

De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil (La perpetuidad y la hipoteca) (*)

por

ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO
Notario Honorario

SUMARIO

PRELIMINAR.

I. LA PERPETUIDAD:

- A) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.
- B) LA IMPOSICIÓN COMO MODO.
- C) LA IMPOSICIÓN DE LA CARGA PERPETUA SOBRE BIENES INMUEBLES. ELIMINACIÓN DE SOLUCIONES.
- D) SOLUCIÓN PROPUESTA.
- E) LA JURISPRUDENCIA.
- F) LA LEGISLACIÓN:
 - a) *El reconocimiento de la personalidad.*
 - b) *La dotación.*

II. LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA:

- A) PLANTEAMIENTO GENERAL.
- B) LA FUNDACIÓN COMO ACREEDORA HIPOTECARIA.

III. LA ESCRITURA.

APÉNDICE.

(*) Este trabajo está destinado al Libro Homenaje a don Luis ROJAS MONTES (q.e.p.d.), que editará el Colegio Notarial de Granada y con permiso expreso del Ilmo. Señor Decano don Andrés TORTOSA MUÑOZ, que agradezco, se publica ahora en esta revista. A.E.M.R.

PRELIMINAR

En 1962 apareció el tomo I de los «Estudios de Derecho Privado» (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) que recogían los trabajos escritos por varios opositores Notarios redactados para contestar a los correspondientes temas de las oposiciones restringidas entre Notarios que acababan de celebrarse. Dicho tomo incluía bajo el título «Para una interpretación funcional del artículo 788 del Código Civil», una aportación mía, escrita un tanto a *vuelatecla*, en 1961, con la premura propia de la ocasión que requería que los temas estuvieran cuanto antes en poder de los opositores, ya que acuciaba la inminencia del segundo ejercicio en el que había que contestar oralmente al cuestionario.

Mi contribución permaneció en la penumbra sin tener el honor ni la fortuna de ser recogida por los posteriores escritores o tratadistas de Derecho Civil, salvo una referencia debida a mi admirado y querido amigo Jaime Castro García, excelente jurista y prestigioso Magistrado de la Sala 1.^a del TS, hoy jubilado, en el tomo III, pág. 602, de los «Comentarios al Código Civil», Trivium, 2.^a edición, Madrid, 1991, dirigidos por José Luis Albácar, en donde, sin citarme, se acepta la solución a la que yo había llegado, tomada, posiblemente de mi comentario al artículo 788 en el «Código Civil» editado por COLEX, obra esta en la que ambos colaborábamos y en el que sintetiqué, como era lógico, la postura que había razonado en el más extenso trabajo antes mencionado. Mi opinión, también comprimida o resumida, fue incorporada por mí a la segunda edición del magnífico «Compendio de Derecho Sucesorio», del preclaro y admirado jurista y amigo Manuel de la Cámara, que me honró al confiarme la revisión de la primera edición.

El referido trabajo no intentaba resolver toda la complicada problemática que contiene el artículo 788 del Código Civil, sino que se limitaba al examen y exégesis de los párrafos tercero, cuarto y quinto del enigmático precepto legal; concretamente, las cuestiones que centraban mi atención eran, por una parte, cómo conseguir esa perpetuidad que el texto legal establece como posible y, por otra, a favor de quién se constituye la hipoteca a la que se refiere el párrafo tercero del citado artículo.

Se han escrito algunas referencias a la perpetuidad, pero no he visto en ningún tratado ni revista solución a la titularidad de la hipoteca. La mayor parte de las veces se pasa como de puntillas sobre nuestro texto positivo y otras se limitan los autores a transcribirlo.

No obstante, el TS parece haber aceptado mi tesis en cuanto al modo de conseguir la perpetuidad, lo que posteriormente ha tenido confirmación en las disposiciones legales, con lo que se resuelve la segunda cuestión planteada, la de la hipoteca, conforme a mi opinión entonces sustentada. Parece oportuno

tuno, pues, insistir y aclarar la tesis entonces sostenida y adecuarla, en cuanto fuere menester, a la normativa vigente.

El artículo 788 del Código Civil dispone:

«Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o a favor de los pobres de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador Civil de la provincia y con audiencia del Ministerio Público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes».

I. LA PERPETUIDAD

A) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Ante todo es menester dejar sentado que la figura regulada por el artículo 788 no es una sustitución fideicomisaria, no obstante estar ubicada en la Sección tercera, *De la sustitución*, del Capítulo II, *De la herencia*, del Título III, *De las sucesiones* del Código Civil.

Así lo estima la generalidad de la doctrina, ALBALADEJO (*Comentarios al Código Civil...*, t. X, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1984), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, pág. 540), y, por todos, VALLET, (*Panorama del Derecho de sucesiones, I, Fundamentos*, pág. 411), según el cual, «este artículo 788 del Código Civil establece —como explica BONET RAMÓN—, «el modo como disposición por causa de muerte agregada a la institución de heredero, por la cual el testador ordena una carga o gravamen, imponiendo un fin, objeto, destino o aplicación a parte de la herencia que entraña para el heredero una obligación de dar. Mas para obviar los inconvenientes de la vinculación, dicta las oportunas reglas».

En efecto, en la sustitución fideicomisaria «*se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia*» (art. 781 del Código Civil) (prescindiendo de la sutil distinción que hace JERÓNIMO LÓPEZ al

hablar de la «*oración de relativo*»), y en el supuesto de hecho que regula el artículo 788 del Código Civil, ni «*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario*» (art. 783 del Código Civil), ni se impone «*al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero*» (art. 785.1.º, del Código Civil), porque, ciertamente, los bienes inmuebles gravados no se transmiten a los beneficiarios, sino que continúan en la titularidad de quien los adquiere para seguir cumpliendo su destino benéfico, ni los beneficiarios (estudiantes, doncellas...) tienen este carácter de herederos del testador ni, consiguientemente, son continuadores de su personalidad. Nótese, por otra parte, que el artículo 785 del Código Civil en su número 1.º habla de «*sustituciones fideicomisarias*», mientras que en su artículo 788 se refiere a «*la disposición*», eludiendo así denominar sustitución fideicomisaria a lo que por su esencia, su contenido y su misión es notoriamente otra cosa.

No se puede alegar como argumento el lugar, *sedes materiae*, en que el del Código Civil regula este supuesto. Como repetidamente se ha escrito, nuestro primer cuerpo legal no se distingue por su rigor sistemático. Lo que sucede es que el mismo texto legal, el artículo 788 del Código Civil, regula un caso de difícil acomodo, que contempla una situación de una lejana semejanza con la sustitución fideicomisaria pero que no lo es.

B) LA IMPOSICIÓN COMO MODO

La primera impresión —y, a mi modo de ver, exacta— que produce la lectura del artículo es que se hace referencia a una disposición modal. En efecto, se habla de una disposición, lógica y exclusivamente *testamentaria*, ya que estamos en el libro III, título III, que trata precisamente de las sucesiones y se dirige al *heredero* al que se le impone una obligación, lo que cabalmente es un modo. El artículo comprende dos supuestos diferentes, según que la obligación impuesta al heredero, la carga, se imponga temporal (párrafo segundo) o perpetuamente (párrafos tercero, cuarto y quinto).

Está claro que el testador puede imponer al heredero esa «*obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública*» y otros supuestos no específicamente nombrados pero que quepan en una generosa o amplia interpretación del citado precepto. Esta imposición con el carácter de simple o mera obligación a cargo del heredero está concretamente admitida a través de la institución modal recogida en el artículo 797 del Código Civil, a cuyo tenor «*la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad*».

En tales casos hay que tener en cuenta:

- a) Esta imposición, es decir, la obligación impuesta al heredero y asumida por éste, no representa una contraprestación (que sólo cabe en los negocios onerosos), ni un consejo (porque no vincula y el modo sí) ni una condición (porque ésta no obliga y, en cambio, subordina la disposición a un hecho futuro o incierto, mientras que el modo a nada subordina), sino que, como dice NART FERNÁNDEZ («La fundación», en *RDP*, 1951), es una obligación accesoria impuesta al favorecido por un negocio lucrativo, de realizar una prestación o serie de prestaciones al disponente o a un tercero.
- b) Esta obligación impuesta personalmente al heredero no puede ser perpetua:

- 1.º Porque la posibilidad de las cargas perpetuas está condicionada en el propio artículo 788 del Código Civil a que su imposición se haga sobre bienes inmuebles y no personalmente sobre el heredero, aunque, como las cosas no se hacen solas, alguien tiene que hacer que se cumpla la voluntad del testador, pero esta obligación, que recae sobre el heredero, se refuerza con algo más, precisamente con la carga sobre inmuebles.
- 2.º Porque la limitación aparece expresa y diáfana en el número 3.º del artículo 785 del Código Civil, según el cual «no surtirán efecto... 3.º Las (disposiciones) que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión», precepto suficientemente claro, consecuente con el sistema general que impide que esa obligación se prolongue más allá del segundo grado en la línea sucesoria del gravado, con lo que rotunda y terminantemente se elimina la perpetuidad.

Algunos autores (vid., por todos, CÁMARA, «Compendio de Derecho Sucesorio», *La Ley*, 2.ª ed., Madrid, 1999, pág. 141; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 376) estiman que este artículo 788 es una excepción al principio proclamado por el artículo 785. ALBALADEJO dice que este artículo levanta el límite que impone el artículo 785.3.º (*loc. cit.* y *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, pág. 1937, Madrid, 1993). En realidad no es que se trate de una excepción, sino que formula una solución para un supuesto que no es el contemplado por el artículo 785.3.º del Código Civil, sino otra cosa, que tiene otra vía lógica y posiblemente única para resolver el caso que plantea, esto es, la imposición de una carga perpetua sobre inmuebles para satisfa-

cer fines benéficos. Ciertamente, la lectura de ambos preceptos, 785.3.º y 788 del Código Civil pone de manifiesto que no regulan supuestos de hecho absolutamente iguales, pues mientras el primero se refiere al simple «encargo» que se hace al heredero, el artículo 788.3.º regula una «obligación» impuesta al heredero mediante una «carga perpetua» que recae sobre bienes inmuebles. Y, al no tratarse en modo alguno de supuestos de hecho idénticos, el del artículo 788 del Código Civil no está sujeto a los límites legalmente impuestos al caso referido en el artículo 785.3.º del Código Civil, sino que se trata de una situación distinta que requiere una propia y ajustada solución. El testador, por tanto, puede optar entre encargar simplemente al heredero que pague cierta renta o pensión a determinadas personas, con lo que se cae en la prohibición de perpetuidad que recoge el 785.3.º del Código Civil, o imponer esa obligación al heredero reforzándola con una carga sobre bienes inmuebles, con lo que se alcanza la perpetuidad que el artículo 788 del Código Civil concede, siempre que, además, se persiga un fin benéfico. En otras palabras, para lograr la perpetuidad es menester que, además de la obligación que se ordena al heredero, exista el soporte de la imposición de una carga que recaiga sobre bienes inmuebles. Cabe estimar, por tanto, que no se trata de una regla, artículo 785.3.º del Código Civil, y una excepción, artículo 788 del Código Civil, sino de dos situaciones diferentes, cada una con su particular régimen. En todo caso será una cuestión sistemática sin mayor importancia, porque, aun admitiendo que hay una regla y una excepción, quedarían sin resolver los problemas de cómo se alcanza esa perpetuidad y de a favor de quién se constituye la hipoteca a la que se refiere el párrafo 3.º del artículo 788 del Código Civil.

- 3.º Por otro lado, es imprescindible tener en cuenta —lo que estará presente a lo largo de este trabajo— que si el heredero decide la capitalización de la carga (como permite el párrafo tercero del art. 788 del Código Civil), que supone la liberación de los inmuebles, que, lógicamente, quedan exentos de la carga, ésta ya no se impondrá sobre bienes inmuebles, se saldrá del supuesto regulado por los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 788 del Código Civil y se entrará en la órbita que regula el artículo 785.3.º del Código Civil, prohibitivo de la perpetuidad (así lo afirma MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, 5.ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 756). Esto es, que la excepción, según los autores, que el artículo 788 del Código Civil

supone, requiere la imposición de la carga sobre bienes inmuebles; si no hay tal imposición, al desaparecer por la capitalización, ya no tiene razón de ser la aplicación del artículo 788 del Código Civil, sino que actuará la prohibición de perpetuidad del artículo 785.3.º del Código Civil establecido para cuando la imposición sobre inmuebles no existe. En definitiva, la perpetuidad deseada, que requiere, como se dice, la imposición de la carga sobre bienes inmuebles, tendrá como consecuencia que esa perpetuidad depende de la voluntad del heredero que quiera capitalizar.

ALBALADEJO (*loc. cit.*) afirma que esta capitalización no supone la liberación de los bienes, puesto que «lo que parece conveniente señalar es que la capitalización en cuestión, tal como aparece en el artículo, no da lugar a liberarse el heredero de la carga mediante el pago de la suma en que resulte capitalizada». Ante todo hay que hacer notar que la «carga» no se impone al heredero, sino que recae sobre los inmuebles por lo que, si —en la opinión de este autor— no se liberan, serán estos los que, pese a la capitalización, seguirán gravados. Pero entonces ¿para qué se capitaliza? ¿Qué hace el heredero con el capital resultante? ¿A quién paga esa suma? Podría pensarse que lo invierte y que con los intereses paga la carga, pero ¿en qué se impone o lo invierte? ¿A nombre de quién pone el capital? ¿Quién puede disponer en adelante de ese capital y de los intereses que produzca? ¿Los herederos del inicialmente obligado? ¿Cómo se blindará ese capital de modo que su titular sólo pueda disponer de él para los fines benéficos previstos? ¿Con una prohibición de disponer perpetua saltándose el límite del artículo 785.2.º del Código Civil? (vid. arts. 26.2.º y 27 de la Ley Hipotecaria). ¿Y si se cobran con ese capital los acreedores de estos o posteriores herederos? ¿Cómo se preserva ese capital de la acción de estos acreedores? ¿Cabe una carga real sobre un capital? Como a la capitalización ha de seguir la constitución de la hipoteca, ¿a favor de quién se constituye ésta? La liberación de los bienes inmuebles parece evidente porque la capitalización tiene que servir para algo, que es justamente la sustitución del gravamen sobre los bienes por un capital que el citado comentarista no dice qué se hace con él. Pagar pero, ¿a quién? Y resulta, además, que según esta tesis, el pago tampoco libera al heredero de la carga. ¿Qué consigue entonces el heredero con la capitalización y con el pago a no nos dice quién? Porque resulta un tanto extraño que el pago, a quien sea, que no lo dice, no sea liberatorio y extintivo de la obligación, como claramente dispone el artículo 1.156 del Código Civil. Además de la respuesta a estos interrogantes, siguen pendientes y sin resolver las cuestiones de la vinculación perpetua del heredero, lo que, como se vio, no es posible, y la de determinar quién será el titular activo, el acreedor hipotecario de la hipoteca. Por último, es de resaltar que, cuando en el Código Civil se

hace referencia tácita a la capitalización (arts. 603, respecto a la servidumbre de pastos; 839, en cuanto al usufructo del cónyuge viudo; 1.608, 1.611 y 1.612, que habla este último expresivamente de «redención y liberación»; 1.651, referentes a los censos) es para liberar del gravamen el bien sobre el que recae.

En cuanto al párrafo segundo del referido artículo, esto es, la imposición de la carga con carácter temporal sobre inmuebles, es evidente que este carácter de temporalidad es esencialmente relativo. En efecto, si se constituye una carga temporal con una duración de tres o cuatro mil años, pese a esa duración previamente fijada se habrá constituido de hecho una carga tan perpetua como la que más. Aun sin llegar a plazos tan desmesurados, en los que no hay seguridad ni de que exista la especie humana, cuando la carga es temporal, el heredero tiene las facultades que le concede el artículo 788.2.º del Código Civil.

C) LA IMPOSICIÓN DE LA CARGA PERPETUA SOBRE BIENES INMUEBLES.
ELIMINACIÓN DE SOLUCIONES

Centrados ya en los párrafos tercero, cuarto y quinto del polisémico artículo, es de advertir que sumen al intérprete en una inquietante perplejidad, porque, como tantos otros preceptos tienen más aptitud para producir dudas que para resolverlas. Ante situación tan confusa, quizá sea oportuno eliminar diversas posibles interpretaciones:

- a) La obligación de pagar esas becas, dotes, pensiones, etc., parece que no corresponde personalmente al heredero, porque esa perpetuidad exigida por el artículo 788 del Código Civil, es inconciliable con el sistema legal y con la limitación de la vida humana. Ya se vio *supra* que la configuración puramente personal que pueda hacerse a través de una institución modal tropieza con los límites del artículo 785.3.º del Código Civil. La afectación de bienes inmuebles al fin benéfico previsto por el testador demuestra o, al menos, colabora a la idea de que esa perpetuidad no puede basarse exclusivamente en la obligación impuesta al heredero, sino que necesita algo más. Lo que ocurre es que este *algo más* es precisamente lo que tiene que hacer el heredero para cumplir la voluntad de su causante basándose en que la imposición de la carga se hace sobre bienes inmuebles, y que cuenta con estos para conseguir el objetivo deseado, ya que, como queda dicho, la limitación de la vida humana, la del heredero, hace imposible que éste personalmente pueda cumplir a perpetuidad los fines perseguidos por el testador.

- b) Podría pensarse que resultaría obligado al cumplimiento de la carga quien en cada momento fuera titular dominical de los bienes gravados, de modo que esta obligación fuese ambulatoria o *propter rem*, pero entonces surge el obstáculo de la capitalización e imposición del capital en primera y suficiente hipoteca, que implica la liberación de los bienes inmuebles gravados. Y, una vez liberados, los sucesivos dueños los adquirirían sin esa obligación, sin la carga, de donde resultaría el absurdo de que la efectividad o perpetuidad de la obligación quedaría al arbitrio del heredero que quiera capitalizar la carga y quedaría también sin cumplir la voluntad del testador.
- c) Tampoco parece adecuado pronunciarse por la inexistencia de una obligación sin sujeto pasivo determinado, lo que aproximaría la figura a la deuda territorial alemana, atributiva del derecho a cobrar una cantidad determinada sobre una finca, extraña totalmente al ordenamiento jurídico español. Por otro lado, la dicción del artículo 788 del Código Civil es contraria a esta solución, pues, aunque no se conceda demasiada importancia a una interpretación necesariamente ceñida a la letra del precepto, es lo cierto que el artículo expresa y claramente se refiere a «una obligación impuesta al heredero». No se puede concebir en nuestro sistema una relación obligatoria sin la existencia de al menos dos personas en recíproca conexión, y no se puede admitir que se dé una relación jurídica obligatoria (y el modo lo es) entre la cosa gravada y los favorecidos por la disposición testamentaria que, además, son indeterminados y pueden transitoriamente no existir, lo que dificulta más la relación, dado lo difuso de uno de los polos de la pretendida relación.
- d) No puede encontrarse solución en las figuras censales, de difícil adaptación al supuesto en estudio y, sobre todo, dada su redimibilidad, con lo que la subsistencia de la obligación quedaría al arbitrio del heredero que capitaliza (vid. VALLET en *Dictámenes e informes de un Notario*. Editorial Montecorvo, pág. 191 y sigs., Madrid, 1987).

Por lo demás, parece también evidente que el derecho de los favorecidos no puede considerarse como hereditario estricto en el sentido de estimarlos como herederos o legatarios del testador, porque para ello tendrían que tener capacidad para heredar, estimada ésta al tiempo del fallecimiento del testador (cfr. art. 758 del Código Civil) y si se supera este obstáculo a través de la sustitución fideicomisaria que, ciertamente, elimina tal requisito, siempre habrá que considerar que, efectivamente, estamos ante tal sustitución, lo que ya quedó descartado, o, si se admitiera, se tropezaría con el artículo 781 del Código Civil, que impone una rígida limitación impidiendo la efectividad más allá del segundo grado.

D) SOLUCIÓN PROPUESTA

Descartadas las anteriores soluciones, es preciso dar efectividad a la voluntad del testador porque no cabe pensar que el Derecho le permita algo —dar validez a la disposición testamentaria de invertir perpetuamente cantidades en los fines expresados— y no le suministre los medios lícitos para conseguirlo. El trascendente obstáculo de la perpetuidad está expresamente impuesto por el artículo 788 del Código Civil y es menester salvarlo.

Resulta así que es necesario e imprescindible interponer entre el testador y los beneficiarios algo o a alguien que posibilite el cumplimiento perpetuo (dentro de la perpetuidad de todo lo humano) de la voluntad del causante. La voluntad del *de cuius* hay que respetarla, puesto que el Ordenamiento Jurídico permite su validez y la refrenda y hay que cumplirla.

¿Puede existir ese algo o ese alguien que por sus características de perpetuidad sea capaz de posibilitar el cumplimiento de la lícita voluntad del testador?

Efectivamente existe: Si se han señalado bienes bastantes que por su rentabilidad puedan proporcionar los recursos económicos suficientes para invertir ciertas cantidades periódica y perpetuamente en dotes, becas, etc., y si hay una organización destinada a realizar de forma permanente y reiterada esa obra benéfica, no cabe duda de que en realidad se están dando los elementos integrantes de una verdadera y auténtica fundación.

La cuestión queda así perfectamente aclarada con solución del espinoso asunto de la perpetuidad, porque, al menos, ya se ha encontrado la persona encargada de dar efectividad a la voluntad del testador y a cuyo cargo estará la entrega de dotes, becas, recursos y demás beneficios. Efectivamente, la fundación es perpetua por naturaleza, no tiene límite en el tiempo y, como dice CÁRDENAS («Las fundaciones familiares en Derecho Privado», en *RDP*, 1952), su característica es ser una organización destinada a realizar una obra benéfica de forma permanente y reiterada.

Sin necesidad de examinar todas las teorías vertidas en torno al concepto de fundación, es lo cierto que puede considerarse como tal, como clara y expresivamente dice NART (*loc. cit.*), la vivificación de un patrimonio separado para un fin de interés humano por medio de una organización a la que se le reconoce personalidad por el Ordenamiento positivo.

El negocio fundacional —estudiado, entre otros, por NART (*loc. cit.*), ESPINOSA ANTA («La fundación. El negocio jurídico fundacional», en *Estudios de Derecho Privado*, I, pág. 261, *ERDP*, Madrid, 1962), y BADENES (*Las fundaciones de Derecho privado*, 2.^a ed., Madrid, 1986)—, en esencia y en síntesis, requiere:

- Un elemento objetivo: una base económica consistente en la asignación de un grupo de bienes suficiente de un patrimonio para constituir otro autónomo e independiente.
- Un elemento subjetivo: la fijación del fin al que se vinculan los bienes asignados. Un fin de carácter benéfico, altruista.
- Un elemento funcional: una organización de esos bienes, al menos en sus líneas generales, básicas y suficientes.

La fundación, permítaseme el símil, como un cohete espacial, precisa la conjunción de los tres elementos citados: El cohete necesita combustible; la base económica, los bienes en la fundación; un motor o sistema de propulsión, cables, etc., que permitan su funcionamiento, esto es, una organización jurídica adecuada; y un fin benéfico en la fundación y de altura, las estrellas, el espacio en el vehículo astral.

En el mismo sentido, como dice CASTRO («Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *ADC*, 1953), para que exista una fundación se requiere que se haya querido hacer una obra benéfica permanente, que sirva principalmente al interés público y que los bienes puedan beneficiar a un amplio círculo de personas.

Pues bien, en el supuesto del artículo 788.3.º del Código Civil hay conjunción de los tres requisitos:

- 1.º Hay una base económica consistente en los bienes inmuebles sobre los cuales se impone la carga expresada por el testador.
- 2.º Hay un fin o destino, que también se expresa por el causante al especificar la finalidad, precisamente benéfica, perseguida, es decir, dotes, becas, pobres o establecimiento de beneficencia. La enumeración que hace el artículo 788 del Código Civil ha de entenderse *ad exemplum*, no cerrada, de modo que también puede consistir en cualquier otra actividad benéfica, suministro de medicinas, misiones religiosas o humanitarias, auxilios de todas clases, etc.
- 3.º Hay una organización. Quizá quepa pensar, a primera vista, que el testador se limitó a señalar los bienes que proporcionarían los recursos necesarios para cumplir los fines benéficos por él previstos, pero sin dictar las normas de organización al efecto, con lo que parece que el negocio fundacional, el nacimiento de la fundación, carece del tercer requisito mencionado. No obstante, eso no es así. En primer lugar, porque el testador puede perfectamente señalar las líneas generales y aun detalladas de la organización, por ejemplo, beca a favor de un estudiante nacido en determinado lugar y que desee cursar cierta carrera, o donar (suprimida actualmente la dote, pero subsistentes las donaciones por razón de matrimonio, arts. 1.336 y sigs. del Código Civil) una cantidad a la futura contra-

yente que haya nacido en una comarca o pueblo y carezca de fortuna, etc.; expresando, v.g., que el Alcalde, el Juez y el Párroco o quien sea decidirán destinatario, en fin, sin limitación alguna. En segundo lugar, porque si el testador no lo hiciere, aun resulta cumplido este requisito, ya que el párrafo último del artículo 788 del Código Civil dispone que *«cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes»* con lo que, no solamente se cumple aquel requisito que parecía faltar, sino que demuestra que el pensamiento del legislador para el caso de imposición de una renta perpetua sobre bienes inmuebles está orientado y referido a la existencia de una fundación, cuya constitución indudablemente facilita. En este sentido quizá convenga recordar que, según el «Diccionario de la Lengua Española» editado por la Real Academia Española, «orden», en su tercera acepción, es «regla (modo que se observa para hacer las cosas)» y que «regla» es en su cuarta acepción, «estatuto, constitución o modo de efectuar algo», por lo que el transcrito párrafo viene a decir que *«cuando el testador no hubiere establecido un modo que hay que observar para hacer las cosas —la fundación— o una regla, estatuto, constitución o modo de efectuar algo, lo hará la autoridad administrativa a quien corresponda»*, concordante con la tesis que aquí se sostiene.

Quizá esta interpretación pudiera parecer un tanto forzada en la época de la aparición de mi primera aportación, al principio citada, pero tenía en su haber, en primer lugar, que no hay otro modo de cumplir perpetuamente la voluntad del testador y, por último, porque el párrafo 5.º del artículo 788 del Código Civil, al conceder facultades a la autoridad administrativa para suplir la voluntad del causante en cuanto al establecimiento de un «orden» para la administración y aplicación de la manda, refuerza la idea de que en los supuestos de hecho regulados por el párrafo 3.º del precepto, la existencia de una fundación, no sólo tiene su razón de ser, sino que ha sido prevista por el legislador. Es decir, que, ante la voluntad de constituir una fundación, aunque el testador no hubiera empleado esta palabra, que no es sacramental ni imprescindible, este «orden», esta organización, en suma, la *«autoridad administrativa a quien corresponda»* tenía facultades, en una interpretación integradora, para completar esta intención del causante suministrando los datos o elementos exigibles para que la fundación naciera.

Actualmente, en este sentido, la solución propuesta en mi primer trabajo mencionado encuentra su confirmación, a mi juicio, en lo dispuesto en el artículo 9 de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, a

cuyo tenor, «1. La fundación podrá constituirse por actos inter vivos o mortis causa... 3. La constitución de una fundación por acto mortis causa se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de su constitución. 4. Si en la constitución de una fundación por acto mortis causa, el testador se hubiera limitado a su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial».

Se trata, en definitiva, de indagar la verdadera voluntad del testador por encima de las palabras empleadas por éste, es decir, si realmente desea una fundación aunque no emplee precisamente esta palabra que, como queda dicho, no es imprescindible. Si prevalece el espíritu sobre la forma.

No es menester citar a los numerosos autores acordes con este principio espiritualista que ha de presidir toda interpretación testamentaria ni aportar la convergente y abrumadora jurisprudencia consolidada en este mismo sentido. Así, en la famosa STS de 6 de agosto de 1918, de «Pacicos», aunque la testadora no emplea la palabra «heredero» al dejarlo «todo para ti, todo», el Alto Tribunal estimó que se trataba de una verdadera y auténtica institución de heredero.

La cuestión, en suma, es averiguar la verdadera voluntad del testador conforme al principio espiritualista que recoge el artículo 675 del Código Civil y que ha sido reiteradamente recogido por numerosa y unánime jurisprudencia. Según el citado precepto, *«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 a la intención según el tenor del mismo testamento»*.

Ante una disposición testamentaria que regule un supuesto de hecho que encaje en los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 788 del Código Civil, el problema está en determinar si las cláusulas correspondientes llevan consigo la creación de una fundación, aunque esta palabra no se mencione, o tienen un significado diferente. En todo caso, tales cláusulas habrán de interpretarse según el citado principio espiritualista recogido en el artículo 675 del Código Civil y que inspira el mencionado precepto, en el que se concede preferencia a la voluntad efectiva del testador sobre la mera literalidad de las palabras por él empleadas. Evidentemente, esta interpretación espiritualista cobra excepcional importancia en supuestos de testamentos ológrafos redactados sin el correspondiente y oportuno asesoramiento notarial, ya que los testadores, muchas veces, saben lo que quieren pero ignoran la terminología precisa que debe emplearse.

Por lo que respecta a la doctrina, MANRESA (*Comentarios al Código Civil*, t. VI, pág. 219, 7.^a ed., Madrid, 1951) hace referencia a la existencia de una fundación sin que quede claro que ésta es erigida por el testador, como la tesis aquí sostenida, o ya existe con anterioridad, y parece también partidario de la opinión de la liberación de los bienes inmuebles en caso de capitalización de la carga. Por lo demás, ni trata ni resuelve el problema de a favor de quién se constituye la hipoteca prevista en el artículo 788.3.º CÁRDENAS (*loc. cit.*) tras ver en el artículo 788 del Código Civil una «fundación modal», estima que en este caso no hay fundación considerada como persona jurídica.

E) LA JURISPRUDENCIA

Por las razones que sean, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo no ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre una interpretación del artículo 788 del Código Civil. No obstante, la única que he podido encontrar es la muy elocuente y significativa STS de 12 de diciembre de 1963 (ponente el Magistrado don Antonio Tutor y Guelbenzu) —posterior a la aparición de mi primer trabajo inicialmente citado, que es de 1962— con relación a la sucesión de un español fallecido en Beirut, bajo testamento ológrafo otorgado en El Cairo, el 24 de septiembre de 1942, debidamente protocolizado, referente a varios bienes inmuebles en España, en el que el testador no creaba expresamente una fundación, como se deduce de las alegaciones de los abogados en defensa de los derechos de sus respectivos clientes. Así en el resultando segundo uno de los Letrados aduce: «D) Que no se establece en el testamento ninguna Fundación». En el resultando tercero, en uno de los razonamientos, se centra adecuadamente el problema, tal y como se hace en estas líneas, al decir que la cuestión consiste: «en síntesis, en determinar si las cláusulas en él (testamento) contenidas envolvían la creación de una Fundación testamentaria dotada de personalidad propia o tienen un significado distinto»... «que el testador no crea una Fundación ni de sus cláusulas testamentarias rectamente puede deducirse intención de establecerla».

Planteada así la controversia, el primer considerando de la sentencia acertadamente la sintetiza y dice:

«Que todo el problema litigioso se circunscribe a la interpretación que deba darse al testamento ológrafo otorgado por don J. M. R. el 24 de diciembre de 1942, para determinar si constituye la creación de una fundación benéfico-docente con todos sus elementos precisos para ello, conforme sostiene la sentencia recurrida, o si, por el contrario y como afirman los recurrentes, entraña una institución de herederos a su favor sujeta a determinadas obligaciones de tipo benéfico-docentes...»

En el segundo considerando se resuelve el tema debatido al establecer:

«Del estudio de las cláusulas testamentarias, todas suficientemente claras y terminantes, se desprende que contienen todos los elementos precisos para constituir una fundación de tipo benéfico-docente, puesto que, una vez pagados los legados y las obligaciones que señala, todas de reducida cuantía en proporción al capital, deja éste en su totalidad para un fin de tipo social, determinando hasta en sus menores detalles la distribución que debe hacerse de sus rentas o productos, manteniendo por plazo indefinido la integridad del capital a los fines permanentes que señala y creando no sólo una organización de todo ello y de los órganos encargados de la administración, sino que llega a prevenir y regular la sustitución de los administradores en caso de muerte, renuncia o incapacidad todo ello con carácter permanente o indefinido; y si bien es cierto que no regula el destino que deba darse al capital en el caso de extinción de la Fundación, no lo es menos que ello se debe a su voluntad de que ésta tenga vida perpetua; pero aun cuando así no fuera, siempre resultará que tal dato no es imprescindible desde el momento que el Código Civil y las Legislaciones reguladoras de las fundaciones e instituciones benéficas señalan el destino de los bienes en tales casos».

Como se ve, la parcialmente transcrita sentencia recoge la tesis aquí sostenida, es decir, la existencia de una fundación para cumplir la voluntad del testador, aunque éste en ninguna parte emplee expresamente la palabra «fundación».

F) LA LEGISLACIÓN

a) *El reconocimiento de la personalidad*

La regulación sobre las fundaciones se ha basado en España en una abigarrada multitud de instrucciones, órdenes, leyes, decretos y reglamentos en los que, en esta ocasión, no parece oportuno detenerse. Como resume VALLET («Panorama...», cit., I, 427), la atribución de personalidad a las personas jurídicas, y entre ellas a las fundaciones en el Derecho positivo moderno, fluctúa entre tres posiciones principales: a) El sistema de libre constitución, es decir, el reconocimiento por la mera existencia; b) El de reconocimiento, una vez cumplidos determinados requisitos, pero siendo de advertir que ese reconocimiento puede ser declarativo o confirmativo, según la personalidad surja independientemente de su reconocimiento o bien la requiera; c) El de concesión por reconocimiento constitutivo.

En un plano histórico, a la publicación del Código Civil, como dice BADENES (*loc. cit.*), para que exista la persona jurídica se exige el reconoci-

miento legal, según se desprende del artículo 35 del Código Civil, a cuyo tenor *«son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente reconocidas»*.

Ahora bien, que este reconocimiento se producía por la mera existencia, es decir, sin un acto especial de concesión ni siquiera de inscripción en Registro alguno, según se deducía antes de la vigente Ley de Fundaciones, incluso de la precedente de 1994:

Del artículo 9.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, al disponer que las fundaciones benéfico-docentes constituyen una personalidad jurídica con capacidad legal para ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes desde el momento mismo de su constitución.

Del artículo 10 del mismo Real Decreto, que establece que se entenderán constituidas desde que por cualquier modo se acredite su existencia.

De la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1920, que establece, con plausible doctrina, que ningún artículo del Código Civil (es de suponer que en ninguna parte o texto positivo, dada la minuciosidad y rigurosidad de nuestro más Alto Tribunal), exige para la existencia de la fundación la aprobación del Estado, requiriéndose sólo una finalidad lícita, sin que la previa declaración de licitud sea igualmente precisa. La cuestión, como se dice, está actualmente solucionada legislativamente.

En la actualidad, el problema de la personalidad de la fundación ya fue resuelto por el artículo 4 de la anterior Ley 30/1994, de 24 de noviembre, reiterado por el artículo 3 de la vigente citada, de Fundaciones, según cuyos textos coincidentes: *«las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones»*.

En consecuencia, cuando se den los supuestos de hecho del artículo 788.3.º del Código Civil, esto es, cuando se afecte bienes inmuebles suficientes para el efectivo cumplimiento de una finalidad benéfica y se establezca un orden para su funcionamiento, se contará con los elementos integrantes de una fundación que adquirirá la personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de Fundaciones, capaz, por su esencia, de cumplir perpetuamente la voluntad benéfica del testador.

Como se ve, la concesión de la personalidad precisa dos requisitos: Escritura pública e inscripción en el Registro de Fundaciones.

En cuanto al artículo 9 de la Ley, anteriormente transcrito, conviene señalar:

En primer lugar, que no es necesario que el testamento contenga todos los requisitos que se exigen en los artículos 10 y 11 de la Ley, puesto que el

número 4 del artículo 9 ya previene que si tales requisitos no se recogen en el testamento, la escritura pública en donde se contengan se otorgará por los albaceas, por los herederos o por el Protectorado.

En segundo lugar, que si bien el artículo 9.4 requiere que el testador establezca su voluntad de crear una fundación, esta voluntad, como ya señaló anteriormente, no es preciso que sea expresa, sino que puede deducirse de los términos del testamento en una interpretación espiritualista de éste, criterio reiterado por la jurisprudencia, en especial por sentencia reseñada recogida precedentemente de 12 de diciembre de 1963, ya que, como escribe VALLET («Panorama...», cit., I, 412), lo dispuesto en el artículo 788 del Código Civil, el testador puede establecerlo bien como modo *propter rem* o como deber moral; «y en el primer caso el Derecho ha de ofrecer los medios más eficaces para que aquél se cumpla y no sea burlada la voluntad del testador. Otra cosa parecería una incongruencia». Es decir, que la voluntad del causante, ley fundamental de la sucesión, ha de encontrar cauces adecuados para que pueda ser cumplida, por encima de las palabras empleadas.

Por último, el artículo 9.4 dice que la escritura de constitución se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 788 del Código Civil, que se refiere exclusivamente al heredero. Ahora bien, si el testador impone esta obligación a un legatario al que encomienda el destino que haya de darse a los bienes inmuebles que grava con carga perpetua, parece que, en defecto del albacea, será el legatario y no los herederos quien tenga que realizar los actos constitutivos de la fundación y, entre estos, el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. También le corresponderá la facultad de elección a que se refiere el siguiente apartado b). En efecto, únicamente al legatario corresponderá esa facultad de capitalizar e imponer el capital primera y suficiente hipoteca. Así resulta, además, del artículo 789 del Código Civil, según el cual *todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios*. Por otra parte, si la obligación se impone a un heredero, sin más, habrá que atenerse al artículo 768 del Código Civil, a cuyo tenor *«el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario»*.

VALLET («Panorama...», cit.) plantea el problema de los escrúpulos de la doctrina moderna respecto a las instituciones de heredero o legados a fundaciones aun no constituidas. La duda se suscitó por entender que se trataba de una vocación hereditaria de persona futura, que no existía al causarse la sucesión. Cita el maestro a FERRARA, que estimaba que no se puede nombrar heredero o legatario a quien no existe, ni puede presuponerse la condición de *nasciturus*, que equivale a abolir el principio de que para suceder es necesario existir en el momento de la delación hereditaria, ni tampoco es posible, a falta de texto legal expreso, conceder efecto retroactivo al reconocimiento de

una persona jurídica. La réplica consiste en que no es verdad que el ente no exista al causarse la sucesión, sino que tiene una personalidad inicial y embrionaria que puede parangonarse con la del concebido, siéndole aplicable el principio *nasciturus pro iam nato habetur*. El mismo FERRARA —sigue VALLET— al examinar si es posible nombrar heredero a quien todavía no existe, afirma que la creación de una fundación por acto *mortis causa* no es un llamamiento de heredero o legatario, por lo que no se rige por los principios sucesorios, sino que es un negocio autónomo de constitución de una obra de destinación de un patrimonio y, en suma, se decide por la licitud de tal procedimiento porque si la fundación ha de nacer en lo futuro, es legítimo que el patrimonio sea reservado y vinculado en espera de esa eventualidad. VALLET no ve ningún obstáculo en que se confiera un legado como dotación de la fundación que el testador ordena y distingue, en fin, los supuestos en que el crea y ordena la fundación, a la que instituye heredera o dota con un legado de aquellos otros casos en los que encarga su creación a los albaceas.

b) *La dotación*

El artículo 10 de la Ley exige que la escritura de constitución de una fundación deberá contener: «c) *la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación*».

Ahora bien, prescindiendo de otras cuestiones, entre ellas la acertada exigencia de suficiencia y adecuación de la dotación, que impide una megalomanía filantrópica, resulta que el heredero tiene una doble opción:

- Entregar los bienes inmuebles como dotación a la fundación.
- Capitalizar la carga e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

Corresponde al heredero elegir entre una de estas dos opciones, según el artículo 788.3.º del Código Civil, con lo que se guarda correspondencia con el artículo 1.132 del Código Civil que en las obligaciones alternativas concede esta elección al deudor. Una vez hecha la elección y notificada (art. 1.133 del Código Civil) al albacea o, en su caso, al Patronato, hay que entender que es irrevocable.

Respecto a la primera opción, entrega de los inmuebles como dotación, podría objetarse que, según el artículo 788 del Código Civil, la obligación de invertir cantidades para los fines expresados se impone al heredero. Pero si, como parece demostrado, ésta no puede ser una obligación que se imponga al heredero con carácter perpetuo, al ser incompatible la perpetuidad con lo limitado de la vida humana, hay que entender que la obligación impuesta al heredero es la de posibilitar esa perpetuidad, lo que sólo puede conseguirse

a través de la fundación. Lo que se impone y asume el heredero es cabalmente la constitución de la fundación y para ello es imprescindible dotarla.

Habida cuenta que la existencia de la fundación es inexcusable para dotar de perpetuidad a la carga impuesta, la dotación puede originar alguna cuestión.

Al ser los inmuebles objeto de la dotación, puede plantearse si la fundación adquiere directamente del testador o han de ser adquiridos previamente por el heredero o legatario al que se impone la obligación.

Por un lado cabe pensar que los inmuebles son adquiridos previamente por el heredero, puesto que si éste decide capitalizar la carga e imponer *sobre los mismos inmuebles gravados* primera y suficiente hipoteca, la previa adquisición por el heredero resulta imprescindible para inscribir los inmuebles a nombre de éste. No será necesaria la previa adquisición de los bienes por el heredero si éste constituye la hipoteca sobre otros bienes, propios o de un tercero que se preste a ello.

Por otra parte, puede estimarse que quien constituye la fundación, quien la ordena, es el causante y que el heredero al que se impone la obligación es un mero ejecutor de la voluntad de aquél. Si así se considera, entonces no se precisará normalmente la adquisición de los bienes por parte del heredero, ya que, según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, *«no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los... albaceas y demás personas que, con carácter temporal, actúen como órganos de representación y disposición de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes»*.

En cuanto a la segunda opción, capitalizar la carga, está claro que no puede hacerla libremente el heredero, sino que la hará con intervención del Gobernador Civil de la provincia (actualmente, al suprimirse los Gobiernos Civiles, el Delegado o el Subdelegado del Gobierno) y con audiencia del Ministerio Público. Ahora bien, el destino del capital resultante no puede ser otro que el de entregarlo a la fundación como dotación. No puede olvidarse que, como ya se indicó anteriormente, al capitalizar se liberan los inmuebles, por lo que estos ya no son el soporte que requiere el artículo 788 del Código Civil y se entra en la prohibición de perpetuidad del artículo 785.3.º del Código Civil. ¿Qué se hace con ese capital resultante? ¿Dónde, cómo y a favor de quién se impone? Descartada, como se verá, la solución de que la hipoteca se imponga a favor de los estudiantes, doncellas, etc., ¿a favor de quién se constituye la ordenada hipoteca? ¿A quién se entrega si no el capital? ¿Se queda con él el heredero? Pero es que si se liberan los bienes, lo que no puede admitirse es que el heredero adquiera los bienes liberados y no tenga nada que hacer con el capital resultante, no tenga que entregarlo a alguien. Como se ha intentado demostrar, cuando se dan los elementos integrantes de una fundación y hay una voluntad tácita de constituirla, como clara y paladinamente ha proclamado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia citada,

hay necesariamente que constituir tal fundación y hay que dotarla. Porque ¿qué otra cosa puede hacer el heredero más que dotar a la fundación con ese capital? En este sentido, si los bienes inmuebles están destinados a constituir el soporte económico de la fundación, lo que parece incuestionable, si por la capitalización se sustituyen esos bienes por un capital, éste tendrá el mismo destino que el de los bienes a los que sustituye, esto es, servir de base económica a la fundación, aunque sólo sea por subrogación real.

En definitiva, no hay más solución que constituir la fundación y dotarla mediante el cumplimiento de una de las dos opciones mencionadas: o con los inmuebles o con el capital, ya que la dotación es imprescindible para que la fundación surja y únicamente con la fundación se consigue la perpetuidad.

La constitución de la fundación es obligatoria, según el antes parcialmente transcrito artículo 9 de la Ley de Fundaciones que dice que la escritura «se otorgará» por el albacea, primero, en su defecto, por el heredero y, por último, por el Protectorado. El heredero habrá de optar por una de las dos opciones antes señaladas y comunicar su opción al albacea para, según su elección, proceder de una u otra manera.

Por consiguiente:

Si el heredero, el albacea o el Protectorado dota a la fundación con los bienes inmuebles gravados, no se adquieren éstos previamente por el heredero ni se inscribirán a su nombre, pues pasan directamente a la fundación. Es un tanto absurdo pensar que los bienes han de ser adquiridos previamente por el albacea o por el heredero o por el Protectorado e inscribirse a nombre de éstos. Ahora bien, será necesario que el albacea o el Protectorado cuente con el consentimiento del heredero al que evidentemente corresponde decidir si los inmuebles se aportan como dotación o si prefiere capitalizar la carga y dotar a la fundación con la suma resultante. Consecuentemente, el albacea o el Protectorado debe requerir al heredero para que manifiesta su intención de capitalizar o no, dándole un plazo que, en su caso, señalarán los Tribunales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.128 del Código Civil.

Si el heredero decide capitalizar e imponer el capital en primera y suficiente hipoteca, es absolutamente necesaria su conformidad en cuanto a plazo, intereses y demás circunstancias de la hipoteca puesto que, como antes se dijo, además, los bienes se adquirirán por éste como liberados de la carga.

Si el heredero, en defecto del albacea, desea otorgar él la escritura de constitución y aportar los bienes inmuebles como dotación, será un mero ejecutor de la voluntad del testador, no será menester que los bienes inmuebles sean adquiridos por él ni que se inscriban a su nombre; los bienes pasan directamente *recta via* de la herencia a la fundación. Si, por el contrario, decide capitalizar la pensión e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca, para liberar los bienes y adquirirlos sin la carga, al pasar

ésta a la fundación, entonces, para constituir esa hipoteca sobre esos mismos bienes, será necesaria la previa adquisición de estos por el heredero.

Lo que resulta claro en todo caso es que ni el albacea ni el Protectorado pueden por sí solos capitalizar la carga e imponer esa primera hipoteca, porque esta opción, con la que tienen que contar, corresponde clara y exclusivamente al heredero.

II. LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

Según el transcrito párrafo tercero del artículo 788 del Código Civil, el heredero podrá capitalizar la carga perpetua e imponer el capital en primera y suficiente hipoteca, segunda opción del heredero señalada en el apartado F, b) precedente.

Si, efectivamente, el heredero hace uso de esa facultad, si no se admite la existencia de una fundación, se tropieza con dificultades insalvables.

En primer lugar, aunque el heredero parezca ser el sujeto pasivo de una obligación, la de entregar periódicamente cantidades a doncellas, estudiantes, etc., ¿a favor de quién se constituye la hipoteca? ¿Quién la acepta, exige y ejecuta? ¿Quién será el acreedor hipotecario?

Hay que desechar absolutamente que los acreedores hipotecarios sean las personas que reúnan los requisitos exigidos por el testador, esto es, las doncellas, los estudiantes, etc., porque el artículo 9.4.º de la Ley Hipotecaria exige que se haga constar en el Registro *«la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción»* y en ésta, según el artículo 51.9.º del Reglamento Hipotecario, ha de precisarse *«el nombre, apellido y circunstancias de las personas a cuyo favor se practique la inscripción»* y tales beneficiarios están indeterminados hasta el momento en que, examinados los méritos y circunstancias de los candidatos o solicitantes, se les conceda la beca o la ayuda económica establecida. Pero es que tales personas favorecidas pueden incluso no existir por no haber quien, durante un plazo más o menos largo, indefinidamente, reúnan los requisitos exigidos para recibirla. O, sencillamente, aun reuniéndolos, no soliciten ni deseen recibir las *«ciertas cantidades periódicamente»* en que consista el beneficio.

Conviene señalar, para rechazar una posible interpretación contraria, que no cabe aducir que, según el artículo 154 LH, se permite la hipoteca a favor de los tenedores de los títulos transmisibles al portador sin más determinación que hacer constar expresamente, que la hipoteca queda constituida a favor de tales tenedores presentes o futuros de las obligaciones sin necesidad de expresar los nombres y circunstancias de estos. Y no cabe este argumento

por asimilación porque, en primer lugar, tal precepto es excepcional y no permite su interpretación extensiva; y, en segundo lugar, porque en el caso del artículo 154 LH, los titulares activos existen en cada momento, mientras que en el supuesto del artículo 788.3.º del Código Civil, los titulares activos pueden no existir o, aun existiendo, pueden no querer aceptar ni la hipoteca ni siquiera la dote o beca. No parece, por tanto, que este artículo 154 LH sirva de ayuda a una tesis a todas luces inadmisibles.

Un buen número de autores (por todos, ALBALADEJO, *loc. cit.*, pág. 397) estima que la hipoteca de renta parece prevista para estos supuestos de entregas periódicas de determinadas cantidades.

Sin embargo, esta aplicación de la hipoteca de renta, que tendría como titulares activos o acreedores hipotecarios a los estudiantes, a las doncellas y en general a los beneficiarios, tropieza con algunos obstáculos insalvables, aparte el señalado de la indeterminación del sujeto activo, esto es, del acreedor hipotecario, según los citados artículos 9.4.º LH y 59.9.º RH, y con ella la imprecisión de quien exige, acepta, ejecuta y cancela la hipoteca.

Uno, que la periodicidad que impone el artículo 788 del Código Civil no implica que las pensiones hayan de entregarse repetidamente a las mismas personas, sino que pueden entregarse esas cantidades a personas distintas, lo que resulta más evidente en el caso de dotes a doncellas pobres, pues ya se comprende que no se va a adotar a la misma persona todos los años. Es inconcebible que cada una de las personas favorecidas sea titular, acreedora de una hipoteca de renta, porque con la percepción, por ejemplo, de la dote, agota su derecho, mientras que la característica de la hipoteca de renta es que su titular tiene derecho garantizado a seguir percibiendo la pensión. No tiene mucho sentido pensar que el favorecido por el beneficio, por ejemplo, recibir una cantidad para una operación quirúrgica, pueda pedir la constitución de la hipoteca cuando el obligado —la fundación, según mi tesis— está dispuesta a entregarle la cantidad establecida y, efectivamente, se la entrega. Y, menos, una hipoteca de renta que garantice una sola prestación. Resultaría así la anomalía de una hipoteca cuyo titular activo no sólo puede no existir, sino que va a estar indeterminado y circunstancialmente va a estar entrando y saliendo para dejar su lugar a otro receptor de la pensión sin que el Registro refleje ese difuso e impreciso trasiego de titulares.

Otro, quizá definitivo, que el artículo 248 del Reglamento Hipotecario dispone respecto a la hipoteca de renta que *«en la inscripción de la hipoteca de renta se hará constar necesariamente la fecha en que deba satisfacerse la última pensión o prestación o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción»*, que choca frontalmente con el carácter de perpetuidad que establece el artículo 788 del Código Civil.

Curiosamente ALBALADEJO, para salvar el obstáculo que supone el artículo 248 RH a la perpetuidad, dice que se podrá constituir una hipoteca de renta

o prestación periódica fijándole la duración más larga posible y, como la carga es perpetua, al final de cada duración temporal asegurada, renovar la situación por otro tiempo. Pero ¿cuál es esa duración más larga posible? ¿Cómo se determina y fija? ¿Quién lo hace? Por lo demás, deja sin resolver el principal problema, que es a favor de quién se constituya esa hipoteca.

B) LA FUNDACIÓN COMO ACREEDORA HIPOTECARIA

Considerando la existencia de la fundación como imprescindible, según se ha intentado demostrar, para posibilitar el cumplimiento perpetuo de la voluntad del testador, la necesidad institucional de que esta fundación cuente con el soporte económico —dotación— para el cumplimiento de sus fines, puede orientarnos a una adecuada solución.

Como se indicó precedentemente, el heredero obligado a cumplir la obligación impuesta por el testador puede optar entre:

- a) Entregar los bienes inmuebles gravados a la fundación, dotarla con la propiedad de tales bienes, de modo que la fundación, mediante su explotación adecuada, ya cuenta con los medios suficientes para hacer donaciones esponsalicias a favor de doncellas, becas para estudiantes, etc., en fin, para cumplir el fin benéfico docente previsto y deseado por el causante.
- b) Capitalizar la pensión y entregar el capital resultante a la fundación como dotación, de modo que el heredero adquirirá los inmuebles como libres de la carga y la fundación, con el capital que recibe como dotación, cumplir perpetuamente la voluntad del causante.

Ahora bien, si el heredero, una vez capitalizada la pensión, no entrega inmediatamente a la fundación el capital resultante, lo que hay que garantizar con esa hipoteca primera y suficiente, a la que se refiere el párrafo 3.º del artículo 788 del Código Civil, es precisamente la obligación que asume el heredero de entregar como dotación a la fundación ese capital resultante, lo que se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley de Fundaciones, según el cual la aportación —dotación— «*deberá acreditarse o garantizarse*». Naturalmente, será una hipoteca normal y no una hipoteca de renta y con un titular, acreedor hipotecario, exacta, legal y reglamentariamente identificado.

Se trata, pues, de garantizar una obligación que asume el heredero frente a la fundación. Como es natural, habrá que fijar un plazo para el cumplimiento, esto es, para la entrega del capital debido y requerirá la aceptación por parte del Patronato.

Con la presente interpretación, según me parece, encajan todas las piezas y queda satisfactoriamente resuelto el problema de a favor de quién se constituye la hipoteca que prescribe el párrafo tercero del artículo 788 del Código Civil: A favor de la fundación que se constituya.

Una vez efectuada la entrega, dotada la fundación, habrá que cancelar la hipoteca que aseguraba dicha entrega porque, cumplida la obligación que asume el heredero, la cancelación debe otorgarla la fundación por medio del Patronato.

Por lo demás, como ya se indicó anteriormente, F b), el heredero podrá constituir hipoteca sobre los bienes inmuebles sobre los que recae la carga, que, si resultan libres de ésta, quedan hipotecados a favor de la naciente fundación, o sobre cualesquiera otros bienes, propios o ajenos, puesto que en ninguna parte se exige que la hipoteca recaiga sobre estos mismos bienes, sino que lo que requiere el precepto es que la hipoteca sea primera (también innecesaria, como señala SCAEVOLA, *loc. cit.*) y suficiente.

III. LA ESCRITURA

La constitución de la fundación está facilitada en la nueva Ley. Con referencia exclusiva a la *mortis causa*, como vimos, se confiere esta facultad a los albaceas (vid. VALLET, «Dictámenes...», cit., pág. 323 y sigs.), en su defecto, a los herederos testamentarios —lo que es coincidente con el artículo 911 del Código Civil, según el cual «*en los casos del artículo anterior* (que se refiere a la extinción del albaceazgo por muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea y por el lapso de tiempo), y *en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador*»— y, por último, al Protectorado (art. 9).

Como queda repetidamente señalado, el heredero tiene una doble opción:

- a) Si el heredero decide entregar la finca directamente a la fundación para que ésta sea así dotada, el albacea podrá, efectivamente, hacerlo constar así en la escritura fundacional, de modo que, como anteriormente se indicó, los bienes inmuebles pasen directamente del causante a la fundación. En todo caso, como queda dicho, aunque la escritura la otorga el albacea, será necesario contar con la decisión del heredero, al que precisamente el artículo 788, párrafo tercero, concede esa facultad, que puede constar en la misma escritura fundacional o en otra preferentemente previa, lo que se acreditará debidamente con la copia de la escritura en la que así conste.
- b) Si, por el contrario, el heredero opta por capitalizar e imponer el capital en primera y suficiente hipoteca, quedándose con los bienes inmuebles libres de la carga (lo que es posible si estima, por ejemplo,

que los bienes gravados valen más que la capitalización de la carga), parece que en la escritura o antes previamente, será necesario que el heredero sea el que capitalice, ya que, efectivamente, el artículo 788 del Código Civil le confiere a él esta decisión. Una vez obtenida la cantidad resultante de la capitalización, puede suceder:

- que, en la escritura fundacional conste y se acredite que el heredero ha entregado ya esa cantidad a la fundación, en cuyo caso bastará el albacea para el otorgamiento y el heredero podrá inscribir los bienes inmuebles como libres a su nombre,
- o que el heredero se obligue a entregar a la fundación el capital resultante, que es precisamente lo que exige el artículo 788 del Código Civil, lo que se garantizará con la correspondiente hipoteca primera y suficiente. Pero en este caso no sólo será el heredero quien capitalice, sino que será menester su concurso para señalar plazos, intereses, amortizaciones, procedimientos, etc. En suma, esto no puede hacerlo el albacea por sí solo. Como antes se dijo, será oportuno el señalamiento de un plazo, puesto que la fundación no puede actuar mientras no se la haya dotado, en tanto no pueda disponer del dinero resultante de la capitalización y una fijación de intereses.

Quedan por precisar algunos matices. En principio, si la escritura de constitución de la fundación la otorga por sí solo el albacea, es claro que él no puede constituir la hipoteca a favor de la fundación, porque esta facultad es atribuida al heredero que, como antes se dijo, es el dueño de los inmuebles sobre los que se impone la carga. Será menester, por tanto, que también concorra el heredero que será quien hipoteque y pacte las condiciones de la hipoteca. La intervención del heredero es naturalmente imprescindible si, como queda dicho, prefiere hipotecar otros bienes inmuebles suyos.

Si por falta de albacea es el heredero el que constituye la fundación, puede, naturalmente, como se dice, hipotecar los bienes inmuebles recibidos u otros diferentes, suyos o de un tercero que se preste a la hipoteca por deuda ajena. En principio será una hipoteca unilateral, permisible y regulada en el artículo 141 LH, que requerirá la aceptación del Patronato. Ahora bien, si en la constitución de la fundación constan los nombres de los patronos y estos también comparecen en el otorgamiento, no parece haber obstáculo que en la misma escritura acepten sus cargos y acuerden aceptar también la hipoteca. Parece más seguro que la asunción automática por parte de la fundación cuando éste obtenga personalidad jurídica, según el artículo 13.1 de la Ley de Fundaciones.

Cuanto queda expresado puede aplicarse al supuesto en que el otorgamiento de la escritura de constitución de la fundación la otorgue el Protectorado.

Todo, naturalmente, sin perjuicio de los posibles derechos de los legítimos.

APÉNDICE

Puede suceder que los bienes gravados sean insuficientes para alcanzar los fines previstos fundacionales porque así lo entienda el Protectorado [art. 35.a) de la LF], ya que es misión de éste *«informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13 y 12 de la presente Ley»*. Por su parte, el artículo 31 de la Ley, establece que *«la fundación se extinguirá: c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley»*. Y, según el artículo 32 de la LF: *«2. En los supuestos contemplados en los párrafos... c)... del artículo anterior, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiere acuerdo del Patronato, o éste no fuere ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos»*.

El artículo 33 de la Ley dispone que *«1. La extinción de la fundación... determinará la apertura del procedimiento de liquidación que se realizará por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado. 2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de disolución a la consecución de aquellos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, a favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido»*.

Según la Disposición Adicional quinta: *«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 citadas escrituras. En el caso de que la fundación haya sido constituida en testamento, la referida obligación será cumplimentada cuando el notario tuviere conocimiento del fallecimiento del testador»*. Quizá lo prudente sea que el notario autorizante del testamento y conocedor de la muerte del testador comunique al Protectorado

la existencia de una disposición testamentaria en la que, tácita o expresamente, se prevé la constitución de una fundación, con remisión de las cláusulas pertinentes, con lo que, si el Protectorado estima insuficiente la dotación, ya puede paralizar los posteriores trámites, esto es, constitución de la fundación que, ante el informe negativo no podrá llevarse a cabo. Naturalmente, puede suceder que el notario, al que se encarga la escritura fundacional, no sea el mismo que autorizó el testamento, en cuyo caso habrá que atenerse estrictamente a lo ordenado en la Ley.

La Ley de Fundaciones no prevé lo que hay que hacer en el caso de que el Protectorado considere que ni los bienes gravados ni el capital resultante de su capitalización son suficientes para la consecución de los fines benéficos pretendidos por el testador. En el caso de fundación testamentaria, el problema surge cuando el Protectorado, tras recibir la copia simple a que se refiere la transcrita Disposición Adicional, estime la insuficiencia de la dotación o con los bienes o con el resultado de su capitalización y así se lo comunique al notario. La consecuencia de este informe negativo del Protectorado es que la fundación testamentaria no podrá constituirse, ya que tal informe es preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones [art. 35.1.a)] por lo que, al no poder inscribirse la fundación, ésta no adquirirá personalidad jurídica (art. 4.1) ni existirá.

Del conjunto de las normas precedentemente transcritas, resulta, ante todo, que el fundador, esto es, el testador, podrá señalar el destino que haya de darse a los bienes gravados o al resultado de la capitalización, tanto si la fundación se extingue, como si lo llega a hacer como consecuencia del citado informe negativo del Protectorado. Si nada ha dispuesto el testador, parece lo más adecuado dar a tal dotación el destino que señala el artículo 33 de la Ley para el caso de liquidación. Es decir, entregarla a las fundaciones y entidades que tal artículo menciona.

Es absurdo, por otra parte, considerar, tras el informe negativo del Protectorado, que la fundación seguirá su proceso constitutivo para inmediatamente liquidarse. Es más lógico estimar que el destino de la dotación será el mismo que en el caso de liquidación por extinción al ser imposible la realización del fin fundacional [art. 31.c) de la Ley]. Tampoco parece aplicable el artículo 29.4 de la Ley, según el cual: *«cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirla para que se fusione con otra de análogos fines que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión, siempre que el fundador no lo hubiere prohibido»*, puesto que este artículo se refiere a una imposibilidad sobrevenida de una fundación ya existente, mientras que ahora se trata de una imposibilidad inicial que impide que la fundación se constituya. Aparte, claro, que no cabe la fusión de una fundación existente con otra no nacida, inexistente.

También podrá pensarse que, al ser imposible la constitución de la fundación como único medio de conseguir la perpetuidad, por insuficiencia de los bienes gravados, estos han de entregarse al heredero. Parece preferible conservar la voluntad benéfica del testador no en la forma específica y concreta que éste deseaba, sino asignando o entregando los bienes a aquellas fundaciones o entidades no lucrativas que persigan fines de interés general, a las que se refiere el artículo 33 de la Ley. El testador asignó bienes para un fin benéfico y bien podría considerarse que este fin es el que debe conservarse en cuanto fuere posible aunque sea en forma similar. Naturalmente, si el causante hubiera previsto el destino de los bienes en caso de imposibilidad de constitución de la fundación, este destino, como queda dicho, será preferente.

Por lo demás, el heredero conserva la facultad de optar o por la entrega de los bienes a la entidad que designe el testador o el Protectorado, o por la capitalización de la carga. La consecuencia es que, si opta por la entrega de los bienes, habrá de hacerlo a dicha entidad y si elige la capitalización, esa entrega del capital resultante a la referida entidad será la garantizada por la hipoteca prevista en el párrafo tercero del artículo 788 del Código Civil y esa misma entidad será, lógicamente, la acreedora hipotecaria.

RESUMEN

HIPOTECA. PERPETUIDAD

A la vista del artículo 788, párrafos tercero, cuarto y quinto, se trata de resolver dos cuestiones: La de la perpetuidad de la prestación y la de determinar a favor de quien se constituye la hipoteca a que se refiere el párrafo tercero de dicho artículo.

En cuanto a la primera, desechadas diversas soluciones (sustitución fideicomisaria, obligación propter rem, carga real, figuras censales...), la solución propuesta es la constitución de una fundación que asumirá la concesión de dotes (sic), becas, etc. La fundación exige tres requisitos: Soporte económico, que son los bienes inmuebles gravados con la carga; fin altruista o benéfico, que son las dotes, becas, etc.; y una organización, a la que se refiere el artículo 788 con la palabra «orden», antes encomen-

ABSTRACT

MORTGAGE IN PERPETUITY

In the light of article 788, paragraphs three, four and five, the point is to settle two questions: That of the perpetuity of the thing given and that of determining in whose favour the mortgage at issue in paragraph three of said article is made.

As for the first question, after discarding a number of solutions (trust substitution, obligation propter rem, real burden, censo-type encumbrances...), the solution proposed is the creation of a foundation to take charge of granting dowries (sic), scholarships, etc. There are three requirements a foundation must meet: Economic support, which is the immovable property encumbered with the charge; an altruistic or beneficent purpose, which is the dowries, scholarships, etc.; and an organisation, to which arti-

dada a la Autoridad Administrativa que corresponda y actualmente al Protectorado en la nueva Ley de Fundaciones.

La Jurisprudencia cuenta con la STS de 12 de diciembre de 1963. La Legislación reconoce personalidad a la fundación a la que se puede dotar de dos maneras: o entregándole los bienes inmuebles gravados o el resultado de la capitalización de la carga, posibilidad ésta que permite el artículo 788 del Código Civil.

La constitución de la hipoteca no puede hacerse a favor de las doncellas, estudiantes, etc., porque se opone el principio de especialidad que requiere nombres y apellidos de los titulares de la hipoteca (art. 51 RH), que tampoco es de renta, dada la necesidad de fijar su duración (art. 248 RH). La solución está en constituirla a favor de la fundación, en el caso de que el heredero capitalice la carga; es decir, la hipoteca garantizará que el capital resultante sea entregado como dotación.

Se dan normas en cuanto a la escritura correspondiente.

cle 788 refers with the word «order», which used to be entrusted to the applicable administrative authority and is currently entrusted to the Protectorate in the new Foundations Act.

Jurisprudence includes the Supreme Court Sentence of 12 December 1963. Legislation recognises the personality of the foundation, which can be endowed in two ways: by the delivery of the encumbered immovable property, or with the result of the securitisation of the charge, this latter possibility being permitted by article 788 of the Civil Code.

The mortgage cannot be made in favour of the unmarried women, students, etc., because that would contradict the principle of speciality, which requires the full names of the holders of a mortgage to be given (Mortgage Regulation, art. 51), and it is not a mortgage to secure an income either, because of the need to fix its duration (Mortgage Regulation, art. 248). The solution lies in making the mortgage in favour of the foundation in the event that the heir securitises the charge; i.e., the mortgage will guarantee that the resulting capital is handed out as an endowment.

Rules are given as to the proper deed.

(Trabajo recibido el 14-02-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)