que acabo de concretar.

timario no fuere heredero intestado del causante, en el caso en que éste hubiere incumplido sus deberes para con sus legitimarios, con disposiciones nulas total o parcialmente o reducibles por inoficiosas, cuyos bienes pasarán a integrar la herencia intestada que se abra por esa causa, conforme al artículo 912-1.º, que son los que habrán de adjudicarse a los herederos intestados, entre los que debe estar siempre como heredero el legitimario o legitimarios perjudicados, pues, si éstos no fuesen a la vez herederos intestados, no podrían recibir su legítima en todo o en parte por esa vía, que es la única una vez abierta la sucesión y, si se la cierra, el perjudicado estaría absurdamente legitimado para una impugnación, cuyo éxito beneficiaría a otro (36). Por el llamado derecho de representación no es su stirpe la que ocupa el lugar del premuerto en la sucesión del ascendiente, sino, como he puesto de relieve y precisa con exactitud matemática SERAFINI (37), uno de los principios por los que se defiende y distribuye la sucesión intestada de los descendientes, si hay varios “(por ejemplo, hijos e hijos de hijos) son admitidos a la herencia todos los que no estén excluidos por un descendiente intermedio entre ellos y el difunto,” a lo cual agregamos nosotros, repito, salvo si la exclusión está causada por una justa desheredación o una incapacidad en cuyos casos la stirpe del desheredado justamente o incapaz se la llama o está designada en los artículos 761 y 857 y el mismo llamamiento tiene lugar en la sucesión intestada, conforme a los artículos 933, 934 y 929. Esto es precisamente lo que expresa el llamado derecho de representación, por el cual se designa herederos intestados del causante a una o más de sus stirpes, como regla de equidad frente al principio de que los parientes más próximos en grado heredan por partes iguales y excluyen a los más remotos, consagrado en el artículo 921 del Código Civil, pero tanto los que heredan por cabezas como los que heredan por stirpes heredan por derecho propio y no por representar a quien no tiene derecho a heredar bien por premoriencia, bien por incapacidad o desheredación justa. Estas reglas son las mismas y son las aplicables a la designación *mortis causa* y vocación hereditaria de los legitimarios llamados en momento de la muerte del causante hasta tal punto que los artículos 761 y 857 son los tácitamente invocados para la sucesión intestada, como se lee en el artículo 929 y que examinamos a continuación.

(36) Este argumento fue argüido en mi artículo citado, “Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia (Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002)”, pp. 276 y ss., del núm. 44, de octubre-diciembre de 2002, de la *Revista Jurídica del Notariado*, ya citada y también en el *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada* de enero de 2003, pp. 223 y ss.

(37) Ob. y loc. últimamente citados.

Si son incapaces de suceder o han sido justamente desheredados, no tienen derecho a la legítima, pero los artículos citados 761 y 857 la confieren a su stirpe, a los hijos o descendientes del desheredado o incapaz, designándolos “herederos forzosos”, legitimarios, ocupando el lugar que habría ocupado su padre o abuelo, si no hubiese sido desheredado justamente o no hubiese sido incapaz. Paralelamente en la sucesión intestada los hijos o descendientes de éstos pasan a ser herederos abintestato por designación legal llamada derecho de representación, como se lee en los artículos 929 y 922.

La designación de los legitimarios en la línea recta descendente los determinan los artículos 932 a 934 del CC, que *desarrollan* o complementan los artículos 807-1.º, 808, 761 y 857.

Un problema nuevo lo plantean los *concepturi post mortem*, concebidos al amparo de las Técnicas de Reproducción Asistida reguladas en la Ley 35, de 22 de noviembre de 1988, especialmente por inseminación artificial o fecundación *in vitro*, que desbordan el articulado de nuestro Código Civil y en el aspecto sucesorio su artículo 9 choca con artículos como el 29, 30 758, con la ampliación de la incertidumbre sucesoria más allá de los plazos previstos en el Código, que sólo los amplía en atención a los *nascituri*, como póstumos, no a los *concepturi*, como “superpóstumos” y el 10 pretende zanjar los problemas que pueden plantear los denominados supuestos de maternidad subrogada cuando un óvulo ya fecundado es implantado con posibilidades de viabilidad en una mujer distinta a la donante, al señalar que *la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto* (38).

B) Legitimarios ascendientes.

“Son herederos forzosos:

.....

2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes” (art. 807).

“Constituye la legítima de los padres y ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo en el caso de concurrencia con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia” (808).

“La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales: Si uno de ellos hubiere muerto recaerá toda en el sobreviviente.”

(38) Sobre esta cuestión, véase RIVERA FERNÁNDEZ: *La preterición en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 159 a 166.

“Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea” (810).

El artículo 111 del Código Civil dispone: “... no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, *o en sus herencias*, el progenitor:

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.”

Los herederos intestados en la línea recta ascendente se determinan en los artículos 935 a 941, coincidiendo en las personas de los legitimarios.

C) El cónyuge viudo.

“Son herederos forzosos (39):

.....

3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código” (807).

Su legítima se rige por los artículos 834, 835, 837 a 840.

Es siempre en usufructo. Su cuantía varía según concurra o no con legitimarios y los legitimarios con quienes concurra.

Hallándose separado, no tiene derecho a la legítima, salvo si lo estuviera por culpa de su difunto consorte (40), aunque el supuesto de hecho está en el artículo 834, que regula la legítima del cónyuge concurriendo con descendientes, es aplicable a todos los supuestos en que tenga derecho a la legítima.

Si concurre con descendientes, el usufructo será del tercio de mejora (art. 834).

(39) Una evidencia de la supervivencia de este léxico a su nuevo concepto es la denominación de heredero forzoso a quien es un mero usufructuario y que el artículo 510 excluye en las herencias del pago de las obligaciones, de suceder en ellas, lo que contraría la sucesión a título universal, que es la esencia del concepto de heredero (art. 660) y de la sucesión en las obligaciones en las que sucede el heredero (661) como titular de la herencia (659).

(40) Sin embargo, el artículo 945 no designa heredero intestado al cónyuge separado por culpa de su difunto consorte, lo que es absurdo, que sea legitimario y no sea heredero intestado. La cuestión no debe afectar directamente a la adquisición del importe de su legítima, porque el párrafo 2.º del artículo 839 asegura en estos términos el pago de la legítima viudal cuando se pretenda conmutar el usufructo: “Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”. Este precepto hay que extenderlo al supuesto normal por analogía en todo caso, dada la naturaleza de este legitimario.

No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, será de la mitad de la herencia (art. 837, párrafo 1.º): “Igual extensión tendrá el usufructo, cuando los únicos herederos del viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte y “concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición” (art. 837, párrafo 2.º). Este párrafo contradice el destierro de la idea discriminatoria de la Reforma de 1981 de los hijos respecto a su padre.

No existiendo descendientes ni ascendientes tendrá derecho a los dos tercios de la herencia (838).

“Los herederos pueden satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial” (art. 839, párrafo 1.º). “En el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios” (840).

Solamente hay un legitimario extraño a nuestro Derecho histórico, que sólo es designado sucesor intestado (arts. 943 a 945) cuando no concurre con descendientes ni con ascendientes, el cónyuge viudo, que impuso la base 17: “Se establecerá a favor del viudo o viuda el *usufructo que algunas legislaciones especiales le conceden*, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiere de percibir cada uno de los hijos...” (41). Es extraño en dos aspectos, porque nunca fue legitimario en Castilla y porque nunca hubo legítimas en usufructo, lo cual distorsionó el Derecho castellano vigente en esta materia en aras a una aproximación a las legislaciones forales mediante esta concesión, como decía ALONSO MARTÍNEZ (42), no habiéndose romanizado esta legítima en el articulado del Código Civil, en lo que se hubiese *avanzado si* se hubiese designado abintestato al cónyuge supérstite asignándole un usufructo igual a sus legítimas, según concurriese con descendientes, ascendientes o hermanos entonces, hoy solamente en caso de concurrir con descendientes o ascendientes. No obstante, hay que destacar que el artículo 814, en su redacción primitiva y en la de la Ley de 24 de abril de 1958, respectivamente, dispusieron: “La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido

(41) Choca más esta base con la doctrina del sistema legitimario romano, que con la base 1.ª, pues aunque los Derechos forales constituyen contenido del “sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio,” en el Código Civil estaban al margen, según su artículo 13.

(42) *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Establecimientos tipográficos de P. Núñez, Madrid, 1884, tomo *primero citado*, pp. 179 y ss.

conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código” y “La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código”, cuya invocación no ponía claramente la legítima de viudo o viuda en el sistema romano, pero la acercaba a él y la hubiese metido plenamente en ese sistema, si lo hubiesen redactado sobre todo la Ley de 1958, que ya hacía unos años que había publicado Juan VALLET DE GOYTISOLO sus **Apuntes de derecho sucesorio** y había enriquecido extraordinariamente nuestra doctrina y nuestro Derecho positivo, así: “La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos, *como sucesor intestado*, que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código”. La reforma de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, como veremos al examinar el 814-1.º, siguió por los mismos derroteros.

D) Contenido de la posición jurídica del legitimario (43).

Como hemos explicado, el título de legitimario no es un título *mortis causa* con un contenido positivo por el cual se adquiriera una herencia o un legado, porque no estamos ante un tercer género sucesorio proscrito en nuestro Código Civil por los artículos 658, 609, etc., sino ante una figura jurídica, el legitimario, que tiene un contenido negativo, confiriéndole una serie de facultades para el supuesto en que el causante no haya cumplido con sus deberes para con sus íntimos parientes con el fin de poder exigir a quienes se beneficiaron con las disposiciones nulas o inoficiosas de su causante, como heredero o herederos intestados, su legítima total o parcialmente.

La legítima no la construimos como un derecho subjetivo ni potestativo y tampoco como titularidad interina, sino como un conjunto de facultades jurídicas que legitiman a su titular para impugnar los actos de su causante que desconozcan los límites impuestos a sus facultades dispositivas en su beneficio, es decir, cuyo ejercicio haya resultado inoficioso en el instante de la muerte del causante. No se trata de facultades de disfrute o goce ni de disposición o de adquisición (estas últimas serían un título adquisitivo), sino negativas, facultades de impugnación, acordes con la naturaleza de la legítima, que es la medida de la limitación de las facultades dispositivas del causante.

(43) Véase mi obra citada *La legítima...*, pp. 87 y ss., donde desarrollo este epígrafe, aunque con el Código Civil vigente en 1964, antes de la reforma de 1981 en materia de preterición, legítimas que trasciende a los abuelos, etc., y antes de la Ley 13, de 24 de octubre de 1983, que abolió la prodigalidad como incapacidad.

Estas facultades son hoy: a) Para pedir la nulidad de los negocios jurídicos simulados absoluta o relativamente. b) La anulación de la institución de heredero solamente o de ésta y las mandas en la preterición no intencional (art. 814, párrafo 2.º), excepto en el caso de la preterición por premoriencia, contemplada en el párrafo antepenúltimo del mismo artículo, que resuelve, como veremos, germánicamente esta evidente preterición. c) En la preterición intencional se faculta a los legitimarios para pedir la reducción de “la institución de herederos, antes que *los legados*, mejoras y demás disposiciones testamentarias”. d) En la desheredación injusta, el artículo 851 para pedir la anulación de “la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima”, no anteponiendo explícitamente, al menos, la reducción de la institución a las otras disposiciones testamentarias (44). e) Pedir la reducción de las donaciones inoficiosas definidas en el artículo 636 para las que el momento decisivo no es la fecha de la donación, sino la de la muerte del donante, como se lee no sólo en este artículo, sino aún mejor en el 654, rigiéndose la reducción por estos dos artículos y el 655 y 656. f) Pedir la reducción o anulación de los legados y demás disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos (art. 817), la cual se hará cumpliendo los artículos 820 y 821 vigentes. En caso de conflicto entre donaciones y legados se respetarán aquéllas “mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento” (820-1.º). g) El legitimario está facultado para pedir la nulidad de la renuncia o transacción entre el que la debe y sus herederos forzosos y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél, pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción (art. 816). h) Si la legítima se la lesiona en la partición, aunque haya sido hecha por el testador, el legitimario puede pedir el saneamiento en caso de evicción o de vicios o defectos ocultos de los bienes que se le adjudicaron, conforme a los artículos 1.069 y 1.070-1.º También el legitimario podrá impugnar la partición por causa de lesión, aunque haya sido hecha por el difunto, si perjudica su legítima, conforme a los artículos 1.075 a 1.077. Con mayor razón podrá impugnarla si la partición hubiese sido hecha por un contador-partidor nombrado por el testador o por un contador-partidor dativo a los que se refiere el artículo 1.057. Los artículos 815 y 817, relativos a los casos en que el testador haya dejado a algún heredero forzoso menos de la legítima que le corresponda y a las disposiciones

(44) En el lugar pertinente intentaremos aclarar si hay diferencia o no entre desheredación injusta y preterición intencional y la lectura jurídica que puede hacerse en nuestro Código Civil.

testamentarias que mengüen la legítima de los mismos, facultan a los legitimarios para pedir la reducción de las inoficiosas y *complementar su legítima*, lo que se hará en la sucesión intestada que se abra al efecto para adjudicar los bienes de que se dispuso excesivamente por el causante por vía particional.

A propósito hemos dejado para el final la facultad del legitimario para exigir que se extinga todo gravamen, condición o sustitución que pesase sobre los bienes que se le asignen como legítima con una excepción, recogida en el artículo 813, el usufructo del cónyuge viudo, hasta que la reciente Ley 41, de 18 de noviembre del 2003, incluyó otra excepción al agregar un párrafo 3.º al artículo 808 en estos términos:

“Cuando algunos de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes especialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.”

Esta excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima se inserta en la nueva redacción del 813, equiparándola, sin razón, a la ya contenida en él, el usufructo del cónyuge viudo y en ambos casos toma el continente por el contenido, la legítima como freno, como límite de la libertad de testar, que como tal no puede gravarse, por los bienes en los que se materializa la adjudicación de la legítima, los cuales son gravables, pero si se los pretendiese adjudicar en pago de la misma, el legitimario podría exigir, si no hubiese esa excepción, que se levante el gravamen previamente o que se le entreguen otros no gravados, con lo cual resolvió la incompatibilidad entre el tercio de mejora del cual sólo podía y puede disponerse en concepto de mejora a favor de los hijos y descendientes, conforme a los artículos 808, párrafo 2.º, y 823 y la legítima en usufructo del cónyuge viudo, que acababa de crear el Código Civil y que también recaía sobre el tercio de mejora, prevaleciendo el usufructo de ésta sobre la propiedad de la mejora; sin embargo, había otros supuestos de incompatibilidad, que resolvió así: el de la concurrencia del ascendiente, el viudo y los hijos naturales, contemplado en el párrafo 2.º, del primitivo artículo 841, gravando parcialmente la legítima de los hijos naturales; el reformado por la Ley de 24 de abril de 1958 lo hizo reduciendo la legítima de los ascendientes a un tercio; en el caso del artículo 836 redactado por esta última ley del usufructo del viudo, concurriendo con hijos del primer matrimonio y con naturales; como el conflicto recaía sobre el tercio libre, lo resolvió gravando parcialmente la legítima de éstos y, si mientras durase el usufructo, necesitasen los hijos naturales “alimentos tendrán derecho a exigirlos de los legitimarios en proporción a su haber hereditario”.

Ahora bien, la equiparación que hace el artículo 813, dando el mismo

tratamiento jurídico al gravamen del usufructo del viudo y el impuesto por el testador al amparo del párrafo 3.º del 808 no me parece acertada, porque no nos enfrentamos a una incompatibilidad legal de las legítimas resultante de leyes imperativas, sino a un gravamen impuesto por la voluntad del testador sobre los bienes que constituyen las legítimas, que una ley le autoriza para que no las respete en perjuicio de los demás hijos, haciendo el Estado una obra de beneficencia a costa de éstos; porque se pretende solucionar el problema con una institución medieval, cuya aplicación en estos tiempos planteará problemas importantes y porque, respetando nuestro sistema legitimario, el padre o la madre del incapaz podía y pueden disponer de dos tercios de su patrimonio, del tercio de mejora y el libre sin necesidad de enfrentar al padre o abuelo y causante con el sistema legitimario vigente, *al dejar a su arbitrio el cumplimiento de sus deberes, de sus obligaciones*, para con sus hijos o nietos de esta obligación que deriva de la Ley y que otra Ley, la 41 del 2003, deja al arbitrio del obligado su cumplimiento, contraviniendo los artículos 1.094 y concordantes del Código y que en materia de obligaciones contractuales el 1.256 la sanciona con claridad indudable.

Nuestro Código es un Cuerpo legal, una buena obra jurídica tanto de los que lo redactaron como de quienes lo prepararon, lo comentaron, interpretaron y aplicaron enriqueciéndolo y que no debe ser objeto de desarticulaciones por improvisaciones u ocurrencias que entorpezcan su estructura orgánica, lo que, sin embargo, es frecuente en nuestra época y en una España cuarteada, con una inflación jurídica causada por sus 18 cámaras legislativas y la sangría provocada en las vocaciones jurídicas por los economistas, peligro del que ya en 1986 advirtió LACRUZ BERDEJO con el ejemplo de la improvisada reforma del artículo 141 de la Compilación aragonesa (45).

E) La satisfacción de las legítimas.

La satisfacción de las legítimas no se hace en virtud de un tercer género sucesorio, sino por vía de sucesión testamentaria o abintestato o por donación del causante reconocida o imputada en su testamento y en bie-

(45) En el prólogo al libro de VATTIER FUENZALIDA: *El derecho de representación en la sucesión "mortis causa"*, ya citado, pp. 13 y s. Una comparación entre cómo se legislaba y cómo se legisla la hago con respecto al usufructo de disposición, que nuestro CC contiene una regulación en su artículo 467: "El usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos *con la obligación de conservar su forma y sustancia a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*", y el capítulo III de la Ley de la Generalitat de Catalunya, de 30 de noviembre del 2000, titulado **El usufructo con facultad de disposición**, integrado por los artículos 14 a 19, no parece que lo regule.

nes herenciales, como se desprende de los artículos 806 y siguientes del Código Civil, que la miden o determinan por el haber líquido de la herencia sumadas, en su caso, las donaciones hechas por el causante y por eso se las califica de *pars bonorum*; sin embargo, por razón de otro interés, como en los supuestos de los artículos 1.056, párrafo 2.º, tanto antes como después de su reforma por la disposición final primera de la Ley 7, de 1 de abril de 2003 y del 831, párrafos 2.º y 3.º, puede pagarse con dinero extrahereditario, pero siempre del propio beneficiario, la legítima o legítimas o la parte de ellas, compensándose como con una especie de compraventa entre los afectados y en este caso se puede calificar a la legítima de *pars valoris bonorum*. El artículo 831.3, párrafo último, reformado por la Ley 41, de 18 de diciembre de 2003, ha alterado este sentido, legitimando en virtud de un apoderamiento *post mortem* y testamentario otorgado por el cónyuge premuerto a favor del sobreviviente, legitimación que extiende a los concubinos hoy sustituidos y arrollados por las parejas estables y también parejas de hecho, suprimiendo también el otorgamiento en capítulos matrimoniales en el párrafo primero de su número 1, disponiendo aquel párrafo 1.º: “Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades”. Esta reforma, aparte de la cuestión de carácter general de equiparar el Derecho con el hecho, plantea problemas de engranaje en el mecanismo jurídico de nuestro Código Civil, a nuestro entender, tales como: ¿En virtud de qué título pasarán los bienes del apoderado al legitimario, por donación, por ministerio de la ley, por compraventa o al margen del artículo 609 del Código Civil? Creo que la donación sería el único camino viable y costoso para el apoderado en nuestro sistema jurídico, aparte la cuestión fiscal; o quizá el camino sea bien que el apoderado *mortis causa* previamente venda, permute o por cualquier otro título oneroso transmita a la herencia los bienes de su propiedad que van a integrar o completar las legítimas y en plena autocontratación con la herencia sin representante, que ésta entregue un bien o unos bienes de la misma en contraprestación o bien que se descarte la autocontratación y que el apoderado contrate con los herederos, solución esta última que degrada su poder.

El pago de las legítimas, cuando no son satisfechas mediante institución de herederos, legados o donaciones invocadas en el testamento, pueden plantear problemas para cuya defensa el legitimario dañado tendrá que ejercitar en última instancia alguna o algunas de las facultades que integran su estatuto como tal y no sólo frente a una sucesión testamentaria, sino también ante una sucesión intestada, ya que su cuota intestada, a pesar de ser siempre igual o superior a su legítima, puede no cubrirla,

si la inoficiosidad ha sido causada por donaciones hechas por el causante.

Cuando los bienes adjudicados en la partición de una sucesión testamentaria, incluidos los legados en su caso, o abintestato cubren las legítimas de todos los legitimarios, no hay problema alguno. Los problemas se plantean cuando por preterición, desheredación injusta o inoficiosidad parcial alguna o todas las legítimas no se satisfacen total o parcialmente, el legitimario o legitimarios perjudicados para recibirlas tienen que reclamar la nulidad total o parcial o la reducción de las disposiciones *inter vivos* o *mortis causu* (46) y los bienes objeto de estas disposiciones ineficaces total o parcialmente pasarán a integrar la sucesión intestada ya abierta o que se abra a consecuencia de ello, conforme al artículo 912. De estos problemas vamos a ocuparnos en este epígrafe.

En nuestro Derecho común, la sucesión forzosa no constituyen un tercer género sucesorio, los legitimarios adquieren mediante disposición testamentaria, donación imputada o recordada en testamento o abintestato, como nos hemos esforzado en demostrar en este trabajo, fundándonos en nuestro Derecho histórico, desarrollado en la órbita del Derecho romano, cristalizados en el articulado de nuestro Código Civil, que la excluyó como tercer género sucesorio, principalmente en los artículos 658: “La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley... También puede deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”, 659: “La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen con su muerte”, 609, que regula los modos de adquirir los bienes, es decir, el dominio y los demás derechos reales, dice, de acuerdo con el 658, “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten..., por sucesión testada e intestada...”, consagrando solamente estos dos modos de adquirir y transmitir por causa de muerte la propiedad y los demás derechos reales y no mencionando la sucesión forzosa u otro género sucesorio y no incluyendo la ley entre los modos de adquirir *mortis causa*, sino tratándola como un modo independiente, lo mismo que a la donación o a los ciertos contratos, a los traslativos mediante la tradición y el 661, que dispone que los “los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”, tanto los reales como los de crédito, lo que es acorde para las obligaciones nacidas de contrato con el artículo 1.257.

Legitimario es el título que adquieren algunos parientes íntimos del causante, los descendientes o ascendientes y el cónyuge, que en el mo-

(46) Hablo de disposiciones *inter vivos* para comprender en ellas no sólo las donaciones, sino también las que no son tales, como los negocios jurídicos simulados.

mento de la muerte de éste, estando designados *mortis causa*, son llamados en ese mismo acto, están comprendidos en la vocación hereditaria y al que le confiere una serie de facultades para impugnar los actos jurídicos del difunto, si los hubo, que le perjudican, con los cuales incumplió sus deberes *post mortem* para con él. Este título es compatible e inseparable del de heredero testamentario o intestado, legatario o donatario del causante y siempre va unido a alguno de ellos, y si no lo va en el momento de abrirse la sucesión es porque hubo preterición o desheredación injusta, pero lo irá cuando se abra la sucesión abintestato. Si la desheredación fue justa o es incapaz de suceder, nunca serán el desheredado ni el incapaz legitimarios ni herederos, aunque, si son descendientes del causante, lo serán sus descendientes, conforme respectivamente a los artículos 857, 761 y 929.

Ahora bien, en un sistema de libertad de testar con el freno de las legítimas, como ha sido el de nuestro Código Civil y, a pesar de las reformas de 1981 y la recientísima del 2003 en esta materia, que chocan con la tradición jurídica y oblicuamente con el coherente sistema jurídico que lo inspira y desarrolla aparentando desarticularlo y, sin duda, intentándolo y se enfrentan frontalmente en algunos puntos, aún creemos y defendemos que continúa en la órbita del Derecho romano (47), en la cual, para que la sucesión forzosa no pueda existir como modo sucesorio distinto de la sucesión testada e intestada es necesario que quien sea legitimario en

(47) No obstante, siempre hay defensores de la interpretación germánica de nuestro Código, últimamente quien con más dedicación y extensión lo hizo fue PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en dos artículos publicados en *Anuario de Derecho civil*, “La naturaleza de la legítima”, t. XXXVIII, fascículo de octubre-diciembre de 1985, pp. 849 a 907, y “La naturaleza de la legítima. Nota final”, t. XXXIX de abril-junio de 1986, pp. 571 a 579 y ss., contestados por VALLET DE GOYTISOLO en la misma Revista, “Observaciones en torno a la naturaleza jurídica de la legítima. A propósito de un trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós”, t. XXXIX, fascículo I de enero-marzo de 1986, pp. 3 a 68, y “Aclaraciones acerca de la naturaleza jurídica de la legítima”, tomo XXXIX, fascículo III, pp. 833 a 849, defendiendo la interpretación y lectura jurídica que ha hecho y enseñado de nuestro Código Civil y la que sigo hace mucho tiempo. No obstante, más recientemente GARCÍA GARCÍA: *La sucesión por derecho de transmisión*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 399 y s., considera, dentro de lo discutible de la cuestión “como solución más aceptable la que entiende que la legítima implica una clase especial de vocación, que es la vocación forzosa o legal distinta de la testamentaria y de la abintestato, dado que en ella existe un llamamiento legal, es decir, establecido por la ley respecto a una porción de bienes a favor de los legitimarios”. Aunque esta cuestión de la naturaleza romana o germánica de nuestro Derecho sucesorio es muy relevante en materia de preterición, la distinción entre un sistema y otro es clara, el problema reside en que uno de los argumentos en que se apoyan los partidarios de la interpretación germanista de nuestro de Código Civil es que en algunos casos de atribución de las legítimas implican una vocación legal o forzosa, distinta de la testamentaria y de la intestada, que son: la acción de suplemento, la desheredación injusta y la preterición intencional, de las cuales me voy a ocupar en este trabajo de las dos primeras y de la legítima del cónyuge viudo en el epígrafe en que estoy ahora y de la última al examinar el artículo 814 vigente.

el momento de abrirse la herencia y en las nuevas vocaciones, que acontezcan, si acontecen, sea heredero intestado tanto si la sucesión es total o parcialmente de esta clase, como si a causa de la nulidad total o parcial del testamento o de la reducción de legados inoficiosos o de donaciones hubiese que abrirla, pues si legitimario lesionado no adquiriese algunos o todos los bienes objeto de las disposiciones nulas como heredero intestado, mediante la apertura de la sucesión abintestato, no los adquiriría como heredero testamentario o intestado, contra lo dispuesto principalmente en los artículos 658 y 609, entre otros, sino en virtud de otro género sucesorio, de una vocación legal y forzosa, como afirman los que pretenden encuadrar nuestro Derecho común sucesorio en el Derecho germánico o, al menos, ver importantes manifestaciones del mismo.

Los casos que se invocaban e invocan son el suplemento de la legítima regulado en el artículo 815, la legítima del cónyuge viudo y la desheredación injusta y, desde la reforma del 814 en 1981, la preterición intencional, según la sentencia del Tribunal Supremo 725, de 9 de julio de 2002, de las que me ocuparé y la curación de la preterición propia del Derecho romano con una receta germánica, de la que trataré más adelante al estudiar el párrafo 3.º o antepenúltimo del artículo 814.

1) *La sucesión intestada del viudo o viuda.*

Vamos a empezar con el cónyuge viudo como legitimario y como heredero intestado. No es necesario recordar que el cónyuge viudo no fue legitimario en el Derecho romano ni en el Derecho histórico de Castilla, quien lo hizo “heredero forzoso” fue el Código Civil, en rigor un legatario legal, un *mortis causa capiens*, no un heredero y lo hizo por razones políticas, en aras a una aproximación del Derecho común a algunas legislaciones forales, según ALONSO MARTÍNEZ (48), no jurídicas y en una época en la que la esencia del poder era crear el Derecho, no ordenar la Economía.

En mi opinión no se prestó atención a esta novedad, a este nuevo legitimario con legítima de variado y complicado contenido, que los legisladores no incorporaron, al menos, explícitamente al articulado relativo a la sucesión intestada, en los supuestos en que juega esta legítima, es decir, cuando al difunto le sobrevive su cónyuge y concurre con descendientes, con ascendientes o con hermanos o hijos de éstos (49) en la época anterior a la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, después de la entrada en vigor

(48) Ob. y loc. últ. cit.

(49) El cónyuge viudo tenía derecho a una cuota en usufructo igual a la mitad de la herencia, según el artículo 837, en su redacción primitiva y en la de la Ley de 24 de abril de 1958.

de esta Ley el cónyuge viudo no podía concurrir con los hermanos y sobrinos carnales de su difunto esposo, porque como heredero preferente los excluía, “sucederá en todos los bienes del difunto” “antes que los colaterales” (art. 944) y el artículo 838 de esta Ley elevó su legítima a dos tercios de la herencia tanto si concurría en la sucesión con colaterales como con extraños, pero unos y otros como herederos testamentarios, pues su preferencia en la sucesión intestada los excluía y no podía concurrir con ellos.

Como legitimario, como “heredero forzoso”, tenía derecho al usufructo sobre el tercio de mejora, si concurría con hijos o descendientes legítimos, aunque, si eran de un matrimonio anterior, recaía sobre el tercio libre (50). Si concurría con ascendientes, la legítima en usufructo del cónyuge supérstite fue de la tercera parte de la herencia (art. 836) hasta la Ley reforma de 24 de abril de 1958, que en su artículo 837 la elevó a la mitad de la herencia, legítima que mantuvo la Ley 11, de 13 de mayo de 1981.

No existiendo descendientes ni ascendientes legítimos, la legítima del cónyuge viudo fue de la mitad de la herencia (art. 837 primitivo) que el artículo 838 de la Ley 11 de 1981 elevó a dos tercios de la herencia.

Expuesta muy brevemente la complejidad, la novedad, la peculiaridad y las modificaciones de la legítima del cónyuge sobreviviente, no se justifica que no hubiesen sido llevados los títulos del mismo como sucesor abintestato, cristalizándola expresamente en el articulado de esta sucesión en el Código Civil, no sólo cuando se promulgó, sino en las reformas de 1958 y en la de 1981, con un artículo para el momento actual de orden 945 bis, escrito como sigue: *El cónyuge sobreviviente que no estuviese en el supuesto de hecho del artículo 945 (51) será heredero único, según el 944 y sucesor en la cuota usufructuaria en la herencia, si concurre con descendientes o ascendientes en una sucesión abintestato o testamentaria o con sucesores testamentarios parientes colaterales o extraños que determinan respectivamente los artículos 834, 837 y 838.*

Nuestro Código Civil antes de la reforma de la Ley 11 de 1981 resolvía la preterición del viudo o viuda en su artículo 814, párrafo 2.º, tanto en su redacción primitiva como en la de la Ley de 24 de abril de 1958,

(50) Artículos 834 y 836 de la Ley de 24 de abril de 1958; antes de esta reforma recaía sobre el tercio de mejora (art. 835 de la redacción primitiva del Código) y, además, era variable, pues era de “una cuota en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes no mejorados”.

Un supuesto especial introducido por la Ley 11 de 1981 es el de gravamen del usufructo viudal sobre el tercio libre del párrafo 2.º, del artículo 837, de concurrencia de los hijos “adulterinos” del causante concebidos constante matrimonio con el cónyuge sobreviviente.

(51) No entro en el conflicto, si lo hay, entre este artículo y el 835.

invocando los artículos 834, 835 y 837 y 834, 836, 837 y 838, respectivamente, cuyo título formal era la declaración de herederos, lo que se apoyaba en el artículo 14 de la Ley hipotecaria. Después de esa reforma, la cuestión sigue igual, como veremos al estudiar el párrafo 1.º del artículo 814, porque en él se dispone que en caso de preterición no se perjudique la legítima de ningún heredero forzoso, entre ellos la del viudo o viuda, que es lo que los artículos 834 y siguientes confieren al viudo o viuda.

Por otra parte, el hecho de que no se hubiese promulgado un artículo como el 945 *bis*, *que invento*, no excluye vigencia de su norma, cuya aplicación ha sido y es de inveterada práctica diaria desde que el cónyuge sobreviviente fue designado *mortis causa* “heredero forzoso” en el artículo 808-3.º del Código Civil, lo que se demuestra con la lectura de las declaraciones judiciales de herederos, a pesar de que al tiempo de promulgarse la Ley de Enjuiciamiento Civil el 3 de febrero de 1881, el viudo o viuda no era heredero forzoso y después de la Ley 10, de 30 de abril de 1992, que reforma esta Ley, concretamente su artículo 979, continúa esa práctica confirmada por él explícita y legalmente con estas palabras: “*La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante acta de notoriedad...*”.

Por último, el párrafo 1.º del artículo 14 de la Ley Hipotecaria, con su alto valor como interpretación de primer grado, legal o auténtica de nuestro ordenamiento jurídico privado (52) y rectora de la práctica registral, no admite más títulos sucesorio del cónyuge sobreviviente que el testamento y la declaración de herederos abintestato, tanto en la redacción de la Ley de 30 de diciembre de 1944, que dice: “El título de la sucesión hereditaria a los efectos del registro, es el testamento, el contrato sucesorio o la *declaración judicial de herederos abintestato*”, como en la de la reforma de la Ley 10, de la Ley de 30 de abril de 1992, que adapta el inciso final destacado a la reforma de esta Ley, en estos términos: “la *declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Desdoblamiento, consecuencia de haber atribuido a la competencia de la fe pública extrajudicial, a los notarios, las declaraciones de herederos de los ascendientes, descendientes y cónyuges y que antes las tres eran objeto de las declaraciones de herederos abintestato judiciales.

(52) Aparte de su valor sustantivo en materia de hipotecas por remisión del artículo 1.880 del CC.

2) *El suplemento de la legítima.*

Lo regula el artículo 815: “El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda podrá pedir el complemento de la misma” y el 817 señala el camino del primer paso de esta reclamación: “Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”. La petición del complemento de la legítima no implica la adquisición por ministerio de la ley, de la ley referida como modo adquirir la propiedad y los demás derechos reales en el artículo 609 ni del crédito derivado de las obligaciones nacidas de la ley, referidas en los artículos 1.089 y 1.090, sino como medio jurídico para adquirir el suplemento de la misma previa atribución del título de heredero intestado, si no lo tenía ya el legitimario, anulación o reducción de la donación o disposición *inter vivos o mortis causa*, la restitución a la herencia, en su caso, de los bienes objeto de las mismas, de la donación o del contrato simulado o la colación o toma de menos en la partición del donatario, es decir, realizando las operaciones particionales procedentes, si son varios los herederos tal y como prescriben los artículos 817 y siguientes, 1.035 y siguientes. Es la partición la que atribuye la propiedad de los bienes objeto del suplemento, conforme al artículo 1.068, si son varios los herederos, apoyada en el título hereditario, o el título de heredero, si se trata de heredero único y no la ley, el artículo 815, que nada dice acerca de esta *adquisición* (53).

Nos parece interesante insistir y resaltar una diferencia entre el Derecho romano-justiniano, sobre todo desde que la Novela CXV impuso al testador la obligación de instituir herederos a los legitimarios para evitarle incurrir en preterición y nuestro Código Civil, cuyo artículo 815 no exige al testador que instituya heredero al legitimario. Porque, si bien en el intervalo entre la Constitución (III, XXVIII, pr.) del año 528 de JUSTINIANO y su Novela CXV del año 542, en el Derecho romano no era necesario instituir heredero al legitimario, como no lo era ni lo es en nuestro Código Civil, a partir de dicha Novela lo era, pues si no se le instituía se incurría en preterición y el suplemento se reclamaba directamente al heredero, de quien la adquiriría el legitimario no por un legado con el que el testador gravaba al heredero, sino por una carga que le imponía la ley, el título adquisitivo era la ley, no el testamento ni la sucesión intestada, sino un tercer género sucesorio; mientras que en nuestro Código el artículo 817 exige que el legitimario pida primero la reducción de la disposición inoficiosa, integrando los bienes objeto de la misma la herencia

(53) Véase lo que sobre este punto decimos en las pp. 13 *in fine* y s.

intestada, la cual hay que abrir en cuanto a esos bienes de los que se dispuso ineficazmente, conforme al artículo 912 y adjudicarlos, respetando las legítimas, en la partición, que es su título adquisitivo, según el artículo 1.068 del CC.

En el supuesto de cesión del derecho hereditario por un coheredero, los bienes que transmite a un extraño y que serían objeto del retracto del artículo 1.067 serían los que se adjudiquen en la partición al heredero, según se desprende del artículo 1.531, entre los que deberán incluirse los que se adquieran como consecuencia del ejercicio de la acción de suplemento de la legítima, porque también se adquieren en la partición y por el título de heredero intestado, ya que en los que en los casos de reducción de los artículos 636, 651 y 654-656 y 820 pasan a integrar la herencia y la cesión del derecho hereditario comprenderá los bienes que compongan su cuota, entre los que se contarán los procedentes de la anulación o reducción y no tendrá que aportar como título de éstos una adquisición *ex lege*, como pretende la tesis contraria, pues no los adquiere directamente el perjudicado o perjudicados al amparo del 609 por ministerio de la ley, sino que han de integrarse en la herencia de quien realizó las donaciones inoficiosas, que es el efecto propio de la reducción y se adjudicarán en la partición transmitiéndose su propiedad (art. 1.068) y entregándose al heredero adjudicatario los títulos de adquisición (1.065) que será por herencia del difunto o el de adquisición por éste de los bienes objeto de la reducción, pero no la ley.

Por último, si la adquisición del suplemento de la legítima fuese *ex lege*, en caso de pluralidad de lesionados, ¿cómo se determinarían los bienes que adquiriría cada uno? ¿Qué reglas lo harían? No veo más camino jurídico para ello que la partición.

3) *La desheredación injusta.*

Según el artículo 851: *Es “la desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos,” que producirá los efectos siguientes, “anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima”.*

Sus efectos después de la reforma del artículo 814 por la Ley 11 de 1981 son los mismos que algunas pretericiones, las de su párrafo 1.º, aunque éstas se alcanzan por la vía de la reducción y aquéllas de la anulabilidad.

Ahora bien, el artículo 851 determina los efectos de la desheredación injusta: anular parcialmente la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima del desheredado y, en su caso, reducir los legados, mejo-

ras y demás disposiciones testamentarias, si también lo hacen, agregando nosotros las donaciones que fuesen inoficiosas. No obstante, es preciso distinguir si las disposiciones inoficiosas son testamentarias y los bienes herenciales que constituyen su objeto continúan en la masa de la herencia, al anularla o reducirlas se provoca una causa de apertura de la sucesión intestada en la que se llamará a los herederos intestados, puesto que una parte de los bienes herenciales ha quedado fuera de la disposiciones testamentarias; si la partición ha sido hecha o se hizo alguna previa adjudicación herencial o se entregaron legados o si las disposiciones inoficiosas fueron *inter vivos*, se anularán o reducirán y los bienes en que consistan volverán a integrar la masa hereditaria. Ahora bien, nada dispone este artículo ni ninguno otro respecto del título por el cual adquirirán la cuota que les corresponda en la herencia del desheredante, que será parcialmente intestada y se medirá por la legítima, ni de la transmisión de los bienes, objeto de las disposiciones anuladas al legitimario o legitimarios *perjudicados*, si *continuarán* integrando la herencia de causante que dispuso mal de ellos, inoficiosamente, o volverán a integrarla como consecuencia del efecto propio de la anulabilidad o de la reducción, y como se refieren a bienes herenciales o patrimoniales de los que el causante ha dispuesto inoficiosamente, lesionando las legítimas y cuyas disposiciones por haberse anulado o reducido están fuera del testamento, el artículo 912 ordena abrir la sucesión intestada parcialmente, de la que serán declarados herederos los que sean del causante, entre ellos el desheredado o los desheredados injustamente y con el título de herederos intestados concurrirán a la partición en la que se les adjudicarán los bienes que cubrirán su legítima o sus legítimas. “La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley” (art. 658) acorde con el 609: “La propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten... por sucesión testada o intestada...”, no hay un tercer género sucesorio en nuestro Código y la propiedad de los bienes que integren la herencia la confiere la partición (1.068) y en la que hay que respetar las legítimas (1.075). No hay ningún artículo que confiera una adquisición de la cuota legitimaria *ex lege* ni de los bienes en que se concrete, ni parece que se pueda encontrar con garantía y legalidad un medio jurídico serio más *rápido, un atajo*.

4) *La preterición intencional y la sentencia del Tribunal Supremo 725, de 9 de julio del 2002.*

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid de 2 de marzo de 1999 declaró la paternidad de don Higinio R. A. respecto de sus hijos no matrimoniales Ana Isabel y Juan Carlos L. C. B. y

los declaró herederos forzosos de su fallecido progenitor con derecho en su condición de legitimarios preteridos intencionalmente por el testador, a su estricta legítima en los bienes de la herencia con la consiguiente reducción de la institución de heredero de don Higinio R. M. (hijo matrimonial del testador don Higinio R. A.) en los términos razonados en el fundamento 4 de reintegrar la masa hereditaria para el pago de la legítima estricta correspondiente a los demandantes preteridos, o en su caso indemnizarles el valor de los bienes con sus frutos que constituyen la misma al óbito del causante, esto es, con arreglo a lo prevenido en el artículo 808 del Código Civil, las dos novenas partes del haber hereditario a razón de una novena parte para cada demandante, a determinar, en su caso, en ejecución de sentencia.

La Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 4 de mayo del 2000, falló que debemos revocar y revocamos la meritada resolución en el sentido de dejar sin efecto, de su parte dispositiva, el apartado B) de la misma, salvo en la declaración de herederos de los apelantes preteridos intencionalmente por el testador que contiene, debiendo las partes, si a su derecho conviniera, ejercitar las acciones en el procedimiento correspondiente, respecto al reconocimiento del resto de los pronunciamientos del citado apartado.

El Tribunal Supremo anula y casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado, que hace suya con todos sus pronunciamientos.

En el Considerando quinto, subcuestión primera, dice: “en la sentencia de instancia no cabe que se declarara a los demandantes herederos universales, que es lo más, pero sí que son legitimarios, que es lo menos y, como tales, preteridos”.

En la subcuestión segunda “se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y no han recibido nunca nada en concepto de legítima. El efecto lo declara como principio el inicio del artículo 814: **la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica la legítima**”.

La tercera. “El efecto de la preterición intencional lo concreta el mismo artículo 814: **se reducirá la institución de heredero** y se satisfará la legítima en la medida, en el presente caso, que establece el artículo 808... El efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (art. 851): **el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corta...**”.

La cuarta. “Un último punto: si una vez declarado el legitimario, preterido intencionalmente, **se le puede atribuir una cuota en la herencia del causante**, como hizo la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia o debe dejarse tal cuestión a un proceso ulterior, como ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. La respuesta es que sí debe hacerse la atribución

de cuota legitimaria, directamente, sin necesidad del ejercicio de nueva acción. No tanto es la atribución de nuevos bienes, sino de cuota que en ejecución de sentencia se especificará materialmente.”

En el considerando sexto se insiste en que se declara en la sentencia de 1.^a Instancia a los hijos de don Higinio R. A., doña Ana Isabel y don Juan Carlos L. C. B. legitimarios, no herederos universales, que han sufrido preterición intencional.

Esta sentencia se dicta al margen del sistema de nuestro Código Civil de tradición e inspiración en el Derecho romano y es un homenaje a las tesis de los partidarios de incluirlo en la órbita del Derecho germánico y la cuestión es preocupante por ser quizá la primera que aborda la solución de cuestiones de preterición intencional después de la reforma, para mí desafortunada, de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981. Sus afirmaciones más categóricas chocan con la letra del artículo 814 y con la tradición, con el sistema y con el espíritu de nuestro Código Civil, aunque nosotros, como la sentencia de la Audiencia, sin correr por esos atajos, sino por otros senderos señalados en el Código, llegaríamos a un resultado parecido.

Afirma que en la sentencia, aunque se pedía en el suplico, no cabe que se declare a los demandantes, los dos hijos no matrimoniales, herederos universales (que así serían si el causante hubiese fallecido intestado), que es lo más, pero sí que son legitimarios, que es lo menos, y, como tales, preteridos. Indudablemente la figura del legitimario en nuestro Código es distinta de la del heredero, el estatuto jurídico del legitimario es defensivo, está integrado por una serie de facultades para impugnar aquellos actos de causante que le perjudiquen por resultar inoficiosos en el momento de la muerte del causante, quien por error o conscientemente no cumplió *post mortem* sus deberes con sus más íntimos parientes y ningún artículo ni ley le atribuye la adquisición directa ni indirecta de la herencia o de un legado, y ello porque, si el ascendiente fallece sin testamento, la sucesión abintestato le atribuye en la herencia una cuota igual o superior a su legítima y el hijo o descendiente, como todos los legitimarios, en su misma persona al abrirse la sucesión son llamados tanto como legitimarios por vocación como herederos abintestato por delación y si el difunto hizo en vida donaciones que perjudican su legítima, como legitimario conserva su facultad para impugnarlas, cuyos bienes volverán, no al patrimonio del donante, sino a su herencia y como heredero intestado recibirá de ellos el resto de su legítima. Si el causante hizo testamento, el legitimario tiene las mismas facultades para impugnar las donaciones inoficiosas, disposiciones testamentarias inoficiosas, entre las que incluyo la desheredación injusta expresa o tácita (que coincide en muchos casos con la preterición intencional) y las cuotas o parte de ellas y los bienes obje-

to de esas disposiciones, como han quedado excluidos del testamento, integrarán la herencia del causante y como heredero abintestato y con ese título se le satisfará su legítima, pues serán los procedentes de las disposiciones inoficiosas los únicos que pasen a la herencia intestada abierta, ya que son también los únicos que lesionan la legítima o legítimas y los suficientes para que los legitimarios a título de herederos intestados *queden* satisfechos. En los casos de preterición, si a ésta no se le dan los efectos de la desheredación injusta, como ocurre con la intencional, las de los ascendientes que no sea intencional y la del 814, párrafo 2.º, inciso final, la cuestión es distinta, ya que se silencia al legitimario o legitimarios, no constatándose en el testador una voluntad dirigida a privar de la legítima ni ninguna otra y entonces se anula el testamento en cuanto a sus disposiciones patrimoniales y se abre la sucesión intestada, como si el testador hubiese muerto abintestato o sólo la institución de herederos, pasando los bienes a la herencia intestada, adquiriéndolos los legitimarios como herederos intestados, aunque superen su legítima y si no alcanzan podrá impugnar las donaciones inoficiosas. Ningún artículo, ninguna ley, defiende al legitimario una cuota de una herencia como si fuere un heredero menor del heredero universal (la sentencia identifica a éste con el intestado), ni atribuye al legitimario la adquisición de cuotas o de bienes herenciales. En nuestro Código, el legitimario es siempre heredero abintestato del mismo causante y el testamento, la institución de herederos anulados y los bienes objeto de las disposiciones testamentarias o *inter vivos* pasarán a integrar la sucesión intestada que el causante los recibirá en la partición parcial o total de los mismos.

“El efecto de la preterición intencional, dice la sentencia, lo concreta el mismo artículo 814, se reducirá la institución de heredero y **se satisfará la legítima en la medida, en el presente caso, que establece el artículo 808**”. Nada dice el Código de satisfacer la legítima, nada absolutamente nada, lo dice la sentencia, no el artículo. Éste habla de reducción de la institución de heredero y de otras reducciones (omite las donaciones), y de no perjudicar la legítima, no da título al legitimario perjudicado para adquirirla, habla de la reducción de la institución de heredero y de otras disposiciones como bienes con que directamente ha de repararse el perjuicio, porque la ley no los atribuye directamente ni puede atribuirlos, si son varios los “herederos forzosos” perjudicados, esos bienes los traslada a la herencia intestada que abre en la que participarán, entre otros, los perjudicados a título de herederos intestados y en la partición quedará reparado el perjuicio; pero en nuestro Código no hay otro título adquisitivo legal para reparar el perjuicio ni atribución de bienes herenciales ni de cuotas de la herencia al legitimario para repararlo por ministerio de la ley, que es lo que se pretende introducir al margen del mismo.

En la subcuestión cuarta, la sentencia se pregunta “si una vez declarado legitimario, preterido intencionalmente, **se le puede atribuir una cuota en la herencia del causante**, como hizo la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia o debe dejarse tal cuestión a un proceso ulterior, como ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. La respuesta es que sí debe hacerse la atribución de cuota legitimaria, directamente, sin necesidad del ejercicio de nueva acción. No tanto es la atribución de nuevos bienes, sino de cuota que, en ejecución de sentencia, se especificará materialmente”. Y nosotros nos preguntamos **en virtud de qué título adquisitivo** se puede atribuir una cuota al legitimario en la herencia del causante, porque en la sentencia no leemos ni vemos ninguno.

Nuestra solución, de acuerdo con la lectura que hacemos del articulado del Código Civil, es así: Partiendo de la base de ser intencional la preterición de los dos hijos extramatrimoniales del causante, quien en su testamento había dispuesto de toda su herencia a favor de su hijo matrimonial y de su esposa (54) y de haber aquél heredado de su madre lo que ésta heredó de su marido, quedó el hijo matrimonial como único titular de la herencia de su padre, nos encontramos que en principio la sucesión era única y exclusivamente testamentaria, pero al declararse judicialmente preteridos intencionalmente los dos hijos extramatrimoniales, quienes, como legitimarios, fundados en el artículo 814, párrafo 1.º, reclamaron judicialmente la reducción de la institución de heredero en una cuota igual a la legítima corta de los preteridos, o sea, en dos novenos de la herencia, cuya reducción se les concedió y, por tanto, esos dos novenos quedaban excluidos del testamento; para su transmisión sucesoria hay que abrir, conforme al artículo 912, la sucesión intestada y determinar los herederos del causante en la pertinente acta notarial de declaración de herederos (art. 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en la que serían declarados los tres hijos herederos abintestato para la adjudicación de esos 2/9 y en la partición se adjudicará 1/9 a cada hijo no matrimonial como herederos intestados, pues la partición no puede perjudicar las legítimas (art. 1.075 del Código Civil) y el resto, o sea, los 7/9 al hijo matrimonial como heredero testamentario, lo cual está previsto en el artículo 658, párrafo último, ya que nada se le puede adjudicar como heredero abintestato.

Concluyendo, podemos afirmar que las legítimas las satisfacía el testador instituyendo herederos a los legitimarios, con legados o donaciones,

(54) No nos detenemos ni entendemos relevante para el caso y partimos de que la viuda, instituida heredera en el tercio libre y usufructuaria del tercio de mejora, sobrevivió a su esposo y falleció al poco tiempo de iniciarse el pleito y también de que la heredó su hijo, quien después del fallecimiento de su madre era el único titular de toda la herencia, como heredero de su padre y de su madre.

complementándolas con anulaciones totales o parciales de disposiciones testamentarias, donaciones o contratos simulados (55) o nulos (56), cuyos bienes objeto de los mismos integrarán la sucesión intestada que se abra a este fin o abriendo la sucesión abintestato en defecto de testamento o causada por un testamento nulo; sin embargo, a partir de la para mí inexplicable reforma del artículo 814 por la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, retocado por el número 4, párrafo 2.º, del artículo 831, según la redacción que dio a este artículo la Ley 41, de 18 de diciembre del 2003, ni una interpretación gramatical de aquel precepto nos lleva a satisfacer la legítima en algunos casos con adquisiciones hereditarias por ministerio de la ley, lo cual, aunque advertimos, para nosotros choca frontalmente con *la organización del sistema jurídico de nuestro Código Civil y no puede articularse en el mismo*.

VII. Examen crítico del artículo 814 vigente (57).

Vamos a examinar ahora la traducción normativa de la realidad social que de la preterición hizo la última reforma del artículo 814, la de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981 (58), si hay claridad y coherencia u oscuridad y contradicción, si este modernismo tiene fundamento científico o son meros parches inarticulados que no pueden articularse en el organismo, en el sistema, de nuestro primer Cuerpo legal, a pesar de los esfuerzos que se hacen por ignorar la codificación, si hay en esa reforma alguna beneficiosa importación catalana, etc. También examinaremos el párrafo último del número 4 del artículo 831.

(55) Compraventas que encubren donaciones.

(56) Supuesto del artículo 816 del Código.

(57) VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel ALBALADEJO, t. XI, artículos 806 a 857 del Código Civil, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 163 a 208, y *Panorama del Derecho de sucesiones*, citado, pp. 489 y ss. y 519 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en el Derecho común español*, 1994, ya citada, pp. 79 a 104 y 142 a 410 y las 435 a 453, destinadas a bibliografía; LINARES NOCI: "Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición", *ADC*, enero-marzo de 1989, pp. 47 a 146; ESPEJO LERDO DE TEJADA: *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., especialmente pp. 271 y ss. y 373 a 386, destinadas a bibliografía.

(58) *Su precedente no está en el Derecho romano, ni en el Derecho histórico de Castilla y tampoco en el Código Civil forjado en el pensamiento de los juristas que lo han preparado, redactado, estudiado, interpretado y aplicado, encumbrándolo científicamente, sino en una importación del Derecho catalán ajena a la tradición jurídica castellana con ideas distintas en esta difícil cuestión de la preterición, que se pretende resolver ahora en muchos casos y ante ese importante fallo del testamento, escudriñando la voluntad de los muertos y no con una sucesión paradigmática o ejemplar como es la intestada.*

A) Párrafo 1.º del artículo 814.

Dice así: “*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*”.

Su primer inciso equipara los efectos de la preterición a la desheredación, aunque su tratamiento jurídico es la acción de reducción y no la de nulidad, como se lee en el segundo inciso. DE CASTRO (59) excluye la reducción de los supuestos de ineficacia de los negocios jurídicos, porque no resulta del negocio mismo, sino de las incidencias sobrevenidas durante la vida de relación negocial, la que quizá sea de discutible aplicación en este caso, porque el defecto, la preterición, está en el propio testamento y una de sus curas es la reducción de la donación. El segundo inciso explica cómo se hará la reducción y no con acierto, porque el heredero puede estar instituido en una cuota o en un bien mueble o inmueble que el testador imputa a la legítima, las disposiciones que hay que reducir son única y exclusivamente las inoficiosas, que son las que perjudican la legítima.

Este párrafo es adecuado para la solución de los problemas que plantea la preterición del cónyuge sobreviviente, pero no para los que plantea la preterición de los herederos forzosos tradicionales.

El cónyuge viudo, como hemos visto, era y es legitimario a título singular y al abrirse la sucesión intestada para atribuirle bienes herenciales en usufructo que cubran su legítima, no se hacía ni se hace a título de heredero, sino de *mortis causa capiens*, porque como adquirente a título singular, como usufructuario, según dispone acertadamente el artículo 510, no es heredero; mientras que en los casos de desheredación injusta los bienes que cubran la legítima de los legitimarios descendientes y ascendientes serán los procedentes de la anulación de la o de las instituciones de herederos que lesionen las legítimas, que integrarán la herencia intestada y en los de preterición los bienes que se atribuirán a éstos serán los que integrarán la herencia intestada procedentes de las instituciones de herederos anulados y las disposiciones inoficiosas y los adquirirán en ambos casos a título de herederos abintestato. Ciertamente que de la novedad de este legitimario en el sistema sucesorio de nuestro Código, inspirado en el romano que lo desconoció y de sus peculiaridades en relación con los otros legitimarios, no se preocuparon los legisladores de adaptarlas ni inquietó a la doctrina. No se le designa sucesor abintestato en los casos de concurrir a la sucesión abintestato con descendientes, ascendientes o hermanos hasta la vigencia de la Ley 11 de 1981 o con herederos testa-

(59) *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 468.

mentarios y después de ella con descendientes, ascendientes (60) y herederos testamentarios, aunque como legitimario lo era, según razonamientos que dimos anteriormente (61), y se le respetaban su legítima en caso de preterición en el párrafo 2.º del artículo 814 en estos términos: “La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conserva los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código”, según la redacción de su primera edición y en la Ley de 24 de abril de 1958 los artículos 834 a 839 y en la actual se respeta con el mismo alcance la legítima del viudo o viuda con estas palabras: “*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima,*” es decir, produce los mismos efectos jurídicos que los que dicta el artículo 851 en el caso de desheredación injusta de un cónyuge.

Cuando el preterido es un ascendiente, la preterición es única, produce los mismos efectos jurídicos, tanto si el testamento refleja tácitamente una intención del testador respecto del ascendiente omitido de no dejarle nada, como si nada se desprende de él, dando siempre el mismo tratamiento que a la desheredación injusta. Esto es explicable cuando en un sistema sucesorio donde la voluntad del testador, salvadas las legítimas, que él también puede y debe ordenar, debe imperar y del testamento se desprende una intención o voluntad tácita de desheredación; ahora bien, cuando no hay testamento, cuando falta la voluntad o cuando ésta es contraria a ley o es confusa y no hay posibilidad de averiguarla, nuestro Código, siguiendo las enseñanzas romanas y nuestra tradición, resuelve estos problemas amparándose en una sucesión ideal como es la abintestato, calificada de testamento ejemplar o paradigmático y no con unos parches legales para salvar la legítima, como si de una desheredación injusta se tratase. La preterición de los ascendientes para nuestro Código era única antes de la *reforma* y *producía* los efectos de toda preterición, después de la *reforma equipara* la no intencional, la inconsciente y la consciente de los ascendientes en cuanto a sus efectos a la desheredación injusta (62).

Cuando el preterido es un descendiente, la reforma distingue la preterición intencional, que sin denominación, sin nombre, regula en este párrafo de la no intencional, que disciplina en el párrafo siguiente con la

(60) Porque con hermanos no podía concurrir en una sucesión intestada, ya que los excluía.

(61) Véase el epígrafe *La sucesión intestada del viudo o viuda*.

(62) También el inciso final del párrafo 2.º de este artículo da el tratamiento de la desheredación injusta a la preterición no intencional de un descendiente, si el instituido es el cónyuge. Lo que sería defendible respecto las pretericiones inconscientes, que serán frecuentes con la equiparación de la filiación matrimonial a la extramatrimonial más allá de los padres y de los hijos, como han hecho los artículos 807 y concordantes, que hablan de descendientes en vez de hijos sin respetar el artículo 39 de la Constitución.

excepción de la contemplada en el inciso final del mismo, clasificación que quizá pueda considerarse una importación jurídica catalana.

En la preterición intencional no subyace un olvido, un error, una voluntad muda, sino una voluntad implícita, que tácitamente refleja la intención, la voluntad del testador de no dejar nada a ese descendiente y el artículo 675 apoya sólidamente este aserto: “Toda disposición testamentaria debe ser entendida en el sentido literal de sus palabras *a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*”, y también en el último párrafo del 814: *A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador*. Si hay preterición intencional, la voluntad del testador es no dejarle nada al preterido.

Si hay preterición inconsciente o no intencional de algún ascendiente, no encontramos fundamento para equipararla a la desheredación injusta, porque carece del apoyo en la intención o voluntad del testador, que salvadas las legítimas es decisiva, pero en este supuesto ni expresa ni tácitamente ordena nada el testador y, por tanto, no puede tener preferencia lo ordenado por él, “a no ser que del testamento resulte que el testador no hubiese hecho la institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”, conforme al artículo 767, en cuyo caso se anularía la institución o el legado y el ascendiente preterido podría recibir por una vía jurídica oblicua más de su legítima.

No nos parece coherente el criterio legal de equiparar cualquier clase de preterición de los ascendientes en sus efectos jurídicos a la desheredación injusta, cuando no hay base para fundar en ella una desheredación injusta tácita.

La equiparación de la preterición intencional de los ascendientes a la desheredación injusta tácita es la interpretación que menos lastima nuestra tradición histórica y el sentido jurídico del sistema de nuestra codificación civil hasta el punto de poder articularse en ella. La otra preterición, la no intencional, de los ascendientes y en algún caso de los descendientes no puede equipararse a la desheredación, lo cual la descalifica jurídicamente.

No sucede lo mismo con la preterición de los descendientes en la reforma, cuando es inconsciente o no intencional, cuyos efectos difieren de los de la desheredación injusta, como ocurrió con la preterición tradicional, y si bien su problema jurídico, lo mismo que el de la desheredación injusta, se soluciona con la apertura de la sucesión intestada que en ésta sólo se abre para los bienes objeto de las disposiciones inoficiosas, que son las que perjudican la legítima del desheredado y en la preterición, si los preteridos son todos los legitimarios para todos los bienes de la he-

rencia y, en otro caso, es decir, si no son todos, para aquéllos objeto de la institución de heredero, o de mandas en las que se haya dispuesto inoficiosamente y con la excepción en este último supuesto de la institución de heredero a favor de la esposa del testador, en que sólo se anula la institución en cuanto perjudique a las legítimas, según se lee en el último inciso del párrafo 2.º del artículo 814, que dice:

B) Párrafo 2.º del artículo 814.

“Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultan preteridos todos se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anularán la institución de heredero pero valdrán, las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de herederos a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.”

Preterición intencional, inintencional y desheredación. La preterición llamada intencional de los descendientes se regula en el párrafo 1.º, como dijimos, porque el párrafo 2.º asume la regulación de la no intencional o inconsciente, que la excluye de aquél.

Esta división de la preterición era desconocida en el Derecho romano, porque en la primera fase la *exheredatio* la hubiese hecho superflua, y en la segunda, cuando sólo la impedía la institución como requisito formal, la intención no podía aflorar en este requisito formal de la institución de heredero ni tener relevancia y, además, no cabía la desheredación injusta, porque la impedía la institución obligatoria, y la justa, negaba o invalidaba la propia preterición. Abolida definitivamente por el Código Civil esta última formalidad, la preterición sólo acontecía y acontece por el silencio testador en su testamento, porque no instituye heredero a algún legitimario, porque no le lega nada, ni imputa a su legítima la donación que le hizo, ni invoca en él la donación que le otorgó con imputación su legítima (63). El fundamento legal de mi postura está en el artículo 815, que no se modificó desde la promulgación del Código y dispone: “El heredero forzoso a quien *el testador haya dejado por cualquier título* menos

(63) Esta ha sido mi tesis con relación al Derecho anterior a la reforma de 1981, expuesta y razonada en mi obra citada *La legítima en el Código Civil*, p. 103, y en mi artículo también citado “Preterición formal y material y nulidad de la institución de heredero”, p. 343, que fue acogida por alguna sentencia del Tribunal Supremo como la del 20 de febrero de 1980.

de la legítima que le corresponde podrá pedir el complemento de la misma”, de lo que se desprende que es el testador quien sólo legitima al legítimo o legitimarios perjudicados para el ejercicio de la acción de suplemento y no el donante, porque la donación es un acto *inter vivos* donde no se contempla la muerte como causa del mismo, aunque se la mire incidentalmente imputando la donación y a diferencia del testamento, que es un acto de última voluntad, que se otorga contemplando el momento supremo de la vida, la muerte, y en el que hay que tener presentes en ese instante, en que el patrimonio del testador se convertirá en herencia, a sus parientes más íntimos, como son los descendientes y, en su defecto, los ascendientes, para quienes también es válido el concepto de la preterición del artículo 815, aunque los efectos de unos y otros sean hoy muy distintos.

No había preterición, aunque el testador incurriese en inoficiosidad total, si el testador deshereda justamente a algún legítimo, conforme al artículo 813, párrafo primero, en relación con los artículos 848 a 850 y 852 a 857, porque esta desheredación, que empezó excluyendo la *querela inofficiosi testamenti*, desapareció como acción rescisoria de los testamentos por incumplimiento de los deberes de afecto, de piedad, por lesión de la *portio debita* y después *portio legitima* y pasó a enervar la acción de nulidad del heredero forzoso preterido, pero justamente desheredado; v. g., desheredo en este testamento a mi hijo B por haber atentado contra mi vida, por lo que fue condenado a la pena de... por sentencia firme de... e instituyo herederos por partes iguales a mis hijos A y C.

Tampoco hay preterición si lo deshereda injustamente en testamento de alguno de estos modos e instituye herederos a sus otros dos hijos A y C:

- 1.º Desheredo o no dejo nada de mi herencia a mi hijo B por haberme maltratado de obra, aunque no pudo probarse.
- 2.º No dejo nada de mi herencia a mi hijo B, ni le he dado nada de mi patrimonio en vida.
- 3.º Desheredo o no dejo nada de mi herencia a mi hijo B.
- 4.º De mis tres hijos, instituyo herederos en toda mi herencia a A y C.
- 5.º Instituyo herederos en toda mi herencia sólo a mis hijos A y C.
- 6.º Instituyo herederos en toda mi herencia a mi hijo mayor y al tercero.

Etc.

El supuesto del número 1.º contemplado en el 851 es de desheredación con expresión de causa que no se probó y los del 2.º y 3.º son de desheredación injusta expresa sin expresión de causa, y los tres últimos, ¿son de desheredación injusta tácita o de preterición intencional?

Para mí, antes de la última reforma del artículo 814 eran de desheredación injusta tácita, que era la única lectura jurídica castellana de nuestro Código Civil, y después de la reforma sigue siendo más sensata y coherente esta lectura jurídica de la desheredación, inspirada en el artículo 675, que la de preterición consciente o intencional. La preterición es muda, es silencio, si el testador se expresa implícitamente, por medio de hechos concluyentes de los que se desprende que su intención es no dejar nada en su testamento a ese hijo o a esos hijos, estamos ante una clara desheredación injusta tácita y no ante una contradictoria preterición intencional. La invocación por la reforma de 1981 de esta extraña figura *a nuestro* Derecho sucesorio, a la que se le atribuyen los efectos propios de la desheredación injusta, no tiene gran sentido, contradice nuestro Código Civil y no es fácil de articular en su sistema, que equipara una y otra siempre respecto de los descendientes preteridos intencionalmente y de los ascendientes, pues el supuesto de hecho es el mismo, aunque con denominación distinta, desheredación injusta tácita, preterición intencional y desheredación injusta expresa o propiamente dicha y también los efectos, aunque dictados en dos artículos distintos, 814, párrafo 1.º, y el 851.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la reforma *equipara preterición* intencional y desheredación injusta, como se lee en este párrafo 2.º del considerando noveno de la sentencia de 6 de abril de 1998, en la que fue ponente el Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales:

“El tratamiento que ha de darse a los dos expresados motivos es el que se desprende de las consideraciones que a continuación se exponen: al haber quedado probado que la causante, doña María del Carmen P. A., no hizo en vida donación alguna a su hijo don Juan José M. P. (según se ha dicho al desestimar el motivo segundo) y siendo esta supuesta e inexistente donación la única razón en que dicha causante basa su decisión de no dejar nada en su testamento a su referido hijo, resulta evidente que nos hallamos en presencia, aunque la sentencia recurrida, pese a lo abundante y promiscua cita que hace de los artículos del Código Civil, no haya logrado captarlo, de una **preterición** intencional o, en su caso, una desheredación injusta, cuya calificación puede hacerla esta Sala, en el examen de los presentes motivos, a virtud del principio *iura novit curia*, en cuanto ello no entraña alteración alguna de la *causa petendi*, **preterición** intencional o, en su caso, desheredación injusta que ha de comportar que la institución de heredero hecha en favor de doña María Lourdes M. P. deba ser anulada, pero no en su totalidad, sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado, según establecen los artículos 814.1.º del Código Civil (para la **preterición** intencional) y 851 del mismo cuerpo legal (para la desheredación injusta), cuya legítima, que ha de ser respetada, es solamente la

legítima estricta o corta, según ya tiene declarado esta Sala para supuestos análogos al que aquí nos ocupa (sentencias de 23 de enero de 1959, 9 de octubre de 1975 y 13 de julio de 1985), por todo lo anteriormente razonado, los expresados motivos cuarto y quinto han de ser estimados, en el sentido antes dicho, de que la institución de heredero hecha en favor de doña María Lourdes M. P. solamente ha de ser anulada en la medida en que perjudique la legítima estricta o corta del demandante don Juan José M. P.”

La desheredación injusta apareció o surgió como curación de la lesión a la *portio debita* y después a la *portio legitima*, que cuantitativamente eran la cuarta parte de la cuota abintestato a un heredero necesario no preterido, mientras que lo que recibirían como consecuencia del ejercicio con éxito de la *querela inofficiosi testamenti* importaba el cuádruplo de la lesión, curación muy gravosa para la herencia, máxime en los casos en que el heredero forzoso no preterido había recibido por legado o por donación imputable a su *portio legitima* bienes o cantidades importantes, aunque un poco inferiores a esta *portio*. Este desequilibrio lo corrigió JUSTINIANO con la *actio ad suplandam legitimam*, en el escaso tiempo que discurrió desde el año 528, en que le concedió autonomía hasta la Novela CXV en el 542, que impuso la obligación de instituir herederos a los herederos forzosos, pues desde entonces hasta la promulgación del Código Civil, aunque se discute si ya antes la no institución de heredero al heredero forzoso era preterición, mas si se le instituía y se le dejaba menos de su legítima, la corrección se hacía con la *actio ad suplandam legitimam*. Abolida por el artículo 815 la preterición formal, derivada de la no institución de heredero al legitimario, el olvido, la omisión, consistente en no dejar nada en el testamento, ni aun el recuerdo de una donación imputada a la legítima o su imputación a ella, constituía para nuestro Código Civil preterición, según su primitivo artículo 814 y el reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, que sancionaban con la anulación de la institución, fundándose en la omisión de los legitimarios y en su potencialidad derivada de los deberes del causante hacia sus más íntimos parientes, que la ley considera siempre preferentes herederos intestados, que necesariamente han de coincidir con aquellos legitimarios por razones fundamentales del desenvolvimiento del sistema, solucionando la cuestión mediante la apertura de la sucesión abintestato, considerada el paradigma del testamento, en la cual necesariamente ha de deferírseles la herencia, repito, precisamente por ser legitimarios, dualidad personal inseparable de legitimario y heredero intestado para el funcionamiento del sistema sucesorio de nuestro Código y de los inspirados en el Derecho romano, sin la cual no funcionaría. Con este artículo ha querido conservar esta figura, ahora como silencio del testador respecto de la legítima u omisión del

pago de la misma, pues desde la abolición del requisito de la institución del heredero forzoso hasta la reforma en 1981 del artículo 814, la preterición es la omisión de toda disposición testamentaria relativa a uno o más legitimarios, que no ha sido o han sido desheredados justamente (64), lo cual anula la institución de herederos y abre la sucesión intestada.

Con la última reforma del artículo 814 el legislador pierde el norte de la preterición, imponiendo unos extraños y contradictorios preceptos, que chocan con la tradición, los principios, la ciencia y el sistema jurídico de nuestro Código Civil, desarticulándolo, incluso en los números 1.º y 2.º de este párrafo que estoy comentando, por haber excluido de ambos como preterición intencional lo que no es olvido u omisión, y aunque sea el silencio propio de un mudo, que no se puede expresar hablando, pero que lo hace por otras señales, con palabras concluyentes de las que se deduce una voluntad que se manifiesta tácitamente y por eso estamos ante una desheredación injusta tácita, que el legislador arroja por la ventana, pero que el sistema de nuestro Primer Cuerpo legal la vuelve a meter por la puerta.

Con esta absorción de la preterición intencional de los descendientes por la desheredación injusta en su modalidad de tácita, con esta interpretación, no tendríamos inconveniente en aplicar el número 1.º del párrafo segundo de este artículo ateniéndonos a la reforma, pero a consecuencia de la equiparación, de la igualdad, no de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, como prescribía y prescribe el artículo 39 de la Constitución, sino a su traducción en algunos artículos del Código Civil referentes a los legitimarios, 807 y siguientes, 814 y a los herederos intestados, 931 a 934 y 935, 938 a 940 de hijos por descendientes y de padres por ascendientes tanto de los descendientes matrimoniales como de los extramatrimoniales, mal apoyada en el párrafo último del citado 108, que no hace esa equiparación, sino que dice: "La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva (65), surten los mismos efectos, con-

(64) Digo relativa a uno o más legitimarios y no a favor de ellos, ya que las disposiciones omitidas que comprendo son: institución de herederos, legados, cargas, imputación de donaciones a la legítima o reconocimiento de donaciones imputadas a la legítima y también la exclusión de algún legitimario de la herencia en virtud de desheredación injusta expresa o tácita.

(65) En materia sucesoria de legitimarios y herederos abintestato, la equiparación de la adopción a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial sólo puede hacerse entre adoptantes o padres y adoptado o hijo, porque no hay relación jurídica entre los ascendientes, descendientes y colaterales del adoptante y el adoptado por la cadena de las generaciones, ya que se trunca entre adoptante y adoptado, pues la relación de filiación adoptiva entre ambos no tiene base generacional, sino contractual o convencional, y aunque con el artículo 176 en su versión de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, tuvo en principio menos de dos meses de vigencia, fue suprimido (*sic*) por la Ley 30, de 7 de julio de 1981, restablecido por la Ley 13, de 24 de

forme a las disposiciones de este Código”, y en la torcida traducción que en el articulado del Código Civil hizo la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, la cual no encuentra tampoco fundamento en el artículo 108, párrafo 1.º, que habla de filiación matrimonial y no matrimonial y de padre y madre, no de ascendientes, no puede aplicarse sin desvirtuar aún más la familia tradicional y llevarla a los campos del rebaño.

La filiación es una relación entre padres e hijos, sólo entre esos dos parientes en línea recta, no entre otros ascendientes o descendientes, no entre abuelos y nietos o bisabuelos y biznietos, como se desprende de los artículos 115 y siguientes la matrimonial y 120 y siguientes la extramatrimonial, que se configuran como vínculo entre padres e hijos, no entre abuelos y nietos, bisabuelos y biznietos, etc. El matrimonio es el fundamento del parentesco en la familia más allá de la filiación, que sólo es vínculo entre padres e hijos; la familia es matrimonial, es la única reconocida en la Constitución en su artículo 32 y regulada en nuestro Código Civil con vigencia en toda España, conforme a su artículo 13-1, siendo la única unión de derecho, aunque en las prolíficas uniones de hecho hay aspirantes a presentarse y patrocinadores a presentarlas como de derecho engañados o engañándoles jurídicamente con ordenanzas y disposiciones dictadas o libros abiertos en Ayuntamientos y en Autonomías en este proclamado Estado de Derecho, con cuyos actos contrarios a leyes imperativas pretenden modificar el Código Civil. Hasta hoy en nuestro Derecho sólo hay una familia, la matrimonial y, además, una filiación extramatrimonial, en la calle encontraremos otros hechos que el Estado de Derecho tolera, pero no puede equiparar como pretenden leguleyos disfrazados de políticos, mientras no se reforme el Código Civil.

No obstante, esta filiación extramatrimonial siempre ha causado unos derechos en materia sucesoria, entre otras materias (66), que con la equiparación no sólo de los hijos, sino también de los descendientes extramatrimoniales a los matrimoniales por la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, va a provocar y ya ha provocado un aumento considerable de las pretericiones y que van a constituir los supuestos de hecho del párrafo 2.º del artículo 814 y que, sin duda alguna, van a calificarse de inintencionadas, cuando en la mayor parte de los casos el testador dejaría el mínimo al

octubre de 1983, y derogado por la Ley 21, de 11 de noviembre de 1987, intentaron dos veces construir jurídicamente ese parentesco inverosímil en estos términos: “*La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptado*”, que atenta contra la realidad jurídica, hoy ya ha desaparecido de la letra del articulado del Código Civil. Sobre esta cuestión me he ocupado en mi artículo “Los derechos sucesorios en las adopciones”, publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, de julio-septiembre de 2002, pp. 67 y ss.

(66) Así, por ejemplo, en materia de alimentos, como se leyó en el artículo 143, que la Ley 11 de 1981 modificó también en el mismo sentido que en materia sucesoria.

descendiente extramatrimonial, con quien el testador, en mi opinión, no tiene parentesco desde el punto de vista jurídico, de quien no tendrá noticia en unos casos y en algunos de los otros que las tenga deseará que no heredasen. El párrafo 3.º de este artículo, como veremos, pretende resolver la preterición con este parche germánico, pero sin acierto, ya que desconociendo la existencia de ese descendiente no es fácil que pensará en igualarlo al preterido o a los demás hijos de éste.

Este es el problema grave que plantea la preterición no intencional por equiparar hijos extramatrimoniales a descendientes extramatrimoniales, a “nietos” y “biznietos” no matrimoniales, que el ascendiente, repito, desconocerá en muchos casos y en otros no querría dejarles nada, y que no existiría, si sólo se hubiesen equiparado los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales, cumpliendo el artículo 39-2 y 3 de la Constitución o existiría en otros términos parcialmente vividos y no se incurriría en discriminación de los hijos por razón de la paternidad, que recibirían todos los hijos igual tratamiento, tratamiento que no puede ser discriminatorio respecto de los abuelos o bisabuelos.

Supuestos dudosos entre el número 1 o el 2 del párrafo 2.º del artículo 814.

Reconocimiento testamentario de un hijo en testamento con preterición inintencional total.

De acuerdo con VALLET DE GOYTISOLO (67), el reconocimiento de hijo en testamento es incompatible con la preterición *inintencional* total y no puede ser supuesto de hecho del artículo 814-2.º-1, porque al reconocer ese hijo incurrirá el testador en desheredación injusta o preterición intencional, nunca en preterición inintencional.

Caso de desheredación justa de un legitimario y preterición de todos los demás.

RIVERA FERNÁNDEZ (68) concluye que el número 1 “será aplicable siempre que se produzca una omisión de todos aquellos legitimarios que mantenían latente sus derechos como herederos forzosos, y siempre que de la interpretación del testamento, conforme al artículo 675 del Código Civil, resulte que no era otra la voluntad del testador”, y se apoya en la *ratio* del precepto de que el testador sólo debe considerar la existencia de los legitimarios en activo y en la voluntad del testador, que es apartar o desheredar con justa causa a un heredero forzoso.

Nosotros estamos de acuerdo con la solución si el desheredado justamente no tiene legitimarios, pero si los tiene, él ya no lo es, juega el

(67) *La preterición después de la Reforma...*, cit., p. 104.

(68) *Ob. cit.*, pp. 278 y ss.

artículo 857, que complementa el 807-1.º y designa a los hijos y descendientes del desheredado justamente legitimarios, que, claro es, estarán preteridos y, por tanto, estamos en el supuesto de hecho del 814-2.º-1, que son legitimarios en activo comprendidos en la vocación hereditaria como tales, no como herederos a quienes se les defiende la herencia, ya que ésta se les defiende como herederos intestados al abrirse por anulación de las disposiciones testamentarias y al amparo de los artículos 934 y 933 en relación con el 929.

Alcance de la expresión disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

La novedad de la acuñación de estas expresiones suele plantear siempre problemas y de la anulación sólo excluimos las disposiciones personales, familiares y otras que no tengan contenido patrimonial.

1. El albacea (69), para nosotros, tanto si el cargo es gratuito como retribuido, entendemos que en cuanto a la disposición y pago de los sufragios, funeral y entierro del testador, vigilar sobre lo ordenado en el testamento que no tenga carácter patrimonial, sostener la validez del testamento siendo justo y medidas de conservación de los bienes, continúa legitimado; en cuanto al resto, sus facultades se extinguen.
2. El contador-partidor (70) sea o no albacea nombrado por el testador, como el ejercicio de sus facultades tienen una repercusión patrimonial inmediata, se extinguen y con ellas el cargo, que queda sin facultades.
3. Disposiciones válidas o sin contenido patrimonial son el reconocimiento de hijos, nombramiento de tutores, disposiciones sobre el entierro o la incineración del cadáver, funeral, *misas*, *obras* pías o otras religiosas, siempre que no sean inoficiosas, en cuyo caso habrá que reducirlas y, aunque tienen un contenido patrimonial, no deben anularse, porque lo patrimonial es lo accesorio y debe seguir la suerte de lo principal.

Artículo 814-2.º-2.

El caso de preterición de algunos y no todos los herederos forzosos descendientes se regula en el número 2.º del párrafo 2.º del citado artículo.

(69) Para otros puntos de vista, véase RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 283.

(70) RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 261 y ss.

lo 814, en el que tenemos que plantear el problema que acabamos de plantear, el del “nieto” que el testador ignora o desconoce su nacimiento, siendo la crítica y la solución la misma.

La concurrencia en la misma sucesión de un desheredado injustamente con un preterido intencional y de uno o ambos de estos dos últimos con un preterido inintencional no plantea ningún problema, se anulará la institución de heredero y éste recibirá como heredero intestado los bienes que integrarán en la partición la institución y los de las disposiciones inoficiosas, si las hay, salvo lo que por su legítima corta haya que adjudicar como herederos intestados al preterido intencional y al injustamente desheredado.

A diferencia del supuesto del número 1.º, en el 2.º, las mandas y mejoras no se anulan, salvo si son inoficiosas, que entonces se reducen; ahora bien, la reducción de la manda inoficiosa no presenta ninguna especialidad, pero si la mejora, que puede plantear diversos problemas, el de la inoficiosidad y el del título con que se la disponga, si es como legado o como institución.

Si la disposición no es imputable al tercio de mejora y se hace a título de manda o legado, es válida, aunque si es inoficiosa habrá que reducirla, pero si es imputable en todo o en parte al tercio de legítima, por no caber en el tercio libre y el legatario no es legitimario, se reducirá por inoficiosa en la parte que perjudique la legítima de los legitimarios.

Si la mejora se la dispone a favor de quien no es descendiente es nula y no es el supuesto de este número 2.º, que estamos estudiando.

Si la mejora se hace a título de prelegado de una finca u otros bienes que valen más del tercio y no puede imputarse el exceso a la legítima del mejorado por haberlo recibido en donación o en otro legado o por no ser legitimario ni al tercio libre por chocar con otra u otras disposiciones, la mejora es válida, según este precepto, tanto porque se ha dispuesto a título de legado como por tratarse de una mejora y puede aceptarse independientemente de la validez o nulidad de la institución de herederos, conforme al párrafo 2.º del artículo 890, si bien habrá que reducirla en cuanto al exceso y, si estuviésemos en el caso del artículo 821, aplicándole por analogía.

Si la mejora se hace a título de heredero, disponiendo el testador, por ejemplo, instituyo heredero a mi hijo mejorándolo en este tercio o instituyo heredero a mi nieto mejorándolo en la mitad del tercio de mejora, también es válida la mejora, como mejora, cualquiera que sea su título, por imperativo del precepto que estamos estudiando y de su larga tradición y no será válida la institución de heredero respecto a la *mejora a ella*

imputable en cuanto a aquello *que exceda* del tercio de mejora. La nulidad parcial de la institución es acto válido y contemplado en el artículo 851 y ahora, aunque por vía de reducción, en el 814, párrafo 1.º, y el 990 no es ningún obstáculo, porque la institución no se acepta en parte, sino en lo que es institución, pues la parte anulada no la integra. De no aceptar esta interpretación, no daríamos a la palabra “mejora” del núm. 2.º del párrafo 2.º del 814 ningún efecto jurídico y chocaríamos con el aforismo *verba legis cum effectu sunt accipienda*, en el que se inspira el artículo 1.284 de nuestro Código.

El último inciso del párrafo 2.º del 814 impone a la preterición inconsciente o inintencional los efectos propios de la preterición intencional en el supuesto de que la institución de heredero sea a favor del cónyuge, que sólo la anula “en cuanto perjudique a las legítimas”. Esta limitación de los efectos de la preterición no intencional, igualándolos a los de la desheredación injusta, es merecedora de una crítica desfavorable, porque el preterido pudo ser un hijo o un nieto o una stirpe de nietos queridos por el testador, que hayan convivido con él, cuya voluntad la reflejaría mejor, sin apenas duda, la anulación de la institución y la apertura de la sucesión intestada, como testamento modélico; sin embargo, si el preterido fuese un nieto, hijo extramatrimonial de un hijo matrimonial o extramatrimonial del testador y de quien no tuviese incluso noticia de su existencia, o teniéndola no quisiese saber nada de él, la solución seguramente coincidiría con la intención de éste, lo cual no nos impide condenar la norma. Por otra parte, la devaluación del matrimonio que supuso la Ley 30, de 7 de julio de 1981, en perjuicio de los hijos, tampoco la apoya. El problema se plantea por extender a más allá de padres e hijos un parentesco que no tiene fundamento jurídico fuera de la familia matrimonial propia y exclusiva de los seres humanos, pues tememos que la jurisprudencia y la doctrina va a aplicar al margen de la Constitución, de su artículo 39-2 y 3, a los hijos de hijos no matrimoniales el mismo tratamiento que a los nietos hijos de hijos matrimoniales, lo que conlleva un regreso con pancarta de progreso.

Por último, no será fácil un dictamen jurídico ni una sentencia en el caso de que el cónyuge no sea heredero, sino coheredero, ¿anulamos todas las instituciones solamente en cuanto perjudiquen las legítimas? ¿Respetamos la del cónyuge y anulamos las demás totalmente o sólo en cuanto perjudiquen las legítimas? ¿Entendemos que no estamos en el supuesto de hecho de este inciso final del párrafo 2.º? Para mí esta última es la solución más adecuada, porque con ella volvemos a la auténtica preterición, a la preterición tradicional y con sus propios efectos, que es la que la reforma denomina no intencional y en que la sucesión intestada encar-

na el testamento paradigmático, como mejor solución en esta enigmática escrutación de la voluntad de los muertos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado estos conceptos: el de la preterición inintencional en la sentencia de 23 de enero de 2001, en la que es ponente el Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo, cuyo supuesto de hecho era el siguiente:

“Don Fernando-Javier otorga testamento el 2 de diciembre de 1988, en el cual instituye herederos a sus cinco hijos matrimoniales. El 13 de enero de 1991 tiene un hijo que reconoce, según consta en el Libro de Familia. El 2 de abril de 1992 suscribe con la madre del niño un convenio para regular la guarda, custodia, régimen de visitas, alimentos y gastos médicos del hijo común, que se protocolizó notarialmente. El 5 de febrero de 1994 fallece don Fernando-Javier.

La madre del hijo no matrimonial interpone demanda pidiendo la nulidad de la institución de herederos de los cinco hijos matrimoniales por preterición no intencional del causante.

En definitiva, es cierto que la voluntad del testador ha de considerarse como realmente relevante –así lo dispone el art. 675 del Código Civil–, pero precisamente la concreta voluntad que el testador ha formado en atención a la realidad o a la situación que puede contemplar y valorar en el momento en que lleva a cabo el otorgamiento.

Si esa realidad se altera después de forma significativa y el testador omite otorgar nuevo testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, su voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante.

Como esta Sala tuvo ocasión de declarar en la ya lejana sentencia de 1 de julio de 1969, la **preterición** ha de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne de quien dispone de sus bienes para después de su muerte, evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento.

Por consiguiente, ha de estarse al hecho de la omisión del hijo extramatrimonial, en el testamento del causante, cuyo otorgamiento anterior incluso a la concepción de Josué Fernando convierte a su **preterición** en no intencional, con la consecuencia práctica de que todos los hijos del causante van a obtener la igualdad de trato que la Constitución propugna.”

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio del 2002, ya estudiada en otros aspectos, se refiere en estos términos a la preterición inintencional en la subcuestión segunda del Considerando quinto: “se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios

en el testamento, sabiendo que existen y no han recibido nunca nada en concepto de legítima”, cuyo concepto nos parece que no coincide con la doctrina de la sentencia antes citada de 23 de enero de 2001.

C) Párrafo 3.º del 814 (71).

Los descendientes de otro descendiente que no haya sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Este párrafo es desconcertante, no vemos cómo articularlo en nuestro Código inspirado, como hemos pretendido demostrar, en el sistema romano de libertad de testar con el freno o límite de las legítimas.

Principiaremos por señalar que cura este caso evidente de preterición con una receta del Derecho germánico, con una disposición *ex lege* como tercer género sucesorio, introduciendo sin base alguna el derecho de representación en la sucesión testada (72), en una disposición testamentaria.

(71) Puede consultarse la documentada obra tantas veces citada de RIVERA FERNÁNDEZ, pp. 321 a 369, donde estudia este párrafo con la minuciosidad que caracteriza su obra, aunque no coincidimos con él en algunos aspectos y que por razón de la índole de mi artículo, donde me limito a exponer mi lectura histórica, sistemática, lógica y gramatical del articulado del CC con limitadas discusiones.

(72) En defensa incondicional de este párrafo pueden verse ALBALADEJO GARCÍA en *La Ley, Revista de Actualidad Civil*, número 28, semana del 7 al 13 de julio del 2003, titulado: “La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (análisis del art. 814, párrafo antepenúltimo del Código Civil)”, pp. 1-11, en el que principia afirmando que en la *Revista de Derecho Privado* del año 1967 publicó un estudio titulado “Para una interpretación del artículo 814, 1.º, del Código Civil”, pp. 1023-1048, “en el que defendí una serie de extremos que la posterior reforma de este artículo en 1981 vino a reconocer como acertados”. Sostiene que la representación es una figura distinta de la sustitución vulgar y que es viable tanto en la sucesión intestada como en la testada, lo cual se opone a una corriente doctrinal que sostiene que la representación desempeña en la sucesión abintestato el papel de la sustitución en la sucesión testamentaria, en lo que estamos de acuerdo; el testador puede disponer testamentariamente invocando el derecho de representación para determinar, en su caso, a los llamados; v. g., “Nombro herederos a mis amigos A, B y C, representados, no sustituidos por sus hijos, si *procede*”, y si alguno repudia la herencia su cuota acrecerá a los otros dos y a sus representantes no se les deferirá la herencia, mientras que si los hubiese sustituido vulgarmente en el caso de repudiación, la herencia se transmite a los sustitutos; sin embargo, para nosotros es distinto que el testador pueda utilizar el derecho de representación para la determinación de sus herederos, en lo que estamos de acuerdo, que, cuando al margen de la voluntad del testador la ley directamente los determina e impone, como en el párrafo que examinamos, porque entonces no estamos ante una representación testamentaria, sino legal, es una ley imperativa y no el testador la que dispone y eso no es una disposición voluntaria ni testamentaria. Es interesante también la cuestión que plantea ALBALADEJO, relativa a la utilización del llamado derecho de representación para que juegue en la sucesión testamentaria el artículo 1.038 y, agrego yo, si sería más adecuado utilizarlo en lugar de la sustitución respecto de los descendientes de los legitimarios, para evitar sustituciones que sean nulas parcialmente, como el caso de la resolución de 11 de octubre del 2002. Sobre esta cues-

ria nula y la disfraza con esa norma de equidad correctora del rígido principio, el descendiente más próximo en grado excluye al más remoto, a favor de la delación a ciertos herederos intestados y de la vocación a ciertos legitimarios, que encarna el llamado derecho de representación, el cual injerta en este párrafo 3.º, relativo a la sucesión testamentaria y no como lo injerto el artículo 17 de la Ley de Contratación en Zona Roja, de 5 de noviembre de 1940, para resolver parcialmente problemas de la Guerra Civil y en la que no puede apoyarse esta extensión, ni tampoco pueden servir de referencia los artículos 761 ni 857, referentes a la concesión del título de legitimarios a algunos descendientes por razones de equidad, paralelamente lo mismo que se concede el derecho de representar a una persona viva en el artículo 929, relativo a la sucesión intestada, en otras palabras, no creemos que se pueda apoyar el tronco en una rama extraña, aunque sí que apoye el desarrollo de sus ramas y también creemos que la vocación a los descendientes de los legitimarios premuertos, justamente desheredados o incapaces y la inseparable delación a los mismos de la herencia intestada es el fruto de una norma de equidad, llamada con no mucha propiedad derecho de representación, que mitiga la rigidez de la regla en la línea recta descendente: el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, que no tiene una correlación en la sucesión testada, donde la voluntad es soberana hasta el límite de las legítimas.

Para la aplicación de este tratamiento somete al paciente al testamento, a una doble ficción jurídica, considerar no preterido a quien es imposible preterir, *porque falleció antes que el testador* y *antes, claro es, de la entrada en vigor del testamento*, antes de que éste desplegara sus efectos jurídicos y que, por tanto, no puede ser objeto de preterición y niega con la ley la realidad de la preterición de los descendientes del premuerto, que precisamente es evidente, pues están omitidos, silenciados en el testamento en el momento de su vigencia.

Además, este párrafo 3.º está en flagrante contradicción con el párrafo siguiente, con el 4.º, que dispone, que si el preterido muere antes que el testador, “el testamento surtirá todos sus efectos”, lo cual excluye categóricamente esa solución, pues si el preterido en el testamento muere antes que el testador, no está preterido efectivamente, jurídicamente, porque el testamento no nace, no entra en vigor, hasta el instante mismo de la muerte del causante y la realidad jurídica que contempla, que rige,

ción véase RIVERA FERNÁNDEZ, ob. últ. citada, pp. 344 y ss., a la que me referiré más adelante y, además de la ob. cit. de RIVERA FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS en su obra: *Preterición y derecho de representación*, Madrid, 1991, VATTIER FUENZALIDA, *El derecho de representación*, cit., pp. 281 a 289.

que regula, es única y exclusivamente la que existe en el momento de su muerte, la que existía antes es extraña a su contenido, excepto en cuanto a la capacidad del testador y a los demás requisitos de la validez del testamento, que son decisivos en el instante del otorgamiento del testamento.

El llamado derecho de representación es un modo de designar, como lo son la línea y el grado, a los herederos intestados y a los legitimarios por referencia a un heredero o legitimario ascendiente de ellos premuerto, justamente desheredado o incapaz de heredar, que es a su vez descendiente del testador y que en rigor no lo representan, sino que ocupan su lugar en la herencia, *in locum patris*, que era la expresión del Derecho romano a la que sustituyó con éxito, pero no mejoró en precisión esta denominación del Derecho intermedio, aunque tampoco el llamamiento a la estirpe lo supera, como hemos visto (73), pues el significado de todas ellas es el mismo y lo expresamos con precisión matemática en estos términos: uno de los principios por los que se defiere y distribuye la sucesión intestada de los descendientes, si hay varios, por ejemplo, hijos e hijos de hijos, es el del llamamiento a la herencia de todos los que no estén excluidos por un descendiente intermedio entre ellos y el difunto, salvo si el que se interpone ha sido justamente desheredado o es incapaz de heredar. El derecho de representación, en el sentido que apuntamos, es un modo de designar *mortis causa* por medio de la ley a los herederos en la sucesión intestada, lo que se regula de una manera abstracta, que la concreta la declaración de herederos; mientras que la designación de los herederos en la sucesión testada la hace siempre el testador, incluso si designa testamentariamente como herederos suyos a quienes lo serán en su sucesión intestada, ya que es el propio testador el que defiere la herencia y no la ley, lo que no ocurre en el párrafo que estamos criticando, que es la propia ley la que defiere la herencia a los herederos preteridos y no el propio testador, ya que si lo hubiera hecho mediante la oportuna sustitución vulgar de premoriencia a favor de los descendientes del sustituido, no habría preterición, no existiría el problema que el párrafo 3.º del artículo 814 resuelve de esa manera tan extraña al sistema sucesorio de nuestro Código Civil.

En este párrafo, si bien es exacto que el heredero premuerto no puede ser preterido y el testamento, como no hay preterición, surte todos sus efectos, en su supuesto hay preterición de los descendientes del descendiente premuerto y la preterición la conjura un derecho de representación en la sucesión testamentaria, que nace directamente de la ley y no de la voluntad del testador, lo cual excluye al derecho de representación

(73) En el epígrafe destinado al derecho de representación, en las pp. 24 y ss.

de la sucesión testada, porque no se apoya en la voluntad del testador, sino en la ley (74).

No hay equiparación entre los supuestos de premoriencia del párrafo que criticamos y los supuestos de los artículos 761 y 857, porque la solución de éstos es armónica y coherente con el sistema sucesorio romano y lo que se tutela en ambos son las legítimas, lo que no se hace en el 814-3.º, que no se contemplan las legítimas, como en la llamada preterición intencional, ni se anula el testamento o la institución de heredero, como era y aún sigue siendo el efecto esencial de la preterición llamada inintencional, ya que da una solución propia del derecho germánico, un sistema en contradicción con el Derecho romano y, si pretendemos escrutar lo inescrutable, la voluntad, la intención de los muertos, nosotros creemos más acertada la solución romana de la preterición con la solución normal de la sucesión paradigmática, que es la intestada, que el parche germánico del 814-3.º, aunque aparente conservar más del testamento, el resto del mismo, ya que no podemos asegurar que la premoriencia del hijo no cambie también la disposición o disposiciones testamentarias a favor de los nietos preteridos y, en consecuencia, las demás. Piénsese en el ejemplo de VALLET DE GOYTISOLO (75) del supuesto que el hijo *premuerto* hubiese sido mejorado en los tercios de mejora y libre y no hubiese dejado hijos matrimoniales, sino no matrimoniales desconocidos o rechazados por el testador (76).

Por último, quiero dejar apuntado el problema de la extensión objetiva en la herencia del testador de la representación de los descendientes del premuerto, si comprende el mismo derecho hereditario que el dejado al premuerto, como entiende la mayor parte de la doctrina, o si hay que

(74) RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 351 y 361, dice que no se trata de una sustitución vulgar, que “la delación sería de estricto carácter legal y forzoso, *sería* un **tertium genus** sucesorio”. Más adelante escribe: “Estamos, por tanto, ante un derecho de representación peculiar y, si se quiere, anómalo ... establecido en el ámbito de la sucesión testamentaria para una específica finalidad. Lo que no quiere decir que las normas reguladoras de la representación en el ámbito de la sucesión intestada sean de imposible aplicación a esta representación diseñada en el artículo 814-3.º, al contrario serán las disposiciones a aplicar”. En todo caso, esta representación legal y forzosa en una sucesión testamentaria no deriva una disposición del testador, sino del legislador y no causa una sucesión testada o intestada, sino forzosa, un tercer género sucesorio.

(75) *La preterición después de la Reforma de 13 de mayo de 1981*, cit., p. 107.

(76) No digo abuelo, porque para mí el vínculo parental con los descendientes, que no sean hijos, lo genera el matrimonio, no la filiación no matrimonial, que sólo vincula a padres e hijos, no abuelos y nietos, como se lee en el artículo 39-2 y 3 de la Constitución, que los reformadores no han querido o no han sabido traducir al Código Civil, a pesar de que éste les facilitaba mucho la labor. En la adopción no es seria esa prolongación del parentesco más allá del vínculo convencional entre adoptante y adoptado, que carece de fundamento jurídico entenderlo a los demás parientes en línea recta de uno y de otro.

excluir la mejora por su carácter personalísimo, como pretende ALBALA-DEJO (77), quien sostiene que “si el padre a quien mejoró fue al premuerto, a lo que sea mejora para éste no tienen derecho sus descendientes, que sólo lo representan en lo que les correspondía heredar que no fuese mejora, porque esta es personalísima; así que intransmisible por cualquier medio, como representación, derecho de transmisión, acrecimiento, sustitución, etc., salvo que al mejorar el causante hubiese previsto que el que eventualmente ocupase el puesto del mejorado hiciese suya también la mejora como tal. Pero esto no sería un caso de adquisición por representación de mejora hecha a otro, sino de mejora hecha eventualmente también a favor del representante del mejorado”. Creo que es interesante este planteamiento en cuanto que restringe el alcance de una disposición que contraría frontalmente nuestro sistema sucesorio y su fundamento. No obstante, y para mí, en el supuesto del artículo 1.006, la mejora ya integra la herencia del mejorado y es, por tanto, transmisible a los “representados”, porque la herencia que aceptan éstos, si ejercitan en este sentido el *ius delationis*, es la del mejorado y no la del mejorante, pues no serían pequeños los problemas que plantearían nuestro sistema legítimo si prevaleciese la doctrina contraria de que la herencia que aceptaban al ejercitarlo fuera la de éste, la del mejorante.

La solución de este caso de preterición con un parche legal, que resuelve la cuestión sentando que la voluntad del testador respecto del hijo premuerto es la misma tanto respecto a los hijos matrimoniales como a los hijos extramatrimoniales de éste, a los cuales la ley ordena que le representen, es contraria al sistema de nuestro Código Civil y debe interpretarse restrictivamente por extraña a la posición, tradición y sistema de nuestro Código Civil.

D) Párrafo 4.º del 814.

Dispone: “Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos”.

Esta norma tiene su precedente en el último párrafo del artículo 814 en su redacción primitiva y en la de la Ley de 24 de abril de 1958, que eran idénticos: “Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efectos”, limitándose el vigente a adaptarlo a los nuevos efectos, ya que en el caso de la preterición inintencional

(77) *La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido*, cit., pp. 9 y s., y en su libro *La Mejora*, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, Madrid, 2003, pp. 337 y ss., y especialmente 358 y ss.

del núm. 1.º del párrafo 2.º anula, no sólo la institución de heredero, sino todas “las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial”; mientras que los dos artículos 814 anteriores anulaban solamente la institución de herederos, pero no las mandas y mejoras “en cuanto no sean inoficiosas”, de acuerdo con los efectos que dictaban para la preterición.

Este párrafo 4.º ha sido y sigue siendo una manifestación para los casos de omisión en el testamento de “herederos forzosos” que vivían al tiempo de otorgarse el testamento, pero que murieron antes de su entrada en vigor, que es el instante de la muerte del testador, que es cuando el testamento es válido y eficaz, que es una omisión intrascendente jurídicamente, carente de efectos, porque la capacidad del testador y los demás requisitos de validez del testamento han de cumplirse en el momento de su otorgamiento y la de su contenido ha de contemplarse en el instante de la muerte del testador.

Esta cuestión no se discute hoy en la doctrina ni en la práctica, es aceptada unánimemente, aunque el testador pierda su capacidad después de otorgado el testamento continúa siendo válido, la capacidad hay que tenerla en el momento del otorgamiento. Todo lo cual tiene su apoyo en el artículo 743: “Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código” y ninguna norma anula el testamento por incapacidad sobrevenida. La capacidad se exige en el acto del otorgamiento del testamento, con carácter general en el inciso final del párrafo 1.º del artículo 685, para el testamento abierto el 696, inciso final, y para el cerrado el núm. 4.º del 707.

E) Párrafo último del 814.

“A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.”

Este precepto nuevo en el artículo 814 no es ajeno a nuestro Código, pues el artículo 763-2 dispone: “El que tuviese herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo”, sección titulada “de las legítimas”, y se puede alcanzar el mismo fin. El 675 completa ambos preceptos: “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador según el tenor del mismo testamento. El testador no puede impedir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”.

VIII. El número 4 del artículo 831 vigente

En este Estado de Derecho no se garantiza el orden jurídico, la Comisión General de Codificación es nominal, las leyes de acompañamiento sabotean la codificación como sistema científico, medio que se extendió a todas las leyes que lo pretendan, cualquiera que sea su materia, estando de moda entrar a saco en nuestro Primer Cuerpo Legal (78), en el Código Civil, adaptándolo a los intereses de la nueva ley en detrimento de los generales que regula éste.

Los artículos 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 41, de 18 de noviembre del 2003, le han modificado 18 artículos y le añadieron una disposición adicional, la cuarta. Sólo el 10, en materia de régimen sucesorio, modificó 8, entre ellos el 831, que más que un artículo de una ley por sus 11 párrafos parece de un periódico o de una revista; en el párrafo último del núm. 4 aborda un problema de preterición y en los números 5 y 6 aparecen legitimadas las personas con descendencia común que no están casadas y o en situación de relación de hecho análoga al matrimonio, que entran así en el Código, aún de manera más libre y *directa y sin distinción de parejas por* esta ventana, que por la que les intentó abrir la disposición adicional tercera de la Ley 21, de adopción, de 11 de noviembre de 1987, en estos términos: “Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables *al hombre y la mujer integrantes de una pareja* unida en forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”, la cual quedó en la penumbra y no se refleja en el articulado del Código Civil.

Del artículo 831, que amplía notoriamente las facultades de estas delegaciones o poderes *post mortem* (79), que ahora no pueden otorgarse en capitulaciones matrimoniales, donde únicamente podían conferirse, hasta que la reforma de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, la llevó también a los testamentos y ahora, desde la Ley 41, de 18 de noviembre del 2003, solamente en testamento pueden darse estos apoderamientos o delega-

(78) La Ley 7, de 1 de abril del 2003, adiciona el capítulo XII, titulado “Sociedad Nueva Empresa”, a la Ley 2, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995 y su disposición final primera la destina a modificar también los párrafos segundo de los artículos 1.056 y 1.271 y el 1.406-2.º, del Código Civil, tutelando la integridad de la transmisión *mortis causa* de la sociedad Nueva Empresa en el primer supuesto a costa de los demás legitimarios y en los dos últimos sin necesidad y despreciando la analogía.

(79) Incluso adjudicaciones “que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”, es decir, previas adjudicaciones herenciales de bienes gananciales y disposiciones de bienes concretos “que, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente, le conferirán también la posesión el hecho de su aceptación”, una posesión adquirida *ex lege*, como la *civillísima* del 440 del CC.

ciones, que apenas han tenido vida práctica en las regiones de Derecho común (80).

El número 4 del artículo 831, que es el que interesa en este trabajo, dispone: “La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas y otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.”

Desde el día 3 de junio de 1981 hasta hoy la preterición no intencional de todos los descendientes se regía y rige por el párrafo 2.º del artículo 814 y su núm. 1.º, según el cual, si eran preteridos todos los descendientes del cónyuge causante, tanto los comunes con el cónyuge sobreviviente como los demás, se anulaban todas las disposiciones patrimoniales del testamento, incluido el poder *post mortem* para distribuir los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, porque es una delegación o poder cuyo ejercicio tiene inmediatas consecuencias patrimoniales y la Ley 41 del 2003 en nada ha modificado este supuesto de preterición inconsciente.

Desde el día 20 de noviembre del 2003, si la preterición del testador es de alguno o de todos los descendientes que no lo sean del cónyuge supérstite (81), incluso también de alguno de los comunes, no de todos (82), estamos en el supuesto de hecho del número 2 del párrafo 2.º del 814, y si en el testamento se otorgó un poder *post mortem* regulado en el 831-1, estamos también en el supuesto de hecho de este número 4, párrafo último, que dispone: “*el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido*”, que expresa la incidencia de

(80) Este artículo es otra importación de las regiones con Derecho foral a través del 663 del Proyecto de 8 de mayo de 1851, como pone de relieve GARCÍA GOYENA, ob. cit., t. I, p. 357, y que ha sido calificado de disposición anómala y extraña, de cuerpo extraño, entre otros, por CASTÁN TOBEÑAS, calificaciones con las que estamos de acuerdo.

(81) El núm. 6 dispone que “Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”. Así, sin más, entran en el Código Civil al margen del matrimonio, única unión legal que regula, las uniones al margen de la ley, o sea, de hecho, para que puedan ejercitar esta función en beneficio no sólo de los hijos, sino también de la descendencia común.

(82) Si fuesen preteridos, todos estaríamos en el supuesto del núm. 1.

esta preterición (la del 814-2-2.º) en el poder *post mortem*, la cual anula la institución de herederos y/o se reducen las mandas en cuanto sean inoficiosas, pero la delegación o poder testamentario a favor del cónyuge sobreviviente subsiste con la limitación de que no puede menoscabar la parte del preterido, lo mismo que la concesión de las facultades referidas en el número 1 del 831 encomendadas al cónyuge, si no hay preterición “no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por una u otras no sea descendiente común”. Las facultades que integran el poder *post mortem* concedidas al cónyuge sobreviviente *no pueden alterar el régimen de las legítimas ni las disposiciones del causante cuando el favorecido no sea un descendiente común* y, también en el caso de sucesión intestada abierta por preterición de este descendiente, *el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido* en esa sucesión abintestato.

IX. Conclusión

Las esencias de la preterición y de la desheredación en el Derecho romano, en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil para recuperar de la tradición jurídica patria, insisto concluyendo, de acuerdo con mi tesis, pueden sintetizarse así:

En un principio, la preterición era el olvido de uno o más herederos forzosos por el testador a quienes no había instituido o reconocido ni desheredado o revocado su título de heredero intestado, la cual causaba la nulidad del testamento. Se refería a la persona del heredero forzoso y no a su participación en la herencia, que era una cuestión ajena a la preterición, la cual se refería a un deber de piedad del testador para con sus descendientes.

Este deber en un principio fue moral, sin trascendencia jurídica, hasta que por la relajación de la costumbre algunos testadores que desheredaban a un *heres suus* dejaron de cumplir su oficio con él, no dándole participación en la herencia, lo que se consideró injusto y se convirtió en jurídico el deber, protegiendo al *heres suus* a quien se había desheredado arbitrariamente, sin razón, con una acción subsidiaria, la *querela inofficiosi testamenti*, que rescindía el testamento en cuanto a la institución de heredero y la herencia se defería abintestato; si había preterición, como ésta anulaba el testamento y se abría también la sucesión intestada, el ejercicio de la *querela* como acción subsidiaria era improcedente por inútil. Este remedio, por otra parte, también resultaba injusto, pues trataba de proteger una legítima, que consistía en la cuarta parte de la sucesión intestada del legítimario y con el ejercicio de la querella conseguía su cuo-

ta intestada, cuatro veces mayor. Todo esto se corrigió con la *actio ad supplendam legitimam* y con las imputaciones. La preterición es el desconocimiento u omisión testamentaria de los parientes mas íntimos concretada en uno o más herederos forzosos y figura distinta y con efectos diferentes era la omisión testamentaria o no de los deberes de piedad, consistentes en la no atribución de la *portio debita* y después *portio legítima*, a alguno o a todos de dichos parientes con inoficiosidad total o parcial antes de la autonomía de la *actio ad supplendam legitimam* el año 528 y con inoficiosidad total después de ella hasta el 542, en que la Novela CXV cambió el sistema.

Así nació la legítima que después acogió nuestro Código Civil, constituyendo su más firme antecedente histórico como legítima material, la cual coexistía plenamente diferenciada con la preterición, planteándose hoy el problema de si coexiste o no en esos u otros términos y antes o después de la reforma del 814 en 1981.

Con la Novela CXV, la preterición y la **legítima** sufren cambios, pero no se las confunde. La preterición surge si no se instituye heredero a los herederos forzosos, aunque se los desherede hay preterición, a menos que exista una justa causa para la desheredación de las que la Novela enumera y se exprese en el testamento. Ahora sólo la desheredación justa impide la preterición y, además, libera al testador del débito de las legítimas a los herederos forzosos desheredados. La desheredación injusta es siempre preterición, antes impedía ésta, pero no la *querela inofficiosi testamenti*, que tutelaba la *portio legítima* y ahora, al quedar absorbida por la preterición, queda tutelado el heredero forzoso injustamente desheredado con la nulidad de la institución y su título de heredero intestado. Remediar la desheredación injusta con la *querela inofficiosi testamenti*, en el caso de inoficiosidad total, era desorbitado, aunque igual o más lo es el remedio de la preterición.

Nuestro Código Civil, con buen criterio jurídico, arrancó la desheredación injusta a la preterición, dándole un amplio cauce por donde puede discurrir la desheredación injusta tácita y concediéndole en el artículo 851 unos efectos jurídicos propios y adecuados a la voluntad del testador, de acuerdo con el sistema sucesorio que lo inspiró, el romano, de libertad de testar conciliada con las legítimas y reflejado también en los artículos 675, 743 y 763, principalmente. Suprimió definitivamente con su artículo 815 la preterición causada por la no institución de heredero del legitimario, zanjando así la discusión sobre este particular. No acogió la voz esporádica de algún jurista clásico, que distinguía una preterición consciente, manifestación de una voluntad tácita de desheredación, de otra inconsciente y que era desconocida y ajena a nuestra tradición jurídica, y en su artículo 814, párrafo 1.º, tiene como supuesto la preterición de hecho

de los herederos forzosos y como consecuencia jurídica la anulación de la institución de herederos y validez de las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas; el párrafo 2.º da un tratamiento jurídico a la preterición del cónyuge viudo (que nunca fue heredero forzoso en el Derecho de Castilla y se le hizo por razones políticas, para acercar el Derecho común a algunas legislaciones forales), extraño a nuestro Derecho histórico, a nuestra tradición jurídica (83), aunque esta distinción, esta confusión, diría yo, causada por la atribución de idénticos efectos jurídicos a la preterición y a la desheredación injusta tácita de ascendientes y de descendientes, si el instituido era el cónyuge viudo y preterición consciente y desheredación injusta tácita de descendientes, tuvo expresa recepción en la reforma que del artículo 814 hizo la Ley 13, de 11 de mayo de 1981, que no respira ni un concepto ni una idea de la preterición, negándola o resolviéndola en estos dos supuestos o impidiéndola con receta de Derecho sucesorio germánico en el caso de su párrafo antepenúltimo.

Por último, de la lectura de los artículos 815 y sobre todo del 814, resulta que la preterición es una figura jurídica inviable sin el testamento, acto en el cual el testador contempla el instante supremo de la vida, la muerte, que es momento jurídico en el que se decide la preterición, salvo para el párrafo 3.º del vigente artículo 814, que habla de una preterición imposible y es inviable sin el olvido testamentario, porque la donación *mortis causa* en la que el donante contempla su muerte está proscrita de nuestro Derecho por el artículo 620 y en las donaciones *inter vivos*, aunque se imputen a la legítima del donatario, la contemplación de la muerte no es esencial como en el testamento, sino accidental.

La esencia de la preterición en los tres momentos históricos que he analizado coincide, salvo en algunos accidentes:

Desde su aparición, hasta la Novela CXV, la preterición es la omisión testamentaria de la institución o de la desheredación de uno o más herederos forzosos, la cual anulaba el testamento y se abría la sucesión abintestato. El incumplimiento de los deberes del testador para con sus parientes íntimos, en un principio, no tuvo relevancia y después se tuteló la

(83) En el Proyecto de 1851, el cónyuge viudo no era heredero forzoso, conforme a los artículos 641 y 642, pero sí era heredero intestado en pleno dominio en un quinto, un cuarto o un tercio, según concurriese con descendientes, ascendientes o con otros herederos (art. 773) y en el Código Civil era heredero forzoso en usufructo si concurría con descendientes o ascendientes legítimos o naturales o hermanos e hijos de éstos y tenía derecho a una legítima en usufructo, conforme a los artículos 807-3.º, 809, 834 a 839, pero estaba nombrado heredero intestado, en defecto de descendientes, ascendientes o hermanos e hijos de éstos en los artículos 946 y 942, lo que ha planteado cuestiones al sistema sucesorio de inspiración romana de nuestro Código Civil al no estar llamado expresamente sucesor abintestato cuando concurría con descendientes, ascendientes o hermanos o sobrinos carnales.

portio debita, más tarde llamada *portio legitima* con la *querela inofficiosi testamenti* y no como desheredación injusta.

Desde la Novela CXV hasta la abolición del requisito de la institución de heredero del llamado heredero forzoso, la preterición es la omisión testamentaria de la institución de heredero de uno o más herederos forzosos, que no han sido justamente desheredados, lo cual anulaba la institución de herederos, abriéndose también la sucesión intestada. Si algún heredero forzoso no recibía con la institución su legítima, completada, en su caso, con prelegados, donaciones o dotes, estaba legitimado para ejercer la *actio ad suplegendam legitimam*.

Desde la abolición del requisito de la institución del heredero forzoso hasta la reforma en 1981 del artículo 814, la preterición es la omisión de toda disposición testamentaria relativa a uno o más legitimarios, que no ha sido o han sido desheredados justamente (84), lo cual anula la institución de herederos y abre la sucesión intestada.

Con la última reforma del artículo 814, el legislador pierde el norte de la preterición, imponiendo unos extraños preceptos, con pluralidad de soluciones, que chocan con la tradición, los principios, los mecanismos de la Ciencia del Derecho y el sistema jurídico de nuestro Código Civil, desarticulándolo y no leyendo en ellos progreso ni modernidad, poco propicios para esta íntima y esencial cuestión de la institución de la familia, aunque sí una debilitación de los vínculos más íntimos.

Los dos pilares, sin los cuales la preterición no se sostiene, son un testador legitimado para disponer de todos sus bienes con limitaciones y uno o más beneficiarios de esas limitaciones. La preterición es imposible, impensable, en los sistemas en que no hay legitimarios, en que hay plena libertad de testar y en aquéllos en que la ley instituye a los herederos forzosos y les atribuye sus reservas, pues en el primer caso el testador no tiene deberes póstumos con sus parientes íntimos y en el segundo no tiene responsabilidad por ellos, porque es el legislador quien los asume y los cumple y está más identificado con el muñeco que con el hombre.

(84) Digo relativa a uno o más legitimarios y no a favor de ellos, ya que las disposiciones omitidas que comprendo son: institución de herederos, legados, imputación de donaciones a la legítima o reconocimiento de donaciones imputadas a la legítima y exclusión de algún legitimario de la herencia en virtud de desheredación expresa o tácita.

LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL FENÓMENO SUCESORIO (*)

ANTONIO HUERTA TRÓLEZ

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN **II.** PRESUPUESTOS PARA UNA ADECUADA PREVISIÓN SUCESORIA DE LA EMPRESA FAMILIAR. **A)** La configuración jurídica de la Empresa. **B)** Los Pactos familiares: el protocolo familiar. **C)** Previsiones en relación al régimen económico-matrimonial. **D)** Sucesión testamentaria: el testamento del empresario. **III.** INSTRUMENTOS SUCESORIOS DE CONTENIDO DISPOSITIVO. **A)** El usufructo universal a favor del cónyuge. **B)** Fiducia sucesoria: artículo 831 del Código Civil. **C)** Legado de cosa específica y mejora en cosa determinada. **D)** Institución de heredero. **E)** Pago en metálico de las legítimas: el artículo 841 del Código Civil. **IV.** INSTRUMENTOS SUCESORIOS DE CONTENIDO PARTICIONAL. **A)** Partición realizada por el testador: el artículo 1.056 del Código Civil. **B)** Partición realizada por el contador-partidor. **V.** OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

(*) Este trabajo ha sido previamente publicado por el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* correspondiente a octubre de 2003, en el número monográfico dedicado al “Cambio generacional en la Empresa Familiar”. La versión que ahora se ofrece es prácticamente idéntica, si bien con alguna pequeña modificación con objeto de adaptarla a las reformas más recientes del CC introducidas por la Ley 41/2003.

I. Introducción

La adecuada ordenación de la sucesión *mortis causa* encuentra, en Derecho común, obstáculos específicos cuando la totalidad o una parte sustancial del patrimonio hereditario está constituido por un objeto unitario o cuya división sea causa de debilitamiento o pérdida. Tal es el caso de la Empresa Familiar, hasta el punto de que es frecuente la afirmación, tal vez exagerada, de que el principal problema de la Empresa Familiar es el de la sucesión. La planificación de la continuidad de la empresa y su conservación en el ámbito familiar excede con mucho de las previsiones sucesorias, las cuales se proyectan en exclusiva sobre el derecho de propiedad. Y es sabido que la empresa —también la Empresa Familiar— no limita su problemática al ámbito de la titularidad dominical. Por eso es también necesario adoptar otro tipo de medidas, tales como las que sirven para regular la gestión de la empresa o la participación familiar y profesional en la toma de decisiones, así como las que excluyen o restringen el acceso a la participación en la titularidad de la empresa de personas ajenas al marco familiar. Las herramientas que sirven a dichos objetivos son bien conocidas: protocolos familiares, pactos de accionistas, previsiones estatutarias limitativas a la transmisión de acciones o participaciones sociales, etc. Sin embargo, a pesar de que los aspectos patrimoniales no son los únicos que es necesario prever para una ordenada sucesión de la Empresa Familiar, resulta indudable que su transmisión pacífica a la siguiente generación sólo es posible si se resuelve satisfactoriamente el problema de la titularidad.

El primer obstáculo que puede afectar a la transmisión de la Empresa Familiar es el relativo a su fiscalidad. Los juristas prácticos sabemos bien que cualquier solución en el ámbito civil o mercantil, por brillante o ingeniosa que sea, solamente es viable si va acompañada de un tratamiento tributario que resulte asumible. La norma legal está contenida en el artículo 20, apartado 2.c) de la Ley 29/1987, aplicable tanto a las sucesiones como a las donaciones, y en las normas similares que recogen las correlativas reglas de ámbito autonómico: “En los casos en los que en la base imponible de una adquisición *mortis causa* que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre Patrimonio, o de derechos de usufructo sobre los mismos, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la ad-

quisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciese el adquirente dentro de este plazo. En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por descendientes, adoptados y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 por 100...". No corresponde tratar aquí de los aspectos fiscales de la sucesión de la Empresa Familiar (un análisis crítico de gran extensión y profundidad puede verse en *Transmisión de la Empresa Familiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones* de la profesora Carmen BANACLOCHE PALAO). No obstante, por la relación que guardan con la perspectiva sustantiva de la sucesión, conviene indicar algunas observaciones. En primer lugar, que la reducción del 95 por 100 en el Impuesto de Sucesiones es aplicable en consideración únicamente de la relación de parentesco con el causante, siendo irrelevante que el sucesor (ni el propio causante) participe en la gestión de la empresa. En segundo término, la norma fiscal no exige para su aplicación la continuidad de la empresa, sino tan sólo el mantenimiento de la adquisición en el patrimonio del sucesor durante un período de diez años, salvo que se transmita por su fallecimiento. El único requisito subjetivo consiste en formar parte del grupo familiar propietario de la empresa, y desde el punto de vista objetivo basta con que el adquirente cumpla con el requisito de permanencia durante el plazo legal de diez años. En definitiva, el marco tributario de la sucesión *mortis causa* de la Empresa Familiar sólo tiene en consideración el elemento de la titularidad o propiedad de la empresa, ya sea individual o social, lo cual, con independencia de valoraciones críticas, constituye un soporte sumamente ventajoso para la ordenación de la sucesión desde una perspectiva civil o sustantiva.

Una segunda dificultad que con frecuencia se presenta a la hora de regular la sucesión en la Empresa Familiar es la que provoca el régimen legal de las legítimas. La rigidez del sistema legitimario no favorece precisamente la transmisión unitaria de la Empresa Familiar. Desde el punto de vista cuantitativo la legítima de los descendientes la constituyen dos terceras partes del haber hereditario, una de las cuales es susceptible de ser atribuida en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de los hijos o descendientes. En el aspecto cualitativo la legítima se ha de satisfacer, por regla general, en bienes de la herencia. La legítima del Código Civil es *pars bonorum* o, como dispone el artículo 806, "porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos". Otro tanto cabe decir de la legítima de los ascendientes (art. 809: "Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los

hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia”) y de la legítima del cónyuge viudo (usufructo de un tercio, de la mitad o de dos terceras partes de la herencia, según concurra con descendientes, con ascendientes o no existan unos ni otros, respectivamente). En todos estos casos el derecho de los legitimarios se hace efectivo, no sobre una cuota de valor de los bienes hereditarios, sino sobre los propios bienes, puesto que se trata de un derecho que recae directamente sobre el haber hereditario. El rigor legitimario del Código Civil se ve sin embargo mitigado, si no en el aspecto cuantitativo, sí al menos en su contenido cualitativo. En este sentido son numerosas las excepciones, tanto en la redacción original del Código como en modificaciones posteriores: mejora en cosa determinada con entrega de bienes (art. 827) o sin entrega (arts. 829 y 832), conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo (arts. 839 y 840), delegación de la facultad de mejorar (art. 831), pago en metálico de la legítima en casos especiales (arts. 841 y siguientes), etc. La última y más importante flexibilización del régimen legitimario que se ha introducido en el Código Civil es el artículo 1.056, párrafo segundo, en su nueva redacción formulada por la Ley 7/2003, de 1 de abril. Todos estos supuestos constituyen nuestro principal foco de reflexión y a su examen dedicaremos más adelante nuestra atención.

II. Presupuestos para una adecuada previsión sucesoria de la empresa familiar

El instrumento fundamental para ordenar la sucesión es el testamento. Pero cuando la voluntad del testador tiene como exclusivo o, al menos, principal objetivo la conservación de la unidad de la empresa en el ámbito de la familia, el testamento, con ser necesario, puede no resultar suficiente para evitar su desmembración o incluso su desaparición. Es preciso adoptar también otras medidas complementarias que en la medida de lo posible garanticen el propósito de continuidad en la relación de vinculación entre empresa y familia. Estas previsiones o presupuestos pueden referirse sobre todo a tres aspectos diferentes: la elección de un marco jurídico adecuado para la organización de la empresa, la fijación de un estatuto regulador de las relaciones familiares en relación con la empresa y, por último, la contemplación de la incidencia del régimen económico matrimonial del empresario en el devenir del fenómeno sucesorio.

A) La configuración jurídica de la Empresa.

La Empresa Familiar, como toda empresa, puede estar configurada de forma individual o social. En principio es idéntico el tratamiento que ambas reciben en lo relativo a su transmisión *mortis causa*, tanto en el orden civil como en el fiscal. Así el párrafo segundo del artículo 1.056 CC se refiere a la empresa como “explotación económica” y también como situación de “control de una sociedad de capital o grupo de éstas” y el artículo 20 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones acoge en su favorable régimen tributario a la “empresa individual” y a las “participaciones en entidades...”. Sucede, sin embargo, que la ordenación sucesoria de la empresa configurada como empresa individual presenta grandes dificultades prácticas y limita en grado sumo las posibilidades que al empresario ofrece una estructura societaria. Además, la gran flexibilidad de los mecanismos societarios, que van desde la simplicidad de una sociedad limitada unipersonal hasta un complejo entramado de sociedades adecuadamente vinculadas, permite que cualquier Empresa Familiar, desde la más grande hasta la más pequeña, adopte el soporte jurídico de una sociedad mercantil.

Hemos dicho que tanto el régimen civil como el fiscal, que permiten canalizar el fenómeno sucesorio de la Empresa Familiar venciendo los obstáculos apriorísticos que la dificultan (tributarios y legítimos), son aplicables por igual a la empresa individual como a la empresa social. Pero aun admitiendo que la empresa individual es susceptible de ser objeto de transmisión como una unidad, las dificultades son numerosas, pues ni siquiera el propio concepto jurídico de empresa es pacífico. El problema deriva del hecho de que, si bien la empresa puede ser considerada como objeto unitario a efectos del tráfico jurídico, los distintos elementos que la integran pueden hallarse sujetos a diferente régimen jurídico. Para percibir esta situación basta con situarse, por ejemplo, ante una empresa consistente en un comercio instalado en un local arrendado. Si el empresario es persona física podrá transmitir *mortis causa* ese comercio como objeto, pero las consecuencias del fallecimiento del arrendatario se registrarán en todo caso por la legislación de arrendamientos urbanos, lo que de hecho puede en ocasiones provocar la extinción misma de la empresa. Esa misma empresa, configurada como sociedad mercantil, incluso unipersonal, no se vería afectada en lo que al arrendamiento se refiere por el hecho del fallecimiento de sus accionistas o partícipes. Mayor relevancia tiene aún la configuración individual o social de la empresa desde la perspectiva de las deudas hereditarias. Es evidente que si la empresa objeto de sucesión tiene forma social (anónima o limitada), las deudas del causante —las deudas “no empresariales”— afectarán a los herederos, pero no direc-

tamente a la empresa como tal. Del mismo modo las deudas de la empresa no contaminarán al resto del patrimonio hereditario ni al patrimonio personal de los herederos, aunque acepten la herencia pura y simplemente, ya que el principio de responsabilidad limitada de las sociedades de capital impide el trasvase de las deudas al patrimonio de los socios.

Aunque sólo fuera por las razones apuntadas resulta evidente la conveniencia de que la Empresa Familiar, con independencia de sus dimensiones, adopte una estructura societaria más o menos compleja en función de sus necesidades. Existe además otra importante razón para que la Empresa Familiar, en contemplación de su transmisión sucesoria, se conforme como sociedad mercantil. Los estatutos sociales, si bien, como es evidente, no pueden contener disposiciones de naturaleza *mortis causa*, sí constituyen el vehículo idóneo para introducir en la estructura empresarial determinados mecanismos que posibiliten la continuidad ordenada de la empresa dentro del ámbito de la familia del empresario. El paradigma de este tipo de previsiones estatutarias son los derechos de preferente adquisición en favor de los socios o de la propia sociedad en caso de fallecimiento de otro socio, con o sin exclusión del mismo si los sucesores (herederos o legatarios) del socio fallecido son familia dentro de cierto grado de parentesco. Es de destacar que el régimen de los derechos de adquisición preferente por fallecimiento del socio ha sido objeto de un tratamiento más flexible después de la modificación del artículo 32.2 de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establecida en la Ley 7/2003, de 1 de abril. En la misma línea de mayor flexibilidad se ha modificado el régimen de las participaciones propias de la sociedad (art. 40 bis y ter) y se ha introducido en sede de sociedad limitada la posibilidad de las participaciones sin voto (art. 42 bis).

Otros mecanismos estatutarios de posible utilización en contemplación de la sucesión de la empresa pueden referirse a las más diversas cuestiones. Así el derecho de voto puede atribuirse al usufructuario (previsión especialmente útil en caso de atribución sucesoria del usufructo universal a favor del cónyuge viudo). Es posible establecer prestaciones accesorias que afecten a todas o a parte de las acciones o participaciones, las cuales pueden servir para vincular a la gestión a determinados miembros de la familia (ya sea como administradores sociales, ya a través de relación laboral). También cabe establecer requisitos y condiciones subjetivas para ostentar el cargo de consejero o administrador, condiciones éstas que no excluyen la de parentesco o pertenencia a la familia. Incluso, como en ocasiones hemos visto, se excluye estatutariamente la posibilidad de delegación permanente de facultades gestoras y representativas (consejeros-delegados) con el fin de asegurar el carácter colectivo de la toma de decisiones importantes. Las posibilidades, en fin, son casi ilimitadas, ya que

en materia de estatutos sociales la regla general es la libertad de pacto, y la excepción la norma imperativa.

A modo de conclusión cabe afirmar que la correcta ordenación de la sucesión *mortis causa* en la Empresa Familiar requiere, no como requisito legal sino como presupuesto empírico, de una estructura societaria adecuada al tamaño y características de la empresa y de la propia familia.

B) Los Pactos familiares: el protocolo familiar.

Desde el momento en que se desea vincular la titularidad y la gestión de la empresa al dato biológico de la pertenencia a una familia surge inmediatamente la necesidad de articular jurídicamente el complejo de interrelaciones entre ambas entidades. La ordenación de los vínculos entre una familia y un patrimonio no constituye un fenómeno nuevo en el ámbito de lo jurídico. A esta idea respondían los vínculos familiares representados especialmente por la institución de los mayorazgos, desterrados del Derecho positivo por la desamortización decimonónica. Y en algunos territorios forales todavía persisten residuos legislativos de instituciones jurídicas cuyo objetivo era preservar la unidad del patrimonio familiar (en realidad, una empresa agrícola familiar). Así sucede con las capitulaciones matrimoniales en Aragón y Navarra, por ejemplo, que se pueden configurar, tal y como sucedía antaño, como un instrumento complejo que incluye pactos relativos al régimen matrimonial, pero también comprensivo de previsiones en orden a la sucesión de uno y otro de los contrayentes, a modo de contrato sucesorio, o a donaciones entre los propios cónyuges y a donaciones por razón del matrimonio efectuadas por los ascendientes de los cónyuges.

Es un hecho que el paso de una sociedad agraria a otra industrial provocó en la segunda mitad del pasado siglo la caída en desuso de esas capitulaciones familiares, propias de algunos territorios de Derecho foral. El dato reseñable, y en cierto modo sorprendente, es que medio siglo después, en la era de la tecnología generalizada y de la crisis de la familia tradicional, la sociedad siente de nuevo la necesidad de crear vínculos jurídicamente eficaces entre un patrimonio y un grupo familiar determinado. Se trata de una realidad cuyo examen compete al ámbito de la sociología. Sin embargo, sí se observa un elemento diferencial muy significativo desde el punto de vista de los efectos jurídicos perseguidos entre las antiguas capitulaciones matrimoniales de ámbito familiar y los modernos protocolos familiares. Mientras que con las primeras se pretendía la perpetuación temporal de la familia y del apellido en términos de subsistencia y, a ser posible, de potenciación y crecimiento, el objetivo de la vinculación

jurídica entre familia y empresa es fundamentalmente la perpetuación y progreso de la empresa. Como ha escrito FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, si la propiedad familiar de la empresa llega a ser un lastre en la marcha de ésta, “ha de prevalecer el principio de conservación de la empresa, idea que ha de latir en el protocolo familiar”.

¿Cuál es el valor del protocolo familiar como instrumento eficaz para la regulación de la sucesión en la Empresa Familiar? Se dice con frecuencia que el protocolo familiar es básicamente una herramienta que pretende prever la sucesión en la empresa. La pregunta es con qué eficacia puede hacerlo.

El fenómeno sucesorio se articula, por regla general, en dos fases de contenido diferente y que suelen presentarse casi siempre de modo sucesivo. La primera fase está constituida por el título de la sucesión. Ésta, como señala el artículo 658 CC, se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. Se habla así de sucesión testamentaria y sucesión *ab intestato*. El título formal y material de la primera es el testamento; el de la segunda, la declaración de herederos, judicial o notarial según los casos. La segunda fase, que ocasionalmente puede coincidir en tiempo y forma con la primera (en la hipótesis de partición efectuada en el propio testamento), es precisamente la partición, que admite diversas variantes: hecha por el testador, por el contador-partidor testamentario, por el contador-partidor dativo o por el juez en el correspondiente procedimiento.

En relación a la primera fase, referida al título sucesorio, el problema práctico que se plantea es el siguiente: ¿Puede el protocolo familiar obligar a los socios a otorgar testamento en un sentido determinado o con un contenido concreto en lo referente a la titularidad de las acciones o participaciones de la Empresa Familiar? Se trata de una cuestión de gran importancia, ya que es harto frecuente que los protocolos familiares contengan previsiones acerca de la determinación de sucesores de los socios en la titularidad de la empresa por la vía de establecer criterios excluyentes, especialmente la prohibición de disponer en favor de personas ajenas a la familia o cuya relación de parentesco exceda de cierto grado. También se dan pactos sobre disposiciones testamentarias que establecen el pago en metálico de legítimas y su aplazamiento.

No hay duda de que las disposiciones testamentarias que incumplan o no respeten los pactos del protocolo familiar son plenamente válidas y eficaces. Hemos visto que en el ámbito del Derecho común la sucesión se defiende por testamento o, en defecto de éste, por la ley, pero no por pacto, ni con los eventuales sucesores ni con terceros. La prohibición de pactos sucesorios es de carácter general, como lo confirma el artículo 1.271,2.º CC, que, también en su nueva redacción, limita los pactos sucesorios al ámbi-

to de lo particional, de modo que lo dispositivo queda excluido y proscrito como materia contractual.

Queda pues descartada cualquier eficacia del protocolo familiar de alcance invalidante o limitativo del testamento del empresario o coempresario. Sobre esto no hay discusión. Lo que ya no resulta tan claro es si el incumplimiento de la obligación “protocolar” de testar en un cierto sentido tiene alguna otra consecuencia jurídica. A favor de esta eficacia jurídica, aunque limitada, se ha dicho que estos pactos se pueden configurar como obligaciones de hacer (o de no hacer) y que pueden ser previstas las consecuencias de su incumplimiento por medio de cláusulas indemnizatorias y penales. El testamento contrario a lo pactado en el protocolo es válido y eficaz, pero el incumplimiento provoca consecuencias jurídicas que tienden a sancionar al infractor.

La cuestión, sin embargo, no está clara. Para despejarla es necesario determinar si el hacer testamento o el testar de una cierta manera puede ser objeto de una obligación jurídica. Se trata de aclarar si la voluntad del testador se puede constituir lícitamente en el objeto de un contrato. En mi opinión la respuesta es negativa. La posibilidad de testar —la testamentifacción activa— está configurada en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo especialmente protegido, que no puede ser objeto de renuncia, pacto o limitación. El Código considera nulas cualesquiera restricciones a la libertad de testar, incluso las autoimpuestas por el propio testador, declarando que “se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras...” (art. 737 CC). Tanto más han de rechazarse las restricciones impuestas por pacto con un tercero. Tampoco aboga por la aptitud de la voluntad del testador como objeto contractual el carácter personalísimo del testamento (art. 670). Y aunque esto tal vez sea aventurarse demasiado, el “derecho a la herencia” que el artículo 33 de la Constitución enuncia no sólo puede entenderse desde un punto de vista pasivo, referido al derecho a recibirla; abarca también, tal vez, una formulación positiva, entendida como el derecho a disponer libremente, por vía sucesoria, de la propiedad privada, la cual es asimismo contemplada en el mismo precepto como derecho subjetivo constitucional. Cabe añadir a todo esto que las cláusulas de los protocolos familiares que imponen el deber de testar en un cierto sentido se identifican en realidad con un pacto sucesorio cuya ineficacia se pretende soslayar por vía indirecta, exigiendo de los contratantes que el contenido del pacto se explicita y “formalice” a través de un instrumento válido, el testamento, cuyas disposiciones integrarían *per relationem* el propio acuerdo contractual. Vistas así las cosas, reconocer alguna eficacia jurídica a un pacto de esta naturaleza sería tanto como admitir la validez de los pactos sobre herencia futura, aunque con eficacia limitada, siempre que

su ejecución o desarrollo se instrumentase a través de un testamento. Pero el hecho es que todos los pactos sobre herencia futura son inválidos, a salvo lo dispuesto, en cuanto a la partición, por el artículo 1.271,2.^a CC.

La inclusión en el protocolo familiar de pactos sobre el testamento de los socios familiares es, pues, jurídicamente irrelevante, como también lo son las eventuales sanciones o consecuencias que se prevean en caso de incumplimiento. Pero esto no significa que tales pactos sean del todo superfluos. Es evidente que la forma en la que los socios y miembros de la familia dispongan *mortis causa* de la empresa es algo de gran importancia para la conservación de la misma y, en segundo término, para su permanencia en el seno del grupo familiar. Lo que sucede es que esos compromisos tienen un valor meramente indicativo y no son vinculantes. Cuando se analiza la función que cumple el protocolo familiar se suele hacer referencia a su carácter de contrato marco, pero lo que más se destaca es su significado como “documento educativo”, “código de conducta” o “declaración de intenciones”. Y es precisamente en estos caracteres del protocolo donde cabe situar los pactos sobre las disposiciones testamentarias. Su valor –en absoluto despreciable– se circunscribe a lo psicológico y a lo docente, se enmarca en aquello que se ha denominado “cultura empresarial-familiar”.

En el ámbito particional –la segunda fase del proceso sucesorio– el protocolo familiar puede tener un protagonismo más amplio. La posible vía abierta a la partición convencional por el nuevo párrafo 2.º del artículo 1.271 CC, en relación con el también reformado artículo 1.056, párrafo 2.º, suscita la cuestión relativa a la eficacia y valor de pactos de alcance particional en relación a la Empresa Familiar. A esta cuestión dedicaremos atención más adelante.

C) Previsiones en relación al régimen económico-matrimonial.

Es un hecho evidente que el régimen económico matrimonial condiciona de forma decisiva el resultado de la sucesión *mortis causa*. Pues aunque desde una perspectiva estrictamente jurídica el régimen matrimonial es un dato neutro respecto de la sucesión, ya que las normas que se aplican a ésta son las mismas cualquiera que sea la forma de organización económica del matrimonio, es lo cierto que la composición de la masa patrimonial del causante, el caudal relicto, depende cualitativamente del régimen económico del matrimonio y, eventualmente, de las previsiones concretas que se hayan podido adoptar en relación al mismo.

La realidad, como no podía ser de otra forma, es de lo más variado en este aspecto: empresarios o titulares de empresas familiares casados en régimen de gananciales o de separación de bienes, divorciados, separados

judicialmente, separados de hecho... Sin embargo, un esquema bastante habitual nos presenta a un empresario fundador de la Empresa Familiar, casado en régimen de gananciales, cuyo propósito consiste en que a su muerte aquélla se conserve entre sus descendientes por consanguinidad. Este panorama plantea diversos tipos de problemas a la hora de planificar la sucesión del empresario, tales como el mantenimiento de la propiedad de la empresa en caso de muerte del cónyuge del fundador, los derechos del cónyuge en caso de que fuera el fundador quien falleciera en primer lugar, o el régimen económico matrimonial de los hijos establecido de manera que no sea posible el acceso de los parientes por afinidad a la propiedad de la empresa con riesgo de pérdida del control familiar.

Respecto de esta última situación es cláusula habitual de los protocolos familiares aquélla que establece que los nuevos accionistas (excluyendo de esta forma al fundador) deberán, caso de estar casados, tener pactado régimen de separación de bienes. A este pacto son trasladables las mismas incertidumbres que planteábamos en relación con aquellos cuyo objeto consiste en condicionar u orientar en dirección determinada las disposiciones testamentarias de los miembros de la familia. En este caso la cuestión versa sobre si puede ser objeto de una obligación contractual el pactar régimen de separación de bienes y cuáles sean las consecuencias de un eventual incumplimiento del pacto. Se trata aquí de despejar el problema de si la adopción del régimen matrimonial de separación de bienes puede ser objeto de un contrato celebrado entre uno de los cónyuges (o futuro cónyuge) con un tercero o terceros. El artículo 1.271 CC dispone en su párrafo primero que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”. Aunque no está totalmente claro que el régimen económico del matrimonio constituya con seguridad *res extra commercium*, existen datos que inducen a pronunciarse por esta solución. El matrimonio, como estado civil, no puede ser objeto de contrato con un tercero, ni cabe transigir o pactar de forma alguna sobre el mismo (art. 1.814 CC). Y aunque cabe separar conceptualmente la institución del matrimonio de su régimen económico, es indudable que dicho régimen es inescindible del estado civil matrimonial, en la medida en que no es posible un matrimonio sin régimen económico matrimonial, sea paccionado o supletorio. El régimen matrimonial se presenta así como un elemento constitutivo del matrimonio y, por consiguiente, del estado civil de persona casada. Esta es la razón de que sea obligatoria su inscripción en el Registro Civil. Entendido como parte constituyente del matrimonio, resulta aceptable concluir que el régimen económico se halla “fuera del comercio de los hombres” y no puede ser objeto de contrato. Abunda en esta conclusión el artículo 1.098, pá-

rrafo 1.º, CC, que con relación a las obligaciones de hacer, dispone que si el obligado no lo hiciera, se mandará ejecutar a su costa. Es obvio que, respecto de la obligación de hacer que examinamos, no cabe la ejecución forzosa en forma específica, ya que se trata de un hacer personalísimo. Pero la razón de ese carácter estrictamente personal no nace, como sucede en otros casos, de la imposibilidad física o real de sustituir la actividad del obligado (como el del artista que incumple la obligación de ejecutar una obra), sino de la imposibilidad jurídica de la sustitución por vía de ejecución forzosa, la cual deriva precisamente del hecho de participar la prestación de la naturaleza de los actos que conciernen al estado civil de las personas. Existe todavía otro obstáculo a la eficacia jurídica de tales pactos, que deriva del carácter bilateral de las capitulaciones matrimoniales. Si admitiéramos la validez del pacto protocolar de pactar régimen de separación (validez que rechazamos), su mera eficacia siempre sería dudosa, ya que el cumplimiento de la obligación no depende sólo de la voluntad y diligencia del obligado, sino también de la libre voluntad de otra persona, su cónyuge. Quien suscribe un protocolo familiar que le impone el régimen de separación de bienes asume una obligación cuyo cumplimiento depende totalmente de la voluntad de su consorte. Si éste no se aviene la obligación se habrá incumplido, pero el incumplimiento no será imputable al obligado y será, por tanto, irrelevante. Hay que tener en cuenta que nuestro derecho de obligaciones acoge en materia de incumplimiento el criterio de la culpa (art. 1.101 y ss. CC), siendo excepcionales los supuestos de responsabilidad objetiva. El cónyuge que no puede otorgar capitulaciones por causa de la negativa del otro no puede incumplir ninguna obligación exigible, pues en todo caso se trataría de una prestación de contenido imposible. Y, como establece el artículo 1.272 CC, “no podrán ser objeto de contrato las cosas y servicios imposibles”.

Los pactos protocolares relativos al régimen económico matrimonial de los socios de la Empresa Familiar no son jurídicamente exigibles, ni por vía directa ni a través de mecanismos tales como cláusulas penales indemnizatorias. Pero cabe aquí trasladar lo que se dijo respecto de los pactos concernientes al testamento de los socios familiares. No vinculan en lo jurídico, pero tienen el valor moral y didáctico y la fuerza psicológica que primordialmente latan en el protocolo familiar, entendido como compromiso de comportamiento y vehículo explícito del estilo y cultura propios de la Empresa Familiar.

La segunda cuestión que plantea el régimen matrimonial en el marco de la Empresa Familiar se refiere a la sucesión del propio fundador, que a menudo ha creado la empresa durante el matrimonio y no quiere sustituir el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes. También en este caso el instrumento capitular puede resultar de gran utilidad,

pues no se olvide que las capitulaciones matrimoniales no sólo sirven para sustituir un régimen económico por otro, sino también son aptas para modificar un régimen o adoptar “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” (art. 1.315 CC). En esta línea sería conveniente estipular las capitulaciones del fundador de la empresa, no ya para prescindir del régimen de gananciales, sino para regular dentro del mismo determinados aspectos en orden a la gestión de los gananciales relacionados con la empresa y, sobre todo, para establecer los criterios aplicables a la liquidación de la sociedad conyugal una vez que ésta se disuelva por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Previsiblemente las soluciones que se han de adoptar no serán las mismas si la disolución se produce por muerte del empresario o por fallecimiento de su cónyuge. Por regla general se procurará que, en el segundo caso –fallecimiento del cónyuge–, el fundador que gestiona la empresa no vea alterada su posición de dirección y dominio por consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales. En el supuesto de disolución por fallecimiento del empresario el objetivo primordial ha de ser preordenar la liquidación de la sociedad de gananciales de tal manera que puedan ser efectivas las previsiones sucesorias dispuestas en su testamento en orden a la transmisión, conservación y unidad de la empresa.

En defecto de capitulaciones del emprendedor o del propietario de todo o parte del patrimonio familiar empresarial, o si existiendo capitulaciones éstas no han previsto nada al respecto, se aplicarán a la liquidación de la sociedad de gananciales las normas del Código Civil (arts. 1.392 a 1.410). De todas ellas tiene gran interés para nuestro tema el artículo 1.406,2.º, que ha sido objeto de nueva redacción por la disposición final primera, apartado 3, de la Ley 7/2003, de 1 de abril. El texto recién inaugurado dice así: “Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde alcance: 2.º La explotación económica, que gestione efectivamente”.

Los nuevos términos de la norma sustituyen a la redacción de la Ley de 13 de mayo de 1981, que se refería a “la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo”. Se ha sustituido esta prolija –y, por tanto, limitada– enumeración por una expresión global y omnicomprendensiva: “la explotación económica”. Se prescinde así, en orden a la determinación, de la actividad concreta de la explotación, así como de su estructura jurídica. La norma es aplicable a las acciones o participaciones de sociedades mercantiles, incluso aunque éstas no supongan la totalidad o la mayoría del capital social. Esto es así porque no se vincula la titularidad al control, de tal manera que el derecho de predetracción corresponde al titular aunque no ostente el control. Basta con que “gestione efectivamente” la empresa. También aquí el legislador ha optado por

un criterio amplio y de tipo fáctico, ajeno a tecnicismos. Tratándose de empresa social no es necesario que el cónyuge titular del derecho de inclusión preferente sea administrador de la sociedad o tenga atribuido un cargo ejecutivo. Basta con que gestione de forma efectiva. Puede ser consejero, administrador único o solidario, apoderado, incluso factor notorio. Puede carecer de facultades representativas y ejercitar actividades de gestión ajenas a la tipología legal mercantil, tales como la de director general, gerente u otras similares. Lo que exige la norma no es sino una firme vinculación con la gestión de la empresa, con abstracción de consideraciones jurídico-formales.

Es evidente que el derecho de predetracción tiene su límite objetivo en la igualdad cuantitativa que se produce al liquidarse la sociedad de gananciales entre el cónyuge sobreviviente (caso de disolución por fallecimiento) y la masa hereditaria del cónyuge fallecido. Se atribuye la facultad de incluir la empresa en el haber del empresario, pero sólo “hasta donde éste alcance”, porque en materia de liquidación de gananciales el derecho de las partes recae directamente sobre los bienes y derechos que componen el patrimonio ganancial. No obstante, incluso en los casos de atribución preferente parcial, la facultad del artículo 1.406,2.º puede ser un instrumento de gran eficacia, tanto para asegurar al empresario la continuidad en el control efectivo de su empresa, como también para evitar que sus disposiciones testamentarias puedan verse desvirtuadas por causa de una previa liquidación de gananciales que las prive de contenido o lo limite.

D) Sucesión testamentaria: el testamento del empresario.

De todo lo dicho hasta ahora resulta evidente la conveniencia de que el empresario otorgue testamento para ordenar la sucesión de la empresa, lo cual es predicable tanto respecto del fundador y su cónyuge como de los demás miembros de la familia que hubieran adquirido la condición de titulares de acciones o participaciones de la empresa. El testamento, como ley fundamental de la sucesión, no sólo cierra el paso a la aplicación inexorable de las reglas de la sucesión intestada en lo relativo a la cuantificación de los derechos hereditarios de los descendientes y del cónyuge (en el caso frecuente del empresario casado y con hijos), sino que abre también una amplia gama de posibilidades en orden a la distribución cualitativa del caudal relicto (incluida, claro está, la Empresa Familiar). Para esta finalidad cabe utilizar una gran variedad de recursos: atribuciones a título singular, disposiciones sobre imputación de legados o donaciones, disposiciones relativas a la forma de pago de las legítimas, cláusulas de naturaleza particional, etc.

Sin riesgo de exageraciones puede afirmarse que el testamento es instrumento prácticamente imprescindible para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la Empresa Familiar tras el fallecimiento del anterior o anteriores titulares; en la misma medida en que la sucesión intestada constituye un peligroso factor de riesgo para que se produzca su extinción o dispersión. Sin embargo no existe un tipo axiomático de testamento del titular de la Empresa Familiar, ni siquiera por aproximación. Su contenido deberá tener en cuenta los factores familiares concretos, que la realidad ofrece cada vez con mayor cantidad de variantes y matices. También, por supuesto, se han de contemplar las características y valores personales y profesionales de los sucesores, así como el volumen y características de la empresa. Todo ello sin olvidar que el diseño testamentario habrá de adaptarse a la composición del patrimonio del empresario, teniendo muy en cuenta la existencia y valor de otros bienes ajenos a la propia empresa, puesto que la progresiva flexibilización legislativa del sistema legitimario no permite prescindir del límite cuantitativo que en todo caso impone a la voluntad del testador.

La imposibilidad de proyectar un modelo generalmente válido del testamento del titular de la Empresa Familiar no significa que no sea adecuado formular algunas líneas directrices básicas. Así, respecto de la forma, parece evidente que se ha de optar por el testamento abierto, no sólo por las garantías de conservación y eficacia que éste ofrece frente al testamento ológrafo (riesgo de pérdida, manipulación o destrucción, así como posibilidad de caducidad quinquenal), sino sobre todo por el peligro de nulidad o ineficacia que presenta la forma ológrafa. Y si esto se puede afirmar respecto de cualquier testamento, mucho más si se trata de ordenar la sucesión en la Empresa Familiar, ya que el testamento del empresario suele revestir tal complejidad jurídica que su redacción por alguien no perito en Derecho resulta totalmente desaconsejable. El testamento abierto, al estar autorizado por notario, garantiza la capacidad del otorgante y la libertad del consentimiento prestado, así como que su contenido se ajusta a la legalidad.

Una segunda consideración de carácter general respecto del testamento del empresario se refiere a la necesidad de coordinar sus disposiciones con la adopción de medidas complementarias, tanto en lo relativo al régimen económico matrimonial como en lo que afecta a los estatutos de la sociedad o sociedades que constituyan la estructura jurídica de la empresa. Ya nos hemos referido con amplitud a esta trascendental cuestión. Destaquemos aquí la posibilidad de regular en estatutos, dentro de márgenes muy amplios, los derechos de usufructuario y nudo propietario de acciones o participaciones sociales, de tanta utilidad para configurar el contenido de las atribuciones de derecho de usufructo en favor del cónyuge

viudo. Asimismo puede ser conveniente la previsión estatutaria del ejercicio del derecho de voto en caso de proindivisión de acciones o participaciones, estableciendo sistemas para la regulación de la representación de los cotitulares frente a la sociedad con objeto de objetivar el funcionamiento frente a ésta de la comunidad hereditaria.

Una última observación de tipo general: la conveniencia de que el testador designe albacea y contador-partidor, concurriendo ambos cargos en la misma persona. La utilidad de la designación no decae por el hecho de que el testador por sí mismo realice la partición de la herencia o establezca disposiciones de contenido particional en relación con la Empresa Familiar. Al albacea corresponde, entre otras, la facultad de “vigilar sobre la ejecución de ... lo ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él” (art. 902,3.ª CC). Tal facultad comprende la defensa de la voluntad del testador, la cual incluye también su recta interpretación. De este modo la actuación del albacea será fundamental a la hora de resolver acerca de las eventuales disensiones que pudieran producirse en la aplicación del testamento, ya que, dentro de los límites legales, su interpretación se impone. El apartado 4.º del artículo 902 también le atribuye la facultad de “tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos”. Es cierto que el ámbito de esta facultad es más bien limitado, pues se ciñe a la mera custodia y conservación. Pero puede el testador ampliarla atribuyendo al albacea la administración del caudal relicto de tal manera que no se vea afectado el funcionamiento y desenvolvimiento normal de la empresa. La utilidad de la figura del contador-partidor es evidente. El testador puede haber realizado la partición parcial de la herencia o establecido determinados criterios para efectuarla, en cuyo caso corresponderá al contador-partidor completar la partición o desarrollar y efectuar aquellos criterios o pautas. Pero incluso si el testador ha realizado la partición total no desaparece necesariamente la utilidad del contador-partidor, en tanto que desde el momento en que la realizó y la apertura de la sucesión puede haber variado la composición concreta de su patrimonio y, en todo caso, le corresponde aplicar y ejecutar las disposiciones del causante.

Fuera de estas consideraciones es difícil establecer otros criterios más concretos de aplicación general. El ordenamiento jurídico ofrece una amplia variedad de instrumentos técnicos que pueden utilizarse en función de los diferentes casos y circunstancias para ordenar la sucesión del empresario y proteger a la empresa de la disgregación y, en último término, de la desaparición. A continuación pasamos revista a aquellos recursos técnicos más operativos para el logro de esos objetivos. Lo haremos distinguiendo dos tipos de herramientas: los dispositivos y los particionales.

En materia sucesoria lo dispositivo se refiere a las atribuciones patrimoniales o llamamientos, ya sean a título singular (legados), ya a título universal (herencia) y tiene siempre un alcance cuantitativo en relación al haber hereditario y en ocasiones también una proyección cualitativa, como sucede con los legados. Lo particional alude a atribuciones exclusivamente cualitativas, cuya finalidad consiste en concretar en bienes determinados (*quale*) el valor de la cuota (*quantum*) atribuida a cada heredero. Si es el propio testador quien las efectúa, las disposiciones particionales pueden realizarse en el propio testamento o en documento separado: “por acto entre vivos o por última voluntad”, dice el artículo 1.056 CC. De ello trataremos después. Por el momento es preciso advertir que la partición *inter vivos* es muy poco frecuente, siendo lo habitual que se realice en el propio testamento. Y esto provoca en ocasiones serios problemas hermenéuticos a la hora de distinguir en casos dudosos el carácter dispositivo o particional de ciertas cláusulas testamentarias. Es importante, para evitarlo, que la redacción sea todo lo clara que sea posible a la hora de delimitar ambos campos, ya que, cuando existe contradicción entre uno y otro, lo dispositivo prevalece sobre las disposiciones particionales que sean incompatibles.

III. Instrumentos sucesorios de contenido dispositivo

Nos referimos aquí a los mecanismos de naturaleza dispositiva (no estrictamente particional) que pueden ser de utilidad para la conservación y estabilidad de la Empresa Familiar. Veamos los más frecuentes.

A) El usufructo universal a favor del cónyuge.

En realidad el recurso al usufructo universal no se dirige al logro de la continuidad de la empresa, sino que responde al deseo, muy habitual, de que la situación de hecho del cónyuge no sufra alteraciones en lo patrimonial como consecuencia del fallecimiento del testador. En el sentir popular el usufructo universal a favor del cónyuge viudo demora la sucesión a favor de los hijos hasta el fallecimiento de sus dos progenitores, aunque es evidente que esto no es así, ya que los descendientes suceden a partir de la fecha de la muerte de cada uno de los causantes, si bien el gravamen del usufructo difiere a un momento ulterior el disfrute del valor económico de la herencia. El Código no regula de forma expresa este tipo de disposiciones. Pero al amparo del artículo 820, una inveterada práctica notarial ha introducido en gran parte de los testamentos llamamientos al usufructo universal, que son, en rigor, llamamientos a título sin-

gular, legados de cosa específica, ya que tal carácter tiene el usufructo aunque recaiga sobre todo un patrimonio. De este modo, el cónyuge usufructuario será legatario y sucederá a título singular, salvo que la voluntad del testador fuera suficientemente expresiva sobre su condición de heredero. Es sabido que este tipo de cláusulas, en la medida en que el usufructo universal supone un gravamen impuesto sobre la legítima de los descendientes, pueden resultar ineficaces. A fin de evitar su impugnación por los legitimarios el legado de usufructo universal va acompañado siempre de la llamada “cautela sociniana”, que es un tipo de cautela de opción compensatoria en virtud de la cual el legitimario que exigiera su legítima libre de gravamen se ve privado de la cuota hereditaria que en otro caso le correspondería en los tercios de mejora y libre disposición, acreciendo su parte en dichos tercios en favor del resto de legitimarios que hubieran respetado la voluntad del testador.

Si la empresa objeto de sucesión es individual, no cabe duda de que el cónyuge viudo usufructuario es el continuador de la explotación con el carácter de comerciante y goza de todas las facultades inherentes a la actividad empresarial de que se trate. En cambio, en el caso más frecuente de que se trate de una empresa social, el usufructo tendrá por objeto no la propia empresa, sino las acciones o participaciones de la sociedad. El usufructo no incidirá de forma directa en la gestión empresarial, la cual se desenvuelve a través de los cauces previstos por la estructura societaria de la empresa. Pero el derecho del usufructuario sí puede, de forma indirecta, condicionar la gestión y desarrollo de la empresa societaria a través del derecho de voto cuando los estatutos atribuyan tal derecho al usufructuario. Es ésta una decisión fundamental del titular de la Empresa Familiar a la hora de ordenar la sucesión, pues en caso de que su testamento atribuya el usufructo universal en favor de su cónyuge, debe prevenir por vía estatutaria si conviene conferir también a éste el poder absoluto sobre la empresa o si resulta preferible limitar su derecho a la atribución de los beneficios que se obtengan.

B) Fiducia sucesoria: artículo 831 del Código Civil.

Como excepción al carácter esencialmente personal de las disposiciones testamentarias y a la prohibición general de delegar la facultad de testar, el artículo 831,1, párrafo 1.º, CC establece: “Podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particional, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad con-

yugal disuelta que esté sin liquidar”. Normalmente la delegación de la facultad de mejorar y distribuir suele hacerse en testamento (hoy única vía posible) y aparece vinculada a un legado de usufructo universal a favor del propio cónyuge. Asimismo, merced a la libertad que concede su segundo párrafo para señalar plazo sin limitación, la delegación se confiere por toda la vida del cónyuge viudo, de modo que se coordina con el carácter vitalicio del usufructo viudal.

La delegación del artículo 831 CC no es en realidad una herramienta específica para garantizar la continuidad de la empresa, ya que dilata el lapso de tiempo para el salto a la siguiente generación, pero no lo resuelve sino que lo delega. Sin embargo, puede ser aconsejable recurrir a ella mientras los hijos son de corta edad, pues, como dice GARCÍA CANTERO, ofrece posibilidades de garantizar la continuidad de la empresa que comenzó el cónyuge prematuramente fallecido, mientras permite prever razonablemente otras vicisitudes, preparando profesionalmente al hijo que vaya a continuarla.

No es éste lugar adecuado para un examen pormenorizado de la compleja problemática que plantea la interpretación del artículo 831, la cual deriva, sobre todo, de su carácter excepcional dentro de un sistema que rechaza los pactos sucesorios y los testamentos mancomunados, a la vez que eleva a la categoría de principio general del sistema sucesorio el carácter esencialmente personal y no delegable de las disposiciones testamentarias. La reciente reforma del artículo 831 responde a una loable intención de superar esas contradicciones, ofreciendo así un espacio más amplio de aplicación práctica a esta excepcional posibilidad de fiducia sucesoria. Es cierto que la reforma va dirigida a la potenciación de la figura de cara a facilitar la ordenación sucesoria de los padres de hijos discapacitados, a quienes se brinda un instrumento de gran utilidad para dirigir la eficacia práctica del hecho sucesorio (tanto en lo dispositivo como en lo particional) hasta el fallecimiento de ambos progenitores. Pero como se ha indicado, esta mayor flexibilización de la fiducia sucesoria también puede en ocasiones facilitar el tránsito generacional de la empresa familiar. Así pues, sin ánimo de profundizar en el tema, nos limitaremos a algunas breves observaciones sobre los aspectos que nos parecen más relevantes.

En cuanto a la perspectiva documental, la delegación sólo puede hacerse en testamento. Con razón se ha suprimido la posibilidad de delegar en capitulaciones matrimoniales, cuya utilización era prácticamente nula para incluir este tipo de disposiciones, por las dificultades que suscitaba la armonización de disposiciones sucesorias en instrumentos de distinta naturaleza sujetos, además, a criterios legales de interpretación diferentes. El cónyuge delegatario podrá ejercitar sus facultades de mejorar y/o

distribuir en una o varias veces, si bien solamente podrá utilizar con tal finalidad su propio testamento si se hubiere conferido por parte del cónyuge delegante la facultad de hacerlo. El ejercicio de la delegación por vía *mortis causa* requiere de facultad expresamente conferida.

Por lo que se refiere al contenido de la delegación el precepto incluye tanto la facultad de “mejorar” como las de “adjudicar o atribuir” a favor de los hijos o descendientes comunes. Dichas facultades, de gran amplitud, incluyen tanto lo particional como lo dispositivo, y hasta permiten al viudo atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, lo que de hecho supone conferirle el poder de liquidar parcial o totalmente la sociedad de gananciales de forma unilateral, sin necesidad de consentimiento de los herederos del cónyuge fallecido. En el ámbito de lo dispositivo se aclara que la facultad de mejorar hay que entenderla referida a la mejora en sentido amplio, no circunscrita al tercio de mejora sino extensiva también al tercio de libre disposición. Los únicos límites a las facultades encomendadas al cónyuge son “las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos”. El respeto a las legítimas alude expresamente a la legítima estricta en congruencia con la posibilidad de delegar la disposición del tercio de mejora. El respeto a las “demás disposiciones del causante” es un límite que se desprende naturalmente del axioma de que la voluntad del testador es ley fundamental de la sucesión. Tales “disposiciones del causante” pueden ser legados, instituciones de heredero, normas de imputación y también actos particionales efectuados por el propio testador, ya sea en el propio testamento, ya en documento público de fecha posterior.

Otra cuestión relevante se refiere a la conexión posible entre el artículo 831 CC y el sistema de pago en metálico de legítimas establecido en los artículos 841 y siguientes y, más concretado a nuestro tema, en el nuevo artículo 1.056, párrafo segundo, del Código Civil. Nos preguntamos si el testador que delega a favor de su cónyuge la facultad de mejorar y distribuir puede también atribuirle la de pagar en metálico la legítima de los demás herederos forzosos atribuyendo la Empresa Familiar a uno solo o a algunos de ellos. La solución no es clara. Me inclino más bien por la negativa, pues tanto el artículo 841 como el 1.056 atribuyen en exclusiva al testador y al contador-partidor autorizado por aquél la facultad de pago en metálico de legítimas, pero no mencionan al cónyuge que tenga conferida la fiducia sucesoria. El nuevo artículo 831 también da pie para rechazar la posibilidad de delegación de pago en metálico, ya que el último párrafo de su apartado 3 considera respetadas las legítimas cuando hayan sido “suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite

las facultades". Tal parece que la norma, en los casos de fiducia sucesoria, ha convertido la legítima de los descendientes en *pars bonorum*, pero no exclusivamente parte de los bienes del causante, sino parte de los bienes del causante o de su cónyuge viudo indistintamente. Parece como si hubiera querido superar la rigidez cualitativa de la legítima, pero que no se hubiera aventurado a reducirla drásticamente a una mera *pars valoris*. En conclusión, parece que no es posible delegar la facultad particional de pago en metálico de legítimas del artículo 1.056,2.º CC. Bien es cierto que el cónyuge del causante, en ejercicio de la fiducia sucesoria, puede hacer uso de la mejora en cosa determinada (la empresa o el paquete de control de la misma) que regula el artículo 829, obteniendo de esta forma como resultado el pago en metálico de los derechos de los demás legitimarios si no existen otros bienes suficientes en el caudal relicto. Pero existen importantes diferencias, ya que esta última vía no permite ni el aplazamiento del pago ni la aplicación de "cualquier otro medio de extinción de las obligaciones" a que se refiere el artículo 1.056.

C) Legado de cosa específica y mejora en cosa determinada.

El legado de cosa específica puede ser un medio idóneo para la transmisión *mortis causa* de la Empresa Familiar, siempre que el caudal hereditario sea suficiente para cubrir al menos la legítima estricta del resto de herederos forzosos. Si se trata de la sucesión en una empresa individual la responsabilidad por el pago de las deudas de la empresa puede plantear complejos problemas jurídicos y contables, ya que el legatario no responde directamente del pago de las deudas hereditarias (aunque éstas pueden llegar a afectar a la efectividad del legado), sino que son responsables de ellas los herederos, incluso con su propio patrimonio si aceptan la herencia pura y simplemente.

No resuelve el problema el hecho de que el legatario sea también heredero, ya que el resto de coherederos también responden de las deudas solidariamente frente a los acreedores. Por otra parte, al no ser posible en este caso el pago en metálico de las legítimas del resto de hijos o descendientes, si no existen bienes suficientes para su pago el legado de la empresa puede ser objeto de reducción, con lo que se frustraría el objetivo del mantenimiento de la integridad de la empresa.

Como hemos reiterado tantas veces, la empresa social ofrece siempre menor grado de complejidad para su transmisión *mortis causa* que la empresa individual. Frente al legado de cosa específica, la interposición de la personalidad jurídica de la sociedad anónima o limitada elimina los problemas relativos a la responsabilidad por las deudas de la empresa, ya que los socios (sea el causante, sea el legatario o heredero) no responden

de ellas. En cambio, respecto de la posible insuficiencia del caudal para el pago de las legítimas, el riesgo de reducción del legado de participaciones sociales o acciones es el mismo que si la empresa fuera individual.

En todo caso es importante prever en la cláusula en la que se ordene el legado de cosa específica reglas claras de imputación, cuyo contenido dependerá, claro es, de la voluntad del testador. Para asegurar lo más posible la efectividad del legado e impedir su posible reducción lo más adecuado es ordenar la imputación del legado, por este orden, a los tercios de libre disposición, mejora y legítima. En defecto de cláusula de imputación, el Código, como dice VALLET DE GOYTISOLO, no contiene reglas generales de imputación de los legados, sino que únicamente hace algunas aplicaciones para ciertos supuestos concretos de la que se presume ser la normal voluntad del testador. Así, el artículo 828 establece, salvo disposición contraria del testador, que el legado a favor de uno de los hijos o descendientes se imputará a la parte libre con preferencia al tercio de mejora, partiendo de la base de que, como regla general, no se imputa a la legítima. En el caso habitual de que el favorecido con el legado sea también instituido heredero junto con otros (prelegado), se entiende que dicho legado no se imputa a la legítima, ni a la mejora, sino preferentemente al tercio libre. También hay que entender que el valor de lo legado no se computa en su cuota hereditaria, sino que —como dice VALLET— el legatario lo recibe *extra partem* de su cuota hereditaria, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.037 CC: “No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas”.

A la mejora en cosa determinada se refiere el artículo 829 CC: “La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”. Hay que recordar aquí que la mejora no es una forma de llamamiento sucesorio. La sucesión se defiere únicamente a título universal o a título singular, es decir, a título de heredero o de legatario. La mejora es una parte de la legítima que el testador puede utilizar para su libre distribución entre sus hijos y descendientes. Esto significa que por regla general la mejora en cosa determinada no es sino un legado o, rara vez, una institución de heredero en cosa cierta que, por vía interpretativa de la voluntad del testador, el Código equipara al legado de cosa específica (art. 768). Lo interesante del artículo 829 es que prevé la posibilidad de pago en metálico a los demás interesados cuando el valor de la cosa objeto de mejora perjudique el *quantum* del resto de las legítimas. La “cosa determinada” legada al amparo de este precepto puede ser tanto la empresa individual como las acciones o participaciones de la

empresa social, aunque su número no atribuya al causante facultades de control sobre ella. Por eso esta norma puede ser de gran utilidad cuando el testador no sea el fundador (que normalmente utilizará el procedimiento del nuevo artículo 1.056 CC), sino que se trate de ordenar la sucesión en paquetes societarios más pequeños que no atribuyan control societario, lo que se dará con frecuencia en el paso de la titularidad de la Empresa Familiar a partir de la segunda generación.

El artículo 829 parte pues de la hipótesis de una pluralidad de descendientes, de los cuales todos o algunos son legitimarios, y de la atribución a uno de ellos de “una cosa determinada”, la empresa, o acciones o participaciones sociales de la misma, en concepto de mejora. La norma contiene, en primer lugar, un criterio de imputación, aunque lo enuncia de manera incompleta. De su lectura parece inferirse que la imputación se efectuará en el tercio de mejora y, si excediere de él, en la legítima del mejorado. Sin embargo su correcto entendimiento, a la luz de las normas sobre la imputación de los legados a que antes nos hemos referido, permite concluir que ese legado en concepto de mejora se imputará al tercio de libre disposición, al de mejora y a la legítima del mejorado sucesivamente y por este orden (art. 828 CC).

El segundo aspecto de la norma, el más destacado y singular, es que, si después de efectuar la imputación del legado en la forma expresada no quedaran bienes suficientes para el pago de la legítima de los demás herederos forzosos, el mejorado podrá abonar la diferencia en metálico. Evidentemente el metálico a que se refiere el precepto podrá ser extrahereditario, del propio mejorado. Sin ninguna intención de examinar en profundidad el sentido del artículo 829, conviene a nuestro tema indicar dos precisiones. La primera, que si hubiese otros bienes en la herencia además de los empresariales objeto de mejora, los demás legitimarios tienen derecho a que su legítima sea satisfecha con tales bienes, ya que dicha legítima no pierde la condición de *pars bonorum* (art. 806 CC), sino en la medida en que se agote el caudal relicto por causa de la mejora en cosa determinada, momento en el que su derecho se transforma en mera cuota del valor de los bienes hereditarios (*pars valoris bonorum*). En segundo lugar, que el artículo 829 no prevé ningún tipo de aplazamiento ni tampoco regula la forma en que deberá realizarse el pago en metálico de las legítimas. En consecuencia dicho pago deberá efectuarse al contado y en el momento mismo en que se efectúe la partición, quedando entre tanto todos los bienes de la herencia afectos al pago de dichas legítimas.

Cabe concluir que el recurso a la mejora en cosa determinada no es aconsejable cuando pueda utilizarse el mecanismo particional del artículo 1.056, párrafo segundo, que ofrece las ventajas de una mayor flexibilidad en la forma de pago de las legítimas y en el plazo. Sin embargo, como

se ha dicho, la mejora en cosa cierta (preferentemente en forma de legado o prelegado) puede ser de gran utilidad si no concurren los requisitos teleológicos del artículo 1.056 (unidad de la empresa o mantenimiento del control) o si existen dudas fundadas sobre su certeza en el caso concreto.

D) Institución de heredero.

Si bien es posible que el testador disponga de toda su herencia distribuyéndola en legados (art. 891 CC), lo más conveniente, también lo habitual, es que el testamento contenga institución de heredero. El heredero o herederos son los sucesores del causante a título universal y su nombramiento, entre otras ventajas, asegura que los llamamientos sucesorios comprenderán la totalidad del haber hereditario, sin que puedan quedar excluidos determinados bienes, lo cual conduciría a la apertura de la sucesión intestada (la sucesión, según el último párrafo del art. 658, “puede también referirse en una parte por la voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”, ya que la sucesión testada y la intestada no son incompatibles).

La institución de heredero cumple también otras finalidades y, por lo tanto, ofrece numerosas ventajas frente a la posibilidad de distribución de toda la herencia en legados. Así centraliza en una o varias personas el hecho sucesorio, las cuales suceden al causante sin solución de continuidad, ya que los efectos de la aceptación se retrotraen a la fecha del fallecimiento de éste (art. 989 CC). Responden de las deudas hereditarias incluso con sus propios bienes (*ultra vires hereditatis*). Al legatario pueden afectar las deudas, pudiendo llegar a quedar reducido e incluso ineficaz su legado, pero no responde nunca personalmente de ellas. El heredero que acepta se convierte en deudor en sustitución del causante, lo cual objetivamente tiene la ventaja de identificar de modo indudable a un sucesor determinado (o a varios) como centro de imputación de las relaciones jurídicas de la persona que se ha extinguido.

El heredero, en tanto que sucesor a título universal, no sólo paga las deudas. Actúa también como ejecutor natural de la voluntad del testador *en defecto de albacea*. Cumple y ejecuta el testamento, entrega los legados ordenados en éste y, en suma, concluye en su totalidad todo el proceso sucesorio. Y, en defecto de contador-partidor, son los herederos quienes practican la partición actuando por unanimidad. Así, forman el inventario del activo y del pasivo de la herencia, lo valoran, entregan los legados, forman los lotes correspondientes a cada uno de ellos y proceden finalmente a su adjudicación.

Por último, la institución de heredero, como se ha indicado, evita la apertura de la sucesión intestada, pues aun en el supuesto de que el tes-

tador pretenda atribuir todo su patrimonio en legados, fácilmente escapará a su previsión algún activo de cualquier naturaleza que pueda adquirir desde el momento de otorgar testamento hasta el instante de su muerte. La institución de heredero impide que ningún elemento patrimonial quede excluido de cobertura testamentaria, ya que la eficacia universal de llamamiento absorbe la totalidad de los bienes no dispuestos a título singular o dispuestos de forma ineficaz (por ejemplo, legados repudiados por el legatario).

Cuando una Empresa Familiar forma parte del caudal hereditario se corre, sin embargo, el riesgo de que la dinámica sucesoria propia de los llamamientos a título universal propicie o favorezca la disgregación de la propia empresa. En efecto, la institución de heredero a favor de varias personas, ya sea en proporción paritaria o desigual, conduce inexorablemente a la partición, es decir, a un proceso extrajudicial o judicial que tiene por finalidad extinguir la comunidad hereditaria mediante la fragmentación del caudal relicto. Y es esa fragmentación la que precisamente se quiere evitar respecto de la empresa que forma parte de ese caudal. La institución de heredero es, por supuesto, una forma idónea de llamamiento para instrumentalizar la transmisión ordenada de la Empresa Familiar. Pero si los llamados como herederos son varios o si el heredero concurre con otros legitimarios, aunque no sean instituidos herederos o sean legatarios de parte alícuota en su legítima, resulta necesario que el testador adopte las previsiones en orden a la forma en que haya de practicarse la partición. A esta finalidad responden los mecanismos previstos en el artículo 841 y siguientes y, especialmente, en el artículo 1.056 del CC.

E) Pago en metálico de las legítimas: el artículo 841 del Código Civil.

Cuando el caudal hereditario es suficiente para que todos los hijos del testador reciban al menos su legítima estricta en bienes de la herencia sin necesidad de fragmentar o dividir más allá de lo deseado la titularidad de la Empresa Familiar, la adjudicación de ésta a alguno de los hijos no plantea ningún problema que no pueda ser resuelto por medio de actos particionales efectuados por el propio testador, atribuyendo al resto de los hijos su legítima (o su mayor porción hereditaria) mediante la atribución de otros bienes distintos de la empresa. El problema, como ya señalábamos al principio, se presenta en el frecuente caso de que el resto del patrimonio ajeno a la Empresa Familiar no basta para pagar las legítimas del resto de hijos o descendientes. El sistema de legítimas constituye un serio obstáculo para la continuidad de la empresa y su pervivencia. No tanto por su cuantía en relación con el total de la herencia, sino especialmente por su naturaleza de derecho recayente sobre una parte del cau-

dal hereditario (*pars bonorum*), a la cual los legitimarios tienen derecho como regla general.

El pago en metálico de la porción hereditaria está regulado en la sección 8.^a, capítulo II del título III del libro III del Código Civil, artículos 841 a 847, cuya redacción actual se introdujo en la reforma de la ley de 13 de mayo de 1981. Su finalidad no es otra que la flexibilización del rigor legitimario, permitiendo al testador que las legítimas puedan ser pagadas en metálico a alguno o algunos de los herederos forzosos mediante el cumplimiento de ciertos requisitos. El régimen legal de los artículos 841 y siguientes no tiene como objetivo específico facilitar la integridad de la Empresa Familiar. Es una norma de carácter más general, ya que la utilización de la facultad de pago en metálico de las legítimas no requiere que con ella el testador logre ninguna finalidad u obtenga un resultado predeterminado por la ley. El testador puede usar de dicha facultad sin expresar en el testamento la causa o motivo de por qué lo hace. En esto precisamente se manifiesta cierta utilidad que todavía puede conservar el artículo 841, después de la reforma reciente del artículo 1.056 CC, en la ordenación testamentaria de la sucesión en la Empresa Familiar, como después se verá.

El régimen legal del pago en metálico de las legítimas de los artículos 841 a 847 CC ha sido ampliamente estudiado por la doctrina, lo que nos exime de extendernos con detalle en su exposición. Se trata de normas que afectan más bien al contenido dispositivo del testamento, aunque también se hallan teñidas por un indudable tono particional.

La facultad de pagar en metálico las legítimas de alguno o algunos de los herederos forzosos corresponde al testador. Éste puede hacerlo bien directamente, ordenándolo así en el testamento, bien de forma indirecta, autorizando expresamente al contador-partidor designado. Así lo establece el párrafo primero del artículo 841: “El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios”. La autorización al contador-partidor ha de ser expresa y su contenido será de mera ejecución testamentaria. El testador no puede delegar en el contador-partidor la designación del hijo o descendiente adjudicatario de los bienes hereditarios, ya que tal designación no tiene naturaleza particional, sino dispositiva. El párrafo segundo del artículo 841 dispone que “también corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil”. La figura del contador-partidor dativo se introdujo en el Código como instrumento sencillo que puede evitar la partición judicial cuando no exista acuerdo unánime de los

herederos sobre la forma de realizarla. (Un estudio completo de la figura, con referencias también al art. 841, párrafo segundo, es el de ÁLVAREZ-SALA, en los comentarios al Código Civil dirigidos por Manuel ALBALADEJO). El contador-partidor dativo sólo está facultado para usar de la facultad de pago en metálico, según señala el propio artículo 841 “en el mismo supuesto del párrafo anterior”, expresión críptica y oscura, ya que el primer párrafo del 841 no contempla ningún “supuesto”, sino que, al contrario, confiere la facultad al testador con carácter general, es decir, sin necesidad de concurrencia de requisitos especiales o de obtener alguna finalidad u objetivo. La expresión, como ha explicado la doctrina, tiene su origen en los cambios que fue sufriendo la redacción del precepto a lo largo del *iter* parlamentario, de tal manera que el párrafo segundo parece aludir a un párrafo anterior que fue suprimido en ese proceso. Sea como fuere, lo cierto es que al contador-partidor dativo no corresponde en todo caso la facultad de pago en metálico de las legítimas, sino solamente “en el mismo supuesto del párrafo anterior”, es decir, del párrafo primero. Hay que interpretar el ámbito de facultades del contador-partidor dativo limitado a los casos de una autorización expresa. Dicha autorización no procederá ya del testador, pues no es éste quien designa al contador-partidor dativo, sino que deberá ser conferida expresamente por el juez que lo designe. Así lo mantuvo VALLET DE GOYTISOLO y lo confirma también el artículo 80 del Reglamento Hipotecario, el cual exige, para la inscripción de la partición efectuada por el contador-partidor dativo ordenando el pago en metálico de las legítimas, la presentación del “documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad”, documento público que no puede ser otro que el auto judicial de su nombramiento.

El sistema del artículo 841 CC no ha tenido en la práctica una aplicación muy extendida. En los testamentos se utiliza con distintas finalidades, siendo la más frecuente la del testador con hijos de más de un matrimonio o con hijos matrimoniales y no matrimoniales. Es más raro que se acuda a esta vía para resolver los problemas que puede plantear la sucesión en la empresa del testador. La razón de este relativo fracaso hay que buscarla en el procedimiento legal para el pago del derecho de los demás legitimarios. En primer lugar, la partición con pago en metálico de legítimas, o mayor porción hereditaria, requiere la aprobación expresa de todos los hijos o descendientes interesados en ella y, en su defecto, aprobación judicial (art. 843 CC). La partición con pago en metálico de legítimas no tiene, pues, el efecto inmediatamente ejecutivo de que goza la realizada por el propio testador (“se pasará por ella”, dice el art. 1.056 CC) o por el contador-partidor nombrado por él. Requiere de la conformidad expresa de los herederos o de su aprobación judicial. El segundo

inconveniente deriva de lo dispuesto en el artículo 844, que impone un plazo muy breve para el pago en metálico, lo cual puede suponer grandes dificultades prácticas cuando no exista efectivo en la herencia y el pago haya de realizarse con dinero extrahereditario, que el adjudicatario de los bienes tendrá que obtener de su propio patrimonio o acudiendo al crédito: “La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de un año más, salvo pacto en contrario”. Precisamente con objeto de evitar estos inconvenientes el nuevo párrafo segundo del artículo 1.056 CC ha establecido que a la partición a que se refiere dicho artículo no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

A pesar de todos estos obstáculos el procedimiento de los artículos 841 y siguientes puede conservar todavía alguna utilidad en lo relativo a la sucesión en la Empresa Familiar, aunque sea más bien residual. Lo normal será acudir a la partición efectuada por el propio testador en los términos del artículo 1.056, párrafo segundo. Pero esta vía tiene también algunas limitaciones, que no afectan, en cambio, al sistema del artículo 841. Como después veremos el artículo 1.056 permite con gran amplitud el pago en metálico de las legítimas, pero la facultad que atribuye ha de estar ligada a una finalidad concreta: “preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas”. La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión *mortis causa* de la Empresa Familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad. Pero si nos situamos ante transmisiones de paquetes accionariales más pequeños, que en sí mismos no atribuyan facultades de control, puede ser más dudosa la aplicación del nuevo artículo 1.056. El caso puede darse con frecuencia en las sucesiones de accionistas o partícipes pertenecientes a la segunda generación o a generaciones posteriores, que ya no detentan por sí solos mayorías sociales de control. En estos casos puede resultar dudosa la utilización de la facultad particional del artículo 1.056. Pero no así la de los artículos 841 y siguientes, que, pese a sus inconvenientes, permite al testador la adjudicación de todos los bienes hereditarios o de parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, satisfaciendo en metálico (incluso extrahereditario) la porción hereditaria del resto de los legitimarios.

IV. Instrumentos sucesorios de contenido particional

A) Partición realizada por el testador: el artículo 1.056 del Código Civil.

La partición efectuada por el propio testador constituye el instrumento más eficaz para la adecuada ordenación de la sucesión del titular de la Empresa Familiar. Este mecanismo particional se ha visto potenciado a través de la reforma del párrafo segundo de los artículos 1.056 y 1.271 del Código Civil.

El entendimiento de las nuevas normas requiere que su análisis sea abordado en el marco general de la partición por el testador. El párrafo primero del artículo 1.056 CC, que continúa inalterado, dispone lo siguiente: “Cuando el testador hiciere, por acto *inter vivos* o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”. La facultad de hacer la partición de sus propios bienes corresponde al testador en todo caso, tenga o no herederos forzosos, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

El sujeto activo de esta modalidad particional es el testador. Esto supone que solamente es viable si se realiza en el propio testamento o, caso de realizarla por acto *inter vivos*, se apoya en un testamento anterior o posterior. La partición del artículo 1.056 no cabe en la sucesión intestada. No contradice esta afirmación lo dispuesto en el artículo 1.271, párrafo segundo, del Código Civil, también reformado por la Ley 7/2003, de 1 de abril: “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056”. La norma no contempla un supuesto de sucesión contractual (excluida del Código, salvo en el limitado ámbito de la mejora y de las promesas de mejorar o no mejorar). Su alcance es meramente particional, no dispositivo, y la propia remisión al artículo 1.056 demuestra que esa partición convencional, con intervención del dueño del caudal hereditario o sin ella, es ineficaz si no se ajusta a las cláusulas testamentarias de contenido dispositivo.

La partición hecha por el testador es en esencia, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945, una pura división hereditaria, la cual, aunque puede revestir dos formas –*inter vivos* y *mortis causa*–, implica siempre un acto de última voluntad. De este carácter de acto de última voluntad, aunque revista forma contractual (art. 1.271,2.º CC) se infiere una consecuencia fundamental: la partición ha de ajustarse al testamento y la modificación o revocación de las cláusulas dispositivas o particionales de éste dejan sin efecto la partición realizada por acto

inter vivos en la medida en que ésta resulte incompatible con la voluntad última del testador. En otras palabras, la partición por el testador, ya sea hecha en testamento, ya se realice por acto *inter vivos*, unilateral o contractual, es siempre revocable por el testador, bien porque éste así lo disponga expresamente, bien porque las cláusulas testamentarias resulten incompatibles con la partición anterior efectuada por acto *inter vivos*.

En lo relativo a la Empresa Familiar de carácter ganancial es muy conveniente que las disposiciones particionales de ambos cónyuges se formulen de manera coordinada, ya sea en sus testamentos respectivos (hipótesis más frecuente), ya en acto *inter vivos* otorgado conjuntamente por ambos. En ninguno de los casos, tampoco en la partición por acto entre vivos, cabe dar fuerza vinculante a la partición, ya que cualquiera de los cónyuges puede modificarla o dejarla sin efecto unilateralmente. Pero si no tiene lugar la revocación unilateral, la coordinación de las particiones puede ser de gran utilidad para asegurar la continuidad de la empresa. La cuestión fundamental consiste en determinar si, una vez fallecidos ambos cónyuges, quedan los hijos o descendientes vinculados por esas disposiciones particionales coordinadas, siempre, claro está, que no se perjudiquen las legítimas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece inclinarse por considerar que tal partición es válida siempre que la de cada uno de los cónyuges se refiera exclusivamente a bienes de cada testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos (los del cónyuge), sobre los cuales el testador no tiene facultades particionales amparadas en el artículo 1.056. En otras palabras, las particiones realizadas por los cónyuges en las que se incluyen conjuntamente y en amalgama bienes gananciales y privativos de uno de los dos pueden ser impugnadas por los hijos y descendientes con derecho a la herencia cuando dividan o adjudiquen bienes del otro cónyuge. Un modelo de partición efectuada por los dos cónyuges puede encontrarse en el supuesto que resolvió la sentencia de 21 de julio de 1986, la cual declaró la validez y eficacia de la efectuada por ambos en sus respectivos testamentos, por aplicación del artículo 1.056. En el caso en cuestión ambos testadores, en sus testamentos, instituyeron herederos a sus hijos por partes iguales, se legaron recíprocamente el usufructo vitalicio de su herencia y efectuaron la partición y adjudicación concreta de los bienes del matrimonio, haciendo constar que dichas adjudicaciones se efectuaban “en cuanto a las participaciones que al testador le pertenecen en los bienes citados”, prohibiéndose la partición judicial y disponiendo que la participación de los herederos que no acatasen las disposiciones del testador íntegramente quedaría reducida a su legítima estricta en beneficio de los restantes herederos (cautela de opción compensatoria).

Desde una perspectiva formal, la partición puede ser realizada en tes-

tamento o por acto *inter vivos*. Si se efectúa en testamento son de aplicación los requisitos formales que correspondan a la clase de testamento de que se trate (testamento abierto, cerrado u ológrafo).

La partición por acto *inter vivos* —conviene insistir en ello— ha de apoyarse en un testamento, anterior o posterior, que además de válido sea compatible con el acto particional. No se exige ningún requisito formal para su validez, pudiendo realizarse en documentos público o privado. Si la partición contiene adjudicaciones inscribibles en el Registro de la Propiedad deberá constar en documento público y, si se hizo en documento privado, éste deberá ser elevado a escritura pública por los herederos o en virtud de resolución judicial (art. 1.279 CC). En todo caso habrá que acompañar el testamento del causante al documento particional.

En la partición por acto *inter vivos* pueden intervenir los hijos, firmando también el documento particional. VALLET DE GOYTISOLO indica que esa intervención de los hijos constituye una tradición proveniente de la antigua *divisio inter liberos*, aunque no parece atribuirle ningún efecto específico. Está claro que el pacto entre los hijos acerca de la partición de los bienes de la herencia futura del padre carece de toda eficacia frente a éste, en el sentido de que, como se ha indicado, el testador siempre puede revocar la partición, ya sea mediante otra que realiza después también por acto *inter vivos*, ya lo haga por medio de un testamento posterior que sea incompatible con la partición. Pero esta esencial revocabilidad de la partición no significa que la voluntad prestada por los hijos sobre la partición futura carezca de toda eficacia. Algún sentido ha de tener el artículo 1.271, párrafo segundo, del Código Civil cuando dispone que “sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056”. La validez de los contratos particionales se plantea como excepción a la regla general de prohibición de contratar sobre la herencia futura. El contrato particional realizado entre el testador y sus hijos es un contrato válido y vinculante para estos últimos, aunque unilateralmente revocable por el testador. Fallecido éste sin haber revocado la partición, ésta vincula a los herederos. El contenido del pacto particional del artículo 1.271,2.º ha sido ampliado en su nueva redacción, ya que no se limita a la mera división del caudal. También puede extenderse, según el texto de la norma, a “otras disposiciones particionales”, las cuales pueden ser las relativas al pago en metálico de las legítimas, incluyendo la forma y plazo en que haya de realizarse.

Los efectos de la partición por el testador son singularmente expeditivos. El artículo 1.056 dispone que “se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”. La libertad particional es

tan amplia que se extiende no sólo a la dimensión divisoria y cualitativa, sino también al aspecto valorativo. El valor atribuido por el causante a los bienes que adjudique a cada heredero por razón de su cuota hereditaria no puede ser impugnado por medio de la acción rescisoria por lesión en más de la cuarta parte (art. 1.074 CC), sino solamente cabe atacarla por lesión en la legítima a través de la correspondiente acción de suplemento (art. 815 CC). Otros efectos que produce la partición realizada por el propio testador son los siguientes, que enumera VALLET: confiere directamente la titularidad de los bienes adjudicados, sin necesidad de acto posterior de entrega, una vez producido el fallecimiento del causante; en consecuencia, faculta al adjudicatario para el ejercicio de la acción reivindicatoria frente al poseedor sin título; y por último, excluye la posibilidad de promover el juicio de testamentaria.

El párrafo segundo del artículo 1.056 aborda directamente la sucesión en la Empresa Familiar por la vía de aligerar el rigor del sistema legítimo a través de un procedimiento de pago en metálico de legítimas más flexible que el regulado por los artículos 841 a 847 del Código Civil. La norma se expresa en los siguientes términos: “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”.

El sujeto activo que goza de la facultad del artículo 1.056, 2.º es *el testador que hace la partición, el testador-partidor*. El nuevo texto se aparta aquí de la redacción originaria del precepto, que restringía esta facultad al *padre*, término éste que la doctrina consideraba extensible a todo ascendiente (el abuelo) e incluso, con cierta generosidad interpretativa, al causante que no dejara descendientes pero sí ascendientes legitimarios. Hoy la cuestión está totalmente clara. Cualquier testador, tenga o no descendientes, puede usar de esta facultad particional, resultando indiferente que sus legitimarios a quienes se haya de pagar en metálico sean descendientes, ascendientes o cónyuge.

El objeto de la atribución particional lo ha de constituir “una explotación económica o un paquete de acciones o participaciones que atribuyan el control de “una sociedad de capital o grupo de éstas”. El legislador ha utilizado con toda intención una expresión tan vaga e indeterminada como “explotación económica” con objeto de evitar interpretaciones restrictivas o excluyentes. Se sustituyen los términos anteriores de “explotación agrícola, industrial o fabril”, por la idea genérica de una actividad y un patrimonio aplicados a la obtención de un beneficio económico. Caben en este amplio marco las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, incluso las actividades profesionales a las que se hallen vinculados elementos patrimoniales necesarios y útiles para su desarrollo. Se puede pensar en una farmacia, un estudio arquitectónico o un despacho de abogado, siempre, claro está, que el adjudicatario reúna los atributos personales necesarios para su continuidad o “preservación” (por ejemplo, la titulación académica adecuada). Explotación económica es pues un concepto que engloba en sí a la empresa individual propiamente dicha, pero que va más allá, porque incluye también otro tipo de actividades económicas que no son estrictamente empresariales.

El objeto de la facultad particional del artículo 1.056, párrafo segundo, puede ser también un conjunto de acciones o participaciones de una sociedad de capital, anónima o limitada, que confiere el control de la sociedad o de un grupo de sociedades. La finalidad de la norma es evidente: se trata de facilitar la continuidad y unidad de la Empresa Familiar, no sólo individual, sino también cuando ésta se halle estructurada como sociedad mercantil aislada o en grupo. La referencia a sociedades de capital no debe ser entendida como excluyente. Aunque no sea habitual, una Empresa Familiar puede revestir la forma de sociedad colectiva o comanditaria simple o por acciones. Y también en este caso (siempre que la Sociedad no se extinga por muerte del socio colectivo) el testador podrá atribuir las cuotas sociales a uno sólo de los herederos usando la facultad particional del artículo 1.056, solución a la que se puede llegar tanto por interpretación extensiva o análoga de los términos “sociedad de capital”, como por el hecho de que bajo la forma societaria colectiva o comanditaria existirá siempre una “explotación económica” en sentido amplio.

Puede resultar llamativa la amplitud de la norma, en cuanto que atribuye al testador la facultad de atribución a un heredero y el correlativo pago en metálico de las legítimas a los demás herederos forzosos, con el único requisito de que el paquete de acciones o participaciones permita mantener el control de la sociedad. No se hace referencia alguna al objeto de la sociedad ni se requiere que su actividad tenga carácter empresarial. Y como resulta que una sociedad anónima o limitada no tiene por qué tener un objeto mercantil o empresarial, el precepto del artículo 1.056,2.º

resulta de aplicación para cualquier testador titular de una cantidad de acciones suficiente para conferir el control de la sociedad. Me estoy refiriendo, por supuesto, a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes. Puede que la literalidad de la norma haya ido más lejos de lo realmente querido por el legislador, pero en los términos en los que está planteada es totalmente posible que el testador cuyo único patrimonio está constituido por el 100 por 100 de una sociedad limitada, la cual a su vez no desarrolla ninguna otra actividad que la de ser titular del domicilio familiar y tal vez de la residencia de vacaciones y de un automóvil, pueda atribuir vía artículo 1.056,2.º la totalidad de tales participaciones con la obligación de pagar en metálico su legítima a los demás hijos, con aplazamiento de cinco años y sin la garantía de la confirmación de la partición por todos los hijos o, en su defecto, por el juez. Tal vez habría sido más realista suprimir los requisitos de los artículos 841 y siguientes para el pago de legítimas en metálico en casos generales y extender su posibilidad a todo testador, sea o no titular de una explotación, y ya se trate de una sociedad, ya de bienes de otra naturaleza. Porque, aspectos formales y fiscales aparte, ninguna diferencia de fondo existe entre un patrimonio familiar ordinario y una sociedad familiar meramente patrimonial o de tenencia de bienes.

El testador que use de la facultad atributiva del artículo 1.056,2.º ha de hacerlo “en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia”. Nuevamente se observa aquí una diferencia, no sólo de matiz, con la anterior redacción de la norma, la cual se refería al padre que “en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación”. Ya no se trata de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia. Ahora el testador puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa. El interés de la familia, como finalidad perseguida por el testador, ha de presumirse con carácter *iuris tantum* y, aunque cabe prueba en contrario (STS de 19 de mayo de 1951), tal prueba será prácticamente imposible, dada la subjetividad intrínseca de la idea de aquello que pueda ser beneficioso para el interés familiar. La conservación de la empresa es la otra finalidad justificante de la facultad particional que examinamos, que se establece en la norma con carácter alternativo al interés de la familia, no de forma acumulativa. En este caso la finalidad perseguida por el testador, la motivación práctica que justifica su disposición particional, es la conservación de la empresa, si bien *tal conservación no es necesario que se vincule a la familia*. No se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino simplemente que se conserve, que no se disgregue ni se extinga. Tampoco aparece expresamente establecido como requisito que se conserve la unidad en la titu-

laridad de la empresa, si bien éste parece ser el espíritu de la norma, sobre todo si se conecta con el propósito de “preservar indivisa una explotación económica” a que alude el propio artículo 1.056. Por lo demás, continúa vigente la doctrina anterior en el sentido de que la voluntad del testador de que se conserve indivisa la explotación o de mantener el control de la sociedad no necesita más fundamento que esa simple voluntad. Por otra parte, el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de éstas supondrá normalmente ostentar la mayoría del capital social o, al menos, un número tal de acciones o participaciones que atribuyan mayoría absoluta de voto. Pero esto, aunque normal, no es un requisito legal. La mayoría de control es una cuestión de hecho que no siempre se identifica con la mayoría absoluta. Existen muchas sociedades de cierta dimensión que son controladas *de facto* con mayorías que no exceden del 5 por 100 del capital social.

Destinatarios de la voluntad del testador que hace uso de la facultad particional del artículo 1.056,2.º lo son el adjudicatario de la explotación económica o de los títulos o cuotas de la sociedad de capital pertenecientes al causante y los herederos forzosos que reciben su legítima en metálico. Adjudicatario de la empresa, individual o social, puede ser cualquier persona, sea o no uno de los legitimarios. En el régimen legal anterior sólo podía usarse de esta facultad particional a favor de los hijos y, como mucho, de los nietos (el precepto se refería al padre, no al testador, como hace actualmente). Si existen hijos es difícil pensar que el testador decida atribuir la empresa a un extraño y, desde luego, esa decisión no puede ampararse en el interés de la familia. Pero aun así, si la motivación consiste en el mantenimiento de la unidad de la empresa es posible que el padre, amparado en el artículo 1.056,2.º, la atribuya a un extraño y ordene que las legítimas de sus hijos sean satisfechas en dinero efectivo. La norma, dada su amplitud, es también de aplicación para el caso de que el testador no tenga hijos, pero sí ascendientes o cónyuge. Así, puede, por ejemplo, atribuirla a éste y ordenar el pago en metálico de la legítima de los padres, o al contrario, establecer el pago dinerario de la cuota legitimaria del cónyuge viudo. La libertad es total en este aspecto. La adjudicación de la empresa puede tener como destinatario a más de una persona, por ejemplo a dos o más hijos que sean los que se hallan implicados en la gestión. A este respecto el artículo 1.056 no impone que sea uno sólo el adjudicatario; incluso la expresión “alguno de los hijos o descendientes” que utiliza el artículo 841 CC ha sido también interpretada en este sentido.

El caso más frecuente será el del testamento por el cual el padre adjudica la Empresa Familiar (o sus acciones o participaciones) a uno sólo de los hijos y que éste pague su legítima en metálico al resto de sus herma-

nos e, incluso, al cónyuge viudo, ordenando en este caso la capitalización del usufructo viudal. Lo normal será que el testador instituya heredero universal al hijo destinatario de la titularidad de la empresa y que por vía de legado atribuya al resto su legítima. Así, será frecuente que el adjudicatario de la empresa sea, desde el punto de vista cuantitativo, destinatario de los tercios de mejora y de libre disposición y que, por la vía particional del artículo 1.056,2.º, ordene la adjudicación íntegra de la empresa al heredero universal, facultándole para el pago en metálico de la legítima estricta del resto de herederos forzosos, incluso con dinero no existente en la masa de la herencia. Esto podría ser una hipótesis relativamente normal, aunque la casuística puede ser casi infinita.

La naturaleza de la adjudicación de la explotación o empresa a su destinatario ha sido objeto de amplio debate doctrinal. Así se ha dicho que tiene, en la parte en que la adjudicación invade las legítimas del resto de herederos forzosos, naturaleza de compraventa (MANRESA), como si se tratara de una adquisición onerosa con dinero propio, no hereditario. Otros han considerado que el adjudicatario recibe en realidad dos adjudicaciones: una en pago de sus haberes –legítima, mejora y tercera libre– y otra, el exceso, para pago de los haberes de los demás legitimarios (GONZÁLEZ PALOMINO). Menos artificiosa y más fundamentada parece la opinión de VALLET, el cual entiende que el adjudicatario recibe la explotación o empresa por vía de institución de heredero, si bien gravada con la carga modal de abonar en dinero su legítima a los demás interesados. Dicha carga o modo es de carácter legal y está dotada de especiales garantías.

Los “demás interesados” a quienes se pagará en metálico son el resto de legitimarios, es decir, aquél o aquéllos a quienes no se adjudique la titularidad de la empresa. Normalmente el resto de hijos o descendientes y, a veces, el cónyuge. También pueden serlo, como se ha dicho, los ascendientes en defecto de hijos y nietos. Respecto del origen del dinero con el cual ha de ser satisfecha su legítima, el artículo 1.056 dispone: “A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con dinero extrahereditario”. Aunque el texto primitivo no se refería expresamente a la posibilidad de pago con dinero extrahereditario, su actual mención no representa ninguna novedad y todos los comentaristas entendían que ya estaba implícito en la norma. Precisamente el párrafo segundo del artículo 1.056 sólo tiene sentido cuando en el caudal relicto no existe dinero –u otros bienes– para pagar las legítimas. Porque si hay efectivo o activos patrimoniales ajenos a la empresa en cuantía bastante para el pago de aquéllas, no hay que recurrir al párrafo segundo del artículo 1.056. Basta con que el testador, al amparo del párrafo primero, realice la partición y ordene que las legítimas sean pagadas con bienes hereditarios –sean dinero o

cosa distinta— y que se adjudique la empresa a la persona que haya designado. Se aplica entonces la regla general de que la legítima ha de ser pagada con bienes de la herencia (*pars bonorum*) en los términos del artículo 806 del Código Civil. Así pues, si hay dinero en la herencia y éste lo destina el testador al pago de legítimas, no entra en juego el artículo 1.056,2.º La conclusión práctica fundamental es que el sistema de aplazamiento por un máximo de cinco años y la posibilidad de aplicar el pago de las legítimas por cualquier medio de extinción de las obligaciones solamente son aplicables cuando el abono a los legitimarios haya de efectuarse con dinero extrahereditario.

El precepto comentado permite que el testador disponga que se pague en metálico “su legítima” a los demás interesados. El término “legítima” hay que entenderlo aquí en sentido amplio, es decir, puede comprender no sólo la legítima estricta, sino también la legítima larga (si no hay descendientes mejorados) e incluso la propia mejora. Cabe también, por supuesto, extender el pago en metálico al tercio de libre disposición, ya que respecto de él no existen restricciones cualitativas de ninguna especie. Puede ilustrar esta afirmación una hipótesis que fácilmente se presenta en la práctica. Un padre, titular de una Empresa Familiar que prácticamente agota su patrimonio, tiene tres hijos. Su voluntad es que todos ellos sean sus herederos por partes iguales, de modo que no existan diferencias cuantitativas, pero desea que la empresa sea adjudicada íntegramente a aquel de sus descendientes que mejor conoce el negocio y dedica toda su actividad a la gestión de esa empresa. El padre otorgará testamento instituyendo herederos por iguales partes a sus tres hijos y habrá de utilizar la facultad particional del artículo 1.056,2.º CC, ordenando que se adjudique la empresa a uno de los hijos y que éste pague en dinero extrahereditario a los otros dos no ya su respectiva legítima, sino su total cuota hereditaria.

El presupuesto de hecho para la aplicación del sistema del artículo 1.056, párrafo segundo, es la inexistencia de dinero u otros bienes hereditarios ajenos a la explotación en la cantidad necesaria para el pago del resto de las legítimas. El pago puede entonces realizarse en dinero propio del adjudicatario de la empresa. El pago deberá ordenarlo el testador o el contador-partidor facultado a tal efecto por el testador. Pero en todo caso es necesario que el testador establezca en la partición (testamentaria o por acto *inter vivos*) la posibilidad del pago de legítimas con dinero extrahereditario. Así creo que debe ser interpretada la norma contenida en el precepto comentado, según la cual “si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia”. Solamente el testador puede excepcionar la regla general de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia. Caso

de que no lo disponga expresamente, se aplicarán las reglas generales que configuran la legítima como porción de bienes de la herencia (*pars bonorum*).

El pago de la legítima con dinero no hereditario puede ser suplido por la aplicación de “cualquier otro medio de extinción de las obligaciones”, según dispone el artículo 1.056,2.º Las formas de extinción de las obligaciones aparecen enumeradas en el artículo 1.156 del Código Civil: pago, pérdida de la cosa debida, condonación de la deuda, confusión de derechos, compensación y novación. En relación con la obligación de pago de legítimas no será nunca posible su extinción por pérdida, ya que el dinero es cosa genérica; la condonación no es trasladable al ámbito sucesorio, en el cual lo que cabe, en rigor, no es la dispensa del cumplimiento sino la repudiación; la confusión de derechos entre el heredero obligado y el legitimario puede llegar a producirse en algún caso, por ejemplo si éste fallece antes de cobrar en metálico su legítima y le sucede como único heredero el obligado al pago. Los supuestos más factibles son la compensación y la novación. Por compensación podrá extinguirse la obligación de pago en metálico de legítima por razón de deudas del legitimario frente al heredero adjudicatario de la empresa, siempre que concurren los requisitos del artículo 1.196 CC. La novación puede suponer la extinción de la obligación y el nacimiento de otra nueva, o bien una simple modificación de sus elementos manteniéndose la identidad del vínculo obligatorio, según se trate de novación extintiva o modificativa. Respecto del pago o cumplimiento propiamente dicho, se hará en dinero, que es la especie ordenada por el testador. No obstante, una vez determinado el importe de la deuda en dinero, no existe ningún obstáculo para que aquél pueda hacerse efectivo mediante la cesión de otros bienes propios del heredero, para lo cual se requiere, entre otras exigencias, el consentimiento del legitimario acreedor.

El pago en metálico de la legítima puede ser aplazado. Se trata de una innovación importante que ha introducido la reforma del artículo 1.056. Bajo el texto anterior, que nada preveía, la interpretación común era la del pago coetáneo a la adjudicación de los bienes hereditarios, sin posibilidad de aplazamiento. La norma es de un enorme interés, ya que permite al heredero que adquiere la herencia, pero al que simultáneamente se grava con una obligación de pago de dinero del que puede carecer, que continúe con la explotación y pueda cumplir más adelante con los legitimarios, sin que ello suponga un gravamen inmediato que le exija enajenar la empresa o acudir a la financiación externa, tal vez con la necesidad de ofrecer en garantía la propia explotación o las acciones o participaciones que representan su titularidad.

La facultad de aplazar pago en metálico de las legítimas tiene que ser

atribuida “por el testador o por el contador-partidor por él designado”. Si el testador no ha previsto el aplazamiento, lo cual no se presume, el heredero adjudicatario de la explotación ha de abonar las legítimas en el momento mismo en que se determine su importe. También puede ocurrir que el testador que ha usado de la facultad particional del artículo 1.056,2.º haya designado contador-partidor. En este caso le corresponde a éste, además de otras funciones, decidir acerca de si las legítimas con dinero extrahereditario han de pagarse inmediatamente o de forma aplazada. El Código se refiere en este aspecto al contador-partidor designado por el testador. La decisión sobre el aplazamiento corresponde, salvo disposición del propio testador, al contador-partidor testamentario; no así al contador-partidor dativo (art. 1.057, párrafo 2.º), ya que éste no lo designa el testador, sino que lo nombra el juez.

El plazo máximo por el que se puede aplazar el pago de las legítimas es de cinco años a partir del fallecimiento del testador. Dentro de ese máximo su determinación concreta corresponde exclusivamente al testador o al contador-partidor testamentario. Nada establece la ley en materia de intereses por razón del aplazamiento. Nada se opone a que el testador pueda disponer su devengo o que pueda hacerlo incluso el contador-partidor testamentario con facultades para decidir sobre el aplazamiento. Pero si no se establece la existencia de intereses por ninguna de estas dos vías, la cantidad adeudada en concepto de legítima no devengará ninguno. No creo que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 847 CC, que para el supuesto del artículo 841 establece que el crédito metálico devengará el interés legal desde la liquidación. Fundamentalmente porque el artículo 1.056,2.º no contiene ninguna previsión en este sentido ni remite al 847; además, porque el régimen legal del artículo 1.056 obedece a una motivación específica, de la que carece el sistema más general del artículo 841, cual es la conservación de la empresa y el interés de la familia, elemento finalista que justifica un régimen más favorable para el adjudicatario de la empresa.

La doctrina se ha pronunciado en distintos sentidos sobre la naturaleza jurídica del derecho de los sucesores que perciben su legítima en dinero extraño a la herencia. La cuestión no es teórica, sino que condiciona la solución a problemas tan prácticos como son el de las garantías de que goza el legitimario hasta que se le pague y el de las consecuencias del incumplimiento de la obligación. La opinión mayoritaria, formulada por VALLET y seguida por otros muchos, entiende que en esas legítimas la reserva de una parte de los bienes de la herencia (art. 806 CC) queda en penumbra, en funciones de garantía, pero renace en caso de incumplimiento del asignatario de la explotación. El heredero que sucede en la explotación o en los títulos o derechos que la representan queda

gravado con un modo testamentario hasta que pague en dinero a los legitimarios. Éstos no ostentan un derecho actual sobre los bienes hereditarios relictos, pero si el plazo vence y no cobran su crédito, renace automáticamente el carácter de la legítima como reserva legal sobre tales bienes y tienen derecho bien a exigir el pago del crédito dinerario, bien a que se les pague su legítima en bienes de la herencia. Entre tanto, mientras se cumple el plazo, el derecho del legitimario como *pars bonorum* actúa tan sólo en función de garantía, como una carga modal que grava al asignatario de la explotación y que incluso tiene eficacia respecto de terceros adquirentes a través de la mención legitimaria prevista en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria (aplicable, claro está, tan sólo respecto de bienes inmuebles concretos). Otra importante consecuencia del incumplimiento del obligado al pago en metálico de las legítimas afecta no sólo al aspecto cualitativo, invalidando la asignación de la empresa, sino también a la vertiente cuantitativa. Si la asignación de la empresa o de las acciones o participaciones se hace en interés de la familia o de la conservación de la empresa y el asignatario incumple la obligación impuesta de pagar a los legitimarios, invalidando así la voluntad del testador, ha de entenderse que también queda sin efecto la atribución cuantitativa, con cargo al tercio de mejora y/o al de libre disposición, cuyo fundamento consistía precisamente en lograr mantener la indivisión de la explotación o el control de la empresa, finalidades que han resultado frustradas por el incumplimiento del heredero que abre la vía a los legitimarios para reclamar la efectividad de su derecho sobre bienes de la herencia.

El artículo 1.056, párrafo segundo, concluye expresando que “no será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”. Esta mención parece innecesaria en sentido estricto, su valor no es otro que el de evitar erróneas interpretaciones. Aunque la norma no existiera no serían de aplicación los artículos 843 y 844,1.º a la partición del artículo 1.056,2.º, del mismo modo que tampoco le son aplicables directamente el resto de los preceptos de la sección 8.ª en que se incluyen (arts. 841 a 847). La partición que examinamos no requiere, en efecto, aprobación expresa de todos los interesados ni, en su defecto, autorización judicial. Al contrario, por tratarse de partición efectuada por el propio testador su eficacia es inmediata; como dice el artículo 1.056,1.º, “se pasará por ella”, con el único límite del respeto de las legítimas en su perspectiva cuantitativa. La exclusión del régimen del artículo 844, párrafo primero, es también manifiesta, ya que resulta incompatible con el régimen legal del artículo 1.056,1.º Del mismo modo, me parece que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 842. El heredero adjudicatario de la empresa no puede optar por pagar el resto de legítimas en bienes de la herencia, frustrando la finalidad de pre-

servar su control familiar y poniendo en peligro su propia continuidad. Si no paga en metálico las legítimas incumple una carga impuesta por el testador, no ejercita una mera opción o posibilidad, y este incumplimiento tendrá para él las negativas consecuencias que antes hemos expuesto. Del mismo modo, en los términos más arriba comentados, no parece de aplicación el devengo automático del interés legal del artículo 847, puesto que el supuesto de hecho, el fundamento y la finalidad del artículo 1.056,2.º CC, son diferentes a los contemplados en el artículo 841, que tiene una finalidad independiente de la preservación de la Empresa Familiar.

B) Partición realizada por contador-partidor.

El contador-partidor no goza de la facultad atributiva del artículo 1.056,2.º, sino en el caso de que el testador se la haya conferido expresamente. En otro contexto el artículo 841 CC faculta al contador-partidor para el pago en metálico de las legítimas solamente si ha sido expresamente autorizado para ello por el testador.

Hay que tener bien presente que el testador puede encomendar al contador la simple facultad de hacer la partición (art. 1.057,1.º CC), pero no puede delegar en él ninguna función de contenido dispositivo, lo cual sería contrario al carácter personalísimo del testamento, que no puede hacerse por mandatario o comisario (art. 670 CC). Por esta razón no es posible que el testador delegue en el contador-partidor la elección del destinatario de la Empresa Familiar y el pago en metálico no hereditario al resto de los legitimarios, en la medida en que tal delegación suponga también conferir al partidor la facultad de mejorar o atribuir el tercio de libre disposición. Como ha dicho ALBALADEJO, se delega la partición, no la disposición.

Lo que sí puede hacer el testador es, por ejemplo, instituir herederos por partes iguales a sus hijos y facultar al contador-partidor para que, usando el procedimiento del artículo 1.056,2.º, adjudique la Empresa Familiar o las cuotas sociales de control al que de ellos designe el propio partidor, disponiendo el abono extrahereditario en metálico de los derechos del resto de coherederos. No se confiere en este caso facultad alguna de contenido dispositivo. También resulta muy conveniente el nombramiento de contador-partidor cuando sea el propio testador quien adjudique la explotación o las acciones o las participaciones sociales de control a una persona concreta y ordene el pago en efectivo extrahereditario a los demás herederos. A pesar de que la disposición particional del testador resulta suficiente por sí sola, no es inútil la designación del contador-partidor. A éste corresponderá la importante labor de “contar”, de elaborar el inventario de bienes, y, sobre todo, le compete evaluarlos. La valoración de la

empresa individual o social, absorba o no todo el caudal relicto, es esencial para el cálculo de las legítimas. El testador difícilmente podrá realizar por sí mismo esta labor, ya que para el cálculo de las legítimas se ha de tomar como base el valor del haber hereditario (*donatum* más *relictum* neto) al tiempo del fallecimiento del testador (art. 818 CC). Se ve así con claridad la conveniencia de que el testamento del empresario introduzca el nombramiento de contador-partidor, incluso cuando el propio testador ha realizado la adjudicación de la empresa con base en el artículo 1.056,2.º, ya que siempre corresponderá a aquél al menos la función de valorar los bienes y calcular las legítimas.

Hay otra función particional importante que compete al partidor de la herencia respecto de la cual el testador ha efectuado por sí mismo la partición por vía del artículo 1.056,2.º Se trata de la decisión acerca del aplazamiento del pago a los legitimarios. Si el testador ha dispuesto el pago de legítimas en metálico extrahereditario y ha nombrado contador-partidor, éste puede decidir por sí mismo sobre el aplazamiento del pago por un período que no supere los cinco años a contar desde el fallecimiento del testador.

Si el testador no ha hecho uso de la facultad particional del artículo 1.056,2.º ni la ha delegado expresamente en el contador-partidor, corresponde a éste realizar la partición con arreglo a las normas generales. Concretamente, deberá atenerse al principio de igualdad cualitativa del artículo 1.061 del Código Civil: “En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes y adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”. No obstante, si el caudal relicto incluye una empresa o explotación que lo agote o cuyo valor sea superior a la cuota de cada uno de los herederos o legitimarios, el contador-partidor puede evitar la división material de la explotación en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.062: “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”. De este modo el contador-partidor puede adjudicar a uno la explotación familiar y ordenar que éste pague en dinero –hereditario o extrahereditario– sus legítimas o su mayor cuota hereditaria. No se prevé para este caso posibilidad de aplazamiento alguno. Por otra parte, la posibilidad de mantener indivisa la explotación por la vía particional del artículo 1.062 no es siempre segura, ya que el segundo párrafo del propio precepto dispone que “bastará que uno sólo de los herederos pida su venta (la de la cosa física o económicamente indivisible) en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”. Por último, la indivisibilidad o desmerecimiento económico de la cosa puede ser predicable de la empresa individual familiar, pero es más difícil admitirlo en relación al conjunto de

acciones o participaciones sociales que representan la titularidad de una empresa social familiar. En realidad las acciones o participaciones ya son un patrimonio idealmente dividido por cuotas negociables y transmisibles, lo cual difícilmente se compagina con una pretendida indivisibilidad.

Una última cuestión se refiere a la figura del contador-partidor dativo, que regula el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código. Su nombramiento compete al juez a petición de herederos y legatarios de parte alícuota que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario y la partición que efectúe queda sujeta a la confirmación de todos los herederos y legatarios o, en su defecto, a la probación judicial. Dejando a un lado la problemática general que plantea la figura del contador-partidor dativo, aquí nos limitamos a la siguiente cuestión: ¿Corresponde a éste, en algún caso, la facultad del artículo 1.056, párrafo segundo? Creemos que la respuesta ha de ser negativa. El pago de las legítimas en metálico ajeno a la herencia es, como se ha visto, una excepción a la regla general, que ha de ser interpretada restrictivamente. El uso de esa facultad es atribuido por la ley de forma exclusiva al testador, si bien, por vía interpretativa, hemos visto que éste puede utilizarla directamente o encomendarla de forma expresa al contador-partidor testamentario. La iniciativa es en ambos casos del testador. Por el contrario, el contador-partidor dativo es ajeno a la voluntad del causante; de hecho su nombramiento no requiere que exista testamento. Se trata, en cierto modo, de una situación intermedia entre la partición realizada por los herederos y la partición judicial, que fue introducida en el Código Civil por la reforma de 1981 con objeto de mitigar el principio de unanimidad que rige en la partición extrajudicial realizada por los herederos. No creo posible que el juez que designe al contador-partidor dativo pueda atribuirle la facultad particional y excepcional (en cuanto a la intangibilidad cualitativa de las legítimas) que establece para el testador el artículo 1.056,2.º No parece adecuado atribuir al juez juicios de valor acerca de la conveniencia o no de la conservación de la empresa, ni sobre cuál sea el interés de la familia, cuando el causante, pudiendo haberlo hecho, ha permanecido inactivo. Un signo literal, aunque ciertamente relevante, de que el legislador no ha querido atribuir esta facultad al contador-partidor dativo nombrado por el juez se halla en el propio artículo 1.056, el cual, en relación al aplazamiento, hace referencia exclusiva al testador y al contador-partidor testamentario, omitiendo toda referencia al dativo. Se podrá objetar que el artículo 841 sí confiere expresamente la facultad de pago en metálico de legítimas al contador-partidor dativo. Ya hemos aludido al alcance de esta norma y a las relevantes diferencias que existen, tanto en las causas como en su régimen legal, entre los supuestos de pago en metálico de legítimas que contemplan respectivamente los artículos 841 y 1.056,2.º del Código Civil.

V. Otras disposiciones testamentarias

Hemos examinado hasta aquí lo que pudieran ser previsiones específicas del testamento del empresario, instrumentos sucesorios *ad hoc* para la regulación ordenada de la sucesión *mortis causa* en la Empresa Familiar. Y lo hemos hecho distinguiendo entre las que son de carácter dispositivo y aquellas otras cuya naturaleza es preferentemente particional, bien que dicha distinción no tenga un valor dogmático absoluto, sino constituya más bien un método expositivo, puesto que, como dice VALLET, los conceptos de disposición y partición, teóricamente inconfundibles, se entremezclan tan íntimamente en la práctica que no existe bisturí jurídico capaz de separarlos.

Ahora, para concluir, me voy a referir, brevemente y sin intención de exhaustividad, a algunos otros mecanismos testamentarios que pueden ser complementarios o útiles para una adecuada previsión sucesoria respecto de la Empresa Familiar. Concretamente señalaremos las sustituciones fideicomisarias, las reglas sobre la administración de la comunidad hereditaria y las posibles previsiones acerca de la administración de la explotación una vez ya adjudicada cuando concurren circunstancias especiales.

De las sustituciones fideicomisarias se ha dicho en alguna ocasión que constituyen un instrumento adecuado para la conservación de la empresa dentro de la familia, en la medida en que su sustancia consiste en la obligación de conservar impuesta al heredero fiduciario y su transmisión, una vez fallecido éste, a las personas designadas por el testador, normalmente otros descendientes. No es pertinente introducirnos aquí en el examen del régimen legal de estas sustituciones ni en sus posibles variantes. En lo que afecta a la empresa familiar la afirmación fundamental es que su utilización es completamente inadecuada en casi todos los casos y, por ello, resulta desaconsejable.

Las sustituciones fideicomisarias se introducen en el Código Civil como una concesión a las tradiciones de los antiguos territorios forales y como un último vestigio de las vinculaciones de bienes y de los mayorazgos, extinguidos a lo largo del siglo XIX por las leyes desvinculadoras y desamortizadoras. Las sustituciones fideicomisarias pueden, en efecto, asegurar la pertenencia de la empresa al grupo familiar, al menos dentro de los límites de los artículos 781 y 785 del Código Civil. Pero imponen, para obtener esa finalidad, unas limitaciones absolutas a la facultad dispositiva, a la vez que una obligación positiva de conservación. Responden en definitiva a una concepción estática del derecho de propiedad, que choca frontalmente con la dimensión mecánica y evolutiva de la empresa. Nada mejor para destruir una empresa que mantenerla igual y sin cambiar durante cierto tiempo. La obligación de conservar que incumbe al fiduciario, para

luego transmitir al fideicomisario, implica una prohibición de disponer absolutamente incompatible con el desarrollo vital de la empresa. Pensemos para comprenderlo en los inconvenientes prácticos que puede suponer el gravamen fideicomisario sobre las acciones o participaciones de la empresa social: no podrán transmitirse, con o sin restricciones, a persona alguna; el capital de la empresa no podrá utilizarse como garantía para operaciones de financiación; los procesos de reestructuración social que impliquen actos de fusión, escisión o transformación pueden resultar imposibles de ejecutar. Tales inconvenientes, que se proyectan por lo demás en plazos muy prolongados, evidencian lo inadecuado de las sustituciones fideicomisarias como instrumento apto para la vinculación entre familia y empresa.

Puede ser muy conveniente que el empresario adopte en su testamento previsiones acerca de la administración o gestión de la empresa individual mientras perdure la comunidad hereditaria, esto es, desde que fallece hasta que la partición extingue la comunidad. En caso de empresa social las previsiones del testador no se dirigirán a garantizar la eficaz gestión de la empresa, ya que son los propios órganos sociales, y no la voluntad del testador, los competentes para ello. Sin embargo puede ser de gran utilidad que el testador adopte determinadas previsiones, singularmente sobre el derecho de voto en la sociedad familiar durante el período que media entre su fallecimiento y la partición. El derecho de voto, como acto de administración de los bienes relictos, puede ser conferido hasta la adjudicación de las acciones o participaciones al propio albacea, a alguno de los herederos, a todos ellos de forma rotatoria o a cualquier otra persona designada a tal efecto por el testador.

Por último, en el caso de que alguno de los herederos destinatarios de la Empresa Familiar, o de un paquete significativo de acciones o participaciones de la sociedad familiar, fuera un hijo menor de edad, salvo previsión en contrario del testador los bienes que se le adjudiquen serán administrados por el otro progenitor que sea titular de la patria potestad. El artículo 164.2.º del Código Civil exceptúa, no obstante, de la administración paterna o materna “los bienes adquiridos por título gratuito cuando lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”. Aunque la aplicación de la norma puede plantear algún problema cuando los bienes excluidos de la administración paterna constituyan la legítima del hijo –se ha dicho que se trataría de un gravamen sobre la legítima, por tanto prohibido–, lo cierto es que este tipo de disposiciones son frecuentes, sobre todo en los testamentos de padres separados o divorciados que no quieren que los bienes en que les sucedan sus hijos menores sean administrados por el otro progenitor. En una perspectiva

diferente, la de la Empresa Familiar, la norma puede ser también de gran utilidad. La complejidad de la administración del patrimonio empresarial adjudicado al hijo menor de edad puede hacer conveniente que su administración no corresponda al viudo o viuda del empresario fallecido, tal vez carente del conocimiento y experiencia empresarial necesarios para tan ardua tarea. El artículo 164.2 CC permite en estos casos atribuir dicha administración a otro familiar más preparado para ello, sin que esto signifique en modo alguno menoscabo o desconsideración hacia el cónyuge del testador.

LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.964 DEL CÓDIGO CIVIL

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho civil

Emérito de la Universidad de Valencia

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL TEXTO LEGAL. **III.** LA ACESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y EL CRÉDITO HIPOTECARIO. **IV.** ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA. **1.** Consideraciones previas. **2.** Diversas posiciones doctrinales. **A.** *La prescripción de la acción personal no implica la extinción de la acción hipotecaria pero limita su ámbito de aplicación.* **B.** *La prescripción de la acción personal determina la extinción de la acción hipotecaria.* **C.** *Los plazos de prescripción de las acciones se refieren a relaciones jurídicas diferentes.* **D.** *Los plazos de prescripción de la acción personal y de la acción hipotecaria tienen diverso ámbito de aplicación.* **V.** RECAPITULACIÓN. **VI.** NUEVA PERSPECTIVA LEGAL.

I. Introducción

El artículo 1.964 del Código Civil ha suscitado una viva y ya larga discusión doctrinal. Dice el texto legal: “La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince”.

Se conviene en admitir, con independencia de la interpretación que se defienda, que la principal cuestión que la norma plantea estriba en conciliar la diferencia de plazos de prescripción de las acciones que en ella se contiene con el esencial carácter accesorio de la hipoteca. Más precisamente, lo que no se acierta a comprender es que para la acción hipotecaria se fije un plazo de prescripción más largo que el señalado para la acción personal.

Se trata de responder a la pregunta: cómo es posible que, siendo la hipoteca accesorio del crédito, pueda subsistir la acción hipotecaria cinco años más que las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción (1). Así se pone de relieve la incoherencia que, en expresión de ALBALADEJO, supondría admitir por cinco años más –los que van de los quince a los veinte– la subsistencia de la acción hipotecaria “que corresponde a un derecho, el de hipoteca, que, en cuanto depende del crédito garantizado, debe seguir la suerte de éste y, por tanto, prescribir con él” (2).

El principio de accesoriedad de la hipoteca, acogido en distintos lugares del texto articulado del Código, se ha intentado poner en tela de juicio en determinados supuestos, entre los que figura el artículo 1.964. Según la opinión dominante, no cabe considerar ninguno de esos supuestos como excepción al principio de accesoriedad de la hipoteca (3). Pero cuando se trata del artículo 1.964 del Código Civil, cabe afirmar que no toda interpretación, entre las varias que se han propuesto en la doctrina, es coherente con ese principio.

En otra dirección, se ha tratado de convertir el principio de accesoriedad en idea rectora de la interpretación del artículo 1.964, con el riesgo que, por entender que cuando el crédito se extingue por prescripción

(1) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “La hipoteca”, en *Instituciones de Derecho Privado*, II, vol. 3.º, Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, pp. 1129 y ss.

(2) ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1977, p. 311.

(3) En este sentido *vid.*, últimamente, el estudio de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., “Accesoriedad y causalidad, como notas de la hipoteca en nuestro Derecho”, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, 2003, pp. 3501, esp. pp. 3504, 3515-3516. Sin embargo, no comparto la idea del autor de que la tesis de P. LACAL (“El mito de la accesoriedad de la hipoteca”, *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 925 y ss.) se pueda considerar como antecedente de la corriente de opinión por mí iniciada en 1974.

queda extinguida la hipoteca, se llegue a considerar letra muerta aquella parte del texto legal que se refiere a la prescripción de la acción hipotecaria.

II. El texto legal

En la notable variedad de opiniones que se han formulado sobre el artículo 1.964 cabe apreciar una actitud crítica muy extendida. Me refiero al hecho de que se atribuya el origen del problema de interpretación del precepto a *la diferencia que el Código ha creado con el Derecho precedente* al señalar un diverso plazo de prescripción para la acción hipotecaria y para la acción personal, desviándose del criterio seguido por los autores de la Ley Hipotecaria, que habían señalado un plazo de prescripción común a ambas acciones con el propósito definido de zanjar la histórica controversia a que dio lugar la Ley 63 de Toro (4).

La marcada tendencia doctrinal a subrayar esta falta de armonía entre el criterio del Código y el de la Ley Hipotecaria contrasta con el desinterés en indagar el *fundamento de la diferencia que el texto del Código establece sobre el tiempo de prescripción de las acciones*. Desentenderse de la tarea de encontrar fundamento a esa diferencia significaría de hecho admitir que el criterio del Código es errado por el simple hecho de no haber mantenido la solución del Derecho precedente (5).

(4) La Ley 63 de Toro señalaba un plazo de prescripción de *veinte años* para “la acción personal y la ejecutoria dada sobre ella”, y un plazo de prescripción de *treinta años* para las acciones relativas a casos “donde en la obligación hay hipoteca o donde la acción es mixta de personal y real”. Esta diferencia de plazos de prescripción de la acción personal y de la hipotecaria es ciertamente la raíz de la controversia que trata de evitar la Ley Hipotecaria, como se indica en su Exposición de Motivos: “Necesario era poner límite á estas diferentes interpretaciones, y fijar el tiempo que debe durar la acción hipotecaria: la comisión propone el de veinte años porque siendo este el señalado para la prescripción de las acciones personales á que está adherida la hipoteca, perdiendo estas su fuerza no debe conservarla la hipotecaria, pues que estinguido el crédito, no puede menos de considerarse estinguida su garantía” (*Ley Hipotecaria. Reglamento general para su ejecución e introducción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro*, Edición oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861, p. 69).

(5) Significativo a este respecto es el siguiente comentario de BELLVER CANO, A., “La prescripción de las acciones hipotecarias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 117, 1934, pp. 675-676: “La reforma hipotecaria acabó con los problemas de prescripción de tales acciones”; pero la reforma del Código Civil “al rebajar a quince (años) la prescripción para las acciones personales y dejar la acción hipotecaria en veinte..., volvió a plantear las mismas dudas, colocando la cuestión en el mismo estado en que la pusieron las leyes de Toro y echando en olvido la razón de los autores de la Ley (Hipotecaria) en sus palabras «estinguido el crédito, no puede menos de considerarse estinguida su garantía»”.

Es de todo punto evidente que si hay una diversidad de plazos de prescripción de las *acciones*, alguna diferencia ha de existir entre los respectivos *derechos* que con una y otra acción se vienen a proteger.

De modo que el *derecho de crédito que se protege con la acción personal* no puede ser idéntico al *derecho de crédito que se protege con la acción hipotecaria*. Así, cabe entender que el plazo de prescripción de *quince años* se refiere a la acción (personal) que protege el *derecho de crédito*; y que el plazo de prescripción de *veinte años* se refiere a la acción (hipotecaria) que protege un *derecho de crédito distinto al anterior*. Los derechos de crédito protegidos por distintas acciones han de ser necesariamente, de algún modo, diferentes entre sí.

Con estas premisas se propone por un sector de la doctrina lo siguiente: el plazo de prescripción de quince años se refiere a un *derecho de crédito sin adjetivos*, es decir, al *crédito ordinario o común*; y el plazo de prescripción de veinte años se refiere a un *derecho de crédito garantizado con hipoteca*, esto es, al *crédito hipotecario*. Así es llamado, con “expresión sintética”, el “crédito con garantía hipotecaria”, sin que con tal expresión se trate de formular una noción de crédito merecedora del trato propio de los derechos reales (6).

No parece necesario explicar ahora cómo la estructura unitaria del crédito hipotecario sólo se puede mantener en tanto subsista la conexión entre el derecho de hipoteca y el derecho de crédito. Sí conviene dejar apuntado que la hipoteca sólo puede existir como *derecho accesorio*, es decir, en tanto está unido a otro, el de crédito, que se llama (y es) *principal*, porque de él depende la existencia de aquél.

De tal suerte, sin la unión entre hipoteca y crédito (7) no se podría hablar del carácter accesorio de la hipoteca, ni se podría comprender la distinción entre el crédito hipotecario y el crédito común, que, precisamente por ser derechos diferentes, están protegidos por distintas acciones, sometidas a un desigual plazo de prescripción.

Habrà que ver más adelante si el planteamiento que conduce a este modo de entender el precepto es el más adecuado al texto legal den-

(6) Cfr. BLANQUER UBEROS, R., “Desde la accesoriedad de la hipoteca a la accesoriedad del crédito. Los problemas de una inversión”, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2000, pp. 9 y ss. Cosa distinta es mantener que “en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva basada en la escritura pública y la publicidad registral, no se puede negar la influencia, en el régimen de los créditos garantizados con hipoteca, de la publicidad registral siempre que la misma no se lleve más allá de lo que la ley prevé y la lógica impone...” (GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “La hipoteca”, cit., p. 244).

(7) Es obvio que la unión entre hipoteca y crédito no supone *fusión* “en una sola figura, como si el crédito hipotecario fuera una entidad nueva” (GARCÍA GARCÍA, J. M., “Comentario al artículo 1.876 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, p. 1906).

tro del sistema del Código. Lo que de momento parece claro es que el artículo 1.964 no se puede interpretar en el sentido de que los plazos de prescripción de las acciones se puedan referir a un mismo derecho de crédito.

III. La accesoriedad de la hipoteca y el crédito hipotecario

Se entiende, generalmente, que ninguna interpretación del artículo 1.964 que permita explicar con cierta coherencia la dualidad de plazos de prescripción de la acción hipotecaria y de la acción personal puede estar en contradicción con la idea de la accesoriedad de la hipoteca, constituida en garantía del cumplimiento de una obligación (8).

En buena lógica, no cabría admitir, ni siquiera como excepción, que, prescrita la acción personal, el crédito que con esta acción se protege pueda *sobrevivir* gracias a la existencia de la acción hipotecaria. Ciertamente ha de existir un crédito para que exista la hipoteca; en el bien entendido de que ese crédito que sustenta la hipoteca no puede ser el mismo crédito protegido por una acción personal que ha prescrito.

Es claro, por tanto, que el crédito garantizado por la hipoteca, protegido con la acción hipotecaria, no es el crédito ordinario o común protegido por la acción personal, sino un crédito distinto que, por estar garantizado con hipoteca, se llama crédito hipotecario.

Si tan necesario es mantener el principio de accesoriedad de la hipoteca como premisa de una correcta interpretación del artículo 1.964, se habrá de precisar antes que no cabe hablar del carácter accesorio de la hipoteca con independencia de su unión con el derecho de crédito. Es decir, se habrá de admitir que el derecho de hipoteca sólo existe como elemento integrante del crédito hipotecario.

(8) Al tratar de la *accesoriedad de la hipoteca*, conviene no olvidar que la hipoteca se establece en garantía de una *obligación*, porque como he indicado en otro lugar “existe el riesgo de que la idea de accesoriedad de la garantía hipotecaria se entendiese referida exclusivamente al crédito, dada la simetría que indudablemente existe entre el derecho de crédito, como situación de poder personal, con el derecho de hipoteca, como situación de poder real. Es obvio que la accesoriedad de la hipoteca se ha de referir a la total relación obligatoria. El crédito es sólo el lado activo de esta relación. La accesoriedad de la hipoteca se refiere no sólo a este aspecto de la relación obligatoria sino también al lado pasivo, esto es, a la deuda que es correlativa al crédito. Así es claro que siempre que se hable del carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito, existirá una referencia implícita a la deuda y a la persona del deudor y, vinculada a la deuda, a la responsabilidad patrimonial universal del obligado (art. 1.911 del CC)” (cfr. LALAGUNA, E., *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, pp. 16-17; “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II, vol. 2, Madrid, 1996, p. 29).

A esta misma conclusión se llega cuando se intenta explicar la extraña situación del crédito que pervive aunque haya prescrito la acción personal. Me refiero a la explicación de Guillermo CERDEIRA en la hipótesis del “crédito que sobreviviría gracias a la acción hipotecaria”. Se pregunta el autor “¿Se rompe, entonces, la relación de accesoriedad que la hipoteca mantiene con la obligación?”. A lo que se responde: “En absoluto, porque en todo caso, aun prescrita la acción personal derivada del crédito, el ejercicio de la acción hipotecaria depende siempre de la exigibilidad de la deuda, de su vencimiento e impago. El plazo de veinte años no debe referirse a la acción personal derivada del crédito en sí, sino que debe entenderse como plazo prescriptivo propio de la acción hipotecaria, sí, pero referido a la realización del crédito asegurado con ella, es decir, del *crédito hipotecario*” (9).

El crédito hipotecario surge de la unión entre hipoteca y crédito como *derechos que se distinguen sin confundirse*, determinando su conexión un régimen jurídico que no es simplemente el resultado de la suma de efectos de un derecho personal y un derecho real, como he procurado explicar en otro lugar (10).

Para el tema que nos ocupa en este estudio no es necesario entrar en un análisis de las distintas versiones que ofrece la doctrina sobre la llamada teoría de la unidad o de la autonomía del crédito hipotecario. Ciertamente, como indica GUILARTE, en la doctrina actual predomina la consideración del *crédito hipotecario* como unidad, lo que según el mismo autor “parece exacto si con ello se quiere subrayar la necesidad de con-

(9) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, p. 356. La explicación es compartida por ARJONA, *Accesoriedad y causalidad*, cit., p. 1516. La referencia al crédito que *sobrevive* (después de prescrita la acción personal) gracias a la acción hipotecaria parece que se utiliza sólo como un recurso expresivo. Es claro, a mi juicio, que si la acción hipotecaria no ha prescrito subsiste el derecho de crédito que con ella se protege (distinto del protegido por la acción personal), ya que la hipoteca no puede existir sin el derecho de crédito. Lo que permitiría explicar que si los bienes hipotecados son insuficientes para la íntegra satisfacción del crédito, una vez ejercitada la acción hipotecaria, se pueda proceder, para la parte del crédito garantizado no satisfecho, contra los demás bienes del patrimonio del deudor (*vid.* lo indicado *supra* nota 8). Lo que no significa, contra lo que entiende algún autor, que sólo entonces, cuando se ha agotado la acción hipotecaria, nace la acción personal. Sólo a un crédito garantizado con hipoteca se puede referir el plazo de prescripción propio de la acción hipotecaria. Por lo demás, parece obvio que el crédito que “*sobrevive*” gracias a la acción hipotecaria no puede ser un crédito prescrito, porque ello supondría una inversión de términos que convertiría a la hipoteca en derecho principal y al crédito en derecho accesorio.

(10) Cfr. *Los créditos hipotecarios*, cit., p. 14; “El derecho real de hipoteca...”, cit., p. 27. Y añadía lo siguiente: “aunque el régimen del crédito hipotecario depende del régimen respectivo de cada uno de los elementos que conforman su estructura, no cabe suponer que la naturaleza del crédito hipotecario sea idéntica a la de un crédito común con la sola particularidad de que su realización queda facilitada por la existencia de la garantía”.

templarlo desde tal perspectiva y no considerando por separado cada uno de los elementos integrantes de la compleja realidad resultante de incorporar a la obligación la hipoteca como garantía específica..." (11).

Desde esta perspectiva se puede apreciar la finalidad de la unión *entre uno y otro derecho*, que *se crea precisamente para dotar al crédito de una especial seguridad jurídica* (12), de la que carece el crédito como derecho subjetivo independiente, sometido al régimen común de los créditos ordinarios.

Es esta diversa significación del crédito, como derecho subjetivo de carácter puramente personal y como derecho subjetivo vinculado al derecho real de hipoteca, lo que determina la dualidad de plazos de prescripción. El primero está protegido por la acción personal, sometida al plazo de prescripción de quince años. El segundo está protegido por la acción hipotecaria, a la que se refiere el plazo de prescripción de veinte años.

Con variedad de matices, esta interpretación ha sido acogida por un amplio sector doctrinal y por el Tribunal Supremo (especialmente en sentencia de 8 de noviembre de 1960). Acaso se puede seguir manteniendo actualmente, no sin establecer algunas precisiones.

IV. Estado actual de la doctrina

1. Consideraciones previas.

La explicación que sobre la diversidad de plazos de prescripción se acaba de exponer responde a un punto de vista común en el estado actual de la doctrina. Dice PEÑA que, a la vista del precepto del artículo 128 LH y 1.964 CC, y del desfase de tiempos entre los quince (plazo ordinario de

(11) GUILARTE ZAPATERO, V., "Pactos en la hipoteca inmobiliaria", *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II, vol. 2, Madrid, 1996, p. 124. A la referencia sobre las distintas versiones que nos ofrece ORTÍ VALLEJO, A., *Garantías de los títulos del mercado hipotecario*, Madrid, 1993, pp. 73-76, habría que añadir que con la consideración unitaria del crédito hipotecario no se trata de relativizar el principio de accesoriedad sino de explicar los efectos de la conexión entre hipoteca y crédito desde una perspectiva sistemática, más amplia que la que proporciona la elemental idea del carácter accesorio de la hipoteca, a la que se atiene una tradicional corriente de opinión.

(12) Indica GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 1.878", *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, p. 1912: "la hipoteca, a pesar de su accesoriidad en varios aspectos, refuerza enormemente el crédito, no sólo por lo que se refiere al procedimiento de ejecución, sino respecto a un mayor plazo de prescripción...". En realidad, no parece que respecto a la unión entre hipoteca y crédito se pueda afirmar que es más o menos importante la dependencia de la hipoteca respecto al crédito que los efectos jurídicos favorables que el crédito adquiere por virtud de la hipoteca.

prescripción de las acciones personales) y los veinte años, *la doctrina comúnmente entiende*, con distintas modulaciones, que “los créditos mismos prescriben, cuando son hipotecarios, a los veinte años”. Aunque el citado autor propone una interpretación diferente (13). Y hay, además, una amplia gama de opiniones que parece conveniente analizar y contrastar con la que se suele considerar común o dominante.

La consideración de dos datos objetivos parece favorecer un seguro punto de partida en la interpretación del artículo 1.964: a) el texto legal, tal como está literalmente redactado; b) el carácter accesorio de la hipoteca, como elemental exigencia de cualquier solución coherente con el sistema del Código.

En el primer aspecto, el hecho de que los autores del Código se alejaron de la solución acogida en el Proyecto de 1851 y en nuestra primera Ley Hipotecaria (aunque esto se considere un error) obliga a interpretar el artículo 1.964 en un sentido distinto al de sus precedentes. Significativa es a este respecto la siguiente afirmación de Díez-PICAZO: “*No obstante el precepto está ahí y aquella solución, aun siendo la correcta en teoría, no puede hoy por hoy compartirse*” (14).

En cuanto a la accesoriedad de la hipoteca que, en general, se considera clave de la exégesis, conduce en sus varias aplicaciones a conclusiones muy diferentes.

Entre las opiniones que tienen en cuenta las dos condiciones indicadas, el diferente ámbito de aplicación que se atribuye a los plazos de prescripción de las acciones personal e hipotecaria, en razón del derecho que se considere protegido por una y otra, da lugar a diversos planteamientos y, consiguientemente, a conclusiones distintas.

2. Diversas posiciones doctrinales.

A. *La prescripción de la acción personal no implica la extinción de la acción hipotecaria pero limita su ámbito de aplicación.*

Se entiende que con la *acción personal*, para la que se fija el plazo de prescripción de quince años, se protege el *derecho de crédito*, tanto si es

(13) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 3.ª ed., II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 1999, p. 231.

(14) Díez-PICAZO, L., *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, p. 174. Aunque el autor, antes de hacer esta afirmación, dice: “Sólo un error histórico y una evidente falta de coordinación al redactarse el Código han podido dar lugar al actual artículo 1.964”. En otro sentido considera REGLERO CAMPOS, F., “Comentario al artículo 128 de la Ley Hipotecaria”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, VII, vol. 6.º, Madrid, 2000, p. 561, que “no deja de ser dudoso un error de esta magnitud”.

un derecho de crédito común como si es un derecho de crédito garantizado con hipoteca. Y que con la *acción hipotecaria*, para la que se establece el plazo de prescripción de veinte años, se protege el *derecho de hipoteca*, que como derecho real de garantía asegura el cumplimiento del crédito garantizado. De tal suerte, el crédito garantizado con hipoteca, esto es, el crédito hipotecario, está sometido a un doble plazo de prescripción. Lo que lleva a mantener la siguiente proposición: si el derecho de crédito garantizado pierde la protección que proporciona la acción personal, porque ha prescrito, el derecho de crédito sigue estando protegido por la acción hipotecaria, y en este caso el crédito sólo se podrá hacer efectivo mediante la realización del derecho de hipoteca, limitado al valor de los bienes hipotecados.

Esta es la posición mantenida en 1964 por DÍEZ-PICAZO: “A nuestro juicio –dice este autor–, el artículo 1.964 obliga a distinguir, como derivadas del crédito hipotecario, una acción real y una acción personal. Por «acción real» se entiende aquella que se dirige exclusivamente contra los bienes hipotecados. Por «acción personal» aquella que trata de poner en juego la responsabilidad personal del deudor. Esta distinción obliga a concluir que cada una de estas acciones se encuentra sometida a un plazo de prescripción diferente: la «acción personal» al de quince años y la «acción real» al de veinte. La prescripción de quince años no extingue el crédito hipotecario, sino que lo modifica sustancialmente, en el sentido de que lo limita de manera tal que, a partir de ese momento, la deuda sólo puede ser hecha efectiva exclusivamente sobre los bienes especialmente hipotecados. La prescripción ordinaria lo que opera es una conversión de la hipoteca normal en hipoteca de responsabilidad limitada. Acaso esta solución no sea la deseable, pero parece que es la única que puede sostenerse partiendo de la redacción que recibió el artículo 1.964” (15). La misma opinión mantiene el autor en 1991: “cuando la acción hipotecaria se ejercite transcurridos los quince años de prescripción de las acciones personales... la deuda sólo puede ser hecha efectiva exclusivamente sobre los bienes especialmente hipotecados” (16).

(15) DÍEZ-PICAZO, *La prescripción...*, cit., pp. 174-175. Según RUBIO LINIERS, S., “La prescripción extintiva del crédito hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, II, p. 956, “prescrita la acción personal, el acreedor habrá perdido la posibilidad de exigir del deudor el cumplimiento de la prestación debida, pero conservará, mientras no prescriba la hipotecaria, porque el crédito no se ha extinguido, la de dirigirse contra los bienes hipotecados para satisfacerse con el importe de su venta del cumplimiento de su obligación...”.

(16) DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al artículo 1.964”, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2157. La parcial coincidencia entre esta opinión y la por mí mantenida en 1976 (“Los créditos hipotecarios”, *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, p. 146) se expone recientemente por GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “La hipoteca”, cit., pp. 1129-1131.

Con ligeras variantes esta tesis es acogida últimamente por REGLERO CAMPOS. Discrepa este autor de la interpretación mantenida por PEÑA en 1986 y entiende que “la prescripción de la acción personal no supone necesariamente la de la acción hipotecaria, en la medida en que... esa prescripción no implica la extinción del derecho de crédito y, por ende, tampoco la de la hipoteca”. Partiendo de esta premisa, considera REGLERO que puede establecerse “una perfecta diferenciación entre la prescripción de la acción que protege específicamente al derecho garantizado y la de la acción del derecho de garantía”, que, según el autor, “está basada en el principio de responsabilidad universal del deudor (cfr. art. 1.911 del CC), principio que, como es bien sabido, no resulta alterado por la constitución de un derecho de garantía en defensa del crédito, sea real o personal (cfr. art. 105 de la LH)”. En conclusión entiende: “La prescripción de la primera de las acciones citadas, es decir, la personal, implicará sencillamente que desaparece esa responsabilidad universal, de modo que el deudor tan sólo responderá con el bien o bienes hipotecados. Prescrita la acción personal, es claro que el deudor podrá oponer tal prescripción cuando sea ésta la acción emprendida por el acreedor hipotecario. Pero éste, para intentar la satisfacción de su derecho de crédito, al menos parcialmente, dispondrá de la acción hipotecaria contra el bien hipotecado, pero, naturalmente, sólo contra él” (17).

Antes de someter a crítica esta tesis, conviene hacer algunas precisiones: a) sobre la accesoriedad de la hipoteca como derecho de garantía; b) sobre los efectos de la prescripción de las acciones; c) sobre los derechos protegidos por la acción personal y por la acción hipotecaria.

a) El carácter *accesorio* de la hipoteca se refiere a su condición de derecho dependiente de la existencia de una *obligación principal*. Aunque es corriente referirse al derecho de crédito, como elemento principal, en relación con el carácter accesorio de la hipoteca, lo que en rigor determina el carácter *accesorio* de la hipoteca es la *obligación principal* para cuya seguridad fue constituida (cfr. arts. 1.857 y 1.876 del CC; y art. 104 de la LH), sin alterar la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil (art. 105 LH). Por lo demás, la obligación supone no sólo una correlación entre crédito y deuda,

(17) REGLERO CAMPOS, F., “Comentario al artículo 1.964”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, XXV, vol. 2.º, Madrid, 1994, pp. 212-213. Esta posición se mantiene por el autor últimamente en su “Comentario al artículo 128 de la Ley Hipotecaria”, en la misma obra colectiva, t. VII, vol. 6.º, Madrid, 2000, p. 565.

sino, más precisamente, una correlación entre un *crédito exigible* y una *deuda unida a la responsabilidad* del obligado (18).

b) La prescripción, según opinión muy extendida, extingue la acción y, con ella, el derecho protegido. Sin embargo, hay que explicar por qué, si el derecho prescribe, no se puede repetir el pago del crédito prescrito. Habría que matizar la expresión y afirmar que lo que prescribe con la acción es la *exigibilidad* del crédito, por lo que si por un acto “puramente voluntario” del deudor (art. 1.887 CC) se paga el crédito prescrito, el acreedor, que no puede exigir el crédito, puede probar por vía de excepción que el pago se hizo no por error sino por una “causa justa” (art. 1.901 CC) (19). De modo que, según esto, cabe concluir que por la prescripción de la acción se extingue el crédito correlativo a la deuda en que consiste la obligación civil garantizada, sin excluir que con la acción no se extingue el “crédito” que puede ser objeto de un obligación natural.

c) Sobre los derechos que se protegen por la acción personal y por la acción hipotecaria se ha de tener en cuenta lo siguiente.

Con la acción personal se protege el crédito ordinario o común. Según la tesis expuesta anteriormente, con la acción personal también se protege el crédito garantizado con hipoteca. Pero entonces, si se entiende que al prescribir la acción personal se extingue el crédito garantizado con hipoteca, habría que considerar extinguido también el derecho de hipoteca en virtud del principio de accesoriedad (20). Y si se entiende que “*la prescripción de la acción personal no lleva aparejada la extinción del derecho de crédito*” y que lo que ocurre es que “*desaparece la responsabilidad universal*” (21), de modo que “*la deuda sólo puede ser hecha efectiva exclusivamente sobre los bienes especialmente hipotecados*” (22), entonces nos encontraríamos ante un *derecho de crédito de carácter real*, en el sentido riguroso de que, al quedar la deuda despersonalizada (si se permite la expresión) por desaparecer la responsabilidad patrimonial del deudor, el

(18) En expresión de ALBALADEJO, deuda y responsabilidad son nociones conceptualmente separables, aunque prácticamente inescindibles. Indica este autor que el ejemplo que se suele aducir de obligación en la que sólo hay débito pero no responsabilidad, es el de la obligación natural. Pero este es precisamente “un caso en el que no hay realmente *obligación*...” (*Curso de Derecho civil español, común y foral*, II, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1977, p. 11).

(19) Sobre la recepción de las obligaciones naturales en nuestro Código Civil he tratado en “La voluntad unilateral como fuente de obligaciones”, *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, pp. 189 y ss., incluido en mis *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 3.ª ed., Valencia, 2003, pp. 182-183.

(20) Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Prescripción de la acción hipotecaria”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, 2003, p. 3862.

(21) REGLERO, “Comentario al artículo 128...”, cit., p. 565.

(22) Díez-PICAZO, *La prescripción*..., cit., p. 174; REGLERO, “Comentario al artículo 128...”, cit., p. 565.

crédito sólo se puede hacer efectivo sobre los bienes garantizados (23).

Con la acción hipotecaria se protege el crédito garantizado con hipoteca. El ejercicio de la acción hace posible la ejecución sobre los bienes que la hipoteca mantiene vinculados a la satisfacción del derecho de crédito en el caso de que la obligación no se cumpla (24). Por ello, entiende un amplio sector de la doctrina que la prescripción de veinte años de la acción hipotecaria se refiere exclusivamente al crédito que con esta acción se protege.

Con las observaciones anteriores es claro que no cabe admitir la tesis de que el crédito hipotecario esté sometido a un doble plazo de prescripción. Hay cierta incoherencia en esta tesis. De un lado, se considera que el *crédito* garantizado con hipoteca está sometido a la prescripción de la acción personal y, de otro, que el efecto de esta prescripción se reduce a excluir la responsabilidad patrimonial del deudor sin afectar al crédito, que no se extingue sino que se modifica, en el sentido de limitar su exigibilidad a los bienes hipotecados. Es decir, se mantiene la hipoteca vinculada al crédito, pero se elimina la responsabilidad personal consustancial a la obligación garantizada (art. 1.911 del CC).

Con ello se produce un doble efecto no deseable: a) la ruptura entre la deuda (que se mantiene) y la responsabilidad (que se extingue); b) la creación por el intérprete de una limitación al principio enunciado en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, que sólo se admite por excepción cuando la ley expresamente lo autoriza (25).

(23) En sentido muy diferente del indicado en el texto me refería en 1974 al carácter real del crédito hipotecario, "en cuanto la tutela y la realización del crédito dejan de depender del comportamiento personal del deudor". Y añadía: "No es real el crédito en el sentido de que, por estar afectados determinados bienes al cumplimiento de la obligación, el deudor quede liberado o la deuda se despersonalice... El carácter real del crédito hipotecario, por virtud del cual adquiere autonomía frente al proceder del deudor, de ninguna manera significa que desaparezca la obligación personal ni, consiguientemente la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1.911 del CC)...". En este mismo sentido se manifiesta en 1998 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga real...*, cit., p. 360, que reproduce el pasaje citado en coincidencia con su propio punto de vista (p. 361, nota 195); *vid.* especialmente las conclusiones 27 y 38 de su obra.

(24) Observa F. CANALS BRAGE que "es verdad que los artículos 130 y 131 de la Ley Hipotecaria siguen hablando (después de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) de la «acción hipotecaria». Tal expresión resulta totalmente consagrada en la práctica y no está sujeta a discusión. Pero no creo que el contenido de la acción sea la ejecución de la hipoteca, aunque también así comúnmente se hable, sino que con mayor precisión podría decirse que su contenido es la ejecución del crédito impagado sobre el ámbito que la hipoteca le procura" ("La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 678, LXXIX, 2003, p. 2280, nota 3).

(25) Afirma GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al artículo 1.911", en *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, p. 2055, que el artículo 1.911 reconoce que "la responsabi-

B. La prescripción de la acción personal determina la extinción de la acción hipotecaria.

En sentido contrario a la tesis que se acaba de exponer, se mantiene por algunos autores en términos categóricos que cuando ha prescrito la acción personal, en cuanto que con ella se extingue o prescribe el crédito, no es posible el ejercicio de la acción hipotecaria.

Aunque existen diferencias en el modo de plantear esta proposición, quienes la formulan convienen en la idea fundamental de que al *extinguirse el crédito*, por prescripción de la acción personal, se extingue la hipoteca y, por tanto, la acción hipotecaria. Lo que, con lógica impecable, responde al principio de accesoriedad.

Conviene, sin embargo, dejar apuntado que en esta corriente de opinión se toma como presupuesto crítico que con *la acción personal* se protege no sólo el *derecho de crédito* ordinario o común sino también el *derecho de crédito* garantizado con hipoteca, y que, por tanto, el hecho del ejercicio de la acción personal o el transcurso del tiempo de prescripción de la acción personal *excluye por principio la posibilidad de que se aplique la prescripción de la acción hipotecaria*. Según esto, la tesis supone una desviación de lo que literalmente establece el artículo 1.964 del Código Civil (“La acción hipotecaria prescribe a los veinte años”) y el artículo 128 de la Ley Hipotecaria (“La acción hipotecaria prescribirá a los veinte años, contados desde que pueda ser ejercitada”). Cabría entender que esto no supone una contradicción textual al precepto si se conviene en admitir, con la tesis que comentamos, que la acción personal puede tener de hecho una duración superior al plazo de prescripción de los veinte años de la acción hipotecaria, si se interrumpe la prescripción de la acción personal (26).

De cualquier modo, suponer que el legislador ha establecido un plazo de prescripción de veinte años para la acción hipotecaria pensando sólo en tan singular hipótesis es algo *sumamente dudoso*.

Según la tesis que PEÑA considera como doctrina común, el crédito que se extingue por prescripción a los veinte años es el crédito hipotecario, no el crédito ordinario o común (que, por prescripción de la acción

lidad en los amplísimos términos indicados es consustancial con la posición de deudor, en otras palabras, no puede existir un deudor en el sentido jurídico del término que no responda del cumplimiento de sus obligaciones”.

(26) Cfr. PEÑA, *op. cit.*, 3.^a ed., 1999, p. 232: “Cualquier interrupción de la prescripción del crédito no es, frente al dueño no deudor –sea, ese dueño, hipotecante o tercer poseedor–, interrupción de la prescripción de la hipoteca (a lo sumo, tendría aplicación el art. 1.975 CC); por lo cual, el derecho real de hipoteca puede quedar extinguido por prescripción antes de que prescriba el crédito”.

personal, se extingue a los quince). La tesis que ahora comentamos no atiende a esta diferencia.

En opinión de GÓMEZ GÁLLIGO el hecho de que la hipoteca sea accesorio del crédito determina que la acción hipotecaria sea accesorio de la acción personal. Según este autor “no puede ser posible, por imperativo del principio de accesoriedad, que el crédito prescrito pueda ser reclamado ni siquiera por vía de la acción hipotecaria”. Esto, lógicamente, es indiscutible. Pero, según el mismo autor, aunque la acción personal y la hipotecaria sean independientes “no puede hacernos olvidar una cosa: que el ejercicio de la acción real presupone siempre la vigencia de la acción personal. Si ésta prescribió, ya no será posible el ejercicio de la acción hipotecaria. Extinguido el crédito, la garantía accesorio no puede subsistir” (27). Así, cabe entender que el carácter accesorio de la hipoteca conlleva la accesoriedad de la acción hipotecaria, la cual, como el mismo autor indica, “no puede tener un plazo de prescripción superior a la acción personal, dado el carácter accesorio de la hipoteca” (28).

Sin embargo, no es esto lo que dice el Código Civil, que mantuvo el plazo de veinte años de la acción hipotecaria que establecía la Ley Hipotecaria de 1861 (art. 134) y redujo el de la acción personal a quince (art. 1.964). Las reformas de la Ley Hipotecaria de 1909 y de 1946 no introdujeron ningún cambio (art. 128) que pudiera afectar al desigual plazo de prescripción establecido por el Código. No hay datos que permitan fundadamente proponer una interpretación correctora del texto del artículo 1.964 CC (29).

En la misma corriente de opinión se sitúa PEÑA, que mantiene en la última edición de su obra sobre la materia la tesis expuesta en ediciones anteriores. Dice este autor: “A nuestro parecer, el derecho de hipoteca puede quedar extinguido por prescripción de dos modos: por vía de consecuencia, es decir, cuando prescriba el crédito; o por vía directa, cuando,

(27) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La extinción del crédito hipotecario”, en *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, II, Madrid, 1998, p. 941.

(28) GÓMEZ GÁLLIGO, *op. loc. cit.*, p. 940.

(29) A este respecto indica RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario*, Madrid, 1994, p. 210, nota 376: “Con el riesgo que conlleva una opinión a vuelapluma, estimamos más fundada la idea de que, prescrito el derecho de crédito a los quince años –plazo que es inobviable en el art. 1.964 CC– la hipoteca ha de desaparecer también, como elemento accesorio del crédito que es”. Y más adelante añade: “Si alguno legítimamente arguye-se que igualmente es claro el plazo de veinte años del artículo 1.964 CC, se podría ofrecer una interpretación correctora del precepto. El artículo 128 LH fijó tal plazo porque a la hora de su promulgación aún regía la Ley 63 de las de Toro, que dictaba tal lapso de tiempo para la prescripción de toda acción personal. Claro estaba, pues, su designio de unificar el tiempo de prescripción de la hipoteca al del crédito garantizado... Lo que, torpemente, no fue advertido por el Código Civil que, para respetar ese artículo 128 LH, vuelve a exhumar la tradicional polémica para la que propugnamos aplicar la solución, también tradicional”.

aunque persista el crédito, prescriba, sin embargo, el derecho real. Esto guarda armonía con la naturaleza del derecho de hipoteca; como es un derecho accesorio no puede existir sin el crédito y se extingue o prescribe con el crédito; pero, también, como el derecho de hipoteca en sí es un propio derecho subjetivo, puede extinguirse y prescribir con independencia” (30).

Que el derecho de hipoteca se extingue por vía de consecuencia, cuando prescriba el crédito, es evidente. Diversamente, no es tan claro que el derecho de hipoteca pueda prescribir con independencia del derecho de crédito. Como derecho subjetivo, la hipoteca se puede *extinguir* con independencia del crédito (v. gr. renuncia del titular de la hipoteca, acuerdo extintivo entre acreedor y tercer poseedor, decadencia del derecho real de hipoteca, etc.) pero, en principio, no parece que pueda *prescribir* con independencia del derecho de crédito. Si transcurre el plazo de prescripción de quince años de la acción personal queda extinguido el derecho de crédito y, consiguientemente, el de hipoteca; y en tal caso no cabe afirmar que el derecho de hipoteca prescribe *con independencia* del de crédito. Para que prescriba el derecho de hipoteca es necesario obviamente que el derecho exista, y como la existencia del derecho de hipoteca es sustentada por el derecho de crédito, si éste se ha extinguido por la prescripción de quince años sería contradictorio con el carácter accesorio de la hipoteca admitir que la acción hipotecaria subsiste porque tiene un tiempo de prescripción mayor que el de la acción personal. La idea de que la acción hipotecaria puede *prescribir con independencia* del derecho de crédito supone como premisa que exista el crédito y, vinculado a él, el derecho de hipoteca, lo que, después de veinte años, que es el plazo de prescripción de la acción hipotecaria, sólo parece posible si la prescripción de la acción personal que protege el derecho de crédito se ha interrumpido.

Esto no significa admitir, siguiendo el discurso lógico que conduce a la tesis expuesta, que en el Código se ha establecido el plazo de prescripción de la acción hipotecaria para proteger el *crédito* (hipotecario) que, por haberse interrumpido la prescripción de la acción personal, puede mantenerse más de veinte años (prescrito el derecho de hipoteca) como crédito ordinario o común.

Que la acción hipotecaria pueda prescribir con independencia del derecho de crédito si se interrumpe el plazo de prescripción de la acción personal es, como se ha visto, cosa perfectamente posible. Que el plazo de prescripción de veinte años de la acción hipotecaria se haya establecido para esta hipótesis parece inverosímil.

(30) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, II, 3.ª ed., Madrid, 1999, pp. 231 y ss. También en II, 4.ª ed., Madrid, 2001, p. 260.

Por lo demás, se puede concluir, en relación con la tesis expuesta, lo siguiente:

1) La coexistencia de la acción hipotecaria y de la acción personal durante el tiempo de prescripción de la acción personal no se opone a lo establecido por el artículo 1.964 CC.

2) La idea de que, en principio, la prescripción de la *acción personal* determina la extinción de la *acción hipotecaria*, coherente con el planteamiento de que la acción personal se refiere tanto al crédito ordinario como al garantizado con hipoteca, no parece amparada por ningún precepto legal.

3) Afirmar que el plazo de prescripción de la acción hipotecaria no puede ser superior al de la acción personal no se ajusta a lo que literalmente dice el precepto del artículo 1.964 CC. Y no hay datos que permitan mantener fundadamente una interpretación correctora.

C. Los plazos de prescripción de las acciones se refieren a relaciones jurídicas diferentes.

Entre los diversos criterios mantenidos en la interpretación del artículo 1.964 se menciona la tesis “que distingue entre la relación que existe entre acreedor y deudor, que se regiría por el plazo de prescripción de quince años, y la relación que existe entre acreedor y tercer poseedor de los bienes hipotecados, que se sometería al plazo de prescripción de veinte años, ya que a los veinte años se ganaría por prescripción la libertad de los bienes hipotecados” (31).

La tesis no parece correcta a un amplio sector de la doctrina. Entre las varias objeciones que se formulan cabe señalar, en primer lugar, que el artículo 1.964 “no distingue entre la acción hipotecaria ejercitada contra el deudor hipotecante o contra el tercer poseedor”, ya que, “en ambos casos el plazo de prescripción es el mismo”. Y en segundo término, porque en el Derecho actual en materia de hipoteca, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales que implican posesión de la cosa, no cabe hablar en puridad de *usucapio libertatis*” (32).

Por otra parte, y dando por supuesto que se trate de un crédito garantizado con hipoteca, no cabría admitir lógicamente la posibilidad de ejer-

(31) GÓMEZ GÁLLIGO, “La extinción...”, cit., p. 939.

(32) REGLERO CAMPOS, “Comentario al artículo 128 de la Ley Hipotecaria”, cit., pp. 568-569. En igual sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. loc. cit.*, pp. 939-940, que cita en la misma línea de oposición a la tesis comentada a RUBIO LINIERS, S., “La prescripción extintiva...”, cit., p. 956, y TORRES GÓMEZ-PALLETE, F., “La prescripción extintiva del crédito hipotecario”, *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios*, Barcelona, septiembre-octubre 1996.

cicio de la acción hipotecaria contra el tercer poseedor después de haber prescrito el derecho de crédito contra el deudor (33).

En fin, no se acierta a entender en qué criterio se sustenta la idea de favorecer al deudor hipotecante con un plazo de prescripción de menor duración que el de los veinte años, al que está sujeto el tercer poseedor. Lo que sí tiene sentido es favorecer la acción del titular del crédito hipotecario (contra el deudor o contra tercero) con un plazo de prescripción mayor que el señalado para el titular de un crédito ordinario o común (34), lo que está de acuerdo con el planteamiento más extendido en la doctrina de que las acciones que contempla el artículo 1.964 tienen distinto ámbito de aplicación: el plazo de prescripción de veinte años se refiere al derecho de crédito garantizado con hipoteca, y el de quince años se refiere al derecho de crédito puramente personal.

D. Los plazos de prescripción de la acción personal y de la acción hipotecaria tienen diverso ámbito de aplicación.

Entre las distintas interpretaciones del artículo 1.964 CC que se han analizado hasta aquí se puede apreciar un común denominador. Me refiero al hecho de que se dé por supuesto que el *derecho de crédito* garantizado con hipoteca esté sometido a un doble plazo de prescripción: el de quince años, propio de la acción personal, y el de veinte, propio de la acción hipotecaria.

Tal planteamiento responde lógicamente a la idea de que del crédito hipotecario derivan dos acciones, personal y real, que, según la explicación tradicional, se orientan respectivamente a hacer efectivo el crédito frente al deudor, afectando a su responsabilidad patrimonial (art. 1.911 CC), o frente al titular de los bienes hipotecados (supuesto que sea persona distinta del deudor). Sin embargo, como advertía ROCA SASTRE al exponer la distinción entre ambas acciones, “cuando se interfiere la prescripción de la acción hipotecaria surge alguna confusión”. A pesar de las diferencias entre la acción personal y la real hipotecaria, decía el citado autor, “aparecen por lo general confundidas... cuando coincide el propietario de la finca hipotecada y el deudor personal” (35).

(33) Si se mantiene la tesis, expuesta anteriormente (IV, 2, a), de que la prescripción de la acción personal no supone la extinción de la acción hipotecaria sino sólo una limitación de su ejercicio al ámbito de los bienes hipotecados.

(34) Precisamente entre las “razones más que suficientes” para llegar a la actual redacción del artículo 1.964 CC resalta RUBIO LINIERS, “La prescripción...”, cit., p. 953, “el deseo de contrarrestar situaciones usurarias, favoreciendo el crédito hipotecario con un mayor plazo prescriptivo para la acción hipotecaria”.

(35) ROCA SASTRE, R. M.², *Derecho Hipotecario*, II, 2.º, 6.ª ed., Barcelona, 1968, pp. 957 y ss. En cuanto a la posición del deudor y del tercer poseedor en los distintos procedimientos,

Al parecer, la distinción doctrinal, tal como se ha expuesto, en lugar de aclarar, ha contribuido a complicar el problema de interpretación del artículo 1.964 CC. Si el crédito hipotecario genera dos acciones, parece lógico concluir que está sujeto a un doble plazo de prescripción.

Cabe preguntarse si es exacto que del crédito hipotecario se derivan dos acciones —una, personal, y otra, real— o si, diversamente, es más cierto que, en principio, el derecho de crédito está protegido por una acción personal, y además, si se garantiza con hipoteca, queda también protegido por la acción real que de la hipoteca se deriva. A este punto de vista responde la explicación que ofrece SANCHEZ REBULLIDA.

Según este autor, el crédito hipotecario por el hecho de estar protegido con un derecho real “no deja de ser crédito, con todos sus caracteres y con todas las consecuencias que ello comporta; el acreedor está asistido de una acción personal frente al deudor, cuyos bienes presentes y futuros... están afectos en garantía del cumplimiento de la obligación, conforme a los artículos 1.911 CC y 105 LH”. El mismo autor añade: “Lo que sucede es que raramente interesará al acreedor ejecutar tal acción personal, por cuanto junto a ello, *dispone de una acción real nacida de la hipoteca*” (36). Por lo demás, no debe pasar inadvertido que no existe en nuestro Derecho un procedimiento específico para hacer efectivo el crédito mediante el ejercicio de una *acción puramente personal* que excluya de su ámbito de eficacia la ejecución sobre los bienes que sirven de garantía al cumplimiento del crédito.

En materia de prescripción parece que sería un contrasentido suponer que el hecho de prescribir la acción personal, *que nace del crédito*, se pueda convertir en problema que excluya o limite de algún modo el ejercicio de otra acción, *que nace de la hipoteca*, creada precisamente para dotar al crédito de una protección que la sola acción personal no proporciona.

La falta de una clara delimitación del ámbito de ejercicio de ambas acciones es, a mi modo de ver, el origen común de las objeciones formuladas a las diversas interpretaciones, expuestas hasta aquí, sobre el artículo 1.964 CC.

A esas objeciones se sustrae la tesis de que el plazo de quince años de prescripción de la acción personal se refiere exclusivamente al *derecho*

antes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, *vid.*, CLEMENTE MEORO, M., “El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente”, *Revista General de Derecho*, núm. 579, 1992, pp. 11296 y ss.

(36) LACRUZ BERDEJO, J. L. con la colaboración de F. de A. SANCHEZ REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. segundo, Barcelona, 1980, pp. 205-206 (subrayado por mí).

de crédito, no al derecho de crédito garantizado con hipoteca, para el que se ha establecido el plazo especial de prescripción de veinte años.

Se mantiene esta tesis por Demófilo de BUEN, para quien los artículos 1.964 CC y 128 LH deben entenderse en el sentido de que el “crédito garantizado con hipoteca” prescribe a los veinte años; no significa, pues, que haya una prescripción de la acción hipotecaria distinta de la del crédito garantizado por la hipoteca” (37).

De modo preciso se explica la tesis en coherencia con el principio de accesoriedad de la hipoteca por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1960 (38).

La sentencia declara que “en razón de la accesoriedad de la hipoteca en relación con la obligación personal que garantiza, la acción hipotecaria no puede imaginarse sin el *prius* que llega a constituir un elemento esencial de su concepto, el crédito asegurado, para el cual nace y adquiere la necesaria eficacia, extremo que no podía olvidar el legislador cuando al redactar el artículo 1.964 del Código Civil fijó en veinte años el plazo prescriptivo de la misma, y mucho menos cuando en el propio precepto establece el de quince años para el de las acciones personales que no tuvieran señalado plazo especial de prescripción, con referencia sin duda a las obligaciones que no estuvieran aseguradas con hipoteca. No dándose dentro del Derecho común acciones personales de mayor plazo prescriptivo que las de los quince años a que alude dicho artículo 1.964, no hubiera sido racional señalar un plazo mayor en cinco años a la prescripción de la acción hipotecaria si no había de comprenderse asimismo en ese plazo mayor la del crédito asegurado, pues de otro modo y por el tiempo de la diferencia habría que admitir una hipoteca vacía o hipoteca independiente, o deuda inmobiliaria, que en nuestro Derecho no tiene cabida... Por todo lo cual, la prescripción del crédito asegurado ha de eliminarse como causa de extinción de la hipoteca que lo garantiza, sin que el carácter accesorio de ésta pueda imponerse en tal supuesto, no operando la prescripción del crédito simple cuando adquirió la condición de hipotecario” (39).

(37) DE BUEN, D., *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de A. Colin y H. Capitant, V, 3.ª ed., Madrid, 1952, p. 602 (cita de ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 1134; la 1.ª ed. de las *Notas* es de 1925).

(38) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1960, núm. marg. 3468. Ponente: Joaquín DOMÍNGUEZ DE MOLINA. En el recurso de casación se alega la infracción de los artículos 1.964 CC y 128 LH por haber entendido la sentencia recurrida que las acciones del Banco de España contra el recurrente Sr. D., por ser hipotecarias, prescribían a los veinte años. En consideración de los argumentos que se exponen en el texto el TS declaró no haber lugar al recurso.

(39) Es desafortunada la forma de expresarse la sentencia en su conclusión. Induce a suponer, considerando aisladamente este pasaje final, “que la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito no actúa en este caso” (cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M., “La unidad del crédito

El punto de vista mantenido por DE BUEN es acogido por ROCA SASTRE al decir que esto que a primera vista parece un problema insoluble no lo es, si se admite “que el plazo de veinte años es el de la prescripción del *crédito hipotecario*, pero no el de la *hipoteca* o acción estrictamente hipotecaria aisladamente considerada, ni la del *crédito* en sí”. Después de citar la sentencia antes expuesta, añade: “En definitiva, cuando *un crédito está asegurado con hipoteca* la prescripción sólo opera *por el término de veinte años* en vez del de *quince*, que es el que rige cuando el *crédito no es asegurado hipotecariamente*” (40).

En esta dirección se han manifestado otros autores aunque, a veces, en referencias doctrinales de carácter general, se incluyan opiniones que no guardan clara correspondencia con la tesis de ROCA SASTRE.

Por mi parte, he tratado de la distinción, como figuras distintas, entre el crédito ordinario, al que se debe aplicar la prescripción de quince años de las acciones personales, y el crédito hipotecario, al que se deberá aplicar en todo caso el plazo de veinte años de la acción real hipotecaria (41). Este es también el criterio de AMORÓS GUARDIOLA, aunque sobre la fundamental cuestión tratada en su importante estudio ofrece un planteamiento distinto del adoptado por mí (42).

La misma tesis ha sido acogida por ALBALADEJO (43). Como punto de partida afirma: “hay que entender que el plazo de prescripción del crédito y de la hipoteca no pueden ser distintos (o, al menos, que éste no puede ser más largo que aquél). Y, por consiguiente descartar que aquél sólo puede ser reclamado por acción personal durante quince años, pero que después, y hasta los veinte, pueda hacerse efectivo por acción hipotecaria”. La solución acertada se basa, dice, en que “el espíritu de la ley es que el plazo de quince años es para la prescripción de créditos, a excepción de los garantizados con hipoteca; éstos —es decir, los créditos hi-

hipotecario”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, p. 578). Lo que, a mi parecer, se desprende de la argumentación de la sentencia no es que el artículo 1.964 CC excluya la accesoriedad de la hipoteca que garantiza el crédito, sino que no procede asociar el carácter accesorio de la hipoteca al *crédito simple* cuando de lo que se trata es de la prescripción del *crédito hipotecario*.

(40) ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV-2.º, 6.ª ed., Barcelona, 1968, pp. 1133-1135.

(41) Cfr. “Los créditos hipotecarios”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, p. 130. Anteriormente, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pp. 170 y ss. También, *El derecho real de hipoteca*, 1996, cit., pp. 107 y ss.

(42) AMORÓS GUARDIOLA, “La unidad...”, cit., pp. 577-578. Vid., además, especialmente, pp. 552, 561 y ss.

(43) ALBALADEJO, M., *Derecho civil. III. Derecho de Bienes*, vol. II, Barcelona, 1975, p. 312; *Derecho civil*, III, vol. II, 7.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 326-327; “Comentario a los artículos 1.962 y 1.963”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXV, vol. 2.º, Madrid, 1994, pp. 196-197.

potecarios—prescriben a los veinte años y, por eso, se marca también ese plazo para la prescripción del derecho de hipoteca” (44).

También se sitúa en esta corriente de opinión a PUIG BRUTAU, para quien ante la “incongruencia legal” del artículo 1.964, hay que entender que prevalece el criterio de que el precepto “establece una prescripción especial para el crédito hipotecario considerado como unidad, que de esta manera recibiría un trato de favor a base de prolongar en cinco años el plazo de prescripción de los créditos ordinarios cuando están garantizados con hipoteca. Este es el criterio que prevalece en la jurisprudencia” (45).

A una conclusión semejante, pero *distante* del claro planteamiento a que responde la tesis comentada, llega LÓPEZ DE HARO, quien considera que, desde que se constituye la hipoteca, la acción personal, si bien no cambia de naturaleza, a los efectos de la prescripción no se somete al plazo de quince años, sino al de veinte, porque el crédito se ha convertido en carga hipotecaria y su acción se configura como *acción personal con término especial de prescripción*, que le proporciona su condición de hipotecaria (46).

GARCÍA GARCÍA llega a una conclusión semejante a la de la tesis comentada, aunque no idéntica. Después de referirse a la diversidad de plazos de los artículos 1.964 CC y 128 LH, afirma: “Naturalmente, cuando se ejercita la acción hipotecaria, los veinte años se aplican también al crédito, pues va indisolublemente unido a la hipoteca”. Pero en otro lugar dice: “La explicación de este mayor plazo en relación con el de quince años de la acción personal, es que la hipoteca es un derecho real que da mayor fuerza al crédito por lo que éste subsiste, sólo respecto a los bienes hipotecados y por la cuantía garantizada por la hipoteca, por ese mayor tiempo hasta llegar a los veinte años” (47).

(44) ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, II, 7.ª ed., 1991, p. 327. Como seguidor de la tesis cita ALBALADEJO, loc. cit., p. 327, nota 71 bis, a BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., “La prescripción de la acción hipotecaria desde la perspectiva de la Ley de 8 de febrero de 1861”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 688 y ss. Este autor, a la vista de la sentencia del TS de 1960, entiende que, aun prescrita la acción personal, subsiste la hipotecaria, en cuya virtud se ejercita la hipoteca, en la que pervive “la causa que justificó su nacimiento”, “cuyo núcleo viene representado por el contenido... de la pretensión que nace de la obligación garantizada, pretensión que la hipoteca asume al tiempo de constituirse” (loc. cit., pp. 729-730).

(45) PUIG BRUTAU J., *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, 1986, p. 36. Anteriormente, *Fundamentos de Derecho civil*, III, vol. III, Barcelona, 1974, pp. 305-306.

(46) LÓPEZ DE HARO, C., “Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1932, pp. 188-189.

(47) GARCÍA GARCÍA, J. M., “Comentario a los artículos 1.879 y 1.880”, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, pp. 1920 y 1925. Me remito a la exposición y crítica de esta tesis (expuesta *supra*, IV, 2, A).

V. Recapitulación

La tesis formulada por Demófilo de BUEN, acogida por ROCA SASTRE y por otros autores, marca una neta distinción, a efectos de prescripción, entre la acción personal y la acción hipotecaria. Su ámbito de aplicación es diferente. Al afirmar que con la primera se protege el *crédito ordinario*, y que su plazo de prescripción es de quince años, así como que con la segunda se protege el *crédito hipotecario*, y que a ésta se aplica el plazo de prescripción de veinte años, es obvio que se está hablando de dos derechos de crédito de desigual condición. Por ello el plazo de la acción personal no se aplica al crédito garantizado con hipoteca. Y de aquí se sigue que no se puede mantener, desde esta perspectiva lo siguiente.

En primer lugar, no cabe entender que la extinción del plazo de prescripción de la acción personal implique la extinción de la acción hipotecaria, porque dicho plazo no afecta al derecho de crédito que con la hipoteca se protege, sino sólo al simple crédito. De modo que se excluye la idea de que la acción hipotecaria sea accesorio de la acción personal.

En segundo lugar, tampoco cabe admitir, desde la misma perspectiva, que, prescrita la acción personal, pueda subsistir la hipotecaria durante cinco años, aunque sólo puede hacerse efectiva sobre los bienes hipotecados. Por la misma razón apuntada. La prescripción de la acción personal se refiere al crédito simple, y por ello la acción hipotecaria, que protege en su integridad al *crédito garantizado*, no se puede limitar, después de transcurridos quince años, a la satisfacción del crédito sólo con el importe de los bienes hipotecados, excluyendo la responsabilidad patrimonial del deudor (arts. 1.911 CC, 105 LH).

La unidad del crédito hipotecario no supone en modo alguno la quiebra del carácter accesorio de la hipoteca. Diversamente, sin la nota de accesoriedad, esencial a la hipoteca, el crédito hipotecario no puede existir. Lo que implica, precisamente por ese carácter accesorio de la hipoteca, que la unidad del crédito hipotecario no es irreductible y que, por tanto, puede extinguirse la hipoteca y subsistir el crédito. Incluso por el ejercicio de la acción hipotecaria, cuando resulten insuficientes los bienes hipotecados y quede en parte insatisfecho el crédito garantizado, que, agotada la acción hipotecaria por su ejercicio, queda reducido a la condición de un crédito vulgar (48).

(48) Sería simplista suponer que, *extinguida la acción hipotecaria por prescripción*, se inicia entonces un nuevo plazo de prescripción de quince años para el crédito. Éste se extingue por la prescripción de la acción hipotecaria. Es distinta la hipótesis de que *ejercitada* la acción hipotecaria y quedando en parte insatisfecho el crédito, se puede hacer éste efectivo sobre los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando en otro lugar me he referido a esta hipótesis, siempre he asociado la idea de la posible aplicación del plazo prescriptivo de la acción per-

En este caso, no sería lógico, ni justo, que el crédito hipotecario, *cuan-do queda insatisfecho porque los bienes hipotecados son insuficientes*, quede sin protección, desprovisto de toda acción, precisamente por ser hipotecario, porque la acción hipotecaria que lo protegía ya se ha ejercitado. Si en tal caso se considera que queda *agotada* la acción hipotecaria, subsistirá el crédito en la medida en que no ha sido satisfecho, y para este caso cabe suponer que sigue protegido como crédito ordinario. Cuestión distinta es determinar el plazo de prescripción de la acción que lo protege. A este respecto, además de las opiniones indicadas anteriormente (49), se ha mantenido por ALBALADEJO que, tratándose de un *crédito hipotecario*, si se utiliza la acción personal el plazo sería de veinte años (50).

Lo que en definitiva importa, como indica REGLERO, y en ello “coincide la práctica totalidad de la doctrina”, es que “extinguida únicamente la acción hipotecaria, al acreedor le queda la acción personal, tan sólo, naturalmente, contra el personalmente obligado” (51).

VI. Nueva perspectiva legal

Durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, se planteó en la doctrina la duda de si el acreedor hipotecario tiene la facultad de elegir la acción personal o la hipotecaria para la satisfacción de su derecho o si, diversamente, es preceptivo que se dirija en primer lugar contra los bienes hipotecados, y sólo en caso de ser éstos insuficientes para hacer efectivo el crédito se podrá dirigir contra los demás bienes que forman parte del patrimonio del deudor.

ROCA SASTRE, en la sexta edición de su obra fundamental, afirmaba lo siguiente: “que el acreedor hipotecario puede escoger, elegir u optar

sonal al *previo ejercicio* de la acción hipotecaria (cfr., por ej., “El derecho real de hipoteca...”, cit., pp. 78-79, 111). En este sentido cabe citar, por ejemplo, la lectura correcta de Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “La prescripción de la acción hipotecaria”, *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, p. 315.

(49) Últimamente, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “La hipoteca”, cit., p. 1131, al tratar de la interrupción de la prescripción, se refiere a la opinión por mí apuntada y a la de Díez-PICAZO “que no la considera posible si la acción hipotecaria se ejercitó transcurridos los quince primeros años”.

(50) ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, III, 7.ª ed., 1991, p. 327: “Admitido que el crédito garantizado con hipoteca prescribe a los veinte años, hay que llegar a la conclusión de que aunque, para obtener su pago, no se use la acción hipotecaria, sino la personal normal, que también tiene el acreedor contra el deudor (por ejemplo, pensemos que el bien hipotecado ha sufrido un menoscabo que le deja con un valor muy por debajo del montante del crédito asegurado), dicha acción personal puede utilizarse durante el plazo, no de quince años, sino de veinte”.

(51) REGLERO, “Comentario al artículo 128 de la Ley Hipotecaria”, cit., p. 569.

por ejercitar entre las dos acciones, la personal y la real hipotecaria no cabe duda, pues en ello es completamente libre. Únicamente cuando se interfiere la prescripción de la acción hipotecaria, surge alguna confusión" (52).

Frente a la tesis de ROCA SASTRE, sostenía SANZ FERNÁNDEZ, que, respecto del deudor, "el acreedor ha de dirigirse contra los bienes hipotecados con preferencia a todos los demás que forman parte de su patrimonio. En este aspecto hay que destacar que no se trata de una simple facultad del acreedor, sino de un deber, con un correlativo derecho del deudor, de hacer efectivo el crédito realizando los bienes hipotecados, no pudiéndose dirigir contra los demás más que en el caso de insuficiencia de aquéllos respecto del déficit no percibido". Este punto de vista se fundaba en una serie de preceptos relativos a las situaciones de concurso y quiebra, y principalmente en el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para el procedimiento ejecutivo establecía que "si hubiera bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar". Concluía SANZ FERNÁNDEZ de su argumentación que "la responsabilidad patrimonial del deudor hipotecario y la consiguiente acción personal del acreedor tiene únicamente alguna trascendencia en caso de destrucción, deterioro o depreciación por cualquier causa del inmueble hipotecado, de tal entidad que le haga insuficiente para el pago del crédito" (53). Este punto de vista fue seguido por varios autores (54).

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, deroga (con algunas excepciones) la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y modifica determinados preceptos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, entre cuyos preceptos se encuentran los que regulaban el procedimiento judicial sumario (arts. 129 a 135), al que sustituye el que tiene su sede dentro de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, libro III, título IV, capítulo V (arts. 681 a 698).

Hoy no es preceptivo proceder en la ejecución primeramente contra los bienes hipotecados, aunque el acreedor y el deudor lo puedan pactar, dentro o fuera de la ejecución, a la vista de lo dispuesto sobre el orden de los embargos en el artículo 592 de la LEC (dentro de la sección 1.ª,

(52) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, V, 6.ª ed., 1968, p. 958. Punto de vista mantenido veinte años antes (cfr. *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, pp. 701-702). La opinión de ROCA tuvo amplia acogida en la doctrina (vid. la referencia a otros autores en mi estudio "El derecho real de hipoteca...", cit., p. 72, nota 49).

(53) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, s. d., p. 388.

(54) Entre otros, CHICO Y ORTIZ y BONILLA ENCINA, CAMY, y por mí, después de un detenido estudio sobre el problema de la dualidad de acciones (cfr. "El derecho real de hipoteca...", cit., pp. 73 y ss.).

capítulo III del título IV), sobre el procedimiento general de ejecución forzosa del libro III. Lógicamente no se puede seguir manteniendo la opinión antes expuesta iniciada por SANZ FERNÁNDEZ.

Dentro de los varios procedimientos por los que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se puede hacer efectivo el crédito hipotecario, el acreedor puede utilizar el que más convenga a su interés, teniendo en cuenta que el acudir a uno u otro depende no sólo de lo que se haya convenido en la escritura de préstamo hipotecario sino también de los presupuestos específicos que han de concurrir en cada uno de ellos según lo dispuesto en la Ley (55).

El acreedor hipotecario puede utilizar concretamente: a) el juicio declarativo ordinario, en ejercicio de la acción contra el deudor, que se sustanciará conforme a los trámites del juicio ordinario o verbal que corresponda por razón de la cuantía; b) el juicio ejecutivo en ejercicio de la acción fundada en el derecho de crédito documentado en escritura pública de hipoteca (arts. 517 y ss. LEC); c) el juicio ordinario de ejecución hipotecaria (arts. 126 y 127 LH, 222 y 223 RH, y disposiciones del título IV del libro III, sobre ejecución dineraria de la LEC); d) el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, conforme al capítulo V, título IV, libro III de la LEC (arts. 681 a 698) y disposiciones concordantes de la Ley Hipotecaria (arts. 129 a 135); e) el procedimiento extrajudicial ante notario, si se ha pactado en la escritura de constitución de hipoteca conforme al artículo 1.858 CC (arts. 129 LH y 234, 235 y 236-a a 236-o RH).

El juicio ordinario de ejecución hipotecaria está indicado, como observa GÓMEZ-FERRER, cuando el acreedor considere insuficiente para satisfacer su crédito los bienes hipotecados, y deberá utilizarse (además de poder acudir al declarativo) cuando no se haya consignado en la escritura de constitución de hipoteca los requisitos sobre domicilio y precio para subasta que exige el artículo 682.2 LEC, y no pueda, por tanto, utilizar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados (56).

En cuanto a este procedimiento, en que la acción hipotecaria se dirige *exclusivamente* contra los bienes hipotecados (art. 682.1 LEC), importa tener en cuenta que en caso de *insuficiencia de los bienes hipotecados* se puede solicitar embargo por lo que falte para cubrir el crédito de acuerdo con las normas ordinarias de ejecución. En el capítulo I, título IV, libro III, sobre disposiciones generales en la ejecución dineraria, el artículo 579 dispone: “Cuando la ejecución se dirija *exclusivamente* con-

(55) Sobre la variedad de procedimientos en la legislación vigente *vid.* GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “La hipoteca”, cit., pp. 934 y ss., y bibliografía allí citada.

(56) GÓMEZ-FERRER, *op. cit.*, p. 936.

tra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

Con esta norma se viene a favorecer en el ámbito procesal la protección del crédito garantizado con hipoteca, en cuanto, a diferencia de la legalidad anterior, la ejecución no se limita al importe de los bienes hipotecados obtenido en la subasta, sino que se extiende, dentro del mismo procedimiento, a los demás bienes del patrimonio del deudor, conforme al artículo 1.911 CC (57).

A este respecto, como indica VEGA TORRES, “finalizada sin éxito completo la ejecución hipotecaria, le bastará al acreedor pedir el embargo de bienes al mismo Juzgado que conoció de aquélla (el art. 579 contiene también una regla implícita de competencia funcional), sin que sea necesaria nueva demanda ejecutiva ni nuevo despacho de la ejecución” (58).

(57) Cfr. OLIVER LÓPEZ, C., en *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, vol. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 5038.

(58) VEGA TORRES, J., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 1000.

NOTAS CRÍTICAS SOBRE LA PRENDA DE IMPOSICIONES A PLAZO FIJO

VALERIO PÉREZ DE MADRID CARRERAS

Notario

*A José Luis Martínez Gil,
en agradecimiento por su magisterio*

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO. **II.** EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. **A)** Tesis restrictiva. **B)** Tesis amplia. **III.** RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRENDA DE CRÉDITOS. **A)** Teoría de la cesión de créditos. **B)** Teoría de la prenda. **C)** Teoría de PANTALEÓN PRIETO: la prenda productora de una cesión limitada del crédito. **IV.** RETORNO A LA TEORÍA DE LA *PRENDA* Y EXAMEN DE LOS *SUPUESTOS CONFLICTIVOS*. **A)** Ejecución de la prenda. **B)** Prenda de créditos futuros. **C)** Prenda de créditos vs. compensación. **D)** Prenda de créditos vs. embargos. **E)** Prenda de créditos y concurso del deudor. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. Planteamiento

La prenda de imposiciones a plazo fijo, objeto de nuestro estudio, constituye el paradigma de la **prenda de créditos**. Como veremos posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido ocupando de esta materia en numerosas sentencias, preocupándose de perfilar tanto el régimen jurídico de la prenda de créditos como su eficacia como garantía real. La doctrina, ante el silencio legal, ha vacilado entre la aplicación analógica de las normas de la prenda de cosas o, por el contrario, la reconducción de la figura al mecanismo de la cesión. Este silencio culpable del legislador ha propiciado un interesante debate, sobre el que aporta luz la reciente ley catalana en materia de garantías reales pero al que vuelve a sumir en la oscuridad la moderna ley concursal. Como punto de partida para el examen de nuestro estudio transcribimos lo que dijera sobre el particular Federico DE CASTRO (1), citado por todos los autores que han estudiado la prenda de créditos: *“La prenda de créditos no está reconocida, en general, en nuestro Derecho, seguramente para evitar las dificultades técnicas que produce y sólo regula la prenda de valores por ser sus títulos susceptibles de posesión. La prenda de un simple crédito en otros casos podrá tener eficacia en Derecho español mediante el mecanismo de la cesión, comunicada al deudor (art. 1.527 CC), que conste en instrumento público (art. 1.865 CC), creando una legitimación útil en garantía a favor del acreedor prendario”*.

Decía antes que en todo caso el estudio se centra en la prenda de **imposiciones bancarias a plazo fijo** (en adelante, IPF, siguiendo la jerga bancaria), con lo cual es necesario un breve apunte sobre su naturaleza jurídica. Recordaba GARRIGUES (2) que el nombre *“imposición a plazo fijo”* procede del lenguaje bancario y sirve para calificar la operación bancaria que comprende el depósito a plazo fijo, mediante el cual el depositante entrega al banco una cantidad de dinero, obligándose éste a la restitución de esa cantidad con los intereses correspondientes transcurrido un plazo determinado. No existe en el depósito a plazo fijo la nota típica de disponibilidad del depósito ordinario (art. 1.766 del Código Civil), relegándose por otros deberes del banco, que son los típicos de toda operación de inversión de capital. De ahí que la doctrina discuta si es un depósito, un verdadero préstamo o un contrato *sui generis*, que goza de una cierta tipicidad social y que tiene un régimen jurídico propio constituido por los usos bancarios plasmados en las condiciones generales de contratación del conjunto de entidades financieras y que recibe un nombre pro-

(1) *Derecho Civil de España*, p. 598.

(2) *Contratos bancarios*, p. 377

pio: la imposición a plazo fijo. Esta especial naturaleza jurídica de la imposición a plazo fijo tiene dos consecuencias importantes: en primer lugar, que el depositante tiene a su favor un derecho de crédito a la restitución de una cantidad pecuniaria contra la entidad financiera depositaria y eso desde el momento de constitución de la imposición; y, en segundo lugar, que ese crédito es indisponible durante un plazo determinado, de modo que el depositario no puede movilizar el crédito hasta el vencimiento del plazo, lo que le confiere una especial aptitud para ser objeto de prenda (3).

Conviene también indagar en la **función económica de la prenda de IPF**. En la *praxis* bancaria aparecen ligadas a operaciones de préstamo, apertura de crédito o similares, en las cuales la entidad financiera, para garantizar el éxito de la operación, exige como garantía la prenda de la IPF que tiene el cliente en la propia entidad o en otra entidad diferente. También es interesante el recurso a este mecanismo cuando el titular ofrece como garantía real la IPF en vez de prestar fianza personal en un préstamo o crédito de personas con él vinculadas (así, los padres en relación con el préstamo hipotecario de los hijos que compran su primera vivienda y el importe del préstamo supera el 80 por 100 del valor de tasación; la sociedad matriz en garantía de operaciones de la filial; o más frecuentemente el socio de una empresa familiar que pignora una IPF particular en garantía de un préstamo de la empresa) (4). En todo caso y por la especial significación de la prenda y de las operaciones bancarias, es preciso, junto a la función preventiva que la garantía desempeña como estímulo al cumplimiento de la obligación, que la garantía sea sólida, lo cual implica su fácil realización y la preferencia de la misma frente a los restantes acreedores del deudor. En caso contrario, la prenda de la IPF dejará de ser una garantía útil en el tráfico bancario y será sustituida por otros medios de garantía.

Y precisamente en el presente estudio examinaré todas aquellas cuestiones que afectan a la solidez de la prenda de IPF como garantía real: su propia *admisibilidad*, discutida inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante la regulación del Código Civil; su *régimen jurídico*, con examen de cuál es el camino jurídico apto para el desarrollo de

(3) En este sentido, SÁNCHEZ GUILARTE, en "Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta", en VVAA, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, p. 662.

(4) Ejemplos contrastados en mi experiencia profesional: IPF que constituye una cooperativa a favor de una Caja en garantía de un contrato de préstamo hipotecario; IPF constituida por el socio principal de una sociedad limitada para garantizar el buen éxito de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente; IPF constituida por los padres en garantía de un préstamo personal del hijo.

la garantía, si la cesión o la prenda; los *requisitos* necesarios para su válida constitución, tanto la notificación al deudor como su formalización en instrumento público; y, especialmente, la *eficacia* de la prenda como derecho real ante las situaciones conflictivas: cuando se enfrenta a otros acreedores que embargan el crédito; a la entidad financiera con la que el deudor pactó la imposición y que opone la compensación; y cómo el acreedor pignoraticio se ve afectado por la situación de concurso que afecta al deudor.

II. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Por lo que se refiere a la jurisprudencia y en relación con la pignoración de saldos de depósitos bancarios a plazo fijo o imposiciones bancarias a plazo fijo, se pueden observar dos líneas de doctrina jurisprudencial, cuyo punto de inflexión son las conocidas SSTs 19 de abril y 7 de octubre de 1997.

A) Tesis restrictiva.

En un primer momento, el Tribunal Supremo mantiene una interpretación rigorista de la prenda, que se resume en el rechazo de la admisibilidad de la prenda de créditos o en la negación de su eficacia real.

La STS 27 DE DICIEMBRE DE 1985 constituye el *leading case* en la materia. El supuesto de hecho consistió en que A constituyó con el Banco B una prenda sobre dos imposiciones a plazo fijo, instrumentadas en libreta de ahorro, para garantizar las obligaciones derivadas de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Posteriormente, C embarga las imposiciones, interponiendo el Banco B tercería de mejor derecho. El Tribunal Supremo no admite la prenda de créditos, si bien la *ratio decidendi* fue la siguiente: dado que la libreta que documentaba la IPF no constituía un título-valor sino un título de mera legitimación, no es admisible la prenda de la IPF, porque no encaja en los supuestos tipificados en nuestro Derecho. También la STS 18 DE JULIO DE 1989 niega la admisibilidad de la prenda de créditos porque el depósito no puede ser configurado como un título-valor.

En ambos casos, se sigue una línea jurisprudencial próxima a la mantenida por la jurisprudencia francesa (5), que sólo admite la prenda de títulos-valores por la razón de que la cosificación del título permite cumplir con el requisito del desplazamiento posesorio que establece el Código. De todas maneras, la doctrina criticó la sentencia, porque el Tribunal

(5) Referencias, en PANTALEÓN PRIETO, F.: "Cesión de créditos", *ADC*, 1988.

Supremo se fijó excesivamente en el problema cartular, cuando en realidad lo que se pignora no es el título, sino el crédito a la restitución del depositante (6)

En cambio, en otras sentencias se cambia la letra, pero no la música. Así, la STS 28 DE NOVIEMBRE DE 1989, que admite la validez de la garantía constituida por las partes, entiende que es un contrato atípico, pero no fuente de una prenda de créditos y, en consecuencia, sin eficacia real. Es decir, la idea es que las partes pueden acordar la cesión de créditos con finalidad de garantía, pero que esa cesión no produce un derecho real de prenda ni confiere al cesionario una garantía similar.

Una segunda línea jurisprudencial dentro de esta fase restrictiva es la admisibilidad de la prenda de créditos, pero la negación de su eficacia real. Paradigmática es la STS 19 DE SEPTIEMBRE DE 1987, cuyo supuesto de hecho es el siguiente: A constituye una IPF con un Banco B, con pacto de compensación convencional. Posteriormente, A constituye prenda de créditos a favor del Banco C, que se notifica por acta notarial al Banco B. En este caso el Tribunal Supremo no cuestiona la validez de la prenda, ni siquiera su carácter real. Pero se indica que se supedita la eficacia y existencia de la prenda a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía en el momento de la ejecución. También se aduce el juego del artículo 1.198 CC.

Con parecido sesgo, la STS 14 DE NOVIEMBRE DE 1995, ante un supuesto similar, sostuvo que la prenda de créditos era válida y eficaz, si bien la fecha de oponibilidad a terceros no era la de la constitución, sino cuando se liquidara el crédito, lo que en la práctica equivale a la negación de su eficacia real, como advirtió la doctrina.

B) Tesis amplia.

El punto de inflexión lo constituyen las conocidas SSTS de 19 DE ABRIL Y 7 DE OCTUBRE DE 1997, que plantean el supuesto siguiente: A constituye una prenda de una IPF en garantía de un préstamo, con pacto de compensación a favor del Banco B. A entra en quiebra. El TS admite la eficacia real de la prenda frente a los restantes acreedores del pignorante, con el efecto de admitir el juego de la separación. La doctrina sentada por el Tribunal Supremo es la siguiente:

— Primero, admite la prenda de créditos, pues entiende que la prenda no puede limitarse a las cosas materiales, sino que incluye los dere-

(6) Véase, por todos, EIZAGUIRRE, J. M.: "Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores", en *RDBB*, 1987.

chos, pues el artículo 1.868 CC admite que la prenda produzca intereses, lo que sucede con los créditos. Entiende que en la IPF lo que se pignora es el crédito a la restitución que tiene el deudor.

— Segundo, como requisitos constitutivos de la prenda, indica que la pignoración “*obliga a cumplir el requisito de la desposesión mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad*”; y exige documento público para que tenga “*efectos contra terceros*”, que es literalmente lo que indica el artículo 1.865 CC (7).

— Tercero, que tiene eficacia contra terceros por la fuerza del documento público. Esta eficacia real de la prenda se proyecta en tres ámbitos o aspectos:

a) En caso de que se haya pactado el juego de la compensación a favor del acreedor pignoraticio, entiende que el juego de la compensación es la forma de ejecución de la garantía, no constituyendo un supuesto de pacto comisorio prohibido, porque el acreedor sólo puede cobrarse hasta donde alcance el valor del crédito.

b) En caso de quiebra del deudor, juega a favor del acreedor pignoraticio el derecho de separación. Pero se trata de la *separatio ex iure creditii*, consecuencia del carácter privilegiado del crédito (8).

c) En caso de embargos posteriores a la prenda, prevalece ésta, siempre que se articule procesalmente a través del medio oportuno, que es la tercería de mejor derecho (9).

Precisamente este es el supuesto a que se refiere la STS 13 DE NOVIEMBRE DE 1999: A constituye prenda de IPF a favor del Banco B en garantía de un préstamo. Posteriormente, el Banco C embarga las IPF, frente a la cual el Banco B opone la compensación y la tercería de mejor derecho por ser preferente su crédito pignorado al embargo. El TS da la razón al Banco B.

(7) Esto es lo que dice el Tribunal Supremo y no lo que interpreta PANTALEÓN PRIETO. El problema no es la interpretación de este autor, sino las consecuencias de la misma. Transcribo lo siguiente de ALONSO LEDESMA, C.: “Delimitación de la masa pasiva, las clases de créditos y su graduación”, en VVAA, *Estudio sistemático de la ley concursal*, p. 371: “... en el anteproyecto se incorporaron este tipo de prendas acogiendo la reciente doctrina del Tribunal Supremo al respecto que, como se sabe, rechaza la equiparación de la prenda de créditos a la prenda de cosas...”. En fin, si el Tribunal Supremo exige requisitos equivalentes para la prenda de créditos a la prenda de cosas, resulta inexplicable cómo se puede sostener que el Tribunal Supremo dice lo que ha dicho, quizá porque alguien quiera que diga lo que no quiso decir (perdón por este exabrupto de galleguismo marianista).

(8) Y no, como opina PANTALEÓN, de la *separatio ex iure dominii*, porque el acreedor pignoraticio no es cotitular del crédito pignorado.

(9) Y no, como opina PANTALEÓN, de la tercería de dominio, porque no se resuelve una cuestión de titularidad, sino de preferencia de créditos.

La STS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002 permite la pignoración de crédito, derivado de un seguro de crédito. Insiste en el requisito de la desposesión equivalente a la prenda manual, pues afirma que en caso de prenda de créditos “*se producen los mismos efectos que la posesión por la notificación al deudor*”.

Finalmente, en la STS 14 DE DICIEMBRE DE 2002 y en la STS 3 DE FEBRERO DE 2003 el requisito de la notificación, como sustitutivo de la transmisión de la posesión, se torna decisiva para la producción de efectos contra terceros.

III. Régimen jurídico de la prenda de créditos

Es interesante analizar las diversas teorías defendidas por los autores sobre el régimen jurídico de la prenda de créditos, en particular por lo que se refiere a los requisitos de constitución y sus efectos. El punto de partida es la falta de regulación de la prenda de créditos en nuestro Código Civil, silencio que a juicio de la doctrina más autorizada (10) supuso el rechazo expreso del legislador decimonónico a la admisibilidad de la prenda de créditos, frente a la tendencia expansiva del objeto pignorable que venía marcada por el Derecho romano, nuestro Derecho histórico y el Proyecto isabelino de 1851, que incluía una referencia a la prenda creditual en el artículo 1.774. Esta actitud del legislador decimonónico influye en la primera de las tesis sobre el régimen de la prenda de créditos y por tanto de la prenda de IPF.

A) Teoría de la cesión de créditos.

Según una primera tesis, la prenda de créditos no está reconocida en nuestro CC porque el legislador, conscientemente, excluyó del Código su regulación, según lo explicado anteriormente. En consecuencia, no es admisible la prenda de créditos como tal prenda, sino sólo como una *prenda atípica*, que se reconduce a un contrato atípico de cesión de créditos con finalidad de garantía.

Por lo que se refiere a los requisitos constitutivos de esta cesión de créditos en garantía, son dos: en primer lugar, la notificación al deudor de la cesión realizada, aunque en rigor la notificación no es un elemento constitutivo de la cesión, ni siquiera para la vinculación del deudor cedido frente al nuevo acreedor, ya que la notificación lo que impide es que

(10) GIL RODRÍGUEZ, J.: “La prenda de derechos de crédito”, en VVAA, *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*, II, Madrid, 1996, pp. 345-354.

el deudor cedido quede liberado por el juego de la apariencia jurídica, según la recta interpretación del artículo 1.527 CC que propone la doctrina (11). De este modo, la cesión es válida y eficaz cuando se cruza el consentimiento del cedente y del cesionario, sin que sea necesaria la intervención del deudor cedido, que no es parte del contrato de cesión. El artículo 1.527 CC se explica por el juego de la buena fe y la apariencia del artículo 1.164 CC, de modo que el deudor cedido no notificado que pague al antiguo acreedor (cedente), hoy acreedor aparente, quedará liberado.

En segundo lugar, también se aduce la necesidad de formalizar la cesión en documento público. Pero el instrumento público no se exige, a diferencia del supuesto del artículo 1.865 CC, como un requisito constitutivo, sino sólo como un medio de probar la fecha cierta frente a terceros. Se trata, pues, de una forma *ad utilitatem*, para que el contrato sea oponible a terceros (12) o bien de una mera forma *ad probationem*, según la interpretación de otro sector doctrinal (13).

En todo caso, lo que parece claro es que el mecanismo garantista de la cesión de créditos conduce a una cierta debilidad de efectos jurídicos. Esto es, no siendo la prenda de créditos una verdadera prenda, no se producen los efectos típicos de la prenda, en particular su condición de garantía real y, por tanto, su carácter de crédito privilegiado. Y así, esquemáticamente, podemos concluir siguiendo esta línea:

a) En caso de que la entidad financiera depositaria de la imposición sea distinta a la entidad financiera acreedora pignoratícia, habiendo pactado la primera con el deudor la compensación con otras deudas que mantenga con el deudor, la compensación es oponible al acreedor pignoraticio, por la eficacia puramente personal de la cesión de créditos. A esta solución llega la STS de 19 de septiembre de 1987, que aplica por analogía lo dispuesto en el artículo 1.198 CC, pues cuando el deudor de la restitución (el banco depositario) no consintió la constitución de la prenda, podrá oponer al acreedor pignoraticio la compensación de las deudas que tuviera con el depositante (14).

(11) Por todos y como máximo valedor de esta interpretación, véase PANTALEÓN PRIETO, F.: "Cesión de créditos", ADC, 1988, y *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991.

(12) GIL RODRÍGUEZ, J.: *op. cit.*, p. 365.

(13) PANTALEÓN PRIETO, F., en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1024: "El artículo 1.526 no es norma que imponga con carácter general para las cesiones de créditos una forma documental solemne. No establece, tampoco, pese a su impreciso tenor literal, un requisito de eficacia de la cesión frente a terceros, sino un requisito para la prueba de la cesión contra terceros".

(14) Según la sentencia, "lo mismo debe ocurrir (aplicación del art. 1.198) cuando el presunto deudor no consiente la constitución de un derecho real de prenda sobre el crédito, que lleva potencialmente la virtualidad de la enajenación, pues si en aquel supuesto, que implica la

b) En caso de que el crédito “*pignorado*” sea embargado por un tercer acreedor, el acreedor pignoraticio no puede levantar el embargo por medio de la tercería de mejor derecho, porque su crédito no es preferente al no tratarse de una auténtica prenda de créditos y no jugar el artículo 1.922 CC, sin perjuicio claro está de la preferencia como acreedor quirografario a que se refiere el artículo 1.924 CC.

c) Finalmente, en caso de que el deudor incurra en concurso, el crédito pignorado se incluirá en la masa concursal, no teniendo a su favor el presunto acreedor pignoraticio la *separatio ex iure creditii* por no constituir la cesión una verdadera garantía real.

En el fondo, en la resolución de los casos planteados subyacen dos ideas: de un lado, que la cesión de créditos no es un medio adecuado para transmitir la propiedad en garantía, dada la causalidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico; y, de otro, que el mero acuerdo de las partes no es hábil para generar una garantía real y como tal oponible a terceros, puesto que la creación de privilegios es competencia exclusiva del legislador.

B) Teoría de la prenda.

La tesis más seguida por la doctrina española hasta hace unos años era la teoría de la prenda. Aun admitiendo que el Código Civil no incluía ni regulaba la figura de la prenda de créditos, se partía de una idea clara: no es decisiva la interpretación *mens legislatoris*. Así, la realidad social del tiempo conduce a la admisibilidad de la prenda de créditos, que se basa en los siguientes argumentos: primero, el argumento literal, ya que el tenor del artículo 1.868 CC, que permite que la cosa pignorada produzca “*intereses*”, sólo tiene sentido si el objeto pignorado es un derecho de crédito; segundo, el argumento histórico, pues la prenda de créditos fue admitida desde el Derecho romano hasta el proyecto isabelino y no hay razón para apartarse de nuestra tradición jurídica; tercero, el argumento sistemático, puesto que el propio Código admite la figura de los derechos sobre derechos (así, el usufructo sobre crédito); finalmente, el argumento finalista, puesto que el régimen de la prenda sólo exige la indisponibilidad de los bienes dados en prenda y su realización en garantía del acreedor, requisitos que son admisibles en la prenda de créditos mediante mecanismos equivalentes.

Sentada la anterior premisa, esto es, que la prenda de créditos es ad-

transmisión de la titularidad plena del crédito, se produce el señalado efecto limitativo, con igual razón se debe producir en la hipótesis de constitución de un derecho real limitativo del dominio”.

misible, conviene examinar cuáles son los dos requisitos constitutivos de este tipo de prenda y por tanto de la prenda de IPF, que se centran en dos exigencias cumulativas: la notificación de la constitución de la prenda al deudor y su formalización en instrumento público (15). Por lo que se refiere a la notificación al deudor, se parte del tenor literal del artículo 1.863 CC: “*Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor o a un tercero de común acuerdo*”. Los que niegan la admisibilidad de la prenda de créditos aducen, como es lógico, el tenor literal del precepto, puesto que no constituyendo el derecho de crédito objeto de la pignoración un bien susceptible de posesión, no es posible dar cumplimiento a uno de los dos requisitos constitutivos de la prenda según el diseño legal que establece el Código Civil. Sin embargo, esta objeción no puede prosperar, porque lo decisivo, a mi juicio, es la finalidad perseguida por la norma y valorar si esa finalidad se puede cumplir con la prenda de créditos. Para SERRANO ALONSO (16) el desplazamiento posesorio supone “*la pérdida de utilidad de la cosa para su titular que se ve privado de ella durante el tiempo de vigencia del derecho de garantía*”, es decir, lo que busca la ratio de la norma es la indisponibilidad por el pignorante de la cosa pignorada (17). Y la doctrina considera que ese efecto se puede conseguir integrando el régimen de la prenda con el artículo 1.527 CC, que prevé la notificación de la cesión al deudor. Pero nótese que el recurso al artículo 1.527 no significa la aceptación del régimen de la cesión, ni siquiera del sentido que tiene para la doctrina más autorizada, antes expuesta, el propio precepto. Se trata, tan sólo, de conseguir un mecanismo que conduzca a conseguir la indisponibilidad del crédito pignorado y ese mecanismo es el de la notificación. Luego la notificación es esencial en la prenda de créditos porque con ella se consigue el desplazamiento posesorio que es exigido como esencial por el artículo 1.863 del Código Civil.

Esta exigencia de notificación es, además de una exigencia de la lógica, un requisito común en los ordenamientos de nuestro entorno. Así, el parágrafo 1.280 del BGB o el artículo 2.800 del *Codice* italiano. Pero no

(15) Desde el punto de vista documental, conviene poner de manifiesto que formalizada la IPF en instrumento público, en el mismo se contiene el requerimiento al notario para que notifique la constitución de la prenda al deudor, para cumplir con la exigencia del artículo 1.863 CC. Por tanto, no sólo es que ambos requisitos sean exigibles sino que, en la práctica, se cumplen a la vez.

(16) SERRANO ALONSO, E.: *Comentarios al Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1863.

(17) En idéntico sentido, BONARDELL, R.: “Contratos de afianzamiento general y cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios”, en VVAA, *Contratos bancarios*, Madrid, 1990, p. 890.

hace falta remontarnos al siglo pasado. La reciente Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía del Parlamento de Cataluña, admitiendo expresamente en el artículo 15,2 la prenda de créditos, considera esencial la transmisión de la posesión al acreedor o a un tercero “*por cualquier medio admitido en derecho*”. Como se observa, no se dispensa de este requisito en caso de prenda de créditos sino que simplemente se alude a la consecución del mismo efecto por un medio similar, que será, lógicamente, la notificación al deudor de la constitución de la prenda.

El segundo requisito esencial para la válida constitución de la prenda de créditos es su formalización en documento público. En efecto, dice el artículo 1.865 CC que “*No surtirá efecto la prenda contra un tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha*”. Exigencia compartida por la reciente ley catalana, que en su artículo 12,2 contiene casi idénticas palabras. Precepto éste controvertido, pero que a mi juicio resuelve PEÑA, diciendo que “*si no hay instrumento público habrá relaciones de obligación, pero no hay efectos erga omnes, es decir, no hay todavía derecho real*” (18). Es decir, el instrumento público no se exige como forma sustancial del contrato que da origen al nacimiento de la prenda, en línea con la interpretación jurisprudencial y doctrinal del artículo 1.280 CC, sino sólo como requisito constitutivo del derecho real, pues éste, por definición, sólo existe cuando produce efectos *erga omnes* y el ordenamiento liga esos efectos a su formalización en instrumento público (19).

Por lo que se refiere, finalmente, a los efectos de la prenda de créditos, son los propios de una prenda ordinaria. Y entonces se aplica lo dispuesto en el artículo 1.922,2 del CC, que considera crédito con privilegio especial “*2.º Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor*”. Como decía DOMAT, el acreedor pignoraticio es preferente a otros acreedores por la seguridad que había creado con la prenda (20). Esa condición privilegiada también es mantenida por la reciente Ley 22/2003 Concursal, que en su artículo 90,6 considera créditos con privilegio especial los créditos pignoraticios (21). Y así, esquemáticamente, podemos finalizar, siguiendo esta tesis, que se llega a las siguientes conclusiones razonables:

(18) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982.

(19) Distinta es la interpretación de PANTALEÓN PRIETO o SERRANO ALONSO, que entienden que es un precepto que exige el instrumento público como forma *ad probationem*.

(20) En GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Comentarios al Código Civil*, II, p. 2068, Ministerio de Justicia, 1991.

(21) Dejamos el examen del precepto para un momento posterior. Sí llama la atención que la Ley Concursal pretende interpretar el Código Civil. En efecto, considera el documento público un requisito constitutivo de todo derecho real de prenda, menos de la prenda de créditos. Lo cual, aparte de confirmar la interpretación apuntada por PEÑA del citado precepto, exigirá analizar cuál es el fundamento de este diverso régimen.

a) En caso de conflicto entre la entidad financiera depositaria de la imposición que tiene a su favor un pacto de compensación y la entidad financiera acreedora pignoratícia, prevalece el derecho de prenda por la eficacia *erga omnes* del derecho de garantía, que se impone a un mero pacto entre las partes con eficacia puramente relativa. Excepción: que la situación de compensabilidad existiera antes de la constitución de la prenda, supuesto en el cual no es que prevalezca la compensación frente a la prenda, sino que ésta no tiene eficacia porque se constituyó inválidamente al faltar el objeto pignorado, que no existía cuando se produjo la afección.

b) En caso de que el crédito "*pignorado*" sea embargado por un tercer acreedor, puede el acreedor pignoraticio hacer valer su preferencia creditual mediante el mecanismo oportuno, que es la tercería de mejor derecho.

c) Finalmente, en caso de que el deudor incurra en concurso, el crédito pignorado se incluirá en la masa concursal, pero el acreedor pignoraticio tiene a su favor la llamada *separatio ex iure creditii*, por la condición privilegiada de su crédito, lo que significa, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal que "*los créditos con garantía real gozan en el concurso del privilegio especial y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta... De no estar afectados por un convenio... se pagarán con cargo a los bienes sobre los que recaiga la garantía y la ejecución se tramitará ante el Juez del concurso*".

C) Teoría de PANTALEÓN PRIETO: la prenda productora de una cesión limitada del crédito.

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyo punto de inflexión son las conocidas sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 constituyen el punto de partida de la tercera tesis sobre la prenda de créditos. Su patrocinio se debe a Fernando PANTALEÓN PRIETO, en un conocido artículo sobre la materia, que lleva por título "Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal" (22), extracto en realidad de la posición mantenida por el autor en trabajos anteriores (23). En relación con la admisibilidad de la prenda de créditos, parte de la negación de las tesis anteriormente expuestas: no es admisible la prenda de créditos como derivación o extensión de la prenda ordinaria porque

(22) *La Ley*, 1997-6, pp. 1460 y siguientes.

(23) Fundamentalmente, en "Cesión de créditos", en *Anuario de Derecho Civil*, 1988. Mi versión en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, pp. 187 y siguientes.

no está contemplada en los supuestos de los artículos del CC y porque los derechos de crédito no son susceptibles de posesión. Pero tampoco es admisible la prenda atípica que se reconduce a una cesión de créditos con fines de garantía, ya que nuestro ordenamiento causalista no permite la transmisión de créditos con fines exclusivos de garantía.

A la hora de construir el régimen jurídico de la llamada prenda de créditos, afirma que *“el régimen jurídico de la prenda de créditos ha de extraerse, por analogía, de las normas relativas a la cesión de créditos y de las relativas a la prenda”* (24), si bien se decanta, como ahora indicaré, por la aplicación férrea de las normas de la cesión de créditos. A su juicio, si la finalidad económica de las partes es ceder un crédito con fines de garantía, la transmisión no se produce, pero queda constituida una prenda de créditos. Esto es, *“se produce un desgajamiento y transmisión al cesionario de determinadas facultades integrantes del crédito cedido, cuyo contenido queda distribuido entre cedente y cesionario...”* (25), lo que significa, en definitiva, que el acreedor prendario deviene, en virtud de esta cesión en garantía, cotitular del crédito pignorado. Siendo como es la cesión el efecto común a una variedad de tipos negociales, la prenda de créditos produce una cesión del crédito a favor del acreedor prendario, si bien la debilidad causal de la transmisión sólo puede conducir a la cotitularidad del crédito entre el deudor y el acreedor pignoraticio.

Ahora bien, si la prenda de créditos encuentra su régimen jurídico en la aplicación analógica de las normas sobre la prenda y la cesión de créditos, ¿cuáles son los requisitos constitutivos de la prenda? En primer lugar y por lo que se refiere a la notificación, entiende, sobre la base del artículo 1.527 CC, que si la notificación, en el marco de la cesión, no es requisito constitutivo de eficacia, ni *inter partes* ni *inter tertios*, en lógica correspondencia *“la notificación al deudor de la pignoración del crédito existente contra él no es requisito de eficacia de la prenda, ni inter partes ni frente a terceros, deudor incluido”* (26), todo ello sin perjuicio de la liberación del deudor si paga al acreedor aparente, por el juego del propio 1.527 CC.

Por lo que se refiere a la formalización en instrumento público, el dilema es si aplicar analógicamente a la prenda de créditos el artículo 1.526, en sede de cesión, o el artículo 1.865, en sede de prenda, solución por la que opta DE CASTRO. Y ante esa duda se inclina por el juego del artículo 1.526, sobre la base de los antecedentes históricos en la ma-

(24) “Cesión...”, ob. cit., p. 200.

(25) “Cesión...”, ob. cit., p. 198.

(26) “Cesión...”, ob. cit., p. 200.

tería (27) y porque es la que menos se separa del principio general de libre valoración de la prueba (28). La consecuencia práctica es que basta el documento privado con fecha cierta para que la prenda de créditos sea oponible al deudor y al resto de acreedores.

Pero la verdadera piedra de toque de la tesis de este autor es el análisis de los efectos jurídicos que produce esta prenda de créditos. Porque si en realidad no hay prenda y si en realidad no se aplican los mismos requisitos que la prenda, el sentido común conduciría a la afirmación de que tampoco los efectos son los mismos. Y sin embargo, PANTALEÓN entiende que la prenda de créditos produce efectos casi idénticos a la prenda de cosas e incluso de mayor vigor por tratarse de un cotitular del crédito pignorado. Para este autor, el acreedor pignoraticio tiene una posición privilegiada, que se resume en lo siguiente: primero, preferencia para el cobro; segundo, en caso de embargo de otro acreedor, podrá hacer valer su preferencia por el medio procesal oportuno, que es la tercería de dominio (29); en caso de concurso del deudor, tiene a su favor el derecho de separación, la *separatio ex iure dominii*.

Esta tesis, pese a la autoridad de su patrocinador, no puede prosperar. Desde luego no puede alegarse como apoyo de la misma la “nueva jurisprudencia” constituida por las sentencias de 1997, puesto que éstas se apartan claramente de sus postulados. También se advierte un ligero desenfoque metodológico (30). Con todo, las críticas más ácidas han venido de parte de CARRASCO PERERA (31). Las principales objeciones pueden resumirse en las siguientes ideas:

(27) Según el artículo 1.774 del Proyecto isabelino de 1851 la prenda podía constar en documento público o “*privado, cuya fecha sea cierta*”, remitiéndose al equivalente del hoy derogado 1.227 CC. Argumento que juzga decisivo para solventar el dilema ante el que se encuentra. Sin embargo, el argumento histórico es reversible: si el legislador suprimió la equivalencia, es porque la exigencia de forma pública no se hacía a los solos efectos probatorios. Lo cual confirma la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que suprime las normas probatorias del documento privado, pero mantiene la regulación de las normas sobre los documentos públicos, por la sencilla razón de que la oponibilidad del documento público no es sólo a efectos de fecha cierta, sino que abarca el contenido, en este caso, de la prenda de créditos. Recuérdese lo que decía DOMAT, de que la seguridad de la prenda era la razón del privilegio del crédito, seguridad que no comprende únicamente la fecha.

(28) Y como este principio permite probar la fecha por otros medios probatorios, distintos del documento mismo, la consecuencia es que “*en realidad, la tasa de medios de prueba del artículo 1.526 CC se limita a la exigencia de que la cesión conste documentalmente*”, en *Comentarios del Código Civil*, II, p. 1024, Ministerio de Justicia, 1991.

(29) Inicialmente, entendía que sólo correspondía la tercería de mejor derecho; pero al tratar de un cotitular concluye que lo que procede es la tercería de dominio.

(30) El propio autor reconoce implícitamente que la regulación que sostiene para la cesión de créditos y por tanto para la prenda de créditos (cesión en garantía) estaba pensada para la problemática del *factoring*.

(31) CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002, especialmente pp. 862-867.

a) Primero, en relación con el régimen jurídico de la prenda de créditos, resulta criticable que sólo contemple, en la práctica, la aplicación analógica de las normas de la cesión y no de la prenda. Segundo, que la cesión no produce una prenda, sino más bien al contrario, la prenda produciría una cesión en garantía. Por otra parte, sostener que en realidad el acreedor pignoraticio es un cotitular del crédito es insostenible de acuerdo con el régimen jurídico de la prenda. De acuerdo con los artículos 1.869 y 1.870 del CC, el único dueño del crédito es el deudor, no el acreedor pignoraticio. La voluntad de las partes no conduce en ningún caso a un acceso de éste a la cotitularidad del crédito pignorado, sino que sólo se produce una afección del crédito en garantía del cumplimiento de una obligación. Afección, no titularidad, que explica las facultades de conservación que se atribuyen al acreedor en la llamada fase de seguridad y la forma de realización en la fase de ejecución. En fin, resulta paradójico que por medio de la cesión se eludan los requisitos impuestos para el resto de prendas (32).

b) En segundo lugar, en relación con los requisitos de constitución de la prenda, frente a la opinión hasta entonces dominante de que hacía falta notificación e instrumento público, no parece razonable la eliminación práctica de ambos. Y no lo parece primero desde el punto de vista valorativo, porque como ha indicado CARRASCO PERERA *“la ausencia de regulación no sólo no serviría para proscribir este tipo de pignoración, sino que permitiría construirlas libremente por medio de otros contratos consensuales, sin requisitos de forma y publicidad”* (33). Pero tampoco es razonable desde el punto de vista práctico, lo que se demuestra con un mero examen de los supuestos fácticos contemplados por el Tribunal Supremo, pues en todos los casos se formalizó la prenda en documento público y en todos los casos se notificó a la entidad depositaria de los fondos.

c) Y finalmente, en relación con los efectos de la prenda, no resulta sostenible permitir que la prenda de créditos nazca sin los requisitos de forma y publicidad que establece el CC para los demás tipos de prenda y que, al mismo tiempo, se atribuyan todas las ventajas que tiene la prenda. Más bien al contrario, hay una correlación entre los requisitos de forma y publicidad de la prenda y sus efectos jurídicos. Como dice CARRASCO PERERA, *“nada existe en el régimen de la cesión de créditos que pueda servir para atribuir al acreedor pignoraticio una preferencia frente al resto de acreedores del cedente. No cabría atribuirle esta preferencia mediante el*

(32) Como dice CARRASCO PERERA, *“resulta curioso que mediante dicha remisión se pueda conseguir para la prenda de créditos un régimen mucho más favorable y permisivo que para la prenda manual...”*. Ob. cit., p. 863.

(33) Ob. cit., p. 863.

expediente, puramente primitivo, de llamarlo propietario en garantía o propietario parcial del crédito” (34).

Esta tesis, pese a las objeciones, no tendría que haber tenido más consecuencias que la que se atribuye generalmente a la doctrina, cual es la creación de un estado de opinión. El problema es que en el propio artículo el citado autor proponía una modificación del anteproyecto de Ley Concursal, finalmente plasmada en el nuevo cuerpo legal. En efecto, el artículo 90,6 de la Ley Concursal considera créditos con privilegio especial *“Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados, que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se trata de prenda de créditos, bastará con que conste en documento de fecha fehaciente para gozar del privilegio sobre los créditos pignorados”*. Carmen ALONSO LEDESMA considera que la introducción del segundo inciso, que contenía una regulación específica para la prenda de créditos, obedece a la necesidad de acoger esa *“nueva jurisprudencia”* a que hacía referencia anteriormente. Y por tanto frente a las prendas ordinarias, que exigen como requisitos esenciales tanto la forma sustancial pública (confirmando que el art. 1.865 CC exige la forma pública como requisito esencial de la prenda) como la notificación a que alude el artículo 1.863, la prenda de créditos basta que conste en documento para que tenga la condición de privilegio especial, puesto que la fehaciencia de la fecha se probará ante el juez concursal en el examen y correspondiente graduación de los créditos. Lógicamente la forma pública se utilizará como forma *ad utilitatem*, para evitar las seguras controversias que plantearán los restantes acreedores del concursado. Pero lo relevante, a mi juicio, es destacar dos ideas: primero, que la innovación legislativa responde a un equivocado análisis de la situación legal y jurisprudencial; y, segundo, que resulta curioso que frente a la tendencia tan restrictiva de la nueva Ley Concursal sobre los créditos privilegiados (*“la ley reduce drásticamente los privilegios y preferencias del concurso”*, dice la Exposición de Motivos) se abra paso una preferencia tan ligera. Con el peligro de que la norma de la ley concursal se extienda a la futura modificación del Código Civil en materia de prelación de créditos para los procesos individuales, ya prevista como sabemos por la propia Ley Concursal.

(34) Ob. cit., p. 863.

IV. Retorno a la teoría de la *prenda* y examen de los *supuestos conflictivos*

El examen de la evolución jurisprudencial en la materia y las dudas doctrinales que ha ocasionado la figura de la *prenda* de créditos obliga a determinar cuál es, a nuestro juicio, el régimen jurídico de la *prenda* de imposiciones a plazo fijo en nuestro ordenamiento jurídico. Una vez examinado el encaje jurídico de este tipo de *prenda* procederá el examen de los supuestos más conflictivos en la práctica.

La finalidad económica perseguida por las partes en la *prenda* de imposiciones a plazo fijo es sólo una finalidad de garantía, de afección de la imposición a plazo para garantizar el cumplimiento de la obligación de restitución derivada de un contrato de crédito o préstamo que tiene el deudor frente a la entidad financiera. Esta finalidad de garantía sólo se puede conseguir, correctamente, atribuyendo a la operación diseñada por las partes los efectos propios de la *prenda*, esto es, la preferencia para el cobro frente a los restantes acreedores del deudor pignoraticio.

Admitida esta finalidad garantista como hipótesis, se plantea el problema de cuál es el medio jurídico que deben utilizar las partes para alcanzar tal finalidad. A mi juicio, no es admisible la cesión de crédito, porque ésta no genera una preferencia para el cobro, ya que ésta se concede al acreedor pignoraticio. Tampoco es acertada la idea de que la *prenda* produce una cesión del crédito, que implica una cotitularidad en garantía a favor del acreedor pignoraticio. De un lado, porque la *prenda* no exige la cesión, sino sólo la afección del crédito. De otro, porque la mera voluntad de las partes no es hábil para producir una garantía real con preferencia para el cobro, ya que la creación de privilegios, con alteración de la *par conditio creditorum*, es competencia del legislador. Finalmente, conviene advertir que la afección produce la atribución al acreedor pignoraticio de una serie de facultades integrantes de su garantía, tanto en la fase de seguridad como en la fase de ejecución, lo que no supone una cotitularidad del crédito, ya que el dueño y señor del crédito pignorado sigue siendo el deudor, tal como se desprende inequívocamente de la regulación del Código Civil.

En consecuencia, el encaje de la *prenda* de imposiciones a plazo fijo en nuestro ordenamiento jurídico necesariamente debe partir de las normas contenidas en el Código Civil para la *prenda*. Frente al argumento histórico, ciertamente inapelable, cabe aducir tanto la interpretación sistemática con otros preceptos legales como, sobre todo, la aplicación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, como nos enseña el artículo 3 del Código. Las imposiciones a plazo, que generan a favor del depositante un derecho de crédito sobre la enti-

dad financiera, pueden y deben servir de garantía para otras operaciones que el mismo deudor u otro diferente realice con una entidad financiera.

La teoría de la prenda, de todos modos, exige una revisión o adaptación de los requisitos constitutivos cuando afecta a una imposición a plazo fijo. En la pregunta anterior examiné cuál era el fundamento de los requisitos exigidos por la doctrina clásica de la prenda, notificación al deudor y formalización en instrumento público. Por lo que se refiere al primero, decía que se busca la indisponibilidad por parte del depositante de la cantidad entregada a la entidad financiera. Pero, ¿es indispensable la notificación al deudor? A mi juicio, la propia naturaleza de la imposición y el correcto entendimiento de su régimen jurídico hacen innecesaria la notificación, si bien será conveniente que se practique cuando el acreedor pignoraticio es diferente de la entidad financiera depositaria de los fondos. En efecto, entiendo que no es necesaria porque una característica básica de la imposición a plazo es que el titular de la misma no puede disponer de los fondos hasta el vencimiento del plazo, de modo que la indisponibilidad no es un efecto de la notificación, sino de la propia naturaleza de la imposición. Puede ocurrir, y es frecuente en la práctica, que la llegada del plazo sea anterior al vencimiento de la obligación principal garantizada, pero en este caso se produce una prórroga de la situación de indisponibilidad (35), ya por el mero acuerdo de las partes, ya por la aplicación del principio de subrogación real al dinero obtenido por el depositante, que sigue afecto al cumplimiento de la obligación principal garantizada hasta la extinción de ésta. De todos modos, la notificación tiene una evidente utilidad cuando el acreedor pignoraticio es distinto de la entidad financiera depositaria de los fondos. Si el depositario y el acreedor pignoraticio coinciden, evidentemente no hay nada que notificar, pero sí es conveniente la notificación en el caso de que sean distintos, para reforzar la vinculación del crédito pignorado a la satisfacción del acreedor, pues no se puede olvidar que la prenda de créditos es una garantía real.

En cuanto al segundo requisito, la exigencia de instrumento público contenida en el artículo 1.865 del Código Civil, no hay duda de la preferencia de este precepto sobre el 1.526. En primer lugar, porque no existe dificultad en la aplicación analógica de este precepto a la prenda de créditos. En segundo lugar, porque la forma pública se exige para la prenda no sólo por la fecha cierta, sino por exigencias de seguridad del tráfico. Recordaba antes que la doctrina entiende que la preferencia creditual concedida a la prenda es algo peculiar, que se explica por la seguridad

(35) En el clausulado de la prenda de IPF de CAJA MADRID se indica que “Caja Madrid entra en posesión de la misma en cumplimiento del artículo 1.863 del Código Civil. En consecuencia, dichas cantidades quedan en situación de indisponibilidad”.

asociada a la garantía. Como indica gráficamente CARRASCO PERERA, “*el crédito garantizado con prenda es un crédito privilegiado en primer lugar porque es un crédito escriturario*” (36). Finalmente, no puede olvidarse que, en la práctica, no existe ninguna prenda de imposiciones a plazo fijo que se formalice en documento privado. Basta una simple lectura de los numerosos casos resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y una observación atenta de la práctica vivida en los despachos notariales.

Cumplidos ambos requisitos, indisponibilidad y forma pública, la prenda de créditos recibe el tratamiento de una verdadera prenda, de modo que el acreedor pignoraticio tiene preferencia para el cobro. Así lo venía entendiendo, por fin, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en las sentencias de 1997 reconoció la eficacia *erga omnes* de la prenda de créditos, con preferencia para el cobro del acreedor pignoraticio frente a los restantes acreedores del deudor e incluso frente a la entidad financiera depositaria de los fondos. Lamentablemente, la nueva regulación de la Ley Concursal y la previsible reforma de las normas de prelación de créditos del Código Civil enturbiarán el correcto encaje de esta figura y, por tanto, su eficacia como mecanismo de garantía, lo que ya se viene observando en la práctica (37).

A continuación examinaré los supuestos conflictivos en relación con la prenda de imposiciones a plazo fijo: el peculiar ejercicio del *ius distrahendi*; la admisibilidad de prenda de créditos futuros; la compensación; el embargo; y el concurso del deudor.

A) Ejecución de la prenda.

El derecho de prenda, como garantía real, atribuye al acreedor un derecho de realización del valor. No puede, en cambio, quedarse con la cosa dada en prenda, pues nuestro ordenamiento prohíbe expresamente el pacto comisorio, ya que según el artículo 1.859 del Código Civil “*El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda ni disponer de ellas*”.

(36) Ob. cit., p. 877.

(37) En efecto, en la práctica lo primero que se observa es que ya no se constituyen prendas de IPF si la imposición se realiza en una entidad financiera distinta; lo segundo, que se recurre en todo caso a la forma pública por si acaso; lo tercero, que sin perjuicio de la preferencia frente a otros acreedores del deudor, la entidad financiera pignorante prevé la sustitución de esta garantía por otra equivalente en caso de embargo de la IPF. Así, en la cláusula quinta de los modelos de prenda de IPF del BSCH se indica que “*si se promoviera contra el pignorante procedimiento judicial, administrativo o notarial en que pueda producirse el embargo o subasta de los bienes pignorados, sin perjuicio de que el Banco pudiera ostentar un mejor derecho, el pignorante está obligado a comunicar al Banco, inmediatamente de producirse su inicio y a sustituir los derechos de crédito pignorados por otros que acepte el Banco, los cuales quedarán pignorados en los mismos términos*”.

Sólo se le concede el llamado *ius distrahendi*, pues como señala el artículo 1.858 “*Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o la hipoteca para pagar al acreedor*”. En consecuencia, incumplida la obligación garantizada, el acreedor pignoraticio podrá instar la ejecución, tanto judicial como extrajudicial, pues el artículo 1.872 admite la subasta pública notarial que puede conducir a que el acreedor se haga “*dueño de la prenda*”.

Sin embargo, este régimen general exige una adaptación cuando el objeto dado en prenda es una imposición a plazo fijo. La razón es doble: primero, que el crédito a la restitución pignorado tiene un valor dinámico objetivo, que es la suma del capital depositado más los intereses generados hasta el vencimiento del plazo; segundo y sobre todo, que la ratio de la prohibición del pacto comisorio no se encuentra en la interdicción de los procedimientos de ejecución privada, como sostienen algunos autores (38). Creo que la esencia de la prohibición radica en la infravaloración de los bienes ofrecidos en garantía, infravaloración que supone un perjuicio del deudor, por no existir equivalencia entre la posición de las partes en la relación de garantía. El elemento subjetivo, de tutela del contratante débil o de inmoralidad o abuso, no es más que una consecuencia del elemento objetivo, que es la desproporción entre el bien ofrecido en garantía, el importe de la deuda y la liquidación de éste por medio del pacto de apropiación que representa el pacto comisorio. Estas consideraciones conducen a la admisibilidad del pacto de apropiación del crédito por parte del acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal garantizada. Las entidades de crédito lo reflejan en los contratos de prenda de IPF. Así, en el modelo de CAJA MADRID (39) se indica que “*... dada la específica naturaleza de los derechos de crédito pignorados, la caja queda facultada para ejecutar la prenda haciéndose propietario de los derechos de crédito...*”. Práctica apropiatoria que ha sido sancionada como válida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de abril de 1997, que afirma que el pacto de compensación, entendido como una forma de realización de la prenda, no comporta un pacto comisorio prohibido.

De todas maneras, conviene advertir que en caso de que la entidad financiera depositaria y el acreedor pignoraticio coincidan, en la práctica

(38) En la doctrina española, fundamental BUSTOS PUECHE, J. E.: “Teoría general de los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, II; pero muy acertada la crítica de FELIÚ REY, M. I.: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995.

(39) Cláusula sexta, modelo de noviembre de 2003.

la ejecución o realización se hace por medio del pacto de compensación. La compensación, como indica CARRASCO PERERA, es “*el modo en que se ejecuta y realiza la prenda de créditos ordinaria*” (40). La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997 precisamente se refería a una compensación como forma de garantía del acreedor pignoraticio y afirmó que el pacto de compensación no contraviene la prohibición del pacto comisorio porque el banco compensante no puede obtener por vía de la compensación más de lo que comporta su crédito. El problema radica, como se observa, en la diferencia entre el importe de la imposición y el importe del crédito. En efecto, si el crédito pignorado tiene un valor de 100 y la obligación garantizada un valor de 50, la apropiación por parte del acreedor pignoraticio de la totalidad del crédito supondría una ilícita expropiación del patrimonio del deudor en 50 unidades monetarias. Por eso las entidades de crédito deben devolver el *superfluum*, lo que se aprecia en los modelos de prenda examinados (41). Lo que existe, en definitiva, es un pacto *marciano*, considerado válido por doctrina y jurisprudencia por no constituir un supuesto de pacto comisorio (42). Por todos, BONARDELL indica que “*la deuda generada por una imposición a plazo es una deuda de suma de dinero no sometida a las oscilaciones de mercado y, consecuentemente, exenta del riesgo de enriquecimiento injusto que podría obtener el acreedor al hacer suyo un objeto de mayor valor que el crédito de que era titular*” (43).

Para finalizar con la ejecución de la prenda de imposiciones a plazo conviene referirse a los problemas de ajuste entre el vencimiento de la IPF y el vencimiento de la obligación principal garantizada. Es posible que ambos créditos concluyan a la vez, lo que sucederá cuando la IPF se constituya como una operación de garantía, no de inversión (44). Pero es más frecuente que se produzca el desajuste temporal, lo que obliga paradójicamente a ajustar la garantía. Si la IPF vence antes que la obligación principal garantizada, es posible el pacto de las partes, de modo que se produce la prórroga de la IPF para que coincida con la finalización de la obligación principal. De hecho, este pacto es usual en los modelos exa-

(40) Ob. cit., p. 868.

(41) En el modelo de CAJA MADRID se indica que “*en el supuesto de que el importe obtenido... sea superior al debido, la caja devolverá el exceso a los pignorantes*”.

(42) La doctrina y la jurisprudencia admiten, en los supuestos planteados, la validez del pacto marciano, con una extraña unanimidad. Digo extraña por las reticencias “ideológicas” que mantiene la Dirección General de los Registros y del Notariado.

(43) Ob. cit., p. 893.

(44) Es una operación de garantía, porque se constituye la IPF con la exclusiva finalidad de garantizar el crédito principal. En cambio, lo frecuente es que el titular de la IPF haya realizado una operación de inversión de capital y que, por exigencias de crédito, recurre a la IPF para garantizar otro crédito posterior.

minados de las entidades financieras (45). En defecto de pacto, el efecto natural de la prenda supone la afección de las cantidades recibidas, principal e intereses, al cumplimiento de la obligación. Esto es, hay una subrogación por el valor. Esta solución, defendida por la doctrina, es la acogida por la reciente Ley de Derechos Reales de Garantía catalana, que indica en su artículo 17, bajo la rúbrica “subrogación real”, que “*si el objeto de la prenda es un derecho de crédito y este resulta pagado antes del vencimiento del crédito garantizado con la prenda, la garantía recae sobre el objeto recibido como consecuencia del pago*” (46).

En cambio, si el incumplimiento de la obligación principal se produce antes del vencimiento de la IPF, el acreedor no puede dirigirse contra el dinero porque éste está sometido, para su rescate, a un plazo. Para solucionar este desajuste caben las siguientes opciones: primero, que las partes pacten expresamente en el contrato de prenda el vencimiento anticipado de la IPF para el supuesto de incumplimiento de la obligación principal. Lo que supone, obviamente, una modificación del contrato de depósito previo y exige consentimiento del depositario (no hay problemas si es la misma entidad financiera). Este pacto de vencimiento anticipado es también frecuente en los modelos examinados de prenda de IPF (47). En defecto de pacto, no hay duda de la posibilidad que tiene el acreedor pignoraticio de acudir a los procedimientos de ejecución previstos en la ley, tanto el judicial como la subasta extrajudicial ante notario que prevé el artículo 1.872 del Código Civil. Y subsidiariamente siempre queda la posibilidad, más sencilla y económica, de esperar al vencimiento del plazo para ejecutar la garantía.

(45) En el modelo del BSCH se indica: “*Prórroga de la imposición... se conviene que, llegado el vencimiento de la imposición, se entenderá la misma prorrogada... continuando afectos los derechos de crédito... hasta tanto no se haya cancelado debidamente la obligación garantizada*”.

(46) Como indica BARRADA, por el mecanismo de la cesión se modifica objetivamente la garantía, de manera que aunque el crédito garantizado no ha vencido, el acreedor pignoraticio conserva sus facultades sobre el objeto en que consista la prestación, aunque ésta se considere extinguida como consecuencia del pago. BARRADA ORELLANA, R.: “La falta de simultaneidad entre el vencimiento del crédito asegurado por garantía real posesoria y el vencimiento del crédito que lo asegura (a propósito de la reforma de la Ley catalana 22/91, de garantías posesionarias sobre cosa mueble)”, en VVAA, *Primer Congrès de Dret Civil català: el Dret patrimonial en el futur Codi Civil de Catalunya*, en *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001.

(47) Así en el de CAJA MADRID se indica que “*el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas faculta a la caja para... en su caso, anticipar la fecha de vencimiento de los depósitos constituidos a plazo*”, fijando una serie de cautelas para respetar los diversos intereses en juego.

B) Prenda de créditos futuros.

Cuestión discutida es la admisibilidad de la prenda de créditos futuros, así como el juego de la eficacia de la prenda en este supuesto. Los partidarios de la tesis de la cesión de créditos admiten la prenda de créditos futuros, si bien se discute su eficacia en caso de que el deudor entre en quiebra (48). Sin embargo, el encaje de la prenda de IPF en el régimen ordinario de la prenda conduce a la no admisibilidad de la prenda de créditos futuros, puesto que recaería sobre cosas que no están en la esfera del deudor, en contra de la regulación del Código Civil (49), todo ello sin perjuicio de la validez de la promesa de prenda, en línea con lo dispuesto en el artículo 1.862.

Quizá sobre la base de diferenciar el contrato generador de la prenda del derecho real de garantía mismo se podría admitir la prenda de créditos futuros. El contrato de prenda sería válido desde su celebración, siempre que no sea indeterminado en relación con los créditos futuros, por la norma del artículo 1.273 del Código. Pero la garantía real, la prenda, sólo existe desde el nacimiento del crédito futuro y por tanto sólo desde ese momento despliega su eficacia real frente a los restantes acreedores del deudor. En caso de concurso, la prenda es eficaz si el crédito nació antes de la declaración del concurso, mientras que en caso contrario se integra en la masa concursal, como sostiene CARRASCO PERERA (50).

C) Prenda de créditos vs. compensación.

Una de las cuestiones de mayor dificultad práctica radica en el análisis del juego de la compensación frente a la prenda del acreedor. Ya vimos en el apartado a) de esta pregunta que la compensación es una forma de ejecución de la garantía, permitida por doctrina y jurisprudencia porque es un pacto marciano, no prohibido en nuestro Derecho por no suponer una expropiación del patrimonio del deudor. Y veremos posteriormente en el apartado e) el juego de la compensación en concurso, pues la nueva Ley Concursal contiene un precepto específico sobre la materia. Con lo cual examinaré a continuación la eficacia de la prenda de IPF frente a la compensación que alega el depositario de la imposición.

(48) Como dice ALONSO LEDESMA (ob. cit., pp. 372-373) el acreedor pignoraticio pretenderá ejecutar los créditos nacidos después de la declaración del concurso, mientras que los restantes acreedores querrán que se integre en la masa concursal. PANTALEÓN ("Cesión...", ob. cit., p. 256) diferencia en función de que se haya celebrado o no el contrato generador del crédito futuro.

(49) Conforme, SERRANO ALONSO, ob. cit., p. 1877.

(50) Ob. cit., p. 880.

Es frecuente en el examen de los supuestos jurisprudenciales que el depositario de los fondos sea una entidad financiera A y el acreedor pignoraticio una entidad financiera B. Frente al derecho de preferencia que alega B se opondrá la entidad A a la entrega del crédito pignorado alegando que éste quedó extinguido como consecuencia de otras deudas del deudor frente a él mismo.

La primera cuestión es si cabe la compensación, pues el artículo 1.200 del Código Civil establece que “*La compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito...*”, si bien la norma sólo se aplica a los depósitos en sentido estricto en los que existe un deber de custodia y no, por tanto, a los depósitos bancarios, máxime si la imposición se concibe como un contrato *sui generis* más que como una modalidad de depósito (51).

Admitida la compensación como premisa surge el verdadero problema: si la compensación opera como una garantía, es decir, si la entidad depositaria podrá oponer al acreedor pignoraticio la compensación frente a la prenda aun cuando los requisitos de la compensación concurren después de la constitución de la prenda. Para la mayoría de la doctrina, entran en juego las normas de la cesión de créditos, lo cual implica la aplicación supletoria del artículo 1.198 del Código Civil. En consecuencia, si el depositario no consintió la constitución de la prenda, podrá oponer la compensación de las deudas que tengan un origen anterior a la constitución de la prenda pero cuyos requisitos se produzcan después. A la misma solución llega el Tribunal Supremo, en su etapa inicial, en la sentencia de 19 de septiembre de 1987: “*lo mismo debe ocurrir (aplicación del art. 1.198) cuando el presunto deudor no consiente la constitución de un derecho real de prenda sobre el crédito, que lleva potencialmente la virtualidad de la enajenación, pues si en aquel supuesto, que implica la transmisión de la titularidad plena del crédito, se produce el señalado efecto limitativo, con igual razón se debe producir en la hipótesis de constitución de un derecho real limitativo del dominio*”.

D) Prenda de créditos vs. embargos.

Otro grupo de casos conflictivos surgen del embargo del crédito pignorado por parte de un tercer acreedor. ¿Puede el acreedor pignoraticio ejercitar con éxito la tercería de mejor derecho? La jurisprudencia ha evolucionado de la negación de la preferencia del acreedor pignoraticio, consecuencia de la inadmisibilidad de la prenda de créditos (sentencia de 27 de diciembre de 1985) a la protección del acreedor pignoraticio, al

(51) En este sentido, BONARDELL, ob. cit., p. 892; y CARRASCO PERERA, ob. cit., p. 868.

que concede preferencia para el cobro mediante la tercería de mejor derecho (sentencia de 13 de noviembre de 1999). En realidad lo que hay es un conflicto entre dos garantías: la garantía real que representa la prenda y que confiere al acreedor un derecho de preferencia para el cobro (art. 1.922,2 CC); y la garantía procesal que representa el embargo, que atribuye al ejecutante un derecho de preferencia sobre los bienes embargados. Como explica VEGA TORRES, *“el embargo atribuye al ejecutante un derecho de realización del valor de los bienes embargados: antes de la traba, el ejecutante tiene únicamente un crédito frente al ejecutado; después de la traba, tiene, además, un derecho de realización respecto de los concretos bienes embargados”* (52).

Ese conflicto se resuelve a favor de la garantía material o sustantiva, es decir, en el reconocimiento de la preferencia para el cobro sobre el crédito pignorado del acreedor pignoraticio, pero siempre que articule su preferencia por la vía procesal oportuna, que es la tercería de mejor derecho. Porque la preferencia que concede el embargo no es una preferencia material y, en consecuencia, no altera ni elimina los créditos preferentes anteriores. Como explica el propio VEGA TORRES, *“el único efecto del embargo en relación con esas preferencias es que arroja sobre los titulares de los créditos privilegiados la carga de hacerla valer, mediante la tercería de mejor derecho, antes de que se efectúe el pago al embargante”* (53).

En conclusión, si constituida la prenda de la imposición a plazo fijo, ésta es embargada posteriormente por otro acreedor del pignorante, el crédito pignoraticio es preferente para el cobro, si bien el acreedor deberá acudir a la tercería de mejor derecho para consolidar su preferencia sustantiva (54).

E) Prenda de créditos y concurso del deudor.

El último grupo de supuestos conflictivos se plantean cuando el deudor entra en concurso. La entidad depositaria de la imposición tiene normalmente a su favor un derecho de compensación, que pretenderá hacerlo valer pese al concurso, en contra de la pretensión de los restantes acreedores, que pretenderán el ingreso en la masa del crédito. Del mismo

(52) VEGA TORRES, J., p. 1072, en DE LA OLIVA, A.; Díez-PICAZO, I.; VEGA TORRES, J.; BANCLOCHE, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.

(53) Ob. cit., p. 1073.

(54) Algunas entidades financieras establecen que en caso de embargo y sin perjuicio de la preferencia para el cobro que ostentan en virtud de la prenda, el deudor está obligado a sustituir la garantía. Estipulación prevista para hacer frente a algunos pronunciamientos jurisprudenciales, pero que puede ser lesiva de los derechos del deudor.

modo, si la prenda se constituye antes del concurso conviene analizar los efectos que la declaración tiene sobre el acreedor pignoraticio.

Por lo que se refiere a la compensación, antes de la reforma fue discutida la admisibilidad de la compensación en concurso. DíEZ-PICAZO (55) explica que si los requisitos de la compensación se han producido antes de la declaración de concurso, la compensación es admisible, pues es *pre-concursal* y *extraconcursal*. En cambio, si los requisitos se producen después o a causa del vencimiento impuesto por el concurso, la doctrina mayoritaria defendía la no admisibilidad de la compensación, sobre la base del respeto de la *par conditio creditorum*, de mantener la indisponibilidad patrimonial del concursado y de la paralización de las acciones individuales. Sobre esta base la reforma concursal se enfrenta al debate, en el artículo 58, que bajo la rúbrica “prohibición de compensación” establece que “*declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y las deudas del concursado; pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración*”.

En todo caso y por lo que a nuestro caso se refiere, si el deudor entra en concurso, la entidad depositaria de la imposición no podrá hacer valer la compensación frente a los restantes acreedores del deudor, puesto que no se admite la compensación en concurso y por tanto el depositario debe integrar los fondos en la masa concursal. Por excepción, si las deudas del deudor frente a la entidad financiera depositaria se producen antes de la declaración del concurso, sí cabe el juego de la compensación, ya que el crédito en rigor no existe y sin perjuicio de la necesidad de alegar la compensación pues en caso contrario el crédito se une a la masa concursal.

La segunda cuestión tiene mayor trascendencia práctica. Constituida una prenda de una imposición a plazo fijo y declarado el concurso del deudor, ¿tiene a su favor el acreedor pignoraticio un crédito privilegiado? Antes de la reforma concursal la jurisprudencia se mostró vacilante. En un primer momento negó la preferencia para el cobro porque no había prenda sino mera cesión de créditos. Posteriormente, con la admisibilidad de la prenda de créditos, reconoce el carácter privilegiado del acreedor *prendario*, que confería a favor del acreedor pignoraticio la llamada *separatio ex iure creditii* (por todas, la sentencia de 7 de octubre de 1997).

La reforma concursal mantiene el privilegio, pero con modificaciones importantes en cuanto al juego de la *separatio ex iure creditii*. Por un lado se reconoce el carácter privilegiado del titular de una prenda de créditos. En efecto, dispone el artículo 90,6 de la Ley Concursal que son créditos con privilegio especial “*los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que*

(55) *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 547-548.

estén en posesión del acreedor o un tercero. Si se trata de prenda de créditos, bastará con que conste en documento de fecha fehaciente para gozar del privilegio sobre los créditos pignorados". Las consecuencias de la calificación del crédito como privilegiado y de la garantía real que representa la imposición son, a mi juicio, las siguientes:

a) Aunque el artículo 56 LC establece, como novedad importante, la paralización de las ejecuciones de garantías reales hasta que se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, tal moratoria no afecta al acreedor pignoraticio de una prenda de imposiciones a plazo. Y no le afecta porque la paralización sólo afecta a los bienes afectos a su actividad empresarial o unidad productiva (máquinas, mercaderías, etc.), condición que no concurre en la imposición a plazo.

b) En caso de que la solución del concurso fuere el convenio con los acreedores, obviamente no les afecta, salvo que concurran a la Junta y se adhieran a la propuesta del convenio en los términos legalmente previstos.

c) En caso de que la solución sea la liquidación, se satisface de su crédito con el valor de la imposición. Si ésta es superior al débito, debe restituir el *superfluum* a la masa concursal; si, por el contrario, el valor de la IPF es inferior al crédito, por el exceso tiene un crédito ordinario que recibe el tratamiento legal correspondiente. Nótese que aunque está prevista, en la fase de liquidación, la satisfacción de los créditos con cargo a la masa y su enajenación (art. 155 LC), esta modalidad no tiene sentido para la imposición.

d) Si el crédito derivado de la imposición vence después de la previsible liquidación del concurso, no hay que recurrir a la subasta pública, sino que bastará la adjudicación al acreedor que oferte mejor precio (en principio, el valor de la imposición a plazo menos el descuento correspondiente, que sería el beneficio del adjudicatario por esperar a la finalización del plazo de la imposición a plazo fijo).

Bibliografía

- ALONSO LEDESMA, C.: "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación", en VVAA: *Derecho concursal*, Madrid, 2003.
- BONARDELL LENZANO, R.: "Pignoración de saldos de depósitos bancarios", en VVAA, *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.
- CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002.
- DE LA OLIVA, A.; Díez-PICAZO, I.; VEGA TORRES, J.; BANCLOCHE, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1997.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.: "La prenda de créditos y la pignoración de seguros de crédito", en *La Notaría*, 3, 2003.
- GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: "La prenda de derechos de crédito", en VVAA, *Tratado de Garantías en la contratación mercantil, II*, Madrid, 1996.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Cesión de créditos", *ADC*, 1988, y en VVAA, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990; "Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal", *La Ley*, 4.421, 1997-6; *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991.
- SÁNCHEZ GUILARTE, J.: "Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta", en VVAA, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: "Pignoración de saldos de depósitos bancarios", en VVAA, *Tratado de Garantías en la contratación mercantil, II*, Madrid, 1996.

**INFORMACIÓN Y ESTUDIOS
DE DERECHO FISCAL**

SUMA Y..., DE MOMENTO, NO SIGUE
(Leyes 61 y 62/2003, ambas de 30 de diciembre,
de Presupuestos Generales del Estado para
el año 2004 y de medidas fiscales, administrativas
y del orden social, respectivamente) (1)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS
Notario Honorario

En la Circular 131/2003 (“Adelanto sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social”) (2) repasamos sucintamente las novedades fundamentales contenidas en los Proyectos de Ley de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social para 2004. Trabajo que quedaría incompleto si no lo continuáramos con el examen de los textos correspondientes que han alcanzado el alto honor de convertirse en leyes. Con esta finalidad os ofrecemos la presente Circular. ¡Dios nos coja confesados!

Una simple ojeada comparativa entre Proyecto y Ley arroja el siguiente resultado: 1) La Ley de Presupuestos Generales sufre una alteración mínima. Comprende el mismo número de artículos que el Proyecto (98);

(1) Circular núm. 16, de 13 de febrero de 2004, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

(2) Publicada en el núm. 48, octubre-diciembre 2003, de la *Revista Jurídica del Notariado*, pp. 227-248.

se le añaden cuatro nuevas disposiciones adicionales (las referentes al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en el año 2004, proceso de legitimación del Patronato de Viviendas de la Guardia Civil, pago de deudas con la Seguridad Social de instituciones sanitarias cuya titularidad ostenten las Administraciones públicas o instituciones sin ánimo de lucro y aportación financiera del Instituto Nacional de Empleo a la financiación del Plan Integral de Empleo de Canarias), pasando, por tanto, de 25 a 29; y se le adiciona una disposición transitoria (niveles de vinculación), conteniendo, pues, ocho en vez de siete. 2) No sucede lo mismo con la Ley de Medidas Fiscales, que “engorda” considerablemente: 136 artículos, 44 disposiciones adicionales, ocho transitorias, dos derogatorias y 19 finales. El Proyecto se limitaba a 86 artículos, 11 disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y 11 finales. ¿Razones de este diferente comportamiento? Pensamos que básicamente político-coyunturales. La Ley de Presupuestos forzosamente tiene un contenido acotado, así lo han precisado las sentencias del Tribunal Constitucional (27/1981, 76/1992 y 195/1994, entre otras). Contenido que está constituido por la determinación de la previsión de ingresos y la autorización de gastos que pueden realizar el Estado y entes a él vinculados o de él dependientes, con la posibilidad de que se añada un contenido eventual, aunque estrictamente limitado a las materias o cuestiones que guarden directa relación con las previsiones de ingresos, las habilitaciones de gasto o los criterios de política económica del Gobierno. Todo lo que queda al margen de estas previsiones constituyen materias ajenas a la Ley de Presupuestos Generales. ¿Dónde encajarlas? Pues desde el año 1993 el Gobierno “inventó” la tramitación simultánea de una Ley ordinaria denominada Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, donde introduce modificaciones en el ordenamiento jurídico que no pueden ser materia de la Ley de Presupuestos, pero que guardan una relación con su programa económico. Ley, por tanto, poco jurídica y muy política, sujeta al conocido *do ut des*, por lo cual es familiarmente conocida como “Ley de amañamiento” y que aumenta de volumen a medida que se van sucediendo las discusiones parlamentarias.

I. Ley 61/2003, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004

No se ha producido ninguna alteración en los extremos recogidos en el examen de su Proyecto.

Sin novedad, por tanto, en materia fiscal: en el IRPF (art. 57 y disp. trans. primera y segunda), Impuesto sobre Sociedades (arts. 58 y 59), Impuestos Locales (art. 60), Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 61) y Tasas (arts. 62 y 63).

Tampoco hay novedades de fondo respecto al interés del dinero y actividades prioritarias de mecenazgo. Sí las hay en cuanto a la numeración de las disposiciones adicionales respectivas, que pasan a ser la sexta y la undécima por haberse añadido como quinta la referente al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en el año 2004.

II. Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

A) Impuestos directos.

1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 1):* Modificación de la Ley 40/1998:

— Rentas exentas (art. 7, letra h): se mantiene la exención de las prestaciones públicas por nacimiento, parto múltiple, adopción e hijos a cargo.

Respecto a las prestaciones por maternidad –incluidas en el Proyecto en la relación precedente–, se las dedica un párrafo aparte que dice que “También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales”.

— Rentas exentas (art. 7, letra i): nuevo. A la exención de las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años (redacción dada a esta letra por el art. segundo de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre), se añaden las relativas al acogimiento de menores.

— Rentas exentas (art. 7, letra j): se mantiene el texto proyectado.

— Residencia habitual en territorio español (art. 9, apartado 5): nuevo. Se confiere a las personas físicas que adquieran su residencia fiscal en España, como consecuencia de su desplazamiento a territorio español, la posibilidad de optar (por el procedimiento que establecerá el Ministro de Hacienda) por tributar por IRPF o por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes durante el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cinco períodos impositivos siguientes, cuando cumplan las condiciones que se enumeran. Cuando se haya optado por tributar por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, el contribuyente quedará sujeto por obligación real en el Impuesto sobre el Patrimonio.

— Rentas en especie (art. 43, apartado 2, letra g): nuevo. No tendrán la consideración de rendimientos del trabajo en especie la prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal del mercado.

— Valoración de las rentas en especie (art. 44, núm. 1, apart. 1.º, letra f): nuevo. A la redacción vigente se le añade un párrafo segundo en el que se recoge la aclaración contenida en el artículo 47 del RD 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, conforme al cual se considerará precio ofertado al público el previsto en el artículo 13 de la Ley 16/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, deduciendo los descuentos ordinarios o comunes, con la novedad de que se considerarán, además, como descuentos ordinarios o comunes los que, fuera de los casos especificados, no excedan del 20 por 100.

— Normas comunes para la aplicación de las reducciones por cuidado de hijos, edad y asistencia (art. 47 quáter): se mantiene el texto proyectado.

— Deducciones (art. 57, apart. 5, letra a): nuevo. Se modifica la redacción vigente, en el sentido de que, para que los contribuyentes tengan derecho a una deducción del 15 por 100 del importe de las inversiones o gastos que realicen para la adquisición de bienes del Patrimonio Histórico Español, realizada fuera del territorio español para su introducción dentro de él, no sólo será necesario que permanezcan en territorio español y dentro del patrimonio del titular durante al menos cuatro años (antes tres), sino también que sean declarados bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles en el plazo de un año desde su introducción por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

— Límites de determinadas deducciones (art. 56, apart. 2): se mantiene el texto proyectado.

— Imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional (art. 75, apart. 13): nuevo. No será de aplicación lo previsto en este artículo cuando la entidad no residente en territorio español lo sea en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

— Obligación de declarar (art. 79, apart. 4): nuevo. Se añade entre los contribuyentes obligados a declarar en todo caso a los que tengan derecho a deducción por cuenta ahorro-empresa o que realicen aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad o planes de previsión asegurados. En lo demás no se modifica la vigente redacción de este apartado 4, que continúa imponiendo la obligación de declarar a los contribuyentes que tengan derecho a deducción por inversión en vivienda, por doble imposición internacional o que realicen aportaciones a planes de previsiones o mutualidades de previsión social que reduzcan la base imponible.

— Borrador de declaración (art. 80 bis, aparts. 1 y 2): se mantiene la redacción proyectada.

— Obligación de practicar pagos a cuenta (art. 82, apart. 2): se mantiene.

— Reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas (art. 47 sexies, apart. 5): nuevo. El artículo 47 sexies ha sido recientemente añadido a la Ley del IRPF (Ley 40/1998) por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. En este precepto se regula el derecho a reducir la base imponible, con el límite máximo de 8.000 euros anuales, en cuanto a las aportaciones que se hagan al patrimonio protegido del contribuyente discapacitado por las personas que tengan con él una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, así como por el cónyuge del discapacitado o por aquellos que lo tuvieren a su cargo en régimen de tutela o acogimiento (apartado 1). Estableciéndose en el apartado 5 las obligaciones fiscales que se imponen cuando se realiza la disposición del bien o derecho aportado al patrimonio protegido de la persona con discapacidad durante el período impositivo en que se realizó la aportación o en los cuatro siguientes. Un mes y once días después de su entrada en vigor, el autor de esta normativa la modifica, concretamente en cuanto a su letra c), en la que se establece la obligación del trabajador titular del patrimonio protegido de comunicar las disposiciones que se hayan realizado en el período impositivo. La falta de comunicación o la realización de comunicaciones falsas, incorrectas o inexactas, se consideraban infracción tributaria simple y era sancionada con multa de 100 a 800 euros. La modificación consiste en atribuirle el carácter de infracción tributaria leve, sancionarla con multa pecuniaria fija de 400 euros y admitir la posibilidad de reducirla conforme al apartado 3 del artículo 188 de la nueva Ley General Tributaria –Ley 58/2003, de 17 de diciembre– (reducción del 25 por 100 –previa la posibilidad de haberse aplicado la del 30 por 100 en los supuestos de conformidad–, cuando concurren las circunstancias que enumera el apartado 3 de que se trata).

Esta modificación surtirá efectos desde el día 1 de julio de 2004, fecha de entrada en vigor de la nueva Ley General Tributaria, según la disposición final undécima.

— Obligación de practicar pagos a cuenta (art. 82, apart. 10): nuevo y también con efectos desde el 1 de julio de 2004. Los contribuyentes deberán comunicar al pagador de rendimientos sometidos a retención o ingreso a cuenta de los que sean perceptores las circunstancias determi-

nantes para el cálculo de la retención o ingreso a cuenta procedente, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

— **Infracciones y sanciones (art. 89):** nuevo. Publicada una nueva Ley General Tributaria lógicamente —y con efectos a partir de su mentada entrada en vigor (1 de julio de 2004)— se modifica este artículo 89, que establece que las infracciones en materia de IRPF se calificarán y sancionarán con arreglo a dicha nueva Ley, sin perjuicio de las especialidades previstas. Constituirá infracción tributaria leve la presentación incorrecta de la comunicación de datos por el contribuyente y de solicitud de devolución (cfr. art. 81 LIRPF), que se sancionará con multa pecuniaria fija de 150 euros, reducible conforme a lo dispuesto en el examinado apartado 3 del artículo 188 de la Ley General Tributaria.

— **Cuota diferencial (art. 65, letra e):** se mantiene el texto proyectado, si bien, por el hecho de haberse añadido al artículo 82 el expuesto apartado 10, la referencia ahora es al apartado 11 del propio artículo 82 [“La cuota diferencial será el resultado de *minorar* la cuota líquida total del impuesto, que será la suma de las cuotas líquidas, estatal y autonómica, en los siguientes importes:... e) Las retenciones a que se refiere el apartado 11 del art. 82 de esta Ley”].

Apartado 11 del artículo 82, que tampoco se modifica salvo en cuanto a su numeración (antes el 10, ahora el 11) y según el cual: “Tendrán la consideración de pagos a cuenta de este Impuesto las retenciones a cuenta efectivamente producidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de julio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses”.

Decíamos en la Circular 131/2003 —que ahora estamos completando— que la modificación de que se trata, así como la de la correlativa letra e) del artículo 65, era, y es, de “efecto retardado puesto que, a diferencia de todas las precedentes, que serán aplicables desde el 1 de enero de 2004, quedan *diferidas* al 1 de enero de 2005, por ser una consecuencia de la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio”.

Las retenciones a que alude el nuevo apartado 11 (antes 10) del artículo 82 son las que hubieran soportado los contribuyentes en este impuesto, *durante el período transitorio* establecido en la Directiva, por las rentas obtenidas en Bélgica, Austria y Luxemburgo, cuando el beneficiario efectivo resida en un Estado miembro distinto del Estado miembro en que está establecido el agente pagador.

2) *Impuesto sobre Sociedades (art. 2).* Con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2004, se intro-

ducen las siguientes modificaciones en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades:

- Provisión para riesgos y gastos (art. 13, apart. 3): se mantiene.
- Subcapitalización (art. 20, apart. 4): también se mantiene.
- Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos de entidades no residentes en territorio español [art. 20 bis, letra b), del apartado 1]: nuevo. La modificación afecta únicamente a su párrafo tercero, que en su redacción anterior admitía la posibilidad de la prueba en contrario, que ahora desaparece (“Se considerará cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información”).

- Deducción para evitar la doble imposición internacional: Dividendos y plusvalías de fuente interna (art. 28, apart. 2): nuevo. Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España será aplicable una deducción del 100 por 100 cuando los dividendos o participaciones procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5 por 100, siempre que dicho porcentaje se hubiera tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o —y ésta es la novedad—, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar el año.

La deducción del 100 por 100 se mantiene respecto de la participación en beneficios procedentes de mutuas de seguros generales, entidades de previsión social, sociedades de garantía recíproca y asociaciones.

- Deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (art. 33, apart. 1, letra c): se mantiene el texto proyectado.

- Deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (art. 33, apart. 2, letra b): también se mantiene.

- Deducción por actuaciones para la protección y difusión del Patrimonio Histórico Español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial, así como por inversiones en producciones cinematográficas y en edición de libros (art. 35, apart. 1, letra a): nuevo. Es una modificación correlativa a la introducida en el artículo 55, apartado 5, letra a) de la LIRPF (que los bienes sean declarados de interés cultural o incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles en el plazo de un año desde su introducción; que permanezcan en España y dentro del patrimonio del titular al menos cuatro años; y que la valora-

ción se haya efectuado por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español).

— Normas comunes a las deducciones previstas en el capítulo IV para incentivar la realización de determinadas actividades (art. 37, apart. 1): se mantiene.

— El pago fraccionado (art. 38, apart. 3, segundo párrafo): también se mantiene la redacción del Proyecto.

— Contenido del régimen fiscal especial de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas (art. 68 quinquies, aparts. 3 y 6 –pasando los actuales 3 y 4 a reenumerarse, respectivamente como aparts. 4 y 5–): nuevo. La reciente Ley 26/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, en su título II (comprensivo de los arts. tercero y cuarto), establece las medidas de política de vivienda adecuadas para potenciar el mercado de arrendamiento de viviendas. Entre estas medidas está la de añadir un capítulo III al título VIII (Regímenes Tributarios Especiales) de la Ley 43/1995, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, y que lleva por rúbrica el de “Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas”. Entre los nuevos artículos está el 68 quinquies, donde se regula el contenido (bonificaciones) del nuevo régimen especial.

A este artículo 68 quinquies se le retoca añadiéndosele dos nuevos apartados, a saber:

a) El 3, según el cual, si la entidad hubiera adquirido la vivienda mediante transmisión derivada de operaciones de fusión, escisión o aportación de activos, y la renta generada en aquella transmisión no se hubiera integrado en la base imponible del transmitente en virtud de lo dispuesto en el régimen especial relativo a dichas operaciones, la renta a bonificar derivada de su transmisión posterior, de acuerdo con el apartado 1, será exclusivamente la que exceda del valor de mercado en la fecha de la adquisición.

b) Y el 6, que admite la aplicación del nuevo régimen fiscal, con las especialidades previstas en este apartado, a las entidades que tengan por objeto social exclusivo el arrendamiento de viviendas situadas en territorio español (las del apart. 1 del art. 68 quáter) que arrienden u ofrezcan en arrendamiento viviendas que hayan construido, promovido o adquirido. En estos casos habrán de cumplirse los siguientes requisitos: que el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento sea en todo momento igual o superior a 10; que el contrato de arrendamiento no incorpore opción de compra; que tratándose de viviendas no calificadas como de protección oficial ni declaradas protegidas, se cumplan los requisitos segundo y tercero del párrafo c) del apartado 2 del artículo 68 quáter y, tratándose de viviendas adquiridas, se exige, además, el requisito primero

del mencionado párrafo c); y que las viviendas permanezcan arrendadas u ofrecidas en arrendamiento durante al menos quince años, a contar desde la fecha en que lo fueran por primera vez por la entidad de que se trate.

La bonificación es del 85 por 100 de la parte de la cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento o de la transmisión de viviendas que cumplan los requisitos que acabamos de enumerar. Con la especialidad de que, en el caso de transmisión, la aplicación de la bonificación exige, además, que la vivienda no sea adquirida por el arrendatario, su cónyuge o parientes, incluidos los afines, hasta el tercer grado inclusive (¡milagro! Se han olvidado del conviviente pareja de hecho), y que el importe obtenido se reinvierta, en el plazo de tres años, en otras viviendas que cumplan los requisitos establecidos en este apartado.

Sigo opinando –como lo hice en la Circular 147/2003 (3), en donde examiné las medidas de Reforma Económica–: “Todo muy simple. ¡Dios nos bendiga!”.

— Sociedades y fondos de capital-riesgo (art. 69): se mantiene el texto proyectado.

— Deducción en la base imponible de determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes (art. 121, apart. 15): continúa la modificación proyectada.

— Referencias a la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de Determinados Conceptos Impositivos de las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas contenidas en distintas disposiciones. Régimen del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en determinadas operaciones (disposición adicional octava, apart. 2): nuevo. [“Las referencias que el art. 21 y el art. 45.1.b).10 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados hacen a las definiciones de fusión y escisión del artículo 2, aparts. 1, 2 y 3 de la Ley 29/1991, de 16 de septiembre, de Adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, se entenderán hechas al art. 99, aparts. 1, 2, 3 y 5 y al art. 108 de la presente Ley, y las referencias al régimen especial del título I de la Ley 29/1991, se entenderán hechas al capítulo VIII del título VIII de esta ley”].

Precisamos que la Ley a la que se refiere es la Ley 43/1995, reguladora del Impuesto sobre Sociedades. Su artículo 97 define en su apartado 1 qué se entiende por fusión; en el 2 qué se entiende por escisión y

(3) Publicada en el núm. 49, enero-marzo 2004, de la *Revista Jurídica del Notariado*, pp. 259-275.

en el 3 qué es una aportación no dineraria de ramas de actividad. De otro lado, el artículo 108 regula las aportaciones no dinerarias, precepto que fue redactado, con efectos para los períodos impositivos que se iniciasen a partir de 1 de enero de 2002, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y más tarde modificado respecto de su apartado 1 por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes. Y, por último, que el título VIII lleva por rúbrica la de “Regímenes Tributarios especiales”, siendo su capítulo VIII (arts. 97 a 110, ambos inclusive) el relativo al “Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”.

— Modificaciones introducidas para concordar la Ley reguladora de este Impuesto a la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), cuyos efectos quedan en suspenso hasta su entrada en vigor que —como ya indicamos— se producirá el 1 de julio de 2004 (disp. final undécima). Estas modificaciones afectan:

a) Al artículo 77, apartado 2 (Identificación de partícipes). Según el apartado 1 de este párrafo, las sociedades patrimoniales deberán mantener o convertir en nominativos los valores o participaciones representativos de la participación en su capital. La falta de cumplimiento de este requisito pasa a tener la consideración de infracción tributaria grave (antes era simple) y su sanción de multa, antes graduable entre 3.000 y 6.000 euros, pasa a ser fija de 3.000 euros, siempre que no se hubiera realizado requerimiento administrativo al efecto, y de 6.000 en caso contrario. Sanción que podrá reducirse conforme al ya aludido apartado 3 del artículo 188 de la Ley General Tributaria.

b) Al artículo 84, apartado 4 (Aplicación del régimen de consolidación fiscal). La falta de los acuerdos correspondientes a las sociedades que en lo sucesivo deban integrarse en el grupo fiscal —falta que determinará la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal— constituirá infracción tributaria grave (antes simple) de la entidad dominante. La sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 2.000 euros por el primer período impositivo en que se haya aplicado el régimen sin cumplir dicho requisito y de 4.000 euros por el segundo (antes multa de 300 a 6.000 euros). Aplicable, asimismo, la reducción del 25 por 100 del apartado 3 del artículo 188 de la Ley General Tributaria.

c) Al artículo 107, apartado 4 (Obligaciones contables). El incumplimiento de las obligaciones que imponen los tres primeros apartados del artículo 107 (inclusión en la Memoria anual de las informaciones que se citan) también pasa a ser infracción tributaria grave (antes simple). La

multa pecuniaria –antes de 150,25 a 6.010,12 euros por cada dato omitido, con el límite del 5 por 100 del valor por el que la entidad adquirente haya reflejado los bienes y derechos transmitidos en su contabilidad– será de 200 euros por cada dato omitido, en cada uno de los primeros cuatro años en que no se incluya la información, y de 1.000 euros por cada dato omitido en cada uno de los años siguientes; se mantiene el indicado límite del 5 por 100 y se declara aplicable el apartado 3 del artículo 180 de la Ley General Tributaria.

d) Al artículo 135 quáter, apartado 2 (Determinación de la base imponible en régimen de estimación objetiva). El incumplimiento de la obligación de no disposición de la reserva que debe crearse cuando se trate de buques cuya titularidad ya se tenía cuando se accedió al régimen especial de estimación objetiva de las entidades navieras o de buques usados adquiridos una vez comenzada la aplicación del mismo, o el incumplimiento de la obligación de sucesión en la memoria, continúa sancionándose con una multa pecuniaria del 5 por 100 de la diferencia positiva existente entre el valor normal de mercado y el valor neto contable de cada uno de los buques de que se trate, si bien pasa de ser infracción tributaria simple a grave y se admite la aplicación del repetido apartado 3 del artículo 188 de la Ley General Tributaria.

— Y al artículo 141, apartado 2 (Revalorizaciones contables voluntarias). Los sujetos pasivos que hubieran realizado revalorizaciones contables cuyo importe no se hubiera incluido en la base imponible deberán mencionar en la memoria el importe de las mismas, los elementos afectados y el período o períodos impositivos en que se practicaron. El incumplimiento de esta obligación constituirá infracción tributaria grave (antes simple), siendo sancionable, por una sola vez (tanto ahora como antes), con una multa proporcional del 5 por 100 del importe de la revalorización. Multa reducible de acuerdo con el apartado 3 del artículo 188 de la Ley General Tributaria.

— Adaptación de la Ley reguladora de este Impuesto a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y cuyos efectos, por tanto, se producirán a partir del 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la misma:

a) Artículo 12, apartado 2, letra b (Correcciones de valor: Pérdida de valor de los elementos patrimoniales). Serán deducibles las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de los deudores cuando el deudor esté declarado en situación de concurso (antes en quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos o incurso en un procedimiento de quita y espera, o situaciones análogas).

b) Artículo 81, apartado 4, letra b (Definición del grupo fiscal. So-

ciudad dominante. Sociedades dependientes). No podrán formar parte de los grupos fiscales las entidades que al cierre del período impositivo se encuentren en situación de concurso (antes en situación de suspensión de pagos o quiebra).

3) *Impuesto sobre la Renta de no Residentes (art. 3).* Con efectos a partir del 1 de enero de 2004, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley reguladora de este Impuesto (Ley 41/1998, de 9 de diciembre):

— Rentas obtenidas en territorio español (art. 12, apart. 1, letra c' del párrafo f): se mantiene el texto proyectado.

— Rentas exentas (art. 13, apart. 1, letra b): nuevo. Se añaden como rentas exentas, además de las ya admitidas como tales (intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios –art. 23.2 de la LIRPF–, así como las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado Miembro de la Unión Europea), las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidas por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea.

— Determinación de la base imponible (art. 17, apart. 5): nuevo. Se modifica, tratándose de establecimientos permanentes cuya actividad en territorio español consista en obras de construcción, instalación o montaje, el tiempo de duración de las mismas, que antes era de doce meses y que se reduce a seis.

— Obligación de retener e ingresar a cuenta (art. 30, apart. 1): se mantiene.

— Adaptación a la nueva Ley General Tributaria. Modificación del artículo 9, apartado 3 (representantes), con efectos desde el día 1 de julio de 2004. El incumplimiento de la obligación de nombrar una persona física o jurídica con residencia en España para que los represente ante la Administración Tributaria, que el apartado 1 de dicho artículo 9 impone a los contribuyentes por este Impuesto, estaba calificado como infracción tributaria simple y sancionado con multa de 600 a 6.000 euros (redacción dada por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF y por la que se modifican las leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no residentes). Tras la modificación, el incumplimiento se considera como infracción tributaria grave, la sanción consiste en multa pecuniaria fija de 2.000 euros y será aplicable la tantas veces citada reducción del apartado 3 del artículo 188 de la Ley General Tributaria.

— Cuota tributaria (art. 24, apart. 1, letra i): se mantiene el texto proyectado, con efectos desde el 1 de enero de 2003, como consecuencia

de la aprobación de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003.

4) *Impuesto sobre el Patrimonio (art. 4).* Se mantiene, con efectos a partir del 1 de enero de 2004, la única modificación que contenía el Proyecto y que afecta al apartado 8, número 2, del artículo 4 (Bienes y derechos exentos) de la Ley reguladora de este Impuesto (Ley 19/1991, de 6 de junio).

5) *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 5).* La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, queda modificada del modo siguiente:

Primero. Con efectos desde el 1 de enero de 2003 (no hay, por tanto, error en el Proyecto), el artículo 20, apartado 2, letra b) (Base liquidable), en la redacción proyectada.

Segundo. Con efectos a partir del 1 de enero de 2004:

— Bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla (art. 23 bis, apart. 1): Se mantiene.

— Devengo (art. 24, apart. 1): nuevo. Se mantiene que en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiriera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente (art. 196 CC). Y se añade que: “No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”.

A la vista de esta modificación se nos ocurre preguntarnos cuál será el plazo de presentación en los supuestos de contratos y pactos sucesorios y se nos ocurre responder que debe ser el de treinta días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que se cause el acto o contrato [cfr. art. 67 b) del Reglamento aprobado por el RD 1629/1991, de 8 de noviembre].

— Declaración y liquidación (art. 31): nuevo. En el hasta ahora vigente artículo 31 el legislador se limitaba a señalar que los sujetos pasivos venían obligados a presentar la correspondiente declaración en los plazos y formas que reglamentariamente se fijaban (*vid.* arts. 66 y ss. del citado Reglamento). Con la modificación —por cierto, no mencionada en la Exposición de Motivos— se admite, de una parte, optar por presentar una autoliquidación en las Comunidades Autónomas que establezca esta Ley y que —de conformidad con el nuevo art. 34.4, del que nos ocuparemos seguidamente—, de momento, son Andalucía, Castilla y León y la Región de Murcia.

Los sujetos pasivos deberán aplicar el régimen de autoliquidación por los hechos imponible en los que el rendimiento del impuesto se considere producido en el territorio de las Comunidades Autónomas –parece que en aquéllas en que se ha impuesto la autoliquidación con carácter obligatorio (este párrafo segundo del apart. 2, que estamos reproduciendo, se refiere a “dichas Comunidades Autónomas” y “dichas” son las del párrafo primero, que son aquéllas en las que la autoliquidación pasa a ser obligatoria– en virtud de los puntos de conexión aplicables, de acuerdo con lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía (*vid.* su art. 24 que, como reglas generales, señala los siguientes puntos de conexión: para las adquisiciones *mortis causa* y las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida, el territorio donde el causante tenga su residencia habitual; en las donaciones de inmuebles, el lugar en que radiquen, y en las demás donaciones, el territorio donde el donatario tenga su residencia habitual).

— Normas generales (art. 34): nuevo. Se limita a reproducir los apartados 1, 2 y 3 de la redacción que le había dado el artículo 61 de la citada Ley 21/2001 y añadir, como ya hemos anticipado, un apartado 4 en el que se establece el régimen de autoliquidación con carácter obligatorio en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Castilla y León y Región de Murcia.

B) Impuestos indirectos.

1) *Impuesto Sobre el Valor Añadido (art. 7).* La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA se modifica, a saber:

— Operaciones asimiladas a las entregas de bienes [art. 9, núm. 1.º, párrafo c, letra d): cuasinuevo]. En la Exposición de Motivos del Proyecto se consigna que “las operaciones de cesión de créditos o préstamos dejan de constituir un sector diferenciado por disposición expresa de esta Ley”. Correlativamente, en el artículo 6.primer del texto articulado se establece que “con efectos a partir del día 1 de enero de 2004: Uno. Se suprime la letra d’) de la letra c) del número 1.º, del artículo 9.º, que es la que precisaba como sector diferenciado de la actividad empresarial o profesional «las operaciones de cesión de créditos o préstamos»”.

La Ley mantiene literalmente el reproducido texto de la E. de M. del Proyecto, si bien en el texto articulado no se suprime la indicada letra d’), sino que se la modifica en los términos siguientes: “d’) Las operaciones de cesión de créditos o préstamos, con excepción de las realizadas en el

marco de un contrato de «factoring». Por tanto, donde dije digo, cuasi-digo Diego.

— Exenciones en operaciones interiores (art. 20, apart. Uno, núm. 18, letras a, h e i): nuevo. Se enumeran en este número 18 una serie de operaciones financieras exentas de IVA. Así, en la letra a) se incluyen los depósitos en efectivo en sus diversas formas, incluidas los depósitos en cuenta corriente y cuentas de ahorro; en la letra h), las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago; y en la letra i), la transmisión de los efectos y órdenes de pago a que se refiere la letra anterior, incluso la transmisión de efectos descontados. Según la redacción hasta ahora vigente, no se incluían en la exención: en el supuesto de la letra a), los servicios de gestión de cobro de créditos, letras de cambio o demás documentos que se hayan recibido en gestión de cobro; y en el de la i) la cesión de efectos en comisión de cobranza. Pues bien, la modificación consiste en añadir en los tres casos como exentos “los servicios prestados al cedente en el marco de los contratos de «factoring», con excepción de los anticipos de fondos que, en su caso, se puedan prestar en estos contratos”.

— Exenciones en operaciones interiores (art. 20, apart. Uno, núm. 27): nuevo. Se suprime este número y con ello la exención de las entregas de determinados materiales de recuperación en los términos que se especifican (desperdicios o desechos de fundición de hierro o acero, chatarra o lingotes de chatarra de hierro o acero, de metales no férricos y de papel, cartón o vidrio).

— Exenciones en las adquisiciones intracomunitarias de bienes (art. 26, número Cinco): nuevo. Supresión de este número y de la exención que cobijaba (las adquisiciones intracomunitarias de los desperdicios o desechos a que acabamos de referirnos).

— Modificación de la base imponible (art. 80, aparts. 3 y 4): se mantienen, siendo la redacción del apartado 3 una consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Respecto de este apartado 3 cabe destacar una circunstancia que nos tiene desorientados. Me explico o, cuando menos, intento hacerlo. En el Proyecto (concretamente en su art. 6.segundo) se recogía únicamente la modificación que ahora se incorpora en el artículo 7. Segundo, y en la disposición final undécima del propio Proyecto se establecía que esta novedad entraría en vigor el 1 de septiembre de 2004 (día de entrada en vigor de la Ley Concursal). Aplazamiento que se reitera en la disposición final decimonovena de la Ley.

En ésta, además de la modificación indicada, hay otra en el artículo 7, primero, tres, con efectos a partir del 1 de enero de 2004, relativa al

segundo párrafo del apartado tres del propio artículo 80, que dice que “Sólo cuando se acuerde la conclusión del concurso por las causas expresadas en el artículo 176.1, apartados 1.º, 3.º y 5.º de la Ley Concursal, el acreedor que hubiere modificado la base imponible deberá modificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije reglamentariamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente”.

Dado que a este segundo párrafo del apartado tres del artículo 80 se le da otra redacción más adelante (como ya dijimos en el art. 7.segundo) —donde se establece que “Sólo cuando por cualquier causa se abriera el expediente del concurso de acreedores, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá modificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije reglamentariamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente”—, ¿a qué carta hemos de quedarnos? Quizá una respuesta sea que la redacción del artículo 7, primero, tres es transitoria (desde el 1 de enero de 2004 hasta el 31 de agosto siguiente) y que la definitiva será la del artículo 7.segundo a partir del 1 de septiembre. Me lo aclaren, por favor.

— Sujetos pasivos (art. 84, apart. uno, núm. 2.º, letra c): nuevo. Serán sujetos pasivos de este impuesto los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas a gravamen, salvo cuando se trate de entrega de desechos nuevos de la industria, desperdicios y desechos de fundición, residuos y demás materiales de recuperación constituidos por metales férricos y no férricos; las operaciones de selección, corte, fragmentación y prensado sobre los productos citados anteriormente; entregas de desperdicios o desechos de papel, cartón o vidrio; y entregas de productos semielaborados resultantes de la transformación, elaboración o fundición de los materiales no férricos, con excepción de los compuestos por níquel.

— Requisitos formales de la deducción (art. 97, apart. uno): nuevo. A la redacción que dio a este artículo 97 la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se añade como documento justificativo del derecho a la deducción: “2.º) La factura original expedida por quien realice una entrega que dé lugar a una adquisición intracomunitaria de bienes sujeta al impuesto, siempre que dicha adquisición esté debidamente consignada en la declaración-liquidación a que se refiere el número 6.º del apartado uno del artículo 164 de esta Ley”.

— Reglas especiales en materia de facturación (art. 165, apart. uno): nuevo. Se suprime la necesidad de unir a la factura expedida por quien efectuó la entrega de bienes o prestación de servicios correspondiente, o al justificante contable de la operación, una factura que contenga la liqui-

dación del impuesto, ajustada a los requisitos que se establezcan reglamentariamente, en el supuesto de las adquisiciones intracomunitarias definidas en el artículo 13, número 1.º, de la Ley (adquisiciones intracomunitarias de bienes efectuado a título oneroso por empresarios, profesionales o personas jurídicas que no actúan como tales cuando el transmitente sea un empresario o profesional).

— Anexo (apartado séptimo): nuevo. Se añaden, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, como desperdicios y desechos de metales férricos, las mercancías incluidas en los siguientes números de Cód. NCE: 7402, 7403, 7408.11.00, 7408.19.10, 7502, 7601, 7605.11, 7605.21, 7801, 7901, 8001 y las baterías de plomo recuperadas.

2) *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 8).* No varía la modificación proyectada que afecta al artículo 13, apartado 3, letra c), del Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, relativo a la forma de definir el valor por el que computar bienes determinados que el concesionario esté obligado a revertir a la Administración.

Tampoco varían en nada las palabras de la Exposición de Motivos, ni mi interrogante.

3) *Impuestos especiales (art. 9).* Las modificaciones que afectan a la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, son las siguientes:

— Fabricación, transformación y tenencia (art. 15, aparts. 5 y 7): se mantiene el texto proyectado y las palabras que le dedica la Exposición de Motivos.

— Tipo impositivo especial para biocarburantes (art. 50 bis, apart. 2, letra c): nuevo. La modificación consiste en suprimir el calificativo “aceites vegetales” por el de “productos definidos”. Por tanto, dicha letra c) dice a partir de ahora que, a los efectos de lo establecido en este artículo, se consideran “biocarburantes” los siguientes productos incluidos en el ámbito objetivo del impuesto sobre hidrocarburos: “c) Los productos definidos en los códigos NC 1507, 1508, 1510, 1511, 1512, 1513, 1514, 1515, y 1518, ya se utilicen como tales o previa modificación química”.

Para los “expertos”, como el que os maltrata, os diré que “Códigos NC” son los códigos de nomenclatura combinada establecida por el Reglamento (CEE) número 2658/87, de 23 de julio de 1987.

— Exenciones (art. 51, apart. 3, letra c): nuevo. Se introduce la misma modificación a que acabamos de referirnos (sustitución de “aceites vegetales” por “productos definidos”). Se declara, pues, la exención de la fabricación o importación de: “c) Los productos definidos en los Códigos

NC 1507, 1508, 1510, 1511, 1512, 1513, 1514, 1515 y 1518, ya se utilicen como tales o previa modificación química”.

— Prohibiciones y limitaciones de uso (art. 54, apart. 1, segundo párrafo): se mantiene, así como el texto que a este extremo dedica la Exposición de Motivos.

4) *Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados hidrocarburos (art. 10).* Se mantiene la única proyectada: exención de la producción de electricidad en centrales combinadas [art. 9, apart. 2.º del párrafo f, de la norma seis, 1, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social].

5) *Impuestos sobre las Primas de Seguros (art. 11).* Se mantiene la modificación contenida en el Proyecto y las palabras de la Exposición de Motivos. A señalar, únicamente, que la letra reformada es la j) y no la f), como se decía en el Proyecto.

6) *Régimen Económico Fiscal de Canarias (arts. 12 y 13).* Tras dar por reproducidas las palabras contenidas en la Circular 131/2003, que estamos intentando completar, debemos añadir:

— Que en la Exposición de Motivos no se ha introducido ninguna modificación.

— Que, a pesar de ello, en el texto articulado sí hay novedades que afectan:

a) A la Ley 20/1991, de 7 de junio, en cuanto a su artículo 9; supresión del número 30 del artículo 10 y del apartado 4 del artículo 38; 9; 54; 85; disposición adicional décima y undécima; anexos I, I bis, II, III bis, IV y V.

b) A la Ley 19/1994, de 6 de julio, al darse nueva redacción a los apartados 4 y 5 del artículo 27.

c) Y que el aplazamiento de la entrada en vigor de la modificación introducida en el número 6 del artículo 22 de la Ley 20/1992 hasta el 1 de septiembre de 2004 (fecha de entrada en vigor de la nueva Ley Concursal) ahora está contenida en la disposición final decimonovena (antes, undécima).

7) *Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación para las Ciudades de Ceuta y Melilla (art. 14).* Novedad silenciada en la Exposición de Motivos y que afecta a los siguientes artículos de la Ley 8/1991, de 25 de marzo:

— Artículo 18 bis A), apartado 5 (Gravámenes complementarios del Impuesto aplicables sobre las labores del tabaco y sobre ciertos carburantes y combustibles): el devengo del gravamen complementario se aplazará, respecto de las labores del tabaco que se introduzcan en los depósitos que se autoricen a tal efecto, hasta, en su caso, su salida de los mismos. La autorización de los depósitos mentados se efectuará por el departamento de Aduanas e Impuestos especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, previo informe favorable de la respectiva Ciudad, en las mismas condiciones que las previstas para la autorización de depósitos fiscales de labores del Tabaco en el ámbito territorial de aplicación del Impuesto sobre las Labores del Tabaco, con dos especificidades. De estas dos se suprime, a partir del 1 de enero de 2004, la de que “al menos el 80 por 100 de las salidas del mismo... corresponda a entregas directas a los expendedores de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre situados en la respectiva ciudad”.

— Artículo 22, apartado 3 (Liquidación); en las importaciones, la regla general es que la liquidación que corresponda y el pago resultante habrán de efectuarse con anterioridad al acto administrativo de despacho o a la entrada de las mercancías. Cabe la posibilidad de otorgarse un plazo desde la introducción hasta el pago si, a juicio de la Administración o de los órganos gestores, queda suficientemente garantizada la deuda tributaria. Este plazo era de sesenta días como máximo. Ahora se modifica y se amplía a noventa días.

C) Tributos locales.

En el artículo 15 de la Ley se incluyen las modificaciones introducidas en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, que son las siguientes:

— Artículo 139 (Regímenes especiales. Canarias): se mantiene, así como las palabras de la Exposición de Motivos que nos dan cuenta de su alcance, atribuir a los Cabildos Insulares de las Islas Canarias el mismo tratamiento que a las Diputaciones Provinciales, modificación que se introduce con efectos a partir del 1 de enero de 2003.

Aclaremos que en la Circular 131/2003 se cometió un “error maquinae” al omitir esta modificación y anteponer el título “Artículo 139” a lo que debía ser artículo 65.

— Artículo 24, apartado 1, letra c), párrafo sexto (Cuantía y devengo): nuevo. El importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, se fija de acuerdo con las reglas contenidas en este artículo 24. Tratándose de tasas por uti-

lización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas. A los efectos de precisar qué se entenderá por ingresos brutos se introduce, a partir de 1 de enero de 2004, la modificación de incluirse los impuestos especiales que graven los servicios prestados y las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros que no constituyen un ingreso propio de la entidad a la que se aplique este régimen especial de cuantificación de la tasa. Inclusión que se obtiene eliminando el párrafo que establecía su no inclusión.

— Artículo 65.1 (Impuesto sobre Bienes Inmuebles): se mantiene. También se mantiene el texto de la Circular 131/2003, al que, por error, se anteponía “Artículo 139”. Resta por añadir que las obligaciones notariales afectan a los cambios de titularidad, por cualquier causa, de todo tipo de bienes inmuebles (rústicos y urbanos, cfr. art. 62.3 de esta ley de Haciendas Locales, salvo los supuestos de no sujeción y exención establecidos, respectivamente, en los artículos 62.5 y 63 de la misma Ley) y que a todos conviene el estudio de la Circular de la Comisión de Cultura del Colegio de Zaragoza de enero de 2004.

— Artículo 67, apartado 2 (Base liquidable): se mantiene.

— Artículo 75, apartado 5 (Bonificaciones): se mantiene.

— Artículo 83, apartado 4 (Exenciones): nuevo. Las exenciones previstas en los párrafos e) (Organismos públicos de investigación, establecimientos de enseñanza costeados íntegramente con fondos del Estado, de las CCAA o de las entidades locales, o por fundaciones benéficas o de utilidad pública, y los establecimientos de enseñanza que, careciendo de ánimo de lucro, estuvieren en régimen de concierto educativo) y f) (asociaciones y fundaciones de disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, sin ánimo de lucro) del apartado 1 de este artículo tendrán carácter rogado y se concederán, cuando proceda, a instancia de parte.

— Artículo 104, apartado 2, letra b (Gestión): se mantiene.

— Artículo 111, apartado 7 (Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Gestión): se mantiene.

D) Tasas.

Las modificaciones, contenidas en los artículos 16 a 23, ambos inclusive, son idénticas a las proyectadas.

E) Otras disposiciones.

1) *Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato (arts. 27 a 43, ambos inclusive).* Constituye este capítulo III del título II de la Ley una novedad con respecto al proyecto. Como explica la Exposición de Motivos, en este capítulo “se establecen diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, medidas que vienen a reforzar y complementar las numerosas normas que ya conforman nuestro ordenamiento jurídico en todos los ámbitos en materia de no discriminación por todas las causas amparadas por el artículo 14 de la Constitución.= Con la base jurídica del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, se aprobaron en 2000 dos directivas: en primer lugar, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos; en segundo lugar, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.= Mediante las medidas incluidas en este capítulo se adecua la legislación española a estas dos directivas, procediendo a su transposición a nuestro derecho. Además, se establece un marco legal general para combatir la discriminación por el origen racial o étnico de las personas en todos los ámbitos, se aborda la definición legal de la discriminación directa e indirecta (art. 29), y se moderniza la regulación de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo, modificándose, entre otros, determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores (art. 37), de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (art. 38), de la Ley de Procedimiento Laboral (art. 40), de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 41) y de la legislación en materia de función pública, si bien estas últimas modificaciones, por razones sistemáticas, se integran en el título III (art. 50.seis y 51.uno)”.

Los paréntesis, en los que se incluyen los artículos comprensivos de las novedades referenciadas, constituyen la única cosecha propia.

Las modificaciones introducidas en este capítulo y las aludidas de los artículos 50, bis y 51.uno se dictan al amparo de las competencias que el artículo 149.1, 1.ª, 6.ª, 7.ª y 18 de la CE atribuye en exclusiva al Estado, relativas a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, legislación laboral y bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos (disp. final decimoquinta).

2) *Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (art. 45.uno).* Según la nueva redacción que se da al apartado 2 de su artículo 1, “El número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no podrá ser superior al 15 por 100 del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores. Si la sociedad tuviera menos de veinticinco socios trabajadores, el referido porcentaje no podrá ser superior al 25 por 100 del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33 por 100 con contrato indefinido”.

A la redacción originaria se han añadido, a efectos de cálculo de los porcentajes, los trabajadores con discapacidad psíquica.

3) *Ley 26/1999, de Movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas (arts. 69).* En el Proyecto (*vid.* su art. 42) se modificaban los artículos 2 y las disposiciones adicionales segunda y octava. En el texto de la Ley se mantienen estas modificaciones y se añade otra que afecta al artículo 10 (Protección de contratos de las viviendas familiares).

De todas estas modificaciones interesa, desde el punto de vista notarial, la referente a la disposición adicional segunda. Según esta adicional, que lleva por rúbrica “Normas para la enajenación de viviendas militares y demás inmuebles”, se establece la norma general de que las viviendas adquiridas en las condiciones señaladas en sus letras a) a f) no podrán ser objeto de enajenación hasta tanto no hayan transcurrido tres años desde la compra, salvo en caso de fallecimiento del adquirente. Las novedades consisten en establecer que la hipoteca de la vivienda, a los solos efectos de su compra, no se entenderá incluida en dicha prohibición legal de disposición del bien inmueble; en imponer, durante el período de diez años desde la adquisición de la vivienda, la obligación de notificar fehacientemente al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas la primera transmisión por actos *inter vivos* de la misma, de parte de ella o de la cuota indivisa, con indicación del precio y condiciones en que se pretende realizar la compraventa, a fin de que dicho Instituto, en el plazo de un mes desde la recepción de la notificación, autorice la transmisión o ejerza el derecho de tanteo; en obligar al tercero adquirente a remitir al repetido organismo una copia de la escritura pública de compraventa y concederle, si la transmisión se hubiere practicado sin la precitada notificación o en condiciones distintas de las indicadas en ésta, derecho de retracto en el plazo de un mes desde la recepción de la escritura; e imponer, para la inscripción de los referidos títulos en el Registro de la Propiedad, la obligación de acreditar el cumplimiento de los indicados trámites.

Un tanteo y un retracto más a añadir a su larga lista.

4) *Ley 53/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 85).* Se mantienen las modificaciones proyectadas de su disposición adicional novena.

5) *Titulación sintética de préstamos y otros derechos de crédito (art. 97).* Se mantiene el texto del artículo 64 del Proyecto.

6) *Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores (art. 98).* La Ley incorpora la modificación que se introducía en el artículo 65 del Proyecto y que afecta a la disposición adicional decimoctava de la Ley del Mercado de Valores (regulación del Comité de Auditoría que han de tener las entidades emisoras de valores admitidas a cotización en mercados secundarios oficiales de valores).

Son novedad —que recoge el citado art. 98— la modificación de los siguientes artículos de la propia Ley del Mercado de Valores: 94, párrafo primero (competencia del Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para determinar los casos en que la publicidad de las actividades contempladas en esta Ley estará sometida a autorización o a otra modalidad de control administrativo y aprobación, en general, de las normas especiales a que la misma habrá de sujetarse) e introducción de un nuevo artículo 111 bis (no aplicación a las sociedades anónimas cotizadas del límite de emisión de obligaciones establecido en el art. 282 del texto refundido de la LSA).

7) *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 105).* Se mantiene la modificación de esta Ley al añadirle una nueva disposición adicional decimocuarta (régimen simplificado de contabilidad).

8) *Código de Comercio (RD 22 de agosto de 1985) (art. 106).* Se reiteran todas las modificaciones proyectadas contenidas en el artículo 68 del Proyecto, si bien se añaden otras dos, a saber:

— Artículo 18, apartado 4. El plazo para calificar e inscribir será de quince días, contados desde la fecha del asiento de presentación o desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o el despacho del título previo, respectivamente, si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviere defectos subsanables o existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad. En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de calificación y despacho. Por razones extraordinarias, la Dirección General de los Registros y del Notariado podrá, a solicitud del registrador

competente formulada dentro de los dos primeros días de plazo de despacho, ampliar hasta quince días más como máximo dicho plazo.

A la redacción que a este apartado había dado la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se le ha añadido la previsión de que el asiento se entenderá prorrogado cuando el cálculo de los quince días se compute desde la devolución, subsanación o despacho del título previo, y la posibilidad de que la Dirección amplíe por razones extraordinarias el plazo de despacho (*vid.* el nuevo art. 18, párrafo segundo LH en el número 11 de esta relación).

— Artículo 49, apartado 1. Impone la obligación de que el informe de gestión consolidada contenga la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación del conjunto de las sociedades incluidas en la consolidación, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbre a los que se enfrenta. Exposición que consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de las empresas comprendidas en la consolidación considerada en su conjunto, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la empresa. La novedad consiste en incluir en el informe los riesgos e incertidumbre y en detallar el contenido de la exposición.

Las modificaciones introducidas en los artículos 42, 46, 48 y 49 se aplicarán a las cuentas anuales consolidadas correspondientes a los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2005 (disp. final duodécima; décima del Proyecto).

9) *Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RD Legislativo 1564/1984, de 22 de diciembre) (art. 107).* Se mantienen las modificaciones proyectadas (arts. 200, 201 y 202) y, además, se añaden otras dos:

— Artículo 200. Se introduce una nueva indicación decimosexta en este artículo, conforme a la cual las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, en el sentido del punto 13 del artículo 1 de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, y que de acuerdo con la normativa en vigor únicamente publiquen cuentas anuales individuales, vendrán obligadas a informar en la memoria de las principales variaciones que se originarían en los fondos propios y en la cuenta de pérdidas y ganancias si se hubieran aplicado las normas internacionales de contabilidad aprobadas por los Reglamentos de la Comisión Europea.

— Artículo 202, apartado 1. Correlativo y, por tanto, similar a lo prevenido en el nuevo apartado 1 del artículo 49 CCom (obligación de que el informe de gestión contenga una exposición fiel sobre la evolución de

los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbre a los que se enfrenta).

La modificación introducida en los artículos 200, 201 y 202 se aplicará a las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2005 (disp. final duodécima; décima del proyecto).

10) *Actualización de las inscripciones en el Registro de Buques y Empresas Navieras (art. 113).* Sin variación se mantiene el artículo 73 del Proyecto.

11) *Ley de Aguas (RD Legislativo 1/2001, de 20 julio) (art. 129).* Novedad no proyectada.

La razón de ser de estas modificaciones –copiamos la Exposición de Motivos– es la incorporación al derecho español de la Directiva 2000/60/CE, “por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas cuyo plazo de trasposición finaliza el 22 de diciembre de 2003. La modificación realizada tiene como principal objetivo conseguir el buen estado y la adecuada protección de las aguas continentales, costeras y de transición, a cuyos efectos se regula la demarcación hidrográfica como nuevo ámbito territorial de gestión y planificación hidrológica, lo que supone igualmente la modificación de la disposición adicional décima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, siendo un aspecto capital de la reforma el establecimiento de un único plan hidrológico para cada una de las demarcaciones hidrológicas; se crea, para garantizar la adecuada coordinación en la aplicación de las normas de protección de las aguas, un nuevo órgano de cooperación interadministrativa; se da una nueva redacción a los artículos que regulan los objetivos, criterios, contenidos y procedimientos de elaboración de los planes hidrológicos de cuenca; se fijan los objetivos medioambientales para las aguas superficiales subterráneas, zonas protegidas y masas de agua artificiales y masas de agua muy modificadas, y se establecen los plazos para su consecución; se crea el registro de zonas protegidas; se regulan las bases y plazos que han de presidir el procedimiento para la participación pública, justificación igualmente de la Ley del plan hidrológico nacional. Se modifica el régimen económico financiero del agua, al introducir el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas.

“Se regula con mayor precisión el contenido, alcance y plazos la emisión del informe previo municipal a la realización de obras de interés general. Se declaran de urgente ocupación determinados bienes afectados por obras hidráulicas, en particular las referidas a las obras de infraestructura de las transferencias de recursos hídricos que autoriza el artícu-

lo 13 de la Ley 10/2201, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y se establece el régimen transitorio de recursos hídricos desde el embalse del Negratín al de Cuevas de Alzamora.”

Artículos “tocados”: 1, 2 16, 16 bis, 20, 26, 28, 30, 35, 36, 36 bis, 36 ter, 40, 40 bis, 41, 42, 55, 92, 92 bis, 92 ter, 92 quáter, 93, 99, 99 bis, 100, 108, 111 bis y 121 bis.

Disposiciones adicionales: se suprime la tercera y se incorporan las undécima, la duodécima y la decimotercera.

No olvidemos que, de acuerdo con la disposición adicional cuadragésima cuarta de esta Ley, en el plazo de un año (1 de enero de 2005) el Gobierno deberá dictar un RD Legislativo en el que se regularice, aclare y armonice la normativa legal existente en materia de aguas. Acepto apuestas.

12) Ley Hipotecaria (D. de 8 de febrero de 1946) (art. 135). Este artículo y el siguiente (los dos últimos del texto articulado de la Ley que examinamos) se engloban en el capítulo VII bajo la rúbrica “Acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva”. Capítulo que no aparecía en el proyecto y al que la Exposición de Motivos no dedica ni una sola palabra.

Las reformas que afectan a la LH son las siguientes:

— **Artículo 18, párrafo segundo.** Su contenido es idéntico al del nuevo artículo 18, apartado 4, del CCom (*vid.* núm. 7 de esta relación). Se mantiene, por tanto, la equiparación entre los plazos para calificar en materia civil y mercantil.

— **Artículo 19 bis, párrafo cuarto, regla 5.^a** Según la redacción que a esta regla había dado la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuando el registrador sustituto hubiera calificado negativamente el título, debía devolver éste al interesado a los efectos de recurrir frente a la calificación del registrador sustituto ante la Dirección General.

En la nueva redacción, tras mantenerse esta regla, se aclaran algunas dudas que se habían planteado y se adiciona: a) Que el recurso deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido, con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad; b) que en la calificación el registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención, no pudiendo versar sobre ninguna otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma; y c) que para fundar su decisión podrá pedir informe al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que lo evacuará a través de sus ser-

vicios de estudios, todo ello bajo responsabilidad del registrador y sin que pueda excederse del plazo de calificación.

— Artículo 248, párrafo tercero. En este artículo –redactado por la citada Ley 24/2001– se establece la obligación de llevar un libro-Diario donde los registradores extenderán un breve asiento de presentación de cada título, así como la regla general de que la práctica de estos asientos sea correlativa a la hora de presentación de los respectivos títulos. Ahora se añade que “Los documentos presentados por telefax, cuando la Ley o el reglamento admitan este medio de presentación, se anotarán en el Diario, de conformidad con la regla general, a excepción de los que se reciban fuera de las horas de oficina, que se asentarán en el día hábil siguiente” y, además, y con punto y aparte, que “El asiento de presentación caducará si, en el plazo de diez días hábiles siguientes, no se presenta en el registro el título original o su copia autorizada”.

No hace falta ser un lince para darse cuenta que se añaden dos párrafos y no solamente “un párrafo tercero”.

— Artículo 322, párrafo tercero. Se regula en este artículo la obligación de notificar al presentante y al notario autorizante del título y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido la calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo.

El párrafo tercero –que es al que se da nueva redacción– establecía que “igualmente deberá notificarse la calificación negativa de cláusulas concretas cuando se haya practicado la inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado. Del mismo modo deberá notificarse la negativa a practicar la inscripción de títulos no calificados en plazo”.

Según la nueva redacción, se mantiene la obligación de notificar “la calificación negativa de cláusulas concretas cuando la calificación suspensiva o denegatoria no afecte a la totalidad del título, el cual podrá inscribirse parcialmente a solicitud del interesado”, y se aclara seguidamente que: “En este caso podrán practicarse asientos posteriores, siempre que no impidan en su día la inscripción de las cláusulas suspendidas o denegadas en el caso de que se recurra la calificación y se estime la impugnación. Interpuesto el recurso, el registrador hará constar por nota al margen del asiento correspondiente una relación sucinta pero suficiente del contenido de los pactos o cláusulas realizadas”.

De la obligación de notificar la negativa a practicar la inscripción de títulos no calificados en plazo, se guarda el más absoluto silencio. Silencio que parece llevarnos a la conclusión de que no es necesaria su notificación. Innecesidad que va a plantear dudas respecto al cómputo de la prórroga automática del asiento de presentación por sesenta días que, según el párrafo primero del artículo siguiente (el 323), se cuenta “desde la fecha de la última notificación a que se refiere el artículo anterior”.

— Artículo 323, párrafo segundo. Se intercala entre los vigentes párrafos primero y segundo un nuevo párrafo segundo –con lo que, aunque no se diga expresamente, el anterior segundo pasará a ser tercero– en el que se establece que “La duración de la prórroga y del plazo para interponer recurso gubernativo empezará a contar, en el caso de que se vuelva a presentar el título calificado durante la vigencia del asiento de presentación sin haberse subsanado los defectos en los términos resultantes de la nota de calificación, desde la notificación de ésta”.

— Artículo 327, penúltimo párrafo. A la redacción primigenia (“Habiéndose estimado el recurso, el registrador practicará la inscripción en los términos que resulten de la resolución”) se adiciona que “El plazo para practicar los asientos procedentes, si la resolución es estimatoria, o los pendientes, si es desestimatoria, empezará a contarse desde que hayan transcurrido dos meses desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, a cuyo efecto, hasta que transcurra dicho plazo, seguirá vigente la prórroga del asiento de presentación. En caso de desestimación presunta por silencio administrativo, la prórroga del asiento de presentación vencerá cuando haya transcurrido un año y un día hábil, desde la fecha de la interposición del recurso gubernativo. En todo caso, será preciso que no conste al registrador interposición del recurso judicial a que se refiere el artículo siguiente”.

— Artículo 328. Se le añade un nuevo párrafo, que pasa a ser el penúltimo, y que queda redactado en los siguientes términos: “La interposición del recurso judicial suspenderá la ejecución de la resolución impugnada hasta que sea firme. No obstante, en cualquier estado del proceso, a instancia de parte, el juez o tribunal, previa audiencia de los interesados, y teniendo en cuenta los intereses implicados, podrá decretar la ejecución de la resolución. En este caso, podrá exigir al solicitante la prestación de la correspondiente fianza”.

Vistas todas las modificaciones introducidas en la LH opinamos que las materias de calificación de los registradores y posibles recursos contra ellos están cada día más embrolladas. Opinión personal que someto a cualquier otra mejor fundada.

13) *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (art. 136).* Ni has leído mal ni se trata de una errata. Todos sabemos de la existencia de una nueva LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero) y que la misma entró en vigor, en términos generales, el 8 de enero de 2001. Lo que se nos ha podido ir de las manos –personalmente entono mi particular *mea culpa*– es que hubo materias en que se ha mantenido vigente la antigua de 1881 (*vid.* su disp. derogatoria única) y entre ellas se encuentra el artículo 955, que es al que se da nueva redacción.

Según la versión original, “La ejecución de sentencias pronunciadas en naciones extranjeras se pedirá ante el Tribunal Supremo.= Se exceptúa el caso que, según los Tratados, corresponda su conocimiento a otros Tribunales”.

Esta versión, que debía mantenerse en vigor “hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”, según la citada disposición derogatoria única (número 1, excepción 3.^a), se modifica de tal forma que, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia (del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas. Subsidiariamente la competencia se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos).

14) *Régimen de rectificación de bases en el IVA y en el Impuesto General Indirecto Canario hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (disp. adic. segunda).* Se mantiene.

15) *Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de Sociedades de Desarrollo Industrial Regional (disp. adic. tercera).* Se mantiene.

16) *Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen fiscal de las Cooperativas (Disp. adic. cuarta).* Se mantiene.

17) *Régimen fiscal de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro (disp. adic. quinta).* En el proyecto, en la disposición adicional del mismo número y con la misma rúbrica que precede, se modificaba la Ley 40/1998 del IPPE, añadiéndosele una nueva disposición adicional, la vigésimo cuarta, en las que se establecía que lo prevenido en los artículos 17.2.a), 23.1, 43.2.a), 44 bis y 66 de la citada Ley del IRPF, en relación con las acciones y participaciones en entidades, será aplicable a las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro [*vid.* número 11, de letra E) del apartado II de la Circular 131/2003].

La Ley, en redacción más amplia, señala que “El régimen fiscal de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro será el mismo que se aplique, en todos los casos y figuras impositivas y a todos los efectos, a las acciones y participaciones en el capital social o fondos propios de entidades, de acuerdo con la normativa legal y de desarrollo vigente”.

18) *No afectación de la legislación de extranjería (disp. adic. séptima).* Novedad.

Lo dispuesto en el capítulo III del título II de esta Ley (“Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”, arts. 27 a 43) de anterior referencia (*vid.* núm. 1 de este apartado E) se entiende sin perjuicio de la regulación establecida en cuanto a la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

19) *Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas (disp. adic. decimotercera).* Nueva. Según el texto de la adicional citada, “Se introduce un nuevo párrafo a la disposición adicional novena de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas”. Esta Ley se publicó en el BOE número 277, correspondiente al 19 de noviembre de 2003, y en su texto no aparece ninguna disposición adicional novena, por lo cual nos parece que lo que esta Ley de acompañamiento debía haber dicho es que “se introduce una nueva disposición adicional, novena”.

El contenido añadido es el siguiente: “A los efectos de esta Ley, las referencias a las Comunidades Autónomas se entenderán también realizadas a las ciudades de Ceuta y Melilla en sus respectivos ámbitos competenciales”.

20) *Régimen fiscal de determinados préstamos de valores (disp. adic. decimooctava).* Supone otra novedad con respecto al texto del proyecto. Este régimen –en cuyo examen no entramos– es aplicable a los siguientes préstamos de valores: a) Los regulados en el apartado 7 del artículo 36 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (los de valores negociados en un mercado secundario cuya finalidad sea la disposición de los mismos para su enajenación posterior) y b) a los no comprendidos en la letra anterior que tengan por objeto valores admitidos a negociación en bolsas de valores, mercados y sistemas organizados de negociación radicados en Estados miembros de la OCDE que cumplan los requisitos previstos en el artículo 30 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y reúnan las siguientes condiciones: que la cancelación del préstamo se efectúe mediante devolución de otros tantos valores homogéneos a los prestados, que se establezca una remuneración dineraria a favor del prestamista y, en todo caso, se convenga la entrega al prestamista de los importes dinerarios correspondientes a los derechos económicos o que por cualquier otro concepto se deriven de los valores prestados durante la vigencia del préstamo; que el plazo de

vencimiento no sea superior a un año, y que el préstamo se realice o instrumente con la participación o mediación de una entidad financiera establecida en España y los pagos al prestamista se efectúen a través de dicha entidad.

El régimen fiscal introducido afecta al IRPF, al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

21) *Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen jurídico de enajenación de Participaciones Públicas de determinadas empresas (disp. adic. vigésima quinta).* Esta modificación tampoco estaba recogida en el Proyecto. Las novedades afectan a los artículos 1 (ámbito de aplicación subjetiva), 2 (presupuesto de aplicación), 3 (régimen de notificación), 4 (procedimiento), 5 (criterios de decisión del órgano competente), 6 (efectos); a la disposición adicional primera; a las transitorias primera a sexta, ambas inclusive; y a la disposición final cuarta.

Dado que el ámbito de aplicación de esta Ley queda limitado a las entidades de naturaleza mercantil que cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por 100 de éste, estén controladas por el socio estatal y su actividad sea prestar servicios esenciales o públicos, o desarrollen actividades sujetas por ley y por razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, o estén exentas de la libre competencia en los términos del artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, nos autoliberamos de examinar las novedades introducidas por considerar que ello excedería del fin meramente informativo de esta Circular. Con los datos facilitados sabemos dónde buscar y el que tenga interés en el tema ya sabe a dónde tiene que acudir.

22) *Régimen fiscal del acontecimiento “Copa América 2007” (disp. adic. trigésima cuarta).* Novedad introducida en la Ley. A los efectos de lo prevenido en el artículo 27 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, se califica a la celebración de dicha “Copa América 2007” como acontecimiento de excepcional interés público, lo que supone la concesión de beneficios fiscales máximos establecidos en el número 3 de dicho artículo 27. La duración del programa de apoyo alcanzará desde el 1 de enero del 2004 hasta el 31 de diciembre de 2007. Interesados en la materia deberán estudiar esta adicional vigésima cuarta.

23) *Programa PREVER (disp. adic. trigésima quinta y trigésima sexta).* Novedades. A los interesados en cambiar sus “locos cacharros” se les

recomienda la lectura de estas dos adicionales, así como de la disposición derogatoria segunda (con efectos a partir del 1 de enero de 2007).

24) *Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (disp. adic. trigésimo octava).* Esta novedad no estaba incluida en el Proyecto y consiste en introducir en la citada Ley una disposición transitoria segunda por la que se declara exentos de la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD los traslados a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de sociedades cuya actividad y objeto social exclusivo consistan en la emisión de participaciones preferentes y/u otros instrumentos financieros, que estuvieran constituidas antes del 6 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigor de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales).

25) *Cajas de Ahorro (disp. transitorias cuarta y quinta).* Modificaciones no proyectadas.

En la transitoria cuarta se concede el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley (hasta el 1 de julio de 2004) para que las Cajas de Ahorro adopten sus estatutos, en orden a la representación en la Asamblea General de los distintos grupos (Corporaciones Municipales, impositores, personas o entidades financieras de las Cajas y empleados de las mismas), a lo prevenido en el nuevo párrafo del apartado 3 del artículo 2 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (redacción dada por el artículo 101 de esta Ley, conforme a la cual cuando las Cajas de Ahorros tengan abiertas oficinas en más de una CA, la representación en la Asamblea General de los distintos grupos, con excepción de los que, en su caso, representen a las Comunidades Autónomas y de lo previsto en el apartado 1 c) y d) del presente artículo –personas o entidades fundadoras y empleados–, deberá ser, en observancia del principio de igualdad, proporcional a la cifra de depósitos entre las diferentes CCAA en que tengan abiertas oficinas, dentro del porcentaje atribuido a cada uno de ellos).

Y en la quinta se concede el mismo plazo para que las Comunidades Autónomas adopten su legislación sobre Cajas de Ahorros a las modificaciones introducidas en la normativa básica de aplicación en materia de Cajas de Ahorros dispuestas en esta Ley (*vid.* su citado art. 101).

26) *Procedimientos concursales en tramitación el 1 de septiembre de 2004 (disp. transitoria séptima).* Ya vimos en su momento, al examinar las

modificaciones introducidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cómo las modificaciones introducidas por esta Ley [*vid.* su art. 2.tercero) en el párrafo b) del apartado 2 de artículo 12 y en el párrafo b) del apartado 4 del artículo 81 de su Ley reguladora (Ley 43/1995)] tendrán efectos para los procedimientos concursales iniciados a partir de 1 de septiembre de 2004 (fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal).

Esta transitoria reitera esta norma y, además, señala que “a los procedimientos que se encuentren en tramitación en dicha fecha les serán de aplicación las citadas normas según su redacción vigente hasta el 31 de agosto de 2004, en cuanto se rijan por el derecho anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

27) *Subvenciones al transporte aéreo para residentes en las Islas Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla (disp. final primera).* Se mantiene.

28) *Normas contables (disp. final undécima).* Se mantiene inalterado el contenido de la disposición final novena del Proyecto.

29) *Ley 39/1988, de 23 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (disp. final decimosexta).* Nueva. Se modifica la disposición adicional decimotercera de dicha Ley, que había introducido la Ley 19/2003, de 4 de julio. Conforme al nuevo texto, el Gobierno deberá elaborar y aprobar en el plazo de quince meses, a partir del 1 de enero de 2004 (1 de abril de 2005), el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

30) *Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario (disp. final decimoséptima).* Nueva. Autorización al Gobierno para refundir en el plazo máximo de quince meses y en un solo texto las disposiciones vigentes reguladoras del Catastro y, especialmente, la normativa sobre la materia contenida en esta Ley de acompañamiento, así como en la Ley de 23 de marzo de 1906 (Catastro Parcelario) y las Leyes 7/1986, de 24 de enero (Ordenación de la Cartografía); 39/1988, de 28 de diciembre (Reguladora de las Haciendas Locales); 13/1996, de 30 de diciembre (Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) y 24/2001, de 27 de diciembre (también de Medidas fiscales, etc.). Mucha tarea para tan poco tiempo.

31) *Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes (disp. final decimoctava).* Se modifica su disposición adicional cuarta, a su vez modificada por la disposición adi-

cional cuarta de la Ley 19/2003, de 4 de julio. Un nuevo reto y una nueva promesa: el Gobierno elaborará y aprobará en el plazo de quince meses, a contar desde el 1 de enero de 2004 (1 de abril de 2005), los textos refundidos del IRPF, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y del Impuesto sobre Sociedades.

APÉNDICE COMPRENSIVO DE LAS NORMAS APLICABLES EN LAS ILLES BALEARS

En el *BOIB* número 172 Ext., correspondiente al 29 de diciembre de 2003, se publican la Ley 9/2003, de Presupuestos Generales para el año 2004, y la Ley 10/2003 –ambas del 22 de diciembre–, de Medidas Tributarias y Administrativas.

De ambas leyes resumimos los extremos que hemos considerado de mayor interés notarial:

I. Ley 9/2003, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales

En materia de Tributos, su artículo 19 establece los principios generales o rectores:

1. Las cuotas fijas de los tributos propios y otras prestaciones patrimoniales de carácter público de la Hacienda de esta Comunidad Autónoma, se aumentarán en la cantidad que resulte de aplicar a la exigida durante el año 2003 el coeficiente derivado del incremento del IPC del Estado español correspondiente al ejercicio de 2002.

2. Las cifras resultantes de la aplicación del indicado coeficiente se redondearán por exceso o por defecto al céntimo más próximo. Si la cantidad obtenida tuviera cifra decimal que sea cinco, el redondeo se efectuará a la cifra superior.

3. Se exceptúan del incremento los tributos y las prestaciones patrimoniales de carácter público que se hayan actualizado por normas aprobadas en el año 2003.

II. Ley 10/2003, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas

De esta Ley –que se autodenomina en su E. de M. “de acompañamiento de los presupuestos generales”– destacaremos las normas tributa-

rias, de una parte, y de otra, las disposiciones que hemos considerado notarialmente interesantes.

A) Normas tributarias.

1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 1).* De conformidad con lo establecido en el artículo 38.1.b) (Alcance de las competencias normativas en el IRPF) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, se establecen las deducciones siguientes, que tienen que aplicarse a la cuota íntegra autonómica de este impuesto:

a) Deducción por gastos de adquisición de libros de texto (segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y ciclos formativos de formación profesional específica): el 100 por 100 de los importes destinados a su adquisición por cada hijo que curse estudios, con los siguientes límites:

a.1. En declaraciones conjuntas y con una base imponible previa a la aplicación del mínimo personal y familiar:

- De hasta 9.000,00 euros: 100,00 euros por hijo.
- Entre 9.000,01 y 18.000,00 euros: 50,00 euros por hijo.
- Entre 18.000,01 y 24.000,00 euros: 25,00 euros por hijo.

a.2. En declaraciones individuales y en función de la base imponible previa:

- De hasta 4.500,00 euros: 50,00 euros por hijo.
- Entre 4.500,01 y 9.000,00 euros: 25,00 euros por hijo.
- Entre 9.000,01 y 12.000,00 euros: 18,00 euros por hijo.

A efectos de la aplicación de esta deducción, sólo podrán tenerse en cuenta los hijos a que se refiere el artículo 40 de la Ley 40/1998 –la referencia debe ser al art. 40 ter tras la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF– (solteros menores de veinticinco años o discapacitados de cualquier clase, siempre que convivan con el contribuyente y no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, a los que se asimilarán las personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento), y exigirá, además, que la parte general de la base imponible, previa la aplicación del mínimo personal y familiar, no supere la cuantía de 24.000,00 euros en tributación conjunta y 12.000,00 euros en tributación individual.

b) Deducción aplicable a los sujetos pasivos residentes de edad igual o superior a los sesenta y cinco años: 36,00 euros por cabeza siempre que su base imponible, antes de las reducciones por el mínimo personal y familiar no supere los 12.000,00 euros en la tributación individual y los 24.000,00 en la conjunta.

c) Deducción por adquisición o rehabilitación de vivienda habitual en el territorio de esta CA realizada por jóvenes residentes en ella: el 6,5 por 100 de las cantidades satisfechas por estos conceptos, siempre y cuando su base imponible, antes de la reducción por mínimo anual y familiar, no exceda de 18.000,00 euros (tributación individual) o de 30.000,00 euros (conjunta).

Esta deducción tiene una base máxima, a saber: el importe resultante de minorar la cantidad de 9.000,00 euros en aquellas cantidades que constituyan para el contribuyente la base de la deducción por inversión en vivienda habitual en la normativa estatal del impuesto (*vid.* art. 55.1 de la Ley 40/1998).

Se entenderá por vivienda habitual la definida como tal en el artículo 55.1.3.º de la citada Ley: aquella en la que el contribuyente haya residido durante un plazo continuado de tres años, o cuando a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, aquella en la que se produzca su fallecimiento o cuando hayan concurrido circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda (separación matrimonial, traslado laboral, primer empleo, empleo más ventajoso y otras análogas).

d) Deducción por arrendamiento de vivienda habitual en el territorio de esta CA por jóvenes residentes:

1) Los sujetos pasivos menores de treinta y seis años tendrán derecho a aplicar en la cuota autonómica una deducción del 10 por 100 de las cantidades satisfechas en el período impositivo, con un máximo de 200,00 euros anuales, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

— Que se trate del arrendamiento de la vivienda habitual del contribuyente, ocupada efectivamente por éste, siempre que la fecha del contrato sea posterior a 23 de abril de 1998 y la duración sea igual o superior a un año (¿qué hacemos con el vigente art. 9 de la LAU –plazo mínimo de duración de los arrendamientos de vivienda–?).

— Que se haya constituido el depósito de la fianza a que se refiere el artículo 36.1 de la LAU (una mensualidad de renta) a favor del Instituto Balear de Vivienda (IBAVI).

— Que, durante al menos la mitad del período impositivo, ni el contribuyente ni ninguno de los miembros de su unidad familiar sean titulares, del pleno dominio o de un derecho real de uso y disfrute, de otra

vivienda que esté a menos de 70 kilómetros de la arrendada, salvo que la otra vivienda esté en otra isla.

— Que el contribuyente no tenga derecho en el mismo período impositivo a ninguna deducción por inversión en vivienda habitual, con excepción de la correspondiente a las cantidades depositadas en cuentas vivienda.

— Y que la base imponible, antes de la aplicación de las reducciones por el mínimo personal y familiar, no supere la cuantía de 18.000,00 euros (tributación individual) y de 30.000,00 euros (conjunta).

2) Se entiende por vivienda habitual la definida en el citado artículo 55.1.3.º de la Ley 40/1998.

e) Deducción por gastos de guardería y escolares: el 15 por 100 de las cantidades satisfechas en el período impositivo, con un máximo de 200,00 euros anuales, siempre que se trate de hijos menores de tres años.

La deducción sólo podrán realizarla los padres que trabajen fuera del domicilio familiar y cuya base no supere la cuantía de 12.000,00 euros para declaraciones individuales y de 24.000,00 euros para las conjuntas y, como siempre, sean calculadas antes de la aplicación del mínimo personal y familiar.

f) Deducción para declarantes con discapacidad física o psíquica o con descendientes solteros o ascendientes con esta condición que residan en estas islas: 60,00 euros para cada sujeto pasivo y, si procede, por cada miembro de la unidad familiar residente en esta CA que tenga la consideración legal de persona con una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 (*vid.* art. 148 del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Tienen derecho a esta deducción sólo aquellos sujetos pasivos cuya base imponible, antes de las reducciones por el número personal y familiar, no supere la cuantía de 12.000,00 euros (tributación individual) y de 24.000,00 (conjunta).

2) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 2). De acuerdo con lo previsto en las letras a) y d) del artículo 40.1 de la Ley 21/2001 (Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones), se establecen las siguientes reducciones, deducciones y bonificaciones:

a) Reducciones:

— Del 100 por 100 respecto del valor de la vivienda habitual del causante, con el límite de 120.000,00 euros por cada sujeto pasivo, siempre

que los causahabientes sean el cónyuge (¿dónde se ha esfumado el conviviente de hecho?), los ascendientes o los descendientes de aquél, o parientes colaterales (ojo: sin límite de grado) mayores de sesenta y cinco años que hayan convivido con el causante durante los dos años anteriores a la defunción.

Se exige que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes a la defunción del causante, a no ser que la adquirente la espiche dentro de este plazo. Caso de no cumplirse este requisito de permanencia, tendrá que satisfacer la parte del impuesto que no haya dejado de ingresar y los intereses de demora (?) correspondientes, y

— se eleva hasta 300.000,00 euros la reducción para las adquisiciones por causa de muerte por los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir (*vid.* art. 6 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) que sean residentes en las Illes Balears y que tengan la consideración legal de minusválidos con un grado de discapacidad superior al 65 por 100. Reducción que será compatible con el resto de reducciones que puedan corresponderles de acuerdo con el artículo 20 de la mentada Ley 29/1987. No se olvide que la reducción establecida con carácter general por la precitada Ley para los supuestos similares de discapacidad es de 150,253,03 euros.

b) Bonificaciones: del 99 por 100 sobre la cuota tributaria, a los sujetos pasivos por obligación personal que sean residentes y que estén comprendidos en el grupo I del artículo 20 de la repetida Ley 20/1987 (descendientes y adoptados menores de veintiún años).

c) Deducciones: del 85 por 100 en la cuota tributaria a los sujetos pasivos por obligación personal que sean residentes, en las donaciones de dinero de padres a hijos para la adquisición de la primera vivienda que tenga que constituir la residencia habitual de éstos, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

— La donación debe formalizarse en escritura pública (¡una a favor!) y debe hacerse constar de manera expresa la voluntad de que el dinero donado se destina a la expresada adquisición.

— La edad del donatario no puede exceder de los treinta y cinco años en la fecha de formalización de la donación.

— El donatario debe tener un patrimonio inferior a 400.000,00 euros al tiempo de la fecha de formalización de la donación, y

— El importe máximo susceptible de integrar la base de la bonificación sea de 30.000,00 euros, salvo que se trate de contribuyentes discapacitados con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, en el que ese importe se eleva a 42.000,00 euros.

“Estos límites serán de aplicación tanto en el caso de una única donación como en el caso de donaciones sucesivas, ya sean provenientes del mismo ascendiente o de diferentes ascendientes.” Así reza el último párrafo del artículo 2. Párrafo un tanto difícil de interpretar. Habida cuenta de que el fisco siempre barre para casa, lo más lógico –para él– sea entender que, en caso de donación de ambos padres, la base de la bonificación será, en total, la de 30.000 ó 42.000 euros; y que, tratándose de donaciones sucesivas, se acumularán hasta los límites indicados. Nada se nos dice respecto del plazo entre unas y otras, lo que parece dar por resuelta la duda de que no será de aplicación el de tres años establecido en el artículo 30 de la ley reguladora de este Impuesto.

3) Normas de gestión tributaria (art. 5). Partiendo del artículo 12 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, según el cual las declaraciones o autoliquidaciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones deben presentarse ante los órganos competentes que determine la normativa vigente, y que establece la obligación del órgano de la oficina liquidadora que se considere incompetente de remitir, de oficio y sin necesidad de notificación personal al presentador, la documentación correspondiente al órgano u oficina competente, en esta Ley, a los efectos de mejorar el control de los hechos imponible cuyo rendimiento deba corresponder a la CA de las Illes Balears –por aplicación de los puntos de conexión previstos en los arts. 24 y 25 de la Ley 21/2001 tantas veces citada–, se impone a los registradores de la propiedad (¿y los mercantiles?) radicados en este territorio la siguiente obligación: Poner en conocimiento de la consejería competente en materia de hacienda los actos y contratos que se presenten a inscripción y que hayan dado lugar a la liquidación de los antedichos impuestos en otras CCAA. El consejero de hacienda regulará por orden el procedimiento y, en particular, los plazos y los modelos para hacer efectiva esta obligación de comunicación.

Además, y con la finalidad de comprobar que efectivamente se ha llevado a cabo el pago y la presentación de los documentos a liquidar por cualquiera de los repetidos impuestos (cfr. arts. 33 de la Ley 29/1987 y 54.1 del RD Legislativo 1/1993) ante los órganos competentes de esta CA, se establece que el consejero competente en materia de hacienda deberá establecer, mediante Orden, la forma de justificación del pago y de la presentación de dichos documentos ante los Registros en los que tengan que inscribirse, así como el procedimiento para que los registradores de la propiedad (volvemos al interrogante: ¿y los mercantiles en materia de operaciones societarias?), radicados dentro del ámbito territorial de las

Illes Balears, puedan verificar por procedimientos telemáticos la realidad del ingreso y de la presentación de los documentos.

B) Otras normas.

1) *En materia de aguas (art. 22).* En gran síntesis, las novedades son:

— Dejar sin efecto en el ámbito territorial de estas islas el contenido del apartado 2 del artículo 54 del RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, el cual queda sustituido por la norma siguiente: “Las captaciones de aguas subterráneas o de manantiales de menos de 7.000 m³/año requieren autorización administrativa, que deberá otorgarse en función de los volúmenes disponibles estimados en la planificación hidrológica”. La regla general es la de la no necesidad —en las condiciones que reglamentariamente se establezcan—, salvo en los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados.

— Dejar sin efecto en nuestro ámbito territorial el apartado 4 del artículo 55 de la Ley de Aguas, que se sustituye por la norma que establece que todos los abastecimientos de población estable o flotante gestionados directa o indirectamente por las entidades locales deberán disponer de contadores en cada uno de los puntos de captación de agua, con la obligación de mantenerlos en perfecto estado y de suministrar a la Administración hidráulica la información que requiera. Reglamentariamente, mediante Decreto del Consejo de Gobierno, se determinarán las condiciones técnicas generales para la realización de captaciones y abandonos. Para las captaciones de abastecimiento público se establecerán unas condiciones específicas.

— En orden a las normas relativas a la gestión de la demanda de agua, disponer que el Govern, mediante Decreto, deberá establecer medidas para dicha gestión (un programa obligatorio de instalación de contadores individuales, así como instalaciones de fontanería de bajo consumo y ahorradora de agua en todas las viviendas, establecimientos turísticos, industriales, comerciales y agrícolas e instalaciones urbanas de nueva construcción que requieran suministro de agua).

La elaboración y la ejecución de estos programas y planes corresponderá a los Ayuntamientos, Consejos Insulares y al Govern, de acuerdo con sus respectivas competencias.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 59.4 de la Ley de Aguas (toda concesión de aguas se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años), en los núcleos urbanos legalmente constituidos que no dispongan de otra fuente alternativa de aguas para su abastecimiento, la

Administración hidráulica podrá otorgar nuevas concesiones para abastecerlos, a petición razonada del Ayuntamiento correspondiente.

— Declarar servicio público de carácter autonómico, en régimen de concurrencia con los particulares, el abastecimiento de agua en alta a favor de los Ayuntamientos para consumo doméstico. Reglamentariamente se fijarán las condiciones de prestación de este servicio público, así como su contraprestación pecuniaria, que tendrá la consideración de precio público.

— Y otorgar a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas afectadas por las disposiciones transitorias de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (titulares de aprovechamiento de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, y titulares de aprovechamientos de aguas por cualquier otro concepto distinto de los anteriores) que se encuentren en posesión de las autorizaciones correspondientes otorgadas por el organismo competente en materia minera o hidráulica con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada ley (que lo fue el 1 de enero de 1986, según su disp. final tercera) un plazo de dos años, a contar a partir de la entrada en vigor de la presente (hasta el 1 de enero de 2006) para solicitar su inclusión en el catálogo de aguas privadas (disp. adicional novena).

2) Legalización de determinadas viviendas en la isla de Eivissa (disp. adic. decimoctava). Las viviendas unifamiliares aisladas existentes en su área de protección territorial costera el 1 de enero de 2004, podrán ser legalizadas, sea cual sea la calificación de rústico que ostenten los terrenos, siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

a) No estar ubicados dentro de la franja de 250 metros contigua a la ribera del mar.

b) Estar situadas por debajo de la cota de 250 metros sobre el nivel del mar.

c) No estar ubicadas en una zona calificada como zona A por las Normas Subsidiarias de planeamiento definitivamente aprobadas por el Govern en fecha 26 de julio de 1990.

d) Y que, junto a la solicitud de legalización, se presente un proyecto de restauración paisajística específicamente diseñado para disminuir su impacto, así como fianza, aval o cualquier otro medio de garantía admitido en derecho que sea suficiente para garantizar la ejecución del citado proyecto.

En estas viviendas no se permitirá ninguna obra de ampliación del volumen existente a 1 de enero de 2004.

3) *Modificación de la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial (disp. adic. vigésimo segunda).* Los artículos afectados son:

— Artículo 10. Se añaden tres nuevos párrafos al final de la letra b) de su número 1 (aprobado inicialmente el plan territorial por el Pleno del Consejo Insular competente, se acordará la suspensión del otorgamiento de aquellas licencias y autorizaciones que, a pesar de cumplir las determinaciones legales vigentes, se considere que impidan o dificulten la viabilidad del futuro plan, así como la suspensión de la aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico. Esta suspensión regirá hasta la aprobación definitiva del plazo territorial insular o, en todo caso, por un período máximo de dos años).

— Artículo 10. Se añade un nuevo párrafo al final de la letra f) de su número 1 [el acuerdo en el que se disponga el nuevo período de información pública deberá revisar el alcance y los efectos de la suspensión de la letra b), a la que acabamos de referirnos en el apartado anterior, debiendo incorporar a tal efecto un nuevo informe favorable de la Comisión de Coordinación de Política territorial].

— Artículo 13. Se modifican las letras a) (para la tramitación de los planes directores sectoriales elaborados por el Govern; la iniciación del procedimiento corresponde a la Conserjería competente en la materia objeto de ordenación; antes a la Consejería competente en materia de ordenación territorial) y b) (la aprobación inicial de dichos planes corresponde a la Consejería competente en la materia objeto del plan; antes al Consejo de Gobierno), ambas del número 2 de dicho artículo.

— Artículo 13. Se le añade un nuevo número 4, pasando a ser el 4 actual el punto 5. Este nuevo punto 4 es de contenido similar al ya reseñado de la letra b) del número 1 del artículo 10 (simultáneamente a los acuerdos de aprobación inicial se acordará la suspensión del otorgamiento de licencias y autorizaciones, así como la de tramitación y aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico).

— Artículo 17. Se modifica su número 1 (simultáneamente o con posterioridad al acto de iniciación del procedimiento de formulación de un instrumento de ordenación territorial, o de revisión o modificación, el órgano competente puede apreciar la necesidad de elaborar una norma territorial cautelar. Esta norma regía, según la redacción anterior, hasta la entrada en vigor del instrumento de ordenación correspondiente. Según la nueva, hasta la aprobación inicial de dicho instrumento de ordenación, excepto en el caso de las Directrices de Ordenación Territorial, que regirán hasta su entrada en vigor).

— Artículo 17. Se modifica la letra c) de su número 2 (una vez estudiadas las alegaciones y los informes emitidos, el mismo órgano que acep-

tó inicialmente la norma territorial cautelar la aprobará definitivamente en el plazo máximo de seis meses, contados –por error en el *BOIB*, “contadores”– desde la aprobación inicial, transcurridos los cuales la aprobación no producirá ningún efecto. El texto anterior declaraba competente al mismo órgano que tenga atribuida la aprobación definitiva del instrumento de ordenación correspondiente).

— Artículo 17. Se modifica el número 5 (antes, la vigencia de las normas territoriales cautelares previas a las Directrices de Ordenación territorial y a los planes territoriales insulares no debía superar los cinco años; plazo que será de tres años para las normas territoriales cautelares previas a la aprobación de planes directores sectoriales o a la modificación de cualquier instrumento de ordenación territorial. Ahora, se incluyen los planes territoriales insulares en el plazo de tres años).

Todas las modificaciones hasta aquí expuestas serán de aplicación para la aprobación de instrumentos de ordenación territorial o para su modificación o revisión siempre que el 1 de enero de 2004 no hubieran sido aprobados inicialmente. Para los inicialmente aprobados podrá, no obstante, acordarse la suspensión del otorgamiento de licencia y autorizaciones, así como la de tramitación y aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico en los términos examinados.

4) Terrenos urbanizables o aptos para la urbanización (disp. adic. vigésimo cuarta). A los efectos previstos en la letra b) del número 2 de la disposición transitoria sexta de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y medidas tributarias, mantendrán su clasificación como urbanizables o aptos para la urbanización aquellos terrenos que indique el Plan territorial insular de entre los cuales, en la entrada en vigor de dicha Ley (18 de abril de 1999) y disponiendo de planeamiento parcial aprobado y careciendo de instrumento de ejecución del mismo, se hubieran realizado obras y servicios de urbanización cuyo coste superase el 50 por 100 del coste total de la urbanización, y que precisen ser completadas o sea necesaria la ejecución de las no realizadas o instaladas, a los efectos de: b1) garantizar la ejecución y la implantación de la totalidad de las obras, las infraestructuras y los servicios exigibles por el planeamiento parcial. b2) Alterar las características de la ordenación inicialmente previstas.

Mientras no se haya aprobado el correspondiente plan territorial insular, podrán aprobarse instrumentos de planeamiento urbanístico general que incorporen como urbanizables o aptos para la urbanización terrenos de los comprendidos en el párrafo anterior, siempre que cuenten con in-

forme favorable de la Comisión de Coordinación de Política territorial en relación con el cumplimiento de los requisitos establecidos en este punto.

Es muy posible que más de uno de los pacientes lectores de este trabajo no se haya dado cuenta que su elaboración, así como la de la Circular 131/2003 que completa, ha sido muy laboriosa. Me he “escornao”, aunque no se lo crean. Y lo triste es que ahora, que me toca poner el punto final, me he dado cuenta que dentro de poco todo puede haber cambiado y se cumplan, una vez más, las palabras que el famoso Fiscal General de Prusia Jules von Kirchmann pronunció en su conocida conferencia “Acerca de la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia”: el carácter cambiante del Derecho transforma con unas pocas palabras rectificadoras del legislador a bibliotecas jurídicas enteras en basura.

EN TORNO AL ÁMBITO DE FACULTADES DEL CONTADOR-PARTIDOR

**(A propósito de las resoluciones de la Dirección
General de los Registros y del Notariado
de 17 de mayo de 2002 y 13 de mayo
y 20 de septiembre de 2003)**

JOSÉ-MARÍA NAVARRO VIÑUALES

Notario

Recientemente la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DG) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el ámbito de las facultades que corresponden al contador-partidor (en adelante CP), en orden a ejecutar la partición testamentaria. Trataremos de ofrecer un somero análisis de las cuestiones jurídicas que se plantearon en tres concretas resoluciones.

El núcleo central de las facultades del CP lo constituye la “simple facultad de hacer la partición” (art. 1.057 Código Civil). Claro está que la cuestión se complica debido a que el testador puede conferir al CP otras facultades adicionales (siempre que tal concesión no contrarie normas imperativas o prohibitivas, lo que plantea un problema interpretativo adicional). Ahora bien, los actos que verifique el CP más allá de tales facultades –las inherentes al cargo, las conferidas válidamente por el testador– precisarán para su validez el consentimiento unánime de los herederos.

Las tres resoluciones que vamos a comentar se refieren a supuestos en que el testador nombraba CP sin ampliar el marco de sus facultades. En tales casos podemos afirmar, como punto de partida, *que el CP está facultado para hacer actos de carácter particional, pero carece de legitimación para realizar actos de carácter dispositivo*. Comencemos por la primera de las tres resoluciones mencionadas.

Los hechos contemplados en la **resolución de 17 de mayo de 2002** son un tanto complejos. Haremos un esfuerzo sintetizador.

El causante, de vecindad civil común y casado en régimen de gananciales, deja viuda y dos hijos menores. En su testamento dispone un legado de usufructo universal a favor de la viuda (esto es, plantea una *cautela socini*), nombra herederos por partes iguales a los dos hijos y designa un albacea-comisario-contador-partidor.

En ejecución de la voluntad testamentaria, se procede al otorgamiento de dos escrituras, que pasamos a analizar.

Primera escritura

Se trata de una escritura de manifestación de herencia y liquidación de gananciales, en la que comparecen la viuda y el CP, adjudicándose la viuda el usufructo y una cantidad en metálico; los hijos reciben la nuda propiedad de los inmuebles. En el haber ganancial se incluye, entre otros bienes, el capital de un seguro de vida.

Tal escritura consta inscrita en el Registro de la Propiedad, y no es la que motiva el recurso gubernativo. No obstante, en nuestra opinión, dicho documento suscita varias cuestiones doctrinales que merece la pena abordar:

1.º El CP, conjuntamente con la viuda, liquida la sociedad de gananciales.

Tal liquidación no constituye, estrictamente hablando, un acto de partición hereditaria, sino un negocio previo a la misma, encaminado precisamente a fijar cuál es el haber partible. No obstante, y pese a tal objeción, la doctrina y la jurisprudencia del TS (S 25 de febrero de 2000, entre otras) admiten pacíficamente que corresponde al CP, y no a los herederos, liquidar el consorcio matrimonial en concurrencia con el cónyuge viudo (recientemente la R DG 2 de diciembre de 2003 ha vuelto a recordar la necesidad de que dicha liquidación sea también consentida por el viudo).

Lo expuesto anteriormente tiene relevancia en el supuesto que estudiamos, ya que los herederos son menores. Pues bien, la viuda, al liqui-

dar los gananciales, no actúa en nombre y representación de los dos hijos menores, sino que lo hace únicamente en su propio nombre y derecho. De este modo queda excluida la posibilidad de conflicto de intereses entre viuda e hijos herederos, ya que, insistimos, la viuda no actúa en nombre de ellos sino tan sólo en nombre propio.

Por tanto, por un lado actúa la viuda en su propio nombre y derecho, y, por otro, actúan no los herederos (que ni liquidan la sociedad de gananciales ni parten la herencia), sino el CP. La garantía a favor de los herederos menores resulta del artículo 1.057,3 Código Civil, que prevé que, en estos casos, el CP inventarié los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales (o curadores) de dichas personas.

2.º Llama la atención que el capital del seguro de vida se incluya como bien ganancial.

Lo cierto es que existen otras posibilidades a la hora de conceptuar el carácter común o privativo de dicho capital.

Son las siguientes:

— No incluirlo en el haber ganancial, por entender que dicho capital se recibe por el beneficiario a título gratuito —esto es, sin contraprestación—, y por ello tiene carácter privativo (art. 1.346,2 Código Civil).

— O también, y nos parece la respuesta más correcta, entender que lo que ha de colacionar en el inventario como elemento patrimonial ganancial no es el capital del seguro, sino únicamente el importe de las primas pagadas por el causante tomador del seguro durante la vigencia de la sociedad de gananciales. El fundamento de tal conclusión radica en que el importe de las mismas se presume pagado con dinero ganancial, artículo 1.361 Código Civil (en su caso, el valor de tales primas ha de actualizarse al correspondiente a la fecha de liquidación de la sociedad de gananciales, art. 1.358 Código Civil).

3.º A continuación nos ocuparemos de un tercer tema. El testamento, recordemos, plantea una *cautela socini*: ofrece a los hijos menores herederos una porción mayor que la legalmente debida —tres tercios, en lugar de dos—, pero gravada —con la carga del usufructo viudal, en lugar de recibirla en plena propiedad—. La aceptación de tales opciones compensatorias de la legítima corresponde a los herederos; en nuestro caso, recordemos, ambos son menores.

Pues bien, el CP verifica la partición respetando la voluntad del testador, lo que provoca que, según resulta del documento notarial, los herederos menores legitimarios reciben una porción mayor que su legítima, pero gravada.

La pregunta que ahora nos planteamos es resolver si el CP ha actuado o no correctamente.

Surgen dos cuestiones de interés:

a) La primera es solventar si el CP, para decidir qué ocurre con la legítima de los herederos menores (si reciben más de lo que les corresponde por legítima, pero con gravamen; o si tan sólo reciben la legítima, pero sin cargas), necesitará la intervención de un defensor judicial, que actúe en nombre y representación de tales herederos menores.

La respuesta, en nuestra opinión, ha de ser negativa, ya que el CP no es un representante de los herederos, y por ello no cabe hablar de conflicto de intereses entre CP y herederos menores. Insistimos que, en caso de partición por medio del CP, la defensa de los herederos menores se articula en los términos previstos en el ya citado artículo 1.057,3 Código Civil.

b) El segundo tema consiste en dilucidar si el CP puede decidir acerca de la *cautela socini* planteada por el testador, esto es, aceptarla o rechazarla.

Pues bien, entendemos que el CP no puede rechazarla. Por ello, si el testador quiere que la viuda reciba el usufructo universal, aun cuando ello grave la legítima estricta de los hijos (que recibirán a cambio una porción mayor en nuda propiedad), el CP, como punto de partida, ha de cumplir tal prescripción testamentaria. El fundamento de la solución que proponemos radica en que la cláusula que propone una *cautela socini*, combinada con el derecho de los legitimarios a reclamar su legítima estricta pero sin gravamen, es válida (en esta línea permisiva véase el art. 820,3 Código Civil).

Por tanto, la partición es inicialmente válida, sin perjuicio de que los legitimarios puedan ejercitar las acciones que legalmente les correspondan, exigiendo su legítima estricta pero libre de gravamen.

Tal reclamación, caso de prosperar, supondrá que la partición hecha por el CP habrá de ser rectificada.

Por tanto, reiteramos, la partición hecha por el CP respetando la *cautela socini* es válida e inscribible, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a impugnarla.

Segunda escritura

Previamente hemos señalado que existían dos escrituras. La primera es la que contiene los actos que acabamos de comentar. La segunda es una escritura de adición de la liquidación de gananciales y manifestación de herencia anterior, en la que se inventarían un inmueble y una canti-

dad de dinero (ambos gananciales), adjudicándose la viuda una participación en pleno dominio de tal inmueble (una parte en pago de sus gananciales, la otra en pago de su derecho hereditario) más una pequeña cantidad en dinero, y el resto del dinero se adjudica a los dos hijos menores herederos.

Fijémonos, y esto es importante, que sólo la segunda escritura encuentra objeciones para su inscripción en el Registro de la Propiedad. En concreto se señalan dos defectos en la nota de calificación:

— Que la partición no respeta la voluntad del testador, el cual dispuso un usufructo para la viuda, y ahora ésta, en lugar de tal derecho, recibe el pleno dominio de una participación de un inmueble.

— Que no consta la intervención del defensor judicial en representación de los menores, dado que hay un conflicto de intereses entre la viuda y sus dos hijos menores.

Procede formular las siguientes observaciones sobre los hechos expuestos:

1.º En cuanto al primer defecto apuntado, abordaremos su estudio desdoblando la cuestión que plantea:

a) En relación a la liquidación de la sociedad de gananciales:

Lo que ocurre es que, en tal liquidación, no se ha respetado el principio de igualdad cualitativa, ya que a la viuda se le adjudica una participación en propiedad de un inmueble (y una pequeña cantidad de dinero), y a los hijos se les adjudica dinero. Por tanto ambas partes reciben bienes cualitativamente distintos.

En realidad, el Código Civil permite excepcionar en dos casos el principio de igualdad cualitativa en la liquidación de la sociedad de gananciales:

— El primer caso es aquel en que el objeto que se parte esté sujeto al derecho de adjudicación preferente a favor del viudo que contempla el artículo 1.406,4 Código Civil (que incluye el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y la vivienda donde tuviese la residencia habitual). En este caso la viuda tiene preferencia legal para adjudicarse el inmueble, abonando, en su caso, la diferencia en dinero a los demás interesados (art. 1.407 Código Civil).

— El segundo es el supuesto en que la finca tiene carácter indivisible. En este caso la viuda y el CP pueden emplear la solución que ofrece el artículo 1.062 Código Civil (sobre este punto, véase lo que se dice más adelante).

Sin embargo, nada en el resumen de hechos que nos ofrece la DG indica que estemos ante alguno de ambos supuestos.

Continuemos con el razonamiento. El CP está vinculado por el principio de igualdad cualitativa en la partición que consagra el artículo 1.061 Código Civil. Nos explicamos: el CP, salvo autorización del testador, ha de respetar la igualdad de los lotes, adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. Si admitimos que puede no sólo partir la herencia sino también liquidar los gananciales con el viudo, entonces, por coherencia, tanto una actuación como otra queda sujeta a la necesidad de respetar el principio de la igualdad cualitativa.

Por ello, al haberse vulnerado tal principio en la liquidación de la sociedad de gananciales, entendemos, en la línea apuntada por la DG, que su actuación no ha sido correcta.

b) En relación a la conmutación, o permuta, del usufructo viudal:

El CP, tácitamente, procede a conmutar el usufructo viudal, ya que en vez de entregar al viudo su usufructo legal (art. 834 Código Civil), le entrega la propiedad de cierta participación proindiviso sobre un inmueble de la herencia.

Tal conmutación plantea un triple problema:

— Por una parte, la modalidad de conmutación elegida en este caso concreto —propiedad de un inmueble en lugar del usufructo— no está contemplada en el artículo 839 Código Civil. En tal precepto se indican como posibles formas conmutatorias del usufructo legal viudal la asignación al viudo de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, pero no hace mención a la propiedad de un inmueble. En realidad la conmutación del usufructo legal viudal por un bien inmueble no es estrictamente un negocio de conmutación *ex* artículo 839 Código Civil, sino una permuta, un acto dispositivo que exige el consentimiento de todos los interesados. Por ello queda fuera del alcance del CP.

— Además, la facultad de conmutar corresponde a los herederos, tal y como señala dicho precepto. Cabe entender que, pese al silencio del Código, el testador también tiene dicha facultad y que, por ello, puede, a su vez, permitir al CP conmutar el usufructo viudal (algo que, de todas formas, no ha ocurrido en el caso que nos ocupa). No obstante, un sector doctrinal (CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, 1990, p. 271) considera que el testador no puede conferir al CP la facultad de decidir la conmutación, por lo que tal posibilidad es dudosa. De todas formas, insistimos, en el caso contemplado en la presente resolución el CP carecía de tal autorización.

— Finalmente recordemos que el testador prevé que a la viuda le corresponda el usufructo universal y la conmutación que provoca el CP conlleva que la viuda no reciba un derecho de usufructo, sino una participación en propiedad. Por tanto, no se actúa en la línea prevista por el testador, por lo que hay un posible incumplimiento del CP.

2.º En cuanto al segundo defecto apuntado (supuesta necesidad de que intervenga un defensor judicial por existir conflicto de intereses entre la viuda y los dos hijos menores herederos):

Ya hemos aludido al mismo con anterioridad. En la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia, la viuda, en contra de lo que dice la escritura, no actúa en nombre y representación de los dos hijos menores, sino exclusivamente en su propio nombre y derecho.

El fundamento de tal premisa radica en que en la partición los herederos no intervienen, ni por sí ni por medio de otro: quien actúa es el CP; y en la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque no es un acto integrante de la partición hereditaria, la doctrina y la jurisprudencia, tal y como hemos visto, entienden que tampoco actúan los herederos, sino tan sólo la viuda (que lo hace únicamente por sí) y el CP.

La DG, desgraciadamente, no entra en este punto, ya que al apreciar el primer defecto no considera necesario analizar el segundo defecto alegado. Craso error, porque el notario, al preparar la escritura de subsanación, ignora si la DG considera necesario, en este caso, la intervención del defensor judicial. La respuesta, en nuestra opinión, ha de ser negativa.

La segunda resolución a que hacíamos referencia es la de **13 de mayo de 2003**.

Los hechos se pueden formular en los siguientes términos: el testador dispone en favor de su esposa el legado de la cuota viudal usufructuaria (que es el usufructo del tercio de mejora); a continuación, lega (mejor prelega, ya la legataria es también heredera) a su hija los tercios de libre disposición y mejora, si ha asistido al testador y a su esposa hasta el fallecimiento de ambos; en el remanente instituye herederos a sus cuatro hijos por partes iguales, si bien con relación a uno de los hijos manifestó que éste nada había de recibir por herencia, ya que había percibido su legítima en vida como consecuencia de determinado juicio ejecutivo (suponemos que el testador le había entregado, a título gratuito, una cantidad de dinero en relación a tal proceso); finalmente nombra albaceas, comisarios, contadores partidores.

Sólo existe una finca, de carácter ganancial.

Pues bien, se liquida la sociedad conyugal, adjudicando una mitad in-

divisa a la viuda y la restante mitad indivisa a la herencia. A continuación se parte la herencia, adjudicando a la citada hija la mitad indivisa relicta, sujeta al usufructo viudal en cuanto a un tercio de tal mitad. Los otros dos hermanos –queda fuera el que recibió la legítima en vida– perciben una compensación en metálico.

De los hechos expuestos queremos detenernos en las siguientes cuestiones:

1.º Llama la atención que el testador instituya coheredero a uno de los hijos, para, a continuación, señalar que “nada había de recibir de la herencia” por haber percibido su legítima en vida (recordemos que las donaciones a los descendientes se imputan a su legítima, art. 819,1 Código Civil). En fin, si el testador quería que dicho hijo no recibiera nada por vía hereditaria, lo razonable hubiera sido no nombrarle heredero. Fijémonos que, aunque su legítima ya quedare satisfecha en vida del testador, si lo nombra heredero puede que, finalmente, sí reciba una porción hereditaria: imaginemos que la prelegataria, que recibe en tal concepto dos tercios de la herencia, renunciara a su legado; éste se refundiría en la masa hereditaria, y lo haría en beneficio de los cuatro herederos, lo que incluiría al que se quiere excluir. Contradictorio.

Técnicamente hubiere sido más correcto nominarlo en el testamento a los meros efectos de señalar que ya ha recibido la legítima en vida; de este modo se evita su preterición, sin atribuirle nada en vía testamentaria (y sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder a tal excluido, en su caso).

Continuemos con el comentario. El CP, al verificar la partición, queda vinculado por la disposición del testador, de modo que nada ha de atribuir a tal coheredero, sin perjuicio de que éste, si considera vulnerado su derecho legitimario, reclame en vía judicial. Y así es. La DG expresamente reconoce que el CP actúa correctamente al aceptar “la disposición del testador por la que daba por pagado de sus derechos legitimarios a uno de sus hijos”.

Planteemos ahora un supuesto distinto: el CP contrasta el valor de la herencia con el importe de lo donado en vida por el testador al coheredero, y comprueba que, a su juicio, éste no ha percibido toda su legítima. ¿Puede entregarle “algo” pese a que el testador dice expresamente que no reciba “nada”? Es dudoso, pero probablemente sí, ya que el CP tiene tanto la facultad de interpretar el testamento, como la obligación de cumplir las normas imperativas, entre las que se incluyen las que protegen el *quantum* de la legítima (en la última resolución que comentamos volveremos sobre este particular).

2.º La partición hecha por el CP provoca que dos de los hijos coherederos-legitimarios reciban el importe de su derecho hereditario, que en este caso se identifica con la legítima estricta, en metálico.

Son dos los cauces a través de los cuales se puede pretender que el legitimario reciba su porción en metálico:

a) La primera es la contemplada en el artículo 841 y siguientes del Código Civil, que concede tal posibilidad al testador y al CP expresamente autorizado por aquél.

En nuestro caso el testador no ha conferido tal facultad al CP, por lo que éste carece de dicha facultad.

b) La segunda posibilidad radica en que el CP, si estima indivisible la finca, puede emplear la facultad que le confiere el artículo 1.062 Código Civil: adjudicar la cosa a uno de los coherederos a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, pudiendo cualquiera de éstos pedir la venta de la cosa en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. Y precisamente en el recurso se invoca el carácter indivisible de la cosa para fundamentar el *modus operandi* del CP.

La doctrina que vierte la DG sobre este particular puede resumirse en los siguientes términos:

— El CP no puede transformar la naturaleza jurídica de la legítima (derecho de propiedad sobre los bienes hereditarios) en un crédito (derecho a una cantidad de dinero). Se trataría de un acto dispositivo, que excede del ámbito de sus facultades. No obstante, puede haber excepciones a tal criterio (así las contenidas en los arts. 841 y 1.062 Código Civil; a este último nos referiremos a continuación).

— Hay que recordar que el artículo 1.061 Código Civil, aplicable a la partición instrumentada por el CP, impone que los lotes que se formen sean cualitativamente iguales. Ahora bien, tal regla queda excepcionada en el supuesto de que la cosa relicta sea indivisible. En este caso el CP, de conformidad con el artículo 1.062 Código Civil, puede adjudicar la cosa a uno de los coherederos, compensando en metálico a los demás partícipes. Tal actuación, dice la DG, es meramente particional y forma parte del ámbito de competencias del CP.

— En la nota de calificación se indica que no cabe acudir al artículo 1.062 Código Civil cuando el bien relicto es una participación indivisa (“... y no tratarse del supuesto de adjudicación de finca indivisible a uno de los herederos a que hace referencia el art. 1.062 Código Civil por haber sido adjudicada en proindiviso, ...”).

Por su parte, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, retomando la idea apuntada en la nota de calificación, “resolvió des-

estimar el recurso al entender que creado ya un proindiviso en la liquidación de la sociedad conyugal y el pago de sus derechos legitimarios al cónyuge supérstite no tiene razón de ser el acudir a la solución que permite el artículo 1.062 del Código Civil tendente, precisamente, a evitar aquél...”.

Esto es, si la adjudicación a un solo coheredero no evita la comunidad, ya que otro sujeto sigue dueño de otra participación sobre la misma finca, no tiene sentido acudir a un precepto, de índole excepcional, que precisamente pretende evitar la situación de condominio. La DG no se hace eco de esta objeción, aunque, insistimos, es clave en la defensa de la nota (lo que parece indicar que no la considera relevante). Por nuestra parte creemos que la DG acierta al no tomarla en consideración, ya que si bien es cierto que la aplicación del artículo 1.062 Código Civil en este caso no evita la cotitularidad, al menos sí reduce el número de sujetos integrantes de la misma, de modo que se cumplimenta la finalidad de la norma.

— Por tanto, el artículo 1.062 Código Civil permite al CP adjudicar la cosa, *o participación indivisa de cosa*, a un heredero, recibiendo los demás la compensación en metálico. Pero para aplicar correctamente tal precepto, dice la DG, hay que cumplir un requisito adicional: *el dinero con el que se abona el exceso de adjudicación a los coherederos no favorecidos ha de ser, necesariamente, dinero hereditario*. Los argumentos que se emplean por nuestro centro directivo para sustentar tal afirmación son los siguientes:

En primer lugar, se indica que si el Código Civil quisiera que la compensación se pudiera hacer con dinero extrahereditario, lo diría expresamente (tal y como hace en el art. 1.056 Código Civil, redactado por la Ley 7/2003, de 1 de abril).

En segundo lugar, tal es el criterio de nuestro Tribunal Supremo, el cual, en sentencia de 10 de febrero de 1997, exige que el dinero compensatorio a que se refiere el artículo 1.062 Código Civil tenga carácter hereditario, ya que en caso contrario, indica, estaríamos ante una venta de porción hereditaria, supuesto que no es el contemplado en el citado precepto.

Por nuestra parte entendemos que la equiparación entre ambas figuras –adjudicación de cosa indivisible, venta de cuota hereditaria– cuando el dinero es extrahereditario no parece acertada, ya que el régimen jurídico de ambas figuras es distinto: así, en la venta de cuota hereditaria los restantes coherederos tienen derecho de retracto (art. 1.067 Código Civil), lo que no ocurre en la adjudicación a un coheredero a calidad de compensar a los demás en metálico (pueden pedir subasta pública, pero no

retraer). O también: en la venta de cuota hereditaria el adquirente puede ser un tercero, ajeno a la comunidad; por el contrario, en el supuesto del artículo 1.062 Código Civil, el adjudicatario ha de ser necesariamente un coheredero.

En tercer lugar, la DG razona que el diferente régimen jurídico del tratamiento de la indivisibilidad de la cosa común en el artículo 404 Código Civil (que exige consentimiento unánime de los condóminos para adjudicar la cosa a uno de ellos) respecto al artículo 1.062 Código Civil (el consentimiento de los coherederos no es preciso, si bien pueden pedir subasta pública) se justifica precisamente porque en este último caso estamos ante la división no de una cosa sino de un patrimonio hereditario (*universum ius*), por lo que el dinero con el que se hace el pago ha de ser dinero integrante del propio patrimonio. En este punto, nos parece, la DG está sacando conclusiones no justificadas del diferente régimen jurídico de los artículos 404 y 1.062 Código Civil.

Resumiendo lo expuesto, la doctrina de la DG queda condensada en tres premisas, que se encadenan lógicamente:

— El CP puede excepcionar el principio de igualdad cualitativa en la partición cuando una cosa indivisible integra la herencia, adjudicando la propiedad de la cosa a uno de los coherederos y compensando a los otros en metálico.

— Tal facultad perdura aun cuando no se trate de cosa indivisible, sino meramente de una participación indivisa de cosa indivisible (esta segunda conclusión no está expuesta de forma expresa, pero se deduce del contenido de la R).

— Pero el pago del exceso en metálico a los restantes coherederos ha de hacerse con dinero que forme parte integrante del caudal relicto.

Finalmente haremos una referencia a la **resolución de 20 de septiembre de 2003**.

De nuevo ofreceremos, como punto de partida, un breve resumen de los hechos.

La testadora, al tiempo de otorgar su testamento, tiene tres hijos (luego la legítima estricta de cada uno de ellos es 1/9). En su testamento nombra herederas por partes iguales a sus dos hijas, y lega al hijo, en pago de la legítima estricta, la novena parte de su patrimonio. Además, aunque no aparece en el resumen de los hechos, nombra CP.

Posteriormente premueren a la testadora el citado hijo, que deja tres nietos, y una hija, que fallece sin descendencia. Por tanto, al no sobrevivir los tres hijos, sino tan sólo una hija y la estirpe del hijo premuerto, la legítima estricta que corresponde a los tres nietos, hijos del hijo pre-

muerto, ya no es de 1/9 sino de 1/6 de la herencia; esto es, la atribución testamentaria hecha en su momento –1/9– resulta ahora insuficiente –ya que debería ser 1/6–. Las afirmaciones que acabamos de hacer resultan de la aplicación de las normas del Código Civil (art. 808 de dicho cuerpo legal, en cuanto al importe de la misma; en cuanto al derecho de los nietos a la legítima, ocupando el lugar del padre premuerto, resulta de la aplicación a la legítima de las normas de la sucesión legal).

Trataremos los siguientes temas:

1.º El CP, al formalizar la partición, realiza dos actos que merecen nuestra atención:

— Atribuye a los tres nietos, hijos del hijo premuerto, bienes por valor de 1/9 de la herencia.

Esto es, el CP cumple con el tenor del testamento, ya que adjudica a tales nietos bienes cuyo valor es de 1/9 del caudal relicto, tal y como dispuso expresamente la testadora. Por tanto, cumple con la literalidad de la disposición testamentaria, sin perjuicio de que, si los nietos estiman que tienen derecho a una porción mayor, la reclamen por vía judicial.

— Existe una casa de varios pisos que pertenece en proindiviso a la testadora y a una hija heredera.

El CP, actuando conjuntamente con tal heredera copropietaria, transforma el proindiviso sobre tal casa en una propiedad horizontal, resultando diversos departamentos privativos, que adjudica, en la parte correspondiente, a los herederos.

2.º Hasta aquí el resumen de la actuación del CP. A continuación reseñamos la doctrina de la DG:

a) No basta con que el CP respete la voluntad expresada por el testador. El CP, en orden a partir de forma correcta, ha de contrastar si tal voluntad es conforme con las normas imperativas aplicables; y en caso de conflicto, prevalecen éstas sobre aquélla.

Recordemos que el CP tiene la facultad de interpretar el testamento, lo cual es lógico, ya que la aplicación de un texto jurídico –y el testamento lo es– exige, o puede exigir, una labor interpretatoria. Citaremos varios ejemplos ilustrativos de tal afirmación: el CP ha de identificar si un bien concreto tiene o no carácter reservable, o si está sujeto a la reversión del artículo 812 Código Civil; o ha de determinar si la cosa tiene carácter divisible o desmerece por su división; o ha de comprobar si se ha cumplido la condición suspensiva impuesta al heredero o legatario; o si, por producirse la premoriencia de un llamado, se ha activado una sus-

titudin vulgar. Todas las tareas enumeradas, y podrían citarse otras, implican una decisión por parte del CP, decisión que tiene como presupuesto una labor interpretatoria del testamento.

Pues bien, retomando la cuestión, la DG nos dice que, en este concreto supuesto, en que la lesión legitimaria es clara, el CP ha de interpretar el testamento, rectificando la disposición testamentaria para acomodarla a la norma imperativa que tutela el *quantum* de la legítima.

Por nuestra parte, la solución que acabamos de apuntar nos parece correcta, ya que refuerza la posición del CP, y se evita que la partición sea contraria a la ley. Ahora bien, nos estamos refiriendo a supuestos en que el conflicto entre la voluntad del testador y la norma imperativa resulta evidente; en caso contrario, el testamento ha de tener una presunción de validez. Esto es, si el conflicto no es notorio, el CP ha de ejecutar la *voluntas testatoris* del modo planteado en el testamento, sin perjuicio de que los interesados mantengan sus acciones legales para el supuesto de haber sido perjudicados.

Nos explicaremos mejor por medio de ejemplos. Imaginemos que un testador señala que un legitimario ha recibido ya en vida su legítima mediante una donación (art. 819,1 Código Civil; recordemos que la resolución anteriormente comentada se ocupaba de un supuesto análogo). Pues bien, el CP podrá prescindir de tal legitimario en la partición, sin perjuicio de que éste pueda reclamar *a posteriori* si tal donación no existió o el valor de la misma era insuficiente para satisfacer su legítima. Lo mismo ocurre en el supuesto de desheredación: el CP puede no atribuir nada al desheredado testamentariamente, sin perjuicio de que éste ejercite la pertinente acción de desheredación injusta, en su caso.

En resumen, la presente resolución sigue en la línea de potenciar la facultad interpretatoria del CP en relación al testamento cuya ejecución le compete, permitiéndole, en este caso concreto, desligarse de la literalidad del mismo.

(Sobre las facultades interpretatorias del CP en relación al testamento, véase la R 1 de diciembre de 1984 –que le permite interpretar el testamento, pero no declarar por sí la nulidad o ineficacia total o parcial del mismo–, así como el comentario de tal resolución, en ÁVILA NAVARRO, Pedro, *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, tomo I, p. 188, 2003.)

b) Ocupémonos ahora del segundo asunto planteado. La DG señala que queda fuera del ámbito de las facultades del CP una actuación con terceros como es la división de la cosa común, en la que el causante tenía una cuota indivisa.

Esto es, el CP puede dividir la comunidad hereditaria, pero no puede dividir una cosa en proindiviso en la que la comunidad hereditaria (o más

exactamente sus titulares, ya que la comunidad carece de personalidad jurídica) sólo es dueña de una participación. Y ello aunque, como ocurría en nuestro supuesto, el otro copartícipe comparezca en la escritura de división consintiéndola. El acto excedería de la “simple facultad de hacer la partición”, y por ello sería competencia no del CP, sino de todos los herederos, actuando conjuntamente con el otro partícipe o partícipes.

La solución, que sigue el criterio ya fijado por la resolución 19 de marzo de 1986, no nos acaba de convencer. Y ello en base al siguiente argumento: si el CP puede hacer la partición de la comunidad hereditaria parece razonable que también pueda hacer la partición de las cosas en condominio integrantes de la comunidad hereditaria, siempre que concurren en tal división los otros partícipes (no deja de ser una comunidad de una cosa englobada en la comunidad más genérica de la herencia).

Uno de los modos de dividir un proindiviso romano es constituir una propiedad horizontal. La doctrina discute si puede el CP por sí solo, cuando carece de autorización del testador, constituir en propiedad horizontal un edificio que forma parte de la comunidad hereditaria (el supuesto de hecho que pasamos a estudiar es diferente del contemplado en la resolución: ahora partimos de la base de que lo que integra la comunidad hereditaria es todo el edificio, no una cuota del mismo). Veamos las posibles respuestas:

Quienes consideran que la constitución de un edificio en propiedad horizontal es un acto dispositivo, entienden que han de ser los herederos, y no el CP, quienes verifiquen tal acto constitutivo.

Por nuestra parte, entendemos que existen dos argumentos a favor de entender que el CP, aun en defecto de autorización del testador en tal sentido, sí está autorizado para constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal:

— La constitución de propiedad horizontal, con adjudicación de los departamentos privativos a los herederos, puede ser el cauce jurídico idóneo para dividir un edificio en sus unidades susceptibles de aprovechamiento independiente (art. 401,2 Código Civil). Esto es, el CP, al partir, ha de solventar el problema que plantea el carácter indivisible de ciertas cosas que integran la comunidad hereditaria (ya hemos visto cómo puede emplear la opción que plantea el art. 1.062 Código Civil). Y ha de hacerlo del modo económicamente más oportuno. Por ello, hay que entender que está facultado para constituir el edificio en propiedad horizontal, si ese es, a su juicio, el modo adecuado de solucionar la cuestión de la indivisibilidad del edificio.

— El argumento de índole teórico consiste en entender que, si bien el CP no puede formalizar actos de carácter dispositivo, la constitución de

un edificio en régimen de propiedad horizontal no tiene carácter dispositivo sino meramente configurativo del dominio, en cuanto no cambia la titularidad del mismo, sino que se limita a otorgarle un régimen jurídico distinto.

Y, por supuesto, no olvidemos que el testador puede autorizar al CP, de modo expreso o tácito, la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Ejemplo de consentimiento tácito es aquel en que el testador, en virtud de la pertinente disposición testamentaria, ordena de un determinado modo la distribución concreta de los pisos o departamentos de un edificio todavía no dividido en propiedad horizontal. El CP, para cumplir la *voluntas testatoris*, necesariamente ha de constituir una propiedad horizontal. Se aprecia cómo el testador, tácitamente, le está autorizando (o mejor dicho, obligando) a tal constitución.

En conexión con la resolución que comentamos, recordemos que la Ley 340 Compilación Navarra expresamente autoriza a los contadores partidores para “realizar por sí solos la partición de la herencia, liquidar, en su caso, con el cónyuge viudo la sociedad conyugal, y *todas las demás necesarias para la partición de los bienes del causante o para intervenir en la división de bienes a los que aquél tuviere derecho*” (subrayado nuestro).

Finalmente, cabe resumir la doctrina de la DG en las siguientes afirmaciones:

— El CP no puede atribuir a un legitimario una porción inferior a la que legalmente le corresponda, aun cuando así esté previsto en el testamento. Ha de interpretar, y *rectificar*, el mandato testamentario, de modo que su partición no vulnere las normas prohibitivas o imperativas.

— El CP no puede dividir una cosa común en la que el causante tenía una cuota indivisa, ni aun compareciendo con los otros partícipes de la cosa.

FIDUCIA CUM CREDITORE.
AUTOCONTRATACIÓN

**(En torno a la sentencia del Tribunal Supremo
de 14 de marzo de 2002)**

JOSÉ ENRIQUE GOMÁ SALCEDO

Notario

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002 pone fin a una cuestión litigiosa cuyos principales ingredientes no son particularmente novedosos: uno de ellos, la *fiducia cum creditore*, puede vanagloriarse de su venerable antigüedad; y el otro del que nos proponemos tratar, que es el problema de la autocontratación, ha adquirido mayor relevancia en los tiempos modernos, pero tampoco es un recién llegado: recordemos la romana *procuratio in rem suam*.

Empecemos por anticipar que la sentencia no entra de lleno en ninguno de los dos temas: a lo largo del proceso, la cuestión debatida, lo que los romanos llamarían “fórmula”, va estrechando progresivamente su ámbito para quedar reducida finalmente a una discusión sobre la interpretación de una determinada cláusula de un poder notarial, y esto es lo que zanja con su fallo el Alto Tribunal. Decisión, por tanto, muy circunstancial. Pero veamos ya de qué se trata.

El supuesto de hecho objeto de la *litis* –reducido a esquema, a los efectos que aquí interesan–, es el siguiente: don M. S. obtiene un crédito

de una Caja de Ahorros, cuyo crédito es avalado por los señores P. M. y M. R. A fin de “compensar la carga” que a los avalistas supone este aval—se entiende que como remuneración del mismo y, al mismo tiempo, en concepto de provisión de fondos por si hubieran de hacer frente al pago del crédito— don M. S. otorga un poder notarial a favor de los dos avalistas por el que, con relación a dos fincas de su propiedad, les faculta para “administrar dichas fincas, comprar, vender, permutar, constituir hipotecas y toda clase de garantías”; autoriza expresamente la autocontratación y confiere al poder el carácter de irrevocable.

En su virtud, los apoderados otorgan una escritura pública por la que compran por mitad y proindiviso uno de los dos inmuebles por precio de cinco millones de pesetas, que el vendedor—representado por ellos mismos— declara haber recibido de los compradores. La escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Don M. S. interpone demanda solicitando que se declare la nulidad de la referida escritura pública. El Juzgado la desestima, considerando que el negocio impugnado es nulo, efectivamente, como compraventa, pero válido como cesión de la propiedad en función de garantía, es decir, como *fiducia cum creditore*.

La Audiencia revoca el fallo de primera instancia, no por defectos sustantivos del negocio, sino por falta de poder: los demandados estaban, ciertamente, facultados para constituir garantías, pero esta particular forma de garantía, que acarrea la transmisión del dominio, excede del ámbito propio de estos negocios, que no suponen normalmente pérdida de la propiedad. La compraventa es nula por inexistente, la fiducia también por carencia de facultades representativas. Se observa, no obstante, que a este argumento, que, según la sentencia que comentamos, es el decisivo para la Audiencia, ésta añade, sin sacar de ello consecuencias: “lo que lleva igualmente al defecto de causa”, apuntando así a otra faceta de la cuestión que es la que nos va a interesar.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia. Discrepa de la Sala de apelación en el tema de la interpretación del poder. A juicio del Alto Tribunal, el examen de sus cláusulas y de las demás circunstancias del caso conduce inexorablemente a la conclusión de que, al estar los apoderados autorizados para constituir toda clase de garantías, quedaba dentro de su ámbito de poder representativo el otorgamiento de una venta en función de garantía, por lo que hay que estimarla como válida y eficaz.

No se ha puesto sobre la mesa de una manera directa ni una duda sobre la admisibilidad de la *fiducia cum creditore* ni tampoco un escrúpulo sobre la conducta, al menos un tanto audaz, de los apoderados. Pero aun así, no esquivo el Tribunal ambas cuestiones; por el contrario, un poco

a modo de *obiter dicta*, recuerda y reafirma el criterio que puede estimarse actualmente recibido en cuanto a ambos puntos.

Por lo que se refiere a la venta en garantía, resalta que la jurisprudencia no duda en reconocerla sobre la base del artículo 1.255, “sin perjuicio de reconocer la ausencia de una orientación dogmática unitaria y perfectamente definida”, continuando así una línea que es constante en nuestra jurisprudencia (v., entre las últimas, SS 7 junio 2002, 5 diciembre 2001).

Tampoco se estima discutible que un apoderado compre la finca de cuya venta está encargado, siempre que medie la oportuna cláusula dispensadora de la autocontratación. Esto es también doctrina recibida: como dice la S. de 19 de mayo de 1986, “la doctrina y la práctica actual han dejado de lado los prejuicios teóricos derivados de la teoría de la voluntad para decantarse por el criterio que no se opone en principio al fenómeno de la autocontratación en tanto no exista razón legal suficiente que justifique su proscripción, que será básicamente la existencia de oposición de intereses”.

¿Nada de particular, entonces? Formalmente, quizá nada. Pero, al menos, esta sentencia nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre estos asuntos, lo que intentaremos hacer con cierta ingenuidad, con esa mirada del que ve una cosa por primera vez y experimenta la sorpresa y la curiosidad que está en la base de toda filosofía. Quizá si dejamos de lado momentáneamente la erudición jurídica, el aparato técnico, los precedentes, las anteojeras que condicionan la mirada del jurista puro y duro, pueden resultar las cosas menos sencillas de lo que parecen.

Exponemos a continuación nuestras reflexiones sobre ambos temas, de las que, sorprendentemente, resulta que tienen en común más de lo que parece a primera vista.

La *fiducia cum creditore*

Veamos: ¿Es verdaderamente acertado, justo y conveniente, que, en estas fechas, cuando ya la *mancipatio* y la *in iure cessio* se han perdido hace muchos siglos en la noche de los tiempos, sigamos manteniendo a ultranza que la *fiducia cum creditore* es un negocio jurídico perfectamente normal, en línea y en pie de igualdad con el contrato de compraventa, el de hipoteca o cualquier otro? ¿No hay en ese contrato algo raro, algo que llama la atención, algo que nos dice que las cuentas no acaban de cuadrar, que no está muy claro por qué se llega a esa situación?

Existiendo la hipoteca y el Registro de la Propiedad, ¿por qué se acude a la transmisión de la propiedad de una finca al acreedor para garantizar el pago de una deuda? ¿No es eso matar mosquitos a cañonazos?

La respuesta acude de inmediato a la mente: si el deudor transmite la propiedad de la finca al acreedor en vez de limitarse a hipotecarla es porque no tiene más remedio: necesita lo que el acreedor puede darle –dinero en forma de préstamo, aval necesario para la consecución de un préstamo– y no tiene otra forma de conseguirlo que doblegarse a las exigencias de ese acreedor, el cual prefiere colocarse desde el primer momento en la privilegiada posición de quien ya ha cobrado por anticipado y con creces todo lo que ha prestado. Nos encontramos en presencia de un negocio intrínsecamente sospechoso: el deudor tiene que aceptar y pasar por un sacrificio desproporcionado e injusto para eludir lo que evidentemente considera un mal mayor, que es perder la oportunidad de recibir una suma de dinero con la que cuenta, tal vez, para pasar a mejor fortuna. Su voluntad se halla, hasta cierto punto, coaccionada, y recuerda –desde luego, sin identificarse con ella–, esa “situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales” de que hablaba la Ley Azcárate de 23 julio 1908 sobre préstamos usurarios, o la “apremiante necesidad o inexperiencia” que da lugar a la rescisión por lesión enorme conforme a la Ley 499.1 de la Compilación navarra de 1 marzo 1973.

Ese vicio de origen repercute fatalmente en la estructura del negocio. La *fiducia cum creditore* no se presenta nunca abiertamente como tal, albergando en un solo documento todos sus pactos y estipulaciones –esto frustraría la intención del acreedor de aparecer *erga omnes* como propietario legítimo y pleno– sino que se acude a la vía espuria de la simulación, declarando falsamente en el instrumento público que se vende y se compra, señalando un precio inexistente y reconociéndolo pagado con anterioridad, al tiempo que en otro documento privado se consigna el *pactum fiduciae*, la limitación obligacional del poder del adquirente, el compromiso que asume de retransmitir la propiedad al cedente cuando se pague la deuda garantizada.

¿Es esto de recibo? Entiendo que no: todo este montaje ha de ser visto con disfavor por la conciencia jurídica moderna. En Derecho romano, la *fiducia cum creditore* era un negocio sano y normal, porque el elenco de formas contractuales no daba para más: la *mancipatio* no expresa la causa y lo mismo sirve para una cosa que para otra, a base siempre de transmitir el dominio; y para cuando adquiere relevancia el *pignus* inmobiliario, ya la fiducia ha adquirido carta de naturaleza y, dada la tenacidad del espíritu conservador de los romanos y su desconocimiento del concepto de causa, no es extraño que subsistiera hasta el último momento. Pero ahora el panorama es diferente; cabe preguntarse si hay que seguir protegiendo esta extraña figura contractual, que incluye entre sus rasgos distintivos la falsedad documental y el abuso de poder, y que entraña un probable quebranto para la parte más débil, existiendo otros instrumen-

tos jurídicos perfectamente adecuados para satisfacer los intereses legítimos del acreedor y que están exentos de esos inconvenientes.

A pesar de todo eso, algo podrá decirse a favor de esta institución; no vayamos a sacar la consecuencia de que la doctrina y la jurisprudencia han estado y están todo este tiempo en un craso error. Lo primero que se ofrece a nuestra consideración es que, si hay quien sigue recurriendo a ella, será por algo, será porque ve en ella una cierta utilidad, porque tiene, en suma, como dicen los autores, una “función económico-social”. ¿Cuál es esta función? Indudablemente, la de que pueda conseguir dinero la persona a quien se le han cerrado todas las puertas, que carece de crédito y que, por regla general, tiene a la vista una operación, un negocio que estima seguro y provechoso, por lo que no duda en arriesgarse a perder todo o la mayor parte de su patrimonio para conseguir llevarlo a cabo. No está muy distante esta motivación de la del que acude al préstamo usurario o a la venta con pérdida. Sin negar que en algunas ocasiones puede ser digna de respeto, hay que reconocer que, en general, no es suficiente para dar carta de naturaleza a un negocio que presenta graves defectos estructurales.

Pasando ya al análisis puramente técnico, invoca el Tribunal Supremo, como primer principio legitimador, el de la autonomía de la voluntad consagrado en nuestro artículo 1.255, y, en efecto, no parece, al menos *prima facie*, que este contrato viole la ley, la moral o el orden público. Si los contratantes, mayores de edad y con la libre disposición de sus bienes, hallándose en el pleno uso de sus facultades mentales, quieren y consienten eso, pues adelante.

Lejos de mí enfrentarme a ese dogma: precisamente, como notario jubilado, he sido y soy un ardiente defensor de la autonomía de la voluntad como atributo esencial de la personalidad civil y motor del progreso jurídico —a la vez que esencia y fundamento, a mi modesto entender, y contra otras opiniones, de la profesión notarial— y, por eso, más bien veo con prevención las restricciones a que se ve sometida, sin discutir su conveniencia en la mayoría de las ocasiones. Pero todos sabemos, y no es del caso recordar aquí, que la autonomía de la voluntad no es absoluta, y que, aparte de las barreras que le señala el artículo 1.255, existen otras intrínsecas, y entre ellas, la de que el poder de la voluntad no llega a resucitar a los muertos ni a dar vida a quien no la tiene ni la puede tener porque le falta un órgano esencial. El artículo 1.255 y el artículo 1.261 son hermanos siameses: donde va el uno tiene que ir el otro. Ni todos los contratos que respetan los límites del artículo 1.255 ni todos los que reúnen los requisitos del artículo 1.261 deben ser reconocidos como válidos y eficaces, sino solamente los que se ajustan a ambos a la vez.

Además, precisamente en el campo de las garantías reales, la autono-

mía de la voluntad se plasma en el principio del *numerus apertus*, tradicional en nuestro Derecho (afirmado de nuevo últimamente por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril, 16 de julio y 5 de diciembre de 2002) que, sin dejar de reconocer la libertad de contratación en este terreno, la somete a mayores exigencias que cuando se trata simplemente de crear obligaciones personales. Juega ahí, entre otras cosas, la prohibición del comiso que proclama el artículo 1.859, y el principio de subsidiariedad, en virtud del cual debe rechazarse el intento de crear nuevas figuras cuando el interés que se persigue proteger está ya perfectamente cubierto por otros tipos ya reconocidos y existentes: es lo que ocurre con la prohibición de disponer en función de garantía, que ha de ceder el paso a la hipoteca (art. 27 de la Ley Hipotecaria).

El artículo 1.261 exige la existencia de causa, y a ello alude precisamente, aunque sea de pasada, la sentencia de la Audiencia, como antes hemos observado. Evidentemente, no es este el momento y el lugar de abordar en profundidad el problema de la causa en el negocio fiduciario. Habrá que contentarse con recoger los resultados que nos parecen más aprovechables de la discusión doctrinal suscitada en torno a este problema y tratar de utilizarlos para nuestros fines.

Si el artículo 1.261 exige para que haya contrato una causa, la *fiducia cum creditore* habrá de tenerla si quiere ser reconocida. ¿Cuál es esta causa? Según el artículo 1.274 “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”. ¿Qué prestación o promesa recibe el fiduciante-transmitente? Ninguna que pueda compensarlo de la pérdida que sufre al transmitir, pues la promesa de devolver si llega el caso puede atenuar la pérdida pero de ningún modo retribuirla.

¿Diremos, pues, que la *fiducia cum creditore* debe ser reputada nula por falta de causa? No llegaríamos nosotros a tanto. Sin negar que, sustancialmente, lo que dice el artículo 1.274 es acertado, porque si yo entrego a alguien una cosa, lo hago por regla general porque él me da o promete otra (*do ut des*), la doctrina profundiza en el concepto de causa y le da un sentido más refinado y preciso. Cuando, por ejemplo, el deudor constituye una hipoteca sobre una finca de su propiedad para asegurar el préstamo que se le concede, el hecho de la constitución de la hipoteca no tiene una contrapartida tangible, pero facilita la concesión del préstamo, y esto es más que suficiente para entender su conducta –y en esto consiste en definitiva la causa– y para consagrar como válida y eficaz su declaración de voluntad. La causa –se dice actualmente– es un requisito complejo que resulta de la contemplación conjunta de la función económico-social del negocio de que se trate y del motivo principal que ha lle-

vado a las partes a concluirlo, lo que arroja un resultado distinto del que se obtiene considerando ambas cosas por separado. No puede estudiarse adecuadamente la causa respecto a modelos abstractos de contrato, sino que ha de atenderse a cada negocio real y efectivamente celebrado, centrándose la cuestión en torno al “resultado específico perseguido con el negocio singular concreto” (BARBERO, DISTASO, PUIG BRUTAU). En la misma orientación se inscribe Federico de CASTRO, que se apoya en el artículo 1.266, con arreglo al cual el error invalida el contrato cuando recae sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo (1).

Demos, consecuentemente, por bueno, que el fiduciante se mueve por un motivo comprensible, el de obtener un beneficio tangible y claro. Pero aquí entra en juego el doble sentido, tantas veces olvidado o eludido, del concepto de causa. Un negocio puede estar dotado de causa negocial, pero no ser suficiente para actuar como causa de un desplazamiento patrimonial. Hay que distinguir claramente la causa como elemento constitutivo del negocio y la causa como elemento justificante de una atribución patrimonial. La sucesión *mortis causa* no es un negocio jurídico, pero es, evidentemente, causa suficiente para una atribución patrimonial; inversamente, el mandato es un negocio jurídico con su causa propia, pero no es suficiente para producir el desplazamiento de la propiedad.

Se deriva de esto que la *fiducia cum creditore*, quizá no radicalmente nula como negocio jurídico, no es suficiente para producir el efecto querido, que es la adquisición de la propiedad por el fiduciario. Llegamos así a la opinión más asentada, que es la de que no se transmite en este negocio la propiedad sino una “titularidad formal”, que permite al fiduciario disponer a favor de terceros, aunque no debe hacerlo fuera de los límites prescritos, pero que no puede oponerse al fiduciante, el cual sigue siendo dueño de ella y puede reivindicarla de cualquier poseedor excepto del fiduciario, que está autorizado para retenerla de acuerdo con los términos del *pactum fiduciae*. Esta teoría es la sustentada por Federico de CASTRO (2), seguido por VALLET DE GOYTISOLO, y se acepta habitualmente por el Tribunal Supremo, que ha sentado varias afirmaciones en este sentido, como las siguientes:

— El negocio fiduciario no transmite el dominio sino una titularidad formal nunca oponible al fiduciante, aunque la recuperación por éste de

(1) “El negocio jurídico”; *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, vol. X; Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, p. 186.

(2) “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XVII, p. 7.

tal titularidad esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, y entre tanto el fiduciario dispone de un *titulus retinendi*, que no permite se le imponga la restitución, pero tampoco le autoriza a vender (SS 25 de febrero de 1988, 8 de marzo de 1988, 19 de mayo de 1989, 7 de marzo de 1990, 6 de julio de 1992, 17 de julio de 2001, 1 de febrero y 14 de marzo de 2002). Por el contrario, la S. 6 de abril de 1987 estima que se ha transmitido el dominio.

La S. 5 de diciembre de 2001 declara que el adquirente mediante *fiducia cum creditore* no disfruta de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En la *fiducia cum amico* el fiduciante puede ejercitar la reivindicatoria contra el fiduciario (S. 1 de diciembre de 1996). Se trata de una titularidad de complacencia revocable en todo momento.

— La finca sigue siendo del fiduciante hasta que aparece el tercer adquirente, de modo que es procedente su embargo por obligaciones del fiduciante, y no hay lugar para la tercería de dominio del fiduciario, quien sólo podría ejercitar la tercería de mejor derecho por su crédito (S. 7 de mayo de 1991).

— Si el fiduciante no paga dentro del plazo para ello estipulado expresamente, el fiduciario consolidará el pleno dominio en su favor (SS 7 de marzo de 1990, 30 de junio de 1998). Por el contrario, las SS 26 de abril de 2001 y 1 de febrero de 2002 estiman que en ningún caso puede el fiduciario retener la propiedad pues se trataría de un pacto comisorio prohibido por los artículos 1.859 y 1.884: los efectos de la fiducia, según estas SS, consisten en que 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.

— Implica prohibición de disponer para el transmitente y facultad de enajenar del adquirente para aplicar el precio al pago de su crédito. Pero la S. 13 de mayo de 1998 le niega al fiduciario la facultad de vender ni aun en pública subasta.

— El fiduciario debe devolver al fiduciante la parte del precio por el que haya vendido la finca que exceda de su crédito (S. 30 de enero de 1991).

— El que posee una cosa adquirida mediante un negocio fiduciario no posee en concepto de dueño y por tanto el tiempo de posesión no vale para la usucapión (S. 16 de noviembre de 1999).

Visto todo esto, no parece caber duda de que estamos ante una figura de contornos borrosos y difícilmente asimilable en las categorías sistemáticas conocidas. Una propiedad que es y no es, que existe frente a unos pero

no frente a otros, que se consolida sin saberse muy bien con qué consecuencias, o se extingue sin haber nunca existido, o que pasa a otro, el cual deviene, éste sí, propietario entero y verdadero, despojando al que hasta entonces lo era y no lo era. Una mentalidad sistemática –y “la ciencia jurídica es sistemática o no es” (3)– rechaza instintivamente este engendro.

¿Qué es, en definitiva, lo que propugnamos? Pues que se acepten las cosas como son, se entierre con todos los honores al viejo instituto romano, y se proclame abiertamente que la venta en garantía no tiene efectos reales, al menos de inmediato: el propietario sigue siendo el que era, la fingida escritura pública de compraventa es nula de toda nulidad y no produce efecto alguno. ¿Qué ocurre si el fiduciario hace uso entre tanto de la apariencia y vende a un tercero de buena fe? Pues que el adquirente será propietario, pero no por el mecanismo de la fiducia sino por el de la representación indirecta, que hay que entender implícito en este negocio, el cual sí será eficaz a estos efectos. El comprador adquiere del propietario-fiduciante en virtud de la representación indirecta que éste ha conferido al fiduciario. Pero he de hacer gracia al perseverante lector de los problemas que plantea esta modalidad representativa. Quédese esto para otro momento, si llega a haberlo, y contentémonos provisionalmente con la tesis de DÍEZ-PICAZO: en la representación indirecta para enajenar, el mandante no necesita transferir al mandatario la propiedad de la cosa sino únicamente cederle la facultad dispositiva o *ius disponendi*.

La autocontratación

Comentemos brevemente el segundo punto. Ya se ha anticipado que la teoría clásica del pandectismo, que ve en el contrato un acuerdo de voluntades –y, por tanto, excluye la autocontratación– ha sido desplazada en este tema por la teoría objetiva, que deja en la penumbra el papel de la voluntad y destaca el aspecto normativo: el contrato es, ante todo, una *lex privata* (art. 1.091), un precepto por el que se autorregulan los propios intereses, y esto no supone necesariamente pluralidad de voluntades. Cabe la contratación consigo mismo y en representación de otro, o, sencillamente, en representación simultánea de ambas partes.

Ahora bien, una elemental prudencia exige rechazar la autocontratación cuando las partes representadas tienen intereses opuestos: ejemplo típico, el de las prohibiciones del artículo 1.459 del Código Civil. No nos vamos a extender sobre este punto, que es de sobra conocido.

(3) Dr. Claus-Wilhelm CANARIS: *El sistema en la jurisprudencia*. Fundación Cultural del Notariado, 1998. Traducción del original, Berlín, 1983, p. 17.

Pasamos a la excepción de la excepción: 1) Es posible la autocontratación. 2) No cuando hay intereses opuestos. 3) Sí, aunque haya intereses opuestos, cuando el o los representados han previsto el caso y autorizado expresamente que el apoderado contrate consigo mismo, a pesar de ello.

Volvemos al tema de la autonomía de la voluntad, el respeto que se le debe y sus límites; y casi, casi retomamos también la sintonía del negocio fiduciario, porque no cabe duda de que quien, sabiendo que hay intereses opuestos, autoriza que se contrate en su nombre, asume un riesgo que pudiera estimarse desproporcionado con el fin perseguido (poco le costaría designar otro apoderado), dando así pruebas de su, más o menos fundada, confianza en el apoderado, rasgos todos ellos que caracterizan y definen el negocio fiduciario.

Si una persona decide que su apoderado pueda, si quiere, venderse a sí mismo la finca de su propiedad, ¿en nombre de qué se le puede privar de esa facultad? ¿No soy dueño de hacer con lo mío lo que quiero? El sentido común responde sin vacilaciones que sí. Pero el sentido común no es demasiado seguro como criterio jurídico: el jurista ha de afinar más, tener en cuenta otras cosas, ejercer la prudencia; en suma, no permitir que se tense tanto la cuerda que corra grave peligro de romperse.

Para el sentido común, nada hay de particular en que yo done a mi hijo una finca, y esto ha de poder ser hecho tanto por escrito como de palabra, ¿qué más da la forma en que se haga: yo dono, él acepta, y no hay más? Sin embargo, el jurista exige escritura pública, ¿por qué? Para evitar actos irreflexivos que luego pueden lamentarse. Pues algo de eso pasa también aquí. Esa confianza que con tanta ligereza deposita en el apoderado la responsabilidad de decidir el precio que ha de pagar por una cosa, le coloca al mismo tiempo en una situación muy difícil: en su ánimo ha de luchar el propio interés, que incluso parece haber sido reconocido y aprobado por el poderdante, y la lealtad debida a éste. Ante este conflicto interior, el jurista no necesita juzgar; le basta con declarar que, sea cual sea el resultado, ese resultado es sospechoso; es el veredicto que nace de un combate en el que no puede saberse quién ha vencido; es, en suma, improcedente ese sistema, y debe declararse ineficaz.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido numerosas oportunidades de enfrentarse con el problema de la autocontratación y ha llegado a crear sobre este tema, como sobre tantos otros, un verdadero cuerpo de doctrina sólido y autorizado. Exponente de ella es la resolución de 29 de abril de 1993, que declara lo siguiente: "... si siempre la concesión de poderes es de interpretación estricta, con mayor razón lo ha de ser un poder en el que el apoderado resulta facultado para venderse a sí mismo y, además, señalando él el precio que estime conve-

niente. Ahora bien, el poder para vender sólo permite la enajenación que tenga por causa el contrato oneroso de verdadera compraventa, y mal puede calificarse de tal aquélla en que al menos la parte más importante de los bienes tiene como precio uno señalado por el mismo apoderado y comprador con cantidad trece veces inferior al valor fiscal comprobado”.

En definitiva, que no es válido el poder otorgado al apoderado para que pueda por sí solo comprar cosas del poderdante a menos que éste señale el precio mínimo que ha de mediar en la compraventa, pues de otro modo el sistema es demasiado ocasionado a abusos.

En la sentencia que comentamos se alude a la “hipotética irrisoriedad del precio” para declararla irrelevante, pues el precio forma parte de la compraventa, y la compraventa es declarada nula en todas las instancias. En cuanto a si puede este precio irrisorio derivar en una extralimitación del poder, tampoco se aprecia esta circunstancia.

Resumiendo: lo que se plantea es la eficacia de la dispensa expresa que puede insertar en el poder el poderdante declarando que el apoderado podrá hacer uso de las facultades que le confiere “aunque se incida en la figura jurídica de la autocontratación y exista oposición de intereses”, como suele decirse en las escrituras. Para el comisionista, el artículo 267 del Código de Comercio, dispone, interpretado a sensu contrario, que podrá comprar para sí lo que se le hubiera mandado vender si cuenta para ello con licencia del comitente. En general, se estima que esta disposición es eficaz, pero siempre que la oposición de intereses no sea tan radical que exija precisiones ulteriores, como según acabamos de ver, ocurre en la autocompraventa (4).

La calificación del autocontrato celebrado con oposición de intereses y sin autorización del representado no es fácil. La doctrina dominante lo sitúa en el marco del abuso de poder, cuyas consecuencias serían para algunos la irrelevancia del negocio con respecto al *dominus* (representado), como celebrado por un extraño sin poder, y ello incluso en perjuicio del otro contratante. Para otros se trata de un contrato válido en principio, pero anulable a instancia del representado, anulación que afectará a la otra parte si el conflicto de intereses era conocido o conocible por ella. Esta es la postura adoptada por el Código italiano (art. 1.394). Así enten-

(4) Un caso muy próximo es el de las aportaciones no dinerarias a una sociedad. La R. 9 de mayo de 1978 contempla el caso de la persona que constituye una sociedad actuando por sí mismo y en nombre de otro, aportando este último algo no dinerario. Y estima que hay en este caso conflicto de intereses. Sin embargo, si en el poder se ha incluido explícitamente la facultad de constituir sociedades, la opinión más segura es la de que sólo hay conflicto de intereses cuando las aportaciones que realiza el apoderado en nombre del poderdante no son dinerarias, pues entonces queda a su arbitrio la valoración de las mismas (a menos que se haya fijado este valor en el propio poder), pero no cuando son dinerarias.

dido, el defecto podría subsanarse mediante confirmación o ratificación posterior. La jurisprudencia, a pesar de lo dispuesto en el artículo 6.3, tiende más bien a admitir que la nulidad provocada por violar una prohibición legal, como la del artículo 1.459.2.º, es una nulidad relativa, por tratarse de una prohibición de orden privado (frente a los números 4.º y 5.º del mismo precepto) y por tanto podría ser ratificado por vía del artículo 1.259.

Sin embargo, se diferencia esta ratificación de la del artículo 1.259 en que no es retroactiva; el negocio se entenderá confirmado, no desde su fecha sino desde la de la ratificación (*ex nunc*, no *ex tunc*). Así lo entiende la R. 2 de diciembre de 1998.

En la Villa de Madrid, a catorce de marzo de dos mil dos. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Nueve de Santa Cruz de Tenerife; cuyos recursos fueron interpuestos por don A. P. M., representado por el Procurador don A. V. G. y don L. M. M. R., representado por el Procurador don S. E. R.; siendo parte recurrida don J. M. M. S. y doña O. P. I., representados por el Procurador don P. A. P. L. Autos en los que también ha sido parte doña M. C. D. G. A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1. El Procurador don J. A. C. C., en nombre y representación de don J. M. M. S., que actúa a su vez en nombre de su esposa doña M. O. P. I., interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Nueve de Santa Cruz de Tenerife, siendo parte demandada don L. M. M. R., doña M. C. D. G. A. y don A. P. M., alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “se declare: 1.—La obligación de los demandados de rendir cuentas, en ejecución de sentencia, detalladas de su administración o encargo de enajenación, a virtud de poder otorgado al efecto, y, concretamente de la compraventa del inmueble de autos de la Rambla..., de esta capital, propiedad que fue de doña O. P. I., desde la fecha del otorgamiento del mismo hasta el día de la fecha, ya que existen incluidas otras propiedades en el poder irrevocable dado, acompañando a dicha rendición de cuentas todos y cada uno de los documentos originales de la misma, los que deberán hacer entrega, en su caso, a los actores, efectuando, también en su caso, la liquidación o liquidaciones que correspondan, con abono de las cantidades que resulten en ejecución de sentencia, como adeudadas a mis mandantes, con más los intereses legales, desde la fecha que fueron requeridos a ello o de la de interposición de esta demanda. 2.—Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, la declaración de la nulidad, por simulada y fraude cometido en el otorgamiento de la misma, excediéndose el uso del poder y de sus facultades, de la escritura pública de compraventa de fecha quince de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, número tres mil ciento cincuenta y nueve de protocolo; la nulidad de la escritura complementaria, número ciento cuarenta y uno del protocolo, volviéndose a la situación registral anterior a su otorgamiento, con lo cual continuaría como única propietaria doña O. P. I., siendo de cuenta de la parte demandada y condenada los gastos que ello ocasione; la nulidad de la escritura de poder general y la nulidad del Acta

de manifestaciones, número mil cincuenta y uno y mil cincuenta y dos de protocolo, de fecha veintiocho de abril de 1984, ambos, otorgados todos ellos en la Notaría de don J. M. D. B. según se ha dejado relatado en los hechos de esta demanda, lo que reproducimos; y, por ende, la nulidad de todos los asientos o inscripciones registrales, en su caso, efectuadas en el Registro de la propiedad con motivo de tales otorgamientos, por contrarios a Derecho, inexistentes, simulación, con fraude en el precio establecido en la escritura pública, entre otros extremos, no sólo al no corresponderse con el precio real de la vivienda, sino con el agravante de otorgarse la escritura de compraventa en favor de los demandados, siendo, reitero, de cuenta de los demandados condenados todos los gastos que ello origine, y, todo ello sin perjuicio del correspondiente tanto de culpa para los Tribunales de lo penal. 3.— Para el caso de que declarado, en sentencia, el contenido del apartado anterior, no se pudiera llevar a cabo, en ejecución de sentencia, algunas o todas las nulidades solicitadas en el apartado anterior, se declare, en su sustitución, la obligación de los demandados, a efectuar y establecer en ejecución de sentencia, de indemnizar a mis mandantes, por los perjuicios causados, en la forma siguiente: a) De no producirse la nulidad, y no poder retrotraerse la propiedad inmueble vendida y al haber perdido doña O. P. I. la propiedad de su vivienda, indemnicen, a dicha señora, solidariamente, en la suma de setenta y cinco millones de pesetas, con motivo de tal pérdida debida a la compraventa notarial otorgada por los demandados, a su favor, y la consiguiente privación de la propiedad del inmueble hecha a su propietaria doña O. P. I., teniendo en cuenta la necesidad de reponer a la actora citada, en lo posible, en vivienda y garaje de iguales características y situación, cuyo coste, incluidos gastos e impuestos, hasta su inscripción, no bajarían de dicha cantidad. b) Se declare revocado el Poder general dado por demandantes a demandados, con fecha 28 de abril de 1984, protocolo 1052, del fedatario señor D. B., antes mencionado, si no se declarare su nulidad. c) Se declare nulo y sin valor alguno el contenido de las manifestaciones vertidas en el Acta notarial, de fecha 28 de abril de 1984, número mil ciento y uno de protocolo, por carta adjunta, recogidas en minuta por el fedatario, por simulación, falsedad y hecho en fraude de los otorgantes por los demandados. 4.— En todo caso, se declare y condene a los demandados a indemnizar, solidariamente, por los perjuicios morales causados, que trataremos de acreditar en período probatorio y en ejecución de sentencia, en su caso, en la suma de cuarenta millones de pesetas, a mis mandantes, por la actuación negligente de los demandados, en perjuicio de los actores, como sus mandatarios, sin perjuicio de otras responsabilidades. 5.— A virtud de ello, se condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, en cada caso, y al pago de las costas procesales, por su manifiesta temeridad y mala fe en su actuación como mandatarios o Administradores de mis mandantes; y, en su caso, por oponerse a esta demanda.”

2. El Procurador don M. R. B., en nombre y representación de don A. P. M., contestó la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “por la que se estimen las excepciones propuestas en esta contestación, y por tanto se rechace la demanda origen de estos autos sin necesidad de entrar

a conocer del fondo del asunto; y, para el caso de que así no fuese, se rechace igualmente la dicha demanda en estimación de los que hemos dejado consignado, condenando a quien se repunte actor a estar y pasar por tal declaración y al pago de las costas procesales”.

Asimismo, formuló demanda reconvenzional alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “por la que se fije el plazo dentro del cual deben ser cumplimentadas las obligaciones adquiridas mediante los documentos mencionados, bien mediante pago a la Caja Canarias, antes General de Ahorros, de las cantidades que pudieran resultar pendientes, bien mediante resarcimiento a mi principal de las cantidades por ésta satisfechas como avalista y que resulten acreditadas en el trámite de ejecución de sentencia, declarando en dicha resolución que incumplimiento de tales obligaciones en el plazo que se establezca dará lugar a que los demandados puedan consumir la efectiva propiedad del inmueble del que son titulares, al objeto de poder hacer efectivos los créditos que cada uno de ellos ostenta; y condene a los reconvenidos a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas procesales”.

3. El Procurador don M. R. B., en nombre y representación de don L. M. M. R., contestó a la demanda formulando reconvencción y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “en la cual se hagan los siguientes pronunciamientos: Primero: Se desestime íntegramente la demanda, y se rechacen todos los pedimentos que contiene, bien por estimación de alguna de las excepciones formuladas, o bien porque se pronuncia la Sentencia sobre el fondo del asunto; y, con ello, de un modo u otro se absuelva al demandado don L. M. M. R. de las condenas que en su contra se solicitan y, si se rechazan las excepciones, en particular: 1. Se declare la validez, en sus propios términos, de la escritura pública de compraventa y del acta notarial de manifestaciones (de 15 de diciembre de 1984 y 28 de abril de 1984, respectivamente, referidas en el párrafo segundo del “suplico” de la demanda) así como de las inscripciones registrales que de ellas traen causa y que también se reseñan en la demanda. 2. Se rechacen expresamente todas las demás peticiones de la demanda, tanto las relativas a la rendición de cuentas de una supuesta administración de bienes como las que se refieren a la indemnización de unos pretendidos daños morales. Segundo: Se estime íntegramente la reconvencción, y se declare que don L. M. M. R. tiene derecho a mantener, completar y ejecutar la garantía real que contiene, en su favor, el acta notarial de fecha 28 de abril de 1984 (otorgada por el actor y su esposa ante el Notario don J. M. D. B., en Santa Cruz, con el número 1051 de su protocolo) y, por ello, en la propia Sentencia se hagan las siguientes declaraciones y pronunciamientos: 1. Se faculte a don L. M. M. R. para que —con el consentimiento de su esposa— pueda vender la mitad indivisa de la vivienda que les transmitieron don J. M. M. S. y su esposa mediante la escritura pública de fecha 15 de diciembre de 1984 (otorgada también ante el mismo Notario, número 3159), y cobrar el precio de la venta a los fines que luego se dirán, si don J. M. M. S., en el plazo que el Juzgado fije en la propia Sentencia y que se propone sea de tres meses, no reembolsa a don L. M. M. R. la suma de pesetas 3.200.000 que

éste abonó a la Caja General de Ahorros de Canarias, y sus intereses desde la fecha del pago y hasta la del reembolso, y además le libera de las obligaciones que se derivan de su condición de avalista (don L. M. M. R. de don J. M. M. S. y su esposa), por la suma de 13.000.000 de pesetas de principal y lo que proceda por intereses y gastos según las condiciones del contrato de aval, a que se refiere la comunicación protocolizada mediante el acta notarial referida en el párrafo precedente de esta súplica (28-4-1994, núm. 1051). 2. Se faculte igualmente a don L. M. M. R. para que disponga del precio que obtenga por la venta de la mitad indivisa de la vivienda, de la forma siguiente: hasta donde el precio alcance, haga suya definitivamente la suma de 3.200.000 pesetas y sus intereses desde el día 3 de enero de 1984 y hasta el momento de la liquidación, al tipo legal, y también para que entregue, pague, deposite o consigne a la Caja de Ahorros la cantidad necesaria para que don L. M. M. R. se libere de su condición de avalista de don J. M. M. S. y su esposa, por los importes y en las condiciones referidas en el acta notarial de 28 de abril de 1984, ya citada, entregando luego don L. M. M. R. a don J. M. M. S. lo que sobre del precio, después de hechas las operaciones anteriores. 3. Si el precio de la venta no alcanza para cubrir el reembolso de 3.200.000 pesetas, sus intereses y las responsabilidades frente a la Caja de Ahorros a que se refieren los párrafos precedentes, se condene a don J. M. M. S. al pago de lo que falte. 4. Declare que don L. M. M. R. tiene derecho a disponer, y se le faculte para hacerlo con la misma finalidad de garantía —y en las mismas condiciones referidas en los tres párrafos numerados inmediatamente anteriores—, de la mitad indivisa del apartamento descrito bajo la letra b) de la carta protocolizada mediante el Acta de 28 de abril de 1984, sito en Las Navas del Marqués, Ávila, Edificio Madrid, número ..., por lo que don J. M. M. S. tiene obligaciones de entregar a don L. M. M. R. los documentos en que conste la titulación a su nombre de la propiedad indicada, para con ellos proceder a su transmisión y a la ejecución de la garantía, es decir, a su venta en las condiciones y a los fines referidos en los anteriores párrafos 1, 2 y 3. 5. Declare que, en el caso de que don J. M. M. S. no disponga o no entregue a don L. M. M. R. la documentación precisa para cumplimentar lo establecido en el párrafo 4 anterior, sobre el apartamento de Las Navas del Marqués, don L. M. M. R. tendrá derecho a exigir de don J. M. M. S. la constitución de una garantía similar a la prevista mediante dicha finca en el acta notarial de 28 de abril de 1984 sobre otra finca de valor equivalente al del apartamento citado, o sobre dinero por importe de dicho valor equivalente, que deberá entonces entregar don J. M. M. S. a don L. M. M. R., para con una u otro (la finca o el dinero) reembolsarse éste la suma de 3.200.000 pesetas citada varias veces más arriba, así como para extinguir las obligaciones de don L. M. M. R. frente a la Caja de Ahorros, en los términos que también se han repetido. Tercero: Condene a don J. M. M. S. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y pronunciamientos al pago de todas las costas del juicio”.

4. No habiéndose presentado por la parte actora escrito de contestación a la reconvencción planteada por los demandados, se recibió el pleito a prueba. Practicada la prueba que se consideró pertinente, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia

número Nueve de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 1 de noviembre de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallo: Que desestimo en su integridad la demanda promovida a nombre de J. M. M. S. y O. P. I. frente a L. M. M. R., C. G. A. y A. P. M. y desestimo íntegramente la reconvencción formulada por L. M. M. R. y A. P. M. sin expresa imposición de las costas originadas por el presente juicio".

SEGUNDO. Interpuesto recurso de apelación por la representación de don J. M. M. S. y su esposa, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, dictó sentencia con fecha 8 de junio de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don J. M. M. S. y doña O. P. I. contra sentencia dictada en Auto núm. 27/1994 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife, confirmamos la misma sólo en lo siguiente:

I. Se decreta la nulidad del contrato de compraventa plasmado en escritura de 15 de diciembre de 1984 y complementaria de 17 de enero de 1985, así como del contrato de garantía que se alega como subyacente bajo la misma, ordenándose cancelar la inscripción registral consecuente, en el Registro de la Propiedad, y ello referido al piso situado en Rambla..., núm. ... de Santa Cruz de Tenerife, planta primera, debiendo los demandados restituir su propiedad y tenencia a la señora P. I.;

II. Se declaran válidos tanto el poder de 28 de abril de 1984 extendido a favor de los demandados, como el Acta de la misma fecha, en relación a la cual se extendió dicho Poder;

III. Se desestiman el resto de las pretensiones, confirmándose con ello la sentencia recurrida, así como en el resto del fallo de la misma. No se hace especial condena en las costas de este recurso."

TERCERO. 1. El Procurador don A. V. G., en nombre y representación de don A. P. M., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, de fecha 8 de junio de 1996, con apoyo en los siguientes motivos:

"I. Al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se denuncia infracción por inaplicación del artículo 1.301 del Código Civil.

II. Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación de los artículos 1.255 y 1.256 del Código Civil.

III. Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación de los artículos 1.276, 1.277 y 1.278 del Código Civil."

2. El Procurador don S. E. R., en nombre y representación de don L. M. M. R., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, de fecha 8 de junio de 1996, con apoyo en los siguientes motivos:

"I. Al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se alega infracción del artículo 1.276 del Código Civil, en relación con los artículos 1.255, 1.258, 1.261 y 1.091.

II. Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los artículos 1.727 y 1.259 del Código Civil.

III. Bajo el mismo ordinal se alega infracción del artículo 1.280.1.º del Código Civil.

IV. Bajo el mismo ordinal se alega quebrantamiento de los artículos 1.258 y 7.1 del Código Civil.

V. Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los artículos 1.301 y 1.930 del Código Civil.”

3. Admitidos el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador don P. A. P. L., en nombre y representación de don J. M. M. S. y doña O. P. I., presentó escrito de oposición a los recursos planteados de contrario.

4. Habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para la misma el día 28 de febrero de 2002, en que ha tenido lugar. Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. J. C. F.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife de 1 de noviembre de 1995 recaída en los autos de juicio de menor cuantía núm. 27 de 1994 seguidos a instancia de don J. M. M. S. y doña O. P. I. contra don L. M. M. R., doña C. G. A. y don A. P. M. desestima todas las pretensiones ejercitadas en la demanda y en las reconvencciones. Formulado recurso de apelación por la parte actora, la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital de 8 de junio de 1996, recaída en el Rollo 178 del propio año, lo estima en parte, y recoge los siguientes pronunciamientos: 1.º) Se decreta la nulidad de contrato de compraventa plasmado en escritura de 15 de diciembre de 1984 y complementaria de 17 de enero de 1985, así como del contrato de garantía que se alega como subyacente bajo la misma, ordenándose cancelar la inscripción registral consecuencia, en el Registro de la Propiedad, y ello referido al piso situado en Rambla..., núm. ..., de Santa Cruz de Tenerife, planta primera, debiendo los demandados *restituir su propiedad y tenencia* a la señora P. I.; 2.º) Se declaran válidos tanto el poder de 28 de abril de 1984 extendido a favor de los demandados, como el Acta de la misma fecha, en relación a la cual se extendió dicho Poder; y, 3.º) Se desestiman el resto de las pretensiones, confirmándose con ello la Sentencia recurrida.

Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de casación por los demandados-reconvinientes. El formulado por don A. P. M. se articula en tres motivos en los que, respectivamente, invoca infracción de los artículos 1.301 CC, 1.255 y 1.256 CC, y 1.275, 1.276, 1.277 y 1.278 CC; y el planteado por don L. M. M. R., se estructura en cinco motivos en los que denuncia vulneración de las reglas legales y jurisprudenciales que disciplinan los efectos del negocio fiduciario y la venta en garantía (motivo primero), de los artículos 1.727 y 1.259 CC y jurisprudencia sobre los mismos (motivo segundo), artículo 1.281, párrafo primero, CC (motivo tercero), artículos 1.258 y 7.º.1 CC y jurisprudencia, en relación con la buena fe como exigencia del ejercicio de los derechos y del cumpli-

miento de los contratos (motivo cuarto), y artículos 1.301, 1.930.2.º y 1.961 CC, sobre prescripción de las acciones (motivo quinto).

SEGUNDO. En la Sentencia recurrida se hace una acertada síntesis de la relación histórica, que (como se apunta en el recurso de casación del señor M. R.) sin duda no contiene la totalidad de los elementos fácticos debatidos, pero sí expresa lo esencial del debate. Se dice: “1.º) Con motivo de diversas operaciones comerciales en relación con las empresas que en los autos se indican, operaciones extensas en su contenido y dilatadas en el tiempo, el apelante señor M. S. y su esposa doña O. P., en 28 de abril de 1984 dirigen carta a los apelados señores P. M. y M. R., en la que reconocen la existencia de unos avales por éstos firmados, con motivo de crédito contraído por el señor M. S. con la Caja General de Ahorros de Tenerife, y con el fin de compensar la carga que el cumplimiento de estos avales iba a suponer para los apelados, que respondían de la deuda, se compromete a afectar dos bienes inmuebles, autorizando a los demandados a disponer de ellos por transmisión o hipoteca o cualquier acto de disposición. Para la efectividad de tal decisión, acuerda en dicha carta otorgar poder notarial con el mismo contenido, poder de carácter irrevocable, quedando sin efecto lo acordado sólo en el caso en que el señor M. S. abonase él por sí, la deuda con la Caja de Ahorros. 2.º) Como consecuencia de lo anterior –sigue diciendo la Sentencia recurrida– el mismo día de la fecha de la precitada carta, los apelantes otorgan poder notarial por el que confieren a los demandados autorización, y en relación a las dos fincas ya mencionadas, para, y en lo que aquí interesa, administrar dichos bienes, comprar, vender, permutar, constituir hipotecas y toda clase de garantías respecto de los indicados inmuebles. En dicho poder se autorizaba la autocontratación y se le confería al mismo el carácter de irrevocable. 3.º) Como consecuencia de lo anterior –prosigue la Sentencia recurrida– los demandados, actuando por sí y en representación también de los actores, en 15 de diciembre de 1984 realizan notarialmente escritura de compraventa, en virtud de la cual adquieren para sí, en uso del poder antes indicado, uno de los dos inmuebles dichos, en concreto piso en la Rambla... de Santa Cruz de Tenerife, por cuantía de cinco millones de pesetas que confiesan los vendedores haber recibido de los compradores. El citado piso se inscribe en el Registro de la Propiedad, por mitades indivisas, a nombre de ambos compradores, señores P. M. y M. R., situación existente en el momento de iniciarse el proceso”.

La Sentencia del Juzgado de 1.º Instancia, entendió que existía un supuesto de simulación relativa, pues si el contrato de compraventa aparente era nulo por falta de causa, existía en cambio disimulado un contrato válido de garantía. Lo que los contratantes consienten mediante el negocio jurídico escriturado es atribuir a los supuestos compradores la titularidad formal o fiduciaria de una vivienda por causa de garantía de un crédito.

La Sentencia de la Audiencia (que otorga expresamente plena validez al poder concedido por los actores a los demandados y también al acta notarial de manifestaciones complementaria del poder) razona que el negocio jurídico que se analiza (formalizado en la escritura de 15 de diciembre de 1984 y complementaria de 17 de enero de 1985) no es válido como compraventa (extremo en

el que coinciden las partes), y, separándose del criterio del juzgador de primera instancia, considera que también es nulo como contrato de garantía. El argumento decisivo consiste en que la creación de una compraventa como fórmula encubridora de una alegada garantía va más allá de la voluntad de los demandantes. Se excede en realidad —se argumenta—, de las facultades queridas por el poderdante y se ha constituido una llamada garantía que, *de iure*, transmite formalmente la propiedad con todas sus consecuencias finales, excediéndose de la esencia de lo que es un contrato de garantía, en que tal propiedad no se transmite, lo que lleva igualmente al defecto de causa.

TERCERO. El examen de los dos recursos puede efectuarse conjuntamente porque responden a planteamientos similares y son susceptibles de una respuesta unitaria, por lo que al hacerse de tal manera se evitan repeticiones innecesarias sin que sufra detrimento alguno el derecho a la respuesta jurisdiccional de los interesados que constituye una exigencia de la tutela judicial efectiva.

Procede examinar en primer lugar los motivos primero del recurso de don A. P. M. y quinto de don L. M. M. R. en los que se denuncia la infracción de los artículos 1.301, 1.930, párrafo segundo, y 1.961 del Código Civil por no haberse acogido en la Sentencia recurrida la excepción de prescripción extintiva.

Los motivos deben desestimarse porque las acciones aludidas en los recursos ejercitadas son imprescriptibles.

La doctrina de esta Sala viene reiterando que los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere* (Sentencias, entre otras, 19 de diciembre de 1951, 20 de diciembre de 1975, 13 de febrero de 1985, 6 de junio de 1986, 14 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 8 de marzo y 15 de junio de 1994, 29 de abril de 1997, 14 de marzo y 5 de junio de 2000) por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles. Y así se ha declarado que no prescriben las acciones que pretenden declarar la simulación absoluta (SS 6 de junio de 1986, 13 de abril de 1988, 18 de julio de 1989, 17 de junio de 1991, 23 de octubre de 1992); investigar el negocio disimulado (SS 22 de diciembre de 1987 y 29 de noviembre de 1989), si bien no debe confundirse dicha acción encaminada a desvelar el contrato oculto, con la acción que nace del mencionado negocio; las de nulidad radical del negocio disimulado (S. 23 de julio de 1993), o la de nulidad de un contrato a nombre de otro sin poder o excediéndose del concedido, pues la jurisprudencia dictada en aplicación de los artículos 1.727, párrafo segundo, y 1.259, párrafo segundo, del Código Civil entiende que se trata de supuestos de inexistencia (Sentencias 14 de diciembre de 1940, 11 de junio de 1966, 2 de octubre de 1995 y 3 de noviembre de 2000) o nulidad radical (Sentencia 27 de septiembre de 1995), de cuya orientación solo se separa alguna resolución aislada (como la de 12 de junio de 1997, que habla de anulabilidad).

Por consiguiente, las acciones del caso, en cuanto encaminadas a sostener la existencia de simulación y de nulidad del negocio disimulado por extralimitación en el ejercicio del poder concedido, no son susceptibles de prescripción. La referencia que se hace en el párrafo segundo del fundamento cuarto de la Sentencia

del Juzgado a la prescripción de la acción de anulabilidad (art. 1.301 CC) no tiene nada que ver con los pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia que por suponer un perjuicio para los demandados les legitiman para recurrir en casación (art. 1.691 LECiv).

CUARTO. El examen de los restantes motivos requiere un planteamiento previo con el propósito de centrar el contenido de la presente casación, y por ende de la *cognitio* de este Tribunal, porque las decisiones de los juzgadores de instancia y la conducta procesal –activa y pasiva– de las partes (es de interés resaltar que los demandados-reconvinientes no formularon recurso de apelación por lo que devino firme la desestimación de las respectivas reconvencciones) han reducido el ámbito de la controversia, dejando circunscrita, en lo fundamental, su complejísima problemática al tema de si el poder referido en la relación fáctica permitía a los apoderados celebrar la venta o transmisión en garantía.

Es de señalar, también previamente, por un lado, que la denominada “venta en garantía”, como modalidad de garantía atípica ha venido siendo admitida con base en el artículo 1.255 CC por la Jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 21 de marzo de 1969, 2 de junio de 1982; 6 de abril de 1987; 25 de febrero, 8 de marzo y 22 de diciembre de 1988; 19 de mayo de 1989, 6 de julio de 1992, 5 de julio de 1993; 30 de enero de 1995), sin perjuicio de reconocer la ausencia de una orientación dogmática unitaria y perfectamente definida, y se confirma en las más recientes Sentencias (Sentencias 15 de junio 1999; 26 de abril, 17 de julio y 5 de diciembre de 2001; y 1 y 8 de febrero de 2002), por lo que no se plantea cuestión en orden a su posibilidad jurídica. Y, por otro lado, asimismo debe indicarse que nada obsta a que dicha figura, con causa verdadera y lícita, pueda ser considerada existente y válida como negocio disimulado (art. 1.276 CC), encubierto bajo otro negocio aparente carente de causa o con causa falsa, y por ello nulo, o mejor, inexistente (*nullum vero substantiam*), con lo que se produce una hipótesis de simulación relativa; y por ello tampoco en orden a tal extremo se plantea cuestión alguna.

Circunscrita, pues, la controversia a la determinación de si estaban facultados los apoderados (demandados aquí recurrentes) en virtud del poder de 28 de abril de 1984 para otorgar en favor de ellos mismos en concepto de acreedores y en nombre de su poderdante como deudor una “venta” (mejor, transmisión) en garantía para asegurar el pago de los créditos, del análisis minucioso del documento de apoderamiento, y de las complejas circunstancias concurrentes –según el acervo fáctico de la resolución de instancia, vinculante, por incólume en casación, para este Tribunal–, claramente se deduce una respuesta positiva. Y ello es así porque en el poder no sólo se confiere la facultad de vender definitivamente, que por sí solo obviamente no permitiría deducir la autorización para otorgar una transmisión en garantía, sino también otras amplísimas facultades, y entre ellas la de constituir cualquier modalidad de garantía.

En el caso no se dan los lógicos recelos y prevenciones que suscitan poderes con amplísimas facultades y modalizados por la autorización de la autocontratación, porque la hipotética irrisoriedad del precio (que podría determinar una extralimitación en el ejercicio de la representación) resulta irrelevante habida cuen-

ta la nulidad (inexistencia) de la compraventa, y, por otro lado, el poder se limita a dos fincas, y la actuación de los apoderados a una, aunque sea la vivienda de los actores.

Por lo demás la “transmisión en garantía” como figura atípica de garantía, aparte de no producir los efectos que señala la Sentencia recurrida, se halla reconocida por la doctrina de esta Sala, que únicamente atribuye a los adquirentes de la garantía (fiduciarios) una titularidad meramente formal, y un *ius retinendi*, tal y como establecen las recientes Sentencias de 26 de abril de 2001 (núm. 413), 17 de julio de 2001 (núm. 757), 5 de diciembre de 2001 (núm. 1.144) y 2 de febrero de 2002 (núm. 62), entre otras.

QUINTO. Al admitirse que la autorización concedida a los apoderados comprende concertar la operación jurídica denominada de “venta en garantía”, y siendo, por consiguiente, la misma verdadera y válida (al menos en la relación *inter partes*), procede hacer las declaraciones siguientes:

1.^a Se acoge el motivo tercero del recurso del señor P. M. en cuanto denuncia infracción del artículo 1.276 CC, y se rechaza la infracción de los artículos 1.275, 1.277 y 1.278 por ser ajenos a la cuestión debatida. Y se acogen los motivos primero, segundo y tercero del recurso del señor M. R.; el primero en cuanto acusa vulneración del artículo 1.276 en relación con los artículos 1.255, 1.258, 1.261 y 1.091, todos ellos del Código Civil, y doctrina jurisprudencial representada por las Sentencias de 2 de junio de 1982, 8 de marzo de 1988 y 6 de julio de 1992 (además de las de fecha reciente indicadas en el acto de la vista del recurso de casación) sobre los efectos del negocio fiduciario y la venta en garantía; el segundo, en el que se alega la transgresión de las normas que regulan la representación y el mandato representativo, porque al obrar los apoderados dentro de los límites de éste se dio cumplimiento a lo prevenido en el párrafo primero del artículo 1.727 CC y no se incidió en el exceso sancionado en el párrafo segundo, sin que se dé por lo tanto una falta de poder para contratar a nombre de otro a que se refiere en el artículo 1.259 CC; y el tercero en el que, con invocación de la infracción del precepto del párrafo primero del artículo 1.281.1.º CC, se vierten una serie de argumentos en relación con el alcance del poder que se comparten plenamente, y resulta superfluo reproducir, en la perspectiva de comprender dentro del mismo la posibilidad de constituir una garantía atípica como la de autos.

2.^a Se desestima el motivo segundo del recurso del señor P. M., en el que se acusa haberse conculcado los artículos 1.255 y 1.256 CC, porque en el mismo se combate una apreciación de la fundamentación jurídica que no se advierte tenga carácter decisivo o determinante del fallo, por lo que no puede ser objeto del recurso de casación, y ello se revela, además, porque la expresión “mientras su vigencia no cese” (con relación a la subsistencia del poder) puede entenderse y explicarse perfectamente en relación con lo pactado en el mismo, sin que sean precisas más aclaraciones, y menos si se advierte que se pretende introducir una cuestión (como la de revocación del poder) que es ajena y posterior al planteamiento del pleito (*lite pendente nihil innovetur*).

Asimismo procede declarar que resulta innecesario examinar el motivo nú-

mero cuarto del recurso del señor M. R. mediante el que se trata de atacar la apreciación de la Sentencia recurrida alegando la conculcación de los artículos 7.1.º y 1.258 del Código Civil sobre el principio de la buena fe, con base en el cual no le era dable a los demandantes ir contra los actos propios, motivo que hay que considerar carente de interés habida cuenta la acogida de los que le preceden.

3.ª Como consecuencia del acogimiento de los motivos antes expresados procede casar y anular parcialmente la Sentencia recurrida en el sentido de que la voluntad plasmada en la escritura de 15 de diciembre de 1984 y complementaria de 17 de enero de 1985 debe valer exclusivamente como venta (transmisión) en garantía, lo que supone dejar sin efecto la declaración de nulidad apreciada en relación con tal particular por dicha Sentencia, viniendo a ostentar los demandados únicamente una titularidad meramente formal y un *ius retinendi* con el alcance que establece la doctrina jurisprudencial antes reseñada.

4.ª Asumiendo la instancia se debe acordar, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.715.1.3.º LECiv, la modificación del fallo de la Sentencia de la Audiencia en los términos señalados. Ello supone que se confirma la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia y se desestima la demanda en dicho extremo; manteniéndose la de la Audiencia en lo restante.

5.ª En aplicación del precepto recogido en el artículo 1.715.2 LECiv se acuerda no hacer pronunciamiento en las costas de primera y segunda instancia (arts. 523, párrafo segundo, y 710, párrafo segundo, LECiv) y que cada parte satisfaga las causadas a su instancia en cuanto a las de la casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los Procuradores don A. V. G. en representación procesal de don A. P. M. y don S. E. R. en representación procesal de don L. M. M. R. contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 8 de junio de 1996 en el Rollo 178/1996, y acordamos:

PRIMERO. Casar y anular parcialmente la Sentencia mencionada en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad del contrato de transmisión de garantía que se aprecia como subyacente del contrato de compraventa formalizado en escritura pública de 15 de diciembre de 1984 y complementaria de 17 de enero de 1985.

SEGUNDO. Confirmar la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife de 1 de noviembre de 1995, menor cuantía 27/1994, desestimando la demanda principal, únicamente en la medida en que se casa y anula parcialmente la Sentencia de la Audiencia; y,

TERCERO. No hacer pronunciamiento en las costas de las instancias, y declarar que cada parte debe satisfacer las suyas en lo que atañe a las de la casación.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-T. O. T.-J. C. F.-A. R. L.-Rubricado.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. J. C. F., Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
NÚMERO 715/2003
(SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN ÚNICA),
DE 10 DE JULIO (*)**

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

Doctrina. En una institución de herederos, concretada en los dos tercios de la legítima larga, la renuncia pura, simple y gratuita de una hija, heredera forzosa del causante, incrementa el haber hereditario de la otra hija y heredera forzosa, por su propio derecho y no por derecho de acrecer, sin que sean llamados los descendientes de la renunciante, nietos del causante, aunque estuvieran designados en el testamento de éste sustitutos vulgares en forma simple y sin designación de casos, por lo que estaba incluido en la sustitución el supuesto de renuncia de la instituida.

(*) Recurso de casación núm. 3541/1997. Jurisdicción Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

I. La Sentencia

1. Hechos declarados probados

(Fundamento de Derecho Primero): “Pero, antes de proceder a examinar los motivos del recurso, se hace preciso dejar consignados aquí los hechos declarados probados en la instancia ... Tales hechos probados son los siguientes: 1.º) Don F. ... casado en únicas nupcias con Doña M. ... de cuyo matrimonio nacieron dos hijas, Doña M. C. y Doña F. ... falleció el día 17 de abril de 1990, bajo testamento notarial abierto, otorgado el 4 de diciembre de 1972. 2.º) Dicho testamento dispone, entre otras cláusulas: a) Que «lega a su esposa el usufructo vitalicio» de todos sus bienes. b) Que lega a sus hijas, F. y M. C. (y en defecto y sustitución de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes) por partes iguales la nuda propiedad del tercio de libre disposición, bajo la condición suspensiva de que todos sus legitimarios acepten el gravamen que sobre la legítima corta implica el usufructo universal a favor de su esposa. c) Deja a la libre voluntad de los legitimarios esta opción y la manifestación en contrario por uno de ellos bastará para dejar sin efecto el legado, en cuyo caso, el tercio libre pasará a su esposa. d) Instituye herederos universales por partes iguales a sus dos hijas, y en defecto y sustitución, a cada uno de sus respectivos descendientes. e) Designó albacea a su esposa y nombró contadores-partidores solidarios a Don J. ... (que premurió al testador) y a Don J. L. ... 3.º) El 6 de noviembre de 1990, Doña F. otorgó escritura pública de aceptación de herencia y manifestó en tal documento «no aceptar el gravamen sobre la legítima corta que implica el usufructo universal de la herencia», que habrá de distribuirse y adjudicarse en la forma alternativa prevista en el testamento, pasando a su madre la plena propiedad del tercio de libre disposición como legado. 4.º) Doña C. ..., casada y con cinco hijos, el 18 de diciembre de 1990 renunció a la herencia de su padre, pura, simple y gratuitamente. 5.º) El 21 de marzo de 1991 se otorgó escritura de protocolización del cuaderno particional de la herencia de don F. ..., compareciendo su esposa, su hija Doña F. y el contador-partidor Sr. ... y no se contempló en tal partición a los hoy demandantes, hijos de Doña M. C. ... 6.º) Tres de los hijos de Doña M. C. han presentado la demanda a que se alude en el inicio de este ordinal primero de estos fundamentos jurídicos de esta sentencia de casación y que ha determinado todo el *iter* procesal y este extraordinario recurso de casación.”

2. Desarrollo del proceso

Primera instancia. Tres de los hijos de Doña C., la renunciante, promovieron demanda, en la que pidieron que “se declare: 1.º) Que todos y cada uno de los demandantes tienen derecho a la herencia del causante, D. F. ..., por sustitución testamentaria en virtud de la renuncia pura, simple y gratuita de su madre, Doña M. C. ...”. Los demandados se opusieron y solicitaron ser absueltos de las pretensiones contenidas en la demanda. Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 2 de marzo de 1995, con el siguiente “FALLO: Que desestimando la deman-

da interpuesta ... debo absolver y absuelvo a los mencionados demandados de todas las pretensiones deducidas contra ellos, imponiendo las costas procesales causadas en esta instancia a la parte actora". (Antecedente de Hecho Primero).

Apelación. Contra dicha sentencia se interpuso por los demandantes recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en 15 de julio de 1997, cuya parte dispositiva en lo pertinente dice: "FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por ... los accionantes contra la sentencia dictada ... con revocación parcial de dicha resolución y estimación igualmente parcial de la demanda por ellos promovida ... debemos declarar y declaramos que todos y cada uno de los referidos demandantes ... tienen derecho a la herencia del causante D. F. ... por sustitución testamentaria en virtud de la renuncia pura, simple y gratuita de su madre Doña M. C. ...". (Antecedente de Hecho Segundo).

Motivos de la casación. Uno de los demandados, la hija del causante Doña F., interpuso recurso de casación, "que se fundó en los siguientes motivos, todos ellos amparados en el núm. 4.º del artículo 1.692 LEC: **Primero.**— Por interpretación errónea del artículo 675 del CC. **Segundo.**— Por violación, por su no aplicación, del artículo 813.2.º del CC. **Tercero.**— Por violación, por no aplicación, del artículo 985.2.º del CC. **Cuarto.**— Por aplicación indebida del artículo 912.3.º del CC". (Antecedente de Hecho Tercero).

3. Fundamentos de Derecho

Fundamento de Derecho Segundo.

"1. Esta Sala estima que debe realizarse un examen conjunto de los dos primeros motivos del recurso de casación. El *primer motivo*, como quedó ya consignado atrás, aduce interpretación errónea del artículo 675 del Código Civil. Imputa a la sentencia recurrida limitarse a interpretar la cláusula sustitutoria, atendiendo a la literalidad de las palabras y concluye que los términos empleados sugieren la limitación de la sustitución al supuesto de premoriencia.

El *segundo motivo* alega violación del artículo 813.2 del Código Civil y añade que dicho precepto sirvió para la desestimación de la demanda en la sentencia del Juzgado, pero el fallo recurrido en casación no fundamenta su no aplicación. El motivo parte de que el nieto no adquiere la condición de legitimario por la renuncia de su padre o madre en la herencia de un ascendiente y no se produce por ello la representación, por lo que la sustitución ordinaria en el testamento sobre la legítima puede atentar y gravar los derechos legitimarios en la concurrencia de herederos forzosos, por lo que sólo cabe la sustitución vulgar en el supuesto de herederos forzosos respecto del tercio de libre disposición y sin perjuicio de una preferencia en el derecho de acrecer.

2. *Comenzando el examen casacional por este segundo motivo*, la cuestión primera a examinar es la relativa a los efectos que la renuncia de la heredera forzosa, Doña M. C., ha podido producir respecto de sus hijos y descendientes.

En cuando a la renuncia a la legítima en vida del causante es nula, como se desprende del artículo 816 del Código Civil y no afecta a los herederos forzosos de la renunciante, que podrán reclamarla cuando muera aquél, pero la renuncia producida abierta la sucesión es válida y quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su stirpe y se incrementan las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio, y no por derecho de acrecer. Así, en los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de los herederos forzosos del testador, que son sus hijas, Doña F. y Doña M. C. (arts. 806 y 807), no existiendo mejora al no haber expresado el testador su voluntad de mejorar, y por ello la renuncia pura, simple y gratuita de Doña M. C. implica la renuncia por sí y su stirpe, incrementando la cuota que por legítima individual correspondía a la otra legitimaria, su hermana Doña F., por derecho propio y no por derecho de acrecer, como se desprende del artículo 985.2 del Código Civil, no pudiendo representarla los descendientes de la renunciante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 929 del mismo cuerpo legal, que sólo permite la representación de persona viva, en los casos de desheredación y de incapacidad. Por ello, la renuncia del llamado no provoca la representación de su descendencia, ni en una clase de sucesión ni en otra, y su stirpe no puede representarle cuando repudia la porción que se le defiere y percibir lo que su ascendiente abdica o no quiere. Así, conforme al artículo 922 del Código Civil, “si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando pueda (*sic*) tener lugar”, pero concreta y precisa el artículo 923 que “repudiando la herencia el pariente más próximo, si es sólo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los de grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante”. Por ello, los descendientes del hijo que renuncia no pueden suceder apoyándose en el derecho de representación, como ha precisado la doctrina científica y conforme al artículo 981, “en las sucesiones legítimas, la parte del que renuncia la herencia acrecerá siempre a los coherederos”.

Tal desconocimiento por el legislador de la representación del repudiante resulta una fidelidad al principio *viventis non datur repraesentatio*, pero quiebra en los supuestos de desheredación o de indignidad, lo que no ocurre con la renuncia del heredero, pese a que con ello se abandona la stirpe, y aunque se ha propugnado por algunos tratadistas que se acoja por el legislador la eficacia representativa en la renuncia hereditaria, ello no es lo establecido por el Código Civil en el sistema sucesorio y por ello y mientras no se cambie, tiene que mantenerse.

3. *Con referencia al primer motivo*, la interpretación errónea del artículo 675 del Código Civil, que pretende que la sustitución debe limitarse al supuesto de premoriencia, hay que destacar que, con independencia de que el artículo 774.2 del mismo cuerpo legal expresa que “la sustitución simple, y sin expresión de

casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior a menos que el testador disponga (*sic*) lo contrario”, no toma en cuenta que nos hallamos ante un testamento notarial y de cierta complejidad y en el que el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, pero establece asimismo que en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición. Ello implica la denominada cautela sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario. La sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 2001 ha señalado la validez de esta cláusula y asimismo que el legitimario afectado tiene derecho a realizar la opción del artículo 820.3 (“Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”) y añade, igualmente, dicha resolución, que “en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el legislador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a la voluntad del legitimario gravado, cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla”.

Y ya con relación a la cláusula de sustitución vulgar referida en el testamento (“lega a sus hijas, F. y M. C., y en defecto y sustitución de cada una de ellas a sus respectivos descendientes la nuda propiedad del tercio de libre disposición de su herencia bajo la condición suspensiva de que todos los legitimarios acepten el gravamen que sobre la legítima corta implica el usufructo universal...”).

Tal designación, en contra de lo señalado en el primer motivo, debe entenderse conforme a la praxis notarial, comprensiva de los tres supuestos de premoriencia, incapacidad y renuncia. Los argumentos de la recurrente para demostrar que el testador quiso referirse tan sólo al caso de premoriencia carecen de fuerza suasoria y resultan inanes. Hay que entender por ello, ante la claridad de tal cláusula, que abarca y comprende los tres supuestos, pues en otro caso se habría especificado a qué supuesto se refería, mucho más tratándose de un testamento asesorado por Notario.

Por otra parte, y en contra de lo afirmado en el motivo, el cónyuge del testador no se ve afectado en sus derechos sucesorios por una amplia o estricta interpretación de tal cláusula, porque el testador ha establecido que al no aceptarse por cualquier heredero la fórmula primera del usufructo universal de la viuda, ésta recibirá el tercio libre en pleno dominio. Por consiguiente, la voluntad del testador es que en el tercio libre en caso de no aceptarse el referido usufructo viudal, el cónyuge supérstite hereda en pleno dominio su totalidad y, por ende, queda sin efecto tal legado a sus hijas y en su defecto a sus descendientes.

Tal institución carece de virtualidad, porque sólo opera en el primer supuesto al no existir bienes de que pueda disponer el testador.

La estimación de ambos motivos hace innecesario el examen de los restantes y determina que se acoge el fallo de primer grado en su totalidad.

4. “**FALLAMOS** que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto ... en el sentido de acoger el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ... en su totalidad”.

II. Comentario

1. La sentencia de que empezamos a ocuparnos afronta una cuestión bien difícil, como todas aquellas en que se entrecruzan una institución de origen romano, en el caso la sustitución vulgar, con otra como la legítima de los descendientes, de raigambre germánica, por muy romanizada que se encuentre entre nosotros.

La cuestión hacía poco, curiosamente, que se había presentado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, dando lugar a la *resolución de 11 de octubre de 2002* (1). Esta resolución contempla también la renuncia pura y simple de un heredero forzoso, instituido con sustitución simple o sin determinación de casos a favor de sus descendientes, y de hecho la herencia a que aquél renuncia consiste sólo en la legítima; pero con una diferencia, porque en nuestra sentencia ésta es la legítima larga o de los dos tercios, mientras que en la resolución se trata de la legítima estricta, por haber legado el testador los tercios de libre disposición y de mejora a la otra hija, a quien instituía heredera junto con el renunciante. El problema es pues en principio el mismo: si la renuncia pura y simple de un heredero forzoso incrementa la parte del coheredero forzoso aceptante, según decide nuestra sentencia, o si determina la entrada en juego de la sustitución a favor de los descendientes del renunciante, como entiende la resolución. Las soluciones a que llegan la resolución y la sentencia son, pues, contrarias, sin que ni una ni otra expliquen suficientemente las razones de la preferencia de la legítima sobre la sustitución vulgar, o de la sustitución vulgar sobre la legítima; pero la diferencia indicada entre sus supuestos de hecho incide notablemente en la solución final del problema y hace que ni la sentencia ni la resolución sean en nuestra opinión satisfactorias.

(1) Ha sido comentada, a favor por PIERA, Álvaro F., *La Notaría*, núm. 11-12, 2002, noviembre y diciembre, pp. 319-24, y en contra por GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 257, de la 2.ª época, enero de 2003, pp. 223-31, y *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, octubre-diciembre 2002, pp. 269-80.

2. El *supuesto de hecho* planteado en la sentencia que vamos a comentar, reducido a su esencia, es en efecto el siguiente: Don F. fallece bajo testamento en que “instituye herederas universales por partes iguales a sus dos hijas –F. y M. C.–, y en defecto y sustitución a cada uno de sus respectivos descendientes”.

La institución solamente comprende los dos tercios de legítima larga de la herencia, porque el tercio libre corresponde a doña M., esposa del testador y madre de las designadas herederas en lugar del usufructo universal de la herencia, en virtud de opción ordenada en cautela Socini.

Una de las hijas, M. C., casada y con cinco hijos, renuncia pura, simple y gratuitamente a la herencia de su padre; la otra hija, F., acepta la herencia.

La *controversia* se reduce pues a determinar si la parte de la renunciante M. C. corresponderá a su hermana y coheredera F., aceptante de la herencia (sentencia del Juzgado), o a los descendientes y sustitutos vulgares de la renunciante (sentencia de la Audiencia).

Junto a esta única cuestión controvertida y resuelta existen a lo largo de la sentencia otros aspectos, afirmados o aludidos, o meros *obiter dicta* –renuncia de la legítima en vida del causante, cautela Socini, opción del art. 820.3, pertenencia a la cónyuge supérstite de la cuota legal usufructuaria además del tercio libre–, en los que, como es natural, no hemos de entrar.

La cuestión planteada habrá de resolverse con arreglo al *Derecho común*.

El fallo entiende que, conforme a lo decidido por el Juzgado, la parte renunciada incrementa la cuota que por legítima individual corresponde a la otra legitimaria, por derecho propio y no por derecho de acrecer; sin que por tanto tengan derecho alguno los descendientes de la renunciante, a pesar de que estuvieran designados sustitutos de ella en el testamento de su abuelo.

3. La renuncia de la hija doña F., según decide la sentencia, no favorece a sus propios descendientes por derecho de representación, ni a su hermana y coheredera doña M. C. por derecho de acrecer; pero la participación hereditaria de esta última resulta incrementada por derecho propio. Todo ello resulta del Fundamento de Derecho Segundo, 1 y 2), que estima el segundo motivo del recurso de casación, “violación, por no aplicación, del artículo 813.2.º del CC”, que proclama la intangibilidad cualitativa de la legítima, y que no es objeto de comentario alguno por la sentencia.

Tenemos, pues, tres puntos a comentar: la exclusión del derecho de representación, la exclusión del derecho de acrecer y el incremento de la cuota de la coheredera por derecho propio.

a) *No existe derecho de representación a favor de los descendientes de la heredera renunciante.* La sentencia es al respecto terminante: “Quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su estirpe”; “la renuncia pura, simple y gratuita de doña M. C. implica la renuncia por sí y su estirpe”; “no pudiendo representarla los descendientes de la renunciante”; “la renuncia del llamado no provoca la representación de su descendencia”. Frente a las expresiones utilizadas en los dos primeros casos, que no comparto, me gustan más las dos últimas; pero en todo caso, en cuanto al fondo, me parece clara la exclusión del derecho de representación, a la que la sentencia dedica a continuación la mayor parte de este Fundamento de Derecho, con cita de los artículos 929, 922, 923 y 981 del Código.

Las omisiones que padece el artículo 808 CC en la determinación de quienes sean los legitimarios de la línea recta descendente y en la distribución entre ellos de la porción legítima vienen salvadas unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia con la aplicación de los dos criterios que formula el artículo 921 para la sucesión intestada: “En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto”; “los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales”. Tal aplicación tiene raigambre histórica (especialmente ULPiano, Digesto, 5.2.8.6), y razón de analogía entre las legítimas y la sucesión intestada, instituciones diversas, pero ambas de origen legal.

Bien es cierto que dicho artículo 921, al establecer la preferencia del grado, añade: “Salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar”, y que el artículo 933 dispone que “los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación...”. Pero el derecho de representación es una institución propia de la sucesión intestada –a la que pertenecen los dos preceptos que se acaban de citar–, según resulta de su inclusión en el capítulo “De la sucesión intestada”, como ocurría ya en la Novela 118 de Justiniano y en las Partidas, 6.13.3; de manera que salvo los supuestos excepcionales de los artículos 761 y 857 (incapacidad y desheredación injusta), el derecho de representación no puede aplicarse a una sucesión testamentaria, como la que es objeto de este comentario, porque las finalidades del derecho de representación se alcanzan en las sucesiones testamentarias, atendiendo en cada caso a la voluntad del testador, mediante esa otra institución, distinta, aunque en cierto modo paralela, que es la sustitución vulgar.

En nuestra doctrina se produjeron hace ya años algunos *intentos de ampliación del derecho de representación* a la sucesión testamentaria, a los que alude la sentencia, quizá por influjo del *Codice* italiano (art. 467.2: “Hay representación en la sucesión testamentaria cuando el testador no ha proveído para el caso en que el instituido no pueda o no quiera acep-

tar la herencia o el legado...”, precepto no alterado por la Ley 151/1975, de 19 de mayo, que modificó el art. 467.1); y esa ampliación ha sido acogida, también para el supuesto de premoriencia, por la Compilación navarra (art. 308: “Derecho de representación es el derecho de subrogarse en lugar de un ascendiente que hubiera sido llamado a adquirir una herencia u otra liberalidad *mortis causa* y que no pudo hacerlo por premoriencia o incapacidad”, texto de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, coincidente en lo que aquí respecta con el originario de la Compilación), e incluso ha encontrado algún eco en el Código Civil, artículo 814.3, redacción de la Ley 11/1981, de 13 de mayo: “Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”; pero salvo este supuesto concreto –si verdaderamente se trata de un derecho de representación– y los ya indicados de indignidad y desheredación injusta, la representación sucesoria continúa siendo en el CC institución propia de la herencia intestada.

Por otra parte, el derecho de representación no se aplica tampoco en la herencia intestada en el *supuesto de persona viva*, como ocurre necesariamente en la renuncia, según demuestra la sentencia comentada, apoyándose en los artículos 929 y 981 del Código: artículo 929: “No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad”, recogiendo así los dos supuestos excepcionales de los artículos 761 y 857; artículo 981: “En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a sus coherederos”; “acrecerá” precisamente porque no hay derecho de representación, que se antepondría.

b) *No existe derecho de acrecer a favor de la coheredera aceptante.* La segunda exclusión que lleva a cabo la sentencia comentada es precisamente la del derecho de acrecer, que favorecería a la coheredera aceptante.

El artículo 981 que acabamos de transcribir declara aplicable el derecho de acrecer en la *sucesiones legítimas* (intestadas). También lo es, evidentemente, en las *sucesiones testamentarias*, como la presente, conforme al artículo 982, siempre que se den los dos requisitos –conjunción de llamamientos y defecto de uno de los llamados– que dicho precepto establece; ambos requisitos se cumplen en el caso a que se contrae la sentencia comentada, porque hay llamamiento conjunto sin designación de partes en la institución, mediante la fórmula “por partes iguales” admitida para el derecho de acrecer en el artículo 983.2, y el defecto de una de las hijas llamadas tiene lugar por su renuncia, caso también previsto expresamente en el artículo 982.2.º Pero el derecho de acrecer no cabe en la parte de *legítima*, según la sentencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 985.2 del Código.

Cierto sector doctrinal defiende, sin embargo, la aplicación en las legítimas del derecho de acrecer a favor de los otros legitimarios. El problema quizá no esté bien planteado, porque en el sistema del Código –prescindamos de la legítima del cónyuge viudo– no existen más que las dos clases de delación que hemos citado, la testamentaria y la intestada, según resulta de los artículos 658 y 609: artículo 658,1 y 2: “La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. = La primera se llama testamentaria y la segunda legítima”; artículo 609.2: “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten ... por sucesión testada e intestada...”. En ambas delaciones podrá existir la conjunción, o solidaridad, de llamamientos, que es el primer requisito del derecho de acrecer; y por ello, en el supuesto de preterición no intencional de hijos y descendientes, se anulan todas las disposiciones testamentarias de índole patrimonial o al menos la institución de herederos (art. 814.2), para que en su caso los preteridos obtengan sus haberes hereditarios como herederos intestados (art. 912.2.º), con inclusión por tanto de sus legítimas.

No se opone a estas consideraciones el hecho de que la legítima individual de cada uno de los legitimarios descendientes se fije a través de una división de los dos tercios del haber hereditario (dividendo) por el número de legitimarios (divisor), porque se trata de una operación contable imprescindible para fijar la legítima individual en un sistema en que no existe una legítima individual fija, independiente del número de hijos; pero sin que aquel dividendo, aunque implique una legítima colectiva, suponga un llamamiento legal a favor de los legitimarios que, al ser conjunto, daría lugar al derecho de acrecer; y sin que tampoco origine la división de la herencia en tres tercios inmiscibles, a no ser que el testador haya dispuesto separadamente de ellos.

Estamos, pues, frente a algunos de los aspectos en que se manifiesta la *naturaleza jurídica de la legítima*, que, a pesar de la definición del artículo 806, no es entre nosotros, a la manera germánica y francesa, una “porción de bienes”, una *pars reservata* deferida por la ley, y menos aún deferida necesariamente a título de herencia –*pars hereditatis*–, sino que la “porción legítima” es una *portio debita* que puede ser satisfecha por el causante a los herederos forzosos “por cualquier título” (art. 815), y que se manifiesta en forma negativa o de freno a través de una serie de normas protectoras tendentes a asegurar a los legitimarios un predeterminado contenido, cuantitativo y cualitativo. Al ser la voluntad del testador la ley fundamental de la sucesión *mortis causa*, las legítimas actúan por tanto como un sistema de límites a esta libertad, que prevalecen sobre lo ordenado por el testador en su testamento, configurando lo que se denomina su intangibilidad.

La exclusión del derecho de acrecer se produce, pues, en aplicación de los artículos 813.2 y 985.2 CC, y en general de las normas protectoras de las legítimas, que actúan también cuando, como ocurre en nuestro caso, las legitimarias han sido instituidas en el testamento a título de herederas, sin que pueda aceptarse la antigua doctrina de que “cuando hay herencia no hay legítima”.

c) *Incremento de la porción de herencia de la coheredera aceptante por derecho propio.* Ahora bien, la exclusión del derecho de acrecer no lleva en la sentencia comentada a la natural conclusión en perjuicio de la hija y coheredera aceptante de la herencia, porque, en virtud de las mismas normas sobre las legítimas, ella ve incrementada su participación por derecho propio, conforme al 985.2. La renuncia de una de las herederas abierta la sucesión –nos dice la sentencia– “es válida ... y se incrementan las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio, y no por derecho de acrecer. Así, en los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de los herederos forzosos del testador, que son sus hijas doña F. y doña M. C. (arts. 806 y 807), no existiendo mejora ..., la renuncia ... de doña M. C. ... implica la renuncia por sí y su stirpe, incrementando la cuota que por legítima individual correspondía a la otra legitimaria, su hermana doña F., por derecho propio y no por derecho de acrecer, como se desprende del artículo 985.2 del Código Civil”.

El incremento de la cuota de la heredera aceptante a consecuencia de la renuncia de su coheredera testamentaria viene pues impuesto en concreto por ese artículo 985: “Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño. = Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer”. La violación, por no aplicación, de este artículo 985.2 se había denunciado en el motivo tercero del recurso de casación, en el que la sentencia declara no haber necesidad de entrar cuando, precisamente, lo había citado respecto del motivo segundo como único fundamento para excluir el derecho de acrecer y atribuir sin embargo el haber resultante a la coheredera aceptante, doña F.

El artículo 985.2 coincide con el artículo 981 en beneficiar al coheredero, forzoso o intestado; pero lo hace en un concepto distinto; el 981, para la sucesión intestada, por derecho de acrecer; el 985.2, para la sucesión forzosa, por derecho propio. Este “*derecho propio*” no puede tener en el artículo 985.2 el mismo sentido que en el artículo 923 respecto de la sucesión intestada, que también se cita: “Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más

próximos llamados por la ley, heredarán los de grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante”. En la sucesión intestada, “derecho propio” se contrapone pues a “derecho de representación”, y no es más que una consecuencia de la sucesión por grados: agotado un grado, se produce el llamamiento a los descendientes del grado siguiente, que por tanto no heredan por derecho de representación, como sucede cuando concurren con los de anterior grado, sino que heredan por su propio derecho.

En el supuesto del artículo 985, las cosas ocurren de manera distinta. Los efectos de la repudiación de la herencia por parte de uno de los herederos forzosos se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se hereda (art. 988), por lo que se reproduce la delación conforme a la situación existente en aquel momento de la apertura de la sucesión, pero teniendo ahora en cuenta la repudiación retrotraída. El divisor de la operación contable mediante la que el Código fija la legítima individual de los descendientes ha quedado disminuido por tanto en una unidad, sin que la autoeliminación del renunciante pueda ser suplida por persona alguna; tampoco por sus propios hijos, aunque estén designados sustitutos, que no adquieren por la renuncia de su madre la condición de legitimarios, ni podrían por tanto considerarse preteridos en defecto de la sustitución. Se produce, pues, por disminución del divisor, un aumento del cociente, un incremento de la legítima individual del otro u otros herederos forzosos, sin que tal incremento guarde vinculación ni relación alguna con la persona del renunciante o con su renunciado derecho a la herencia; y este incremento queda sometido al mismo *status* legitimario que tenía el coheredero foroso favorecido, aplicado ahora a una participación hereditaria mayor. Hay si se quiere un “acrecimiento”, que opera forzosamente para el testador, pero no un “derecho de acrecer” que éste pueda evitar haciendo llamamientos separados en lugar de conjuntos. Es lo que a mi parecer quiere decir el artículo 985 con la expresión de que los coherederos aceptantes suceden “por derecho propio”. La sentencia resulta por tanto acertada. El Código de Sucesiones de Cataluña sigue un criterio contrario, al disponer que en todos los supuestos de renuncia pura y simple de la legítima ésta “se integra en la herencia, sin que nunca acrezca a los demás legitimarios” (art. 376.2). En consecuencia, en nuestro Derecho común hay una legítima colectiva de los hijos y descendientes, y en el Derecho catalán, no.

4. *La sustitución vulgar ordenada por el causante.* Cuanto antecede se refiere al supuesto que pudiéramos llamar normal, sin incidencia de disposición alguna del causante. Pero en nuestro caso éste ordenó en su testamento una sustitución vulgar a favor de los descendientes de las ins-

tituidas; recuérdese que el testador instituía herederas universales por partes iguales a sus dos hijas “y en defecto y sustitución a cada uno de sus respectivos descendientes”; hay pues que examinar los problemas que dicha sustitución implica.

En el pleito se debate su *extensión*. El primero de los motivos del recurso de casación consistió, en efecto, en la “interpretación errónea del artículo 675 del CC”, pues la Audiencia había entendido que comprendía los tres clásicos casos de premoriencia, incapacidad y renuncia, y la recurrente pretendía que el testador quiso referirse solamente al supuesto de premoriencia de la heredera, y no al de renuncia. El motivo es estudiado en el Fundamento de Derecho Segundo número 3.

La sentencia que comentamos entiende que la sustitución vulgar, simple y sin expresión de casos, ordenada en el testamento, según el artículo 774.2, “debe entenderse conforme a la praxis notarial, comprensiva de los tres supuestos de premoriencia, incapacidad y renuncia. Los argumentos de la recurrente para demostrar que el testador quiso referirse tan sólo al caso de premoriencia carecen de fuerza suasoria y resultan inanes. Hay que entender por ello, ante la claridad de tal cláusula, que abarca y comprende los tres supuestos, pues en otro caso se habría especificado a qué supuesto se refería, mucho más tratándose de un testamento asesorado por notario”.

Esta interpretación es desde luego acertada; están incluidos en la previsión testamentaria los *casus impotentiae* –premortiencia e incapacidad–, y también el *casus noluntatis*, la renuncia del llamado; al tenor literal de la cláusula testamentaria, que engloba todos los tradicionales supuestos de sustitución vulgar, se añade la presunción del artículo 774.2: “La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior (*«el caso en que mueran antes que aquél, o no quieran, o no puedan, aceptar la herencia»*), a menos que el testador haya dispuesto lo contrario”. Es también la solución expresa y más radical de Cataluña (art. 167.2: “Salvo que parezca que es otra la voluntad del testador, la sustitución vulgar ordenada para uno de los citados casos –*porque no quiera o porque no pueda* el primero o anterior instituido– se hará extensiva a todos los otros casos”), y más aún en Aragón (art. 141.1: “Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar *o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes*”).

Una segunda cuestión es la del orden de *preferencia* entre este derecho del sustituto vulgar y el derecho propio del colegitimario al incremento de su legítima.

El derecho del sustituto vulgar es preferente al derecho de acrecer,

cuando éste proceda, a pesar del artículo 986 CC: “En la sucesión testamentaria, *cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos* (intestados) del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones”. La solución contraria aparece, sin embargo, acogida en el artículo 912, por el que la sucesión legítima (intestada) tiene lugar: “3.º Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, *o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer*”, de lo que resulta el siguiente orden preferencial: 1.º, sustitución vulgar; 2.º, derecho de acrecer; 3.º, sucesión intestada. El cuarto de los motivos de la casación consistía precisamente en la aplicación indebida de ese artículo 912.3.º CC, pero la sentencia, estudiados los dos primeros motivos, cree innecesario examinar los restantes. En la antinomia entre los artículos 986 y 912.3.º CC tiene que prevalecer esta última norma en cuanto otorga preferencia a la sustitución vulgar sobre el derecho de acrecer, puesto que en la sucesión testada el derecho de acrecer se funda en la voluntad tácita del testador –implícita en la conjunción de llamamientos de las doctrinas objetivas–, que debe ceder ante su voluntad expresa ordenando la sustitución. Es también el criterio de los Derechos especiales de Cataluña (art. 38.3: “Cuando en lugar del heredero que falte llegue a serlo alguno de sus herederos por derecho de transmisión sucesoria, o lo sean los llamados por vía de sustitución vulgar o por fideicomiso, no tendrá lugar el derecho de acrecer”) y de Navarra (Ley 221: “Toda sustitución excluye el derecho de representación y el de acrecer”).

La sentencia, admitiendo la existencia de la sustitución vulgar también para el caso de renuncia y atribuyendo, sin embargo, el incremento a la otra hija y heredera, da por supuesto que el derecho propio del heredero forzoso al incremento de su legítima prevalece sobre la sustitución vulgar. Pasamos a ocuparnos de este tema, no sin antes resaltar la importancia que a estos efectos preferenciales tiene el calificar el derecho de la coheredera de derecho propio o de derecho de acrecer, al que la doctrina suele negar interés práctico.

5. Esa prevalencia resulta de la expresión misma de “derecho propio” que utiliza el artículo 985, pues no puede haber duda, a mi parecer, de que, cuando hay una persona que tiene como “propio” el derecho a una cuota hereditaria, no hay que andar buscando para ella sustitutos o representantes, o titulares de otra cuota a la que aquélla pueda acrecer. El fundamento de tal derecho propio se pone expresamente por el mismo artículo 985 en la condición de heredero forzoso de quien lo tiene, en su *status* de legitimario, constituido por una serie de disposiciones de dere-

cho imperativo, limitativas de la libre voluntad del causante, que constituye la ley fundamental de la sucesión *mortis causa*, y que hay que interpretar por tanto en el sentido más compatible o menos restrictivo de esa libertad.

El sistema del Código Civil estaba ya fundamentalmente trazado por Justiniano en las constituciones “*Omnimodo*” (CJ, 3.28.30, año 528), “*Quoniam in prioribus*” (CJ, 3.28.32, año 529) y “*Scimus*” (CJ, 3.28.36, año 530), y en la Novela 18, cap. III, “*Prohibemus*” (año 536). Los herederos forzosos quedan protegidos contra la desheredación injusta (art. 813.1) y contra la preterición (art. 814); y no pueden ser privados de la legítima de las dos terceras partes de la herencia que les atribuye el artículo 808.1, incluidos el *relictum* y el *donatum* (art. 818), pero sin que ello dé lugar a una nulidad, como en los tiempos de la *querella inofficiosi testamenti*, sino al complemento o reducción (arts. 815 y 817); estamos ante la *intangibilidad cuantitativa* de las legítimas. Éstas, por otra parte, deben ser pagadas, en principio, en bienes de la herencia, *ex ipsa substantia patris*, sin demoras ni gravámenes de ninguna especie ordenados en el testamento, que no producirán efecto alguno; es la llamada *intangibilidad cualitativa* de la legítima, consagrada en el artículo 813.2, acertadamente invocado en el motivo segundo del recurso de casación, porque en él encuentra su fundamento el artículo 985.2.

La renuncia de una de las herederas, al retrotraerse al momento de la muerte del causante, provoca según hemos visto una reproducción de la delación referente al mismo momento, pero teniendo en cuenta la autoeliminación de dicha heredera. En consecuencia, la otra heredera, que ya había aceptado la herencia, queda de legitimaria única, con derecho a toda la legítima larga, y sin posibilidad de renunciar al incremento de su haber. La aplicación de la sustitución vulgar parecería quebrantar la intangibilidad cuantitativa de su legítima, sin otro derecho de la legitimaria que la acción de complemento del artículo 815; pero no creemos que sea ésta la posición del Código, porque la preferencia del derecho propio de la legitimaria sobre la sustitución vulgar mantiene su legítima larga, de manera que la sustitución se trata como un supuesto de intangibilidad cualitativa, con la ineficacia de cuantas limitaciones o gravámenes afecten a los dos tercios de legítima; la protección de la legítima queda de esta manera reforzada.

Recordemos el artículo 813 CC: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley. = Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”. No es necesario ascender a los principios; basta con atenerse al texto de la ley, con arreglo al cual el testador no puede imponer sobre la

legítima “sustitución de ninguna especie”, expresión amplia en la que hay que incluir en primer término la sustitución vulgar. Ahora bien, la sustitución vulgar no puede producir ningún perjuicio al mismo legitimario instituido, puesto que opera en aquellos supuestos de premoriencia, incapacidad o renuncia, en los que el designado no puede o no quiere ser heredero; quienes podrían sufrir perjuicio en sus legítimas, si la intangibilidad de éstas no lo impidiera, serían los otros legitimarios designados por la ley en defecto del renunciante o los otros colegitimarios que por derecho propio incrementan su legítima individual. Este último es el supuesto que presenta nuestro caso, y que hace que la sustitución vulgar ordenada en el testamento sea en principio ineficaz.

6. La argumentación que se acaba de exponer es aplicable en su totalidad al supuesto contemplado en la *resolución de 11 de octubre de 2002*, en la que dada la existencia de un legado de los tercios libre y de mejora, la sustitución vulgar comprendía únicamente el tercio de legítima estricta. A mi parecer, la renuncia del otro coheredero convirtió en única legitimaria a la única coheredera aceptante, legataria también de aquellos otros dos tercios, y la sustitución resultó ineficaz, por lo que ella pudo otorgar la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, como juzgó el notario autorizante, por sí sola, sin intervención de los hijos del heredero renunciante, nietos de la testadora, designados por ésta sustitutos vulgares de su padre, contra lo que decidieron el registrador y la Dirección General.

El supuesto de la *sentencia de 10 de julio de 2003* que hemos examinado es distinto, porque aquí la herencia se extiende a toda la legítima larga, a los dos tercios de legítima y de mejora, y no sólo al primero de ellos.

Un claro defecto del artículo 985, ya examinado, consiste en no tener en cuenta que entre la parte de libre disposición y la de legítima estricta se encuentra la de mejora, que, como gráficamente suele decirse, aunque la expresión no sea exacta, es legítima respecto a los extraños, pero es parte libre en cuanto a los herederos forzosos y sus descendientes. La doctrina y la jurisprudencia vienen unánimemente proclamando hace ya muchos años que el derecho de acrecer es perfectamente posible en el tercio de mejora, siempre que se den los requisitos de los artículos 982 y 983, y el acrecimiento tenga lugar a favor de posibles destinatarios de ese tercio, los herederos forzosos y también sus descendientes, aunque éstos, viviendo sus padres, no son herederos forzosos.

Lo mismo ocurre en mi opinión respecto de la sustitución vulgar. Los nietos del causante, llamados como sustitutos vulgares de su madre, no pueden participar en la legítima estricta porque viviendo su madre no son

legitimarios del abuelo, aunque ella haya renunciado a la herencia; pero esos nietos no sólo podrían participar en el aquí agotado tercio de libre disposición como para el derecho de acrecer permite incluso a los extraños el artículo 985.1, sino que pueden participar en el tercio de mejora, puesto que es posible la mejora de los nietos viviendo su padre y resulta patente de los artículos 824, de índole general, y 782, que aplica su doctrina a las sustituciones fideicomisarias: artículos 824, “No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan a favor de los legitimarios o sus descendientes”; artículo 782, “Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes”. La sustitución vulgar, en el caso de renuncia de la heredera forzosa instituida, no puede gravar la legítima estricta, pero sí la mejora cuando los sustitutos son sus descendientes, incluso hasta el agotamiento del tercio. Es lo que a mi parecer hubiera procedido en el presente caso.

7. Terminemos resaltando la importancia que la sentencia reconoce al *asesoramiento del notario* y a la *práctica notarial* para la interpretación de la cláusula testamentaria de sustitución vulgar; recordemos que su ponente ha sido el Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. “Tal designación –nos dice– ... debe entenderse conforme a la praxis notarial, comprensiva de los tres supuestos de premoriencia, incapacidad y renuncia ... pues en otro caso se habría especificado a qué supuesto se refería, mucho más tratándose de un testamento asesorado por notario”. Y cita en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2001 en tema de cautela Socini, de la que fue ponente el Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros: “En testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el notario autorizante, es razonable pensar que el legislador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a la voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla”.

Esta acertada orientación tiene mayor mérito al tratarse en ambas sentencias de testamentos abiertos, en los que por su carácter nuncupativo ha existido una tendencia secular a reducir al notario a un amanuense o taquígrafo de las manifestaciones orales del testador. Antes de nacer el Notariado, la ley *Hac consultissima*, en su versión original de Teodosio y Arcadio y en su recepción en el Código de Justiniano (6.23.21), utilizaba en tres ocasiones el verbo *dictare*; y ya respecto al testamento notarial, la misma locución de *dicté* aparece por dos veces en el artículo 972 del Có-

digo francés (incluso en su redacción de la Ley 8-12-1950), sobre el testamento abierto en relación a un escrito. También en España, cuando para otorgar testamento abierto el testador presentare por escrito su disposición testamentaria, el artículo 696 de la primera edición del Código disponía que el notario la “copiará”, norma que fue objeto de contestación por parte del Notariado, por lo que fue eliminada en la edición definitiva. Pero no se trata sólo de expresiones desafortunadas; la misma idea gravitaba en aquella concepción amplia de la unidad de acto, que llevó a declarar nulos testamentos abiertos porque el testador había manifestado reservadamente su voluntad al notario para obtener sus consejos, y los testigos sólo habían estado presentes en el acto de lectura, consentimiento y firma del testamento.

“Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. II. Elaboración sistemática”. Volumen 2.º VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. Ed. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2003, 1273 páginas.

En la recensión hecha hace dos años al volumen 1.º de este nuevo libro de VALLET DE GOYTISOLO –final de los seis que componen los dedicados a la Metodología jurídica– señalé cómo la regularidad de su aparición resaltaba la constancia en el trabajo del autor. Debo repetirlo aquí, como también, en apoyo de la memoria de los lectores, las fechas de publicación de los seis tomos dedicados a la Metodología: la de las leyes, en 1991; la de la determinación del Derecho, en su parte primera, perspectiva histórica, en 1994; y en su segunda parte, sistemática, en 1996; la de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, en su parte histórica, en el 2000; y en la parte sistemática, un primer volumen en el año 2002 y este segundo que voy a recensionar, a finales del pasado año 2003. Asombroso trabajo del maestro, compañero y amigo Juan B. VALLET, en estos últimos años, en los que además escribió muchos ensayos y artículos, dictó conferencias, pronunció discursos, colaboró en obras como la de los *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, de EDERSA, y presidió las sesiones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la que hoy continúa, como académico de número, colaborando estrechamente. Enorme tarea, realizada serenamente, con sencillez, haciendo reales aquellas palabras de San Francisco de Sales: “Los que se apresuran con afán ardiente y solicitud ruidosa, jamás hacen mucho ni bueno” (1).

Caudal inmenso, también, el de las lecturas de VALLET, que se condensa en estos sus libros sobre la Metodología del Derecho. No se contenta en ellos con sintetizar las teorías de centenares de juristas que se ocuparon y se ocupan de esta materia –en el libro objeto de esta recensión conté 1.798 autores citados–, sino que rebate o clarifica muchas de aquellas teorías y nos ofrece, con gran rigor lógico, las conclusiones críticas a la luz de sus propias opiniones metodológicas. Así lo hace en todos

(1) *La vida devota*, III.X.2.

los libros mencionados y, a mi juicio, especialmente en éste que cierra la serie (2).

VALLET concluye en este volumen 2.º lo que dejó mediado en el 1.º, es decir, el estudio de las relaciones de derecho. Anteriormente, en el primer volumen, se ocupó de las relaciones jurídicas entre personas y de personas con cosas, en este segundo volumen trata, exhaustivamente, de las clases de relaciones jurídicas: políticas y civiles; y en una especial sección de las instituciones jurídicas y su sistema estructural.

Reseñemos brevemente esta parte del volumen 2.º Respecto a las relaciones jurídico-políticas (del Estado con sus órganos y organismos, Estado y nación, Estado y ciudadanos), el índice de materias estudiadas se corresponde con el derecho político y con el constitucional. Desfilan por las páginas a ello dedicadas las relaciones políticas y constitucionales del derecho de gentes; del internacional público; del Estado con las comunidades autónomas; con la UE y con la monarquía; del Estado con su territorio y con los bienes propios (los diferentes dominios y propiedades), etc.; las relaciones jurídicas estudiadas por los derechos mercantil, financiero, tributario, penal, procesal, contencioso-administrativo, notarial y registral. En todo este contenido VALLET sintetiza de un modo admirable las incontables teorías jurídicas propuestas para resolver la, asimismo incontable, problemática que plantean en su incidencia con el Derecho y la Justicia. A mi juicio estas síntesis proporcionan al lector una visión panorámica configuradora y unitaria de “lo jurídico”. Especial interés revisten las páginas dedicadas a la problemática surgida en España en los campos del Derecho constitucional, del penal-procesal (con sus conflictos entre el TC y el TS) y de los derechos (y deberes, incumplidos tantas veces) autonómicos y los de la UE. Los autores mencionados en esta parte por VALLET son, casi todos, tan contemporáneos como lo son las materias estudiadas, desde GENTILE, Carl SCHMITT, ROSS y BOBBIO a GARCÍA DE ENTERRÍA, HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, CÁMARA, HERNÁNDEZ GIL y GARCÍA GRANERO, por mencionar unos pocos entre los especialistas en tales materias estudiados por VALLET en esta parte que ocupa casi la mitad del libro.

Entra a continuación en el examen del segundo de los elementos estructurales dentro de la metodología realista adoptada por el autor y que debe estudiar la ciencia del Derecho. En su definición, clasificación, funciones y sistema en el que se configuran. Se dedican a ello cerca de cien páginas, con la exposición de la doctrina jurídica desde SAVIGNY, JHERING, CARNELUTTI y CASTÁN a WIEACKER y Álvaro d'ORS. Un estudio, desde diferentes perspectivas, en que VALLET distingue, de modo original, las instituciones-cauce, las de dique o límite y las formales, poniendo unas y otras al servicio de la práctica jurídica conforme al enfoque metodológico realista que prefiere; es decir, ser elaboradas “para y en” la práctica, con las limitaciones impuestas por las costumbres y las leyes, al servicio de las relaciones sociales y con la finalidad última del *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, paradigma de los principios de justicia y del bien común.

Personalmente, en estas densas páginas me interesó lo que VALLET escribe respecto al “encaje armónico de las instituciones en cada sistema jurídico”, incluso en su relación con la naturaleza física del país (“El paisaje como fuente del derecho”,

(2) Se publicaron las reseñaciones de estos libros en la *Revista Jurídica del Notariado*, números 1 (enero-marzo 1992, pp. 261-267); 12 (octubre-diciembre 1994, pp. 309-314); 19 (julio-septiembre 1996, pp. 327-333); 35 (julio-septiembre 2000, pp. 285-289); y 43 (julio-septiembre 2002, pp. 345-351). *Vid.* asimismo, para la reseña del vol. 1.º II, *Elaboración sistemática*, anterior al aquí reseñado *VERBO*, núm. 407-408 (agosto-septiembre-octubre 2002, pp. 639-649).

conferencia del que fue notario de Vitoria y de San Sebastián Gregorio de ALTUBE, que cita VALLET como “lamentablemente inédita”, que debiera ser objeto y materia de alguna futura tesis doctoral). Así, por ejemplo, las instituciones de los derechos forales navarro, aragonés y catalán se hallan muy “influenciadas por su paisaje”; con palabras de ALTUBE, o las de AIZPÚN SANTAFÉ, COSTA o MARTÍ I MIRALLES respectivamente.

Pasemos adelante, a los elementos funcionales o dinámicos contemplados por la ciencia del derecho: los hechos, los actos (lícitos e ilícitos) y los negocios jurídicos, en su diversa operatividad. Esta parte ocupa la otra mitad del volumen que recensiono. El estudio de estos tres elementos, resulta, a mi entender, como el de tres monografías, nada breves, sobre cada uno de ellos. Aquí es también donde la cultura, jurídica y humanística, de VALLET se manifiesta esplendorosa. Desfilan aquí las teorías doctrinales: 1) Sobre los hechos jurídicos, las de las escuelas voluntarista, o nominalista y positivistas, son sus portavoces más sobresalientes desde Sto. Tomás y VICO a GÉNY, de NÚÑEZ LAGOS y PUIG BRUTAU a COSTA y DE CASTRO. (Consideraciones interesantes, en este tema, son las del transcurso del tiempo, la caducidad y la prescripción como hechos jurídicos). 2) Sobre los actos jurídicos, con su distinción de los hechos, sus clases, cualidades (unas consideraciones especiales sobre la usucapción, la gestión de negocios y el enriquecimiento injusto; actos hoy objeto de polémica social), se expone la doctrina de autores –muchos españoles y actuales como ARIAS RAMOS, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, DE LA CÁMARA– y jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo de la que VALLET analiza muchas sentencias. 3) Respecto a los negocios jurídicos –origen, significado, clases e influencia en la teoría general del derecho– son de destacar las páginas dedicadas a la libertad civil o autonomía de la voluntad (en las que se destaca su importancia en el Derecho español de las regiones forales), así como el amplio estudio doctrinal y jurisprudencial de los negocios jurídicos anómalos, en fraude de ley, fiduciarios, simulados e indirectos.

Un epígrafe aparte se dedica a los actos y negocios jurídicos ilícitos, a los actos ilícitos penados no contemplados en el ordenamiento jurídico penal (temas de gran actualidad también); al delito, como hecho penado por la ley (aquí VALLET nos ofrece los pareceres de penalistas como RODRÍGUEZ MOURULLO, BACIGALUPO); a los actos ilícitos civiles y a la denominada culpa contractual (teorías de ALBALADEJO, DíEZ-PICAZO, LARENZ, etc.); a los actos ilícitos con culpa extracontractual (doctrinas de A. d’ORS, KASER, del propio VALLET, etc.); y a la culpa por riesgo (MARTÍNEZ SARRIÓN, DE CUPIS, PUIG BRUTAU y VALLET).

Materias todas, repito, absolutamente contemporáneas procedentes de la doctrina del riesgo y de la evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial respecto a los “riesgos del desarrollo” en la responsabilidad personal y social.

¿Qué papel desempeña la labor científica en la configuración de las instituciones jurídicas? A esta pregunta responde VALLET que, en general, es importantísimo, pues, son sus palabras, “me atrevo a decir que las instituciones creadas directamente por la ley quedan muchas veces en el papel, o bien son inadecuadas a la vida e, incluso, incongruentes” (ciertamente, la legislación de las autonomías o la estatal española de hoy, realizada más por políticos que por juristas, ratifica este juicio de VALLET). Así pues, al estudiar la función tipificadora de la ciencia del derecho y la perspectiva científica de la interpretación con su función mediadora (nuestro autor hace una síntesis histórica de esta función desde Roma a la actualidad, mencionando numerosos juristas), dice VALLET, que “ha de garantizarse por el respeto a la tradición jurídica,

sin óbice de que con ésta vayan necesariamente inherentes los cambios adecuados a las circunstancias". Así lo pensaba también Álvaro d'ORS al escribir que "la tradición es tarea de perfección".

En el epígrafe que, en una primera lectura, parece tan obtuso como las teorías alemanas sobre la causa –"Unidad y circularidad ascendente de la intelección normativa y la explicación factual"– y que efectivamente se inspira en el filósofo alemán HEIDEGGER ("El ser y el tiempo", 32 pp. 166 y ss.), en este epígrafe, digo, se nos ofrece el fondo de la interpretación jurídica como "fundado existencialmente en el comprender, en lugar de surgir éste de ella". En otras palabras: "Toda interpretación que haya de acarrear comprensión tiene que haber comprendido ya lo que trata de interpretar". Tal es el llamado por HEIDEGGER "círculo hermenéutico" de la pre-comprensión que va hallando salida a medida que la comprensión de los problemas (jurídicos o no) se eleva y cierra con la explicación de las cosas. Éstas tienen su "lenguaje" (ya los antiguos hablaban de "las lágrimas de las cosas" –*letitiae próximos fletus*– para expresar poéticamente lo que aquí se aplica a la interpretación jurídica), pero a esto, dice VALLET, no se llega sino partiendo de la "naturaleza de las cosas".

A la intelección de la norma, a la explicación jurídica del caso en sus diversos aspectos –semántico, pragmático y sintáctico– así como los contextos en que se mueve también la interpretación jurídica (normativos, semánticos, históricos, etc.), y a la finalidad a que se refieren las normas o fin de la ley, a la cual corresponde el nivel teleológico de la interpretación, nuestro autor expone las teorías de LARENZ y KAUFMANN que, dice aquél, "conectan la *ratio legis* con la *ratio iuris*, suma, que es la de hacer justicia en concreto, razón final del derecho, tal y como lo hacían los juristas del *ius commune mos italicus*".

En los siguientes epígrafes se estudian el hecho del caso ante el que se encuentra el intérprete de la norma, quien ha de comparar, poniendo en relación ambos hechos, empleando –valga esta tautología– un método "análogo" al de la analogía. Sobre ésta y la equidad, VALLET recapitula la doctrina de autores, con citas abundantísimas. Materias éstas de las que se ocupó también en la parte sistemática de su *Metodología de la determinación del derecho* (vid., por ejemplo, 281, c, pp. 1489 y ss.) y que domina magisterialmente.

Al tratar de la interpretación de los negocios jurídicos, pone de relieve la peculiaridad de sus funciones; y en la de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias aduce la especialísima atención que ha merecido de la jurisprudencia. Trae a colación varias sentencias respecto a las funciones (declarativa, complementaria, reconstructiva, formal) en la interpretación de la voluntad del testador. Son disposiciones de futuro, referidas al hecho incierto en el *cuándo* de la muerte del testador, revocables y formalmente solemnes *ad validitatem*. Por todo ello la doctrina de autores, no sólo la jurisprudencial, es abundantísima. Una y otra tienen cabida en este sorprendente libro, cuya última parte, sección IV, se ocupa en estudiar el aspecto funcional o dinámico del sistema que, en general, en su perspectiva metodológica, es un *sistema de hechos jurídicos*, aunque cada país con derecho peculiar tenga su propio sistema jurídico. Podrá ser externo o interno, abierto o cerrado, formal y autocreador de normas (de KANT a KELSEN) o de hechos (COSTA), VALLET, en esta materia, analiza muy bien las pautas del proceso formativo de los hechos jurídicos, destacando en los derechos forales la costumbre como primera fuente de derecho.

En todo caso, el sistema del derecho, en su aspecto funcional, es también, simultáneamente, un sistema de relaciones jurídicas en las que se precisa a los juristas para

que ejerciten esas funciones, integrantes del arte del derecho, que son el *legislare*, *ministrare*, *iudicare*, *postulare*, *respondere* y *cavere*; es decir, el elaborar y promulgar las leyes, administrarlas, resolver conflictos, defender e ilustrar, y prevenir o precaver; misiones, respectivamente, de legisladores, administradores, jueces, abogados y notarios.

A exponer la función notarial observada por su ciencia práctica dedica VALLET bastantes páginas; varias procedentes de sus lecciones de Derecho notarial en conferencias y de colaboraciones en revistas jurídicas, ensayos, etc. Son muy interesantes, no solamente para los notarios, tanto las notas históricas como los razonamientos respecto al *ars notariae* en su función de determinar o concretar negocialmente el derecho como *res iusta*. Aunque había tratado de esto anteriormente (3), la síntesis que VALLET presenta aquí en unas pocas páginas (1820 a 1826) es utilísima.

Del *agere* y del *postulare* como funciones básicas del abogado trata el penúltimo epígrafe; y del *iudicare*, la función judicial, el último del libro; epígrafes, asimismo, repletos de doctrina y razonamientos, útiles a todo jurista, y en los que predominan las referencias a los españoles contemporáneos GARCÍA DE ENTERRÍA, LÓPEZ RODÓ, MARTÍ MINGARRO, GONZÁLEZ PÉREZ, etc., en cuanto a la función de los abogados; y d'ORS, R. DOMINGO, HERNÁNDEZ GIL, CASALS COLLDECARRERA, FIGA FAURA y CASTÁN en relación al *iudicare*; sin que falten respecto a esta función judicial las referencias comparativas de juristas europeos y anglosajones en la determinación –creación, aplicación o concreción– del derecho.

Finaliza el volumen de esta tercera *Metodología* de VALLET con unas conclusiones generales para el conjunto de su magna obra.

Intentaré resumirlas a mi vez:

1.^a La metodología es la ciencia que estudia críticamente cómo debe hacerse ciencia del derecho, por qué camino ha de avanzar y explicarlo en un sistema práctico basado en realizar la *res iusta*, de *quod iussum est*.

2.^a La ciencia del derecho –jurisprudencia– debe indagar en lo externo la noticia de las cosas divinas y humanas; en lo interno diferenciar lo justo de lo injusto, valiéndose de los medios de otras ciencias, artes y técnicas instrumentales precisas.

3.^a Para ello se precisa conocer la *naturaleza de las cosas*, la de *cada cosa* y la del *tejido social* en que se insertan.

4.^a Se define no mediante conceptos abstractos sino por los tipos concretos que se dan en la realidad viva. (Es decir –esto lo digo yo– no en aquél “cielo de los conceptos” ironizado por JHERING).

5.^a La sistemática (de la ciencia del derecho) ha de comprender su aspecto estructural –hechos jurídicos, instituciones de derecho y sistema de instituciones–, y en el aspecto funcional, operar por hechos jurídicos, mediante su interpretación y observación en la perspectiva de las relaciones y funciones jurídicas propias del notario, abogado, juez o magistrado.

Una última crítica, que hace el propio VALLET al final de su obra. Se pregunta si ésta resulta o no desproporcionada en extensión; y, por lo tanto, menos armónica

(3) Vid. *Metodología de la determinación del derecho II. Parte sistemática*. 199-226, pp. 1043-1203; y “La determinación notarial del derecho”. *Anales Academia Matritense del Notariado*, XXXVI, pp. 405-50.

y equilibrada. Ciertamente, en las materias referentes a las clases de relaciones jurídico-políticas, y a los hechos, actos y negocios jurídicos, esta parte de la *Metodología* parece incidir en una Teoría General del Derecho. Sin embargo, a mi modo de ver, ésta abarca y estudia eminentemente “sólo los *conceptos jurídicos fundamentales*”, como señaló NAWIASKY (4), y su objeto consiste, precisamente, en el derecho tal cual es, en tanto que la Metodología, como ciencia del método (“*méthodus*”, comp. Con “*hodós*”, camino; v. “*od*”) enseña de una manera sistemática a *hacer* derecho; así como la Filosofía jurídica no consiste en el derecho tal cual es, ni en enseñar a hacer derecho, sino que su objeto es el derecho tal como debe ser; es decir, cada una de esas disciplinas es autónoma; positivistas las dos primeras y puramente empírica la tercera.

Por otra parte, la ingente obra de metodología jurídica que ahora culminó VALLET ha de ser cantera inapreciable para el estudiante, abierta al doctorado en Derecho; y también para el profesional en las respectivas funciones del *cavere*, *agere*, *postulare* y *iudicare* (5).

Como los volúmenes anteriores, la edición es buena y las erratas escasísimas (6). En fin, se trata de un trabajo admirable al que este libro pone punto final. Me parece que Juan B. VALLET bien puede hacer suyo el emblema del blasón de una antigua casa pairal de su tierra. Dice así: “Los trabajos que se acaban no los temo”.

J. Javier Nagore Yáñez

(4) NAWIASKY, Hans, *Teoría general del Derecho* (Traducción del Profesor Zafra Valverde). Ed. Estudio General de Navarra, Pamplona, 1962 pp. 20-23.

(5) Este año 2004 se ha editado (Marcial Pons, Madrid-Barcelona) con el título de *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, un breve volumen (120 pp.), con la temática subrayada, en el que VALLET DE Goytisolet pone más al alcance del estudiante esta última parte de la última de sus metodologías.

(6) Detectadas por mí: p. 1519: dice *1.861*; ha de decir *1.961*; p. 1555, nota 26: dice *subálveamente*, expresión difícil; ¿significa *subterráneamente*?; p. 1021, dice *causísticas*, parece ha de ser *casuísticas*.

**XXIV CONGRESO INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**
Ciudad de México, 17 a 22 de octubre de 2004

Durante los días 17 a 22 de octubre próximos se desarrollará en la Ciudad de México el XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino. Los temas que se tratarán en el congreso y el esquema de trabajo de cada uno de ellos, son los que se detallan a continuación (*).

TEMA I: “La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual”
Coordinador internacional:
Diego Simó Sevilla (España)

El tema III del XVI Congreso Internacional del Notariado Latino (Lima, 1982) era “Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato”. Han pasado veinte años y se nos propone un tema que de nuevo se centra en la imparcialidad. Veinte años es un tiempo suficiente para la evolución de la realidad social y jurídica, y también para que una nueva generación de notarios haya tomado el relevo de la anterior en esta difícil carrera de la imparcialidad. En definitiva, es un tiempo suficiente para poder contrastar la evolución de las ideas en este ámbito, mirando al exterior y a nosotros mismos.

(*) Información contenida en www.congresouinl.com.mx

1. La imparcialidad es un atributo que se suele predicar de los órganos jurisdiccionales. Los textos internacionales de derechos humanos proclaman el derecho de toda persona a un juez imparcial. La cualidad también se exige a otros órganos y funcionarios, y entre ellos naturalmente a los notarios de tipo latino, que ejercen una función pública. En el polo opuesto, otras profesiones jurídicas, como por ejemplo la abogacía, actúan con “parcialidad”, en defensa de los intereses de sus clientes; lo cual no debe confundirse con la injusticia. Todos ellos comparten una cualidad común, y próxima a la de imparcialidad, como es la de la independencia.

Interesa, por tanto:

1.a) Conocer si la imparcialidad del notario está definida por disposiciones legales o por la jurisprudencia.

1.b) Caracterizar la imparcialidad del notario, según la legislación nacional, en especial por referencia a la posición del juez o del abogado.

No debe ocultarse la existencia de distintas tradiciones notariales en la relación del notario con sus clientes: en algunos países la profesión notarial es compatible con el ejercicio de la abogacía; en otros, es posible y hasta usual la intervención de diferentes notarios en la redacción de un acto. Es interesante conocer estas prácticas distintas, y aun opuestas, para perfilar el concepto de la imparcialidad del notario.

2. La imparcialidad es una obligación para el notario, que le impone una determinada actitud. En determinados casos tipificados, el notario estará obligado a no autorizar el acto o contrato. Esta obligación se articulará, según los casos, como deber de abstención, facultad de recusación, etc. Aunque no constituye el objeto central de esta ponencia, será provechoso intercambiar información sobre estos aspectos.

Deben reseñarse los supuestos en los que, según la legislación nacional, el notario no puede autorizar un documento por tener cierta relación (p. ej., parentesco) con alguna de las partes; así como el régimen jurídico resultante.

3. Fuera de esos casos, importa especialmente examinar la conducta imparcial que debe observar el notario con ocasión de los actos y contratos que autoriza. Esos actos y contratos son de una naturaleza muy diversa, por lo cual la exigencia de imparcialidad adopta distintas facetas.

3.1. En ocasiones, el notario es requerido para autenticar hechos sucedidos en su presencia, con el propósito de utilizar el medio de prueba

privilegiado que es el documento notarial en un eventual pleito. El notario se debe a la verdad (toda la verdad, y nada más que la verdad) en el relato de los hechos, aunque ello no sea del todo favorable a la persona que solicitó la actuación notarial. Con ello el notario actúa de modo imparcial entre los afectados por el documento que redacta, aunque algunos de ellos ni siquiera entren en relación directa con él.

Este punto debe desarrollarse de acuerdo con la correspondiente legislación notarial.

3.2. Un ámbito muy típico de la actividad notarial es el relativo al Derecho de Familia y Sucesiones. Aquí el deber de imparcialidad se puede traducir en tareas de tipo mediatorio entre los interesados, o incluso de carácter arbitral.

Interesa conocer hasta qué punto este tipo de tareas son exigibles con carácter general, o bien si han de ser solicitadas expresamente, si la legislación las permite y si son habituales.

3.3. Por último, en el Derecho de los Contratos se presenta el deber de imparcialidad con perfiles propios. La imparcialidad del notario decimonónico no era muy diferente de la antes esbozada para las cuestiones familiares y sucesorias. Los cambios sociológicos producidos desde principios del siglo XX han dado lugar a un panorama distinto, en el que el contenido del contrato puede no ser resultado de un libre concurso de voluntades, sino imposición de una parte sobre la otra. El fenómeno surgió en principio fuera del ámbito habitual de actuación de los notarios, pero al final ha acabado extendiéndose al sector inmobiliario e hipotecario, que generalmente nos es más próximo.

La realidad de la contratación en nuestro tiempo, a principios del siglo XXI, ve reafirmarse las tendencias que comenzaron a despuntar ahora hace un siglo. La situación objetiva no es diferente de la existente al tiempo del XVI Congreso Internacional. Donde sí que hay diferencias es en la reacción legislativa y jurisprudencial a las nuevas realidades de la contratación, y en las experiencias acumuladas por los distintos notariados acerca de este asunto. Hoy, por tanto, no tiene sentido repetir los análisis ya efectuados hace veinte años y que en algunos casos se remontan a algunos decenios atrás. La necesidad de corrección de los abusos en la contratación (sin caer en extremismos), y la utilidad de la intervención imparcial del notario, las podemos dar por supuestas. Ahora queremos conocer:

3.3.a) Qué novedades legislativas y jurisprudenciales se dirigen a una limitación de los abusos en la contratación, y en especial, qué medidas de tipo preventivo se han articulado al efecto.

3.3.b) Qué papel desempeña o puede desempeñar el notario en esa labor preventiva, bien por imposición de la legislación o criterios jurisprudenciales, bien por propia iniciativa del Cuerpo notarial.

3.3.c) Qué experiencias se tienen en la práctica de la actuación imparcial del notario frente a los grandes operadores económicos.

Se ruega a los ponentes nacionales que desarrollen sus exposiciones de acuerdo con el esquema que antecede, y particularmente que respondan a las cuestiones destacadas en negrilla, bajo los números correspondientes de este esquema.

TEMA II: “El notario y la contratación electrónica”

Coordinador internacional:

Mario Miccoli (Italia)

Descripción de un trabajo sobre la firma electrónica y el documento electrónico. Dentro del estilo y creatividad individuales, cada uno de los trabajos nacionales debería contemplar, como mínimo:

Desde el punto de vista técnico:

Una descripción de la difusión de las herramientas informáticas y telemáticas nacionales, como: el número de ordenadores personales en comparación con la población activa; tendencias de los usuarios de Internet; uso de la firma electrónica tanto con finalidades personales / administrativas como para el comercio electrónico; cualquier otra información pertinente de carácter técnico / económico sobre el estado de las cosas en su país en lo relacionado a la difusión de los instrumentos telemáticos.

Desde el punto de vista jurídico:

- Existencia de una ley que haya introducido la firma electrónica en el ordenamiento jurídico nacional.
- Posible existencia de otros modelos de prueba electrónica (además de la firma electrónica estándar que proporciona un TTP de tecnología asimétrica) dotados de un grado de inderogabilidad específico.
- Su relación con otras disposiciones legales regionales o internacionales, como la Unión Europea, el Mercosur, Nafta, ICC, Uncitral, etcétera.
- El valor legal de la firma electrónica en comparación con la firma manuscrita.
- El valor legal del documento que lleva una firma electrónica.
- Su oponibilidad a terceros.
- Su oponibilidad y valor en juicio, en comparación con el documento manuscrito.
- Posibles diferencias –donde las haya– entre un contrato firmado por personas que se hallan en lugares distintos, según se documente el acuerdo sobre papel o con el sistema de firma electrónica.
- Todas las peculiaridades de la legislación nacional en lo que respecta a las disposiciones contenidas en el derecho internacional o en las normas de otras naciones.
- Cuál es el alcance y las finalidades de la aplicación actual de la firma electrónica (por ejemplo, negocios, comunicaciones entre individuos, comunicaciones entre instituciones gubernamentales y ciudadanos, profesiones, etc.).

- Ámbitos de aplicación (por ejemplo, almacenaje seguro de datos médicos, utilización en juicio, transmisión de información jurídicamente relevante a los registros públicos, como los registros de la propiedad inmobiliaria, los registros comerciales, etc.).

Desde el punto de vista notarial:

Papel de la profesión del notario en la infraestructura jurídica y técnica del comercio electrónico, específicamente:

- Como autoridad de registro obligatoria prevista por la ley.
- *Organismos notariales de control, como autoridades de certificación, que certifiquen legalmente la calidad de la firma electrónica.*
- Como funcionarios públicos encargados de proporcionarles información oficial a los registros públicos mediante medios telemáticos.

TEMA III: “La persona jurídica en el tráfico nacional e internacional”
Coordinador internacional:
Héctor M. Cárdenas Villarreal (México)

Introducción

El hilo conductor de los trabajos del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino es el valor añadido del documento notarial. La anterior premisa se determinó partiendo del utilitarismo en ocasiones exacerbado con el que se analizan las bondades de una determinada actividad o función. Valores históricamente presentados como pilares del orden social tales como la seguridad jurídica, no son hoy suficientes en sí mismos para justificar a un sistema jurídico preventivo y profiláctico como es el romano-germánico del que forma parte esencial como fuente de seguridad jurídica y prevención de controversias el notariado latino. El sistema notarial latino hoy en día, más que nunca, debe fundamentar sus virtudes desde la óptica económica del valor añadido, la función notarial y por tanto el documento notarial sin duda alguna es un instrumento eficiente al problema de los costos de las transacciones legales, el control de legalidad y la impartición de justicia.

Ahora bien, este valor añadido o agregado de la actividad notarial y del documento notarial en sí como la concreción material de aquélla, inspira a todos los temas del Congreso de México, pero se reconoce que por lo menos desde el punto de vista dogmático, tal inspiración se cristaliza más claramente en los otros dos temas.

El tema III se concibe bajo dos premisas básicas: la primera determina un análisis desde una perspectiva preponderantemente pragmática; y la segunda determina que el estudio a realizarse debe hacerse pensando en que el trabajo emanado de él se caracterice por una proyección extranotarial, que trascienda al mundo jurídico en general, llegando incluso al ámbito empresarial y de los negocios.

Es de llamar la atención lo ambicioso de este tema, pretende abarcar el estudio de la persona jurídica en su sentido amplio no sólo reducido al aspecto societario mercantil, sino que incluye a las personas jurídicas privadas que no persiguen ánimo de lucro, y a las fundaciones asistenciales de naturaleza privada, por lo que únicamente quedan fuera de este estudio las personas jurídicas de derecho público.

Este sentido amplio nos obliga a no considerar de manera especial a las personas jurídicas que dentro de un mismo tipo societario únicamente se diferencian en ciertas características distintas de aquellas que más adelante se establecen como objeto de estudio de este tema. De lo con-

trario el estudio sería tan abundante y en ocasiones confuso que atentaría el carácter pragmático con el que fue concebido.

Por lo anterior el esquema para el desarrollo del trabajo que más adelante se presenta podría parecer reducido, sin embargo, se debe tomar en cuenta que este estudio se refiere a la persona jurídica en su sentido amplio, es decir, a todas las personas jurídicas de derecho privado, lo que nos permite percibir su verdadera dimensión.

Es conveniente precisar que cuando nos referimos a personas jurídicas lo hacemos como sinónimo de personas morales, ya que en algunos países se tiene como un término más apropiado el últimamente expresado, sin pretender la realización de disertaciones al respecto.

A decir de los especialistas en temas económicos, probablemente la característica más importante de la dinámica mundial del siglo XXI sea la globalización. Estamos viviendo día a día un creciente intercambio de bienes y personas que incluso han llevado a redimensionar temas fundamentales de la teoría política como el de la soberanía. Dicho intercambio genera cada vez más la urgente necesidad de contar con instrumentos que permitan desde luego al notario, pero también al abogado y a la sociedad en general conocer de manera clara, concreta y específica, si una determinada entidad extranjera goza de personalidad jurídica; si ha sido válidamente constituida conforme a su derecho, legalmente instituidos o designados los miembros integrantes de los órganos que la representan, así como la vigencia de los nombramientos respectivos.

Con base en lo anterior, el notariado latino tiene de acuerdo a sus postulados rectores el compromiso de hacer una aportación eficaz que brinde seguridad jurídica por una parte a las entidades extranjeras que pretendan establecerse o realizar actividades en el país o territorio en donde el notario actúa y por la otra a aquellas personas que contraten con esta persona jurídica extranjera.

Por lo anterior, se pensó en la conveniencia de que formara parte del desarrollo del esquema de este tema un cuestionario que los notariados miembros de la Unión resuelvan, cuyas respuestas serán incluidas en una obra de consulta publicada al efecto, se pretende que dicha obra se refiera exclusivamente al ámbito práctico y se evite el empleo de términos y figuras locales desconocidas por el derecho societario de la generalidad de los países.

Buena parte del éxito del trabajo de consulta propuesto consistirá en la pronta resolución del cuestionario preparado por el mayor número posible de países, por lo cual se hace un llamado a todos los notariados miembros de la Unión, que le den respuesta al mismo y lo envíen al coordinador internacional a la brevedad posible, con independencia de la

posterior remisión que realicen en su oportunidad del desarrollo de la parte dogmática del esquema que más adelante se presenta.

Como se podrá apreciar, además del nacimiento de la persona jurídica y de los requisitos formales para su constitución, resulta de gran importancia en el desarrollo del presente esquema el aspecto relativo a la representación de la persona jurídica, ya que, a diferencia de las personas físicas o individuales, las personas jurídicas no pueden actuar directamente sino que en todo caso lo hacen por conducto de sus órganos o de sus representantes, por lo anterior, resulta fundamental poder acreditar plenamente en quién recae la facultad para ejercer la representación de una persona jurídica, el ámbito de sus facultades y la vigencia de las mismas.

Se busca conocer los tratados internacionales, regionales o comunitarios celebrados por los países participantes en materia de reconocimiento de personalidad jurídica de entidades privadas extranjeras, así como aquellos sobre el otorgamiento de facultades de representación y poderes de personas jurídicas; con el propósito de analizar la posibilidad de sugerir al pleno del Congreso se adopte una resolución para proponer a los notariados miembros de la Unión los requisitos mínimos que debe contener el documento notarial de constitución de una persona jurídica de naturaleza privada, el de la designación de representantes y otorgamiento de poderes, con el fin de que los documentos notariales que contengan alguno de los actos mencionados sean plenamente eficaces al ser utilizados en el extranjero.

Si se logra el objetivo planteado, podemos aspirar a que el notario latino pueda constituirse como un control de legalidad de los instrumentos notariales relacionados con la constitución y la modificación de las personas jurídicas; así como la designación de sus representantes, otorgados en un país y que habrán de surtir efectos en otro, logrando con ello la libre circulación y aceptación de tales documentos.

Inclusive en los países en donde no se prevé la intervención notarial en los actos a que nos hemos referido, podría sugerirse un mecanismo por el cual el notario certifique haciendo la transcripción de los datos esenciales del acto del que se trate, que el mismo ha sido otorgado válidamente y conforme al derecho aplicable al lugar de su otorgamiento, con el fin de que los mencionados actos gocen de validez en el extranjero cuando el país donde el documento en cuestión fue emitido sea de notariado latino.

Con base en lo anterior, el esquema de trabajo constará de tres partes generales:

- I. El desarrollo teórico de los temas que nos ocupan, analizados con la profundidad propia de los estudios notariales; que servi-

rán de marco de referencia y fundamento para dar respuestas, lo más concretas posibles, a las preguntas planteadas en la siguiente parte.

- II. La resolución de un cuestionario que satisfaga la necesidad de contar con una obra de consulta ágil para notarios, abogados y consultores en general, respecto de los requisitos esenciales y formales de los actos de constitución de personas jurídicas, designación de representantes y apoderados, así como la amplitud y vigencia de sus facultades.
- III. Un pronunciamiento concreto respecto de la conveniencia de sugerir al pleno del Congreso emita una recomendación general a todos los notariados miembros de la Unión que contenga los requisitos mínimos indispensables para que un documento relativo a los actos de constitución de personas jurídicas, designación de representantes y apoderados, así como la amplitud y vigencia de sus facultades, sea reconocido en todos los países con sistema de notariado latino, con independencia de los requisitos de autenticación o legalización requeridos.

Notas preliminares para el desarrollo del temario

Es fundamental para el adecuado desarrollo del temario, considerar que el contenido del tema II condicionará la forma de desarrollo de los temas subsecuentes, es decir, partiendo de la existencia o no de diversos tipos y especies de personas jurídicas, ya que para el caso de no existir tal distinción en el Estado al que pertenece el notariado que produce el tema, el desarrollo del mismo se hará de forma unitaria, y de esta misma forma se desarrollará cuando existan diferencias entre los distintos tipos y especies que no sean esenciales para el tema en particular que se estudie.

La distinción en tipos obedece a una clasificación primaria, como podría ser en personas jurídicas mercantiles o comerciales y en personas jurídicas civiles o sin fines de lucro; por su parte, la distinción en especie obedece a la existencia, a su vez, dentro de los mismos tipos genéricos de distintas categorías, como son las diversas especies de sociedades mercantiles que existen en algunos países.

El tema III podría carecer de materia por ya estar comprendido en el primer tema, dependiendo de la situación existente en el régimen jurídico societario del país del notariado que lo produce, ya que en el caso del tema I se refiere al aspecto genérico y en el que se presenta en el tema III se refiere al concreto y específico de cada tipo y especie social que posea características diferentes, de suerte que si tal distinción no existe, no habrá lugar al desarrollo del tercer tema.

Temario

I. Las personas jurídicas de naturaleza privada.

1. Elementos comunes a las personas jurídicas de naturaleza privada.

A. La personalidad legal en general.

- a. Concepto.
- b. Fundamentos.
- c. Alcances y manifestaciones.

B. La personalidad de las personas jurídicas.

- a. Origen o fuente de la personalidad en las personas jurídicas.
- b. Medios de obtención de la personalidad en las personas jurídicas.
 - b.1. Por reconocimiento expreso en ley.
 - b.2. Mediante un acto consensual entre las partes.
 - b.3. Por la constitución de la sociedad ante notario.
 - b.4. Por decreto de autoridad judicial o administrativa.
 - b.5. Mediante la inscripción en un registro.
 - b.6. Otros medios de obtención de personalidad.

II. Distinción entre los diversos tipos de personas jurídicas de naturaleza privada.

1. Existencia de la distinción y enumeración por tipos y por especies dentro de cada tipo.

2. Características esenciales, diferencias y fundamentos justificativos de la existencia de diversos tipos de personas jurídicas de naturaleza privada.

3. Características esenciales, diferencias y fundamentos justificativos de la existencia de diversas especies dentro de cada tipo de personas jurídicas de naturaleza privada.

III. Origen y fundamentos de la personalidad jurídica de manera particular y específica en los distintos tipos y especies de personas jurídicas.

1. Diversos sistemas de constitución y reconocimiento de personalidad.

- A.** Por reconocimiento expreso en ley.
- B.** Mediante un acto consensual entre las partes.

- C. Por la constitución de la sociedad ante notario.
- D. Por decreto de autoridad judicial o administrativa.
- E. Mediante la inscripción en un registro.
- F. Otros medios de obtención de personalidad.

2. Requisitos esenciales y de forma para cada uno de los diversos sistemas de constitución de los distintos tipos y especies de personas morales existentes en el país del notariado que produce el tema.

3. Requisitos adicionales a los enumerados en el inciso anterior relativos a personas jurídicas especiales tales como Sociedades Agrarias, Instituciones de Crédito, Sociedades que explotan recursos naturales, Sociedades que operan una concesión estatal.

IV. Órganos de administración y la representación de las personas jurídicas de naturaleza privada.

1. Enumeración y presentación de los administradores y representantes de las personas jurídicas (personas físicas y personas morales).

2. Naturaleza jurídica de los órganos, representantes y administradores de las personas jurídicas.

3. Facultades legales de los órganos y representantes, ampliación y limitación estatutaria.

4. Nombramiento, limitaciones, revocación y duración del cargo de los administradores y representantes de las personas jurídicas. Características, requisitos formales e intervención notarial.

V. Modificaciones estatutarias.

1. Principales clases de modificaciones estatutarias.

2. Requisitos esenciales, formales e intervención notarial en las modificaciones estatutarias.

3. Incidencia de las modificaciones estatutarias en la personalidad o capacidad de la persona jurídica.

4. Incidencia de las modificaciones estatutarias en la administración y representación de las personas jurídicas.

VI. La persona jurídica de naturaleza privada en el ámbito del derecho internacional privado.

1. Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas extranjeras en el Estado al que pertenece el notariado que presenta la ponencia:

- A. En su caso establecer los requisitos que se deben satisfacer para gozar de ella (protocolización de estatutos, registro, autorizaciones judiciales o administrativas).
 2. Precisar cuál es el derecho aplicable en los siguientes supuestos:
 - A. A la forma de los actos realizados en el extranjero que deben surtir efectos en el Estado al que pertenece el notariado que desarrolla el tema, relativos a los actos de constitución o modificación de personas jurídicas, así como de designación de representantes y fijación de sus facultades.
 - B. A los efectos de los actos o negocios otorgados en el extranjero relativos a los mismos actos enumerados en el apartado anterior que deban surtir efectos en el Estado al que pertenece el notariado que elabora el estudio.
 3. Mencionar los convenios, tratados o acuerdos internacionales, regionales o comunitarios, celebrados por el Estado del notariado miembro sobre el reconocimiento de personalidad a entidades extranjeras de derecho privado, así como a los requisitos de los actos de constitución o modificación de personas jurídicas y a la designación de representantes y fijación de sus facultades.
 4. Indicar brevemente cuáles son los principales requisitos establecidos en los convenios, tratados o acuerdos referidos en el punto anterior.
 5. Diferentes sistemas de autenticación de los documentos relativos a la constitución o a la modificación de personas jurídicas de naturaleza privada, así como a la designación de representantes y otorgamiento de facultades de representación, para que produzcan efecto en un Estado diverso al de su emisión y que se satisfacen en el propio Estado emisor.
 6. Sistemas de autenticación de los documentos a que se refiere el inciso anterior, que adicionalmente a los que realiza el Estado donde fue emitido el documento debe llevar a cabo el Estado receptor.

Segunda parte

• Cuestionario.

1. Indicar si en su país la regulación legal de las personas jurídicas de naturaleza privada es competencia de una ley de aplicación a todo el territorio del Estado o bien es competencia de diversas leyes de aplicación regional.
2. ¿Cuáles son los diversos tipos de personas jurídicas de naturaleza privada que reconoce el derecho del Estado al que pertenece el notariado que responde el cuestionario? Indicar sus características esenciales.

3. ¿Existen dentro de cada tipo de personas jurídicas de naturaleza privada, diferentes especies? En caso afirmativo indicar sus características esenciales.

4. ¿Cuáles son los requisitos sustanciales o esenciales para la constitución de cada uno de los diversos tipos y especies de personas jurídicas?

5. ¿Cuáles son los requisitos formales para la constitución de cada uno de los diversos tipos y especies de personas jurídicas?

6. ¿Es necesario algún tipo de registro para el acto constitutivo, modificatorio o de designación de administradores o representantes de las personas jurídicas privadas?

7. En el registro a que se refiere la pregunta anterior, ¿se realiza algún tipo de calificación, revisión o control previo a la inscripción del acto de constitución, modificación o designación de administradores y representantes de personas jurídicas de naturaleza privada?

8. ¿Cuáles son los efectos de la inscripción en el registro correspondiente, constitutivos o declarativos?

9. En caso de modificaciones estatutarias, ¿qué requisitos sustanciales, formales, de intervención notarial y registrales se deben satisfacer?

10. ¿Cuál es el régimen de administración y representación de las personas jurídicas de naturaleza privada? (Consejo de Administración, Junta Directiva, Administrador Único).

11. ¿Cuáles son y cuál es el origen de las facultades y limitaciones de que gozan los administradores en el ejercicio de su cargo?

12. ¿Cómo se acredita formalmente la designación de los administradores o representantes de las personas jurídicas?

Tercera parte

Con base en el desarrollo del temario y de manera especial del apartado VI, así como la resolución del cuestionario, precisar de manera concreta si el notariado del Estado que emite el juicio considera conveniente y viable sugerir al pleno del Congreso emita una recomendación general a todos los notariados miembros de la Unión, que contenga los requisitos mínimos indispensables para que un documento relativo a los actos de constitución de personas jurídicas, designación de representantes y apoderados, fijación de sus facultades y vigencia de las mismas, sea reconocido en todos los países con sistema de notariado latino, con independencia de los requisitos de autenticación o legalización correspondientes.

En la resolución de este punto habrá de tomarse en cuenta que en muchos casos los requisitos que se sugieran pueden ir más allá de los que la propia ley del país de emisión del documento establezca para su vali-

dez interna, pero la buena voluntad y esfuerzo de los notariados de los países que se encuentren en esos casos permitirá satisfacer los parámetros generales mayormente aceptados por los países de tradición jurídica romano-germánica, logrando con ello incrementar el valor añadido proporcionado por la función notarial cuando interviene en el ámbito de las personas jurídicas en el tráfico nacional e internacional.

FORO: “La contratación en los países de *civil law* y en los países de *common law*”

Coordinador:

Othón Pérez Fernández del Castillo (México)