

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1966

Año XXXVI

Noviembre-Diciembre 1960

Núms. 390-391

El pensamiento de Ramón María Roca Sastre sobre la reforma del Reglamento Hipotecario

Si puede afirmarse que Roca Sastre es el gran teórico y publicista que todos conocemos, no es jamás el iluso teorizante de espaldas a las exigencias vivas de la realidad.

Estas palabras, no nuestras, sino del ilustre Núñez Lagos en el discurso de contestación al que Roca pronunciara cuando fué recibido como académico de la Real de Jurisprudencia, justifican el enorme interés que produce cuanto de la pluma de Ramón María Roca Sastre sale.

Para nosotros, doblemente. Quien haya seguido, total o parcialmente, nuestra labor de *presentación* (mejor que de enjuiciamiento y crítica) de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, habrá comprobado las incontables veces que nos hemos valido de los textos de Roca Sastre en las glosas o apostillas a aquéllas. Y siempre con ese respeto y admiración que sentimos por el que conceptuamos como maestro en toda suerte de disciplinas jurídicas, pues cortos nos quedaríamos si tan sólo al Derecho Hipotecario nos refiriésemos.

Y aunque pocos serán ya—cuando aparezca este pequeño trabajo—los que desconozcan el *Opúsculo* del insigne Roca, al haberlo conectado—con toda oportunidad y razón—a la última edición de su monumental *Derecho Hipotecario*, hemos creído podría ser de utilidad ofrecer la recensión o extracto de su pensamiento con alguna aclaración o nota que al correr de la pluma pueda surgirnos.

I

Empecemos por el Derecho de Superficie, al que (tras una previa y sustanciosa síntesis histórica) Roca augura poco éxito, tanto si el concedente es un ente público como si es un particular. Sin embargo, expresa que es altamente loable este esfuerzo del Reglamento Hipotecario por cuanto constituye un alarde de anticipación a una futura normación legislativa civil.

Sus características—escribe—según el Reglamento son:

A) Ser un *Derecho real*, pues se admite su acceso al Registro por vía de inscripción, con tecnicismo distinto al derecho de opción.

B) Se le concibe como «derecho de construir» en terreno inmueble ajeno, cuando lo verdaderamente esencial y característico en el mismo es el derecho a *tener* o *mantener* en terreno o inmueble de otro una edificación en *propiedad*.

C) Así este Derecho de Superficie existe como propiedad separada horizontalmente de la del suelo. Pero ¿cómo se llega a ella? Para Roca el único medio admitido por el Reglamento, siguiendo la Ley del Suelo, es atribuyendo al superficiario el *derecho de construir* la edificación, pero no—como en algunas legislaciones extranjeras—mediante *enajenar* al superficiario la edificación preexistente (1).

(1) ¿Y por el principio de la autonomía de la voluntad—art. 1.255 del Código Civil—no cabría tal procedimiento? Se basa Roca en el silencio que al respecto guarda el Reglamento, siguiendo la Ley del Suelo. Así es, en efecto. Pero como tampoco prohíbe otro medio y la Ley del Suelo tiene un carácter de derecho público y parece—como dijimos en otra ocasión, nota 2 a la Resolución de 2 de marzo de 1956, pág. 849 de esta Revista, igual año—no ser fácil de aplicar sus reglas en los casos de intereses privados, sobre la motivación pudiera cuestionarse. Para nosotros, Registradores, sin embargo, la autorizada opinión de Roca debe prevalecer.

D) El Reglamento, a diferencia de la Ley del Suelo, permite que en virtud del Derecho de Superficie el superficiario puede construir edificaciones *sobre el suelo, bajo el suelo y sobre una edificación ya existente*.

Como apunta Roca pueden plantearse algunos problemas cuando el edificio sobre el que se ha de asentar el derecho superficiario de sobreelevación no sea del *dóminus soli*, sino que se halle en propiedad superficiaria o en régimen de propiedad por pisos o locales. Debe entenderse que la concesión deberán hacerla conjuntamente el *dóminus soli* y el superficiario o los dueños de pisos o locales conjuntamente.

E) Para poder ser inscrito el Derecho de Superficie es preciso que su duración no exceda de cincuenta años, conforme establece el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, el cual agrega que «transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del *dueño del suelo, salvo pacto en contrario*».

La subrayada frase no es fácil entender a juicio de Roca. Para él es una defectuosa abreviación del artículo 161 de la Ley del Suelo, cuando después de decir que el Derecho de Superficie se extinguirá por el plazo fijado al constituirlo, añade que, extinguido el mismo, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, *en defecto de pacto*, deberá satisfacer al superficiario una *indemnización* equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la *transmisión* (2).

F) El derecho de superficie es *transmisible* y puede ser *gravado*. Pero aparte las limitaciones que se hayan fijado al concederlo y que, como precisa Roca, su acceso al Registro sólo sería posible en la medida permitida por los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, las emanadas de la propia Ley del Suelo habrá que respetar; así, por ejemplo, las de los derechos de tanteo y retracto que a uno y otro dueño—el *dominus soli*, y el superficiario—, en caso de enajenación, a título oneroso les concede dicha ley; y el de no poder enajenar el superficiario su derecho sin autorización

(2) En una palabra—podría decirse—, que tal pacto no puede referirse al *tiempo* (sin perjuicio, como aclara el mismo Roca, que transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie los interesados puedan convenir lo que quieran), sino a la *indemnización* que el *dominus soli* (o el superficiario o los dueños de pisos o locales, según los supuestos del apartado d) anterior), han de satisfacer al superficiario en el momento de la transmisión.

del propietario del suelo, en tanto no hubiese edificado en la mitad por lo menos, de lo convenido (artículo 159 L. S.), lo cual encuentra Roca difícilmente adaptable a las disposiciones por causa de muerte, y es—una de las tantas razones—por la que hemos ratificado en la nota 1 lo que ya dijimos de las dificultades de adaptar los preceptos de esta ley a los intereses privados.

El salvo «pacto en contrario», con que finaliza el artículo 159 L. S.—señala Roca—, es uno de los relativos a los actos de disposición del Derecho de Superficie a los que debe referirse el artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

Y como es natural—observa—, los actos dispositivos del Derecho de Superficie entrañan disposición sincrónica de la propiedad superficiaria sobre las edificaciones existentes, aunque ni aquella ley ni el Reglamento lo expresasen.

G) ¿Es constitutiva la inscripción para el nacimiento de este Derecho de Superficie? Con cierto esfuerzo puede admitirse, según Roca.

Respecto a la forma de constatarse para su acceso al Registro, encuentra preferible Roca la fórmula del Reglamento Hipotecario, que en su artículo 16 habla de *títulos públicos*, que la de la Ley del Suelo, que impone la «escritura pública». Con aquel concepto—dice—se comprende el testamento, con los complementos que sean precisos.

Puntualizando, finalmente, que no podrá inmatricularse la edificación objeto del derecho de superficie separadamente de la propiedad del suelo (3).

En cuanto al Derecho de Superficie de índole vegetal—según gráficamente escribe Roca—, es admitido por el Reglamento Hi-

(3) Es de observar—escribe en otra parte de su *Opúsculo* Roca—que la denominada Ley del Suelo prevé, respecto del derecho de superficie que regula la suerte de los derechos reales que lo gravan cuando el mismo se extinga por caducidad o se consolide con la propiedad del suelo. Véase su art. 161, por el que la extinción del Derecho de Superficie, por decurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero con derecho de subrogación en la indemnización, etc. Lo que no prevé es si en caso de caducidad del repetido Derecho los derechos reales afectantes al terreno se extienden a la edificación. Según el Código italiano se extienden, salvo en las hipotecas. ¿Sería de aplicar en cuanto a éstas por analogía—preguntamos—la regla 1.ª del art. 110 de la Ley Hipotecaria? ¿Pero cómo: como elevación o nueva construcción? Pues de uno u otro criterio dependería su extensión o no. Nos inclinamos en todo caso: superficie sobre suelo o sobre construcción, por la negativa.

potecario en su artículo 30, por más que lo califique de *Derecho real de vuelo*.

Por la semejanza con el Derecho de Superficie vamos a tratar seguidamente de lo que escribe Roca sobre los de *mayor elevación de edificios o de edificación en su subsuelo*, conforme al apartado 2.º del artículo 16 del Reglamento.

Su creación puede ser por vía de *reserva* o de *transmisión*. Y como habla el Reglamento, en cuanto al primer supuesto, del «caso de enajenación de todo o parte de la finca», en este concepto de *parte* incluye Roca la enajenación de una *participación indivisa* de la finca edificada y la enajenación primera de un *piso* (en régimen de propiedad por pisos o locales).

Esta enajenación de una participación indivisa no impediría que después de efectuada el titular de la cuota indivisa restante la enajenara con reserva del usufructo sobre esta cuota, pero esto —aclara—no es admisible tratándose de la reserva de dichos derechos, porque las participaciones indivisas no son localizables (4).

En cuanto a la creación de estos derechos por *transmisión*, se pregunta Roca a quién corresponderá otorgarla cuando se trate de una casa por pisos o locales; y tras exponer los sistemas al respecto, opta, como más racional, por el que la transmisión la realice el *conjunto de propietarios* de pisos y locales que integran la titularidad de la finca edificada.

La inscripción de los derechos que se examinan tendrá lugar, «conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la ley y sus concordantes», dice el Reglamento, y en su consecuencia, expresa Roca, sea cualquiera la situación de la finca: por pisos o locales, exclusiva de una persona o en indivisión de varias, tales derechos se harán constar en la inscripción de la finca matriz, sin que puedan inscribirse como fincas registrales independientes de

(4) Entendiendo que este enajenante a que alude Roca era el mismo que antes lo había hecho con *deductio* para sí de tales derechos—los de sobreelevación o edificación en subsuelo—, lo de la localización indivisa a que Roca se refiere creemos que de forma alguna puede cuestionarse, toda vez que lo que se reserva dicho enajenante es en primera fase un *total derecho*, y en segunda una *total propiedad separada* (seguimos su exacta terminología; véase la pág. 28 de *Opúsculo*) del indiviso cuya mitad con aquella reserva de derechos enajenó. ¿Pero cabe esta interpretación tan amplia de incluir en caso de enajenación de *parte* la participación proindivisa? ¿Pensarían en ello los autores de la reforma?

aquella, en tanto su construcción no esté *concluida*, o al menos *comenzada*.

Estudia seguidamente lo que dice el Reglamento respecto a la constancia en la inscripción de «las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación»; fórmula que juzga preferible a la que emplea el número 3.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, pues a la vez de servir de coeficiente a los gastos comunes en cuanto a los elementos que se determinan que también lo sean, «no impedirá el poder señalar otros coeficientes para los gastos originados por cosas comunes destinadas a servir en medida distinta, como, por ejemplo, los de escalera y, en su caso, de ascensor respecto del subsuelo» (5).

Las cuotas—dice muy bien—no precisa sean específicamente determinadas al tiempo de efectuarse la reserva o transmisión de los derechos que se analizan, sino que bastará establecer las normas para su determinación. Dichas cuotas serán *potenciales* hasta que las edificaciones *existan*, en cuyo momento se devengarán los gastos. Si los derechos de elevación o de subsuelo surgen en propiedad por pisos o locales, la determinación de las cuotas o porcentajes implicará la necesidad de reducir (6) proporcionalmente los antes determinados para cada piso o local.

Y estima Roca—después de una breve alusión a la disposición reglamentaria de las *normas de comunidad*, que de tan natural, dice, hace pensar que se referirá más bien a las modificaciones que por consecuencia de dichos derechos en los reglamentos se introduzcan—, que aunque lo silencie el artículo 16 que comenta, deberán consignarse en la inscripción «las prevenciones o pactos de trascendencia real relativos a dichos derechos de mayor elevación o edificación en subsuelo, tales como, en su caso, determinen la altura, capacidad, medidas, obras de adaptación o consolidación en el edificio, plazo y caducidad para realizar las construcciones, etc. (7).

(5) De toda equidad es esta interpretación de Roca, pero acaso excesiva y que habrá que esperar a verla reflejada en la Ley especial.

(6) ¿No sería más exacto decir *variar*, pues la introducción de nuevos elementos antes no existentes, incluso ascensores, lejos de reducir podría aumentarlos a los demás condueños sus porcentajes?

(7) Véase nota 4 de nuestra recensión de *Los comentarios de Ramón de La Rica*, en pág. 620, año 1959 de esta Revista. Parece que en vista de la con-

II

En orden a la inscripción de adquisiciones a título oneroso de bienes inmuebles (dominio de fincas o derechos reales sobre los mismos), a favor de alguno de los cónyuges sujetos al régimen de comunidad de gananciales, manifiesta Roca que el Reglamento ha aumentado *acertadamente* las reglas aplicables, que ha extendido a cualquiera de los dos esposos (según el mismo había sostenido anteriormente). Reglas hoy referidas no sólo a aquellas adquisiciones, sino a la «inscripción de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales», palabras éstas menos expresivas y exactas que las anteriormente empleadas—escribe—, pues la regla 3.^a del artículo 95 regula la inscripción de bienes privativos, o sea, que no son gananciales ni presuntivamente gananciales.

Respecto a los bienes «presuntivamente gananciales», manifiesta Roca que el Reglamento *naturalmente* a los solos efectos *registrales*, ha querido formar un *tertium genus*, sometiéndolos a un sistema *dispositivo especial*.

Lo demuestra—agrega—el hecho de que el consentimiento complementador—proposición 2.^a, artículo 96, en relación igual regla del 95—, tanto puede ser del marido como de la esposa, según los casos, mientras que en los bienes gananciales el artículo 1.413 del Código Civil sólo prevé el consentimiento de la esposa y no el del marido, aparte de que éste, al disponer de bienes gananciales, se produce como órgano gestor de la comunidad ganancial. Además el mismo artículo 96 no prevé la posibilidad de suplir la falta de consentimiento del otro cónyuge mediante autorización judicial, ni siquiera cuando este consentimiento haya de provenir de la esposa, cosa que el artículo 1.413 del Código Civil permite. Este régimen diferencial lo encuentra Roca acertado en el campo registral, por ser consecuencia ineludible de la lógica pos-

corde opinión de ambos grandes hipotecaristas—La Rica y Roca—, nuestras dudas deben disiparse en cuanto a que estos datos físicos en las construcciones están amparados por los principios de—¿fe pública o legitimación?—registral. Observemos, sin embargo, cómo los autores de la reforma han cuidado de decir que conste en la inscripción el *precio*, el *plazo* y *garantías* que aseguren el cumplimiento de pactos, pero no como de trascendencia real, aunque sí existirán como genéricas del art. 9.^o de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento, esas otras circunstancias de altura, medida y demás físicas.

tura del artículo 95 del Reglamento Hipotecario al preceptuar que la inscripción de adquisición de tales bienes no prejuzga de momento el carácter privativo o ganancial de ellos (8).

Analiza con su profunda maestría la naturaleza del *consentimiento* de la esposa cuando de disposición de bienes *absolutamente gananciales* se trata y entendiendo que no es *codisposición* ni *asentimiento*, ni tampoco una licencia *uxoria* de juego análogo a la licencia marital, si bien referida a los mencionados actos de disposición, estima que tal consentimiento tiene la naturaleza de un consentimiento de *control*, a fin de evitar que el marido abuse de sus facultades dispositivas en materia de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. Tal es, a su juicio, la *ratio* del artículo 1.413 del Código Civil.

Ahora bien: cree que a esta construcción debe en rigor aplicársele lo referente a la *codisposición*, y una consecuencia sería que la actuación conjunta de marido y mujer debiera ser personal, sin que fuera posible, por ejemplo, que la esposa consienta la disposición mediante otorgar poder a favor de su marido para cuantos actos dispositivos onerosos éste quiera otorgar, salvo que sea un poder concedido para cada caso concreto de disposición (9).

(8) Como complemento—y para otros supuestos, además—, nos remitimos a lo escrito por Cámara, que sumariamente expusimos en la nota 11 a *Los comentarios de Ramón de La Rica*, pág. 629, año 1959 de esta Revista.

(9) Respecto a este problema nosotros ya apuntamos—pág. 294, año 1959 de esta Revista—que habría que examinar cuidadosamente el Poder general para inquirir hasta qué punto estaba imbuído el consentimiento de la mujer para el acto en que se le utilizase.

Juan Vallet de Goytisolo dice «que la posibilidad de que la mujer otorgue al marido consentimiento, poder o mandato general para disponer de inmuebles o establecimientos mercantiles, le parece evidente por las siguientes razones: 1.^a Dicho consentimiento no puede considerarse equivalente a una renuncia de la ley, desde el momento que la mujer podrá revocarlo en cualquier momento (*ergo, si puede revocarlo no ha renunciado a ley alguna*). 2.^a Si el marido puede otorgar a la mujer poder y licencia generales no se ve razón decisiva para que inversamente la mujer no pueda otorgárselos a su marido 3.^a Porque, si cuando el marido autoriza de modo general a la mujer para ejercer el comercio, ella queda facultada, conforme al artículo 10 del Código de Comercio, para enajenar o hipotecar los bienes gananciales, no parece admisible que el marido comerciante tenga sus facultades más limitadas. 4.^a La mujer ha podido siempre otorgar poder general al marido para disponer de sus parafernales (jamás norma alguna lo ha prohibido), por tanto, si cabe que le confiera esta facultad respecto de los bienes privativos de ella no parece posible entender que el criterio haya de ser más restrictivo con respecto a los bienes comunes. 5.^a La Ley de 24 de abril de 1958, ha tendido a derogar la situación de inferioridad de la mujer, es decir, el prejuicio de la *inveclitas sexorum*, por tanto, la disposición del art. 1.413, 1.^o, más que una medida de protección a una pretendida inferioridad representa el reconocimiento de la capacidad de la mujer para

De haberse empleado en el nuevo artículo 1.413 del Código —arguye con acierto— los conceptos de «licencia o poder» en lugar del de «consentimiento», se habría dulcificado bastante el cambio que significa el abandono del anterior criterio de plena concentración de facultades dispositivas a título oneroso en el marido. Pero al no hacerse así, pone la reforma al descubierto un flanco débil del régimen de comunidad de gananciales, que actualmente algunas legislaciones extranjeras procuran superar.

Por su conexión con lo anteriormente expuesto traemos seguidamente el parecer de Roca sobre el agregado final de la reforma del artículo 178 del Reglamento «de que bastará el consentimiento del marido para la cancelación, *por pago* de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales»; lo que estima un acierto, si bien advirtiendo—como es lógico—que el precepto carecerá de aplicación cuando el marido preste el simple consentimiento escueto a la cancelación que permite el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, o sea, sin expresión de la causa material de la cancelación. ¿Pero tiene aplicación el añadido copiado a las hipotecas inscritas *después* de la entrada en vigor de la reforma, toda vez que hay que inscribirlas a nombre de ambos esposos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la comunidad ganancial, por lo que nunca se dará normalmente en las mismas el supuesto que contempla el artículo 178 comentado de figurar inscritas tan sólo a nombre del marido, cosa posible antes?

decidir con el marido los asuntos más importantes del matrimonio, reconocimiento de capacidad reñido con entender que la mujer no puede disponer en términos generales su consentimiento (que siempre podría derogar por su parte). 6.^a Por que si la mujer, junto con el marido, puede otorgar a un tercero poder general para disponer de todos sus bienes, incluso los gananciales, sería paradójico que no pudiera otorgarlo a favor de su marido, de modo tal que el Derecho le permitiera confiar en quien ella quisiera apoderar, excepto en su propio marido. 7.^a Prácticamente, la mujer que estuviera casada con persona dedicada individualmente a empresa inmobiliaria, tendría que estar siempre presente bajo pena de perjudicar el negocio, que es la base del sustento de la familia y del que derivan sus gananciales. 8.^a Finalmente, todo el problema se reduciría a cuestión de palabras, de modo que en lugar de otorgar un consentimiento general en breves palabras, habría de detallarlo específicamente previendo todos los supuestos concretos que hipotéticamente pudieran suponerse posibles, o bien, si se exigiera que el consentimiento se prestara *in actu*, cada vez, se impondría una carga pesadísima a la mujer y se colapsaría la actividad del marido, siempre que ella, por enfermedad, ausencia o cualquier otra causa, no pudiera asistirle (*La mujer y los bienes gananciales después de la reforma del artículo 1.413 del Código Civil*, «Revista Internacional del Notariado», 2.^o y 3.^o trimestres, 1959).

Si se estima—escribe Roca—que dicho artículo 178 del Reglamento es aplicable no sólo a las hipotecas en garantía de créditos estrictamente gananciales, sino también a las en garantía de créditos cuyo carácter sea dudoso (y que según el artículo 93 del propio Reglamento deberían denominarse «presuntivamente gananciales»), aunque el mismo precepto no hable de ellas, entonces la aplicabilidad del repetido artículo será posible incluso en hipotecas constituidas con posterioridad. Así lo entiende la resolución de 2 de noviembre de 1959 respecto a una cancelación de esta índole (10).

¿Quid por lo que respecta a las alteraciones o injertos efectuados en el artículo 144 del Reglamento?

Principia Roca por encontrar forzada la idea de los reformadores de que lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil en cuanto a las enajenaciones voluntarias de inmuebles gananciales sea igualmente aplicable a las *forzosas* por causa de las anotaciones de embargo.

Si el artículo 144 del Reglamento—escribe—hubiera dicho que en el acto de enajenación forzosa, previsto, por ejemplo, en el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, había de requerirse para el otorgamiento de la escritura de venta a ambos cónyuges, y de no comparecer ninguno o uno de ellos la otorgaría de oficio el Juez de la ejecución en lugar del que no concurriese, aquella adaptación o extensión podría tolerarse. Pero aplicar pura y simplemente a la enajenación forzosa lo dispuesto en dicho artículo 1.413 del Código Civil no es admisible, por la razón de que este precepto indudablemente se refiere a las *enajenaciones voluntarias* que quiera otorgar el marido, de suerte que si su esposa no consiente esta enajenación, el Juez resolverá lo que proceda. Pero en las enajenaciones por *ejecución forzosa*, ¿cómo podrá cumplirse lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil? ¿Es que si no comparece a otorgar la venta la esposa deberá tener de acudir al Juez, que incluso podrá ser distinto del de la ejecución, para que previa información sumaria autorice la venta al marido?

(10) De este mismo parecer somos nosotros, como puede verse en la glosa a dicha Resolución, pág. 104 y siguientes de esta Revista, año 1959, si bien no de una manera tan tajante como la que expone el maestro Roca, cuya autoridad creemos influirá para evitar recursos en la materia y aun en la ratificación si surgiesen del criterio iniciado por nuestro ilustre Centro directivo.

¿Pero es que el marido tendrá interés en acudir al Juez, y si acude podrá el Juez negar la autorización?

Para Roca, por tanto, sólo en su *espíritu* puede aplicarse a las enajenaciones forzosas lo que dispone el Código Civil; o sea, han de efectuar la venta ambos esposos, pero por el que no se presente o por los dos si no se presenta ninguno la otorgará el Juez en su lugar o representación.

Son supuestos distintos—en suma—, y por ello al tratar de equiparar una y otra enajenación, voluntaria y forzosa, no ha estado acertado el Reglamento en el sentir de Roca (11).

Respecto a la necesidad de dirigir la demanda ejecutiva contra ambos esposos para que pueda anotarse el embargo, no la estima tan irregular, si bien encuentra falta de precisión acerca del papel que puedan representar la esposa en el proceso ejecutivo. Si este papel—dice Roca—es el de poder oponerse ella a la ejecución o pedir la nulidad del proceso, valía la pena de expresarlo en dicho precepto reglamentario. Si la intervención de la esposa ha de quedar reducida a poder demostrar que la deuda fué contraída por el marido para defraudarla, pero sin pretender obstaculizar el curso del procedimiento, sino a los solos efectos de su constancia para hacerlo valer al tiempo de liquidarse la comunidad ganancial, también era conveniente que dicho precepto lo puntualizara (12).

(11) Después de leída la autorizadísima opinión de Roca, no nos queda sino ratificarnos en nuestra postura de que sólo al Juez o Instructor del expediente administrativo, debía afectar el cumplimiento del art. 1.413 del Código Civil al vender los inmuebles gananciales embargados, según expusimos en la pág. 632 de esta Revista, año 1959—*Los comentarios de Ramón de La Rica*—, pues, aunque el *espíritu* de lo que dispone dicho art. 1.413, según hemos visto, dice Roca, pueda aplicarse a uno y otro supuesto: enajenaciones voluntarias o forzosas, es al Juez o Instructor del expediente administrativo (asesorado éste por el Abogado del Estado, art. 26 del Reglamento Hipotecario), insistimos, al que corresponde velar por la recta aplicación de aquel precepto, sin que estimeamos siquiera de necesidad que el art. 144 del Reglamento Hipotecario haya de hacer referencia alguna—como apunta Roca—al art. 1.514 de la Ley Procesal Civil, pues ya cuidarán aquéllos, por ser de su obligada incumbencia, interpretarlo.

Los casos de simulación de deudas y la práctica de los llamados juicios o expedientes «convenidos», que aduce Ramón de La Rica, no bastan a justificar la innovación o añadido efectuado en el art. 144 del Reglamento, no ya por las poderosas razones que esgrime Roca Sastre, sino porque esas «simulaciones» y demás artificios o maquinaciones que apunta La Rica, no son exclusivos para estos casos, sino generales en la vida de todo negocio jurídico, para lo que el legislador arbitró remedios adecuados.

(12) La necesidad de demandar a ambos esposos para que se pueda anotar el embargo de inmuebles gananciales, no lo encuentra Roca irregular; sólo le

III

Y pasamos a ocuparnos de uno de los puntos más necesarios de reforma, pero también más fuertemente criticados en ella por el ilustre Roca. Nos referimos al añadido hecho al artículo 199 reglamentario, que justifica el preámbulo del Decreto de reforma, no tanto para impedir que la caducidad de los asientos de que habla (anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial) se convirtiera en arma inadmisibles de litigantes de mala fe, sino para salvar la falta de concordancia de los artículos 83 y 86 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto al primer extremo expresa Roca que la manera empleada para lograr el resultado propuesto no puede considerarse satisfactoria, pues lo que ha hecho en el fondo dicho artículo 199 del Reglamento Hipotecario ha sido eliminar prácticamente la *caducidad* de los asientos de anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial, cuando era más acertado no abandonar el juego de caducidad y permitir tan sólo prórrogas sucesivas, gracias a lo cual el estropicio frente a la Ley Hipotecaria hubiera sido menor.

Se basa para aquélla su afirmación «de haber sido eliminada prácticamente la caducidad de esta suerte de anotaciones», en que si el pensamiento de los redactores del precepto fué que una vez recaída la resolución definitiva, firme en el procedimiento correspondiente, en este preciso momento de quedar firme esta resolución caducaba la anotación por haber llegado entonces el *dies incertus* de carácter extintivo resolutorio, la fórmula arbitrada es absurda, al menos cuando la demanda anotada preventivamente prospere, pues ello no sólo estaría en plena contradicción con

achaca falta de precisión del papel que pueda representar la esposa en el proceso ejecutivo.

¿Pero hubiera sido propio del Reglamento Hipotecario—nos atrevemos a preguntar—fijar o precisar ese papel de la esposa demandada, al implicar quizá una alteración en el procedimiento?

Acaso todo esto se debió abordar en la reforma del Código y Ley de Enjuiciamiento civiles, en particular contemplando el postrer supuesto de defraudación a que se refiere Roca, y habida cuenta la sentencia de 12 de diciembre de 1929, autorizar de plano la anotación preventiva para la constatación del fraude, que parece ser de admisión según el profesor Batlle (nos remitimos para más detalles, a la que dijimos en la pág. 293, año 1959, de esta Revista).

lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento, que impone que la cancelación de la anotación en este supuesto se haga en el asiento que se practique en virtud de la resolución firme recaída, sino que además dejaría desamparado al ganador del pleito, ya que como una vez firme la sentencia favorable, caducaría automáticamente la anotación de su demanda, el demandado, titular registral inscrito, podría burlar la efectividad de la sentencia con enajenaciones a favor de terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, de suerte que en el momento culminante cesaría la protección que las anotaciones de demanda brindan a los demandantes, dejando éstas de cubrir el espacio de tiempo que corre entre la firmeza de la sentencia favorable recaída y la presentación de la ejecutoria correspondiente en el Registro de la Propiedad.

Pero como esto—agrega—, por disparatado es inadmisible, lo procedente es estimar que lo que quiso decir dicho artículo 199 del Reglamento fué que las anotaciones preventivas judiciales no caducarian nunca, sin perjuicio de que fuesen canceladas en los casos previstos en los artículos 198 y 206 del propio Reglamento Hipotecario.

Esta crítica se habría evitado, según escribe Roca más adelante, si en el precepto reformado se hubiera adoptado la fórmula (preconizada de antiguo por el propio Roca) de permitir en estas anotaciones prórrogas sucesivas cuatrienales, pues como la prórroga debía ser decretada por el Juez del procedimiento, éste no la concedería si ya estuviese concluso por haber dictado resolución firme y ejecutoria (13).

(13) Cabe que *caduque* la prórroga de anotación (2.^a o 3.^a, que se hubiere concedido) sin haber terminado el litigio, y entonces estaríamos ante el absurdo que denuncia Roca por la llegada del *dies incertus* resolutorio de la modificación reglamentaria.

Sin duda la reforma no ha sido perfecta. Y sorprende que siendo de la Comisión La Rica, haya olvidado lo que él mismo escribió en 1952, que debía intercalarse en el art. 86 de la Ley Hipotecaria un añadido que dijera: «Las anotaciones preventivas judiciales podrán ser objeto de nuevas prórrogas por periodos de cuatro años, siempre que, etc.» (véase pág. 902 de dicho año, en «Revista de Derecho Privado»).

Este sistema de sucesivas prórrogas tiene, no obstante, un peligro muy fácil de caer en él, dada nuestra idiosincrasia: el descuido, olvido o negligencia de solicitarlas y hasta de hacerlas llegar tarde al Registro ya obtenidas. Lo que sin duda se evita con el actual sistema de que la caducidad no sobrevendría hasta la terminación definitiva del proceso.

Pero ha faltado algo o un mucho, mejor—, a la reforma. Ante todo, haber

Cuando se refiere a las palabras del preámbulo del Decreto de reforma expresivas de que con la efectuada en el artículo 199 que nos ocupa, «se salva la falta de concordancia de los artículos 83 y 86 de la Ley Hipotecaria», escribe Roca que no ve que exista tal discordancia entre dichos preceptos, pues ambos contemplan supuestos diferentes.

El artículo 83 que complementa su precedente, el 82, se refiere a la extinción de los asientos por vía de cancelación, o sea, de unos asientos vivos o vigentes, que surten sus efectos propios mientras no se cancelen, de manera que una vez cancelados se presume extinguido el derecho que los mismos publicaban, conforme expresa el artículo 97 de la ley; en cambio el artículo 86 establece la extinción por caducidad de las anotaciones preventivas consideradas exclusivamente como asientos, independientemente de las relaciones jurídicas o materiales que publican, y como simple consecuencia se preocupa de hacer constar en el Registro ésta caducidad, constancia que ni él mismo, ni concretamente el número 13 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario

añadido que terminado definitivamente el procedimiento no caducaría la anotación o su prórroga, hasta pasado un pequeño periodo de tiempo, que al efecto se fijase, y esto no tanto como una advertencia al ganador del peligro que para él representa la caducidad como para darle tiempo al mismo de obtener la ejecutoria, y con ella, al inscribirla, cumplimentar lo que dice el art. 198, 1.º, del Reglamento Hipotecario, salvando de esta suerte lo que señala Roca, en cuanto a su actual contradicción con la innovación en el 199 efectuada.

Y en segundo lugar, haber agregado también que terminado el procedimiento y el plazo prudencial posterior de que se acaba de hacer mención, si los interesados no hubiesen hecho constar la caducidad en el Registro, pasados... (¿quince años, por ejemplo?), de haber sido tomada en el mismo la anotación se entenderá *solicitada la extensión de su caducidad* en los supuestos del artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

Esto no quiere decir que se le diera tal tiempo de vigencia a la anotación. Para nosotros la interpretación que hay que dar al Reglamento es la que—con todo lo disparatado que apunta Roca—resulta de su letra: o sea, recaída la resolución definitiva firme *caduca* la anotación y su prórroga; pero para extender su *acta de defunción*, en fraseología del propio Roca, bastará la simple Certificación del Secretario o Relator de que concluyó el litigio.

Sin duda, como con su gran agudeza señala Roca, prácticamente hemos vuelto a las prórrogas indefinidas.

Pero la interpretación literal, sin paliativos, del precepto innovado hará que uno y otro contendiente, por lo que les afecta, desplieguen la debida diligencia para que se refleje en el Registro el resultado del pleito: inscribiendo rápidamente la ejecutoria, el anotante, si gana, al par que cancela la anotación, conforme el art. 198 del Reglamento; solicitando la caducidad el titular registral sobre cuya finca se tomó anotación, si resulta absuelto, para limpiarla de la carga, evitando una prórroga indefinida de aquella que, aunque sólo aparente, puede serle, en el tráfico del inmueble, funesta).

califican de cancelación de unos asientos ya extinguidos. En una palabra, según dicho artículo 83 de la ley la cancelación es la *muerte misma del asiento*, mientras que según el artículo 86 de la misma, la cancelación no es más que la *certificación de una muerte ya acaecida*. Son, pues, dos artículos que no pueden contradecirse, porque operan en dos campos distintos, y así lo confirma el artículo 207 del Reglamento Hipotecario en la última reforma (14).

Y por su relación con la *indefinida* duración de anotación im-puesta prácticamente por el artículo 199 modificado, en el parecer de Roca, traemos aquí el caso de la realmente querida y acordada por la reforma en el artículo 209 del Reglamento a la del derecho hereditario, «cuando se haya solicitado expresamente por los interesados». Dice Roca en cuanto a esta innovación que, aun cuando no se puntualiza la forma y tiempo de tal solicitud, a su juicio podrá hacerse por instancia privada dirigida al Registrador, ya sea al tiempo de pedirse la anotación preventiva del derecho hereditario, ya sea después de extendida ésta, si no ha caducado.

Entiende que la modificación reglamentaria puede tener gran trascendencia práctica y cree será preferible a lo que hoy día se hace al inscribir en los Inventarios de herencia el extraño pacto de que todas y cada una de las fincas hereditarias se las adjudiquen los herederos a proporción de sus respectivas cuotas, según antes explica (15).

(14) Esta interpretación del insigne Roca acaba de ser indirectamente corroborada por la magnífica Sentencia de nuestro más Alto Tribunal, de la que fué ponente el ilustre Magistrado don Antonio de Vicente Tutor, fecha 28 de enero de 1960, la cual dice en uno de sus Considerandos: «No existe contradicción alguna entre los arts. 83 y 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que el primero regula una cancelación procesal de las anotaciones preventivas, en tanto que el 86 establece un *plazo de caducidad* y, por ende, la cancelación de derecho para todas las anotaciones, cualquiera que sea su origen, a los cuatro años de su fecha, y buena prueba de ello es que exige la prórroga para evitar la caducidad en las decretadas por autoridad, y que el 174 del Reglamento, al regular la cancelación de las anotaciones tomadas en virtud de mandamiento judicial y exigir para ello resolución del mismo grado, exceptúa expresamente el caso de caducidad por ministerio de la ley» («Revista de Derecho Privado», número de mayo de 1960).

(15) No olvidemos que el *Opúsculo*, cuya recensión intentamos no es sino un aditamento de su Derecho Hipotecario, al que hay que acudir para mejor conocimiento de lo que extractamos con frecuencia, y en este particular a la página 557, tomo II, edic. 5.ª.

Recientemente, un querido y admirado compañero, Manuel Villarés Pico, ha vuelto a insistir en esta Revista (núm. marzo-abril, 1960), en su antigua postura

¿Y el cónyuge viudo podrá solicitar la anotación del derecho hereditario o de su derecho hereditario? A esta pregunta contesta Roca afirmativamente en cuanto al primer extremo, pero negativamente respecto al segundo, pues él no es titular de una cuota de la herencia, como no lo es tampoco el legatario de parte alicuota, ya que una cosa es tener una *pars hereditatis* y otra una *pars bonorum hereditatis*. Lo que ocurrirá—agrega—es que anotado el derecho hereditario, en el Registro constará el derecho sucesorio del cónyuge viudo a su parte legitimaria de la herencia, al igual que figurarán también constatados los legados de toda clase de la misma herencia.

Pero, ¿su derecho legitimario consta de esa suerte anotado y será anotable la transmisión que efectúe del mismo? Así debiera ser—dice Roca—, pero la legislación hipotecaria no lo prevé. Y esto es grave, pues le puede interesar dicha transmisión. Mas la anotación preventiva que la legislación anterior establecía a favor del cónyuge viudo, como expresión de la afección que el artículo 839 del Código Civil establece a su favor, fué suprimida por la vigente legislación hipotecaria.

IV

Vamos a ocuparnos brevemente en este capítulo de diversos artículos reglamentarios sin ligazón entre sí, pues, como es lógico, Roca los ha ido ensamblando a la sistemática de su gran obra.

Empecemos por el artículo 94, respecto del que observa aquél que la oración, «salvo que exista obstáculo registral», debe sin duda consistir en la circunstancia de estar presentado al libro Diario, mandamiento judicial decretando la anotación preventiva

de la inscripción del derecho hereditario (Es de recordar su anterior trabajo: *Cuando el derecho hereditario puede ser objeto de inscripción o solamente de anotación preventiva*, 1946, pág. 109, de esta Revista). En correspondencia cruzada con el mismo nos dice, basa o se ratifica en su vieja idea vistas las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1957 y 5 de julio de 1958, singularmente esta última por la invocación que hace al art. 399 del Código Civil (como al 397 podemos añadir), que sitúa plenamente al derecho hereditario en el campo de la Comunidad romana de bienes. (Pueden consultarse estas sentencias en las págs. 418 y 802, años 1957 y 1958, en «Revista de Derecho Privado»). Pero medítese sobre cuanto se ha escrito del particular para lo que nos remitimos al capítulo XXXII de la citada obra y edición de Roca, tomo II.

de la correspondiente demanda de nulidad entablada por el marido o sus herederos, u ordenando la cancelación de la inscripción en méritos de sentencia declarativa de dicha nulidad.

Expresando—y nos atrevemos a señalar que no muy convencido—que «parece que a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la extensión de la nota marginal que este 94 del Reglamento preconiza, hace desaparecer la causa de nulidad consignada claramente en el Registro» (16).

Esta tendencia inaugurada por el artículo 94 del Reglamento, dice Roca que ha sido ampliada por el 98 del mismo. Sin embargo, observa que esta última reforma sólo se justifica por tratarse de una norma de circunstancias, si bien de un gran sentido práctico, aunque no cabe duda que con ella sufre el principio de legalidad proclamado por los legisladores hipotecarios de 1861, pues permite la entrada en el Registro de actos anuables y nulos, aparte de que su desenvolvimiento normativo es criticable en varios extremos (17).

En cuanto al artículo 15—totalmente nuevo como sabemos—, expresa Roca «que sin la constancia de la nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique *no perjudicará a terceros adquirentes* el derecho de retorno que aquel artículo desenvuelve; añadiendo más adelante que, aunque pueda parecer chocante que se *considere inscribible*, no estando inscrito o no siendo siquiera inscribible el arrendamiento del que aquel derecho de retorno derive, no es raro, pues, la existencia del arrendamiento generalmente se revela ostensible por la ocupación arrendaticia, aunque no siempre ocurre así, mientras este derecho de retorno, en tanto subsiste, no se exterioriza. Por ende, el arrendamiento normalmente no puede constituir sorpresa para el tercero adquirente de la finca arrendada y sí, en cambio, dicho derecho de retorno arrendaticio (18).

(16) Véase lo que dice La Rica y nuestra nota 7, pág. 626, año 1959, de esta Revista.

(17) Nos remitimos en cuanto a lo que dice el ilustre Roca del *desenvolvimiento normativo* del precepto, a lo que escribimos en la pág. 631, año 1959, de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

(18) ¿Pero es inscribible este derecho? Hay quienes sostienen, dice Mesa Lago, que el derecho de retorno constituye un acto modificador de las facultades del dominio sobre el inmueble en construcción, debido a que el propietario no puede arrendarlo a cualquiera, sino sólo al titular de la reserva, de

A llenar el vacío sobre entrega de legados en la legislación hipotecaria que de tiempo atrás Roca hiciera notar, ha venido el aditamento hecho al artículo 83 del Reglamento, si bien el ilustre Roca, por la referencia que hace al contador-partidor, lo encuentra poco ortodoxo, pues al no estar *autorizado* dicho contador para tal entrega por el causante, implica una reforma del artículo 885 del Código Civil, que sólo permite puedan efectuarla el albacea asimismo autorizado o el heredero o herederos (19).

No obstante, reconoce lo práctico de la reforma sobre la que se extiende en interesantes consideraciones que omitimos en aras de la brevedad.

Refiriéndose al párrafo final del mencionado artículo 83 (cuando toda la herencia se distribuya en legados) expresa que en vez de escritura de liquidación y adjudicación como habla el mismo, debe ser de liquidación y de *entrega* (20); añadiendo que esta figura de herencia, que no siempre es fácil se dé, plantea serios problemas de puro derecho civil.

Con motivo de la inscripción de bienes municipales, resalta Roca la falta de coordinación de leyes, en perjuicio del criterio de unidad que ha de presidir la legislación de un país. Desconociendo, en efecto, la existencia del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, que excluye del Registro de la Propiedad a los bienes municipales que sean de dominio y uso público, la legislación sobre régimen local no distingue y parece que son inscribibles todos sin distinción; discordancia que para Roca se acentúa al presuponer la Ley de

ahí que sea *inscribible*, con arreglo al art. 2.º de la Ley Hipotecaria, en relación con el 21 del Reglamento Hipotecario (cubanos, 7.º del nuestro), por medio de su anotación preventiva en el Registro, al amparo del inciso 10 del art. 42 de la Ley Hipotecaria, que autoriza las anotaciones preventivas cuando ellas puedan hacerse al amparo de otras leyes, cual la de Alquileres. (MESA LAGO: *La reserva de prioridad*, pág. 126 y siguientes. Editorial Ley, 1959. La Habana). Nuestro punto de vista lo tenemos reflejado en la nota 2 a *Los comentarios de Ramón de La Rica* pág. 618, de esta Revista, 1959.

(19) Pero como tanto el albacea, según el Código, como el Contador, para nuestro insigne Roca, han de estar autorizados por el causante, acaso por ello los identificaron los autores de la reforma, que, por otra parte, de haber empleado en plural el vocablo «facultado», tras el de albacea, pensamos no se hubiera producido la crítica de Roca, ya que él mismo dice: «Otra cosa sería que el causante hubiera *facultado* para realizar la entrega de legados al Contador-partidor, si bien en este aspecto actuaría de albacea».

(20) ¿Si la escritura está otorgada por los legatarios —en defecto de contador o albacea—, no será como dice el texto reglamentario de *liquidación y adjudicación* entre ellos (¿o es que reciprocamente se *entregan*?) mejor que de liquidación y de entrega, como parece generalizar Roca?

Régimen Local que la certificación municipal será inscribible sin más, aunque la finca esté inmatriculada (21).

Y por su conexión con lo últimamente expuesto nos hacemos eco en este lugar de la denuncia que hace Roca de la frase intercalada en el número 2.º del artículo 303: «derecho real inmatriculable», que expresa no comprender, pues sólo la finca es la que se inmatricula (22).

Con motivo de las modificaciones en el artículo 30, referentes en su número 1.º a los montes de utilidad pública, expresa Roca que esto equivale a establecer la inscripción de los montes incluidos en el Catálogo. Y tras analizar las relaciones entre la Ley especial (con alusión al derecho real de vuelo adquirido por el Patrimonio Forestal mediante los consorcios con los titulares de terrenos que hayan de repoblarse), denuncia la contradicción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Montes, o sea, la no admisión del ejercicio de las acciones reales que permite el artículo 41 de la Ley Hipotecaria en cuanto a los montes incluidos en el Catálogo, tanto con los diversos Decretos de competencia como con lo que se dice en el preámbulo de la misma ley respecto a la posibilidad de entablar contra la Administración forestal dicho procedimiento, sin prestación de caución siquiera.

Analiza el concepto de ese *tercero* del nuevo párrafo 2.º del artículo 27, que es tercero civil—escribe—en sentido amplio, o sea, subadquirente registral de quien haya adquirido directamente de la administración y que haya inscrito y no lo sea a título de heredero. Lo que se pretende con la cita del artículo 82 de la Ley Hipotecaria es excluir la jurisdicción de la Administración en beneficio de la competencia de los Tribunales ordinarios, extendiéndose para aclarar lo expuesto en atinadísimas consideraciones sobre la *ratio* de todo lo que señala el precepto con la toma de anotación preventiva, antecedentes jurisprudenciales, etc.

(21) Con las reservas naturales nos remitimos, en cuanto pueda implicarse una reanudación de tracto, a nuestra nota a la resolución de 19 de enero de 1960, pág. 245 a 247, de esta Revista, igual año.

(22) ¿No estarían los autores de la reforma pensando en un Derecho real no inscrito sobre finca ajena que lo estuviese, para que la Corporación o Estado a quien pertenezca aquél pueda (al amparo del art. 206 de la Ley, y entendiendo las locuciones «bienes inmuebles» de este artículo, en su sentido más generoso o amplio) inscribirlo por primera vez o inmatricularlo?

Sólo de esta forma comprendemos nosotros el retoque o injerto reglamentario.

Cuando se refiere al artículo 32, dice Roca que lo que no entiende de sus normas es la razón de por qué haya de cancelarse los asientos registrales del dominio del expropiado, dejando la finca desinmatriculada, lo cual—agrega posteriormente—no concuerda con el artículo 72 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que dispone que si la expropiación tuviera por objeto el dominio del inmueble se inscribirá la *correspondiente transmisión* y se verificará, en su caso, la cancelación de cargas, gravámenes y Derechos reales a que estuviera afecta la cosa expropiada, excepto aquellos que deban subsistir por razón de compatibilidad (23).

Interantisima su aclaración sobre roturaciones legitimadas—artículo 30 del Reglamento—, figura jurídica—escribe—que transcurrido el plazo para solicitarlas ha desaparecido, habiendo surgido en su lugar el sistema de concesiones temporales para el cultivo agrícola otorgadas por el Ministerio de Agricultura, que se rigen principalmente por el Decreto de 16 de diciembre de 1950, el de 16 de junio de 1954 y otras disposiciones complementarias. Pero estas concesiones no interesan al Registro de la Propiedad de un modo directo.

Encuentra acertado que el artículo 67 diga mejor «inscripción de minas», que no como antes, que hablaba de «inscripción de las concesiones mineras». Pero lo procedente es estimar que lo que se *inmatricula* es la mina, pero lo que se *inscribe* es la concesión minera.

Cuando ordena el Reglamento que si la mina se divide en dos o más, se inscribirán las nuevas fincas independientes, y si de una mina se segregan una o varias pertenencias para agregarlas a otras, se inscribirán bajo números nuevos como fincas indepen-

(23) Ciertamente tiene razón Roca Sastre. Pero creemos ser todo ello olvido o precipitación de redacción al no haber añadido al párrafo final de la regla 4.^a del comentado art. 32 reglamentario (para nosotros, según expresamos en *Los comentarios de Ramón de La Rica*, una de las materias mejor desenvuelta por la reforma, ver pág. 622, de esta Revista, 1959), simplemente las palabras «*inscripción*», pues fácilmente se infiere que el pensamiento de los reformadores es dotar al expropiante o beneficiario de título hábil para que su adquisición vaya al registro. Lo que acaso pueda señalarse es que se arbitra un nuevo medio de inmatriculación al margen del art. 298 dedicado al efecto. Y que pese a la letra del art. 32 del Reglamento Hipotecario, habrá que atenerse al criterio del maestro Roca, de que los asientos de dominio no deben cancelarse, sino que a continuación ha de inscribirse la transmisión dominical que la expropiación implica, que es; además, como hemos visto, la que confirma el art. 72 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

dientes, tanto la que resulte de la agregación como *el resto de la mina matriz*, señala agudamente lo chocante de que este resto de mina matriz haya de formar nueva finca registral, apartándose de las normas ordinarias.

Siendo de destacar en esta materia, por último, su observación de que hoy, para practicar las inscripciones de referencia a la inscripción principal al no expresar el nuevo artículo 67 reglamentario, como antes, que era preciso para ello la presentación del título inscrito, bastará para dicha práctica con que se presente bien ese título inscrito o una certificación de la inscripción primordial.

Muy en razón cuanto apostilla a las innovaciones efectuadas en el artículo 298 se muestra disconforme con La Rica, al decir éste que en el caso de títulos universales *mortis causa* ha de tratarse de heredero único o de inmatriculaciones proindiviso, si son varios, «pues si los bienes se hubieran adjudicado habrá entonces documento transmisivo con descripción de fincas y se estará en el caso de aplicación del número 1.º o del 3.º del artículo 298, y no en el del número 4.º».

Para Roca, aparte de si el derecho hereditario puede servir de base para la inmatriculación de fincas no cabe olvidar que el número 4.º del primer párrafo del artículo 298 comentado exige se justifique por los medios que señala hallarse comprendidos en la misma transmisión la finca o fincas que se trate de inmatricular, o sea, que el causante las adquirió, pues sólo si él las adquirió podrán integrar el patrimonio hereditario o relicto, y no cabe duda que el hecho de partirse o adjudicarse proindiviso los varios herederos entre sí la finca o fincas de la herencia, no demuestra aquel dato o circunstancia de formar parte las mismas del caudal hereditario, ni constituye ningún acto de naturaleza traslativa. Además, la partición en sí ni constituye ningún acto autónomo, sino complementario de un título sucesorio, que como el testamento, casi siempre, y la declaración judicial de herederos *ab intestato*, en todo caso no especifica y menos describe los bienes del patrimonio hereditario (24).

(24) ¿Quiere decirse entonces que una escritura de partición, con más de un año de fecha de la en que *se solicite su inscripción* (núm. 1.º de igual párrafo, art. 298) no es por sí sola título inmatriculador? Sin duda aquí se produce cierta confusión dada la redacción del núm. 4.º, 1.º, art. 298. Pero parece

En cuanto a la escritura pública de *ratificación* de documentos privados, señala Roca, que tampoco puntualiza el Reglamento si la ratificarán los mismos otorgantes o los sucesores de éstos. Parece han de ser los mismos otorgantes del documento privado, pues de lo contrario surgiría una nueva transmisión, generalmente hereditaria, que complicaría este supuesto inmatriculador. No cabe duda—expresa—que procederá la representación de los otorgantes del documento privado.

Y terminaremos este capítulo concretando que actualmente en la opinión de Roca la nueva redacción parcial del artículo 298 del Reglamento ha dado resuelta la cuestión sobre si el requisito de antigüedad de un año era o no aplicable a las actas de notoriedad complementarias, en el sentido que él patrocinara, o sea, el de no ser necesario para las mismas, toda vez que el número 3.º del párrafo 1.º de ese artículo sólo exige la limitación de un año tratándose de títulos públicos en los que la previa adquisición del transferente de la finca a inmatricular se justifica mediante documento de fecha fehaciente, mas no cuando la justificación consista en hallarse la finca catastrada o amillarada a nombre del transferente; y lo mismo lógicamente ha de entenderse cuando esta adquisición del transferente se justifique por acta de notoriedad, o sea, *que ésta no tiene la limitación del año*.

V

En la nota 15 de las que estampamos a *Los comentarios de Ramón de La Rica*, a los que tantas veces en esta recensión del *Pen-samiento* de Roca Sastre hemos aludido, dijimos que era de inevi-

que el mismo, al hablar de *título*, contempla el testamento o declaración de herederos (o análogos en regiones de derecho foral) en que no se describen bienes, que son los que habrá de justificarse se hallan en ellos—en el título transmisivo—comprendidos. Mas otorgada la partición y pasado el año de fecha para poder solicitar la inscripción de inmatriculación como documento comprendido en el art. 3.º de la Ley Hipotecaria, comprendemos la interpretación de La Rica, que no comparte, según el texto arriba transcrito, Roca. Y es que, desde luego, no será *documento transmisivo* como el primero señala, pero que es un documento comprendido en el art. 3.º de la ley y en el ámbito del núm. 1.º, párrafo 1.º del 298 del Reglamento, no parece tener dudas. Pero insistimos en lo anteriormente expuesto, o sea, que la redacción del núm. 4.º, párrafo 1.º del art. 298 reglamentario, se presta a confusiones, de la que es prueba las interpretaciones dispares de los tan admirados La Rica y Roca.

table consulta en el estudio de las hipotecas con cláusula de estabilización, la magistral exposición que de la materia éste último hace tanto por sus antecedentes y doctrina como por el análisis de las Resoluciones de nuestro ilustre Centro directivo, que se han ocupado de sus problemas.

No nos queda, pues, sino ratificarnos en lo dicho, remitiendo al que nos siguiere a las páginas 445 a 455, tomo IV, edición 5.^a de su *Derecho Hipotecario*, que viene Roca a completar ahora diciendo que aquella doctrina de la Dirección General, en orden a estas hipotecas con cláusula de estabilización de valor, ha sido, en lo esencial, confirmada por el artículo 219 del Reglamento Hipotecario después de su reforma, aunque de modo restringido, ya que aquella doctrina, si bien había recaído sobre dos casos en que la cláusula estabilizadora adoptaba como módulo el valor oficial del trigo, no limitaba el número de módulos adoptables, y en cambio este artículo 249 del Reglamento sí. Sin embargo—agrega—, este precepto admite el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Respecto a estos módulos admitidos por el Reglamento, escribe que solamente el referente al «índice general ponderado del costo de la vida fijada por el Instituto Nacional de Estadística», puede considerarse idóneo para revelar las oscilaciones del valor de la moneda, pues aunque él había propugnado por el del «premio del oro en las liquidaciones de los derechos de arancel de Aduanas, señalada por el Ministerio de Hacienda», dados los saltos sufridos—de 257,70 a 615,40—ha perdido su confianza en él y cree puede incluso desaparecer.

Después de analizar el referido artículo 219, termina expresando que evidentemente son muchos los requisitos exigidos para la inscripción de estas hipotecas y tras de alabar el añadido al artículo 215 referente al adelanto de rentas no vencidas, pasa a ocuparse de la nueva, por así decirlo, acción de devastación, o sea, la de por actividad jurídica del propietario, consistente en el arriendo de la finca hipotecada convenida en las circunstancias que el artículo 219 del Reglamento prevé.

Señala Roca que se podrán adoptar las medidas en dicho artículo especificadas cuando el arrendamiento de la finca ya hipotecada se haya concertado, como dice él mismo, «en ocasión o

circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arrendamiento es causar la disminución del valor de la finca». Es decir, se requiere un *animus fraudandi*, un designio de disminuir la garantía hipotecaria. Ante la dificultad de demostrar aquella intención malévola, se presume que existe tal propósito si la finca se arrienda por renta anual que capitalizada al 6 por 100 no cubra la responsabilidad total asegurada.

Se adopta, pues, un criterio *subjetivo puro*; o sea, no se exige la realidad de la disminución de valor de la finca hipotecada, dado que las locuciones «se entenderá» que emplea el precepto, claramente aluden al propósito perseguido con el convenio arrendaticio, que, por otra parte, lógicamente se dará siempre.

Manifiesta Roca si como en las hipotecas la inscripción es constitutiva cabe plantear el problema del arrendamiento otorgado con tal propósito en el tiempo que media entre la escritura pública de hipoteca y su presentación para inscripción; entendiendo que a los presentes efectos basta que el contrato de arrendamiento sea posterior al otorgamiento de la escritura de hipoteca.

En orden a las medidas judiciales que previene el precepto es de destacar en el análisis que hace de las mismas Roca, en cuanto a la primera, o sea, «declarar vencido el crédito hipotecario», no sólo su armonía con el artículo 1.129 del Código Civil (disminución de garantías), sino porque al provocarse el procedimiento se podrán ejecutar otros bienes que acaso tenga el deudor; por la segunda, es decir, «decretar la administración judicial de la finca», que llevará consigo la aplicación de la regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, porque además evitará que el hipotecante otorgue nuevos arrendamientos más nocivos, previa extinción del anterior; respecto a la tercera que «ordena ampliar la hipoteca a otros bienes del deudor», si es que los tiene, al Juez cabrá una nueva o complementaria distribución hipotecaria entre tales bienes y los primeros o primero hipotecados, pues el débito hipotecario subsiste íntegro, y por lo atinente a la última, o sea, la de que el Juez podrá «adoptar cualquier otra medida que estime procedente», son—escribe Roca—difíciles de especificar, pues la principal de que el Juez pudiera declarar en el mismo procedimiento la nulidad del arrendamiento por fraude, abuso o simulación, según el caso, ya que el abuso de derecho del propietario queda bien

patente, el artículo 219 reformado no se atrevió a tanto, seguramente no ya por no penetrar en el ámbito de las leyes especiales de arrendamientos, sino por el remilgo de que tales declaraciones hubieran tenido lugar en un procedimiento breve, a pesar de que lo difícil del proceso, como es la finalidad fraudulenta, resultaba superada. También se podía haber impuesto la revisión de la renta arrendaticia, con lo que se habría entrado en el campo de las leyes especiales de arrendamientos, y el Reglamento Hipotecario no ha querido hacerlo seguramente por tratarse precisamente de un Reglamento y no de una ley. Acaso por todo ello se ha producido con timidez—agrega Roca—aquél en su reforma, «porque si otras legislaciones invaden la esfera propia de nuestra legislación hipotecaria no se comprende por qué en esta última no se procede del mismo modo».

Y termina Roca el estudio del precepto reglamentario en cuestión, expresando que no cree pueda adoptarse por el Juez ninguna de esas medidas cuando el arrendamiento de la finca hipotecada no sea de los sujetos a las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos, a pesar de que el artículo 219 del Reglamento Hipotecario reformado no distingue. Y esto por que si se trata de arrendamientos regidos exclusivamente por el Código Civil, el artículo 1.571 de este cuerpo legal impide que por efectos del arrendamiento la finca hipotecada pueda disminuir de valor en vista a la ejecución de la hipoteca que en su día acaso se produzca, ya que en virtud de dicho artículo del Código, el que en el proceso de ejecución resulte adjudicatario de la finca tiene derecho a que termine el arriendo y sólo debe permitir que el arrendatario de fincas rústicas recoja los frutos de la cosecha correspondiente al año agrícola. Se dirá que si el precio del arrendamiento es vil podrá repercutir en la renta de la finca, en tanto el crédito hipotecario no venza, o cuando vencido obtenga el acreedor la administración o posesión interina de la finca hipotecada; pero en el primer caso no se ve perjuicio alguno para el acreedor hipotecario, y en el segundo, en definitiva, tampoco, porque el acreedor podrá pedir la subasta de la finca.

Con lo inmediatamente anterior expuesto damos por concluida nuestra labor de recensión del Suplemento al *Derecho Hipotecario*, de Ramón María Roca Sastre, por lo que respecta a las modificaciones efectuadas en el Reglamento Hipotecario.

No la consideramos exhaustiva, no ya porque deliberadamente hemos dejado de traer al comentario algún precepto modificado —artículos 26, 69, etc., por ejemplo—, sino que por ser tal la densidad de concepción y pensamiento del autor en la reforma, por fuerza se nos habrá escapado o habremos omitido «algo», y esto cuando, de la mejor buena fe, no le hayamos interpretado con fidelidad.

Y como se colige de lo arriba expuesto, debemos advertir que el referido Suplemento aborda o retoca cuestiones de la obra de que forma parte, verbigracia: la hipoteca y la extinción o no de los arrendamientos posteriores a su constitución, concentración parcelaria, etc., cuyo conocimiento en este lugar estimamos no sernos válido desvelar.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Del usufructo a la sustitución fideicomisaria

(Continuación.)

SUMARIO

29.—Los dos momentos sucesorios.

30.—La revisión de la problemática sucesoria en relación con el usufructo vincular.

a) Disposiciones a favor de los parientes del testador.

S. 6 abril 1899.

S. 26 junio 1906.

S. 15 noviembre 1907.

S. 25 abril 1929 (C.).

S. 29 diciembre 1933

b) Disposiciones a favor de personas ciertas.

S. 31 enero 1931 (C.).

31.—Las instituciones fideicomisarias a favor de los *nasciturus*.

32.—El llamado derecho de «representación» entre los fideicomisarios.

S. 6 diciembre 1952.

S. 30 junio 1928 (C.).

R. 22 diciembre 1949.

33.—De los llamamientos fideicomisarios *post mortem* a favor de los hijos de una persona.

S. 11 marzo 1911 (C.).

S. 12 febrero 1915 (C.).

S. 5 mayo 1932 (M.).

34.—Los llamamientos sustitutorios a favor de los descendientes del testador.
S. 8 julio 1924.

35.—El derecho de «representación» y de «acrecer» en los llamamientos sustitutorios a favor de los hermanos y sus descendientes.

a) La premoriencia en la sustitución recíproca.

S. 10 marzo 1932 (M.).

S. 6 marzo 1944.

S. 17 marzo 1934.

S. 15 febrero 1957.

S. 16 junio 1913 (C.).

b) Inclusión de la filiación natural en el derecho de representación.
S. 22 junio 1931.

36.—Límites del usufructo vincular.

1.º Llamamientos de usufructuario.

2.º Llamamientos simples de nudos propietarios.

3.º Llamamientos compendiosos.

37.—La purificación del usufructo.

a) La purificación de la sustitución por convalidación de los actos de enajenación del padre.

S. 25 noviembre 1944.

b) Nulidad de la subrogación de bienes por permuta.

S. 20 octubre 1954.

c) La disposición de bienes por testamento.

S. 23 diciembre 1940.

d) Purificación por renuncia.

R. 19 diciembre 1942.

e) Mayoría de edad.

R. 1 febrero 1952.

f) Existen más hermanos y mayor.

R. 22 junio 1943.

38.—Efectos basculantes de la condición.

S. 18 mayo 1932 (C.).

R. 20 junio 1956.

IV

LOS DERECHOS DE «REPRESENTACION» Y DE «ACRECER»
EN EL USUFRUCTO VINCULAR

29.—LOS DOS MOMENTOS SUCESORIOS.

Con la prolongación del usufructo va tomando características sustitutorias y desapareciendo el automatismo del nacimiento del derecho real y extinción del gravamen, consolidándose la propiedad que la da fin. Con la doble vocación sustitutoria a virtud de la libertad testamentaria, la figura del usufructuario se va endureciendo, a virtud de la elasticidad que la ley concede al testador, y el usufructuario coloreándose con las notas de un fiduciario.

La terminología para esta doble vocación sucesoria está tomada de los legados romanos y viene utilizándose por nuestra doctrina legal. Por este común origen, se encuentra en BINDER, en cuyo *Derecho de sucesiones*, dice: «En la sustitución fideicomisaria deben distinguirse dos momentos: aquel en que tiene lugar la sustitución—es decir, el ingreso en la herencia del post-heredero—, y el momento que STRHAL llama *Vcranfall* (esto es, apertura de la sucesión para el pre-heredero): el citado autor aplica una expresión utilizada por el Derecho común para denominar el *dies cedens* en los legados singulares. En éste alcanza el post-heredero un derecho de expectativa hereditaria transmisible por herencia; en aquél tiene lugar su ingreso en la situación de heredero. La ley habla en este caso de que la herencia se abre para el post-heredero. Con todo, *el instituido como post-heredero no tiene que sobrevivir a este momento, antes bien, basta que haya vivido en el momento de la apertura de la pre-sucesión*. Sólo en casos excepcionales tiene lugar un tratamiento diverso de dicha apertura.»

Desde otro punto de vista esta sucesión *post mortem usufructuari* viene a encajar en el concepto del orden sucesivo. Según RUGGIERO, en sus *Instituciones de Derecho Civil*: «El sustituto ha

de adquirir la herencia o legado en el momento de la muerte del primer llamado.—Esto implica que el heredero o legatario deben conservar los bienes hasta su muerte, momento en que aquéllos pasan al fiduciario por sucesión *mortis causa*, porque éste es sucesor del instituido, no del testador. Esta es la noción exacta del *ordo sucessivus*, en el cual el momento en que para unos se extingue el goce de los bienes comenzando para otros, no es un momento cualquiera, sino el de su muerte. Si la disposición por la cual el heredero o el legatario deben en un cierto día (transcurridos diez o veinte años) retransmitir los bienes a un tercero, debiera caracterizarse como fideicomisaria, no tendrían razón de ser las normas relativas a los términos a que se sujeta la herencia o el legado.» A este segundo momento, siguiendo la tradición romanista, se le llama *dies veniens*.

A esta doble vocación sucesoria viene a referirse el artículo 758, cuyo apartado 3.º dispone: «Si la institución o legado fuere condicional, se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición.» Esta doble polarización, plantea una revisión de los problemas sucesorios que se desplazan al campo sustitutorio, en el que la doble vocación es el supuesto de hecho que configura la institución, sobre un acaecimiento futuro—cierto o incierto, pues aquel supuesto también se comprende a veces dentro de la «condición»—, en cuyo segundo momento habrá de analizarse la capacidad del post-heredero, que pudo existir en el momento de la apertura de la sucesión.

30.—LA REVISIÓN DE LA PROBLEMÁTICA SUCESORIA EN RELACION CON EL USUFRUCTO VINCULAR.

La resaca desamortizadora que persiste en el Código Civil, reavivando o no revisando los rescoldos que en nuestro anteproyecto dejó el agresivo *Code*, hace que en ocasiones encuentre obstáculos marginales la expansión del usufructo vincular dentro de los límites permitidos.

a) *Disposiciones a favor de los parientes del testador*.—Su licitud se apoya en la disposición testamentaria, que remite la sucesión a los parientes intestados más próximos. Está admitida por

el Código, aunque sin la amplitud que lo hacía el anteproyecto, que decía en el artículo 562: «La disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador, se entenderá hecha en favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos con arreglo al título siguiente», pero mutilando esta última parte, que se prestaba a multitud de interpretaciones y criterios, como ya señalara GARCÍA GÓYENA, se simplifica el supuesto en el vigente artículo 751: «Toda disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado», con lo que alude los problemas de la representación, al no decir si está aquélla admitida o rechazada, aunque la interpretación histórica debe ser de signo derogatorio.

Restos de esta polémica se resuelven por el derecho de «representación», ante la reclamación de una tía a la sobrina, hija de un hermano mayor, en la sentencia de 6 de abril de 1899, confirmando el fallo de la Audiencia de Valencia, a virtud de:

Considerando que la única cuestión sometida a la decisión de este Supremo Tribunal, a la que se refieren todas las infracciones alegadas en los dos motivos del recurso, consiste en determinar si la Audiencia de Valencia ha entendido o no rectamente la última voluntad de don José Bautista Latorre, expresada en su testamento de 30 de julio de 1833, por el que estableció un usufructo sobre varios bienes que habian de disfrutar sucesivamente hasta cuatro personas, la última de las cuales podía disponer ya libremente de ellas, o sea, quiénes y por qué orden fueron llamados al goce del expresado usufructo:

Considerando que, dada la indole de semejante cuestión, sería necesario para los efectos de la casación que apareciera clara y evidentemente infringida por el Tribunal sentenciador la voluntad del testador, lo que no sólo no aparece en el caso del presente recurso, sino que, por el contrario, al llamar aquél en primer término a su sobrino Manuel Latorre Lladró, constituido entonces en la menor edad, y disponer que *después de sus días heredase el usufructo su descendiente legítimo, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varón a la hembra*, estableció bastante expresivamente una sucesión lineal de padres a hijos, que es la regular, aplicable consiguientemente a la sucesión de don Federico Latorre, como lo

hubiera sido a la del primogénito de don Manuel si hubiera muerto con descendencia, *sin que haya*, según esto, *motivo fundado para estimar que el testador hubiera querido preferir en todo caso para la sucesión del usufructo a su pariente más próximo en grado*, como se corrobora además por las últimas cláusulas del testador, en que se habla de las condiciones que han de tener los descendientes del usufructo, según sean varones o hembras:

Considerando que tampoco es de apreciar, como pretende el recurrente, que doña Concepción Latorre tenga mejor derecho que doña Trinidad, por ser aquélla de mayor edad y casada, porque el testador no estableció un mejor y preferente derecho para las hembras, que se encuentran en este caso, sino una condición para que puedan poseer el usufructo, que no excluye consiguientemente el de aquellas personas en quien pueda llegar a cumplirse, cuya eventualidad se prevé asimismo en el testamento; por todo lo cual no son de estimar ninguna de las infracciones alegadas en el recurso.

El reflejo en las operaciones particionales a favor de los parientes más próximos, llamados *post mortem usufructuari*, mantiene el criterio modernamente sostenido por GONZÁLEZ PALOMINO, de alejamiento del cuaderno particional, diciéndose en la sentencia de 26 de junio de 1906:

Considerando que la sentencia no incurre en la infracción que se supone en el primer motivo del recurso, porque *al estimar que los herederos llamados a la sucesión de los bienes después de la muerte de los testadores eran los parientes más próximos*, respectivamente, de uno y otro, se ajusta, según lo dispuesto por la Ley 5.ª, título 33, Partida 7.ª, y artículo 675 del Código Civil, que se citan a las palabras e intención de aquéllos, en cuya disposición testamentaria se observa con toda claridad que es condición indispensable para suceder la de ser pariente más próximo, sin que obste que en la cláusula final se indique lo que debe hacerse luego, que, *muerdos los testadores, vuelvan los bienes a los hermanos y sobrinos o representantes en su caso*, porque en esta cláusula no se establece institución alguna de determinados herederos de la nuda propiedad y sí sólo impone una obligación a los que hayan de suceder al fallecimiento de los herederos vitalicios, ya sean las hermanas y sobrinos, ya sus representantes:

Considerando que, abstracción hecha de la eficacia que con referencia a tercero pueda concederse al inventario y manifestación de bienes formalizado por el testador don Andrés Ruiz, heredero vitalicio de su mujer, sin intervención de los que en su caso y tiempo hubieran de ser herederos como más próximos parientes, en nombre de los cuales, por no poder ser entonces reconocidos, intervino el Ministerio fiscal, está fuera de duda que, no declarándose por la sentencia que el actor fuera el más próximo pariente de doña Gregoria Montejo con derecho a la intervención, ni combatiéndose este particular por los medios que la ley autoriza, carece el recurrente de acción para impugnar el inventario y manifestación de bienes, y que al así determinarlo la Sala, no ha cometido la infracción que se supone en el segundo motivo del recurso:

Considerando que tampoco se ha cometido la infracción que se alega en el motivo 3.º, porque la sentencia absolutoria resuelve en sentido negativo todas las pretensiones de la demandada, con lo cual guarda, por tanto, perfecta congruencia, y porque la reserva de un derecho sobre el cual no hace declaración alguna nada resuelve definitivamente, ni en ella puede fundarse el recurso de casación.

Demandada por un sobrino la nulidad del testamento de su tía, fundándose en aparecer instituidas personas inciertas, se pronuncia, a virtud de los siguientes argumentos, la sentencia de 15 de noviembre de 1907, por su validez:

Considerando que los dos primeros motivos del recurso tienden a demostrar que en el testamento, o más bien testamentos de don Pablo Villalobos y Portillo, no existe designado heredero cierto para sacar la consecuencia de la nulidad de la institución hereditaria; mas como quiera que claramente se determina en aquéllos que *el heredero en propiedad, después del fallecimiento del usufructuario, había de ser el pariente más cercano y más joven de las ramas de sus difuntos padres*, no existe fundamento racional alguno para sostener que haya incertidumbre para conocer en su caso y día la persona o personas del heredero nombrado, por ser notorio que las referidas condiciones son muy suficientes al objeto de determinar la persona en quien concurran, lo mismo con relación a la muerte del testador que la del último usufructuario; no

siendo dable confundir el concepto de incertidumbre con la circunstancia de que hasta ahora no se haya inquirido y patentizado nominal y concretamente quién sea el pariente más joven y más cercano de las ramas de los padres del testador llamado a la sucesión hereditaria, como tampoco es establecer igual confusión entre la incertidumbre y la capacidad del heredero; por todo lo que son de desestimar dichos dos primeros motivos del recurso, sin que sea necesario discurrir, sentados esta base y supuestos sobre los demás razonamientos que con relación a los considerandos de la sentencia hace el recurrente:

Considerando que tampoco es de estimar el tercer motivo del recurso, porque el testador en sus testamentos revela con la suficiente claridad el propósito de socorrer, en primer término, a sus parientes, y después emplear los bienes en la Beneficencia pública, conciliando ambos propósitos en la forma que en sus disposiciones testamentarias establece, a la que no afecta sustancialmente la manifestación que hace relativa a la creencia de que las leyes no permiten instituir herederos a comunidades religiosas, manifestación que no puede por tal razón ser considerada causa falsa determinante de la voluntad del testador en dicha forma:

Considerando, finalmente, que no existe la incongruencia a que el último motivo se refiere, porque patentizada por los fundamentos expuestos la falta de acción del recurrente y la procedencia y consiguiente de la absolución de la demanda se hace innecesaria ninguna otra declaración:

Combinado con la prescripción, viene a señalar la validez del llamamiento a favor del heredero de la línea de una casa, según dice el Supremo, en recurso procedente de la Audiencia de Barcelona, en la sentencia de 25 de abril de 1929:

Considerando que, basado el primer motivo del recurso en el error de hecho y de derecho en que se supone incurrió la Sala sentenciadora al aceptar al demandante como heredero en línea recta de la casa Sitjar, es evidente que procede su desestimación por cuanto esa apreciación de prueba la hizo el Tribunal de Instancia, según consta en el segundo fundamento de la sentencia recurrida, teniendo en cuenta la prueba documental y de testigos, y no puede estimarse que demuestre la evidente equivocación del juzgador el documento que se cita en el recurso a los efectos del

error de hecho, ni tampoco puede admitirse la existencia de error de hecho en la prueba de testigos por la incorrección que se supone del artículo 1.248 del Código Civil, pues aparte de que este artículo sólo contiene una mera recomendación que deben de tener presente los Tribunales, es lo cierto que en el caso de autos no ha sido desatendido, toda vez que el testimonio de los testigos a que se alude fué apreciado conjuntamente con prueba documental, y por ello no puede decirse que con él exclusivamente forma la Sala su juicio:

Considerando que interpretada en la sentencia recurrida, según consta al final de su primer fundamento, la institución de heredero en el que *el actor basa su derecho a la restitución de la dote* de doña Maria Sitjar, en el sentido de que *fué hecha en cuanto a la dote para después de la muerte de los usufructuarios* designados en favor del que fuera heredero en línea directa de la casa Sitjar, de donde ella descendía, es visto que de esta interpretación hay que partir para la resolución del segundo motivo del recurso por no haber sido combatido en forma alguna por el recurrente:

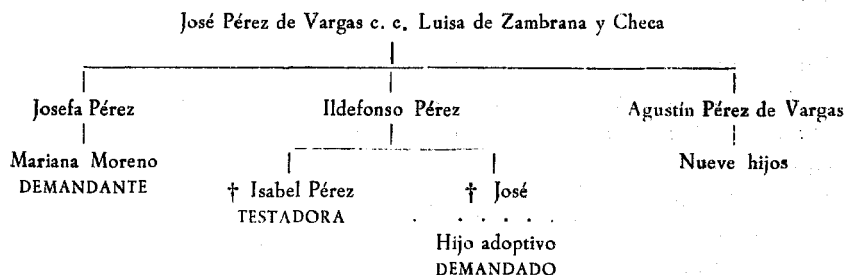
Considerando que dada la indicada interpretación forzoso es estimar que *se trata de una institución de heredero condicional, ya que la determinación de la persona llamada a la herencia dependía de la eventualidad de quien fuera el heredero en línea recta de la casa Sitjar el día en que falleciera el último usufructuario de la dote*:

Considerando que, sentado lo anterior, es visto que, conforme a lo establecido en el artículo 1.114 del Código Civil, aplicables por virtud del 791 al caso de autos, *el derecho del actor no nació hasta que tuvo efecto el acontecimiento de que dependía*, y por ello, como el fallecimiento de la última usufructuaria tuvo lugar en el año 1902, y la demanda, ejercitando la acción de restitución de la dote discutida, se presentó antes de transcurrir los treinta años a partir de la indicada fecha, es indiscutible que no podía estimarse prescrita, conforme a lo establecido en el *Usatje Omnes causae*, y, por tanto, al desestimar la Sala sentenciadora la excepción de prescripción alegada no ha incurrido en las infracciones de la ley y de la doctrina ni en los errores en la apreciación de la prueba que sirven de fundamento al segundo motivo del recurso, que debe ser, en su consecuencia, desestimado:

Considerando que a igual conclusión se llega interpretando la cláusula, como lo han hecho las partes litigantes, se indica en el recurso y se desprende de la relación del testamento de doña María Sitjar, que obra en el apuntamiento y en los Resultandos de la sentencia, o sea, como una institución pura en favor del que fuera heredero de la casa Sitjar al fallecimiento de la testadora, que, dado el contenido del testamento del marido de ésta, don Buenaventura Noguet, con relación a la dote de su esposa y la convivencia constante de ésta, después de la muerte de su esposo, con los herederos de éste, no puede estimarse que durante estos once años coriera el plazo prescriptivo de la acción, ocurriendo durante la vigencia de los usufructos ordenados por doña María, pues dada la coincidencia de ser la misma persona los usufructuarios de la dote y los herederos de don Buenaventura obligados a restituirla, y la correlación que existe entre el usufructo y la nuda propiedad de unos bienes que, como afirma el recurrente y proclama la jurisprudencia de esta Sala, es tal, que no puede suponerse el uno sin la otra, es claro y evidente que la posesión del usufructo primero por don Feliciano y después por doña Dolores envolvía para ellos, en el doble carácter que ostentaban, el reconocimiento continuado del derecho del nudo propietario, hoy demandante, y la obligación de restituir en su día la dote usufrutuada, dada la naturaleza del usufructo y disposiciones legales que lo rigen, y, por tanto, ese reconocimiento continuado impedía que corriera el plazo de prescripción; confirmando lo expuesto la consideración de que constituyendo el usufructo el derecho a disfrutar los bienes ajenos es inconcuso que, *siendo dinero el bien usufrutuado, no podía ejercitarse la acción de restitución hasta que el derecho a su disfrute cesara*, es decir, al término del usufructo que tuvo lugar en el año 1902.

El problema de que el heredero debe existir, en el momento de la apertura de la sucesión, viene más bien que referido a una *conditio iuris*, a una circunstancia del llamamiento, cuando éste, por su naturaleza innominada, se remite al pariente más próximo del testador en el momento de la muerte del usufructuario, pero, como se vió también en la sentencia anterior, el requisito de supervivencia se cumplía en el heredero, puesto que estaba en la línea llamada, pero *su derecho expectante no puede transmitirse por*

acto testamentario del pariente llamado. Este es el supuesto de un hijo adoptivo instituido heredero por su padre, frente al derecho de un primo hermano de éste que sobrevivió al usufructuario, planteándose este problema en la sentencia de 29 de diciembre de 1933, que con relación a la línea paterna, que es una de las llamadas, presenta el siguiente árbol:



El carácter imantado que tienen estas disposiciones familiares determina que a través de la interpretación del testamento los bienes vayan a los parientes más próximos, excluyendo de este concepto al hijo adoptivo, diciéndose por el Tribunal Supremo:

Considerando que en materia de sucesión es la voluntad del testador la primera y principal regla a que ha de acomodarse el juzgador para decidir los litigios que se susciten entre los que se crean con derecho a determinados bienes hereditarios y para interpretar y acatar debidamente aquella voluntad, es norma legal de inexcusable observancia el artículo 675 del Código Civil, por virtud del cual deberá entenderse toda disposición testamentaria, en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador; y en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento:

Considerando que amparándose este recurso en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero por estimar el recurrente que la Sala sentenciadora ha infringido el artículo 675 del Código Civil, y el segundo, por atribuirle error de hecho en la apreciación de la voluntad del causante, contraviniendo lo ordenado por ésta en la cláusula 18 de su testamento, a cuyo efecto se cita el propio testamento como documento auténtico demostrativo de ese evidente error, corresponde

a este Tribunal, según la doctrina establecida, entre otras sentencias, en las de 27 de septiembre de 1930 y 16 de enero de 1932, examinar si, en efecto, incide el Tribunal *a quo* en el error que se le atribuye mediante el estudio de esta disposición testamentaria, y ella es tan clara, tan concreta y tan reveladora de la voluntad del causante, que basta su simple lectura para adquirir pleno convencimiento de cuál fué la intención y la voluntad que con ella se quiso exteriorizar y que con absoluta fidelidad se expresó, dejando determinados bienes en *usufructo al esposo para que los disfrutara mientras viviera, y a su fallecimiento pasaran en pleno dominio a los parientes más próximos de la testadora*, tanto por línea paterna como materna, que a la sazón existieran; y, claro está, que calificar de «confusa» y «difusa» esta cláusula, para buscar métodos de interpretación que notoriamente la contradicen lo mismo en su sentido literal que en su espíritu, apartándose para seguir aquel método de la única norma legal, apropiada para el caso, que es, como se ha dicho, el artículo 675 del Código Civil, que da como resultado una interpretación contraria en absoluto a lo que fué la voluntad de la testadora, puesto que *deseando ella que los bienes de que se trata pasaran a sus parientes más próximos, «que existieran al fallecimiento del usufructuario»*, por aquella interpretación errónea se había de transmitir a un extraño como derecho habiente de un hermano de la causante que premurió al referido usufructuario; y como para llegar a esta conclusión fué necesario prescindir por completo del repetido artículo 675 del Código Civil, acogiéndose, en cambio, a otros preceptos de notoria inaplicación a este caso por no referirse a reglas de derecho que guarden relación con la materia de interpretación testamentaria de que ahora se trata, es visto que procede estimar los tres motivos del recurso:

Considerando que también procede la estimación del cuarto y último motivo, fundado en el número 2.º del artículo 1.692, en relación con el 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque siendo un pronunciamiento del fallo recurrido que se practique una rendición de cuentas que por ninguna de las partes se solicitó, es indudable que la resolución adolece del vicio de incongruencia que debe declararse a los efectos de la casación:

Conviene subrayar la constante sucesoria de que los bienes queden dentro de los parientes de sangre.

b) *Disposiciones a favor de personas ciertas.*—El artículo 750, dispone: «Toda disposición en favor de *persona incierta* será nula, al menos que por algún evento pueda resultar cierta.» Anteriormente nos hemos ocupado de la dificultad para la inscripción de alguno de estos llamamientos, en otras ocasiones se anula alguna institución fideicomisaria bajo este epígrafe, pero este supuesto jurisprudencial no se da en sustituciones encabezadas por el usufructo. Podemos citar en este lugar la resolución de 31 de enero de 1931, procedente del Registro de la Propiedad de San Feliú de Llobregat, en la que los usufructuarios sucesivos—dos matrimonios—pretenden adelantar el orden e inscribir a favor del primero el usufructo, y al del siguiente la nuda propiedad, contra lo que resulta de la siguiente cláusula:

Y de los mismos, sus restantes bienes y derechos, presentes y futuros instituye herederos universales a los hijos de los citados consortes, don Pedro..., llamados don Ramón y doña Antonia Boley y Martín, y a los demás que dejaren dichos consortes en el día de su fallecimiento, en la proporción de dos terceras partes los varones y la restante tercera parte las hembras, a sus libres voluntades, sustituyéndolas entre sí vulgar y pupilarmente.

Consecuencia lógica es la denegación de la inscripción, que no tienen en cuenta los derechos de los llamados como nudo propietarios, diciéndose:

«Considerando que si en el antiguo Derecho romano, todo acto solemne debe practicar el contenido concreto de la voluntad dirigida a la creación de relaciones jurídicas y por autoridades de gran fama se ha puesto de relieve, como rasgo fundamental del mismo, la repugnancia hacia la incertidumbre o la indeterminación o la tendencia hacia lo cierto (*certum*). También se afirma por los romanistas que en el derecho, hoy denominado clásico, y que entra hoy como supletorio en las fuentes catalanas, *los elementos que integran la relación jurídica pueden quedar indeterminados y las personas ser designadas de un modo vago e impreciso*, y así era lícito al testador legar todo lo que una persona pudiera recibir, según las leyes, y se podía prometer lo que el Juez tenga por válido que otro deba, y cabía establecer la obligación de restituir a los que hubieran sucedido a una persona determinada en un supuesto especial:

Considerando que al principio de que el heredero ha de vivir en el momento de la muerte del testador, para poder hacer efectivo su derecho aparece desvirtuado en general, por los fideicomisos familiarmente válidos *en el Derecho romano justineano, aunque los fideicomisarios no hubiesen sido concebidos al morir el «de cujus», y en especial por los llamamientos hechos a favor de los hijos, nietos y demás descendientes legítimos, sin designarlos nominalmente, por la institución en segundo término de los hijos de las personas llamadas en primer lugar por orden sucesivo, y mucho más por la sustitución ordenada a favor de la persona a quien de derecho corresponda:*

Considerando que sin necesidad de discutir si rige en Cataluña el art. 750 del Código Civil, a cuyo tenor toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta, ha de reconocerse que *los autores de Derecho catalán moderno no consideran personas inciertas a los parientes de cierto grado, aunque de momento no resulten determinados, y que al mismo tiempo que declaran la incapacidad absoluta de las personas inciertas, para ser instituidas herederas dejan a salvo la circunstancia de que por algún evento pueden resultar ciertas:*

Considerando que no puede argüirse en apoyo de la opinión del recurrente que en el reseñado testamento don Pedro Nadal y Jove lega el usufructo de todos sus restantes bienes y derechos, primero a los consortes Bolet-Pol y después a los consortes Bolet-Martí, con lo cual no tienen naturaleza fideicomisaria, porque aparte de que no se llama a la nuda propiedad, sino que se instituye herederos universales a los hijos de don Pedro Bolet y doña Antonia Martí, en la proporción de dos terceras partes los varones, y la restante tercera parte a las hembras, *son tan intimas las analogías que establecen entre la institución usufructuaria y la fiduciaria, que los juristas regionales concluyen por atribuir al heredero en usufructo, cuando el universal no llega a ser heredero, el carácter y los derechos de un verdadero heredero universal, y declaran paladinamente que cuando un heredero es instituido durante su vida, si para después de su muerte se instituye otro heredero, el primero se asimila al fiduciario y el segundo al fideicomisario.*

Considerando que en virtud de los anteriores razonamientos

debe aplicarse al caso discutido la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1911, según cuyos términos *no puede atacarse la validez de la institución en favor de los hijos que el heredero dejase al morir de su actual matrimonio*, por creer que así se instituyen personas inciertas, pues no lo son, conforme al art. 750 del Código Civil, las que por algún evento puedan ser conocidas, como lo serán en el momento que los sustitutos ocupen el lugar del instituido, cuya muerte pondrá término a la incertidumbre por lo que hace al número de favorecidos; y, en su virtud, debe mantenerse, para la resolución de este recurso gubernativo, la doctrina de la citada resolución de 23 de julio de 1924, que admitía como excepción a la regla jurídica de que el heredero ha de existir en el momento de morir el causante, los llamamientos de tipo fideicomisario o asimilable al mismo».

Como la sentencia de 1911 fué dictada precisamente en un caso de sustitución fideicomisaria, pero tratándose de una sentencia piloto, es obligado un préstamo a aquella institución, como matriz del usufructo vincular que se hará más adelante, con otras concordantes.

31.—LAS INSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS A FAVOR DE LOS «NASCITURUS».

La proyección testamentaria directa puede ser estática y dinámica. En el primer caso el testador dispone de sus bienes sobre el cuadro familiar actual, eligiendo entre ellos a sus herederos o legatarios, apartando a los otros parientes con su omisión, cuando no a todos por designar una persona extraña. Más previsora si ésta es dinámica; son los casos de sustitución vulgar o pupilar, en que la perspectiva del testador admite supuestos alternativos, pero siempre referidos a un solo momento: al de su defunción. Sin embargo, en casi la totalidad de los casos veremos que existe una regla común a las sucesiones directas, la expresión nominal del heredero y de sus sustitutos. Su falta de previsión y ajuste da lugar al fenómeno jurídico de la preterición o premoriencia de intereses, pues algunos vienen a englobarlo con el del llamado derecho de «representación», cuando el momento de la vacante en el heredero, en el uno, es anterior a la apertura de la sucesión, y en otros

precisamente es después de la delación hereditaria cuando hay institución fideicomisaria.

Las cosas ocurren de otra forma, por regla general, en la sucesión indirecta. La perspectiva del testador se fija en dos momentos sucesorios, y en estos dos focos se concentra la doble delación testamentaria: un primer heredero o usufructuario y sobre el *ordo successivus* (muerte de éste), las personas que han de recoger entonces definitivamente su herencia o legado. A poco que se quieran prolongar los llamamientos, y lo corriente, cuando se entra en la institución, es agotar los límites legales, la designación no puede ser nominativa, ha de tomar una forma indeterminada. Esta elasticidad simplemente literaria toma consistencia jurídica, con el llamamiento a favor de un «nascituri», cuya capacidad se remite a su existencia en el momento de la muerte del usufructuario o fiduciario, pues por definición, son las personas que no existan en el momento de la primera apertura de la sucesión.

De este principio conviene sacar la natural consecuencia y asimilación, si la existencia del heredero en el momento de la sucesión viene a ser *conditio iuris* de la sucesión testamentaria, igual carácter y parificación convendrá al mismo requisito con relación al *nasciturus*, pero con relación al *dies veniens*, con cuya remisión se la quita al llamamiento el carácter de condicional, sin perjuicio de que pueda tenerlo por otra particularidad de la institución. Esta idea está sostenida por ROCA SASTRE en *La eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nasciturus»* (RDP, 1946), donde dice: «Hay cierta resistencia a admitir que el llamamiento de los *nasciturus* puede constituir una condición del llamamiento a su favor. Así, los derechos condicionales del *nasciturus*, fundándose en que los derechos condicionales no suponen menos que un sujeto que los incondicionales. POLACCO (*Delle successioni*, I, pág. 216), tampoco admite el juego de la condición suspensiva, en el caso de llamamiento eficaz de los *nascituri*, permitiendo en el derecho italiano, apoyándose para ello en que no cabe confundir con los elementos esenciales del acto que son *conditiones facti*, el elemento esencial del mismo, o sea las *conditio iuris*, las cuales en ningún caso pueden transformar en condicional una relación jurídica. La institución de heredero de un *nasciturus* no es una disposición condicional, porque el evento futuro e incierto es la pro-

pia existencia de la persona favorecida, o sea el elemento esencial del acto.»

Los llamamientos amayorazgados puede decirse que por excepción se encuentran en nuestra casuística usufructuaria, y por ello la característica de estos llamamientos se concreta con poder expansivo sobre una o varias líneas, y en este caso con la correspondiente atracción de la sustitución recíproca encadenada en varios momentos, tantos como fiduciarios estén llamados a la sucesión directa. Esta problemática, con llamamientos indiferenciados, generalmente los hijos de los instituidos, viene a concretarse en el supuesto doctrinal de los llamados derechos de «representación» y de «acrecer».

32.—EL LLAMADO DERECHO DE «REPRESENTACIÓN» ENTRE LOS FIDEICOMISARIOS.

La sentencia de 7 de junio de 1950, antes copiada, hacía dos afirmaciones fundamentales: que no había lugar al derecho de representación, pues se trata de un *post usufructo*, pero al propio tiempo llegaba por la vía del recurso a idéntica conclusión por el principio de la transmisibilidad de los derechos. Consecuencia del particularismo del recurso de casación y congruencia en general de los fallos, es muy importante fijarse en la acción ejercitada por el acto o recurrente, pues se puede llegar a soluciones antagónicas, según la vía utilizada, o ésta forzar la solución del asunto, viniendo a la consecuencia análoga de la sucesión *in stirpe*; por la ley o el derecho.

El principio jurisprudencial de la no representación viene a reiterarse en la sentencia de 6 de diciembre de 1952, de la que por su generalidad se trae sólo el siguiente:

«Considerando que en campo de amplio horizonte jurídico, contemplado a través de muy autorizada doctrina científica y de alguna de las legislaciones extranjeras más modernas, se advierte una decidida tendencia expansiva del *impropiamente llamado derecho de representación*, en particular acogiendo con naturales y reducidas limitaciones su encaje en la sucesión testamentaria, tanto por razón de la presunta voluntad del testador como por

motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario, de tan notoria relevancia en el caso concreto de premoriencia del hijo instituido heredero, que seguramente inspiraron las reglas clásicas «*in locus patris sui*» y «*filiū apellatione omnes liberus intellegimur*», que daban franca entrada a los nietos en la herencia del abuelo por *presunto llamamiento*, siquiera estas reglas hayan perdido su originaria pureza en el Derecho intermedio que las caracterizó, aplicándolas solamente al supuesto de que, *en régimen de sustituciones, los hijos llamados a la herencia fueran designados genéricamente, y no si el llamamiento se hace de forma nominativa*».

El interés de esta sentencia precisamente que proscribe la representación, viene a autorizar los llamamientos a favor de los hijos de las sustituciones catalanas, aplicándose también en el derecho común como resulta de la sentencia de 31 de diciembre de 1895, que aplica este principio tomándolo de la norma general de interpretación de voluntad contenida en las Partidas, igual al vigente 675, citando otros precedentes doctrinales, sin recurrir a la norma de Paulo, D. 50, 16, 84: que agrupa la lexicografía jurídica romana «De la significación de las palabras», diciendo sobre el particular: «Con la denominación de «hijos» entendemos todos los descendientes.» Se trata simplemente de situar en el campo de la voluntad presunta, opuesta a la representación de que se trata en la sucesión legítima, que por naturaleza es legal, y donde sólo cabe interpretar la ley, no la voluntad del testador, aunque sus efectos sean análogos. La interpretación cambia, según el llamamiento sea nominativo o a favor de los hijos.

De este orden se conserva y aplica otra ley romana, en la sentencia de 30 de junio de 1928, entre otras, para Cataluña, en la que dice:

Considerando que, de acuerdo con el principio romano en materia sucesoria en virtud del que el amor primero desciende, después asciende, y, en último término, se extiende colateralmente la ley 102, título L, Libro XXXV del Digesto declara «que habiendo un abuelo instituido herederos a un hijo y a un nieto a quien pidió que si muriese dentro de los treinta años restituyese la herencia a su tío paterno; habiendo fallecido dicho nieto dentro de dicha edad, pero dejando hijos, por conjetura de piedad, faltó

la condición del fideicomiso, porque se entendía que había escrito menos que había dicho», y la ley 30, tít. XLII, Libro 6.º del Código de Justiniano lo ratifica...

Estos problemas históricos que tienen su lugar adecuado en el campo de la sustitución, pero en su relación con la interpretación de la voluntad testamentaria, pueden interferirse por la proscripción del número 1.º del art. 785, con prohibición de las conjeturas, o sea obligando para la validez de las sustituciones a que éstas se hagan de una manera expresa, y este principio primordial para el derecho catalán, que no la ha recibido en los dos particulares anteriores, al no aplicarse a dicho derecho foral, ha dejado en tablas su problema típico de los hijos puestos en condición, que precisamente se trataba de atajar, poniendo fin al escolasticismo tan criticado, que siguió la glosa y que mereció, por la incertidumbre y variedad de opiniones, una cruel ironía de MONTAIGNE en sus conocidos *Ensayos* (relegaba el cuento al problema jurídico, a una cuestión de amistad).

Dada la amplitud del tema, basta con acotar un resumen de la posición de la doctrina española, diciendo OSSORIO MORALES, en su *Manual de sucesión testada*: «Las figuras más destacadas de nuestra doctrina tradicional (Sánchez Román, Valverde, De Diego, Manresa, etc.) se muestran opuestas a la posibilidad de aplicar a la sucesión testada el derecho de representación, con base principalmente en el argumento de tipo formal o sistemático que resulta del emplazamiento de los preceptos que regulan este derecho... No obstante cuanto queda dicho, en la doctrina española se advierte una decidida tendencia expansiva del impropriamente llamado derecho de representación, en el sentido de su encaje en la sucesión testamentaria, tanto por la voluntad presunta del testador como por motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario, tan manifiestos en el caso de premoriencia del hijo instituido heredero. Tendencia a la que, por una parte, ha contribuido, con su difusión, el nuevo Código civil italiano, en cuanto en él se extiende el principio de representación de la sucesión testada, y, por otra parte, la contemplación de la doctrina jurisprudencial, según la cual, *en materia sucesoria bajo la palabra hijos se entienden generalmente comprendidos los nietos y demás descendientes en línea directa, con lo cual prácticamente*

y de un modo indirecto se viene a reconocer un efecto semejante al que el derecho de representación origina... En sentido opuesto opina el tratadista ROCA SASTRE, quien incluso de *lege ferenda*, estima que existen motivos para no extender la representación a la sucesión testada, considerando que dicha institución no sólo es inadecuada en la sucesión testamentaria, sino innecesaria, ya que ésta cuenta con la *sustitución vulgar* mediante la cual puede el testador prever la hipótesis de que uno de sus hijos le premuera, llamando para tal supuesto a la stirpe. Y afirma que si el legislador introdujere el derecho de representación en la sucesión testamentaria, ello equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*».

Los problemas de léxico o ámbito son siempre fundamentales, pues por operarse en campos distintos, se pueden establecer oposiciones que en realidad son aparentes por el uso de acepciones distintas, muy importantes cuando la palabra representación es metafórica, y, por tanto, se trata de un fenómeno de espejismo, producido en distintos campos sucesorios y en momentos distintos, con diversidad de causa y analogía de efectos. El comentario de ROCA SASTRE hay que relacionarlo con los siguientes textos positivos de la legislación italiana:

Artículo 890 del Código de 1865: «Quedará sin efecto cualquier disposición testamentaria, si aquel en cuyo favor se ha hecho no sobreviviese al testador, o fuese incapaz.

Sin embargo, los descendientes del heredero o del legatario premuerto o incapaz participarán de la herencia o legado en los casos en que la representación se admitiera en su beneficio, tratándose de sucesión *ab intestato*, excepto cuando el testador disponga otra cosa, o si se tratase de legado, usufructo u otro derecho que por su naturaleza sea derecho personal.»

Artículo 467 del nuevo Código italiano de 1942: «Noción.—La representación hace sub-entrar al descendiente legítimo en el lugar y en el grado de su ascendiente, en los casos en que éste no quiera o no pueda aceptar la herencia.

Se tiene representación en la sucesión testamentaria cuando el testador no ha previsto para el caso en que el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado y siempre que no se trate de legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza temporal.»

De la simple lectura todos estos problemas se refieren a los supuestos de la primera sucesión, que gira alrededor del *dies cedens*, y entonces, como más adelante veremos, la solución radica en si el llamamiento fideicomisario puede convertirse en sustitución vulgar.

Otro es el supuesto de que fallezca el fideicomisario después de la muerte del testador, y en este caso, el confusionismo puede existir entre dos instituciones afines, que separa la resolución de 22 de diciembre de 1949:

Existen esenciales diferencias entre el *jus representationis*, regulado por los arts. 924 al 929 del Código Civil, y el *ius transmissiones*, a que se refiere el art. 1.006; para el primer derecho se requiere la premoriencia del representado; éste no llega a ser heredero, y el representante sucede directamente a aquél; y, por el contrario, el segundo de ambos derechos supone la supervivencia al causante del transmitente, y es heredero de éste el beneficiado con el derecho de transmisión, de todo lo cual dimana una dualidad de situaciones jurídicas cuya fundamental diferencia doctrinal y cuya importante consecuencia práctica puso de relieve el Tribunal Supremo al declarar reiteradamente que el nieto que heredare al abuelo por derecho de representación del hijo premuerto, puede aceptar la herencia de éste a beneficio de inventario, y la de su abuelo pura y simplemente, con lo cual no queda obligado a responder de las deudas del padre sino hasta donde alcancen los bienes heredados del mismo.

Por tanto, el complejo que se llama «derecho de representación» en la «sucesión testamentaria» conviene desdoblarlo en los distintos ángulos en que nos los viene presentando la jurisprudencia, para ver ya no sólo su nombre, que siempre es impropio, sino los análogos efectos pretendidos.

33.—LOS LLAMAMIENTOS FIDEICOMISARIOS «POST MORTEM» A FAVOR DE LOS HIJOS DE UNA PERSONA.

Conforme se avanza en el estudio del usufructo vincular se adentra el trabajo en la sustitución fideicomisaria, que aparece como institución matriz, y por ello es preciso continuar presentando algún aspecto de la jurisprudencia que en ésta aparece más

clara, sobre la vacante del fiduciario, pues cuando se trata del usufructuario, la doctrina, como se vió, no siempre ni es acorde ni convincente, y con la forma voluntaria, de la renuncia del derecho temporal se quieren quemar las etapas sustitutorias.

En particular aparece citada, en la sentencia de 31 de enero de 1931, la sentencia de 11 de marzo de 1911, de gran interés, puesto que por la falta de fiduciario hay que definir la situación de los hijos llamados como sustitutos, como resulta de la siguiente cláusula testamentaria:

En la vigésima, instituyó heredero universal a su tutor, don Ildefonso Alonso Maza, quien podía disponer libremente de todos los bienes restantes, derechos, acciones y demás haberes que por cualquier título, causa o motivo, le pertenecieran, y en la vigésimo-primer a dispone que para el caso de que el repetido don Ildefonso Alonso Maza, heredero instituido en la cláusula anterior, *le premuera o por cualquier motivo no sea su heredero*, instituye en sustitución herederos universales a los hijos e hijas de legítimo y canónico matrimonio que el citado don Ildefonso hubiese dejado al morir, por partes iguales, y también a sus respectivas libres voluntades.

Esta sustitución fideicomisaria, compendiosa, puesto que ésta comprende las dos modalidades, vulgar y fideicomisaria, sin que por la naturaleza de la sustitución pueda fundirse en una sola, di- ciéndose en esta primera resolución por el Supremo:

Considerando que es improcedente el primero de los motivos de casación en que se funda este recurso, porque en él se alegan errores de hecho y de derecho que no ha cometido la Sala sentenciadora, que tuvo presentes y en consideración todos los documentos y actuaciones a que el recurrente se refiere, y les atribuyó una eficacia probatoria y un valor legal en consecuencia a lo que disponen los artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil, 596 y 597 de la Ley Ritual, si bien con alcance distinto a las pretensiones del demandante.

Considerando que también es improcedente el motivo alegado contra la validez de la institución del heredero en favor de los hijos que éste al morir dejase de su actual matrimonio, en el supuesto de que así resultan instituidas personas inciertas, pues no lo son, conforme al artículo 750 del Código Civil, cuando por algún

evento pueden ser conocidas, como lo serán en el momento que los sustitutos ocupen el lugar del sustituido, cuya muerte pondrá término a la incertidumbre, por lo que hace al número de los favorecidos con esta herencia, que pueden ser más o menos de los que en tal concepto han figurado ya como demandados en este pleito:

Considerando que también es improcedente este recurso en aquella parte dedicada a probar que los hijos son personas interpuestas para dar validez a la disposición testamentaria hecha por el pupilo en favor de su tutor, pues el Código Civil, en su artículo 755, establece esta prohibición para evitar que en tal forma y con fraude de la ley sean herederos los que no puedan o no deban serlo, y que en la sentencia recurrida no se afirma ningún hecho que autorice esa presunción, y en el caso presente, ni aun en el concepto de usufructuario de sus hijos menores podrá el incapacitado disfrutar de una herencia que, mientras él no muera, aquéllos no podrán reclamar:

Considerando que las disposiciones de carácter restrictivo no pueden entenderse sin ampliarse a otros casos y personas que a los comprendidos en ellas, y por tal razón es forzoso no aplicar el precepto prohibitivo que limita la testamentifacción activa del pupilo en favor de su tutor a los hijos de éste, sobre los cuales nada dispone el artículo 753 del Código Civil, aparte de que si el legislador hubiera creído que debiera hacerlo habría hecho la declaración que en los artículos 752 y 754 hizo respecto a los parientes dentro del cuarto grado del confesor y el Notario que asistieran al testador en su última enfermedad:

Considerando que por las mismas razones expuestas es improcedente este recurso en sus tres primeros motivos, y asimismo en lo que respecta al cuarto y último, porque entraña una cuestión no debatida en el pleito durante el cual y en el momento oportuno no se pidió que se aplicara el artículo 805 del Código Civil, y sería vulnerar las reglas más elementales del procedimiento civil resolver en casación lo que no fué demandado ni discutido por las partes:

Esta fisura permite volver a plantear el problema sustitutorio, bajo este aspecto, viniendo a resolverse en la sentencia de 12 de febrero de 1915, procedente de Barcelona, con el contenido siguiente:

Considerando que la cuestión esencial de este pleito, tal como fué planteada por las respectivas representaciones de las partes, y teniendo presente los fundamentos aducidos, ha versado sobre la interpretación que debe darse a la cláusula 21 del testamento otorgado por don Fernando Diego en 6 de abril de 1907, sosteniendo la demandante y los demandados opuestos criterios al apreciar el verdadero carácter y alcance la sustitución que ordena el testador cuando hace la institución de herederos para el caso de que premuera o por cualquier motivo no sea su heredero don Ildefonso Alonso y Maza, primeramente designado en la cláusula 20, anulada por sentencia firme recaída en otro litigio:

Considerando que bien se entiendan en sentido literal las palabras usadas en dicha cláusula 21 por el testador, ya por dar éste a conocer claramente su voluntad y su intención, es manifiesto, relacionando esa misma cláusula con las demás del testamento, que don Fernando Diego, sin heredero forzoso, dispuso quiénes habían de ser sus herederos en el caso de no serlo el instituido en primer término, designándolos de un modo explícito, para que no se anule la institución por recaer en personas inciertas y haciéndolo en forma rigurosamente legal autorizada en los artículos 769 y 771 del Código Civil, y, por consiguiente, *declarado incapaz don Ildefonso Alonso para heredar, se da uno de los supuestos de la sustitución definida en el artículo 774 del mismo Código; y desde ese momento los hijos de aquél, ahora demandados, son tales herederos instituidos, adquiriendo los derechos hereditarios del testador y no del sustituido, que nunca llegó a adquirir esos derechos, sin que obste la posibilidad de tener Alonso y Maza, cuando muera, más hijos de legítimo y canónico matrimonio, pues esta circunstancia sólo puede afectar a la determinación de la cuantía de la herencia correspondiente a los hijos «que hubiese dejado al morir», deduciéndose de cuanto queda expuesto que la Sala sentenciadora no ha infringido el artículo 675 del Código Civil, como erróneamente se afirma en el segundo motivo del recurso:*

Considerando que tampoco cabe estimar la infracción del artículo 799, alegado por su aplicación indebida en el mismo segundo motivo, supone el recurrente que el derecho de los hijos de don Ildefonso Alonso a la herencia de don Fernando Diego no pueden transmitirlo hasta que lo adquieren cuando muera el padre, pues,

como ya se ha dicho, estando cumplida una de las condiciones de la sustitución genérica, establecida en la ley, o sea, la imposibilidad de heredar el primer instituido, adquieren los sustitutos sus derechos hereditarios directamente del causante y desde el momento de su muerte, por lo cual sólo puede admitirse interpretando racional y legalmente la cláusula 21 del testamento, que esta contiene una condición suspensiva para entrar aquéllos en posesión de los bienes hereditarios, condición que no afecta a la preexistencia de sus derechos, porque, según se desprende de los términos del referido artículo 799, y se ha declarado por este Tribunal Supremo, las instituciones a día cierto, o que indudablemente ha de venir como la muerte de una persona, crear derechos transmisibles a los herederos de los instituidos al fallecimiento del testador:

Considerando que, demostrada la acertada aplicación hecha por la Sala sentenciadora de ese artículo 799, resulta notoriamente infundada la supuesta infracción de los artículos 801, 802 y 803 del repetido Código, señalada también en el propio segundo motivo de casación, ya que esos tres preceptos son concordantes y complementarios del primero; y como para ellos se regulan los pormenores de la administración de la herencia para el caso de hacerse la institución de heredero bajo condición suspensiva, no es de aplicación el artículo 805, que también se dice violado, porque existiendo dicha institución en la forma expresada, no puede legalmente abrirse la sucesión intestada para llamar a los sucesores legítimos, pues con ello se crearía un estado de derecho opuesto al que estableció el causante en uso de su facultad de testar:

Considerando que desestimadas por no tener debida justificación las infracciones señaladas con referencia al punto capital objeto del recurso, es innecesario y resultaría ocioso ocuparse de las demás indicadas en el segundo motivo y en el primero y tercero, porque o no guardan relación directa con la cuestión principal resuelta en la sentencia recurrida a las que son también aplicables los fundamentos anteriores.

Vienen a quedar apartados los parientes de tercer grado del testador, que pretendían entrar en sustitución del tutor instituido antes de aprobarse las cuentas, siendo una de las resoluciones más comentadas, diciendo sobre ello Roca Sastre, en sus anotaciones al *Tratado de Derecho Civil de Ennécerus*: «Lo que no puede sos-

tenerse, como pretende la sentencia de 12 de febrero de 1915, es que la circunstancia de ser llamados herederos los hijos de una persona distinta del testador tenga al morir, implica por sí sola, o sin más, un llamamiento bajo condición suspensiva, aunque se entienda que ésta únicamente suspende la entrada en la posesión de la herencia no en su adquisición. Para esto se requiere un precepto legal específico, que en alguna legislación especial existe, pero que en nuestro Código Civil falta.» Realmente la concordancia de 799, con los artículos 801 a 803, establecidos para la condición neta, es poco afortunada, a menos que se le dé una interpretación amplia a la condición y se considere el término, con la *conditio iuris* superpuesta de sobrevivencia.

Ampliamente se pronuncia sobre este asunto VALLET DE GOYTISOLO, en su notable trabajo *Fideicomisos a término y condicionales* (ADC, 1956), diciendo: «La sentencia de 12 de febrero de 1915 afirma, en esencia, esa opinión. En un supuesto de sustitución del instituido por los hijos que dejare a su fallecimiento y anulados en otro juicio por incapacidad de aquél, resolvió que en el tiempo que mediara entre la apertura de la sucesión y la muerte del instituido en primer lugar, cuya institución fué declarada nula, no debía aplicarse el artículo 805, sino que los sustitutos ya nacidos deberían heredar directamente al causante (sin perjuicio de que si dejase aquél al morir más hijos legítimos, también heredarían éstos, lo que sólo daría lugar a la consiguiente corrección en la determinación de la cuantía correspondiente a los nacidos al abrirse la sucesión), aun cuando no hubiere fallecido el primer instituido», y en otro lugar de este trabajo, dice: «No vemos obstáculo para ello en el artículo 805 del Código Civil. Como tampoco lo vimos al examinar la hipótesis inversa de la consolidación de la titularidad del gravado por el fideicomiso. La aplicación rigurosa del artículo 805 sólo puede referirse al supuesto literalmente previsto en el mismo. Es decir, a la institución *desde* o *hasta* cierto tiempo, en lo que supone un explícito llamamiento a los herederos legítimos. En cambio, en los llamamientos sucesivos parece más lógico entender que la determinación de tiempo de un recíproco límite puesto por la concurrencia temporal, querida tan sola entre los llamados para *hasta* o para *después* del término. Límites que deben desaparecer al faltar dicha concurrencia limitativa.

A esta solución nos acompaña la sentencia de 12 de febrero de 1915, que rechazó la aplicación del artículo 805 en un caso de nulidad de la institución por incapacidad del llamado y de llamamientos como sustitutos de los hijos legítimos que al *fallecer aquél dejare*, y admitió que heredasen directamente al causante la sucesión sin perjuicio del derecho de los que nacieran después (aun cuando esta sentencia se apoya en considerar el supuesto en cuestión como una condición comprendida en el artículo 799, que no afectaba a la preexistencia de los derechos de los sustitutos).

Acercándonos al tema de este trabajo, aunque no se estudien las facultades de disposición del usufructuario y fideicomisario, pero si quedan apuntadas, conviene recordar la opinión de PALOMINO, en su *Diagnóstico y tratamiento del «Pseudo usufructo testamentario»*, en el que se resume así su opinión: «En una sustitución fideicomisaria con segundo llamamiento puro, puede el fiduciario, de acuerdo con todos los fiduciarios, anticipar el momento de la devolución de la herencia.—Pero en una sustitución fideicomisaria cuyo segundo llamamiento esté afecta por una condición de supervivencia referida nada menos que a la determinación de los fideicomisarios, no puede la fiduciaria anticipar la devolución, ni desligarse de sus deberes de conservar y restituir, después de haberles aceptado, ni tener otro sentido la devolución intentada, más que el de una cesión (o de un abandono) de sus derechos de posesión y disfrute. Los fideicomisarios no se determinan sino por la muerte de la fiduciaria, y serán, ni mas ni menos, que los que entonces queden huérfanos de la misma madre.—En el caso resuelto el 12 de enero de 1944—resolución anteriormente copiada—, ni hubo renuncia de usufructo, sino cesión de derechos, ni hubo adquisición de dominio con condición resolutoria, ni debió hacerse la partición, ni declararse inscribible la hecha. El Registrador de la Propiedad de San Fernando tenía razón, en el fondo».

Esta doble sucesión de los hijos, montada a caballo en los dos momentos sucesorios, cumplimiento de la condición y muerte de la madre, a la que tenían que sustituir y suceder respectivamente, pues hasta su muerte no podía tener concreción su derecho, viene a ser el objeto de la sentencia procedente de Palma de Mallorca, de 5 de mayo de 1932, que sienta la siguiente doctrina:

Considerando que la cláusula del testamento otorgado en 26 de

octubre de 1922, dos días antes de su fallecimiento por don Bartolomé Aguiló Picó, y que ha originado el pleito que motiva el presente recurso, dice textualmente: «En el remanente de sus bienes y derechos presentes y futuros instituye por su heredera universal a la nombrada su sobrina Margarita Pomar Aguiló, bajo las siguientes limitaciones: de no poder vender, gravar ni permutar la casa y corral en que vive; de que si dicha sobrina y heredera fallece sin descendencia de legítimo matrimonio pasarán los bienes de su herencia que consistan en dicha casa y corral y algunos muebles y ropas, a Bartolomé Aguiló Miró, hijo de su primo Pedro Juan, en pleno dominio, y que *si dicha heredera contrajere matrimonio con su cuñado José, perdería el carácter de heredera y los bienes pasarán a sus descendientes de legítimo matrimonio, si los hubiere, y, en su defecto, al nombrado Bartolomé Aguiló Miró*», desprendiéndose de ella, clara, lisa y llanamente atendiendo a su tenor literal, que, si la primer heredera nombrada, se casaba con su cuñado José, perdía tal carácter, pasando los bienes *a sus descendientes de legítimo matrimonio*, si los hubiere, sin que el testador condicione el nombramiento de éstos, a su existencia en el preciso momento en que la Margarita contrajese el matrimonio que resolvía su institución de herencia, ni priva de la cualidad de herederos, a los que aquélla pudiera haber de su matrimonio con el José, antes por el contrario, el adjetivo posesivo *sus*, en la transcrita cláusula, precede a la palabra *descendientes*, determina con toda precisión (al no exceptuarlos de un modo expreso), que todos los descendientes legítimos de ella, incluso los habidos del matrimonio con el actor, son los herederos del causante Bartolomé, al resolverse y extinguirse el carácter de heredero de la Margarita, no consintiendo el texto explícito y terminante del artículo 675 del Código Civil, informado por la más pura ortodoxia del Derecho romano el apartarse del sentido propio y literal de la disposición testamentaria que se examina, intención distinta en el testador, que *claramente* no aparece ni revela en la mencionada cláusula ni en las demás que integran el testamento; pues si bien a la Sala sentenciadora, conforme doctrina reiterada de este Tribunal Supremo la corresponde privativamente la interpretación de la voluntad e intención del que otorga testamento, tal facultad está limitada, por imperio del citado artículo 675 del Código Civil,

cuando el sentido literal de las palabras empleadas por el testador, baste para entender su voluntad y no se manifieste claramente, como en este litigio ocurre, otra contraria o distinta a la que expresan los términos literales de las disposiciones, *pugnando además el fallo de la Sala al privar de la herencia a los hijos de Margarita, habidos de su matrimonio con José, con el criterio respectivo que para librar de trabas y cortapisas a la base legítima de la familia*, impone nuestro Código Civil, inspirándose, por analogía, con las prescripciones del primitivo Derecho romano sobre los instituidos herederos *poene nomine*, al no tener por puesta la condición absoluta de contraer primero o ulterior matrimonio fuera de los dos casos que especifica y determina:

Considerando que en su consecuencia al absolver el Tribunal *a quo* a los demandados Bartolomé Aguiló Miró y Margarita Pomar Aguiló y no declarar que por haber perdido ésta su carácter de heredera de Bartolomé Aguiló Picó por su casamiento con José Fuster, *quedó supeditada la sustitución del demandado Bartolomé Aguiló Miró a la muerte de aquélla, con descendencia legítima*, incidió en la violación del artículo 675 del Código Civil, en que se funda el quinto de los motivos alegados por el recurrente, *por lo que procede, al estimarle, declarar haber lugar al recurso interpuesto*, siendo superfluo examinar los cuatro primeros motivos del recurso que al mismo fin que el estimado y señalado con el número quinto se encaminan y dirigen.

Sin embargo, este sentido unitario que se da en las situaciones defectivas anteriores, no responden a nuestra total jurisprudencia, que resuelve particularmente los casos, siguiendo las hipótesis que señale POLACCO: «Tres diversas soluciones se disputan el campo en la doctrina y en la jurisprudencia, y no parece que se pueda exco-gitar ninguna otra. O tener todo en suspenso, declarando la división imposible, mientras no se tenga la certeza de que no nacerán otros hijos, lo que, especialmente si se trata de criaturas por nacer de un *hombre* viviente, equivale por lo general a decir hasta que él muera, ya que la edad de los varones, por avanzada que sea, no excluye en derecho la posibilidad de engendrar. O dar la herencia al primer nacido (suponiendo que sean llamados solos los por nacer y no ya conjuntamente con persona viva, caso en el cual la división se hará por partes iguales entre los dos), pero bajo la

condición resolutoria en cuanto a aquella parte que corresponda a las personas sucesivas por nacer. Esto es, dada la herencia entera al primer nacido al sobrevenir el segundo, tal asignación debería disminuir en la mitad para darla al que ha sobrevivido; al sobrevenir un tercero, las cuotas del primero y del segundo se debían disminuir en un sexto a cada uno para atribuir dos sextos, esto es, la cuota de un tercio, al que se ha llegado ahora, y así sucesivamente. O, finalmente, proceder a una división provisional, basada en el cálculo de probabilidades. Esto es, se debería valorar, como escribe VITALI, todos los elementos de probabilidades y todas las circunstancias, establecer de manera aproximativa el número eventual de hijos que todavía pueden esperar de aquella determinada persona y base de ello asignar inmediatamente a los nacidos su porción, salvo, en el caso de que llegase a nacer de ella un mayor número del previsto, proceder a un reparto suplementario entre los nacidos en la porción y porciones que se hubieren reservado para los esperados sucesores, cuya posibilidad actualmente se excluye por la muerte o por sobrevenida manifiesta importancia de la persona que hubiere debido procrearle.»

En puridad, ninguna de estas tres soluciones resuelve el problema, que se trata a la vista tan sólo de la jurisprudencia apuntada en este epígrafe, de si la adquisición de los «hijos» *post mortem auctoris*, puede modificarse por cualquier circunstancia casual o voluntaria posterior a la muerte del causante. Si por su naturaleza la apertura de la segunda sucesión fideicomisaria no puede tener lugar antes del momento previsto, cualquiera que sean las circunstancias posteriores, pues es inmutable la ley sucesoria, sentada por el testamento. La propiedad que siga al usufructo, es invariable y no tienen reflejo en aquélla, pueda o no hacerse la partición, que siempre tendrá carácter provisional, y toda enajenación se asentará siempre sobre una expectativa, no sobre una propiedad condicional, que siempre incurriría en el vicio de ser un fraude a la voluntad del testador, que ha querido mantener un estado de «suspensión» mientras viva el usufructuario o fiduciario. La posición que se fije en este problema, de si se trata de una propiedad condicional o de una expectativa pendiente del cumplimiento del término, dado el distinto tratamiento que en cuanto a facultades dispositivas concede nuestra jurisprudencia, es fundamental por

los resultados que puede producir, sin perjuicio de los que resulten de la representación de los *nascituri*, en los casos de que esté autorizada la enajenación de los bienes de que sean titulares.

Otro problema difícil de resolver es la compatibilidad entre la sustitución vulgar y la fideicomisaria, que no pudo aquélla cancelarse definitivamente, hasta la muerte de la persona cuya defunción determina la apertura de la sustitución fideicomisaria, y menos si el que se considera como subrogado, sólo lo es del usufructo vacante. Ahora bien, si el hijo único de los llamados como sustitutos vulgares muere antes de la apertura de la sucesión de la persona de cuya vida depende la segunda apertura sin más sucesión, habrá que definirse por uno u otro criterio: llamar a los parientes del testador, o considerar, como creo más oportuno, por regla general acorde a la voluntad del causante que ha consolidado y purificado su derecho.

34.—LOS LLAMAMIENTOS SUSTITUTORIOS A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES DEL TESTADOR.

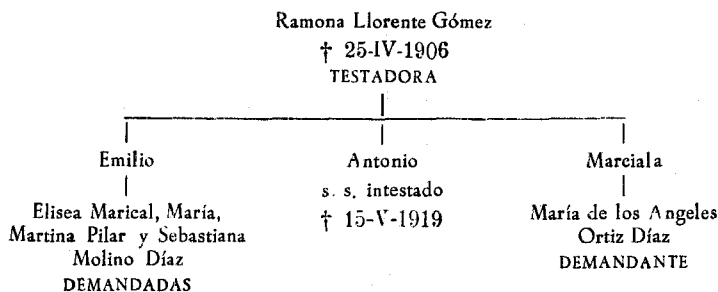
Centrado el tema, cuya dispersión es peligrosa, máxime teniendo en cuenta la multiplicidad de casos, y el particularismo foral en Navarra y Cataluña, obliga a volver sobre el tema usufructuario, por presentarse tan sólo en escorzo por ser el problema capital de la sustitución.

La característica de los llamamientos conjuntos, son dos particularismos jurídicos, conocidos con los nombres de derecho de acrecer y representación, sobre los que la *sentencia* más remota que encuentro es la de 8 de julio de 1924, que se refiere como resulta de la siguiente cláusula testamentaria usufructuaria a la línea directa:

Que haciendo uso del derecho que le conceden las Leyes, la señora otorgante *mejora en el usufructo vitalicio de los dos tercios del remanente* de todos sus bienes, derechos y acciones que por cualquier modo la correspondan a sus citados hijos doña Emilia, don Antonio y doña Marciala Díaz Llorente, a partes iguales, para que cada uno de ellos disfrute por todos los días de su vida lo que corresponde en dichos dos tercios de bienes, pero no los

podrá enajenar, permutar, ni gravar ni hipotecar por ningún motivo, y los conservarán íntegros como los reciban, para sus respectivos hijos y descendientes legítimos de cada uno de ellos; siendo los hijos o descendientes legítimos, que cada uno de ellos deje a su fallecimiento los herederos en propiedad plena de la parte correspondiente a su padre en dichos dos tercios de bienes. Pero si cualquiera de los tres expresados hijos, doña Emilia, don Antonio y doña Marciala, fallecieran sin dejar hijos o descendientes legítimos, el que se encuentre en este caso podrá disponer libremente por testamento y para después de su muerte, de lo que le corresponda en usufructo en dichos dos tercios de bienes.

El siguiente árbol genealógico viene a demostrar el problema sucesorio, por el número distinto de sobrinos que tiene cada una de las ramas colaterales:



La dificultad del caso sobre la división por estirpes, como pretendía la demandante, o por cabezas, como corresponde a los sobrinos en la sucesión intestada, vino a determinar la admisión de la demanda por el Juzgado, revocada por la Audiencia, previa discordia, y viniendo el Supremo, después de apuntar la solución correcta, a limitarse a la doctrina de los actos propios, basando en la adjudicación sin limitación al hijo causante, como resulta de los siguientes:

Considerando que la cuestión fundamental debatida en el pleito, y que es objeto de uno de los motivos del recurso, consiste en apreciar y determinar si doña Ramona Llorente Gómez murió o no sin sucesión legítima con relación a los bienes a que la demanda alude:

Considerando que la finada, por la cláusula 8.ª de su testamento, instituyó en *concepto de mejora en usufructo* a favor de sus tres

hijos, con prohibición de enajenar los bienes y la obligación de conservarlos íntegros, como los reciban, para sus respectivos hijos o descendientes, y ordena que si cualquiera de sus expresados hijos falleciera sin dejar hijos o descendientes legítimos, el que se encuentre en este caso podrá disponer libremente por testamento y después de su muerte de lo que le correspondiese en usufructo en los bienes de la mejora, con lo que proveyó la testadora a todas las eventualidades y manifestó claramente su deliberada intención, su decidido propósito de no morir sin sucesión:

Considerando que del contexto de la indicada cláusula se deduce de manera evidente la institución de herederos propietarios hecha a favor de los hijos de la causante, sujeta a la condición suspensiva de morir éstos, sus hijos, o descendientes legítimos, cuya condición se cumplió respecto a don Antonio Díaz Llorente, quien falleció después que la testadora, no hallándose, por tanto, comprendido el caso en el primer inciso del número 3.º del artículo 912 del Código Civil.

Considerando que no cabe admitir que la libre disposición de los bienes de la mejora concedido por doña Ramona Llorente a su hijo don Antonio y a sus hermanas, si falleciere sin dejar hijos o descendientes legítimos, quedara subordinada al hecho de que aquéllos otorgaran testamento, haciendo depender de un requisito formal el cumplimiento de la voluntad expresa del causante, que es la ley en los litigios sobre sucesión, pues tal interpretación pugna abiertamente con el sentido general de la cláusula aludida y no tiene, en su consecuencia, otra significación y alcance el vocablo testamento empleado que la de ser manifestación adecuada de la última voluntad del heredero instituido:

Considerando que, conforme al artículo 609 del Código Civil, la propiedad se adquiere y se transmite por sucesión testada, y según los artículos 799 y 1.120 del propio Cuerpo legal, la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos, y que los efectos de la condición cumplida se retrotraen al día de la constitución de la misma, día que, tratándose de la transmisión por causa de muerte, es el del fallecimiento del testador:

Considerando, aparte de lo expuesto, que doña Ramona Llorente, por la cláusula undécima de su testamento, impone a sus here-

deros respeto y acatamiento a lo que hicieren los albaceas nombrados y *les prohíbe toda actuación judicial contradictoria de su voluntad, so pena de perder los derechos que les reconoce:*

Considerando que esa sanción alcanza a la demandante, que si bien tiene el carácter de heredera forzosa en cuanto al tercio de caudal a que primeramente se refiere la base 16 de las establecidas para la redacción del Código, carece de esa condición respecto al tercio de mejora a que alude la misma base y los artículos 808 párrafo 2.º y 823 de dicho Cuerpo legal, con arreglo a cuyos preceptos el testador puede, a su arbitrio, privar a sus hijos o descendientes legítimos de la porción de legítima en beneficio tan sólo de sus demás herederos de la misma clase; en cuya virtud no puede aquella parte impugnar con eficacia *la adquisición de las dos fincas discutidas, hechas a don Antonio Diez, por los albaceas contadores partidores de la herencia de doña Ramona Llorente en plena propiedad y absoluto dominio:*

Considerando que, conforme al artículo 1.068 del mencionado Código, *la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados* y que representando la partición un contrato celebrado por los coherederos produce entre los mismos plena eficacia, mientras no sea rescindida y anulada, lo que no ha sucedido en el presente caso.

35.—EL DERECHO DE «REPRESENTACIÓN» Y DE «ACRECER» EN LOS LLAMAMIENTOS SUSTITUTORIOS A FAVOR DE LOS HERMANOS Y SUS DESCENDIENTES.

Las disposiciones sustitutorias pueden ser múltiples, en cuanto benefician al mismo tiempo a varias cabezas de línea, generalmente a la misma altura, y este llamamiento familiar, cuando se concentra entre los hermanos del testador, toma dentro de la parentela caracteres típicos: prolongación del llamamiento en las líneas fecundas, concentración en aquéllas de los bienes, que se destinaron a las líneas que resulten estériles; al primero se llama derecho de representación y subsidiariamente aparece el llamamiento de acrecer, para mantener los bienes, dentro de los límites

legales, dentro de la familia, por medio de esta sustitución recíproca.

a) *La premoriencia en la sustitución recíproca.*—Premuertos dos hermanos sin sucesión, el tercero otorga testamento, y contra su sucesor testamentario, promueven demanda los parientes *ab intestato* del causante, que ven desestimada su pretensión en la sentencia de 10 de marzo de 1932, procedente de Palma de Mallorca, del siguiente tenor literal:

Considerando que, quedando reducida la cuestión que ha de ser resuelta en la presente sentencia a interpretar los testamentos otorgados en 1 de mayo de 1865 por doña Catalina y doña Magdalena Nadal Gelabert, ya que no es posible desconocer que tal interpretación se hace necesaria para resolver las cuestiones planteadas en el presente pleito, ha de tenerse primeramente en cuenta que tratándose de unos testamentos otorgados en 1865, y, por tanto, con anterioridad a la vigencia del Código Civil, las disposiciones del mismo no pueden ser invocadas ni aplicadas según jurisprudencia de esta Sala para resolver las cuestiones que surjan sobre la interpretación de los mismos testamentos; y, por, tanto, debe ser desestimada con referencia al primero de los motivos la alegada infracción de los artículos 675 y 912 del Código Civil; siendo necesario para resolver sobre la procedencia o improcedencia de la interpretación dada por la Sala, tener en consideración no solamente las disposiciones legales reguladoras de tal interpretación con anterioridad al vigente Código Civil, sino también muy particularmente aquellas que se refieren a testamentos otorgados en las Islas Baleares:

Considerando que, según la Ley 5.^a, título 33 de la Partida 7.^a, reflejo de las leyes romanas, «las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas conforme llanamente así como suenan et non se debe el Juzgador partir del entendimiento de ellas, fueras ende, cuando pareciese, ciertamente, que la voluntad del testador fuera otra que non como suenan las palabras que están escritas», y siendo notorio que en las cláusulas testamentarias de referencia se comienza por las testadoras, instituyendo herederos propietarios a sus sobrinos don Antonio, don Gabriel y doña Magdalena Nadal Bassa, y se concluye después mediante las restric-

ciones que las dichas testadoras ponen a tal institución de herederos propietarios a sus sobrinos, a afirmar que el que *carezca de hijos se entenderá un simple usufructuario de la parte asignada, manifiesta es en el presente caso, dada la contradicción anotada, la imposibilidad de estar al sentido literal de las palabras empleadas por las testadoras como suprema expresión de su voluntad, ya que de esa voluntad sacan su fuerza las disposiciones testamentarias:*

Considerándose que *no ordenándose por la testadora una sustitución fideicomisaria, con la obligación de los herederos instituidos de conservar y transmitir los bienes en que se les nombra herederos a una tercera persona, ha de entenderse que la institución de heredero que la misma hace es una institución condicionada, en virtud de la cual los tres herederos instituidos eran sustitutos los unos de los otros, sustitución que tendría lugar cuando cualquiera de ellos falleciera sin descendencia; en cuyo caso las testadoras disponen expresamente que la parte de éste acrecerá a aquel o aquellos que los tengan, y si bien esta disposición no ofrece en su obligación dificultad alguna, cuando al fallecimiento de cualquiera de los herederos sin descendencia puedan ser sustitutos uno de otros, como ordena el testamento, tal dificultad surge al morir sin tal descendencia el último de los hermanos que sustituyó a los dos que le premurieron, ya que entonces nace la cuestión que ha de ser resuelta en el presente pleito, consistente en determinar; si no pudiendo tener lugar a la muerte de doña Magdalena, sin hijos, la sustitución ordenada por las testadoras en sus hermanos que le premurieron la condición restrictiva de la propiedad en que fué instituída desapareció, y pudo disponer libremente en favor del demandado; o por el contrario, si siendo la doña Magdalena una simple heredera usufructuaria ha de tener lugar al fallecimiento de la misma la apertura de la sucesión «ab intestato» en orden a la propiedad de los bienes de que se trata:*

Considerando que, según la ley 101, título 1.º, libro 35, del Digesto, en las condiciones impuestas en los testamentos conviene considerar la voluntad del testador más que las palabras, ordenándose en la ley 24, título 5.º, libro 34 del mismo cuerpo legal, que siendo ambiguo el sentido de una cláusula, se ha de interpretar generalmente a favor de la validez de la disposición testamentaria;

y en su virtud, *habiendo la testadora instituido a sus tres indicados sobrinos herederos en propiedad, con ciertas restricciones, es manifiesto que va contra la expresa voluntad de dichas testadoras la interpretación que conduzca a afirmar que tal institución en propiedad, por virtud de determinadas restricciones ambiguas que no pueden tener aplicación a la muerte de doña Magdalena quedó reducida a una institución de herederos usufructuarios, ambigüedad que en todo caso ha de interpretarse conforme a la citada ley 24, título 5.º, libro 34 del Digesto en favor de la validez y eficacia de la institución de heredero en propiedad, institución que quedaría sin efecto y validez de abrirse la sucesión *ab intestato* para deferir con arreglo a la misma la sucesión de los bienes de que se trata, y en su virtud, habiéndolo estimado así, y con notorio acierto, el Tribunal a quo debe ser desestimado el primero de los motivos del presente recurso, pues a más de los anteriores razonamientos ha de ser tenida en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta Sala, según la que, cuando se trate de la interpretación de las cláusulas de un testamento, es menester que el error resulte muy manifiesto para que proceda la casación de la sentencia.*

Considerando que, citándose como documento auténtico para demostrar el error de hecho alegado en el segundo de los motivos, el propio testamento cuya interpretación ocasiona el presente recurso, es manifiesta la improcedencia de dicho motivo, ya que con ello el recurrente lo que hace es sustituir con su propio criterio de interpretación el más acertado de la sala sentenciadora, y por tanto, debe declararse no haber lugar al presente recurso.

Si sobrevive descendencia de uno solo de los usufructuarios recíprocamente sustituidos, es interesante la sentencia citada de 6 de marzo de 1944, parcialmente reproducida, que conviene ampliar en cuanto al derecho de acrecer se dice.

Resultando que en 10 de diciembre de 1941 la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia igual de la pronunciada por el Juez de Primera Instancia, salvo el extremo ya firme, por el que se desestimó la excepción de falta de personalidad de los demandantes, y declarando: Que son válidas las sustituciones fideicomisarias ordenadas en los testamentos de don Leonardo Ortín Ortín y doña Carmen Fos Ansaldo, por la que conce-

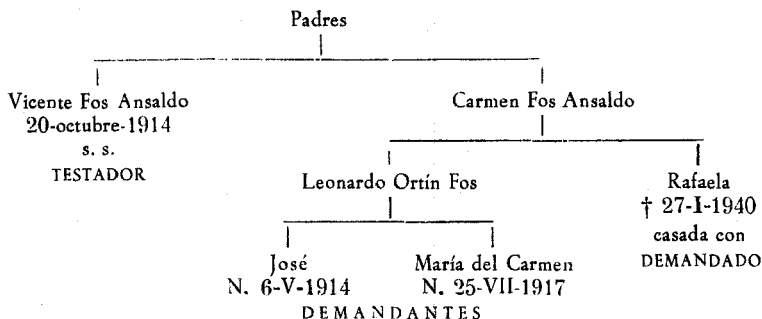
dieron el usufructo de sus bienes a sus hijos don Leonardo y doña Rafaela, a la muerte de éstos; que en su virtud los demandantes, hijos de don Leonardo, son sustitutos de doña Rafaela, fallecida sin sucesión, en la porción de bienes por ésta usufructuados procedentes de dichas herencias, toda vez que la sustitución fideicomisaria de referencia no está sujeta a ninguna condición que exija para su efectividad la supervivencia del hijo que tuviera sucesión para que a los suyos pueda pasar el pleno dominio de los bienes usufructuados por el hijo fallecido sin descendencia. Que, dada la validez y vigencia de la mencionada sustitución fideicomisaria, no pudo doña Rafaela disponer libremente en su testamento de dicha porción de bienes por ella usufructuados, por lo cual su esposo, el demandado don Valentín Palacios Ferri, como heredero de doña Rafaela y por hallarse yacente la herencia de ésta, debe ser condenado, cual condenamos, a que haga entrega a los demandantes don José Ortín Alberola y doña Carmen Ortín Alberola, asistida ésta de su esposo, don José Alarte Martínez, de todos los bienes integrantes de dicha porción, cuales se relacionan en el hecho cuarto de la demanda, y por los que figuran en la hijuela que en usufructo vitalicio se formó a doña Rafaela en la partición de bienes de sus padres, obrante al folio 16 y siguientes, cuyas entregas comprenderán también las del importe de todos los frutos producidos y debidos producir por tales bienes desde el 27 de enero de 1940, fecha del fallecimiento de doña Rafaela. Que asimismo *es válida la sustitución fideicomisaria ordenada en su testamento por don Vicente Fos Ansaldo, asignando el usufructo de su herencia, tras de otras personas, a don Leonardo y doña Rafaela Ortín Fos, por cuanto uno de tales fideicomisarios, el don José Ortín Alberola, vivía al tiempo del fallecimiento del testador, por cuyo motivo para él y en cuanto a él, y no respecto de su hermana, la otra demandante, doña Carmen Ortín Alberola, entonces aún no nacida, tiene plena validez la referida sustitución.* Que no estando ésta sujeta a ninguna condición, al igual que las de que antes se trató, el mencionado don José Ortín Alberola, hijo de don Leonardo, es sustituto de doña Rafaela, fallecida sin sucesión, en la porción hereditaria por éste usufructuada, procedente de la herencia de don Vicente Fos Ansaldo; que siendo válida y vigente la referida sustitución, no pudo doña Rafaela dis-

poner libremente en su testamento de dicha porción de bienes por ella usufructuados, por lo cual su esposo, el demandado por el mismo concepto antes consignado, debe ser condenado, cual condenamos a que haga entrega al demandado don José Ortín Alberola de todos los bienes integrantes de dicha porción, o sea los relacionados en los apartados B), C) y D) del hecho noveno de la demanda, así como el resguardo del Banco de España relativo al depósito judicial de títulos de la Deuda Interior al 4 por 100, importante 117.500 pesetas, detallado en el hecho undécimo, cuyos valores constituyen la inversión dada al precio obtenido en el hecho noveno de la demanda, entrega que comprenderá la de todos los frutos producidos y debidos producir de dichos bienes desde la fecha de 27 de enero de 1940, antes consignada. Todo ello sin hacer expresa declaración respecto a costas de ninguna de ambas instancias.

Como el particular que aquí interesa con relación al derecho de acrecer deriva del testamento de don Vicente Fos Ansaldo, y de la circunstancia de que cuando falleció no había nacido más que uno de los sobrinos nietos, sobre cuyo particular revoca el Tribunal Supremo haciendo extensivo el derecho de acrecer a su hermana, nacida tres años después del causante, pero antes del fallecimiento de la usufructuaria, dice así la cláusula testamentaria:

En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye por su única y universal heredera a su esposa, doña María Asensio Tortosa, en usufructo vitalicio, relevándole de la obligación de afianzar, y ocurrido el fallecimiento de su expresada esposa, o si ésta premuriese al testador, nombra por su única y universal heredera a su hermana doña María del Carmen Fos y Ansaldo, también en usufructo vitalicio, y, a su fallecimiento, o caso de haber premuerto a su esposa, adquirirán dichos bienes los hijos de su nombrada hermana doña Rafaela y don Leonardo Ortiz Fos, por mitad y en usufructo vitalicio, y al fallecimiento de cada uno de ellos la mitad de bienes que hubiera usufructuado pasara a sus hijos por partes iguales y en pleno dominio, y si alguno de ellos falleciera sin hijos, su porción acrecerá a su hermana sobreviviente en usufructo vitalicio, y, en su defecto, a sus hijos por partes iguales de libre disposición. En el caso de que el último de los citados hermanos que sobreviva falleciere sin hijos, podrá disponer libremente en testamento de los bienes de esta herencia.

Queda representada la situación en el siguiente diagrama:



Revoca el derecho en exclusiva concedido al demandante José, que hace extensivo a su hermana, el último considerando, que dice:

Considerando que el motivo cuarto y último, formulado con carácter subsidiario, al amparo de los números primero, segundo y tercero del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, aduce que la Sala sentenciadora, al disponer que todos los bienes procedentes de la herencia de don Vicente F., y no una sola mitad de los mismos deben pasar a don José O. A., único heredero fideicomisario con relación al cual es válida la sustitución por cuanto vivía al tiempo del fallecimiento del testador (caso en el cual no se encuentra la otra demandada, doña María del Carmen O. A.), infringe los siguientes preceptos legales: el art. 781 del Código Civil, relativo al límite de la validez de las sustituciones fideicomisarias; el art. 982 del propio Código, referente al derecho de acrecer, por aplicar la Sala este derecho en el caso de que no se trate de varios herederos, uno de los cuales haya premuerto al testador o renuncia a la herencia, o sea incapaz de recibirla, sino de varios herederos fideicomisarios, para uno de los cuales no puede surtir efecto el llamamiento, y el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la Audiencia en los vicios de incongruencia y otorgar más de lo pedido, al declarar a favor de don José O., el derecho a la totalidad de los referidos bienes procedentes de la herencia de don Vicente F., habiendo pedido dicha demandante sólo la mitad de los mismos; pero tampoco este motivo de casación puede prosperar, pues es inadmisibile: Primero. Que el art. 781 del Código Civil ha sido interpretado y aplicado por el Tribunal *a quo* en el mismo

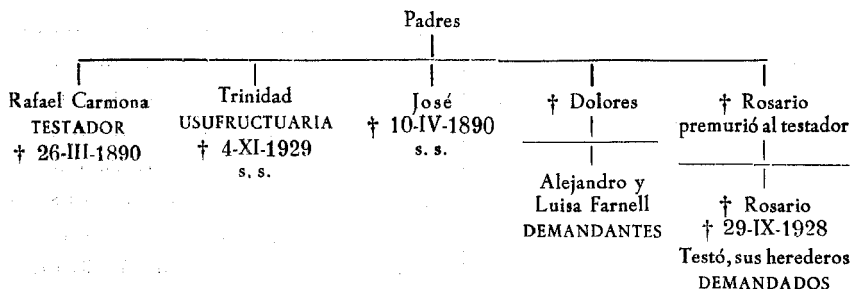
sentido, como ajustado a derecho, y acepta el recurrente. Segundo: Que tampoco existe la infracción pretendida del art. 962 del mismo Código, ya que *el derecho de acrecer tiene como único fundamento*, reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal (sentencias de 13 de noviembre de 1911 y 5 de junio de 1917, entre otras) *la voluntad presunta del testador*, y para ella ha de ser admitida la aplicación de dicho derecho, no sólo en los casos de porción vacante a que alude aquel artículo y algunos otros supuestos que resultan de otros artículos complementarios, sino también en el de que sea nula la disposición testamentaria en favor de uno de los herederos conjuntos, cuando, como ocurre en el caso presente, *tiene apoyo el derecho de acrecer en la interpretación de la voluntad del causante, ley suprema de la sucesión «mortis causa»*. Tercero. Que la Sala sentenciadora, al resolver como lo ha hecho la cuestión litigiosa, se ha acomodado estrictamente, y sin extralimitación alguna, a los términos en que le han planteado las partes, dado que en los pedimentos cuarto y quinto de la demanda reclamaron don José y doña María O. A., en forma conjunta, la entrega de los bienes procedentes de la herencia de don Vicente F. A., y pidieron, además, se declarase que dicho primitivo causante instituyó fideicomisariamente a don Leonardo y doña Rafaela O. F., *«dándose entre ellos el derecho de acrecer»* y que están establecidas estas mismas instituciones *«con igualdad de trato a favor de los hijos de los expresados don Leonardo y doña Rafaela»*.

Dentro de la lógica se suele apuntar una inversión de los términos. CARLOS COSSÍO nos ha manifestado en unas conferencias a la Magistratura, la distinta formación de la sentencia entre los juzgadores unipersonales y los colegiados, y la influencia del orden de la votación, que es el lógico en nuestro art. 344 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero en la realidad los diversos resultados jurídicos son evidentes, como comprueba la cita de PUIG BRUTAU en *La jurisprudencia como fuente del derecho*: «En sentido más radical, el juez Jerome Franck dice que el proceso o la función de juzgar pocas veces empieza con una premisa de la que se obtenga, a continuación, una consecuencia. El juicio, en la mente del juez, suele empezar con una conclusión más o menos vagamente formada, para buscar luego las premisas que sean capaces de sostenerla. El abogado suele empezar su labor con la admisión del

resultado favorable a su cliente; procede luego a recoger y ordenar los hechos conducentes al resultado admitido para presentarlos al Tribunal en forma que de ellos pueda obtenerse la premisa lógica de la conclusión deseada.»

Es indudable que en estas materias las renovaciones de las sentencias son frecuentes en los casos examinados, con tendencia académica en los juzgadores unipersonales y con visión del resultado en los Tribunales colegiados, que defienden el derecho de la familia latente en la intención testamentaria, aunque con diversos argumentos, derivados del particularismo procesal: congruencia y motivos del recurso, a los que tiene que acoplarse la resolución. No obstante, poco adelantariamos si la visión del conjunto no fuera vitalista, para ver en las diversas modalidades testamentarias un propósito unitario, aunque su planteamiento y resolución sea siguiendo distinta técnica, que en ocasiones puede falazmente aparecer, a primera faz, como contradictoria.

Este es el supuesto de una de nuestras más criticadas sentencias, la de 17 de mayo de 1934, en la que se quiere ver una rectificación de la doctrina legal, pues en el usufructo pocas veces se valora en la jurisprudencia, como llevamos dicho, la condición, y, sin embargo, esta calificación ahora sirve de correctivo, para evitar el que los bienes salgan de la familia preamada. Por simple coincidencia, el problema es muy parecido al planteado en la sentencia de 6 de marzo de 1944, tan justamente ponderada, como se ve de la comparación de su situación genealógica:



En este caso, por no ser la disposición testamentaria típica, se cambia de fórmula y se sustituye el derecho de representación y de acrecer por sucesión en las estirpes de los hermanos y desplaza el

problema técnico hacia la condición, en el *dies venies*, con la vaguedad de la doctrina, pero la seguridad de sus efectos, eliminando a los extraños a la familia, por este justo expediente, sin entrar a perfilar el matiz de la condición, si es de *facto* o de *iuris*. Viene a reproducirse la situación de las partes en el siguiente:

Resultando que el 26 de marzo de 1890 falleció en Sevilla don Rafael Carmona y Humánez, bajo testamento otorgado el 25 del mismo mes y año, en el que, entre otras disposiciones, dice textualmente: «En el remanente líquido que me quedare de todos mis bienes, derechos y acciones, instituyo y nombro por mi única y universal heredera usufructuaria para todos los días de su vida, a mi citada hermana doña Trinidad Carmona Humánez, con la precisa obligación y cargo de atender a las sucintas y modestas necesidades de mi hermano don José mientras viva, sin que le falte nada de lo necesario para su alimento, vestido, habitación y asistencia médica, según lo ha tenido hasta hoy, así como su entierro. Por muerte de mi hermana doña Trinidad se harán tres partes de mis bienes, que serán para mis sobrinos, hijos de mis hermanos vivos o difuntos, según *el orden de las stirpes*, en pleno dominio, y si aún viviere mi hermano don José tendrán mis dichos herederos propietarios la misma obligación que he impuesto a mi heredera usufructuaria respecto a subvenir a todas las necesidades de aquél. Pero si mi hermana doña Trinidad dejase sucesión legítima, mando que ésta participe de mi herencia al igual de mis demás sobrinos carnales, según el orden de las stirpes.

El Juzgado y la Audiencia concedieron a doña Rosario el derecho a la tercera parte de la sucesión, no obstante haber fallecido cerca de un año antes que la usufructuaria y, por tanto, que de ella pudiera disponer, revocando las meritadas sentencias, en virtud de los siguientes argumentos:

Considerando que la institución hecha en el debatido testamento de «única y universal heredera usufructuaria por todos los días de su vida», está completada, por lo que hace al futuro, de los bienes objeto de aquélla, con la disposición de que el pleno dominio será a la muerte de la usufructuaria, para *los sobrinos del testador, hijos de sus hermanos vivos o difuntos, según el orden de las stirpes*, cuyo mandato es por sí solo suficiente revelador de que *dicho pleno dominio le es dado a los sobrinos que vivan al*

acaecer la muerte de la usufructuaria; requisito éste que aparece confirmado por el hecho de que el testador disponga que sus sobrinos, y no otras personas, sean los que adquieran la propiedad de sus bienes, y tal declaración no sería eficaz sin la existencia de aquéllos en el momento del óbito de la usufructuaria, al que expresamente se refiere el testador, no sólo con su clara expresión de «por muerte de mi hermana», beneficiaria del usufructo, sino que a tal instante refiere la continuidad de auxilios a un hermano y la existencia de descendencia legítima de su dicha hermana para participar con los demás sobrinos, por estirpes, del pleno dominio de los bienes; viéndose paladinamente en lo expuesto, que en dicha disposición testamentaria está ordenada, según elementos no equívocos de la voluntad del testador, con la institución de usufructo vitalicio, otro pleno dominio, cuya eficacia pende de una condición suspensiva, fijada en el hecho de existir los designados para su adquisición, al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria, con fuerza jurídica en el art. 790 del Código civil, en relación con el párrafo tercero del art. 758 del propio cuerpo legal:

Considerando que siendo esencia de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho, en tanto pende la realidad del hecho ordenado, en creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto al nacimiento de aquel que no desaparece, sino con la ocurrencia del evento, puesto como condición, sin la cual no hay adquisición en los derechos, como dice el art. 1.114 del Código Civil; es por esto por lo que dicho Cuerpo legal, en su art. 759, dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos; pues *no es el presente caso de fijación de un término, ni de que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador; sino de la suspensión de la disposición misma*, y por ello la aplicación del último citado artículo, y no del 799 del propio Código:

Considerando que la doctrina que se deja establecida *no supone un derecho sin titular*, ni quebranta la constantemente sustentada por este Supremo Tribunal, de que donde hay un usufructo hay un nudo propietario, porque no deja de haberlo, pendiente de la condición en el caso de autos, ya que durante el tiempo del usufructo la nuda propiedad, en tales circunstancias, está en la situación re-

gulada por los arts. 801 al 804, inclusive, del Código civil, de un modo eventual y variable, representada por la institución existente al fallecer el testador, y en tanto existiesen, o, *en su defecto*, por los herederos legítimos; también éstos con la incertidumbre de derecho nacida de la condición establecida en el testamento, *hecho que si el suspensivo para el nacimiento del derecho de los designados propietarios plenos, es resolutorio para los provisionales nudo propietarios*; pues a unas y otras afecta la expectativa de derecho «pendente conditione».

Considerando que al dictar la Sala *a quo* la sentencia recurrida, reconociendo el derecho a suceder del heredero testamentario de una sobrina del testador fallecida antes de la muerte de la usufructuaria, ha infringido, por inaplicación, los arts. 790, en relación con el párrafo tercero del 758 y 759, todos del Código civil, alegados en el segundo motivo del recurso, y asimismo infringió el artículo 675 de dicho cuerpo legal, base del motivo cuarto; sin que sea ya preciso hacer examen de los demás alegados por la parte recurrente.

El problema dogmático, con su valiosa opinión, viene a fijarse así por VALLET DE GOYTISOLO, en su citado trabajo *Fideicomisos condicionales y a término*:

Un supuesto interesante es el que se plantea en la hipótesis de designación de usufructuario vitalicio con llamamiento de herencia *post mortem* de aquél. Se trata de la secuela de un viejo problema (ved JOAN MARTÍ MIRALLES: *Principis de Dret Successori*, Barcelona, 1955, 5 lectura, 3.^a y 5.^a fórmulas, págs. 194 y ss.), que fué resucitado por nuestro querido compañero JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Diagnóstico...*, y dió lugar a su polémica con otro querido compañero, JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR: *Las disposiciones testamentarias...* Nuestra opinión es que no cabe una solución unitaria, sino que debe resolverse en cada caso interpretando la voluntad del disponente, según el tenor de su testamento. Eso es lo que hizo la sentencia de 4 de marzo de 1944. Si en ella se consideró a la usufructuaria como heredera fiduciaria y a los instituidos *post mortem* como sustitutos fideicomisarios condicionales y no como nudos propietarios, no fué por el camino lógico dogmático seguido por GONZÁLEZ PALOMINO, sino porque en aquel caso de la expresión testamentaria se deducía que aquélla era la voluntad del testador. Así,

aquella disposición determinaba que si uno de los instituidos en usufructo en segundo grado fallecía sin sobrevivirle hijos, su derecho acrecería al de su hermano, y a la muerte lo heredarían los descendientes legítimos de éste. Con lo que si el primero dejaba descendencia, se cortaba el camino a toda posible transmisión de derecho de los llamados *post mortem* del segundo. A falta de alguna circunstancia clara, como la indicada, creemos que lo correcto y lo más conforme con la voluntad del causante será considerar al llamado como usufructuario, meramente como tal, y que la nuda propiedad está transitoriamente incierta hasta el fallecimiento del usufructuario. Por tanto, sólo en el caso de darse aquí las circunstancias de haber premuerto al usufructuario todos los llamados *post mortem usufructuarii*. La herencia en cuestión, al fallecer aquél, *pasaría a los herederos del pseudousufructuario. De no darse, los bienes pasarían a los herederos ab intestato del causante.*—Como acertadamente expuso Díez PASTOR: *Las disposiciones...*: «habrá sustitución fideicomisaria, aunque se le llame usufructo, cuando el testador haya querido hacer heredero al llamado usufructuario, pero no cuando le haya querido dar sólo el usufructo. Claro es que toda la situación no dejaría de ser un juego de palabras si en su contenido se identifican ambas situaciones. Para mí, el contenido de facultades del fiduciario no puede ser sino muy distinto de las del mero usufructuario», y no podrá presumirse nunca, no sólo porque la regla es la expresada, sino, además, por la prohibición de los fideicomisos conjeturados (art. 765, número 1.º del Código Civil). Evidentemente la restitución a los herederos *ab intestato* del fiduciante a la muerte del fiduciario, significaría una sustitución fideicomisaria que, de no resultar del mismo testamento, como presunta debe ser rechazada».

Al citar la sentencia de 11 de abril de 1909, compendiábamos unas resoluciones donde a la cláusula «sin hijos», no se le concede efectos condicionales, siendo contradictoria la citada de 17 de marzo de 1934, por lo que la contradicción pudiera referirse a este elemento del negocio testamentario, determinante de su calificación pudiera quedar en el incierto, como dice Díez PASTOR, en *Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos*.

Otra vez nos encontramos en una encrucijada. Desde el punto de vista de los conceptos admitidos. La cuestión se resolvería casi

matemáticamente: El heredero condicional no transmite sus derechos; el que está sujeto a plazo suspensivo, sí, luego el fideicomisario transmite como sujeto a plazo, pero si no es concebido, no, como sujeto a condición. Pero ¿por qué está sujeto a plazo y no a condición el fideicomisario? Pues porque el artículo 784 le permite transmitir, puesto que si no el hecho que modaliza el llamamiento, la muerte del primer llamado, sería un plazo *incierto y dies incertus in testamento conditionem facti*. Luego, ¿en qué quedamos, transmite porque no está sujeto a condición, o más bien, si no está sujeto a condición, es precisamente porque no se le permite transmitir? Esto, aunque lo parezca, no es un juego de palabras, pero como tal, se ha tratado desde el Derecho romano acá.

La diferencia es de matiz por el resultado, según la proyección, pues en la sentencia del año 1934 se trataba de un pleito ante *extraneus*, y adopta una solución simplista, de la condición. La condición en estos llamamientos es doble: con hijos y sin hijos, y, por tanto, viene a ser una modalidad de sustitución *in fideicomiso*, que se produce a la apertura de éste, y por ello la valoración ante *extraneus* hemos de considerarla como provisional a los efectos que buscaba de eliminar a los sucesores testamentarios del premuerto «fideicomisario», pues entre éstos, por el contrario, se da la transmisibilidad de derechos, o mejor vocación conjunta y sucesiva, según se le quiera denominar, sucediendo al instituido, sus hijos, sustitutos, como cuando el que sobrevivió al causante, pero no a la usufructuaria, alcanzando la meta. Estas etapas quedan señaladas en la anterior doctrina. No ha admitido el llamamiento condicional de la sentencia de 15 de febrero de 1957, que lo considera como llamamiento indiferenciado, y dice:

Considerando que la cuestión debatida en este pleito sobre participación que reclaman los demandantes y recurridos en la propiedad de la casa de la calle de Fuencarral número 112, de Madrid, se ofrecen a examen en el presente recurso diversidad de problemas de hecho y de derecho, que, en trance de síntesis, dicen referencia: Primero, a la investigación de la última voluntad del testador y antiguo dueño de la finca, en punto a la disposición de la misma, como legado en el testamento y codicilo que otorgó en los años 1880 y 1888, respectivamente; segundo, a la significación jurídica de la partición de la herencia del causante, realizada por

sus albaceas contadores-partidores en el año 1894, y aprobado por los sobrinos-legatarios, y tercero, a la prescripción adquisitiva ordinaria del dominio en parte indivisa de la finca que a su favor invocan los demandantes:

Considerando que estos temas del debate traen causa originaria de cierta ambigüedad y contradicción padecida en la expresión de la última voluntad del causante en el testamento y en el codicilo, pues en aquél, una vez extinguido el usufructo de la casa, instituido en primer lugar, se dispone por la cláusula 20 que se hiciera tránsito a seis sobrinos-legatarios en propiedad y con el derecho de acrecer entre ellos la parte del que falleciera antes o después de heredar; mientras que en el codicilo, después de la cláusula 6.^a, que sustancialmente reproducía la vigésima del testamento, se ordenó, por su cláusula 10, que *si alguno de los legatarios falleciere sin descendencia o sucesión legítima, recaería el legado de la casa en los demás que sobrevivieran por partes iguales o en sus descendientes legítimos por estirpes, surgiendo así la pugna sobre el derecho de acrecer dispuesto a todo evento de muerte de alguno de los legatarios*, según el testamento y cláusula 6.^a del codicilo, y la cláusula 10 de esta última disposición testamentaria, que excluía el acrecimiento en el supuesto acaecido de que una de las legatarias falleciera después de la muerte del testador y antes que la usufructuaria primeramente instituida, dejando descendientes legítimos:

Considerando que si el codicilo ha sido otorgado de acuerdo con la legislación entonces vigente, como sin discusión está admitido en este proceso, y su finalidad es «acrecer o menguar, o mudar alguna de las mandas fechas en los testamentos», según reza la introducción al título duodécimo de la Partida sexta, bien se puede afirmar que en materia de legados adquiere rango predominante sobre el testamento y no se podrá prescindir de él en vías de indagar la última voluntad del testador, por lo que si la cláusula décima del codicilo que se examina contempla el supuesto de premoriencia de algún sobrino-legatario al fallecimiento de la usufructuaria, dejando descendientes legítimos y manda que éstos reciban por estirpes la parte de casa asignada a su ascendiente fallecido, no hay duda de que la interpretación armónica del testamento y codicilo lleva a la conclusión de que el testador quiso estable-

cer el derecho de acrecimiento de la cuota correspondiente al legatario premuerto, sin descendencia en favor de los colegatarios supervivientes, excluyendo el acrecimiento en el supuesto contrario del fallecimiento dejando descendencias, que es cabalmente lo acaecido al morir la legataria doña Eugenia L. después que el testador y antes que la usufructuaria, dejando hijos que a ésta le sobrevivieron y son causantes de los que ahora postulan una participación en la discutida finca:

Considerando que esta misma interpretación conjunta de la última voluntad del testador a través del testamento y del codicilo fué la acogida en la partición de la herencia por los contadores-partidores, que son los llamados siempre a fijar y cumplir la voluntad del causante y lo fueron además, y de modo especial, al ser nombrados con las más amplias facultades «para «resolver y dirimir todas las cuestiones que se suscitasen en la testamentaria», con la particularidad de que *el mismo criterio interpretativo lo mantuvieron los sobrinos legatarios, entre ellos la demandada doña Micaela S., representada por su padre, al aprobar la partición incondicionalmente, y con manifestación, además, de que con ello no se les había causado agravio alguno:*

Considerando que *a pesar de ser tan unánime el parecer expuesto, mantenido por los albaceas partidores, por los propios interesados en el legado y últimamente por el juzgador de primera y segunda instancia, la legataria recurrente, doña Micaela S., se alza en casación contra el fallo dictado por la Audiencia, propugnando, extensamente, la tesis de que los demandados y descendientes de la legataria doña Eugenia L., ninguna participación en la casa legada han podido adquirir, y por ser la recurrente la única que sobrevivió a los restantes cinco colegatarios, a ella exclusivamente correspondía la totalidad de la casa, y, al efecto, aferrada a la cláusula vigésima del testamento y sexta del codicilo, y desdeñando la décima de éste, denuncia: Primero, la infracción del art. 759 del Código Civil, por falta de aplicación, ya que el derecho de la legataria, doña Eugenia, pendía de la condición suspensiva de supervivencia a la usufructuaria, y esta condición no ha tenido cumplimiento, por lo que nada adquirió ni nada pudo transmitir a sus descendientes, los cuales sólo podían heredar si hubieran muerto todos los legatarios al tiempo de quedar extinguido el usufructo*

en primer lugar instituido—motivo primero del recurso—; segundo, la infracción de los arts. 1.057 y 1.058 del Código Civil, porque en la partición con reconocimiento del derecho de los descendientes de doña Eugenia, no se respetó la voluntad del causante, ni el hecho de que los interesados la hayan aprobado le imprime validez por versar lo pactado sobre *herencia futura*, prohibido por el art. 1.271 del repetido Código, constituyendo un pacto sin causa onerosa, determinante de una donación nula, a tenor del art. 633 del mismo texto legal, y además el contrato aprobatorio de la partición sería aleatorio y tampoco valdría, por no estar comprendido entre los únicos de su clase que son regulados por el Código Civil—motivo tercero—, y finalmente—motivo segundo—porque la Sala sentenciadora incurrió, al apreciar las pruebas, en error de hecho y también de derecho, con infracción del art. 1.225 del Código Civil, ya que las dos copias de la partición presentada en autos una es falsa y la otra no contiene adjudicación alguna a doña Eugenia L., ni renuncia a la posibilidad de que llegara a ser dueño absoluto de la casa el sobrino colegatario que fuera el último sobreviviente:

Considerando que para la repulsa de estos tres motivos del recurso, debiera ser suficiente la referencia al criterio expuesto en los precedentes considerandos primero al cuarto, pero, a mayor abundamiento y en forma esquemática, cabe decir: a) No es exacta la afirmación de que *la premoriencia de la legataria doña Eugenia a la usufructuaria, constituye condición suspensiva para la adquisición del legado por la descendencia de la misma, pues precisamente aquella premoriencia fué la determinante del nacimiento del derecho de los actores descendientes, no como herederos de la ascendiente premuerta, sino por derecho propio, concedido por el testador, llamándolos expresamente a participar por estirpes en el legado, este llamamiento expreso es excluyente de la alegada condición suspensiva*, según doctrina reiterada en sentencias como las de 4 de julio de 1896, 12 de febrero de 1915 y 7 de julio de 1950, por lo que no entra en juego el art. 759 del Código Civil. b) Constituye petición de principio la alegación de que en el cuaderno particional no se respeta la voluntad del causante. c) No es cierto que la aprobación de la partición por los colegatarios recayera sobre herencia futura; puesto que lo que se dividió fué la herencia

ya causada por fallecimiento del testador, ni cabe traer a cuento las normas de la donación contractual cuando se está en presencia de un legado a donación *mortis causa*, ni tampoco es propiamente un contrato aleatorio la aprobación del cuaderno particional, ni es exacto que el Código Civil sólo admite como contratos de esta clase los comprendidos en el título duodécimo del libro IV del Código Civil, aunque otra cosa haya dicho una antigua y aislada sentencia de esta Sala, por todo lo que carecen de viabilidad los tres primeros motivos del recurso:

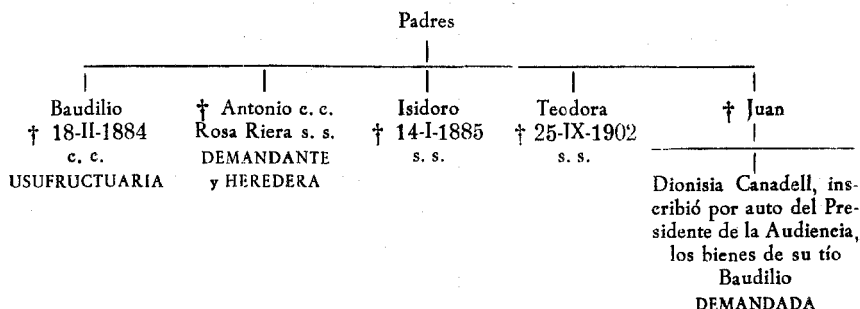
Considerando que por constituir soporte sobradamente justificado del fallo impugnado las apreciaciones de hecho y de derecho expuestas por los juzgadores de instancia y ahora ratificadas, tanto por voluntad del testador como por la voluntad de la partición realizada por los contadores y aprobada por todos los interesados no redargüidos mediante las acciones de nulidad o rescisión, resultaría procesalmente estéril el examen de los últimos motivos cuarto y quinto, que giran en torno de la prescripción adquisitiva por los demandantes del derecho que postulan y se les concede, pues aunque haya sido tema discutido, como un modo más de adquisición de la propiedad, correctamente acogido por la Sala sentenciadora, el fallo recurrido se habría de mantener de modo notorio, por razón de los títulos de dominio por sucesión testada y por vía contractual que ya quedan examinados.

Por último, es siempre bueno distinguir lo que tiene su origen en la ley y lo que se moldea y crea en la voluntad del causante, con las recíprocas interferencias que supone toda interpretación sucesoria, como se apunta en la sentencia.

Si bien la regla es la igual posición y altura en el árbol genealógico de los instituidos fideicomisarios, puede, como en la sentencia de 16 de junio de 1913, estar situados en distinto grado, aunque se tenga en cuenta, y para compensar este extremo, se dispuso:

«A mis hermanos don Antonio, don Isidoro, don Isidro y doña Teodora Canadell y Prats y a mi sobrina doña Dionisia Canadell y Paricio, haciendo cuatro partes iguales; y *si alguno de mis hermanos falleciese* heredarán su parte sus sobrinos descendientes y no teniéndolos, acrecerá su parte a los demás herederos.»

El pleito se produce con la siguiente situación familiar:



El derecho familiar se considera vinculado por la anterior disposición testamentaria, dejando sin efecto la transmisión del fiduciario Antonio desestimando el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona, en virtud de los siguientes:

Considerando que la cuestión de actualidad tiene por objeto fijar la recta interpretación de la cláusula contenida en el testamento que don Baudilio Canadell otorgó el 9 de julio de 1882, que literalmente dice: «Instituyo y nombro por heredero universal de toda clase de bienes muebles, ropas, efectos, valores, créditos y, en una palabra, de todo lo que no sean bienes raíces, a mi esposa doña Carlota de Mesa y Ontiveros, de libre disposición, y en cuanto a los bienes raíces los usufructuará mientras viva, sin necesidad de dar fianza alguna, y, muerta la misma, pasarán los bienes raíces a mis hermanos don Antonio, don Isidoro y doña Teodora Canadell y Prats y a mi sobrina doña Dionisia Canadell y Paricio, haciéndose cuatro partes iguales, y si alguno de mis hermanos falleciera, heredarán su parte sus legítimos descendientes, y no teniéndolos acrecerá su parte a los demás herederos:

Considerando que en la cláusula antes transcrita aparecen establecidas dos sustituciones, una vulgar, entre los hermanos del testador, que no llegó a producir efectos jurídicos por haber premuerto éste a aquéllos, y otra fideicomisaria, que constituye una sustitución compendiosa, o sea vulgar infideicomiso, cual por lo general se denomina en Cataluña.

Considerando que esa misma cláusula contiene todos los elementos de la sustitución fideicomisaria, a saber: la designación de herederos fiduciarios, que lo fueron los hermanos del testador;

la de fideicomisarios, que lo habían de ser los descendientes legítimos de éstos, y de no dejarlos, su sobrina, y la obligación también de reservar para los mismos los bienes inmuebles de la herencia, puesto que al fallecimiento de los fiduciarios había de pasar a su descendencia legítima si la dejaban, y si no a su citada sobrina:

Considerando que, tanto más confirma esta interpretación de la voluntad del testador los actos de los causantes de la recurrente, así como la circunstancia de que doña Dionisia no la comprendió aquél en expresa limitación, pues si se hubiera tratado de una sustitución meramente vulgar holgaría disponer que, no teniendo descendencia los hermanos de don Baudilio, acrecería su parte a los demás herederos, dado que, prescindiendo de *la doctrina de que en las sustituciones la parte vacante ha de repartirse entre los sustituidos proporcionalmente a su haber*, siempre resultaría que, estando unidos aquéllos por conjunción verbal, *les hubiera correspondido por ministerio de la ley, el expresado derecho de acrecer sin mandato del testador*:

Considerando que el derecho de acrecer no existe cuando por los herederos o legatarios instituidos se hubiera adido la herencia o el legado de una manera absoluta; y siendo así el establecido en la cláusula controvertida, no hubiera podido ordenarse por don Baudilio si la sustitución no tuviera el carácter de fideicomisaria, es decir, disponiendo que los bienes de la herencia se poseyeran por los herederos, sus hermanos, con el carácter de fiduciarios, o sea con la obligación de restituirlos:

Considerando que la ley no prohíbe, ni mucho menos, que el testador pueda establecer el derecho de acrecer entre los herederos hasta tanto no hubiesen llegado éstos a obtener su posesión de una manera absoluta, y, por consiguiente, pudo establecerlo para sus hermanos los herederos fiduciarios y no para su sobrina, que no tenía este carácter, resolviendo de ese modo la dificultad de la distinta situación de ésta en la sucesión, que *la permitía adquirir sin gravamen de restitución*:

Considerando que de todo lo expuesto se deduce que don Baudilio Canadell estableció un fideicomiso familiar y una disposición también fideicomisaria de sus bienes para el caso, que resultó, de que los herederos fiduciarios falleciesen sin descendientes legítimos,

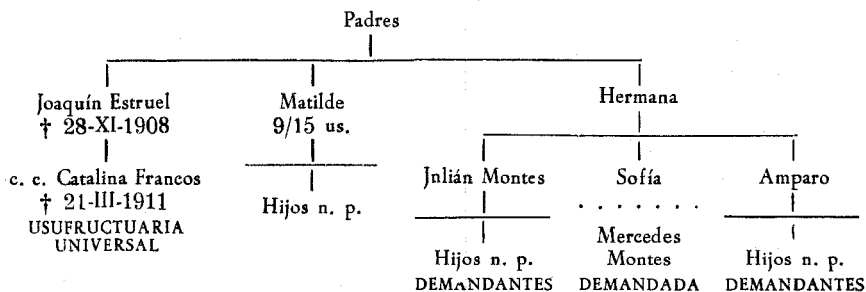
y de ahí que la Sala sentenciadora, al interpretar, en el sentido que lo hace, la cláusula de su testamento, no haya cometido ni el error de hecho alegado ni tampoco la infracción de las disposiciones legales que se invocan en los motivos del recurso, para obtener la casación de la sentencia recurrida:

b) *Inclusión de la filiación natural en el derecho de representación.*—Esta declaración es la contenida en la sentencia de 22 de junio de 1931, que se pronuncia sobre este problema producido a virtud del siguiente llamamiento:

Cláusula décimoséptima. Si por cualquier causa no llegare a ser heredero nudo propietario alguno de los hijos de Matilde, su parte acrecerá a sus hermanos y sobrinos, nietos de aquélla...

Si las partes que quedaren vacantes son las dos quinceavas partes de cualquiera de los hijos y nietos de Julián, Sofía o Amparo, acrecerán a los hijos y nietos de los mismos, pero no a los de Matilde, es decir, que las dos quinceavas partes pasarán una quinceava a los hijos y nietos de uno de los hermanos, y la otra a los otros, siempre los nietos contados por grupos. Tan sólo en el caso de que las seis quinceavas partes de los hijos y nietos de las expresados hermanos Julián, Sofía y Amparo Montes y Estruel quedaran vacantes, pasarán a los hijos y nietos de Matilde.

Fijase la posición de las partes en el siguiente árbol:



El juzgado concedió los derechos en la proporción del doble a los legítimos de otra línea y mitad a los naturales, y, revocada por la Audiencia, la confirma el Tribunal Supremo en virtud de los siguientes argumentos:

Considerando que al declarar el Tribunal de instancia en el fallo de la sentencia recurrida con arreglo a la cláusula décimoséptima

del testamento bajo el cual falleció don Joaquín Estruel y Gómez, la institución de herederos nudo propietarios que en ella se contiene respecto a las dos quinceavas partes de que nombró heredera usufructuaria a doña Sofía Montes Estruel, *ha de entenderse genéricamente en favor de los hijos y nietos de doña Sofía, y, por tanto, de su única heredera natural doña Mercedes Montes Estruel*, no ha infringido ni violado, por interpretación errónea ni falta de aplicación el art. 675 del Código Civil y jurisprudencia invocada en los motivos primero y segundo del recurso interpuesto, por ser doctrina constante de esta Sala que a los Tribunales corresponde la facultad de fijar el verdadero sentido y alcance de las diversas cláusulas de una disposición testamentaria, debiendo tal interpretación y criterio prevalecer sobre el propio y privativo del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado que no es equivocado o erróneo, y como en el presente caso no resulta certeza manifiesta de que el Tribunal sentenciador, al interpretar el testamento de don Joaquín Estruel, en la forma que lo hizo, por su literal contexto y conjunto armónico de sus disposiciones, incurria en error, dada la libertad del testador para disponer de sus bienes con respecto a los segundos usufructuarios y nudo propietarios, por carecer de herederos forzosos, es visto que no cabe estimar las infracciones alegadas y no proceder, por tanto, el recurso de casación apoyado en el número 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que, por los propios fundamentos aducidos no es de estimar la infracción, por interpretación errónea del mencionado art. 675 en relación con el 925, 926 y 943 del propio Cuerpo legal, invocado en el tercer motivo, así como también la alegada infracción del principio de derecho *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, en el cuarto y último motivo del recurso, *aparte de las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada no pueden tener lugar propiamente en las de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa, sino en la de carácter legal, o sea, en lo concerniente a las legítimas*:

Considerando, por último, que también es doctrina reiterada de este Tribunal que las condiciones requeridas por el número 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que asimismo se apoya el recurso, para que el documento sea eficaz y permita

combatir en casación los errores de hecho atribuidos al Tribunal *a quo*, no se reducen únicamente a que dicho documento sea auténtico, sino que, además, debe demostrar por sí mismo la equivocación del juzgador, y esto con perfecta evidencia, de lo que se sigue que no patentizándose por el propio testamento de don Joaquín Estruel el error de la interpretación judicial, por lo anteriormente consignado, esa interpretación debe prevalecer siempre sobre la de los interesados, y, por consiguiente, es improcedente el recurso de casación apoyado en el número 7.º del dicho art. 1.692.

36.—LÍMITES DEL USUFRUCTO VINCULAR.

Corresponde dar fin a este ensayo, pero al final va faltando el material, pues la incursión en la sustitución fideicomisaria, de la que es filial en su última etapa el usufructo vincular, priva de mucha jurisprudencia, que, por otra parte, tampoco es oportuno traer a colación, si no es arrancando desde su origen, pero como resumen de la cuestiones expuestas y a través de la causídica, se observa la escasa importancia práctica que tiene el problema de los límites de los llamamientos, tan complicado doctrinalmente, y como doctrina admitida se pueden sentar los siguientes límites:

1.º *Llamamientos de usufructuarios*.—Son lícitos los de todas las personas que vivan en el momento de la muerte del testador y en los demás sigue la regla del nudo propietario, convirtiéndose el último en propietario.

2.º *Llamamientos simples de nudos propietarios*.—Sigue la regla anterior para los llamamientos simples, pero si éstos son *post mortem usufructuari*, se consideran lícitos todos los de las personas que vivan en el momento de la defunción de éste. Se entiende, sin perjuicio del derecho de transmitir sus derechos los nominativamente llamados que vivan en el momento de la defunción del causante.

3.º *Llamamientos compendiosos*.—En éstos se requiere el vivir en el *dies venies*. Si a su vez van asociados generalmente el derecho de representación, no se computa como grado, viniendo a

considerarse como una sustitución discreta en el sentido de las Decretales —prohibición de disponer—, como lo considera, a efectos de Derechos reales, el Tribunal Supremo, en la liquidación de la herencia de la condesa de Montijo, y el subsidiario de acrecer que queda dentro del mismo grado o llamamiento.

En resumen, el segundo grado, sin perjuicio de los particularismos que se llevan señalados, viene a ser la doble delación sucesoria, pudiendo la segunda admitir, sin consumir grado, la dispersión en las líneas fecundas y su concentración de las estériles, fenómeno que se repite en cadena hasta que muera el último de los llamados, excepto la liberación de las recíprocas cuando falta la bilateralidad necesaria cuando sus cosustitutos hayan incumplido la condición de fallecer con hijos, en que falta la correlatividad.

37.—LA PURIFICACIÓN DEL USUFRUCTO.

En relación con el anterior epigrafe, está el corte que necesariamente hay que dar a toda sustitución extensa, declarando válida la parte lícita y anulando el exceso.

La problemática tiene muchos aspectos que no pueden abordarse más que de una forma descriptiva, pues estar fuera de tema y corresponder analizarlo juntamente con la jurisprudencia sustitutoria y en particular con las facultades de disposición, por ser el usufructo vincular tributario de aquel derecho matriz, identificándose en su última etapa.

a) *La purificación de la sustitución por convalidación de los actos de enajenación del padre.*—Viene observándose mayor dureza ante los actos preventivos que ante la jurisdicción reparadora que tiende a ratificar y convalidar las enajenaciones del causante.

La sentencia de 25 de noviembre de 1944 aprueba la venta realizada por el padre, que impugna después de su muerte una hija solicitando del comprador la restitución, que se desestima, contra el criterio del Registrador, en virtud de las siguientes razones:

Considerando que en base del presente recurso la interpretación que deba darse al testamento que en 1897 otorgó don Francisco Ch., conde de P. C., en el que, después de instituir a uno de

sus hermanos heredero en usufructo de casi todo el «as» hereditario, dispuso de la nuda propiedad de los mismos bienes en los siguientes términos: «Es su deseo, y así lo ordena expresamente, que la propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que haya de usufructuar el repetido señor hermano, se distribuya en cuatro porciones iguales y se aplique, una, desde luego en ambos dominios al mismo don José por su cualidad de usufructuario, y las tres restantes a cada cual de sus tres hermanos, los señores doña María del Carmen, don Martín y don Antonio Ch. y V. Si ocurriese el fallecimiento de los cuatro herederos en propiedad sin dejar alguno de ellos sucesión, su parte acrecerá la de los demás, y si la tuvieren les heredarán por derecho de representación sus descendientes».

Considerando que, para situar la *questio facti* conviene también recordar como antecedentes indiscutibles: a) que el testador falleció en el año 1911, sin modificar la copiada disposición *mortis causa*, sobreviviéndole sus cuatro hermanos, los cuales practicaron en el siguiente año la partición de la herencia, y en ella fueron adjudicados en nuda propiedad al don Antonio Ch. doce fincas; b), que estas fincas fueron inscritas en el Registro a nombre del don Antonio, incorporando a la inscripción la cláusula referida; c) que en el año 1915, por medio de apoderado, don Antonio vendió la nuda propiedad de las doce fincas, y tanto en la escritura pública como en la inscripción se hizo constar que la venta quedaba sujeta a la condición resolutoria de que el vendedor falleciese dejando descendencia, condición que fué reproducida en sucesivos títulos de venta e inscripción de dichas fincas entre los años 1925 y 1939, ya consolidada la nuda propiedad con el usufructo por fallecimiento, en 1919, del heredero usufructuario don José Ch., y d) que don Antonio Ch. falleció intestado en 1923, dejando una hija—la demandante—, la cual obtuvo en 1940, por solicitud dirigida al Registrador de la Propiedad, la cancelación de las inscripciones extendidas a favor de los cuatro demandados, llevadores de las fincas y la inscripción de las mismas a su nombre, iniciando después este pleito para reivindicarlas:

Considerando que con estos sucintos antecedentes la «*quaestio juris*» del pleito y del recurso está toda ella supeditada a precisar si la intención del testador fué referir el evento del fallecimiento

de alguno de sus hermanos, con sucesión o sin ella, a la muerte del propio causante, para que en este preciso momento y no después entrasen en juego los derechos de acrecer y de representación que la cláusula testamentaria estableció (tesis de la sentencia recurrida), o si más bien fué voluntad del testador remitirse a la muerte de alguno de sus hermanos, desconectada o con entera independencia de la fecha, anterior o posterior, en que él pudiera fallecer (tesis del recurso):

Considerando que la *diversidad de criterios interpretativos, manifestados ya en la vía extrajudicial* desde el fallecimiento del testador y mantenidos después en el pleito, bastaría para estimar que si *prima facie* pudieran parecer claros los términos literales de la cláusula testamentaria, en el sentido de que el fallecimiento de los hermanos no se supeditó al del testador, se aprecia, a poco que se medite, que la interpretación literal por sí sola no ofrece encauzamiento jurídico adecuado a la última voluntad del causante, porque, en efecto, es evidente el propósito que animó al testador de favorecer con su herencia a sus hermanos y sobrinos, mas si se entendiese que al establecer los derechos de acrecer y de representación en beneficio, respectivamente de unos y otros, quiso que estos derechos entrasen en ejercicio al fallecer alguno de sus hermanos con posterioridad a la muerte del mismo testador, se habría frustrado aquel propósito, y tanto el acrecimiento como la representación ordenados en el testamento perderían toda su eficacia ante la ley, que matiza aquellos derechos con la nota esencial de premoriencia del instituido en otros supuestos de acrecimiento y representación que no rezan con el caso de autos (artículos 924 y 982 del Código Civil):

Considerando que, en otro aspecto, la vocación hereditaria de don Antonio Ch. *pudo ser concebida en la mente del testador*, bien atribuyéndole la titularidad de un derecho sucesorio con plenas facultades dominicales, bien *como limitadas facultades de disfrute para conservar y retransmitir la herencia por su fallecimiento a quien fuere llamado en segundo lugar por el testador*, y si el primer supuesto nunca se podría dar en el caso de que la plenitud de facultades dominicales hubiese de ser adquirida por el don Antonio cuando falleciese, porque faltaría ya el sujeto real del derecho hereditario y hasta la ficción de la supervivencia del falle-

cido en su propio patrimonio pugnaria con los derechos de acrecer y representación previstos para tal caso en la cláusula testamentaria, en el segundo de los citados supuestos *habría de ser considerado el don Antonio heredero fiduciario de una institución fideicomisaria tácita que no surtiría efecto como comprendida en el número 1.º del art. 785 del Código Civil, ni en todo caso heredaría su hija, la demandante, por representación, como fué llamada a la herencia, sino por su propio derecho heredera de heredera fiduciaria de su tío don Francisco*, por lo que también en este sentido saldría al paso la ley, impidiendo la eficacia de lo querido por el testador si efectivamente hubiera previsto la supervivencia de don Antonio para que pudiera heredar a aquél la hija de éste:

Considerando que si por el cauce exclusivo de la interpretación literal no se puede llegar a un ordenamiento de la última voluntad del causante, amparado por la ley, habrá precisión de conjugar a la vez el sentido literal con el lógico de la cláusula transcrita para dar con la fórmula interpretativa que rinda jurídicamente eficaz, la reglamentación de lo que el «*de cujus*» quiso que rigiese después de su muerte, y en este sentido se ofrece claro y expedito el llamamiento de los hermanos y sobrinos de la herencia no se remite al acontecimiento de la muerte de alguno de aquéllos a momento anterior al fallecimiento del causante, porque únicamente así adquieren vida adecuada los derechos de acrecer y representación establecidos, llenando este último en particular la finalidad de que la hija de don Antonio pudiera llegar a ser heredera si su padre premuriese al testador, pues ante ese suceso la hija sólo podría heredar en virtud del llamamiento hecho a su favor en el testamento como descendiente de un heredero voluntario (arts. 675 y 766 del Código Civil):

Considerando que, fijada así la voluntad del testador, no hay dificultad alguna en la construcción jurídica de la institución hereditaria, en atención a que si el hecho de la muerte, en sí mismo no es incierto, *existe incertidumbre cuando este acontecimiento se remite a un momento determinado, como al de la supervivencia de una persona respecto de otra «incertus an, incertus quando», mas esta incertidumbre no imprime carácter de condición propia-*

*mente dicha a la institución de heredero—«conditio facti»—, sino que merece la calificación de condición impropia o aparente, porque el evento de que el instituido sobreviva al testador es presupuesto que va implícito «ex lege» en la efectividad de toda institución testamentaria, aunque de todas suertes, ya se tratase de condición de tipo suspensivo, ya de presupuesto «ex lege» o «conditio juris», el hecho de que don Antonio ha sobrevivido al testador determinó la purificación de su derecho hereditario, con plenitud de facultades dominicales, quedando así excluida de la sucesión del *de cujus* la hija de aquél—la demandante—, que había sido llamada a heredar en vocación simultánea con su padre para el caso de que éste premuriese y no pudiera heredar, lo que implica vocación noble e institución única, similar en sus efectos a la típica sustitución vulgar, en cuanto la entrada de la demandante en la herencia no es operaria, en su caso, por el propio derecho de heredera sustituta, sino por la vía que el testador estableció del derecho de representación (art. 774):*

Considerando que si la voluntad del testador ha sido llamar a su herencia a los descendientes de su hermano don Antonio para el caso de que éste premuriese al causante, y tal acaecimiento no se produjo, don Antonio recibió la herencia puramente y pudo enajenar sin limitación alguna la nuda propiedad de las fincas que le fueron adjudicadas en la partición de la herencia de su hermano don Francisco, sin que la circunstancia de que la venta realizada por el apoderado de aquél, con extralimitación o sin ella, y en las ventas sucesivas se hiciese constar que las enajenaciones se sujetaban a la condición resolutoria que dimanaba del testamento, porque como en éste no hay tal condición, el error de calificación jurídica padecido por los interesados y acatado por los funcionarios que intervinieron en las ventas y en la inscripción, no puede convalidar en derecho un efecto jurídico que no arranca del título en que se quiso fundar, ya que en nuestro derecho inmobiliario la inscripción no convalida el título que llega al Registro con título de nulidad, aunque acreciente su valoración algún especial aspecto—arts. 33, 34, 24, 41 y 42 de la Ley Hipotecaria—, y, en su virtud, procede desestimar todos los motivos del recurso en los que se mantienen tesis contrarias a las expuestas sobre interpretación de las cláusulas testamentarias (mo-

tivos primero y segundo), sobre institución de heredero en favor de don Antonio, bajo condición resolutoria de que falleciese con posterioridad al testador con sucesión o sin ella (motivos tercero y cuarto) y sobre eficacia de la inscripción de las doce fincas a favor de la demandante por cumplimiento de la aludida condición resolutoria, como título de la actora para reivindicarlas (motivo quinto al séptimo).

La interpretación peca de unilateral, pues el elemento básico es el nominal, y en sentido legal no existe más derecho de acrecer y de representación que en la sucesión legítima y referido al único momento en que ésta tiene lugar, yugulando toda interpretación de disposición indirecta, y anulando los actos propios de todos los intervinientes hasta la promoción del juicio, que trata como nulos, sin valorar su configuración voluntaria, como desde su origen testamentario ocurre. El criterio desviacionista que asume en la sustitución vulgar, disposiciones sustitutorias se dan también en alguna otra sentencia, viniendo a ser el problema más de calificación de la cláusula testamentaria, que interpretación de la voluntad referida unilateralmente a un sólo momento—que tampoco en la cláusula aparece con mucha brillantez expresado—.

b) *Nulidad de la subrogación de bienes por permuta.*—Los nietos del causante impugnan la permuta realizada por su padre, que convalidó el Juzgado y anuló la Audiencia, fallo que confirma la sentencia de 20 de octubre de 1954, diciendo:

Considerando que el testamento bajo el cual falleció don Eduardo G. H., otorgado en 19 de agosto de 1908, y ampliado en disposiciones adicionales otorgadas por el mismo causante en 29 del mismo mes y en 18 de febrero y 20 de marzo de 1908, que establece en términos claros y precisos una sustitución fideicomisaria de carácter condicional en los dos tercios de la herencia, al mejorar, por partes iguales, en el tercio que la ley le facultaba hacerlo, a sus seis hijos, entre ellos al padre de las demandantes, don Eduardo F. G. H., con la condición de que no podrían enajenar por actos inter vivos los bienes que se le adjudicaran en pago de dicha mejora, adquiriendo el pleno dominio sus respectivos hijos o descendientes al fallecimiento del correspondiente heredero mejora-do, y en el caso de que falleciese sin descendientes alguno de sus seis

hijos, su parte de mejora se distribuirá entre los restantes hijos mejorados o sus descendientes; y legar el remanente del tercio de libre disposición a cinco de sus hijos, y poniendo las mismas condiciones expresadas, respecto de la parte legada a algunos, entre ellos a don Eduardo F. G. H., padre de las demandantes, haciéndose depender, por consiguiente, la sustitución de las hijas del heredero don Eduardo F. G. en la quinta parte del tercio libre y en la sexta parte de la mejora de que sobrevinieran al sustituido, supervivencia que constituye un suceso causal, y no de los que necesariamente han de venir por el nacimiento del derecho a estas porciones de la herencia del testador, de las llamadas en primer término a sustituir al fiduciario depende de una verdadera condición, sin que mientras estuviera pendiente pudieran adquirir aquellos derechos alguno a los bienes adjudicados a su padre en pago de las expresadas participaciones en la herencia del fideicomitente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.114, en relación con el 791 del Código Civil:

Considerando que, esto sentado, la sentencia recurrida, al reconocer la existencia de la expresada sustitución fideicomisaria condicional no infringe el art. 675 del Código Civil, porque interpreta las disposiciones con arreglo al sentido literal de sus palabras, suficientemente expresivas para que no exista duda alguna sobre la voluntad del testador; ya que al declarar la misma sentencia que nada adquirieron las fideicomisarias del fideicomitente mientras no se cumplió la condición indispensable para que obtuviera tal carácter, no infringe, por no aplicación, el art. 784, ni aplica indebidamente el 791, ambos del Código Civil, porque el primero de dichos artículos sólo es aplicable a las sustituciones fideicomisarias puras, pero no a las condicionales, en las que, como queda dicho, nada adquieren ni pueden transmitir al instituido bajo condición mientras ésta no se cumpla, aunque haya sobrevivido al testador, según se desprende del art. 759, en relación con el 791, aplicables ambos a toda clase de instituciones de heredero y legados condicionales, procediendo, por todo ello, desestimar el primer motivo del recurso, en que se alegan infracciones de los citados preceptos:

Considerando que igualmente debe desestimarse el segundo motivo, el que, partiendo de la base errónea de asimilar el heredero

fiduciario a un usufructuario, entiende que la declaración contenida en la sentencia recurrida de que las demandantes no adquirieron ningún derecho a la herencia de su abuelo por virtud del testamento de éste, infringe el art. 384 del Código Civil, por no estimar separadas y atribuidas a personas distintas las facultades de disponer y de disfrutar, incurriendo también, según el recurrente, en infracción de los arts. 657, 658, 659 y 661 del mismo Código, al no atribuir la nuda propiedad a las actoras desde la muerte del testador; doctrina que no puede aceptarse, porque *sin dejar de reconocer la analogía existente entre la situación del heredero fiduciario y el usufructuario en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutaban*, se diferencian sustancialmente ambos conceptos en que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto con efecto sucesivo, es decir, *se llama a una misma cosa fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habían de corresponder al sustituto; lo cual no ocurre en el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes y se procede simultáneamente adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no puede corresponder el dominio, aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario*; y si esto es así y no existiendo ninguna imprecisión en las palabras empleadas por el testador que permitan sospechar su intención de establecer un usufructo a favor de su hijo Eduardo Fernando dejando la nuda propiedad a los descendientes o a las personas llamadas a sustituirlas, sino que de los términos empleados se deduce claramente el establecimiento de una sustitución fideicomisaria, no infringe los preceptos citados en el segundo motivo del recurso la sentencia que atribuye a los demandantes la nuda propiedad de los bienes dejados por su abuelo, desde que tuvo lugar el fallecimiento de éste, siendo de tener en cuenta, además, que en las disposiciones testamentarias de dicho causante se diferencian perfectamente los conceptos de usufructuario y fiduciario, ya que al disponer del tercio libre, legando la quinta parte a cada uno de los legatarios, impone a cuatro de ellos la obligación de conservarla para sus descendientes o per-

sonas llamadas en defecto de los mismos, y en cambio a uno de los legatarios, doña Consuelo G., le lega tan sólo el usufructo de su quinta parte, adjudicando la nuda propiedad a los hijos de la misma;

Considerando que *el art. 799 del Código Civil* dispone, en efecto, que la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos aun antes de que la condición se cumpla; y para salvar la contradicción que existe con lo dispuesto en el art. 759 del mismo Código, según el cual el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, ha de entenderse que en el primero de dichos artículos *no se emplea la palabra condición en su sentido estricto*, sino que hace referencia a un término o plazo, cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona, que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignora cuándo, y cuyo efecto mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución, pero sin impedir la creación de derechos a favor del instituido, transmisibles a sus herederos desde el fallecimiento del testador. Mas comoquiera que en el caso resuelto por la sentencia recurrida no se hace depender el nacimiento del derecho de las demandantes del término determinado por el hecho del fallecimiento de su padre, sino de la condición de que le sobrevivan, resulta aplicable a la situación así condicionada el art. 759, cuya preferente aplicación al 199, por su conformidad con el 1.114, se halla reconocida por la sentencia de este Tribunal, de 17 de marzo de 1934, procediendo por ello desestimar el tercer motivo del recurso, en el que se alega infracción del repetido art. 799 por no haber reconocido la sentencia recurrida el derecho de las demandantes a la herencia del testador desde el fallecimiento del mismo, aunque sujeto a una condición o plazo de necesario cumplimiento:

Considerando que en la partición de la herencia del testador don Eduardo G. H., se adjudicó al heredero de don Eduardo Fernando G. H., en pago de la quinta parta del tercio de libre disposición y de la sexta de mejora, una participación de setenta y ocho con ochocientas veinticinco milésimas por ciento en una fábrica llamada de «Peñarrocha», consignándose en la escritura particional que la adjudicación se hacía con las condiciones expresadas en

el testamento y, por tanto, con la prohibición de enajenar, transmitir o gravar, por actos intervivos, la expresada participación, cuyo pleno dominio pasaría a sus ascendientes si le sobrevivían, o, en otro caso, a las personas que alude el testamento, todo lo cual se hizo constar en la inscripción del expresado inmueble en el Registro de la Propiedad, practicada en virtud de la escritura de participación, sin que en ésta ni en la inscripción se atribuya a los herederos fideicomisarios condicionales la nuda propiedad de la referida participación de la finca inscrita, sobre la que les correspondía, tan sólo, con arreglo al testamento, una expectativa de derecho para el fiduciario don Eduardo Fernando G. H., no obstante lo cual *solicitó y obtuvo* éste, en 7 de mayo de 1930, *en el Juzgado de Primera Instancia de Carlet*, alegando ser vecino de ese pueblo, *autorización judicial para permutar, como representante legal de sus hijas, las hoy demandantes, la nuda propiedad del setenta y ocho con ochocientas veintiocho milésimas de la referida fábrica, por una casa de su propiedad del hoy demandado don José V.*, quedando la primera de dichas fincas libre de toda reserva y condición, que habían de pesar en adelante sobre la casa dada en permuta, la cual se llevó a efecto por escritura otorgada entre don Eduardo Fernando G. H., como representante legal de sus hijos, y don José V. V., en 26 de junio de 1930, o sea a los cincuenta días de concedida la autorización judicial. Y *contra los pronunciamientos de la sentencia recurrida declarando ineficaz la autorización para transmitir un derecho que no existía en el patrimonio de los transmitentes, y nula la permuta consignada en la escritura de 26 de junio de 1930*, se articula el cuarto motivo del recurso al amparo de los números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos los arts. 164, en relación con el 40, y 1.248 del Código Civil, por haber estimado el Tribunal sentenciador que F. G. H. *faltó a la verdad en la solicitud dirigida al Juzgado de Carlet para otorgar la autorización para la permuta, que constituye, según el recurrente, una afirmación que no pueden desvirtuar las certificaciones aportadas con relación a los padrones de vecinos y las declaraciones testificales que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para establecer la conclusión de que el señor G. H. tenía su domicilio en Valencia, y deducir que era incompetente el Juez de Carlet para otorgar la autorización, pero aparte de que la facultad de la*

prueba es facultad soberana del Tribunal de Instancia, y el auto concediendo la autorización no constituye documento auténtico para demostrar la vecindad del que la solicita, por lo que no existe el error de hecho que se denuncia, ni tampoco puede fundarse el derecho en el art. 1.248 del Código Civil, según reiterada jurisprudencia, es la cierto que la declaración de ineficaz del auto en que se concedió *la autorización judicial*, se funda sustancialmente en que *no podía producir otro efecto que suplir la falta de capacidad para enajenar o transmitir, pero no atribuir al transferente poder dispositivo sobre la cosa objeto de transmisión, de cuyo poder carecían las hijas de don Eduardo Fernando G. H.*, ya que, según queda razonado al desestimar anteriores motivos de casación, *no les correspondería mientras viviera su padre la nuda propiedad*, ni las participaciones a éste adjudicadas en la fábrica de Peñarrocha; procediendo, por todo ello desestimar el cuarto motivo del recurso:

Considerando que *al otorgarse la escritura de permuta en 26 de junio de 1930, no figuraba inscrita a favor de las hoy demandantes la nuda propiedad* de las particiones adjudicadas a su padre en la fábrica de Peñarrocha, y, por tanto, no adquiere el recurrente don José V. V., dicha nuda propiedad de quien figuraba en el Registro como titular de la misma, procediendo por ello desestimar el quinto motivo del recurso, ya que no incurre la Sala sentenciadora en la infracción que en dicho motivo se alega, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1909, ni convierte al señor V. en tercero hipotecario la inscripción de la nuda propiedad practicada después del otorgamiento de la escritura, para hacer posible la de su adquisición, porque, dada su intervención en los actos que precedieron a dicho otorgamiento, demostrada por haberse obtenido la autorización judicial para realizar una permuta con el mismo, y que, por tanto, estaba convenido antes de concederse la autorización, conocía la situación legal en cuanto a las referidas participaciones que intentaban adquirir por permuta, y en los que ningún derecho correspondía a los que aparezcan transmitiéndolas, representandas por su padre:

Considerando que, alegada por el demandado don José V. V. la excepción de prescripción extintiva de la acción de nulidad del contrato de permuta, consignado en la referida escritura de 26 de junio de 1930, por haber transcurrido más de cuatro años desde

que las demandantes llegaron a la mayor edad hasta que promovieron el acto conciliatorio preliminar de la demanda, en que tal acción se ejercita, se alega en el sexto motivo del recurso, al amparo de los núms. 1.º y 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de los arts. 1.261, 1.300, 1.301, 1.309, 1.957 y 1.963 del Código Civil, por haberse desestimado dicha excepción con fundamento en que el contrato cuya nulidad se pretende no es simplemente anulable, sino radicalmente nulo o inexistente, incurriendo en error al apreciar la prueba para llegar a esa conclusión, sin expresar en el recurso si el error que se denuncia es de hecho o de derecho, ni señalar concretamente el documento auténtico de mostrativo del primero, ni las disposiciones legales sobre valoración de las pruebas que autoricen el segundo, y por ser función del Tribunal de instancia la apreciación de la existencia o inexistencia de un contrato, y no impugnarse esa apreciación citando con claridad y precisión el documento auténtico que demuestre el error de hecho ni los preceptos sobre valoración de la prueba, ha de estimarse subsistente la conclusión de inexistencia establecida por la Sala sentenciadora, que estima *no concurren en el contrato todos los requisitos exigidos por el art. 1.261 del Código Civil, por no tener realidad el derecho de nuda propiedad de las actoras, que se hace figurar, como objeto de contratación, y sobre el que no puede recaer consentimiento de los contratantes que conocían la carencia de esa realidad*, y como quiera que la acción de nulidad que concede el art. 1.300 del Código Civil, se refiere a los contratos anulables, que reúnan los requisitos del art. 1.261, resulta inaplicable a los que no reúnan tales requisitos el plazo prescriptivo señalado en el art. 1.301 y concordantes; y en cuanto al impedimento que para el ejercicio de la acción de nulidad puede significar lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.963, en relación con el 1.957, por haber adquirido el demandado la fábrica en virtud de justo título y posesión de más de diez años, aparte de que la prescripción de esa clase no fué alegada en la instancia, y constituye una cuestión nueva que no puede ventilarse en casación, es de tener en cuenta que la Sala sentenciadora no conceptúa al señor V. V. como adquirente de buena fe, al afirmar, en el quinto considerando, que son inoperantes las alegaciones hechas por el mismo de que si contrató con el padre de las actoras, es por creencia debida-

mente autorizado para ello, lo que equivale a afirmar que conocía los vicios que invalidaban su título y su carencia de virtualidad como elemento para adquirir por prescripción ordinaria; y, por último, como las demandantes, hasta ocurrir el fallecimiento de su padre sólo podrían ejercitar las acciones de nulidad encaminadas a que no se malograra la expectativa de su derecho si llegaban a sobrevivirle, y la que ahora se ejercita se basa en el derecho efectivo que adquieren al fallecimiento de aquél, courrido en 22 de diciembre de 1947, y hasta entonces nada pudieron reclamar como verdaderas titulares de ese derecho, desde entonces ha de contarse el plazo prescriptivo, conforme al art. 1.969, sin que con arreglo a ese cómputo haya transcurrido al promover el acto conciliatorio preliminar de la demanda el plazo de cuatro años que la ley señala para la prescripción de la acción, aun en el supuesto de poder aceptarse la tesis, ya rechazada, de que no se trata de un contrato radicalmente nulo o inexistente, sino simplemente anulable.

La sentencia anterior tiene, en cuanto a su argumentación, un valor convencional, pues sigue a los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que punto por punto se van impugnando, y desestimada en el fondo, es intrascendente el destruir los argumentos más o menos convincentes, por la influencia de la doctrina del fideicomiso romano en que se apoya. El resultado es correcto y otra parte de su fundamentación.

c) *La disposición de bienes por testamento.*—De escaso interés es este particular, por el casuismo que supone la cláusula y los motivos que dan lugar a la contienda judicial resuelta por la sentencia de 23 de diciembre de 1940, sobre la siguiente testamentaria:

Ordeno y mando que instituyo por mi única y universal heredera especialmente de toda la mitad de la dehesa de «Los Huelmos», que me pertenece, bueyes y aperos de labrar y en cuantos otros bienes me correspondan y de que no haya dispuesto en este mi testamento, a mi sobrina Rosario S. O., esposa legítima de mi expresado sobrino Eduardo, *con prohibición absoluta de enajenar ni aun la parte más pequeña de la propiedad en que le instituyo, con encargo asimismo de reservar íntegra toda esta herencia para los hijos de su matrimonio*, habidos con mi sobrino Eduardo, caso de fallecer éste y pasar aquélla a segundas nupcias.

La sentencia viene a seguir el criterio tradicional de la Dirección de Registros que concede un sentido limitado a la palabra enajenar, como limitada a los actos *inter vivos*, y no a la disposición que se refiere igualmente a los actos *mortis causa*, diciendo:

Considerando que frente a la interpretación dada por el Tribunal de instancia a las cláusulas 20 del testamento otorgado por don Francisco P., el 16 de abril de 1865, y según la cual se trata de una institución en propiedad a favor de doña Rosario S. O., con prohibición de enajenar para el caso de que viniese alguno de los hijos nacidos del matrimonio de dicha señora con don Eduardo P., la recurrente sostiene que, en cuanto a la mitad indivisa de la dehesa «Los Huelmos», *la cláusula de referencia significa una institución de usufructo a favor de doña Rosario y otra en nuda propiedad a favor de los hijos de dicha señora:*

Considerando que, aparte la reiterada doctrina de este Tribunal Supremo, a cuyo tenor, cuando se trata de interpretación de cláusulas testamentarias, es necesario que aparezca evidente el error en la sentencia para que pueda darse lugar a la casación, el aludido testamento, que fué inscrito en el Registro de la Propiedad y constituyó la base de la operación particional, igualmente inscrita, de los bienes relictos por fallecimiento de don Francisco P., *ni establece distinción entre nuda propiedad y usufructo de la mitad de la dehesa ni prohíbe en términos genéricos a doña Rosario S. O. disponer de ella*, como con manifiesta exactitud sostiene el recurrente, *sino sólo enajenar, o sea, en el estricto significado de la palabra transmitir por acto inter vivos:*

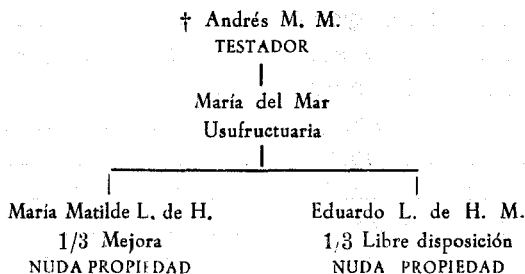
Considerando que no impugnado el título de propiedad de doña Rosario S. O. no cabe en manera alguna estimarlo alterado o desvirtuado por el hecho de que en una de las inscripciones posteriores a la de la aludida operación particional, se haya omitido en el Registro el particular de la cláusula testamentaria relativa al supuesto, no realizado, de pasar la herencia a segundas nupcias ni el que *por una escritura otorgada en 15 de julio de 1919 se califique de usufructo el derecho correspondiente a aquella señora sobre la mitad indivisa de la dehesa «Los Huelmos»*, pues si la inscripción en el Registro de la Propiedad constituye en nuestra legislación título de dominio, sino corroboración y garantía del existente ni la naturaleza peculiar de cada uno de los derechos depende de la

denominación que con mayor o menor acierto puedan darle los interesados, siguiéndose de estas consideraciones que adquirida la propiedad de la mitad indivisa de la finca de doña Rosario S. O., y no constando se hubiese producido merma o alteración de las facultades dominicales durante el tiempo transcurrido desde la adquisición del derecho hasta la muerte del titular, es manifiesto que pudo ésta disponer por testamento de dicha mitad indivisa, que la testadora tenía igualmente facultad de imponer a los sucesores las condiciones expresadas en la cláusula primera de su acto de última voluntad, entre ellas la prohibición de que se exigiese a don Fernando P. cuentas de administración de los bienes legados a la actora y a sus hermanos, y que *no medió error al ser incluida la repetida mitad de la dehesa en las operaciones particionales del caudal hereditario*:

Considerando que si las razones expuestas llevan a la conclusión de que no pueden prosperar los motivos primero, segundo y tercero del recurso, esta conclusión se corrobora y robustece teniendo en cuenta, bajo otro aspecto, que, ejercitada en la demanda una acción encaminada a obtener la rescisión de operaciones particionales, resulta indispensable para su éxito, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.074 del Código Civil, la demostración de lesión o agravio en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueren adjudicadas, demostración que no se intentó en el pleito y cuya falta incide también, puede prosperar la acción ejercitada:

Considerando, por último, que, invocando el cuarto de los motivos del recurso, el número 1.º del artículo 1.692 de la ley procesal, su razonamiento está, no obstante, dirigido a combatir determinada apreciación de la prueba, sin alegar, al amparo del número séptimo de dicho artículo, error de hecho ni de derecho; y constituyendo tal defecto causa de inadmisión del recurso, lo es igualmente de desestimación del mismo, con arreglo a la doctrina de esta Sala, siguiéndose, en consecuencia, que no puede prosperar el motivo de que se trata.

d) *Penificación por renuncia*.—Sobre el siguiente árbol genealógico:



Viene a sentarse en la resolución de 19 de diciembre de 1942:

Considerando, en cuanto al primer defecto señalado en la nota recurrida, que si bien en principio los actos que tienden a modificar entidades hipotecarias o fincas mediante segregaciones o agrupaciones son de riguroso dominio, es necesario tener presente en el caso discutido en el contrato, que la escritura de poder, por la cual la mandante autoriza para vender «por el precio y condiciones que estime, el mandatario revela el propósito de no poner trazas ni limitaciones al contrato de venta, *toda vez que la palabra «condiciones» parece empleada en su acepción vulgar, como sinonimia de supuestos, cláusulas, bases y operaciones*, con arreglo a las cuales podría realizarse la venta, y entre las que se encuentra como previa la segregación, para el caso de que se enajene una parte de la finca, como sucedió en la escritura objeto del presente recurso:

Considerando que este razonamiento resulta confirmado en la propia escritura, porque la mandante se obligó a tener por firme y válido lo que en virtud de las atribuciones conferidas «y sus consecuencias, incidentes y anexos hiciere el mandatario», palabras todas que ponen de manifiesto una vez más las amplias facultades atribuidas a éste para efectuar la venta:

Considerando que a los motivos anteriores se une en este caso la circunstancia de que, por ser el mandatario marido de la señora otorgante, el poder es de presumir que se hallaba autorizado con la confianza y extensión que presupone la existencia del vínculo marital y con la natural amplitud que al marido, apoderado de forma auténtica, corresponde corrientemente no sólo como jefe de la sociedad conyugal y representante legal de su mujer, sino como

mandatario que se halla en relación íntima con su mandante y de quien puede recibir constantemente instrucciones:

Considerando, respecto al segundo defecto, que la cláusula del testamento de don Andrés M. M., en cuyo virtud *si alguno de sus referidos nietos falleciere sin dejar sucesión, los bienes que hubiera adquirido por virtud del legado pasarán a su otro hermano, no implica una sustitución fideicomisaria en favor de los hijos que el mismo pudiera tener*: 1.º Porque la regla «positus in conditione, positus in substitutione», ni se ha admitido como general en el derecho común castellano, ni responde a una presunción incontrovertible de que la persona designada al fijar la condición dada debe ser reputada sucesora directa del testador; y 2.º Porque los argumentos que en el presente caso podrían alegarse respecto a la exigencia del legatario de la conservación y transmisión a sus hijos de los bienes legados, no se concilian con los arts. 783 y 785, núm. 1.º del Código Civil, a cuyo tenor, para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos, y no surtirán efecto los que se hagan sin darles tal nombre y sin imponer al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero:

Considerando que del estudio de la cláusula testamentaria tampoco se infiere la existencia de una prohibición expresa de enajenar, el alcance de cuya omisión no pudo desconocer el causante, dada su cualidad de abogado; y, según tiene reiteradamente declarado este Centro directivo, las cuestiones dudosas deben resolverse en el sentido más favorable a la libertad del dominio:

Considerando que el segundo extremo de la nota recurrida, sin plantear directa y generalmente el problema de la forma y efectos de la purificación del fideicomiso condicional, por la mera renuncia del fideicomisario, se limita a poner de relieve el que los derechos de los descendientes de las personas llamadas nominalmente a la herencia no sean lesionados, por lo que esta resolución debe enfocar tan sólo el indicado aspecto y desestimar la calificación del Registrador en los términos en que se halla concebida.

La revocación afectaba al segundo defecto puesto por el Registrador y que amparaba el auto presidencial, «porque la nuda propiedad de don Eduardo debería pasar por su fallecimiento a sus descendientes y, en su defecto, de ellos a su hermana, por lo cual

la renuncia hecha por ésta no convalida la venta», defecto este último que se calificó de insubsanable.

Ahora, en la resolución de 1 de febrero de 1952 se confirma la nota del Registrador contra el criterio de la Audiencia, sobre otra enajenación, diciendo la Dirección General:

Considerando que los títulos que se presentan en el Registro generalmente se devuelven a los interesados con la nota prevenida en el art. 253 de la Ley Hipotecaria, expresiva de haberse practicado el asiento solicitado, si bien cuando adolezca de algún defecto que impida su despacho, el Registrador deberá manifestarlo a los interesados para que si quieren recojan el documento y subsanen la falta, entregándolo sin más nota que la de haberse verificado el asiento de presentación, excepto cuando reclamare que se extienda la nota calificadora, de acuerdo con lo establecido en los arts. 19 de la mencionada ley, 105, 106, 436, párrafo 2.º, y 434, párrafo 1.º, de su Reglamento, y constante práctica observada en los Registros:

Considerando que la sustitución por el Registrador de una nota puesta en el título por otra redactada al emitir su informe, equivale a una reforma de la calificación, y si bien puede rectificar el juicio en todo o en parte y conformarse con la petición del recurrente, según lo dispuesto en el art. 116 del Reglamento Hipotecario, el Registrador no se halla autorizado para rectificar, ampliar o adicionar con nuevos defectos la calificación, mientras no se decida el recurso entablado, porque con ello provocaría a la indefensión del recurrente y alteraría los fundamentos y bases del debate:

Considerando que en nuestro ordenamiento hipotecario las notas firmadas y extendidas en los títulos, a los efectos de suspender o negar la inscripción solicitada, constituyen la calificación del documento por el Registrador, conforme a los arts. 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, y no cabe atribuirles el carácter de notas simplemente informativas:

Considerando que la finca vendida en la escritura autorizada por el notario de Vitoria, don M. L. S. el 9 de junio de 1951, pertenecía a la plena propiedad de doña G., don L., doña M. de los D. y doña M. O. de V. C., quienes al morir su padre consolidaron el usufructo que éste tenía con la nuda propiedad que les había sido

legada por su abuelo en la cláusula 6.^a del testamento de 21 de diciembre de 1922, bajo el que falleció, y en la que dispuso que era condición de la institución que los bienes «*no se podían gravar y vender hasta que los nietos lleguen todos a la mayor edad*», y asimismo ordenó que tales bienes adjudicados en nuda propiedad y en usufructo se administrarán por sus hijos don R. L. y doña P., los cuales entregarían el producto y renta de los mismos al usufructuario, y que si por cualquier circunstancia fuese conveniente o necesaria, a juicio de los administradores venderlos, podrían hacerlo con la obligación de invertir su importe en valores seguros, que quedarían sujetos a las mismas condiciones:

Considerando que *la interpretación teológica de la prohibición de enajenar impuesta en el testamento y las circunstancias acreditadas en el expediente revelan la intención del testador de privar a su hijo de la disposición de los bienes*, confiéndole solamente el usufructo, acaso por estimar que no reunía condiciones necesarias para su recta administración y conservación, y que otra legítima finalidad temporalmente puede ser protegida por el ordenamiento jurídico; pero su alcance y oportunidad han de apreciarse en relación con todas las cláusulas del testamento, ley de la sucesión y hechos posteriores, que no permiten concluir, como se hizo en la escritura calificada, que por *ser menor uno de los cuatro nietos*, subsista la administración, y las excepcionales facultades dispositivas establecidas por el testador, en atención a la adjudicación de los bienes hecha en usufructo y nuda propiedad:

Considerando que, admitido el poder dispositivo de los vendedores se privaría a los plenos propietario del casería de «A» y sus pertenecidos de facultades que son contenido normal de la propiedad, según el Código Civil, en contra de la orientación favorable a la libertad del dominio que preside nuestra legislación, y con la posibilidad de que sufran perjuicios los dueños por la enajenación efectuada, con el simple compromiso de invertir el precio en valores seguros y sin el consentimiento, y quizá sin el conocimiento, de titulares registrales con plena capacidad de obrar.

f) *Circunstancia de existir más hermanos y mayor edad*.—Conjuntamente con el hecho de llegar a la mayor edad y que no pudieran existir más hermanos, viene a sentarse la resolución de 22 de junio de 1943:

Considerando que el testamento otorgado por don Lorenzo R. aparece instituida su hija como heredera usufructuaria en la mitad de la casa núm. 7 de la calle Cuna, de Sevilla, con la siguiente ampliación: *«Cuando con el transcurso del tiempo se calcule, racionalmente pensando, que por ley física o natural su citada hija no tuviere más sucesión, los bienes que hubiera usufructuado con arreglo a la citada disposición los adquieran en pleno dominio y por iguales partes los hijos legítimos que a la sazón tuviere, con la sola limitación de que éstos no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos cumpliera la mayor edad, a menos que antes de ocurrir este hecho falleciera doña Soledad S. M.»*; y por mucha libertad que se deje a la instituida para interpretar esta cláusula y provocar la adquisición del pleno dominio a favor de los hijos legítimos en un momento dado, no puede admitirse por el sólo hecho de haber quedado viuda, único dato en que se apoya la escritura, que ni siquiera consigna la edad de la expresada señora, puede estimarse que, racionalmente pensando, no ha de tener sucesión, por lo que resulta justificada la parte de la nota calificadora que, fundándose en la falta de previa inscripción a favor de los vendedores, deniega la inscripción de la venta en cuanto se refiere a la nuda propiedad:

Considerando, por lo tocante a la afirmación hecha en la misma nota sobre la falta de capacidad de los hijos de doña Soledad R., que también ha de reconocerse la eficiencia del poder dispositivo de los mismos: primero, porque en el testamento aludido consta con toda claridad la limitación de que los hijos llamados *«no adquiriría ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día que el último de ellos tuviese la mayor edad»*, y, *según consta en la escritura, tres eran menores de edad* cuando se realizó el otorgamiento; segundo, que aun dando solamente un valor relativo a la contradicción que implícita en la cláusula examinada que, por un lado, ordena, respecto de los bienes, que los hijos legítimos *«los adquirirán»*, e inmediatamente establece que *«no adquirirían»*, es indudable que, por lo menos existe una prohibición de enajenar válida, con arreglo al número 2.º del art. 758 del Código Civil, en su relación con el art. 781 del mismo Código; y tercero, porque la autorización judicial obtenida para llevar a cabo la enajena-

ción podrá suplir la falta de capacidad de los menores, pero no la carencia de poder dispositivo para perfeccionar la transferencia del dominio desde el patrimonio de los mismos al del comprador:

Considerando que la alegación del recurrente relativa a que la enajenación del pleno dominio, llevada a efecto con autorización judicial no altera las disposiciones testamentarias a que estaba afecto el inmueble, sino que se limita a transformar el objeto, sustituyendo éste por el precio, no se compadece con la doctrina reiteradamente sustentada por este Centro, según el cual las prohibiciones de enajenar impiden el ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al titular, porque, sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto al desenvolvimiento de las atribuciones concedidas usualmente; y si bien las prescripciones fundamentales del régimen hipotecario son refractarias a las prohibiciones de enajenar, que gravan la propiedad y entorpecen el comercio inmobiliario, corresponden, por otra parte, las limitaciones impuestas en testamento de un modo tan íntimo a la intuición popular, a las necesidades familiares y a la presión de los testadores, que han sido admitidas por nuestra legislación y reconocidas por este Centro directivo:

Considerando, finalmente, que para levantar esa prohibición de enajenar es insuficiente la autorización judicial obtenida al amparo del art. 164 del Código Civil, como si se tratara de bienes que se hallan en el patrimonio de los menores, sin sujeción a limitaciones del poder dispositivo, y así se ha reconocido en múltiples ocasiones por este Centro directivo.

38.—EFECTOS BASCULANTES DE LA CONDICIÓN.

Al llegar al final de este trabajo, con la salvedad de algún caso de excepción, se ha procurado presentar la doctrina sobre los supuestos susorios encabezados por el usufructo, que viene a asentarse sobre una nuda propiedad, que bien se adquiera en forma pura o a término, o sea por la vía que facilita la legal transmisibilidad familiar de los bienes, que es la divisa que los mantiene dentro de la órbita familiar, pero con aquella calificación aparta la aplicación de la condición, que tuvo un sentido monopolista en

el Derecho romano y el foral, al que sirve de soporte, como única forma, que muchas veces produce el efecto contrario al pretendido, dispersando los bienes que con purificaciones anticipadas permiten la disposición testamentaria a favor de familias de otra sangre. El declinar de la condición pudiera ser la tesis de este trabajo, y la antítesis es precisamente la escasa representación de la condición y en ocasiones su aplicación tiende precisamente al mismo efecto que el término de abroquelar los bienes dentro del círculo familiar, marcando la ruta de la voluntad subyacente en todas las disposiciones indirectas, de que los bienes queden el mayor tiempo posible en la esfera parental.

Para Cataluña es de aplicación la sentencia de 18 de mayo de 1932, diciendo:

Considerando que si bien en las donaciones de fincas o cosas materiales el donatario adquiere el dominio mediante la tradición, la reserva del usufructo, la *duductio* en general o cualquier otra entrega simbólica, no puede perderse de vista que los heredamientos a favor de los hijos, que suelen contener las capitulaciones matrimoniales autorizadas por la legislación catalana, participan de las disposiciones *inter vivos* y *mortis causa*, por lo que Fontanella las calificó de *hermafroditas*, y otros escritores de híbridas, teniendo de común con las primeramente nombradas el ser irrevocables, y como las *mortis causa* no sólo que su perfecto cumplimiento no llega hasta la muerte del donante, sino que su eficacia está subordinada a la condición tácita de que el donatario no premuera al donante, doctrina que, expuesta por los más notables escritores, se halla también establecida en las sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 1898, 26 de octubre de 1886 y 14 de diciembre de 1910, convenidas o impuestas como ley especial de la discutida donación prenupcial, ha de atenderse tanto a las expresiones empleadas como a los propósitos de las partes contratantes:

Considerando que por la escritura de 16 de junio de 1919, don José Solé Carol, para compensar a su hijo Jaime los servicios y trabajos prestados a la casa, le hizo donación de las tierras y casa de referencia, disponiendo al propio tiempo que en el supuesto de fallecer el donatario sin hijos o con tales que no llegasen a la edad de testar y vivir el donante, éste entrara en el pleno usufructo y administración de las fincas donadas por durante su vida, pasando.

extinguida ésta, a la plena propiedad de Genoveva Vidal Freixas. en compensación del sacrificio que para la misma representa tener que atender al donante y a su futuro esposo incapaz, Jaime Solé, y si fallece éste sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar y no existe el donante, entrará, desde luego, en plena propiedad de las dos descritas fincas la prenombrada Genoveva Vidal Freixas, *de cuyos términos claramente se desprende la condición de que habría de sobrevivir la Genoveva al Jaime y al donante*, no sólo por el lugar que se le asigna para el disfrute de la donación, sino por los servicios que con ésta se trata de remunerar, *constituyendo una verdadera condición completa*, que, como se expresa en el Considerando séptimo de la sentencia aceptada por la recurrida, produce el efecto principal de impedir el nacimiento mismo del derecho a ella sometido, que ni siquiera se sabe si llegará alguna vez a existir; o, como se dice en el Considerando segundo de la sentencia recurrida, es algo intermedio entre la inexistencia del negocio jurídico y su perfección no habiendo derecho propiamente dicho mientras la condición no se haya cumplido; y en tal atención es claro que al fallecer Genoveva Vidal a los pocos meses de contraer matrimonio se hizo imposible la condición, puesto que la sobrevivieron, y no pudiendo ya prestarse los servicios que se querían remunerar, y quedando ineficaz y nula la condición; y bien sea esta institución considerada como contrato o como fideicomiso, es lo cierto que *nada pudo transmitir por herencia Genoveva a su hermana Coloma*, porque, como antes se expresa, no llegó a tener derecho alguno, pues no pasó de la eventual adquisición o mera *spes* que se extinguió con su muerte, y no es susceptible de ser transmitido por herencia, ya que ésta sólo comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que se extingan por su fallecimiento conforme al art. 659 del Código Civil y si se estima que el llamamiento estaba sometido a las normas de las sucesiones como sustitución fideicomisaria al fallecer Genoveva, *pendente conditione*, antes que el donante y que el donatario, no pudo tener lugar la transmisión de derechos:

Considerando, a mayor abundamiento, que si se estima necesario interpretar la cláusula de referencia, para atender mejor la voluntad de las partes, en consonancia con la sentencia de este Tribunal antes citada, bien claro está que la voluntad del donante

es opuesta a que su casa y bienes vayan a poder de la heredera Genoveva, desde el momento que solicitó la declaración de heredera de su hijo Jaime y transfirió la casa de referencia a su hija Josefa, y al mismo resultado se llega si se considera la naturaleza y causa social de los heredamientos y *las enseñanzas del Derecho natural y la Etica*, que nos dicta que, a falta de pacto o derecho que otra cosa disponga, es lo *racional que los bienes que el padre donara al hijo antes de pasar a personas extrañas a la familia deben recaer en el heredero del hijo*, que en el presente caso coinciden con el mismo donante:

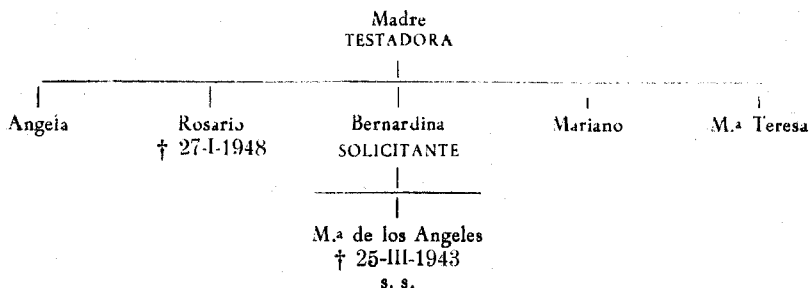
Considerando que de todo lo expuesto se desprende la conclusión de que el Tribunal *a quo* interpretó erróneamente las disposiciones contenidas en la *Instituta* de Justiniano, libro III, título XV, pr. 4, y libro III, título XIX, pr. 25, y frag. 9.º, título III, libro XXIII, y los fragmentos 2.º y 5.º, título V, libro XXXIX del *Digesto*, y los artículos del Código Civil que en tal concepto se citan en el único motivo del recurso, y por lo mismo, ha dado lugar a la casación de la sentencia.

La demandada había inscrito en el Registro.

Por último, en esta línea condicional se encuentra la resolución de 20 de junio de 1956, que deniega la petición de inscripción, confirmando el acuerdo de la Audiencia, que mantuvo la nota del Registrador, sobre la siguiente cláusula:

«Del tercio de mis bienes, del que en concepto de mejora puedo disponer, conforme al párrafo 2.º del art. 808 del vigente Código Civil, mejoro a cada uno de mis nombrados cinco hijos, doña Angela, doña Rosario, doña Bernardina de Sena, don Mariano y doña María Teresa, en la quinta parte del valor de dicho tercio, en calidad de usufructo vitalicio, cuya nuda propiedad mando, también haciendo uso del derecho de mejorar, a los respectivos descendientes legítimos de dichos mis hijos, heredando aquéllos por estirpes. Si alguno de mis hijos falleciera sin dejar sucesión legítima, la porción o porciones usufructuarias vacantes de él o de los fenecidos la heredarán sus hermanos supervivientes en usufructo vitalicio, y en propiedad los aludidos descendientes legítimos, por estirpes, como queda expresado.»

La posición genealógica es la siguiente:



Pretendía inscribir los bienes de su hermana Rosario, rechazándose la pretensión en virtud de los siguientes:

Considerando que, consentidos por el recurrente varios de los defectos de la nota calificadora, se reduce la cuestión planteada en este expediente a interpretar el testamento de 24 de marzo de 1920, otorgado por la excelentísima señora duquesa viuda de Uceda, en el que la testadora declaró su voluntad de mejorar, conforme al art. 808-2.º del Código Civil, a cada uno de sus cinco hijos, con el usufructo vitalicio, y a los descendientes legítimos de dichos hijos con la nuda propiedad, «si alguno o algunos de dichos mis hijos fallecieren sin sucesión legítima, la porción o porciones usufructuarias vacantes del o de los fenecidos, las heredarán sus hermanos supervivientes en calidad de usufructo vitalicio, y en propiedad los aludidos descendientes legítimos, por estirpes, como queda expresado»:

Considerando que por haber fallecido sin sucesión legítima, en 27 de enero de 1948, la hija y heredera de la causante, doña Rosario, la nuda propiedad de los bienes del tercio de mejora, que usufructuaba, debía corresponder, por estirpes, a los hijos de los cuatro hermanos restantes; pero fallecida en 24 de marzo de 1943 la única hija de una de las hermanas, doña Bernardina, es necesario determinar si, en virtud del testamento de referencia, pudo aquélla transmitir a sus herederos algún derecho, puesto que falleció antes de que la condición se hubiera cumplido.

Considerando que los testadores pueden reflejar sus particulares deseos en las disposiciones de última voluntad sin otras limitacio-

nes que las establecidas en la ley y, por tanto, las instituciones de heredero y los legados podrán hacerse puramente o sujetos a determinados plazos, condiciones o modos; pero la interpretación de la voluntad del causante ha de realizarse siempre en forma sistemática, para que tales disposiciones sean rectamente cumplidas:

Considerando que, configurada la institución de heredero dependiente de un acontecimiento futuro e incierto, de manera que la condición sea un presupuesto del llamamiento, debe apreciarse la capacidad del instituido para adquirir el derecho en el momento de verificarse la condición, conforme a lo dispuesto en el art. 758 del Código Civil, y, en consecuencia, nada podrá transmitir quien fallezca antes, según declara el art. 759 del mismo Código, aunque otra cosa suceda en aquellos supuestos en los que dependa de la condición se cumpla, puede transmitir los derechos que hubiera adquirido:

Considerando que del contexto de la cláusula discutida, corroborado por la interpretación dada por el albacea, aparece evidente que en la primera parte la causante dispuso de la nuda propiedad del tercio de mejora en favor de sus descendientes, mientras que en la segunda ordenó la testadora que la porción usufructuaria correspondiente a aquel de sus hijos que muriese sin sucesión fuese heredada en propiedad por los descendientes de los restantes hijos que sobreviviesen, y como doña Angeles A. premurió a su tía doña Rosario T., es forzoso concluir que no adquirió derecho alguno que ella pudiera transmitir a su madre, y al tener un carácter subordinado a éste los defectos A-3) y B-3) de la nota, es innecesario entrar en su examen. La aparente contradicción con la sentencia de 11 de abril de 1905 es falsa; en aquella se aplicó la transmisibilidad legal de derecho, y ésta no tiene lugar cuando está preordenado por el testador su forma expansiva o concéntrica por el derecho de acrecer y representación.

Esta tendencia familiar se observa en la jurisprudencia extranjera, como de forma marginal apunta KARL LARENZ, en *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*: «En un caso en que los cónyuges se habían instituido herederos mutuamente en un testamento mancomunado y habían instituido a determinados parientes después de la muerte del último fallecido, el esposo sobreviviente adoptó a su hijo ilegítimo y lo instituyó heredero.

revocando su propia disposición testamentaria. El Tribunal Supremo del *Reich* admitió la impugnación de los parientes originariamente favorecidos. La esposa, declaró, no había supuesto que el esposo no tendría un hijo ilegítimo y que no adoptaría a nadie; sin embargo, *aun cuando tales suposiciones no hayan tenido lugar por estar muy alejadas del ámbito de las representaciones del causante, puede hablarse de la errónea suposición de que tales acontecimientos no se producirán.*»

JOSÉ LATOUR BROTONS,

Fiscal y Letrado del Ministerio de Justicia.

La nueva regulación del Registro Mercantil

La nueva regulación del Registro Mercantil

(Continuación.)

CAPÍTULO VI

DE LAS SOCIEDADES: GENERALIDADES E INSCRIPCION

La conciencia como característica de la persona física o jurídica.

Siendo las sociedades mercantiles una persona jurídica más de las muchas que tradicionalmente forman parte del acervo jurídico de cualquier país, el punto inicial y básico de cualquier estudio sobre ellas tendrá que ser el de su naturaleza jurídica. El cual es común a todas las personas de este orden.

Las personas jurídicas han tenido en la vida del derecho una curiosa evolución. Parece que los legisladores, reflejando el sentir instintivo general, han tenido cierta repugnancia a pensar siquiera en su existencia. Pero como se encontraron con situaciones de hecho, que sólo podían ser construidas al través de este concepto, afrontaron de una manera forzada el problema, resolviéndolo apresuradamente con ciertas artificiosidades, que no hubieran resistido un análisis riguroso, pero que les eximió de estudiarlo a fondo de una vez para siempre, extrayendo las consecuencias que de ese estudio se hubiesen derivado.

Pero la vida, tanto la fisiológica como la social o la jurídica, sigue su curso con independencia de lo que nosotros opinemos sobre ella, y precisamente uno de esos hechos vitales es el de la existencia de entes, que si bien son distintos a las personas físicas, se apoyan en la substancia o substrato físico de un cúmulo de éstas. Y sin que obste a esa idea, el que a veces sea una sola ya desaparecida, la que por una especie de supervivencia, sirva de mecanismo de disparo para su puesta en marcha.

Esto que tiene carácter de inevitable, había de ser recogido forzosamente por el Derecho, y así ha ocurrido en casi todos los Códigos del mundo. Aunque hay que repetir que lo ha sido en una forma apresurada, o sea, sin que se haya realizado un estudio preciso de la cuestión fuera del campo legal, lo cual ha empequeñecido su desarrollo, e incluso su discusión doctrinal, puesto que es precisamente el aspecto legal de la cuestión la parte más externa y menos fundamental de ello. Y es que ha llegado a creerse por los juristas, que al haber rotulado a esos entes con el calificativo de personas jurídicas, era ya solamente en el campo jurídico y para él, para lo que se creaban o existían.

Teoría de la ficción, teoría de la realidad, teorías... teorías, y entre tantas, sentemos una más, pero no jurídica, sino de hechos, de realidades ineludibles. A ese fin, procuraremos partir de las ideas abstractas, para que siguiendo una marcha regresiva hacia la experiencia, los objetos concretos y las acciones efectivas, lleguemos en su vista a las raíces profundas de estas personas, de donde podremos elevarnos de nuevo y a su través, hacia la esfera de la abstracción, en la cual desembocaremos quizá en un punto bastante alejado de aquel en el que ahora se mueven los tratadistas.

Como dijimos en el capítulo I, el perfeccionamiento de la individualización marcha de lo homogéneo hacia lo heterogéneo, y siguiendo ese mismo camino al través de los diversos seres de la naturaleza, o sea, organizándolos conforme a esa idea, llegamos a un instante en el que la individualidad, lentamente perfeccionada en esta serie ascendente e ininterrumpida, da un avance brusco y considerable. Ocurre este fenómeno, o excelsa mutación en la serie evolutiva, cuando llegamos al hombre. Y si nos fijamos en cuál sea la causa y el por qué de este salto tan repentino, nos encontraremos con que ello ha sido debido a la aparición de la «con-

ciencia», elementos hasta entonces no vislumbrados en la escala geológico-biológica, en la que hemos ido siguiendo este lento, pero constante progreso, desde lo más homogéneo, hasta la heterogeneidad máxima en el orden terrestre.

Que ese es el hecho crucial, la piedra clave de la diferenciación con los demás seres, la causa del brusco salto, nos lo revela la importancia que al mismo se le ha dado en todas las religiones, en las que, como dice E. CESARI (obra citada), parece que ha sido representado por un instante, en que, casi a la fuerza, es arrancada esa conciencia para incorporársela al ser humano.

Desde la sensual y sensorial religión griega con su mito sobre Prometeo, que tan bien describe SHELLEY en la escena IV, del acto II, de su *Prometeo, liberado*, cuando dice: «Prometeo vió y despertó las legiones de la esperanza, para que con sus finas e iridiscentes alas pudieran cubrir la forma de la muerte... Y dió al hombre el lenguaje, y el lenguaje creó el pensamiento, que es la medida del Universo.» Hasta la religión por excelencia; la de doctrina inconcusa y revelada, que en el libro de libros, la Biblia, dedica a ese instante la inquietante escena de la desobediencia de Adán y Eva a la prohibición de alimentarse del Arbol de la Ciencia (o de la conciencia), a lo que sigue la tajante y precisa frase de *aperti oculi amborum*. Nos revelan claramente la trascendencia de ese surgir de la conciencia, que tanto nos aleja de los restantes seres de la creación.

Quizá el que mejor ha puesto de relieve la diferencia entre los seres dotados de conciencia y los carentes de ella, haya sido el Padre Teilhard de Chardin, S. I. (1881-1955), en la genial concepción del Universo, que expone en su obra *Le Phénomène Humain* (París, 1955). Considera dicho autor que, así como el animal sabe y cada vez sabe más conforme ascendemos en la escala evolutiva, ninguno de ellos «puede saber que sabe». En tanto que, al pasar del antropomorfo al homínido, si el escalón parece suave en el orden anatómico, es enorme en el aspecto intelectual, pues el hombre ya «sabe que sabe».

Gracias a esa conciencia no necesita el hombre una estructura específica para cada función de las que debe realizar. No está constituido anatómicamente para efectuar casi una única función, si quiera sea ella la fundamental para la conservación de una espe-

cie, como ocurre con el topo, o los cérvidos, etc. Ni siquiera posee distintas configuraciones morfológicas, dentro de una unidad de la especie, que lo especialice para ésta o aquélla, cual acontece con las termitas. Sino que ha podido prescindir de los genotipos para cada función, al dejar de radicar en su estructura la heterogeneidad de las que puede realizar, y que de hecho realiza.

Ocurre esto así, porque, en el hombre, la diversidad de funciones ha dejado de radicar en la estructura visible, repetimos, para basarse en la diversidad de estados de conciencia, tan cambiantes como las necesidades mismas que con cada especie de función se satisfacen. Y esa circunstancia le ha permitido el transferir la diversidad, de sí mismo, a la naturaleza inorgánica que le rodea, mediante el artificio de aprovechar para cada función la parte de esa naturaleza que mejor complementa en cada caso su estructura generalizada. Todo ello ha tenido que traducirse, en definitiva, en convertirlo en una individualidad casi perfecta, dada la heterogeneidad de estados de conciencia-funciones, de que el mismo es susceptible.

El Derecho, en su creación consciente o subconsciente, no podía desconocer la importancia del tema. Por ello, al regular la capacidad de las personas físicas parece estar siempre obsesionado con la determinación de en qué estado se encuentra su conciencia. Si ésta no se ha formado aún en su plenitud, dicta las complejas disposiciones sobre la minoría de edad, de un sabor jurídico-real más acusado, cuando en el Derecho Romano se la denominaba impubertad. Su falta, su desaparición, su alteración, motivan la serie de normas dedicadas a los estados de demencia, imbecilidad y sordomudez. Pero en todos esos supuestos, la idea temática que soteriadamente discurre al través de esa serie de normas, es la de si podrán existir seres humanos carentes de conciencia, a los que, por tanto, deberá de negárseles la condición de personas naturales; o si en todos ellos existe una conciencia, bien que ésta pueda ser distinta o inferior a la del tipo medio, en cuyo caso, la atribución de la personalidad resultaría ineludible, aunque debido a esa minoración, tenga que realizarse con ciertas limitaciones, respecto a la concedida a la persona normal.

La postura del Derecho ante el problema, ha sido la de seguir la última de las soluciones apuntadas. A cuyo fin ha admitido el

que las personas de incierta conciencia, las de conciencia escasamente desarrollada y las que la tiene transitoriamente disminuida, puedan operar en el campo jurídico, pero mediante actuaciones, que si bien están motivadas en ella y a ella se refieren, son realizadas por otras dotadas de una conciencia plena. Y no creamos que el problema planteado es baladí, pues hasta la misma Iglesia ha sentido hondamente su importancia, como pone de relieve el hecho de haber admitido la existencia del limbo, en el que la socarronería popular sitúa con subconsciente interpretación, a todo aquel que no se entera de algo, o lo que es igual, que no tiene conciencia de lo ocurrido junto a sí.

La actuación por sí misma. ¿Es la causa de la diferenciación?

El que las personas naturales estén dotadas de órganos de actuación, dependientes de ellas, y carentes de voluntad y conciencia propia e independiente, en tanto que los de las jurídicas, consisten en personas naturales que tienen voluntad propia, además de la colectiva que representan, y por lo cual se los denomina con propiedad órganos representativos o ejecutivos, es a juicio de muchos tratadistas el carácter que impide el que se considere a las personas jurídicas como entes reales, teniendo que incluirlas entre los ficticios. Pero no vemos el por qué del razonamiento.

Con miras demasiado estrechas, según fijan únicamente sus mantenedores en la veracidad del segundo de esos dos términos, no parando mientes en que el equivocado es el primero: Las personas naturales no obran siempre al través de sus órganos propios, o sea, de órganos que no tiene otra voluntad y conciencia que la de aquéllas.

Efectivamente, por la duda antes apuntada de cuándo debe de estimarse el que la conciencia está plenamente formada, en los casos de la minorías de edad, y el grado de ella de que dispone el ser humano en algunos supuestos especiales, como en los de demencia, imbecilidad, etc., es lo cierto, que el Derecho ha admitido el que en todos estos casos pueda gozar de los derechos, así como ser titular de un patrimonio, el cual no sólo lo concibe como susceptible de aquéllos, sino incluso de obligaciones, siempre que éstas

nazcan de las relaciones entre él y un tercero (artículo 32 del Código Civil). Pero para ejercitar unos y otros, y puesto que no puede hacerlo a través de sus órganos propios, ha reconocido como algo normal y real, el que esa actuación se lleve a efecto por conducto de otras personas físicas, el padre, el tutor y el consejo de familia, que son, pues, otros órganos representativos análogos a los de las personas jurídicas.

Resulta, por tanto, que admitimos la existencia de personas físicas, en las que se dan los mismos supuestos que constituyen en las jurídicas el motivo determinante del veto para su estimación como reales. Y no se nos diga que esto ocurre solamente con un carácter temporal, pues idénticamente a las personas jurídicas, cuando se trata de una natural que nace, vive y muere en estado de demencia, el órgano de representación, como independiente de ella, actúa durante toda su existencia.

Podemos convenir en que el supuesto de demencia constituye un caso anormal de estado de conciencia. ¿Pero es que ello invalidaría nuestra argumentación? De ninguna manera, pues entonces podríamos traer a colación los casos del ausente, del concebido, etcétera, que si los consideramos también como excepciones, constituiremos un número tal de ellas, que sería verdaderamente ilógico el mantenerlas como excepciones, nada más que por no querer reconocer el hecho de que la conciencia de una persona, sea ésta de una u otra clase, no queda alterada porque su órgano de expresión sea propio, o esté constituido por el de otra u otras.

¿Es el reconocimiento el carácter diferencial?

No podemos pretender el que no existan más entes morales que los que hayan sido reconocidos por el Derecho. Su existencia es independiente de ese reconocimiento, como ocurre con la persona física, e incluso no necesita de él para su actuación como tal ente. Son numerosísimos los ejemplos que podríamos aducir en prueba de ello; pero vamos a limitarnos a dos, que son francamente contrapuestos.

La Iglesia católica no tiene o no ha tenido un pleno reconocimiento en bastantes países y en diferentes épocas de su historia,

pero esto no impidió la existencia de comunidades religiosas con personalidad propia: La persona interpuesta les permitió la tenencia de bienes, dotándolas de un patrimonio. El mandato no representativo las posibilitó para obrar. Y los deberes morales de sus componentes u obligaciones de conciencia, las dotaron de esa coherencia necesaria para que pudiera surgir la conciencia colectiva, o lo que es lo mismo, la conciencia de ente moral, distinta a la del individual y distinta también a la que podría resultar de una mera suma de estas últimas.

En un campo completamente opuesto, podríamos hacer las mismas consideraciones respecto de cualquiera de aquellas sociedades secretas, a las que fué tan aficionada la sociedad del siglo pasado. Revelándose con ambos ejemplos, que la existencia de los entes morales no está atendida al Derecho, ni depende de ninguna norma jurídica creadora o reconocitiva.

A esos argumentos positivos podemos añadir otro negativo no menos eficaz. El reconocimiento no es algo peculiar y privativo para las personas jurídicas. La atribución de derechos y obligaciones a las personas naturales, está basada también en su reconocimiento por el ordenamiento jurídico.

Nuestro Código Civil señala en su artículo 30 los requisitos que habrán de reunir las personas naturales para que puedan ser consideradas como sujetos de derecho. Los comentaristas discrepan sobre éste o aquel requisito, o sobre el período de tiempo que se exige para estimarlas como nacidas. Pero ninguno ha dudado siquiera de la necesidad del precepto. Ninguno ha criticado el que para ser estimado como persona natural sea necesario reunir ciertos requisitos legales, cuya concurrencia es la que provoca el reconocimiento automático por parte del Derecho.

El reconocimiento es, pues, algo consubstancial a la adjetivación como sujeto de derecho, y no nos puede servir como criterio diferenciador entre la persona natural y la jurídica. Sin que por ello lo repudiemos, ni lo estimemos como innecesario.

Si el derecho ha de ser tal, si tiene justificación de existencia, es porque trata de conseguir la convivencia entre los humanos, permitiendo el libre desarrollo de las actividades individuales, a la vez que impide las interferencias entre ellas. A esos fines debería bastar una serie de normas permisivas. Pero ello no sería suficiente

frente a una humanidad que está dotada de una elevada dosis de egoísmo y de tendencia al abuso, sino que se requiere la existencia de otra serie de normas prohibitivas, así como la secuela ineludible de ellas, o sea, el grupo de las sancionadoras.

Esta triada de normas es la que ha adoptado el Derecho respecto a las personas físicas, ya que la actuación ilícita de cualquiera de ellas podrá dar lugar a una sanción, pero nunca a una privación de su cualidad de tal. Por el contrario, no ha procedido en idéntica forma respecto a los entes morales. En éstos, le era más fácil y cómodo el negarle su condición de personas, que el sancionar reiteradamente la reincidencia de cualquiera de ellos en el campo de lo ilícito. Es cierto que con la retirada del reconocimiento no los privaba de existencia, pues ésta no dependía de aquél; pero también lo es, que se la hacía más difícil, por privarle del auxilio del derecho en el desarrollo de sus actividades, especialmente en el orden interno, o sea, en relación con los derechos y deberes con ella de sus componentes. Esta solución es la adoptada realmente por casi todos los legisladores, sea cual fuere la explicación que aparentemente aduzcan para justificar la retirada de su reconocimiento; pero de esa postura no puede deducirse el que las personas jurídicas nazcan o se extingan en función del reconocimiento realizado por la ley al cumplirse los requisitos que para ello exija, sino sólo el que mediante esos requisitos se les reconoce o se les priva de la facultad de actuar como tal dentro del orden jurídico estatal.

¿Personas o sujetos de derecho?

Toda la controversia sobre las personas naturales y las jurídicas nos parece mal planteada en el orden del Derecho, e incluso este mismo no ha llegado a extraer las consecuencias que se derivaban necesariamente de los supuestos que ha ido resolviendo apresuradamente, conforme se le iban presentando, obsesionado ilógicamente con la contraposición de esos dos términos, sin darse cuenta de que prescindía de ellos en bastantes otros supuestos. Por ello ha pasado por alto el realizar una construcción jurídica del sujeto del derecho, que es lo que verdaderamente le interesaba.

Hay que buscar los caracteres del sujeto de derecho, para resolver de una vez para siempre la cuestión. Pero no podemos conformarnos al realizar esa busca con la clásica definición de todo ser capaz de derechos y de obligaciones. Esto es ver solamente su parte externa, eludiendo lo verdaderamente fundamental, o sea, su contenido interno.

El Derecho es una ciencia de relaciones y no de hechos. Estos como tales, no le interesan. Su base la forman los sujetos y la relación, de la cual se deriva a su vez el objeto; pero siendo indiferente para el orden jurídico el que este último tenga o no corporeidad, ya que el Derecho existirá y será necesario, tanto si el objeto de la relación es corporal, como si es incorporeal.

Nos quedan así sólo dos términos como fundamentales, y de los cuales hemos de dejar también aparte la relación, ya que ella no nos interesa a efectos del presente, quedándonos sólo con el sujeto, como elemento a estudiar en cuanto a su conciencia y a sus manifestaciones.

Fundamentalmente, para el Derecho, el sujeto no es otra cosa que el centro de un cúmulo de derechos y de obligaciones, dotados de una coherencia que es mantenida por una fuerza central. Y es precisamente respecto de la naturaleza de este complejo nuclear, de lo que se alude el estudio, aunque el Derecho se haya visto en la necesidad de precisar alguna de sus distintas clases, como ha ocurrido con las personas naturales, etc., si bien lo ha hecho sin ánimo de generalizar, ni de extraer las consecuencias que esa generalización hubiera producido.

Tenemos así, a semejanza de los modelos atómicos, un núcleo central atractivo y una serie de derechos y de obligaciones que lo rodean, y que él retiene en su esfera de influencia. Es, por tanto, lógico el que esos derechos y obligaciones no permanezcan estáticos, sino que, a semejanza de los electrones, existe intercambio de ellos con otros sujetos y puedan servir además como lazo de unión entre varios, en forma análoga a como se explican hoy las valencias en el campo de la química (¡qué simple y admirable es en definitiva la ordenación del Cosmos!).

Mientras el elemento nuclear existe, existe también el sujeto, sea cualquiera el número de derechos y obligaciones que mantenga retenidos en su esfera de influencia. Es la desaparición de aquél,

bien totalmente, o bien mediante escisión—lo cual es perfectamente concebible cuando el sujeto es una persona jurídica—, lo que provoca la desintegración del sujeto, con el consiguiente paso de sus derechos y obligaciones a otro u otros, a no ser lo que se extinga por aniquilamiento juntamente con la del sujeto.

¿Cuál es, pues, el contenido del núcleo? Ya lo vimos al principio. Una conciencia. Pero si sólo nos fijásemos en ella, crecería de manera desmesurada el número de sujetos de derecho, cuando es así el que a éste sólo le interesan un número bastante reducido de ellos. Al ordenamiento jurídico sólo le interesa la protección de aquellas conciencias de características más o menos temporales, que por estar dotadas de una finalidad en relación con él mismo, son susceptibles de actuación en la vida jurídica. Al Derecho le es, por tanto, indiferente el que estas relaciones, este intercambio de derechos y de obligaciones entre dos conciencias dotadas de una finalidad, sea realizado directamente, o bien mediante la intervención de otra conciencia, como órgano representativo, según terminología jurídica, o como catalizador o intercambiador, según la de las ciencias naturales.

Existiendo una conciencia existe en potencia un sujeto de derecho. Siendo totalmente indiferente, el que ésta figure incorporada a algo corporal, como en las personas naturales, o que vaya teniendo cada vez menos base corporal, hasta poder llegar a no tenerla en absoluto, como en forma escalonada podríamos agrupar con base en esta idea, a todos los sujetos de derecho posibles, incluyendo así la persona natural, el incapacitado, el concebido, el ausente, el no concebido, las personas jurídicas, las morales, la herencia yacente, el patrimonio, etc.

Todos ellos son posibles sujetos de derecho y para serlo sólo requerirán el incorporarse una finalidad jurídica, que es cuando el Derecho interviene ya con función discriminatoria, la cual se traduce en la actualidad por el hecho de su reconocimiento. El reconoce como sujetos de derecho a otras u otras conciencias dotadas de finalidad y las que no reconoce, no es que por ello no existan, sino simplemente que no interesan al ordenamiento jurídico, considerándolo ya como el propio de cada nación. Por ello, ciertas conciencias dotadas de finalidad han sido reconocidas por un derecho, en tanto que no lo han sido por otro, o lo han sido sólo en algún

momento de su avatar histórico. Esto es solamente una cuestión de coyuntura político-legislativa, pero de ninguna forma una cuestión de naturaleza del sujeto de que se trate.

Es, pues, sujeto de derecho toda conciencia dotada de finalidad, que en el momento de que se trate es reconocida por el ordenamiento jurídico de una nación.

Dejando esa afirmación como algo indiscutido, podrá ya controvertirse sobre si ésta o aquélla conciencia dotada de finalidad debe ser o no reconocida por el derecho. Incluso discutirse sobre si alguna de ellas corresponden al derecho natural y, por tanto, deberán ser reconocidas ineludiblemente por todas las ordenaciones jurídicas. Todas esas cuestiones se mueven ya en la periferia, manteniéndose incólume el concepto.

Clasificación de los sujetos de derecho.

Cualquier clasificación que se pretenda hacer de ellos deberá de partir como base fundamental de los dos elementos que intervienen en su formación: la conciencia y la finalidad, y aplicar como pauta clasificadora, dentro ya de esos dos grandes grupos, aquella que fijándose en las diferencias de matización y composición de cada uno de los elementos finales sobrepase los compartimientos generalizados, por su carácter de imprecisos, pero sin llegar a una exageración de los términos finales, que pueda convertirnosla en farragosa.

Estimamos, por ello, que los sujetos de derecho pueden ser clasificados en la siguiente forma:

A) Grupo con preponderancia del elemento conciencia.

	Individuos....	Con un sólo término; la persona natural.													
		Con finalidad de lucro: Sociedad mercantil.													
1.º Con conciencia propia.....	Sociedades ...	<table><tr><td>Con finalidad de un mejor aprovechamiento de una cosa o derecho</td><td><table><tr><td>Sociedad civil.</td></tr><tr><td>Sociedad conyugal (no admitida en nuestro Derecho).</td></tr><tr><td>Comunidad de Regantes.</td></tr><tr><td>Comunidad de Aguas.</td></tr><tr><td>Comunidad de propietarios de elementos comunes de un edificio.</td></tr></table></td></tr><tr><td>Con la finalidad de satisfacer una finalidad común, no lucrativa</td><td><table><tr><td>Mutualidades.</td></tr><tr><td>Cooperativas.</td></tr><tr><td>Sociedades culturales, deportivas, etc.</td></tr><tr><td>Comunidades religiosas.</td></tr></table></td></tr></table>	Con finalidad de un mejor aprovechamiento de una cosa o derecho	<table><tr><td>Sociedad civil.</td></tr><tr><td>Sociedad conyugal (no admitida en nuestro Derecho).</td></tr><tr><td>Comunidad de Regantes.</td></tr><tr><td>Comunidad de Aguas.</td></tr><tr><td>Comunidad de propietarios de elementos comunes de un edificio.</td></tr></table>	Sociedad civil.	Sociedad conyugal (no admitida en nuestro Derecho).	Comunidad de Regantes.	Comunidad de Aguas.	Comunidad de propietarios de elementos comunes de un edificio.	Con la finalidad de satisfacer una finalidad común, no lucrativa	<table><tr><td>Mutualidades.</td></tr><tr><td>Cooperativas.</td></tr><tr><td>Sociedades culturales, deportivas, etc.</td></tr><tr><td>Comunidades religiosas.</td></tr></table>	Mutualidades.	Cooperativas.	Sociedades culturales, deportivas, etc.	Comunidades religiosas.
Con finalidad de un mejor aprovechamiento de una cosa o derecho	<table><tr><td>Sociedad civil.</td></tr><tr><td>Sociedad conyugal (no admitida en nuestro Derecho).</td></tr><tr><td>Comunidad de Regantes.</td></tr><tr><td>Comunidad de Aguas.</td></tr><tr><td>Comunidad de propietarios de elementos comunes de un edificio.</td></tr></table>	Sociedad civil.	Sociedad conyugal (no admitida en nuestro Derecho).	Comunidad de Regantes.	Comunidad de Aguas.	Comunidad de propietarios de elementos comunes de un edificio.									
Sociedad civil.															
Sociedad conyugal (no admitida en nuestro Derecho).															
Comunidad de Regantes.															
Comunidad de Aguas.															
Comunidad de propietarios de elementos comunes de un edificio.															
Con la finalidad de satisfacer una finalidad común, no lucrativa	<table><tr><td>Mutualidades.</td></tr><tr><td>Cooperativas.</td></tr><tr><td>Sociedades culturales, deportivas, etc.</td></tr><tr><td>Comunidades religiosas.</td></tr></table>	Mutualidades.	Cooperativas.	Sociedades culturales, deportivas, etc.	Comunidades religiosas.										
Mutualidades.															
Cooperativas.															
Sociedades culturales, deportivas, etc.															
Comunidades religiosas.															
	Entes morales	<table><tr><td>Iglesia.</td></tr><tr><td>Nación.</td></tr></table>	Iglesia.	Nación.											
Iglesia.															
Nación.															
2.º Con conciencia deferida.	<table><tr><td>De sujeto jurídico determinado</td><td><table><tr><td>Representación del concebido.</td></tr><tr><td>Idem del menor.</td></tr><tr><td>Idem del incapacitado.</td></tr><tr><td>Idem del ausente.</td></tr></table></td></tr><tr><td>De sujeto jurídico indeterminado</td><td>Representación del no concebido (no perfeccionada en nuestro Derecho).</td></tr></table>	De sujeto jurídico determinado	<table><tr><td>Representación del concebido.</td></tr><tr><td>Idem del menor.</td></tr><tr><td>Idem del incapacitado.</td></tr><tr><td>Idem del ausente.</td></tr></table>	Representación del concebido.	Idem del menor.	Idem del incapacitado.	Idem del ausente.	De sujeto jurídico indeterminado	Representación del no concebido (no perfeccionada en nuestro Derecho).						
De sujeto jurídico determinado	<table><tr><td>Representación del concebido.</td></tr><tr><td>Idem del menor.</td></tr><tr><td>Idem del incapacitado.</td></tr><tr><td>Idem del ausente.</td></tr></table>	Representación del concebido.	Idem del menor.	Idem del incapacitado.	Idem del ausente.										
Representación del concebido.															
Idem del menor.															
Idem del incapacitado.															
Idem del ausente.															
De sujeto jurídico indeterminado	Representación del no concebido (no perfeccionada en nuestro Derecho).														

B) Grupo con preponderancia del elemento finalidad.

1.º De orden privado.....	<table><tr><td>Representación de la herencia yacente (sin perfilar en nuestro Derecho).</td></tr><tr><td>Idem del fideicomisario indeterminado (no prevista apenas en nuestro Código Civil).</td></tr><tr><td>Idem del patrimonio (no admitida en nuestro Derecho).</td></tr><tr><td>Idem de la quiebra.</td></tr></table>	Representación de la herencia yacente (sin perfilar en nuestro Derecho).	Idem del fideicomisario indeterminado (no prevista apenas en nuestro Código Civil).	Idem del patrimonio (no admitida en nuestro Derecho).	Idem de la quiebra.	
Representación de la herencia yacente (sin perfilar en nuestro Derecho).						
Idem del fideicomisario indeterminado (no prevista apenas en nuestro Código Civil).						
Idem del patrimonio (no admitida en nuestro Derecho).						
Idem de la quiebra.						
2.º De orden semipúblico.	<table><tr><td>Asociaciones: De finalidad espiritual, material o mixtas. Como políticas, religiosas, de defensa de intereses, etc.</td></tr><tr><td>Fundaciones.</td></tr><tr><td>Agremiaciones.</td></tr><tr><td>Universidades.</td></tr><tr><td>Organismos públicos autónomos.</td></tr></table>	Asociaciones: De finalidad espiritual, material o mixtas. Como políticas, religiosas, de defensa de intereses, etc.	Fundaciones.	Agremiaciones.	Universidades.	Organismos públicos autónomos.
Asociaciones: De finalidad espiritual, material o mixtas. Como políticas, religiosas, de defensa de intereses, etc.						
Fundaciones.						
Agremiaciones.						
Universidades.						
Organismos públicos autónomos.						
3.º De orden público.....	<table><tr><td>Estado. Como organismo.</td></tr><tr><td>Diputaciones.</td></tr><tr><td>Ayuntamientos.</td></tr><tr><td>Cabildos.</td></tr></table>	Estado. Como organismo.	Diputaciones.	Ayuntamientos.	Cabildos.	
Estado. Como organismo.						
Diputaciones.						
Ayuntamientos.						
Cabildos.						

La diferencia entre esos dos grandes grupos radica en que, en cualquiera de los comprendidos en el primero de ellos desaparece el sujeto de derecho en el instante en que tenga lugar la desaparición de la conciencia, aunque se conserve la finalidad, ya que ésta no tiene virtualidad alguna para hacerlo subsistir, bien el que ella, al no extinguirse, pase a constituir la única, u otra más, de un sujeto de derecho distinto.

En tanto que en los del segundo, al ser la finalidad la que mantiene la existencia del sujeto de derecho, sólo la desaparición de aquélla lleva consigo la de éste. Llegándose a tal supervalorización de la finalidad en alguno de sus términos, que es su misma existencia la que obliga a incorporarle una conciencia para que surja con plenitud el sujeto de derecho, y por ello, si la conciencia desaparece o se separa, es sustituida por otra, en tanto subsista la finalidad. Excepcionalmente, en algunos de los términos del grupo la finalidad forma un binomio indisoluble con el patrimonio, de forma que la extinción del patrimonio, o de la finalidad, produce siempre la de esta última, con las consecuencias antes apuntadas para los del presente grupo. Como ejemplo de este caso excepcional de patrimonio-finalidad, podemos señalar, entre otros, a las fundaciones, la herencia yacente, etc.

En definitiva, en los sujetos encuadrados en el primer grupo, lo inicial es la conciencia, a la cual se le une una o varias finalidades; en tanto que en el segundo, el elemento inicial y básico es la finalidad y a ella es necesario el incorporarle una conciencia.

La inscripción de los sujetos de derecho.

Ya dijimos al definirlos, que surgían a la vida del derecho cuando era reconocida por el ordenamiento jurídico la incorporación de una finalidad a una conciencia, o viceversa, y nunca mejor empleado el término reconocer, ya que es definido por el Diccionario en una de sus acepciones, como «aceptar una cosa como cierta». El sujeto existe, pues, y nace fuera del campo del Derecho, el cual se limita a reconocer su existencia; o sea, lo convierte en sujeto de derecho, en el momento en que reúne los requisitos especiales que a su juicio son necesarios para su desenvolvimiento normal en

la compleja trama de las relaciones jurídicas, ya sean éstas de orden privado, o ya lo sean de las de derecho público.

Si no existiesen más sujetos que los que el Derecho reconoce y los que debido a ese reconocimiento toman el calificativo de sujetos de derecho; si aun existiendo antes de aquel reconocimiento no se mezclasen hasta ese instante con todos los demás, ni entrasen en la intrincada malla de las relaciones jurídicas, el reconocimiento sólo interesaría al reconocido. Pero como lo que ocurre es precisamente lo contrario; como el reconocimiento no tiene un contenido análogo para todos los sujetos de derecho, e incluso puede ser más o menos amplio para cada uno de los comprendidos en un mismo término de la clasificación, el reconocimiento resulta así un hecho que, sobrepasando el interés particular del reconocido, pasa a ser de interés general para todos los demás, pues en el tejer y destejer de las continuas y cambiantes relaciones jurídicas, han de ponerse en contacto con otros, y sólo pueden hacerlo válidamente cuando todos ellos intervengan con el carácter de tales—reconocidos—y dentro de las facultades que a cada uno le sean propias—las atribuidas al reconocerlo.

Tenemos así un momento más en la serie de los que provocan el nacimiento a la esfera del ordenamiento jurídico: la publicidad del reconocimiento. La cual tiende a que éste pueda llegar a conocimiento de cualquiera que tenga interés en ello y a que esto ocurra en la forma más rápida y sencilla que sea posible.

Admitida la necesidad de la publicidad, ésta tendrá que efectuarse por conducto del órgano creado al efecto por el ordenamiento jurídico, o sea al través del Registro público y mediante la inscripción individual de cada reconocimiento. Lo cual resulta evidente en nuestra legislación positiva, pues salvo en aquellos casos de sujetos de derechos de destacada personalidad, a la vez que escasos en número dentro de su clase respectiva, en los que acude a una ley para su reconocimiento y para dar a conocer a todos el momento en que se realiza, en todos los demás el reconocimiento está sujeto a una u otra forma de registración, como lo prueba cualquier enumeración de los Registros existentes en nuestra patria: Registro civil; de ausentes y demás representaciones legales; de incapacitados (con regulación poco feliz); Mercantil; de Cooperativas, de Asociaciones, etc., etc.

La determinación de si este Registro deberá ser único o, por el contrario, varios parciales, según las distintas clases de sujetos de derecho admitidos por la legislación positiva, y lo cual a su vez está en función de la clasificación que se adopte por la ley, es sólo cuestión de detalle que no afecta al principio en sí, aunque la lógica de su finalidad aconseje sólo un número lo más limitado posible, que a nuestro juicio debería quedar reducido a dos: el de personas naturales y demás sujetos de derecho que tienen una mayor o menor analogía con ellas, y el de todos los demás. Dejando aparte a todos aquellos de publicidad y reconocimiento especial mediante una ley y a los que antes nos hemos referido.

En nuestra patria ha sido adoptado uno de los peores criterios, si criterio puede llamársele a la diversidad de Registros existentes, nacidos de la necesidad de momento y no de un principio general informador de las sucesivas creaciones. El que pretenda contratar con ciertos sujetos de derecho tendrá que calificar por sí en qué grupo está incluido, para poder acudir al Registro especial en busca de su reconocimiento y de la amplitud del mismo. Y en esa busca podemos decirle, parodiando a Muñoz Seca: «Mas ¡hay de ti si te equivocas! Si te equivocas, es peor». Pero sin olvidar el que es fácil, la confusión, incluso para un profesional de derecho, en todos los casos de incierta atribución, como ocurre si el sujeto de derecho se mueve entre los imprecisos límites de una sociedad civil, o una de socorros mutuos del orden de las deportivas o culturales, o de una Asociación.

Hubiese costado poco esfuerzo el crear un solo Registro para todos los sujetos de derecho no recogidos por el Civil, y si dada la diversidad de ellos se estimase que en cuanto a algunos sería necesario una autorización previa de este a aquel Ministerio, hubiese bastado el añadir esa autorización a los demás requisitos exigibles para su inscripción, que ya son numerosos, con lo cual se habría conservado la unidad, en mérito de una publicidad más eficaz y de una simplicidad en la práctica jurídica, que es la meta ideal a que debe tender todo legislador.

Resulta así la cuestión de la inscripción, de una manera general, al pasar a los sujetos de derecho que nos interesan a efectos de presente, o sea a las Sociedades mercantiles, vemos que para ellas ha sido creado, en parte, el Registro Mercantil, en el que de-

berá procederse a su inscripción, bien que en el que en concreto corresponda, según las reglas de competencia, de los varios existentes en la nación.

Esta exigencia fué establecida inicialmente por el Código de Comercio, que dice, al efecto, en su artículo 17: «La inscripción en el Registro Mercantil será... obligatoria para las Sociedades que se constituyan con arreglo a este Código o a leyes especiales». Recogiéndose y desarrollándose la idea por el Reglamento de ese Registro, que expresa en su artículo 6.º, el que se inscribirán en el mismo: «2.º Las Sociedades mercantiles». Reiterando la obligación en el 84 y declarando en forma aún más tajante por el 86, que «en la hoja abierta a cada Sociedad se inscribirán obligatoriamente», y entre otros actos, la constitución de la misma.

Pero sin que se haya limitado el Reglamento a declarar esa obligatoriedad de la inscripción en cuanto a las Sociedades, sino que desenvolviendo esa norma, ha sentado principios aún más precisos en tres de sus artículos, los cuales nos vamos a limitar a transcribir:

«Art. 93. Toda inscripción que, conforme a lo prevenido en el Código de Comercio y en Leyes especiales o en este Reglamento tenga el carácter de obligatoria, deberá ser solicitada por los administradores de la Sociedad, presentando en el Registro los documentos necesarios dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento o su autorización o, en su caso, dentro del plazo especialmente señalado por la ley. Los administradores responderán de los daños y perjuicios derivados de la falta de presentación o en los casos de culpa o negligencia.»

«Art. 94. Los Notarios que autoricen documentos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil advertirán a los otorgantes la obligación que tienen las personas expresadas en el art. 93 de presentarlos en el Registro.»

«Art. 95. Los Jueces y Tribunales y las Oficinas públicas no admitirán documento alguno referente a Sociedades de los que se hallan comprendidos en el art. 86, sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil. Tampoco admitirán dichos documentos los Notarios que, en vista de ellos hubieren de autorizar cualesquiera otros, y deberán hacer constar en éstos la inscripción de aquéllos.»

Sociedades que deben inscribirse.

Por similitud terminológica parece que en el Registro Mercantil deberán inscribirse las Sociedades que sean también mercantiles; pero esto no es cierto, sino en una contestación algo vaga, en la que sólo se pretenda una relativa aproximación al fondo de la cuestión. Para perfilar la contestación a la pregunta, tendremos que seguir un criterio enumerativo que nos permita el precisarla con más detalle.

Aplicando dicho criterio en una busca al través del Reglamento, nos encontraremos con que, según él, deberán inscribirse en este Registro:

1.º Las Sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio o a Leyes especiales (número 1.º, art. 84 del Reglamento).

2.º Las Sociedades extranjeras que quieran establecer o crear Sucursales en España, según lo dispuesto en los arts. 15 y 21 del Código de Comercio (núm. 2.º, art. 84).

3.º Las Compañías mutuas de Seguros cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se conviertan en Sociedades a prima fija (núm. 3.º, art. 84).

4.º Las Sociedades extranjeras que adquieran la nacionalidad española (párrafo 1.º, art. 89).

5.º Las Sucursales de las Sociedades inscritas (párrafo 1.º, artículo 97); y

6.º En los mismos casos, las Agencias o Delegaciones con establecimiento abierto al público (párrafo 3.º, art. 97).

El contenido de los diversos términos de la enumeración anterior nos pone de relieve que todos los casos comprendidos en ella giran en torno del primero, y en especial de la interpretación que se realice de su contenido, en la cual, por tanto, tendremos que centrar nuestro comentario.

La primera pregunta que surge al interpretar el referido número es la de si serán inscribibles solamente las Sociedades mercantiles. Y descartado, por evidente, el que tendrán que serlo todas

las Sociedades mercantiles, queda por dilucidar si deberán de serlo también las civiles que adopten la forma mercantil; a cuya cuestión tendremos que dar forzosamente una respuesta afirmativa.

En el precedente Reglamento, que declaraba por el núm. 1.º de su art. 107 el que serían inscribibles «las Sociedades mercantiles que se constituyan con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio o a leyes especiales, según lo dispuesto en los arts. 17 y 119 del Código», y en el que, como vemos, no se hacía ninguna alusión a la reforma, la cuestión pareció evidente a la mayoría de los comentaristas, entendiendo que estaban incluídas en la obligación de inscribirse en este Registro las Sociedades civiles con forma mercantil, a pesar de que, del tenor literal, la frase «con arreglo a las disposiciones del Código» se refería a las Sociedades que designaba en su principio, o sea a las mercantiles (Gay de Montellá, Echávarri, etc.).

Pero es que el fundamento para la inclusión de las civiles con forma mercantil, se deducía, a juicio de los tratadistas, de la referencia que realizaba el art. 17 del Código de Comercio, ya que en éste se declaraba obligatoria la inscripción de todas las Sociedades—sin adjetivación—que se constituyesen conforme a él. Y, sobre todo, por la absorción cada vez mayor de las Sociedades civiles por las mercantiles, incluso en la práctica jurídica, debido a la facilidad que suponía para su estructuración y para la resolución de los problemas que se planteaban, la mejor regulación de las mercantiles, y a las dificultades que existían en la realidad jurídica para precisar el carácter de una Sociedad determinada, con el simple estudio del fin a que la misma se dedicase.

Publicada con posterioridad la Ley de Sociedades Anónimas, vino la misma a dar un rudo golpe, muy justificado, a las Sociedades civiles con forma mercantil y, de rechazo, el problema que nos ocupa, al no admitir más Sociedad Anónima que la mercantil, cualquiera que fuese su objeto (art. 3.º), y al no autorizar el que puedan revestir una forma distinta a la de Anónima, todas aquellas Sociedades con un capital superior a cinco millones de pesetas, que a la vez limiten de cualquier forma la responsabilidad de sus socios, salvo que se trate de Sociedades comanditarias simples (art. 4.º). A lo que se añadió el precepto similar de la posterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que determinó en for-

ma ineludible el que todas las Sociedades de esta clase, y sea cualquiera su objeto, «tendrán carácter mercantil» (art. 3.º).

Esta evolución legislativa, que parece tender a la desaparición de las Sociedades civiles con forma mercantil, mediante el expediente de ir considerando como mercantiles a las que adopten esta o aquella forma, ha dejado reducida a las Colectivas y Comanditarias la cuestión de si deberán inscribirse en este Registro las civiles que adopten una de esas dos formas. Y en este extremo creemos que ha quedado resuelta la cuestión por la forma en que ha sido redactado el núm. 1.º del art. 84 del vigente Reglamento, que venimos comentando.

Lo estimamos así, porque a diferencia del anterior, ha suprimido el calificativo de mercantiles al hablar de las Sociedades, con lo que desaparece el argumento en contra que se esgrimía para el 107 de aquél. Y en segundo lugar, por precisar, respecto a su constitución, que deberán inscribirse las que lo hayan sido con arreglo a las «disposiciones» del Código de Comercio o a las «formas» establecidas por el mismo, revelando así la disyuntiva «o», que sitúa entre disposiciones y forma, que quiere comprender dentro del principio de obligatoriedad de la inscripción, tanto a las Sociedades que se rijan por el Código de Comercio como a las que adopten las formas prescritas por el mismo.

Aún queda por aclarar un extremo en este número primero, y es el de qué deberemos entender por Sociedades constituidas con arreglo a las disposiciones o formas establecidas en «leyes especiales», respecto a las que se dispone también la obligatoriedad de su inscripción en este Registro. Cuya frase, que se consignaba ya en el anterior Reglamento, parece que no ofreció dudas a sus intérpretes, quizá porque de una manera subconsciente se completaba en la mente del lector, con lo que le faltaba para que su significado le pareciese evidente.

El que una Sociedad se construya conforme a disposiciones o formas dispuestas por una ley especial, no es causa bastante para que tenga que ser inscrita en el Registro Mercantil, aunque sí pueda serlo para inscribirla en uno de los múltiples Registros creados en nuestra patria. A nadie se le ha ocurrido el inscribir en el Registro Mercantil, o exigir el que lo sea, una Sociedad de recreo o una Cooperativa, y, si nembargo, ambas están contenidas

en el tenor literal del precepto, como también lo estaban en el del anterior. Estos son los inconvenientes de toda frase «comodín», que al pretender estar proyectada hacia un futuro estado legal, desconocido en el momento de su redacción, son ininteligibles en él, y... también lo son, desgraciadamente, en ese futuro al que iban dirigidas.

No obstante, la frase existe y algo querrá decirse con ella, aunque no sea el absurdo a que nos hemos referido. Siendo así, sólo cabe el que la interpretemos diciendo que con ella se hace referencia a las leyes «mercantiles» especiales, o simplemente a leyes especiales en las que se ordene la inscripción en el Registro Mercantil de las Sociedades que en ellas se regulen. Esta pobre interpretación, que es la única posible, nos lleva a pensar, aun en contra de nuestra voluntad, que para ello no valía la pena de haber redactado una frase tan cabalística. Aunque, bien pensado, no estaría mal el que, tendiendo a ese Registro único a que hemos aludido, aplicásemos la susodicha frase en su tenor literal y llegásemos con ello, en forma no prevista por el legislador, a una simplificación en la registración de los sujetos de derecho distintos a las personas naturales y a los análogos a ellas.

Hemos de hacer notar, en último lugar, que si bien se disponía por el artículo 110 del Reglamento anterior el que las Compañías de Seguros, tanto nacionales como extranjeras, tenían que ser inscritas en el Registro especial creado en el Ministerio de Fomento (hoy Hacienda), previamente a su inscripción en el Mercantil, el Reglamento actual ha cambiado el precepto en pro de la verdadera doctrina, e invirtiendo completamente los términos, dispone por su artículo 85:

«Las Compañías de seguros y de capitalización, nacionales o extranjeras, no podrán ser inscritas en los Registros especiales del Ministerio de Hacienda, en los casos en que procede dicha inscripción, mientras no se justifique que lo han sido en el Registro Mercantil correspondiente.

La inscripción en el Registro especial se hará constar por nota al margen del asiento respectivo en el Registro Mercantil. De igual forma se hará constar en el Registro Mercantil la aprobación del Ministerio de Hacienda a las modificaciones estatutarias en dichas Sociedades que hayan sido inscritas en dicho Registro.

Quando quede sin efecto la inscripción en los indicados Registros especiales, se hará constar dicha circunstancia en el Registro Mercantil, de oficio o a instancia de cualquier interesado.»

Con la nueva redacción del precepto no sólo se ha rectificado el orden de prelación entre las dos inscripciones y se ha añadido la actuación de oficio a la forma de hacerse constar en el Registro Mercantil el hecho de quedar sin efecto la inscripción en el especial, sino que, recogién dose la idea sentada por la Resolución de la Dirección General de 27 de mayo de 1952, se ha aplicado a las modificaciones estatutarias de esas Sociedades la misma norma dictada para la constitución, aunque, repetimos, ésta sea diametralmente opuesta en el orden de prelación a la del Reglamento vigente en la fecha de la resolución.

Carácter de la inscripción.

Ya dijimos que todos los sujetos de derecho, y, por tanto, los de conciencia pluripersonal, nacen, viven y desaparecen sin que para ello tenga que intervenir la ley o el legislador, pudiendo hablarse sólo de reconocimiento legal, como sinónimo de atribución de la capacidad jurídica dentro del orden legislativo. En cuyo sentido ha de ser entendida la frase que apuntábamos en capítulos anteriores, sobre cuál era el momento en el que la Sociedad quedaba válidamente constituida.

Si nos fijamos en los hechos que ocurren en la vida real, tanto podemos ver casos en los que el sujeto de derecho, de conciencia pluripersonal, no nace hasta después de habersele atribuido la capacidad jurídico-real, como otros en los que las personas, o, mejor dicho, la conciencia del ente moral, ha nacido con anterioridad a esa atribución.

De los dos supuestos, el segundo es el corriente en aquellos negocios iniciados por familiares o amigos, en los que adviene un instante en el que su auge les obliga a adoptar una de las formas de Sociedad reguladas por el Código de Comercio, pero sin que por ello cambie la titularidad de los verdaderos propietarios, ya que, a lo sumo, se admite a alguno más en ese instante, con el ánimo de dar una base económica mayor al negocio, que ya era próspero aun sin el nuevo elemento o elementos que ahora se admiten.

El primero es, desde luego, el más corriente, por lo que ha llegado a parecer el único. Varias personas, a la vista de un posible negocio, buscan atraer a otras personas que le aporten a ese fin capital, conocimientos o ambas cosas a la vez, constituyendo al efecto una Sociedad en la que no faltan ninguno de los requisitos legales para su validez, como la escritura y la inscripción, pero sin que por su concurrencia veamos el que haya surgido algo nuevo, ni se haya formado la conciencia colectiva. Toda la actividad inicial de esa recién formada Sociedad está constituida por tanteos, actividades de organización, busca de coherencia, etc., y, al fin, después de un lapso mayor o menor de tiempo invertido en esas actividades, durante el que también puede ocurrir el que quede abortada la finalidad prevista, se llega a dar vida real a una conciencia colectiva o de ente moral, desde cuyo instante sí puede decirse ya con propiedad que ha nacido este particular sujeto de derecho, al que el ordenamiento jurídico concedió un reconocimiento de capacidad cuando aún estaba en gestación.

Por ello, ni escritura ni inscripción. Ninguna de las dos crea, ni puede crear por sí sola, nada en ese sentido. Volvamos las cosas a su punto y no hablemos de crear ni en qué momento se crea. Lo que podemos y debemos preguntarnos es desde qué momento se les reconoce capacidad legal a esos entes morales, cuestión en la que es evidente el absoluto predominio del arbitrio del legislador.

Sentado ese axioma, hemos de relacionarlo con otro igualmente evidente. El legislador no dicta leyes para sí, sino que lo hace en interés de la comunidad—recuérdense las clásicas definiciones de la ley—, a la cual no le es indiferente el poder o no averiguar en un momento dado si el que contrata tiene o no capacidad para ello y si el referido contratante está reconocido por el ordenamiento jurídico, así como cuál sea la extensión de ese reconocimiento en orden a su capacidad. Y difícilmente se nos puede ocurrir el que todas esas finalidades puedan conseguirse a través de un contrato, por muy auténtico que éste pueda ser, ya que no es el contrato lo que verdaderamente interesa a la comunidad, sino que lo que a ésta interesa, repetimos, es la vocación o llamada expresiva de que ha tenido lugar el reconocimiento, así como la extensión de éste en orden a la capacidad. Hay que advertir, no obstante, que esa afirmación no implica la idea de que baste sólo el reconocimiento,

sin que sean precisos los demás requisitos, entre los que pueden estar, y de hecho lo está en nuestra legislación, el contrato otorgado mediante escritura pública, ya que en él constarán los datos que el reconocimiento aprobará, o los que darán lugar a que éste no sea posible; lo que hemos querido decir es que hasta el instante del reconocimiento, los requisitos previos son actuaciones indispensables, pero sin que tengan virtualidad propia en orden a la capacidad jurídica.

Resumiendo esas ideas, diremos que es la publicidad registral el único medio hábil de iniciación a la vida pública de las Sociedades, por lo que el asiento que le produce constituye una inscripción constitutiva, no del ente moral, sino respecto de su capacidad jurídica, y cualquier desviación de ese criterio estará en pugna con la finalidad del reconocimiento estatal, involucrando una idea creacionista al través del contrato, la cual, y como hemos visto, resulta insostenible en el orden de los principios jurídicos.

Desde el punto de vista legal y su secuela, del de la doctrina de los comentaristas, la cuestión ha ido evolucionando hacia una modernidad más comprensiva de su verdadera esencia. Se exige por nuestro Código de Comercio, en sus artículos 119 y 116, el que los pactos y condiciones del contrato de Sociedad consten en escritura pública y el que ésta se inscriba en el Registro Mercantil, desde cuyo momento gozará la Sociedad de personalidad jurídica en todos sus actos o contratos. Sentando así el criterio de que es la inscripción la que hace surgir la personalidad jurídica de aquélla.

Hubiese parecido con ello que nuestro legislador establecía una doctrina clara en la materia, si no fuese por la desdichada redacción del artículo 24 del mismo cuerpo legal, en el que, como ya dijimos, se establece que «las escrituras de Sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a terceras personas, que, sin embargo, podrán utilizarlas en lo favorable». Y este precepto fué el que encauzó a nuestro Tribunal Supremo por una senda, a nuestro juicio equivocada, como lo reveló, entre otras, por la sentencia de 26 de enero de 1900, en la que se llega a decir que cumplidos los requisitos esenciales del Derecho, el contrato es válido y obligatorio aunque no se constituya la Sociedad, según se previene en el artículo 119.

Refiriéndose a esta doctrina jurisprudencial, ha dicho con gran acierto GARRIGUÉS, en su comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas (página 149): «Los fallos del alto Tribunal llegan a veces a conclusiones no muy en armonía con los preceptos del Código de Comercio, sin duda por el influjo perturbador del artículo 24, que se esgrime para salvar la validez de los contratos entre la Sociedad y los terceros, olvidándose que este artículo se refiere no a la contratación, sino a la publicidad del Registro, y que los contratos de una Sociedad irregular no pueden ser válidos y eficaces, porque así se desprende claramente del artículo 118.» Añadiendo a continuación unos comentarios muy atinados—como todos los suyos—sobre la «sociedad irregular», que omitimos transcribir, pero a los que nos remitimos para un estudio más preciso sobre la materia.

Esta postura jurisprudencial, y el auge, hoy superado, de la doctrina de que es el contrato la fuente de todo derecho, llevaron a ciertos tratadistas, que, por lo general, están dotados de gran visión, a sostener que era el contrato el que daba lugar al nacimiento de la Sociedad, y así dice ECHÁVARRI (obra citada): «No incurriremos en la equivocada apreciación que juzga la inscripción de las Sociedades en el Registro como necesaria condición para el nacimiento de su personalidad jurídica, distinta de los elementos componentes. La persona nace del contrato: la inscripción consigna el hecho de que ya existe, para conocimiento de terceros.»

Lamentamos sinceramente el extravío partidista de tan ilustre tratadista, que confunde algo tan evidente en el mundo físico, que ello constituye uno de los pilares fundamentales de las más variadas ciencias, como es el de que la suma sólo forma agregados, en tanto que la compenetración forma ya compuestos. Por ello, el contrato por sí solo podrá, a lo sumo, dar lugar a una agregación de voluntades, pero se requerirá algo más que una simple agregación, para que, compenetrándose sus diversos componentes, llegue a surgir un «elemento compuesto», que posea ya caracteres distintos a los de la mera suma de sus componentes.

El mismo lenguaje comprendió la diferenciación y creó una palabra apropiada para expresar la diferencia que existe entre una disciplinada unidad militar, dotada de un jefe y de una idea, y un grupo suelto de franco-tiradores: táctica, o conjunto de re-

glas, a que se ajustan las operaciones militares; que es definida en otra acepción, como sistema que se emplea hábilmente para lograr un fin, y ese término y esa definición, son igualmente aplicables a las personas y a las cosas, pero conservando en todo caso la significación imbuída en su concepto, de que el simple cúmulo de los objetos a que se refiera, ha sido superado, y mediante su organización y adscripción a un fin, ha surgido «algo» que permite el que pueda llegarse al término previsto. Dicho en otra forma, el sistema puede llegar a su meta como tal sistema, sólo por el sometimiento del cúmulo de entes, que lo forman a una voluntad superior y única, y que a su vez, y paradójicamente, es individual y participante de las individuales de sus componentes, sin lo cual aquélla fracasaría; llegándose a un máximo en este punto al tratar de las Sociedades, en las que su conciencia moral, superior y distinta a la de sus componentes, absorbe a las de éstos, en aras de ese fin, y se convierte, por tanto, en dirigente, sin que para ello importe cuál sea la persona individual que pueda servirle de «vocero».

La vigente Ley de Sociedades Anónimas (17 de julio de 1951) ha vuelto por una interpretación más correcta de los preceptos del Código de Comercio y expresando con una mayor claridad que él, en evitación de torcidas interpretaciones, ha dicho por su artículo 6.º: «La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento, la Sociedad tendrá personalidad jurídica. Son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados.» Y reforzando ese criterio, se ha dispuesto, a su vez, por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (17 de julio de 1953), en su artículo 5.º: «La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, y desde ese momento tendrá personalidad jurídica.»

Siguiendo la postura reafirmada por esas disposiciones, con la que se había vuelto a una interpretación más correcta de los artículos del Código de Comercio, el Reglamento del Registro Mercantil ha partido de la base de que las inscripciones de las Sociedades eran constitutivas—constitutivas de su personalidad ante el Derecho, no del ente moral en sí—, y desarrollando esa idea en su artículo, las declara obligatorias por su artículo 86; considera

por el artículo 96 que la primera inscripción será la de constitución, y establece en el artículo 95 que no tendrán eficacia las no inscritas.

Concluyendo, podemos decir: Que si los sujetos nacen al tener una conciencia y cuando ésta es colectiva, el contrato es una prueba de su existencia y nada más que eso, el reconocimiento los convierte en sujetos de derecho; pero exigiéndose determinadas circunstancias para que éste sea posible, especialmente cuando el sujeto a que nos referamos sea una Sociedad. Que para que este reconocimiento se lleve a efecto de una manera pública, requisito necesario del mismo, se necesita una forma también pública, siendo la inscripción la única que cumple esos postulados. En su virtud, sólo ella será la que le añada el calificativo de jurídico, que es el que necesita el sujeto para poderse desenvolver en la vida del Derecho.

En corroboración de esa conclusión, no debemos olvidar que el jurista que interviene en el contrato sólo lo hace como un testigo de mayor excepción, y a veces como asesor jurídico muy cualificado; en tanto que el que interviene en la inscripción, lo hace como censor especial en nombre del Estado, o sea, representando al ordenamiento jurídico en el que la Sociedad pretende entrar, para justipreciar los requisitos previos y conceder o no en consecuencia, el espaldarazo del reconocimiento.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE.

Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA.—ES DE TODO PUNTO INDÚDABLE, AL DESCRIBIRSE LA FINCA URBANA EN SU TOTALIDAD, HACIÉNDOSE ADEMÁS LA INDICACIÓN DE QUE LA OBRA NUEVA FUÉ CONSTRUÍDA SOBRE UN SOLAR POR EL PROPIETARIO A SU COSTA SATISFACIENDO SU IMPORTE, Y PUESTO QUE LOS DATOS DE SITUACIÓN, MEDIDA SUPERFICIAL Y LINDEROS DEL SOLAR COINCIDEN EXACTAMENTE CON LOS DE DESCRIPCIÓN DE LA CASA.

Resolución de 7 de julio de 1960, «B. O.» de 27 de julio.

Don J. R. P. era dueño, según escritura, de «una porción de terreno situado en el término municipal de Santa María de Barbará, en la colonia Estaper. Mide una superficie de mil ciento cuatro metros y noventa decímetros cuadrados, equivalentes a veintisiete mil setecientos sesenta y cuatro palmos, también cuadrados, y linda por el frente, Oeste, con una línea de veintinueve metros ochenta centímetros con la calle en proyecto que atraviesa la finca matriz de Norte a Sur; por la derecha, entrando, Sur, en otra de cuarenta y dos metros cincuenta centímetros, con finca de doña Rosa Cumi; por la izquierda, Norte, en una longitud de treinta y un metros sesenta centímetros, con propiedad de la señora viuda de don Martín

Codoñes, y por el fondo, en una longitud de treinta y un metros. con finca de doña Carmen Jo». Por otra escritura otorgada en Barcelona ante el Notario don Cruz Usatorre Gracia, el 7 de junio de 1958, don J. R. P. vendió a don D. Q. V. la anterior finca, sobre la que se había construido una casa y un garage, y que se describió en el título de la siguiente forma: «Una casa compuesta de planta baja, con cubierta de tejado, con huerto por la izquierda y fondo en el que existe un garage, situada en el pasaje del Remedio, sin número, en la colonia de Estaper, de Santa María de Barbará. Mide en junto una superficie de mil ciento cuatro metros y noventa centímetros cuadrados, equivalentes a veintisiete mil setecientos sesenta y cuatro palmos, también cuadrados, y linda por el frente, Oeste, en una línea de veintinueve metros ochenta centímetros, con una calle, antes en proyecto, llamada actualmente pasaje Virgen del Remedio, que separa de la finca matriz de que procede la que ahora se describe; por la derecha, entrando, Sur, en otra línea de cuarenta y dos metros cincuenta centímetros, con finca de doña Rosa Cumi; por la izquierda, Norte, en una longitud de treinta y un metros sesenta centímetros, con propiedad de la señora viuda de don Martín Codonés, y por el fondo, en una longitud de treinta y un metros, con finca de doña Carmen Jo». En la escritura se hizo constar que el solar había sido comprado por escritura de quince de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, y figuraba inscrito al tomo 1.155, libro 42, folio 68, finca 1.281, y que la edificación había sido construida a su costa por el dueño, valorándose, a efectos fiscales, en sesenta mil pesetas.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por observar el defecto subsanable de no describirse en forma reglamentaria el solar sobre el que se levantó el edificio, descripción necesaria para su identificación y posterior descripción, por consecuencia, de la transformación habida en la primitiva finca.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del registrador (de Sabadell), mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que el único problema que plantea este recurso es el de resolver si se halla extendida con arreglo a las formalidades legales una escritura de venta en la que el dueño del inmueble describe conjuntamente la casa y el solar de su propiedad sobre el que la construyó, y en el título hace constar la persona de quien adquirió el terreno y los datos de inscripción en el Registro, así como la declaración de haber mandado construir a su costa y tener satisfecho su total importe.

Que la determinación de la identidad del inmueble, requerida por el principio hipotecario de especialidad, constituye una de las más principales misiones de la función calificadora, porque la finca es elemento básico de nuestro sistema registral sobre el que se fundan el dominio y todos los demás Derechos reales que puedan constituirse, por corresponder al Registrador discrecionalmente esa comprobación mediante la ponderada aplicación de las normas legales, sin perjuicio del criterio que en definitiva pueden adoptar sus superiores jerárquicos al resolver el recurso gubernativo que se interponga acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria, desenvuelto por el artículo 308 del Reglamento para su ejecución, en la escritura calificado, se describe la finca urbana en su totalidad y se hace además la indicación de que la obra nueva fué construída sobre un solar por el propietario a su costa y que fué satisfecho su importe, y como los datos de situación, medida superficial del solar y linderos coinciden exactamente con la de la descripción de la casa y no aparece omitida ninguna de las circunstancias exigidas por el artículo 9.º de Ley y 51 de su Reglamento, es forzoso concluir que se han cumplido todos los requisitos legalmente necesarios para la identificación de la finca, o su inscripción en la forma pretendida.

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN PRACTICADA A VIRTUD DE PROCEDIMIENTO DE APREMIO.—AUNQUE ES INNEGABLE LA POTESTAD DEL ESTADO PARA REVISAR ESTOS EXPEDIENTES CUANDO HAYAN ADVERTIDO IRREGULARIDADES O DEFECTOS EN SU TRAMITACIÓN, PARA PROCEDER A LA CANCELACIÓN DE LA ADQUISICIÓN EFECTUADA, ES NECESARIO QUE LA PERSONA A CUYO FAVOR SE PRACTICÓ LA INSCRIPCIÓN SEA OÍDA O AL MENOS NOTIFICADA EN TIEMPO HÁBIL.

Resolución de 11 de agosto de 1960 «B. O.» de 20 de agosto.

El 17 de junio de 1952 la Jefatura del Servicio provincial del Trigo, de Jaén, libró una certificación de descubierto contra don F. R. Z. para hacer efectivas por vía de apremio 81.303,06 pesetas que adeudaba a dicho Servicio por diferencias de precio de 511,34 quintales métricos de trigo; el precio se libró por la Tesorería de Hacienda de Jaén en 9 de septiembre del mismo año, se hizo el requerimiento de pago el 15 de octubre siguiente y quedó paralizado el procedimiento hasta el 14 de enero de 1954, en que el deudor, solidariamente con su hermano don P. R. Z., se obligó ante el Agente Auxiliar del Recaudador de la Zona a satisfacer el referido descubierto en el mes de febrero; el 16 de marzo, el Agente Auxiliar del Recaudador requirió el pago del débito perseguido, desistiendo de hacer traba, por ser insuficiente, en bienes muebles o semovientes; el Recaudador de la Zona de Baeza, por providencia de 25 de marzo, decretó el embargo de una finca con vivienda, almacén y fábrica de harinas, inscrita en pleno dominio, por mitades indivisas, en favor de los deudores. Según una diligencia de fecha 30 de marzo de 1954, no firmada por los interesados, fué notificada a éstos la providencia de embargo y se les requirió para que en el plazo de cuarenta y ocho horas nombrasen perito que hiciese la tasación de la finca junto con el que designara la recaudación; detenidos los deudores, por causas que no son del caso, fué, en su ausencia, valorada la finca en dos millones novecientas dieciocho mil novecientas pesetas y, subastada, se adjudicó en un millón doscientas noventa y siete mil trescientas pesetas a don A. M. T., al que se otorgó escritura en 18 de diciembre de 1954 ante el Notario de Baeza don Ramón Risueño Catalán, que fué inscrita en el Re-

gistro; el 15 de julio de 1956, don F. y don P. R. Z. solicitaron del ilustrísimo señor Delegado de Hacienda de Jaén la nulidad del expediente a partir de la diligencia de 16 de marzo de 1954, que estimaban defectuosa, así como la del 30 del mismo mes y año; su pretensión fué rechazada, por lo que recurrieron ante el Tribunal Económico-administrativo provincial, que por sentencia de 31 de enero de 1957 declaró nulas las actuaciones a partir de la diligencia de 16 de marzo de 1954, incluida ésta, y, como consecuencia de lo anterior, el Delegado de Hacienda de Jaén ordenó al Registrador la cancelación de la inscripción practicada a favor de don A. M. T.

Presentada en el Registro una certificación de la Tesorería de Hacienda de Jaén, en la que se inserta la parte dispositiva del acuerdo del Tribunal Económico-administrativo provincial, en que se declara la nulidad de la inscripción a favor de don A. M. T., puso el Registrador la siguiente nota que consta al margen del asiento de presentación: «Denegada la cancelación que se dispone en el documento a que se refiere el asiento adjunto por los defectos siguientes: 1.º No constar nota de pago, exención o no sujeto al impuesto de Derechos reales, y en el primer supuesto no acompañarse la oportuna carta de pago. 2.º No insertarse literalmente el acuerdo de 31 de enero de 1957. 3.º No acreditarse que tal acuerdo es firma. 4.º No consta que el titular registral, don A. M. T., consiente en la cancelación que se pide, haya intervenido en el expediente anulatorio del procedimiento de apremio, o se haya dictado en juicio declarativo, seguido contra él, sentencia firme ordenando tal cancelación. Los tres primeros defectos son subsanables, el cuarto se considera insubsanable y por ello no procede tomar anotación de suspensión.»

Interpuesto recurso por el Abogado del Estado de Jaén, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que ratifica la nota del Registrador (el de Baeza), mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que reconocidos por el recurrente en el escrito de interposición del recurso tres de los defectos comprendidos en la nota calificadora, aun cuando no han sido subsanados en tiempo y forma, queda limitado el problema a decidir si puede cancelarse un asiento

de inscripción en virtud de una resolución del Tribunal Económico-administrativo que así lo ordena cuando el titular registra, en virtud de la adjudicación de la finca embargada, no ha intervenido en el expediente tramitado para el procedimiento de apremio que se siguió contra los deudores a la Hacienda Pública.

Que es innegable la potestad del Estado para revisar los expedientes de apremio en los que se hayan advertido irregularidades o defectos en la tramitación, y que el derecho de los rematantes aparece limitado por el artículo 228 del Estatuto de Recaudación, que no reconoce personalidad para reclamar contra el acuerdo de la Administración que declare la nulidad de la venta, sino que les atribuye el derecho a la devolución del importe del remate y de los gastos del procedimiento.

Que en este expediente se observa que el comprador, después de haber sido otorgada la escritura de venta a su favor, inscribió la adquisición en el Registro de la Propiedad, y como quiera que, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, el asiento practicado, mientras no se declare su inexactitud, produce todos sus efectos y se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales, para proceder a su rectificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 (d) de dicha Ley, es necesario que la persona a cuyo favor se ha practicado la inscripción sea oída, pues sin tal requisito, o por lo menos sin haber sido notificada en tiempo hábil y sin ser reintegrada previamente del precio satisfecho y demás pagos legítimos, es de evidente justicia que no debe sufrir perjuicios derivados exclusivamente de infracciones procesales cometidas por los Agentes administrativos ni debe ser desposeída de la finca adjudicada en la licitación ni debe cancelarse la inscripción extendida a su favor, según ha declarado reiteradamente esta Dirección General, mientras no conste su consentimiento, forzoso voluntario, y, en este segundo caso, expreso o presunto.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Siguiendo la norma de pasados años, damos cuenta en este número de fin de año de las sentencias de Arrendamientos Rústicos que contienen doctrina estimada de interés general, correspondientes al año 1959.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1959.—*Daños y perjuicios ocasionados por el arrendatario como consecuencia de sembrar y continuar en la finca, a pesar de haber recaído sentencia de desahucio. Posesión de mala fe.*

Son antecedentes de este caso los siguientes: El demandado, don Manuel, fué arrendatario de la finca y fué desahuciado de la misma en las sentencias correspondientes, incluso del T. S. A pesar de ello, la sembró, recogió cosechas y ejecutó otros actos posesorios. La demandante solicitó indemnización de daños y perjuicios por ello. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial accedieron a la demanda. Instado recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, fué desestimado, por las siguientes razones principales:

Sostiene el recurrente, dice la sentencia, que el fallo impugnado infringe el art. 362 del Código Civil, en razón a que este precepto requiere que la siembra se realice con mala fe y en finca ajena, para que proceda la pérdida de los sembrados, cuyos requisitos no concurren, a su juicio, en el presente caso, por tratarse de finca poseída de buena fe, en virtud de arrendamiento. Así planteada la cuestión, ha de ser forzosamente resuelta en sentido contrario, porque, examinados los documentos aportados por la parte actora, justificativos de las resoluciones recaídas en el pleito de desahucio seguido contra el arrendatario, y al que puso fin la sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1956, resulta evidente que, no obstante el fallo del Juzgado, de fecha 23 de octubre de 1954, en el que se resolvía el contrato que le ligaba con la finca, continuó en la posesión de la misma el hoy recurrente, apoyándose en la apelación que formuló ante la Audiencia Territorial y que efectuó entonces la siembra de

que se trata, tras de lo cual, y a pesar de la resolución adversa de la Audiencia de 5 de abril de 1955, prolongó su posesión y continuó su cultivo utilizando al efecto el recurso de revisión ante el Tribunal; con lo que, sabiendo como sabía desde la primera citación judicial en el juicio de desahucio, que el contrato de arriendo estaba terminado, dejó de ser poseedor de buena fe, según previene el art. 435 del propio Código, y al conocer que poseía la finca indebidamente, adquirió esa posesión el carácter malicioso que le atribuye el art. 433, y la siembra realizada por el cultivador lo fué en terreno para él ajeno. Si a ello se añade que el propio cultivador, además de interponer los recursos posibles para dilatar la entrega de la finca, segó prematuramente algunos cereales, como se evidencian en la diligencia de lanzamiento, y que la Jurisprudencia de este Tribunal en diversas sentencias posteriores a la de 30 de mayo de 1950, considera abusiva y de mala fe la conducta de los cultivadores que prolongan indebidamente la posesión arrendaticia después de haber expirado los plazos concertados y haciendo caso omiso de las resoluciones judiciales que ordenan el reintegro de las fincas a disposición de su dueño, queda patentizado que la sentencia recurrida aplicó correctamente el art. 362 del Código Civil y sus concordantes, y que la vulneración alegada es de todo punto impropcedente.

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1959.—*Conversión de la aparcería en arrendamiento.*

En 10 de mayo de 1957 fué requerido el aparcerero y cultivador por el propietario de las tierras a fin de que tuviese por terminado el plazo de duración de la aparcería el 30 de septiembre de igual año, conforme a lo estipulado. En 1.º de julio de 1957 fué requerido el mismo colono para que dejase libres las fincas en la fecha indicada de 30 de septiembre. En 23 de julio del mismo año 1957 el aparcerero-recurrente demandó de conciliación al dueño para que se aviniera a reconocerle el derecho que le asistía conforme al art. 7.º de ley de 28 de junio de 1940 y proceder a la partición de las fincas y señalamiento de las que por la conversión solicitada le correspondieran en arrendamiento, acto de conciliación que fué celebrado el 1.º de agosto siguiente, sin avenencia. En 4 de septiembre del repetido año 1957, el aparcerero cultivador presentó ante el Juzgado de Primera Instancia demanda ejercitando el expresado derecho de opción que el art. 7.º citado de la ley de 1940 le concedía. El Juzgado desestimó la demanda, y la Audiencia Territorial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo admite recurso de revisión y falla entendiendo que se ejerció en tiempo y forma el derecho de opción que asistía al cultivador-aparcerero para convertir la aparcería en arrendamiento. Razonó así: Que esta Sala tiene ya declarado, en múltiples resoluciones, entre ellas las de 6 de marzo de 1951 y 18 de junio de 1956, la necesidad de que el propietario del predio cedido en aparcería manifieste su oposición a continuar en este régimen de cultivo durante la vigencia del contrato, y esta declaración de voluntad, contraria a la continuación de la aparcería, sea cualquiera el motivo que la inspire habrá de referirse siempre al momento final del tiempo estipulado o al que, por insuficiencia del pacto, deba ser tenido por cierto, conforme a las prescripciones legales y dentro de este mismo período, plazo o término, es cuando el aparcerero cultivador puede ejercitar eficazmente su derecho de opción. No hay oposición ninguna entre lo dispuesto en el art. 49 de la ley de 15 de marzo de 1935

y lo preceptuado en el mencionado art. 7.º de la ley de 1940, que, además y en todo caso, gozaría de prioridad sobre aquella norma, en cuanto fueran incompatibles, en virtud de la cláusula derogatoria que en su primer artículo contiene la ley de 28 de junio de 1940. Todas estas razones obligan a estimar el segundo motivo del recurso, reconociendo el derecho del recurrente a la conversión de la aparcería en arrendamiento, hasta completar los doce años a que hubiese tenido derecho en régimen de arrendamiento, conforme a normas constitutivas de «jus cogens» de inexcusable observancia, la imposibilidad de que prospere la reconvención formulada por el demandado, ya que la demanda de desahucio por resolución del contrato, fundado en la terminación del plazo contractual o legal, sin que el cultivador haya tenido posibilidad de hacer uso de su derecho a seguir como arrendatario, no puede legalmente prosperar, porque ello sería hacer ilusorio aquel derecho de opción, cuya finalidad es evitar el lanzamiento del colono por la sola voluntad del propietario, en las aparcerías.

SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1959.—Cómputo del plazo para ejercitar el retracto.

Ejercitada demanda de retracto por los aparceros de una finca dentro de los tres meses de haber conocido la transmisión de propiedad que dió origen al mismo, el demandado alegó haber caducado la acción por haber tenido los demandantes-retrayentes conocimiento de la venta antes de dichos tres meses, por su inscripción en el Registro de la Propiedad. El juzgado de Primera Instancia accedió a la demanda, la Audiencia Territorial confirmó la sentencia y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de revisión.

Entiende la sentencia que el hecho de haberse inscrito la transmisión en el Registro de la Propiedad, no significa que los retrayentes llegasen, por eso, a poseer noticia exacta, cabal y completa de la enajenación realizada, ya que si bien es pública dicha Oficina y allí pudieron ir los interesados a darse cuenta con plenitud de lo acaecido, lo cierto es que no se probó que fuesen y obtuvieran la información necesaria.

Que modificado por la ley de 16 de julio de 1949 el art. 16 de la ley de 15 de marzo de 1935, suprimiendo como base de contar el término para el ejercicio de la acción de retracto, la fecha de la inscripción de la escritura de compra en el Registro, ampliando a tres meses la vigencia del mismo, a partir de la notificación de la adquisición de la finca, que el comprador debe comunicar al arrendatario o aparcero, y en su falta, a partir de la fecha en que el retrayente se diera cuenta exacta de las condiciones de la transmisión, es indudable que se ha logrado una reforma de gran espíritu social, tendente a facilitar al cultivador de la tierra el acceso a la propiedad, máxime en el supuesto de no participársele la enajenación realizada para que pasara el tiempo y se extinguiese su derecho, evitando así que se ocultara el momento de verificar la registración, el conocimiento de la cual exigía permanente vigilancia y cuidado que no podía mantener corrientemente aquél. Por ello, el legislador dispuso acertadamente que el cómputo a que nos referimos y la conservación del repetido derecho durase el periodo antes citado y se iniciara desde que por cualquier medio se enterase el colono de la venta efectuada, de lo que resulta, no siendo obligatorio y forzoso el tener que saber por la mencionada Oficina Registral la indicada transferencia, ni producir su simple constancia en los

asientos el conocimiento de ellos, ya que es preciso, además, acreditarlo, se ha de desestimar el motivo de revisión.

SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1959.—*Consignación de rentas en metálico. Consignación en el Juzgado estando el juicio en apelación.*

Son declaraciones principales de esta sentencia las siguientes:

Que pactada en un contrato de arrendamiento la merced en numerario, aunque ello implique una violación de las disposiciones vigentes, mientras la conversión no sea acordada, bien por conformidad de las partes o por resolución judicial, la renta que ha de ser consignada ha de ser la metálica fijada en el contrato de arrendamiento; y que en caso de hallarse el litigio en trámite de alzada, no implica que la consignación deba hacerse necesariamente ante el Tribunal de Apelación, pues la amplitud de facultades que éste tiene no puede constituir obstáculo para que el locatario cumpla tal obligación mediante la intervención del juzgador que en primer grado haya conocido del litigio.

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1959.—*El derecho de opción que tiene el aparcerero para convertir en arrendamiento la aparcería no puede ser decidido por amigables componedores. Una prórroga anual de la aparcería no lleva consigo la pérdida del derecho de opción.*

En el contrato de aparcería se estipuló que «los contratantes, para cuantas cuestiones se deriven del cumplimiento del contrato, designarán amigables componedores, a fin de que se resuelva con exclusión de la autoridad judicial». Planteado el litigio y alegada excepción de incompetencia de jurisdicción, basándose en tal cláusula, el Tribunal Supremo entiende no existir tal incompetencia y sienta la siguiente doctrina: Que es obligado determinar, ante todo, la clase de cuestiones que por razón de ese compromiso pueden ser sometidas a decisión de los que fueron nombrados dirimientes, y si se tiene en cuenta que la Ley Especial de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, reguladora de esta forma de jurisdicción, comprende en su ámbito solamente los árbitros de Derecho privado, conclusión de los internacionales, corporativos, sindicales o de otra índole, según el art. 1.º, concepto que se desarrolla con mayor claridad aún en el art. 14, al disponer que podrán ser objeto de un compromiso todas aquellas materias de Derecho privado sobre que las partes puedan disponer válidamente, y que el derecho de conversión de la aparcería en arrendamiento es un beneficio de carácter manifiestamente social, por lo que no puede válidamente renunciarse, en consecuencia a lo dispuesto en el art. 1.º de la ley de 15 de marzo de 1935 y doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en la concluyente sentencia de 1.º de junio de 1953, resulta indiscutible que, en méritos de la referida cláusula, podrían encomendarse a la resolución arbitral las cuestiones que se suscitaren en orden al ejercicio de la aparcería y cumplimiento de obligaciones de cada uno de los contratantes, pero no es posible comprender entre aquéllas el derecho de opción, porque si el fallo de los árbitros no lo reconociera, el allanamiento del aparcerero implicaría una renuncia no permitida, siendo por todo ello patente que para conocer de la demanda entablada para lograr la efectividad del mencionado derecho de opción, es

competente la jurisdicción ordinaria, y correlativamente inadmisible la referida excepción.

Una prórroga anual no lleva consigo la pérdida del derecho de opción, por no existir precepto legal que así lo disponga, y si esa continuación fuera calificada de nuevo contrato, como alguna de las partes sostiene, se llegaría al mismo resultado de hallarse viva, durante su vigencia, la facultad opcional del labrador.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1959.—Arrendamiento otorgado por heredero fiduciario. Se extingue con la muerte del otorgante.

El arrendador poseía la finca como heredero fiduciario de doña Angeles..., la que había dispuesto en su testamento que al morir su sucesor se transmitiera la finca al demandante, también con la condición de que si moría sin sucesión la finca debía ser vendida, y destinar el importe al Hospital Asilo de Pobres. Fallecido dicho primer fiduciario e instado juicio de deshahucio, prosperó la demanda en ambas instancias y fué desestimado el recurso de revisión.

Tanto si se acepta—dice la sentencia del Tribunal Supremo—la tesis mantenida en la resolución combatida, que asignó a don Tomás, arrendador de la tierra de autos al demandado, la condición de poseedor de dicha finca, en concepto de heredero fiduciario de doña Angeles..., de la que procede, que no fué impugnada en el recurso, como si, aceptando las alegaciones del propio recurrente, se le considera propietario de ella con gravamen restitutorio, o sea sujeto a condición resolutoria, que se cumplía al fallecer dicho señor sin sucesores, es evidente la procedencia de estimar, como punto de partida, para la resolución de las cuestiones planteadas, que dicho arrendador en ningún momento de sus relaciones con el demandado, ni al perfeccionar el arrendamiento de referencia, ni durante la vigencia del mismo mientras vivió, fué dueño en pleno dominio de la finca arrendada, que automáticamente, por virtud de lo dispuesto en el testamento de doña Angeles..., al morir sin sucesión dicho arrendador, se transmitió al demandante en idénticas condiciones a las en que aquél la había poseído, puesto que si el actor llegase a morir también sin sucesión, la finca deberá ser vendida y destinado su importe a la institución de un Hospital Asilo para los Pobres.

La legislación de Arrendamientos Rústicos acepta, como es natural, el principio jurídico de que nadie puede dar a otro lo que no tiene—sentencia de 24 de noviembre de 1887—, ni transmitirle más derechos sobre una cosa que los que en ella le pertenezcan—sentencia 9 diciembre 1861, 27 noviembre 1866 y otras muchas—, y así lo demuestra el párrafo penúltimo del art. 3.º de la ley de 15 de marzo de 1935, en el que, después de exigir que los arrendadores, para que puedan serlo, han de hallarse en la posesión jurídica de la finca a título de propietarios, usufructuarios o cualquiera otro que les dé derecho a disfrutarla y tener capacidad para realizar actos de enajenación, declara que los actos de aquéllos no pueden tener más trascendencia que la de su propio derecho; el párrafo 5.º del art. 9.º del mismo texto legal, que se refiere al caso de arrendadores que sólo posean el usufructo de los bienes arrendados y los artículos 24, núm. 3.º, 25 y 28, núm. 2.º, de la misma ley.

No es posible admitir que dichos preceptos fueran derogados o modificados, como se alega, por disposiciones posteriores y especialmente por los arts. 6.º y 9.º, párrafo 2.º, de la ley de 23 de julio de 1942, y deben estimarse subsistentes teniendo en cuenta que los sucesores de los arrendadores traen causa

de éstos, pero ello no es aplicable a los casos excepcionales, como el presente, en que el último poseedor deriva su derecho directamente de la testadora y no del que le precedió en la posesión de la finca; que el cumplimiento de la condición de que dependía el derecho del arrendador, afecto a las obligaciones pendientes, contraídas por el mismo, resolviéndolas, ya no podía disponer de la finca para después de su muerte, ni sus actos tener más trascendencia que la de su propio derecho. Si no fuera así y la excepción afectara únicamente a los usufructuarios por consecuencia de lo que concretamente disponen los artículos 9.º, párrafo 5.º, de la citada ley de 1935, y 480 del Código Civil, los preceptos que se alegan de la ley de 1942, los hubieran excluido expresamente, evitando la antinomia que de otro modo se produjera entre unas y otras disposiciones legales, y, por último, que no existe ninguna norma de la que pueda derivarse el deber que trata de imponerse al demandante, y que le obligaría a respetar los plazos concedidos al arrendatario por el arrendador primitivo para el disfrute de la finca de referencia.

Se deduce de cuanto queda dicho (añade la sentencia) que no por aplicación extensiva—que hubiera sido indebida por tratarse de un precepto de excepción a norma de carácter general—, de lo dispuesto en relación con los arrendadores que sólo sean usufructuarios de los bienes arrendados, sino por la propia esencia de su título, o sea por tratarse de arrendador que tenía supeditado su derecho de propiedad sobre la finca de autos a condición resolutoria, que se cumplió al fallecer sin sucesores, momento en que, como queda dicho, automáticamente pasó la finca, en idénticas condiciones y con iguales limitaciones, al patrimonio del demandante, a virtud de lo dispuesto en su testamento por doña Angeles G., de la que procede el inmueble de que se trata, quedó resuelto el derecho del arrendador, extinguido el contrato de arrendamiento que vinculaba a aquél con el demandado y expedida la acción de desahucio planteada en este pleito.

Tuvo que resolver esta sentencia el difícil problema de encajar en el Derecho civil tradicional o clásico (autonomía de la voluntad, libertad de disponer) los preceptos de la Ley de Arrendamientos, de carácter social, protectores del arrendatario. Por mucho que se quiera razonar, no es posible una verdadera armonía entre principios dispares; la solución caerá del lado del principio —civilista o social— que más pese en el ánimo del que tenga que decidir.

El Tribunal Supremo se ha mantenido fiel al Derecho civil en este caso, siguiendo doctrina ya sentada (sentencia de 31 octubre 1952), incluso en arrendamiento urbano (sentencia de 19 mayo 1952). Y es correcta su postura, aunque no cuadre bien, como se ha dicho, con el tono social de la legislación especial protectora de los cultivadores, desde el momento en que la propia legislación especial (véase art. 9.º, párrafo 4.º, del Reglamento de 29 abril 1959), sigue manteniendo esos rincones respetuosos con el Derecho civil tradicional, como viejo retrato de un antepasado que se conserva en un despacho moderno.

Pero nótese que esto sucede en Arrendamientos Rústicos, que en la legislación de Arrendamientos Urbanos tenemos ya el art. 114, párrafo 12, del Decreto de 13 de abril de 1956: Puede ser causa de resolución del arrendamiento la extinción del usufructo, «cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueron notoriamente gravosas para la propiedad».

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1960.

LA BASE LIQUIDABLE EN LAS CONCESIONES DE SERVICIOS DE TRANSPORTES MECÁNICOS POR CARRETERA SERÁ EL IMPORTE DEL PRESUPUESTO DE GASTOS, CIFRADO EN EL ESTUDIO ECONÓMICO PRESENTADO AL INICIARSE EL EXPEDIENTE, JUNTO CON LOS GASTOS DE INSTALACIÓN DEL SERVICIO, Y TALES CONCESIONES TIENEN EL CARÁCTER DE TEMPORALES, CON EL TIPO DE LIQUIDACIÓN DEL 0,75 POR 100.

Antecedentes.—Se trataba de una concesión de las características dichas, con arreglo a la legislación en la materia, según la Ley de 27 de diciembre de 1947 y su Reglamento de 9 de diciembre de 1949, la cual concesión fué liquidada como concesión de carácter perpetuo al 1,50 por 100 sobre la base fijada en la Orden de concesión, deducida del presupuesto de gastos presentado por la entidad concesionaria.

Dicha entidad impugnó tanto el tipo de liquidación, o sea, la calificación de perpetuidad de la concesión como la cuantía de la base liquidable, entendiendo que la concesión es de carácter temporal y que la base debe fijarse en relación con la declaración jurada presentada, previa peritación o comprobación, en su caso.

Los Tribunales provincial y central desestimaron el recurso, y la Sala lo estima en cuanto al tipo de liquidación, calificando la concesión de temporal y aplicando el del 0,75 por 100, conforme al artículo 37 del Reglamento del Impuesto; y lo razona, diciendo que esta clase de concesiones, al ser revertibles a quien las otorga a los veinticinco años, como disponen la Ley citada de 1947 y su Reglamento de 1949, han de estimarse como temporales y comprendidas en el apartado 2.º del artículo 37 del Reglamento del Impuesto; y en cuanto a la fijación de base, la Sala dice que el problema lo resuelve el apartado 1.º del artículo 71 del mismo Reglamento al disponer que la base se fijará con arreglo al presupuesto de gastos en que se calcule la obra o los de instalación del servicio, cuyo presupuesto está «constituido realmente por el estudio económico presentado inicialmente en el expediente por la mencionada sociedad y gastos de instalación del servicio, cifrados en ese estudio económico como necesarios para el establecimiento de las instalaciones fijas y el desenvolvimiento de la explotación»; lo cual excluye—añade la Sala—el medio comprobatorio de la declaración jurada a que se refiere el apartado 2.º del artículo 71 del citado Reglamento del Impuesto.

Comentarios.—Los creemos innecesarios, dada la simplicidad del caso, y solamente añadiremos que el Reglamento aplicado fué el del año 1947, y que el vigente de 15 de enero de 1959 no hace referencia a dicha declaración jurada, ya que el contenido del apartado 2.º del artículo 71 de aquél ha sido suprimido en el segundo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1960.

LOS BENEFICIOS FISCALES SOBRE VIVIENDAS BONIFICABLES, CONCEDIDOS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y SEÑALADAMENTE EN EL DECRETO-LEY DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1948, NO ALCANZA A LAS PRIMERAS TRANSMISIONES DE LAS EDIFICACIONES NO TERMINADAS.

Antecedentes.—Vendida una finca urbana como casa en construcción en escritura de 18 de diciembre de 1954, que había obtenido en 1950 la calificación provisional de bonificable, e inscrita en

el Registro de la Propiedad en virtud de escritura de 21 de septiembre de 1954 de declaración de obra nueva, la Abogacía del Estado giró liquidación por el Impuesto de Derechos reales sin bonificación por el tipo corriente de compraventa.

Recurrida la liquidación, con apoyo en que era de aplicar la bonificación del 90 por 100 del impuesto, conforme al citado Decreto de 19 de noviembre de 1948, puesto que la finca estaba calificada como bonificable, el Tribunal Económico-Administrativo Provincial desestimó el recurso, basándose en que, para que la bonificación sea aplicable, es indispensable que el edificio esté terminado, circunstancia que no concurría en el caso. Este criterio fué confirmado por el Tribunal Central en la Resolución ahora impugnada.

La Sala pidió, para mejor proveer a la Fiscalía provincial de la Vivienda y a la Junta Nacional del Paro, sendas certificaciones sobre las fechas en que se solicitó la licencia de habitabilidad de la finca y en que acordó la calificación definitiva de bonificable, y de ellas resultó que la licencia dicha no fué pedida por el actual demandante hasta el 6 de junio de 1955, y que la calificación definitiva de bonificable se concedió con fecha de 5 de mayo de 1956.

Eso supuesto, la sentencia reseñada sienta, en primer lugar, que el Decreto-Ley de 2 de mayo de 1954 extendió los beneficios tributarios sobre reducción del 90 por 100 del Impuesto de Derechos reales a que se refiere el citado Decreto de 19 de noviembre de 1948 a la primera transmisión a título oneroso de las viviendas bonificables construidas acogidas a este Decreto, declarando la retroactividad del mismo respecto a los expedientes tramitados a su amparo; y en segundo lugar, sienta también que, conforme al Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1953, cuyo texto se refundió con el Decreto de 1948 en el Decreto de 10 de julio de 1954, la referida bonificación se limita a la primera transmisión verificada dentro de los seis años de la fecha de la concesión de la licencia municipal; y, en su defecto, de la tirada de cuerdas. Por consiguiente, es visto que, solicitada la licencia de habitabilidad en 6 de junio de 1955 y hecha la calificación definitiva de bonificable el 15 de mayo de 1956, las casas en cuestión no estaban construidas en la fecha de la escritura liquidada, que fué la de 18 de diciembre de 1954.

La Sala termina diciendo, sin otro razonamiento, «que las disposiciones vigentes no otorgan, sin duda, los beneficios de reducción del Impuesto de Derechos reales a las primeras transmisiones de fincas iniciada su construcción, sino a las construídas «definitivamente», a fin de evitar el agio fundiario, razón por la cual no se puede acceder a lo suplicado en la demanda».

Comentarios.—Como único comentario añadiremos por nuestra cuenta únicamente que la legislación citada habla de edificios construídos al referirse a las bonificaciones, y así, por ejemplo, el artículo 7.º del Decreto de noviembre de 1948 encabeza la enumeración de los beneficios tributarios, diciendo: «Los inmuebles construídos de conformidad con el presente Decreto-Ley disfrutarán...»

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1960.

Al tratar a cuanto esta sentencia sobre si la acción para exigir el impuesto pudo prescribir, lo hacemos no por su trascendencia para lo futuro, sino por la originalidad del caso.

Brevemente expuesto, es como sigue: Muerto el causante de cierta herencia en 27 de abril de 1939, los herederos solicitaron de la Abogacía del Estado, en 19 de diciembre de 1955, la declaración de la prescripción de la acción para exigir el impuesto, fundados en que entre ambas fechas mediaban más de los diez años que el Reglamento del mismo prevé en su artículo 143 para que la prescripción se consume.

Como antecedente es de notar que el Tribunal de Responsabilidades Políticas dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 1939, confiscando y adjudicando al Estado los bienes del causante, y que la Comisión de Responsabilidades Políticas, por sentencia de 27 de octubre de 1955, anuló la anterior.

Ambos Tribunales, provincial y central, desestimaron la pretensión de los herederos, fundándose en que si bien la prescripción comenzó a correr en 27 de abril de 1936, quedó interrumpida en 27 de diciembre del mismo año, fecha de la aludida sentencia de confiscación y adjudicación de los bienes al Estado, y no empezó a correr de nuevo hasta que la Comisión liquidadora de Res-

ponsabilidades Políticas dictó la sentencia de 27 de octubre de 1955.

Por consiguiente, como ni entre las fechas del fallecimiento—22 de abril de 1939—y la de la sentencia de confiscación—22 de diciembre del mismo año—, ni entre la fecha de la sentencia anulatoria—27 de octubre de 1955—y la de presentación de la herencia a liquidación—19 de diciembre siguiente—median los aludidos diez años, es claro, a juicio de la Administración, que la prescripción de la acción para exigir el impuesto no es estimable.

La Sala confirma tal decisión de la Administración y añade, corroborándola, que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, para que el tiempo de la prescripción de las acciones empiece a contarse y correr, es preciso que puedan ejercitarse, y esto no era factible llevarlo a cabo en el caso reseñado en virtud de la confiscación, de lo cual deduce, conforme al cómputo antedicho, que el plazo prescriptivo no había transcurrido y la acción estaba viva y la liquidación reglamentariamente girada.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1960.

EN EL CASO DE RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL, EL PARENTESCO ADECUADO PARA FIJAR EL TIPO DE LIQUIDACIÓN ES EL QUE MEDIA ENTRE EL DESCENDIENTE PRODUCTOR DE LA RESERVA Y LOS PARIENTES DEL MISMO, QUE, OSTENTANDO LA CONDICIÓN DE RESERVATARIOS, ADQUIEREN LOS BIENES.

Antecedentes.—La síntesis de los hechos consiste en que a la muerte de don Manuel Cadena Ginesta heredó una finca de éste su hijo don Manuel Cadena Castells, al cual heredó su madre, en concepto de reservista, con relación a dicha finca, y siendo reservatarias dos hijas de la misma como hermanas del dicho Cadena Castells, todo a tenor del citado artículo 811 del Código Civil.

Con estos antecedentes la Oficina liquidadora giró las correspondientes liquidaciones por los impuestos de Derechos Reales y sobre el caudal relicto con arreglo al parentesco entre el repetido señor Cadena Castells y las dos mencionadas hermanas suyas.

Este punto de vista no fué compartido por esas señoras, y sostuvieron en primera y segunda instancia, y lo sostienen ante la

Sala, que el parentesco ha de graduarse teniendo en cuenta el que media entre el primitivo transmitente y padre de las reservatarias, señor Cadena Ginesta y ellas mismas, o sea, el de ascendientes y descendientes, con la trascendencia, por tanto, de ser improcedente la aplicación del impuesto sobre el caudal relicto.

En el pleito, el problema se concreta en determinar quién es la persona de la que proceden los bienes, diciendo la demanda que es el ascendiente señor Cadena Ginesta, y las Resoluciones recurridas, que lo es el hijo fallecido, a quien heredó su madre, la reservista. Determinado esto, la solución se impone, dado el texto del apartado 3.º del artículo 34 del Reglamento de 1947—apartado 4.º del vigente—, que dice que el grado de parentesco se regulará atendido el que exista entre «el reservatario y la persona de quien precedan los bienes, *prescindiendo del que le una con el reservista*».

La demanda entiende que el texto reglamentario da pie para la tesis que sustenta, porque cuando quiere referirse a la reservista, la llama así, y por lo mismo cuando habla de la «persona de quien proceden los bienes», es porque se refiere al padre, don Manuel Cadena Ginesta, primer transmitente de los bienes, ya que si se refiriese al hermano, don Francisco Cadena, le llamaría «causante».

La Sala, por su parte, dice que la obligación de reservar, imputada al reservista por el artículo 811 del Código Civil y el derecho establecido en favor de los reservatarios por el propio artículo, se derivan y arrancan del fallecimiento del descendiente, causante de la reserva, siendo, por tanto, evidente que al consumarse ésta, la adquisición de los bienes reservables por los reservatarios, lo es como herencia y, en su consecuencia, como bienes procedentes de la persona causante de la reserva, persona necesariamente unida por vínculo de parentesco colateral con los definitivos adquirentes; y, en definitiva, la Sala ratifica el criterio de las resoluciones impugnadas, confirma las liquidaciones y desestima la demanda.

Comentarios.—Pocos necesita realmente la cuestión propuesta dada su sencillez y concreción: el argumento de la demanda es sumamente endeble, porque, si bien la finca heredada procede *mediatamente* del padre de las reservatarias recurrentes, es evidente

que descarta expresamente la madre reservista por el precepto reglamentario, de quien *inmediatamente* procede es del hijo causante de la reserva. ¿Es que el hijo no adquirió en pleno dominio y sin restricción alguna la finca de que se trata? Siendo esto así, no se puede negar ni desconocer que él es la persona de quien procede el inmueble, ya que de no hacerlo así lo mismo se podría designar al ascendiente de quien el señor Cadena Ginesta traiga causa.

Por otra parte, la teoría de la demanda, además de estar endeble y arbitrariamente fundada, está en abierta contradicción con la doctrina, puede decirse que unánime, que sostiene que el parentesco ha de contarse partiendo del descendiente de quien proceden *inmediatamente los bienes*; y está, asimismo, en contra de reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en las sentencias de 30 de diciembre de 1912, 24 de mayo de 1945 y 1 de julio de 1955, a las que hemos de añadir, dada la especialidad del caso, la de 26 de noviembre de 1943, que dice que en la reserva de traza especial, amparada por la norma del artículo 811, no entra en juego la procedencia remota, sino la inmediata y próxima de los bienes que han de reservarse.

En relación con la doctrina jurisprudencial, y con la cita de las sentencias de 1 de febrero de 1957 y 19 de noviembre de 1950, sostiene la demanda que «la reserva se produce no por el hecho de la muerte, sino por la aceptación de la herencia del descendiente por el ascendiente»; pero tal conclusión no es exacta a tenor de la primera de esas dos sentencias: en un caso de reserva del repetido artículo 811, en el que la presunta reservista renunció la herencia del descendiente, lo que la sentencia dijo fué que «el reservatario no puede, al ocurrir el fallecimiento del descendiente causante, atribuirse el carácter de heredero del mismo, sino que ha de recibir los bienes precisamente por conducto del ascendiente y sólo a la muerte de dicho reservista, por lo que al faltar éste, legalmente indispensable enlace, queda rota la trayectoria de los bienes e imposibilitado el futuro ejercicio por el reservatario de un derecho que no llegó a tener realidad jurídica eficaz».

Del texto transcrito se deduce con toda claridad que en nada contradice el contenido de las sentencias antes invocadas, sino

simplemente el derecho engendrado por la muerte del descendiente causante no llega a tener «realidad jurídica eficaz» si no media la aceptación de la herencia por el ascendiente reservista, es decir, que el derecho aquél nace *in potentia*, pero no se perfecciona y consolida más que por el camino de la aceptación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo 1960.

Cierta Sociedad se constituyó en escritura de 1.º de mayo de 1952, haciéndose constar en ella que «el capital social, de cuatro millones de pesetas, ha sido desembolsado totalmente», corroborándose tal estipulación en el art. 5.º de los estatutos, al decir «que las acciones se suscribirán en el acto de la constitución de la Sociedad contra reembolso de su total valor», y se hizo constar también que uno de los suscriptores aportantes era la Sociedad conocida por la sigla C.E.D.I.E., suscriptora de las acciones 1 al 200, por un importe de 2.000.000 de pesetas, sin mención ni reserva alguna de que la aportación estuviese constituida por 750.000 pesetas en metálico, y el resto por terrenos, edificios e instalaciones valorados en 1.250.000 pesetas.

Posteriormente, en escritura de 14 de octubre de 1953, la Sociedad, nuevamente constituida, y la C.E.D.I.E. hicieron constar que la aludida aportación no había sido por entero en metálico, sino en la forma expresada a que acabamos de referirnos, todo ello debido a un error u omisión que se subsanaba en esta segunda escritura.

Tal escritura fué liquidada por el concepto de cesión onerosa, y ratificado ese criterio por el Tribunal Central en resolución de 10 de febrero de 1959, frente al de la contribuyente, que sostuvo que se trataba de la rectificación de un error cometido en la escritura de 1.º de mayo de 1952, al constituirse la Sociedad.

Esta diversidad de criterios es el problema que se planteó a la Sala y que ésta resuelve en la sentencia que nos ocupa, sosteniendo, de acuerdo con la Administración, que «como en el art. 5.º de los estatutos se dispone que las acciones se suscribirán en el acto de la constitución de la Sociedad contra reembolso de su total valor, sin hacer referencia o mención a otras aportaciones no dine-

rarias, ha de llegarse a la conclusión de que el desembolso fué realizado materialmente en dinero por los socios o por una obligación de crédito a cargo del socio en descubierto».

La recurrente argumentó con un asiento de sus libros de contabilidad, extendido ocho meses después de la escritura de constitución, en el que figura una participación en metálico de 750.000 pesetas y otra consistente en terrenos, edificios e instalaciones por 1.250.000, a favor de la nueva Sociedad, en el haber de la aportante, sustituyendo así la aportación en dinero de 1.250.000 pesetas, en parte por cesión de inmuebles, «lo cual tiene toda la configuración jurídica, dice la Sala, de cesión onerosa de inmuebles o de compra-venta». Pero tal asiento, sigue diciendo la Sala, carece de eficiencia jurídica frente al contenido de la escritura pública de constitución de la Sociedad, ya que, a tenor del art. 48 del Código de comercio, los libros de los comerciantes no hacen prueba contra tercero, como lo es el Estado en este caso.

Comentarios: Por nuestra parte e insistiendo en los razonamientos de la Resolución recurrida y de la sentencia en cuestión, entendemos que contra los de la demanda está el texto literal de la estipulación de la escritura de 1.º de mayo de 1952 y el del art. 5.º de los Estatutos, antes aludidos, de los que con razonable exégesis se deduce que el desembolso en metálico se realizó al firmar dicho instrumento, y, a mayor abundamiento, se deduce asimismo de las normas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, y del art. 11 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

Con arreglo a las primeras es perfectamente lógica la conclusión a que llega la Resolución combatida, y con arreglo al art. 11 lo es también, porque, si con arreglo al núm. 4.º del mismo, en la constitución de las anónimas han de reseñarse «los bienes o derechos que cada socio aporte, indicando el título o el concepto en que lo haga y el valor que haya de darse a las aportaciones no dinerarias», es indiscutible que si tales requisitos se omitieron en la repetida escritura constitucional, fué porque las aportaciones no dinerarias no existieron, máxime teniendo en cuenta que el instrumento está autorizado por un profesional, perito en Derecho, con obligación, por su pública función, de asesorar a los contratantes.

A esto añadiremos que la combinación de los citados artículos refuerza nuestra tesis, puesto que, según los arts. 1.284 y 1.286 del Código Civil, las cláusulas de los contratos han de entenderse en el sentido más adecuado para que produzcan efectos y en el más conforme a la naturaleza del contrato; por consiguiente, en el caso, no puede interpretarse en flagrante contradicción con el mencionado art. 11.

Todo esto, añadido al razonamiento que la sentencia hace frente a la cita esgrimida por la demanda del art. 48 del Código de Comercio en relación con los libros de la C.E.D.I.E. para acreditar que de sus cajas salieron 750.000 pesetas, importe de su aportación dineraria, y de su inmovilizado unos inmuebles valorados en pesetas 1.250.000, o sea el total aportado, a cambio de las correspondientes acciones, cuyo razonamiento y cita son a todas luces inoperantes, puesto que los libros de los comerciantes prueban contra ellos, y a favor de ellos, en determinadas condiciones, mas no contra tercero, como lo es el Estado, según el dicho artículo previene.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

V A R I A

El problema de la vivienda. Fórmula económico-jurídica que podría resolverlo, por José Luis González Santander, Abogado.—
Presentación: José Antonio Elola; prólogo: Pascual Marín Pérez. Editorial Cabal. Madrid, 1960.

Es una breve obra, muy interesante y con gran claridad en sus apreciaciones, que intenta dar soluciones a problemas de tanta envergadura como el de la vivienda. El presentador y el prologuista dan también opiniones que hay que tener en cuenta.

Los temas a tratar, concisamente, son innumerables para una nota: colocar a todos los españoles en un plano de igualdad económica, en cuanto a las categorías de viviendas se refiere: aumento de rentas antiguas; facilidad para encontrar viviendas de alquiler; ocupar viviendas deshabitadas; facilitar permutas de pisos; modernizar las viviendas y conservar los inmuebles, hoy amenazados de ruina; revalorizar la propiedad urbana; interesar al capital privado en la construcción de viviendas; financiar la construcción de viviendas nuevas; acceso a la propiedad, etc.

Obra de fe y de juventud, valiente y audaz, dice verdades como puños. Situación de privilegio para los ocupantes de viviendas antiguas en relación con los de viviendas actuales o realquiladas; agravamiento paulatino del problema de locales habitables, por un desorbitado principio proteccionista; injusticia en el menos-

precio de los intereses del propietario, muchas veces modesto, y en perjuicio de la clase media, tan castigada siempre; retraimiento del capital privado a construir, etc. Pero a veces va más allá de las posibilidades actuales, salvo que caigamos en regímenes opresores(prohibición de viviendas desocupadas y utilización de más de una: dicho así, es insostenible esa posición y hasta demagógica; matizada, hay mucho de verdad).

Destaca 27 hechos que merecen reflexión, pues son tales verdades que al leerlos, aunque a veces haya pensado en ellos, se pasa hasta *vergüenza* de que existan. Mal para quien no les suscriba íntegramente. Son latigazos merecidos y aleccionadores.

La justificación doctrinal, irreprochable, con frases tajantes: «De estos ingresos nadie ha separado la parte de la vivienda que en un presupuesto familiar ordenado y prudente se admite que debe oscilar entre el 20 y el 25 por 100... Se han aumentado, en cambio, las compras de artículos no imprescindibles...» Reproche justo y que convendría insertar en carteles colocados en todas las esquinas, incluso contra la prohibición de fijar carteles.

Las bases fundamentales, el verdadero y acaso trascendental contenido de la obra, no son más que 23. Aquí sí que cabe la discrepancia en algunas, por la dificultad de llevarlas a la práctica; porque algunas han sido ya objeto de estudios serios y detenidos y desechadas por imposibilidad (ejemplo, la aplicación de la ley francesa del módulo por metro cuadrado, que sólo en el centro de Madrid crearía tales problemas insolubles, que hubo que abandonar el intento: era el desahucio en masa); porque la experiencia en títulos de propiedad urbana o en obligaciones hipotecarias de propiedad urbana, creados en otros países, antigua o recientemente, han producido consecuencias financieras catastróficas y reacciones contrarias, como los asignados famosos de la Revolución francesa, y otros que pueden citarse, porque el encomendar a organismos, actuales o por crear, el manejo de fondos, la resolución de conflictos propios de la justicia ordinaria, la imposición de nuevos arbitrios o el aumento de otros de tal magnitud y tan mal vistos como el de plusvalía, etc., pueden ser más peligrosos que beneficiosos. En esta cuestión, toda clase de intervenciones más o menos disimuladas conducen al fracaso. Ahora mismo se están rectificando caminos antes trillados sin fortuna. Esto no quiere

decir que mucho no sea aprovechable, sino que no se puede andar de ligero en este asunto, por bien intencionadas que sean las sugerencias, pero como serían más que revolucionarias y contraproducentes ciertas medidas, propuestas con un entusiasmo digno de elogio, sin pensar en las consecuencias y en las derivaciones fatales que producirían, esta parte de la obra es para meditarla muy despacio, para rectificaciones y para nuevas direcciones. El mismo autor reconoce que tal vez tengan en demasía apresuradas y violenta palpitaciones, como nacidas de un ánimo apasionado, pero como tiene razón en que «no hay lugar para la pausa y el reposo», bien está la llamada a rebato y el echar las campanas al vuelo, como en los incendios inaplazables.

Que estudie y proponga quien sea competente para ello, pero el autor del libro ha puesto ya los cimientos de una obra que puede ser comienzo del fin del problema.

PEDRO CABELLO.

Registrador de la Propiedad.