

Adición al trabajo publicado en el número 695 de la Revista titulado «De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil (la perpetuidad y la hipoteca)» (*)

por

ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO
Notario Honorario

Si el testador desea imponer al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente cierta renta o pensión, puede hacerlo de dos maneras:

- A) Una, sin exigencia alguna, pero, en tal caso, no se puede pasar del segundo grado (art. 785.3.º del Código Civil).
- B) Cumpliendo cumulativamente dos requisitos:
 - a) Con un fin benéfico, docente o de instrucción pública, es decir, altruista.
 - b) Imponiendo la carga sobre bienes inmuebles.

Con ambos requisitos la disposición, «la carga», puede ser perpetua (art. 788 del Código Civil).

(*) En el número 695 de esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, mayo-junio, 2006, págs. 1101 y sigs., se publicó un trabajo mío bajo el título: «De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil (La perpetuidad y la hipoteca)», leído posteriormente en el «Seminario Don Federico de Castro», que preside don Luis Díez-Picazo en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, en el que quizá faltaran completar o precisar mi pensamiento y la inclusión de varios textos legales y reglamentarios, lo que procuro remediar a continuación.

El artículo 788 del Código Civil, cuando la carga se impone con carácter perpetuo sobre bienes inmuebles, dispone que: «*el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca*». Por lo tanto, si capitaliza y consiguientemente libera los bienes inmuebles, resultará que, *al dejar de cumplir el requisito de la imposición de la carga sobre dichos bienes, la perpetuidad dependerá de la voluntad del heredero que decida capitalizar o no tal carga*. Y parece claro que siempre que el Código Civil regula la liberación o redención de una carga o un derecho sobre bienes, especialmente sobre inmuebles, se hace mediante su capitalización cuyo resultado será entregada a los titulares o beneficiarios del derecho o carga que se extingue (cfr. arts. 603, 839, 1.608, 1.611 y 1.651 del Código Civil). Admitido que el heredero puede capitalizar e imponer el capital en primera y suficiente hipoteca, cuando el heredero lo impone a su nombre en un banco, si, como entiende unánimemente la doctrina, el banco adquiere la propiedad del dinero y el imponente sólo tiene un derecho de crédito para recobrarlo (cfr. arts. 1.768 del Código Civil y 309 del Código de Comercio), ¿es posible una carga real sobre un derecho de crédito? Si el capital se impone a favor del heredero y éste retira una parte del capital o de sus intereses, ¿habría que justificar al banco que la suma que se retira es para cubrir el fin benéfico deseado por el testador y no para otro fin? ¿Tiene el banco control para vigilar el destino que se dé al dinero? ¿Quién tiene ese control, el director de la sucursal, el Consejo de Administración? ¿Se estará confiriendo el banco la misión del Patronato? ¿Se tratará de una fundación atípica?

Queda también claro que para constituir mediante testamento una fundación no es menester que se emplee esta palabra expresamente, que no es sacramental, sino que basta con la intención del testador en constituirla y con la aportación de los requisitos antes citados, o sea, bienes suficientes y fin altruista. Es decir, que el testador sabe lo que pretende, pero no usa literalmente la expresión adecuada, la palabra «fundación», según la interpretación espiritualista del artículo 675 del Código Civil, reiteradamente admitida por la doctrina y consolidada por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de 12 de diciembre de 1963, entonces citada, estimó la existencia de una fundación, aunque el testador no empleó esa palabra «fundación», sino que se limitó a asignar bienes al fin que expresaba. Es de interés recordar que el testamento era ológrafo y el causante no consta que fuera jurista.

Ahora bien:

A) Según la 5.^a Disposición Adicional de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre de 2002, de Fundaciones: «*los notarios deberán poner en conocimiento del Protectorado el contenido de las escrituras públicas en lo referente a la constitución de las fundaciones y sus modificaciones posteriores, mediante la remisión de copia simple de las escrituras. En el caso de que la*

fundación haya sido constituida en testamento, la referida obligación será cumplimentada cuando el notario autorizante tuviere conocimiento del fallecimiento del testador».

B) El artículo 179 del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944, disponía que: *«Los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, que tenga por objeto la enseñanza, educación e instrucción, el incremento de las Ciencias, Letras y Artes, remitirán a la Junta de Beneficencia de la provincia a que pertenezcan y a la Dirección del Ramo, en el primer caso, y al Ministerio de Educación Nacional en los demás, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes, tan luego llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador. De igual modo, los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan alguna disposición de las expresadas en el párrafo anterior notificarán mediante acta al Ministerio de la Gobernación o al de Educación Nacional, según los casos, el texto íntegro del testamento, con cargo a la herencia; siendo responsables, si no lo hicieren, de los perjuicios que puedan ocasionar con su negligencia. No se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas en escritura pública, y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente».*

Y en la sustancial modificación de dicho Reglamento por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, el mencionado artículo 179 dice ahora que: *«los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, o que tenga por objeto fines de interés general, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o del fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga, remitirá a los órganos administrativos competentes que ejerzan el protectorado sobre las fundaciones creadas para el cumplimiento de dichos fines, una copia simple de la escritura o cláusulas correspondiente, tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador. De igual modo los notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan alguna disposición de las expresadas en el párrafo anterior, notificarán mediante acta, a los órganos administrativos competentes a que se refiere el apartado anterior, el texto íntegro del testamento, con cargo a la herencia, siendo responsables, si no lo hicieren, de los perjuicios que pueda causar su negligencia. No se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública, y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente».*

Como se ve, en la comunicación que ha de mandar el notario en los casos tratados, se ha sustituido el destinatario, antes la Junta de Beneficencia de la provincia y ahora, los órganos administrativos competentes que ejerzan el *protectorado sobre las fundaciones*. Por otra parte, esta *obligación de informar al Protectorado* surge *no sólo cuando la fundación se constituye, sino también cuando consten esos fines benéficos* que se protegerán mediante su constitución. Al otorgar el testamento, como es lógico, el testador vive y es posteriormente, tras su muerte, cuando se constituirá la fundación. Y el Protectorado vigilará para que así sea o la constituirá el mismo Protectorado, que está legitimado para ello.

C) En efecto, los artículos 7 de la derogada Ley 30/1994, de Fundaciones, y 9 de la actual vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, iguales en sus párrafos 1, 2 y 3, dicen en sus respectivos párrafos 4, la de 1994: «*Si en la constitución de una Fundación por actos mortis causa, el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de establecer una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios y en caso de que estos no existieran, por la persona que designe el Protectorado*». Y la vigente Ley 50/2002 sustituye el último inciso por: «*En caso de que éstos no existieran o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado previa autorización judicial*».

D) Por último, según el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, el artículo 43, sobre «*Funciones del Protectorado en el proceso de constitución*», establece que: «*son funciones del Protectorado: c) Otorgar, previa autorización judicial, escritura pública de constitución de la fundación mediante la persona que designe el propio protectorado, en el supuesto de fundación constituida por acto mortis causa previsto en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*».

E) Es decir que, en el caso de que existan los elementos integrantes de la fundación, esto es, fin benéfico-docente y demás recogidos en el transcrito artículo 179 del Reglamento Notarial y bienes suficientes para cubrir tales fines, *el Protectorado está perfectamente legitimado para constituir la fundación* si ni el albacea ni los herederos otorgan la escritura pública correspondiente. El Protectorado, por tanto, deberá requerir al albacea o a los herederos para que otorguen la escritura de creación de la fundación. Y, si no lo hacen, el mismo Protectorado lo hará cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley.

Parece, por tanto, que la existencia de la fundación no es conjetural resultante de una particular interpretación del artículo 788 del Código Civil, sino que está *claramente impuesta* por la Ley de Fundaciones cuando se dan

los dos requisitos repetidamente expuestos: el fin protegido y bienes suficientes para cumplirlo.

Es de cierta evidencia que la necesidad de la fundación está presente en la normativa vigente, porque si no, ¿por qué esa obligación de comunicar al Protectorado la existencia de bienes suficiente y de fin benéfico y la legitimación de Protectorado para constituir la fundación si ni el albacea ni los herederos lo hacen?

Admitido que el Protectorado puede exigir la creación de la fundación, los párrafos del enigmático artículo 788 del Código Civil ya pueden tener clara y expedita aplicación, porque, ¿a favor de quién se impone el importe que resulte de la capitalización? Naturalmente, a favor de la fundación como dotación. ¿A favor de quién se constituye la hipoteca? Lógicamente, a favor de la fundación para garantizar la efectividad y el pago de la dotación.

Por lo demás, congruentemente con lo expuesto, así como la derogada Ley de Fundaciones, en su artículo 10 exigía que se acreditara ante el notario actuante la *realidad* de la aportación, la vigente Ley en su artículo 12, tras permitir la dotación en bienes y derechos o en dinero, dice que “*en uno u otro caso deberá acreditarse o garantizarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante, en los términos que reglamentariamente se establezcan*», con lo que claramente se abre y reconoce la posibilidad de que esa prevista hipoteca sea a favor de la fundación.

Por último, la hipoteca se constituirá de modo que produzca unos intereses adecuados a cumplir la finalidad de la fundación. Y parece que se habrá de pactar un plazo que, en otro caso, fijarán los Tribunales, *ex* artículo 1.218 del Código Civil, ya que el heredero que desee capitalizar y quedarse con los bienes como libres posiblemente necesite un tiempo para conseguir el metálico correspondiente.