

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

**Año XXXVI**

**Julio-Agosto 1960**

**Núms. 386-387**

## El recurso de reposición en el procedimiento económico-administrativo \*

SUMARIO: I.—Introducción. II.—El recurso de reposición previo al económico-administrativo. A) Antecedentes. B) Régimen vigente. III.—El recurso de reposición previo al contencioso-administrativo.

### I.—INTRODUCCIÓN.

1. En sentencia reciente del Tribunal Supremo (de que fué ponente **MARROQUÍN DE TOVALINA**), se ha resumido la función y finalidad del recurso de reposición, de acuerdo con la Exposición de motivos de la LPA: El recurso—dice la sentencia de 3 de febrero de 1960—responde al designio de que el órgano administrativo que dictó el acto pueda acceder a las pretensiones y evitar el proceso en una nueva determinación. En otra sentencia de 30 de enero de 1958, se había firmado: «El recurso de reposición es aquel que se interpone

(\*) En el presente trabajo se han utilizado las abreviaturas siguientes:

- LJ** = Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.
- LPA** = Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.
- LRJ** = Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado (texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957).
- RDFH** = Revista de Derecho financiero y Hacienda pública.
- RFD** = Revista de la Facultad de Derecho.
- RFDMex** = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- Rpe** = Reglamento de procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas (aprobado por Decreto de 26 de noviembre de 1959).

ante la propia autoridad que ha dictado un acto o pronunciado una decisión administrativa, a fin de someter determinadas consideraciones a la indicada autoridad para que ésta, por acto de contrario imperio, revoque el acto o decisión recurridos.»

2. Precisamente por este carácter del recurso de reposición, la doctrina ha dudado mucho de tal eficacia (1). PÉREZ SERRANO, refiriéndose a la reposición procesal, dice: «Nuestros procesalistas, con el ardor de neófitos que corresponde a quien estrena técnica, han discutido briosamente si la reposición constituye propiamente un remedio o un recurso. Probablemente, no es ni lo uno ni lo otro; es una manera de perder el tiempo; porque, dada su eficacia práctica...» (2). Y a análoga conclusión llega al referirse a la reposición administrativa (3).

3. No obstante, existe un Cuerpo de funcionarios, el de Abogados del Estado, que ha mostrado siempre una especial predilección por el mismo. Quizá sea ésta la razón decisiva de que el recurso de reposición se haya conservado en la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, obra de uno de los más ilustres representantes de aquel prestigioso Cuerpo, Antonio Iturmendi, al que España debe una serie de disposiciones fundamentales, en la línea de garantías del administrado, que han colocado a nuestro Ordenamiento jurídico a la altura de los más avanzados. Su nombre quedará para siempre unido a la historia del Derecho administrativo.

4. La especial predilección de los Abogados del Estado hacia el recurso de reposición, explica, también, que en el Reglamento de Impuestos de Derechos reales, de 15 de enero de 1959, en su artículo 216, se conservara el recurso de reposición previo al económico-administrativo, a pesar de que, con anterioridad, la Ley de Procedimiento Administrativo no admitía otro recurso de reposición que el previo al contencioso-administrativo.

5. La entrada en vigor del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas de 26 de noviembre de

---

(1) GASCÓN HERNÁNDEZ: *El recurso de reposición*, RFD, 1942, pág. 217; MARTÍN RETORTILLO: *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*. Madrid, 1951, págs. 91-93.

(2) *Humoras, dolores y greguerías jurídicas*. Madrid, 1960, pág. 218.

(3) Cfr. loc. cit. en nota anterior, pág. 216.

1959, en el que para nada se habla de recurso de reposición, ha planteado el problema de su subsistencia en esta vía, tesis que se viene manteniendo en alguna Abogacía del Estado. Al mismo tiempo, se ha planteado el problema de hasta qué punto es admisible el recurso de reposición como previo al contencioso-administrativo, cuando se trata de impugnar actos que ponen fin a la vía económico-administrativa.

Al estudio de estas cuestiones se dedica el presente trabajo.

## II.—EL RECURSO DE REPOSICIÓN PREVIO AL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO.

### A) *Antecedentes.*

1. La Ley de 3 de diciembre de 1932, Base 6.ª, apartado F), dispuso: «Se establecerá un recurso previo, de reposición, mediante el cual, por simple reclamación verbal, formulada dentro de cierto plazo, ante la Oficina que haya dictado el acuerdo, podrá quedar solventada en el acto la cuestión debatida. Será obligada la admisión de este recurso cuando se trate de errores materiales de hecho, aun cuando hayan producido ya ingreso en el Tesoro.» De conformidad con esta base, el Decreto de 2 de agosto de 1932, estableció un recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, que se reguló en el artículo 5.º del Reglamento de procedimiento económico-administrativo.

2. La LPA, de 17 de julio de 1958, no regula el recurso de reposición como previo a cualquier otro administrativo. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 52, LJ, no admite otro recurso de reposición que el previo al contencioso-administrativo. Por tanto, una vez entró en rigor dicha Ley, al modificar la regulación de los recursos administrativos, es inadmisibile cualquier tipo de recurso de reposición que no sea el previo al contencioso-administrativo.

3. Sin embargo, el Reglamento del Impuesto de Derechos reales, en su artículo 216, párrafo 2.º, dispone: «Los actos administrativos realizados por las Oficinas liquidadoras o por las Abogacías del Estado, como las liquidaciones, ya lo sean por razón de cuotas del impuesto, ya por multas o intereses de demora o los acuerdos rela-

tivos a las comprobaciones de valores y determinación de la base liquidable, podrán ser objeto del recurso previo de reposición, conforme al mencionado Reglamento y reclamables ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial en el improrrogable plazo de quince días hábiles, computado en la forma que dicho Reglamento establece, pasado el cual dichos actos se entenderán firmes y consentidos sin recurso alguno para el contribuyente.»

### B) Régimen vigente.

1. El Rpe nada dice sobre el recurso de reposición previo al económico-administrativo. ¿Cómo ha de interpretarse el silencio de la nueva ordenación de las reclamaciones económico-administrativas? Ciertamente sector doctrinal viene a reconocer implícitamente la posibilidad del recurso de reposición previo, al menos en materia del Impuesto de Derechos reales. En este sentido, AZPÉTTIA, aduce las razones siguientes (4):

a) Que el Rpe no ha podido pronunciarse sobre este extremo, dados los límites legales de sus normas. Pero tiene trascendencia para la iniciación del procedimiento de reclamación propiamente dicho.

b) Que, al redactarse la Exposición de motivos de la LPA y el párrafo 3.º del artículo 1.º de la misma Ley, sus autores no consideraron ni, por tanto, decidieron, sobre la especialidad del recurso de reposición previo en lo económico-administrativo. «De haberlo hecho—dice AZPÉTTIA—, es muy probable que se hubieran pronunciado desde entonces por la subsistencia de dicho recurso, por la especialidad de la materia y porque el balance de resultados desde 1934 es favorable, en lo fundamental, a un medio ágil, de plazos muy breves, de conseguir la rectificación de notorias infracciones legales sin necesidad de entablar y seguir un proceso formal de reclamación.»

c) Que la cuestión «parece estar aclarada por la promulgación del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 15 de enero

(4) *El nuevo Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas de 26 de noviembre de 1959*, RDPH, núm. 37, págs. 116-117.

de 1959, en el que el Gobierno, después de la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1958 y del Decreto de 10 de octubre del mismo año, en materia tan calificadamente jurídica por su índole y por el Centro de gestión a que está encomendada, con el dictamen favorable del Consejo de Estado, se ha decidido por el mantenimiento del recurso previo de reposición, según consigna el artículo 216 del citado Reglamento, y es de esperar que los motivos que así lo han aconsejado sean válidos para mantenerlo para las restantes actividades de gestión de la Hacienda Pública».

2. La tesis de la subsistencia del recurso de reposición previo al económico-administrativo, creemos que no puede mantenerse. En efecto:

a) Es cierto que las reclamaciones económico-administrativas constituyen una vía de impugnación especial, dentro de los recursos administrativos. Precisamente por ello la disposición final 3.<sup>a</sup> de la LPA autorizó para dictar un nuevo Reglamento «ajustado a las prescripciones de la presente Ley, *sin perjuicio de las especialidades que exija la peculiaridad de esta materia*». Por tanto, una vez promulgado el nuevo Rpe, en el que se recogen las especialidades exigidas por la materia, la normativa del procedimiento económico-administrativo, está integrada por los preceptos de dicho Reglamento y, en lo en él no previsto, por las normas generales de la LPA.

b) Ni el Rpe ni la LPA admiten el recurso de reposición como previo al económico-administrativo. De aquí que no exista posibilidad de interponer dicho recurso, ni siquiera con carácter potestativo.

c) El hecho de que el artículo 216 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 15 de enero de 1959 siga admitiendo el recurso de reposición previo al económico-administrativo, no es argumento válido para defender su subsistencia. Y ello por las siguientes razones:

a') Porque en el momento de promulgarse dicho Reglamento, todavía regía, siquiera fuera temporalmente, el viejo Reglamento de procedimiento económico-administrativo. Así lo decía expresamente el último inciso de la disposición final 3.<sup>a</sup>, LPA.

b') El artículo 216 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales no tenía ni podía tener otro sentido que el de recoger un

precepto del Reglamento de procedimiento económico-administrativo que entonces estaba vigente. Y así lo demuestra su tenor literal al hablar de que «... podrán ser objeto del recurso previo de reposición, conforme al mencionado Reglamento...». Se refiere al Reglamento del procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

c') Si lo que hubiere pretendido el Reglamento del Impuesto de Derechos reales hubiere sido la subsistencia del recurso de reposición, a pesar del tenor categórico de la LPA, el artículo 216, párrafo 2.º, sería un precepto nulo de pleno Derecho, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 26 y 28, LRJ.

d') El hecho de que el Reglamento del impuesto se aprobara con el dictamen favorable del Consejo de Estado, no quiere decir nada. Porque, sin duda, el Alto Cuerpo consultivo lo que tuvo presente fué el razonamiento antes expuesto de que el citado artículo 216 se limitaba a reproducir lo que todavía regía en el procedimiento económico-administrativo; pero que la cuestión quedaba diferida al momento de promulgarse el nuevo Rpe, que habría de derogar—como efectivamente derogó—al antiguo, y, por tanto, a cuantas normas habían recogido o desarrollado sus preceptos.

Y, aun en el supuesto de que el Consejo de Estado hubiere estimado otra cosa, tampoco supone nada. Pues el Consejo de Estado no es infalible. Otra cosa supondría negar la aplicación de los artículos 26 y 28, LRJ, pues como todas las disposiciones reglamentarias requieren el dictamen previo del Consejo de Estado, nunca se produciría la nulidad de Reglamentos por infracción de normas de superior jerarquía, a no ser en los casos en que la Administración no siguiera el dictamen de aquel Cuerpo consultivo. Y, por desgracia, no ocurre así.

3. Es, pues, evidente, que desde la entrada en vigor del Rpe, no es admisible el recurso de reposición previo al económico-administrativo. Y la verdad es que no hemos de lamentar la supresión. En efecto, se ha hablado de que el balance de los resultados del recurso de reposición ha sido favorable. Cierto. Pero si examinamos las resoluciones de los recursos de reposición que justifican aquel balance favorable observaremos que, al menos en la inmensa mayoría de los casos, se enfrentan con supuestos de «errores materiales de

hecho», que son aquellos en los que resultaba obligado la admisión del recurso, según lo disponía ya la Base 6.ª, apartado F), de la Ley de 3 de diciembre de 1932, en su último inciso.

Pues bien: en estos casos, sin la existencia de recurso de reposición, las Oficinas liquidadoras pueden llegar a resultados idénticos, en aplicación del artículo 111, LPA y 59, Rpe. Porque si la Administración puede, en cualquier momento, rectificar errores materiales, es indudable que cualquier Oficina liquidadora puede rectificar los errores materiales de que adolezcan sus actos, ante una simple petición del interesado. Cuando se produzca un supuesto de error material, el interesado no tiene que interponer un recurso de reposición; le bastará una simple instancia en la que, demostrando la existencia del error, solicite de la Oficina competente su rectificación.

La supresión del recurso de reposición no es, pues, una imprecisión de la nueva reglamentación, sino que responde a la convicción de la inutilidad o, al menos, escasa utilidad del mismo.

### III.—EL RECURSO DE REPOSICIÓN PREVIO AL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

1. Se ha planteado el problema de si el artículo 126, párrafo 2.º, LPA, se aplica a los actos que implicaren la resolución de una reclamación económico-administrativa. AZPEITIA (5) se ha pronunciado categóricamente por la negativa, afirmando que «el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, cuando se trate de resoluciones de reclamaciones económico-administrativas, no será procedente como preceptivo ni como potestativo». Y para fundar su tesis, señala:

a) Que el Rpe no contiene precepto alguno de acomodación al artículo 126, LPA, por estimarse que, dada la peculiaridad de la materia, se podía diferir de la Ley en este extremo.

b) Que la experiencia deducida, dentro del procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas, del recurso previo de reposición que estableció el artículo 4.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, para recurrir en agravios, ha sido concluyente en el sen-

(5) Ob. cit., págs. 131-132.

tido de haber sido en la materia dicha un trámite dilatorio, sin eficacia práctica alguna.

2. Ha de reconocerse que el recurso de reposición carece de sentido en estos casos, como en todos aquellos en que el acto que constituye el objeto de la pretensión procesal administrativa implica la resolución de un recurso administrativo, a los que se refiere el artículo 53, apartado a), LJ (6). Pues una vez que la Administración ha reconsiderado la procedencia de la pretensión del demandante al resolver un recurso administrativo, resulta poco menos que imposible que cambie de parecer al decidir un nuevo recurso, esta vez de reposición. Sin embargo, ante las disposiciones vigentes no puede mantenerse la imposibilidad de interponer recurso de reposición previo con carácter potestativo en los supuestos enumerados en el artículo 53, LJ, incluso cuando el acto impugnado ha sido dictado por los órganos económico-administrativos. En efecto:

a) El Rpe no contiene precepto alguno de acomodación del artículo 126, LPA. Pero no porque sus redactores creyeran que, dada la peculiaridad de la materia, deberían apartarse de la Ley, sino por la sencilla razón de que no tenían que hacerlo. Pues la regulación del recurso de reposición previo al contencioso-administrativo excede del ámbito propio de un Reglamento que tiene por finalidad regular las reclamaciones económico-administrativas. En cuanto al recurso de reposición constituye un presupuesto del proceso administrativo, nada tiene que ver con el procedimiento económico-administrativo, propiamente dicho.

b) Si el Rpe hubiere querido, realmente, suprimir la posibilidad de interponer recurso de reposición contra las resoluciones del Tribunal económico-administrativo, tendría que haberlo dicho expresamente. Pues, en otro caso, ante el silencio del texto reglamentario, se aplican los preceptos generales de la LPA con carácter supletorio. Y el artículo 126 de la misma admite con carácter potestativo aquel recurso «en los casos enumerados en el artículo 53, LJ», entre los que están los del apartado a), y uno de ellos es, precisamente, el de «los actos que implicaren resolución de... recurso... económico-

---

(6) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, págs. 156 y 157, y *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1958, tomo III.

administrativo». Luego es evidente que el artículo 126 se refiere también, a este supuesto concreto.

c) La finalidad del artículo 126, LPA, fué superar la doctrina jurisprudencial, realmente poco generosa, para el particular, según la cual, cuando se interponía recurso de reposición sin ser preceptivo, no interrumpía los plazos para iniciar el proceso administrativo (verbigracia, sentencias de 25 de abril y 18 de junio de 1959) (7). Como, en algunos supuestos, sobre todo ante notificaciones defectuosas, se ofrece la duda de si ha de interponerse o no recurso de reposición previo, no resultaba justo privar al particular del acceso a la vía jurisdiccional, cuando había interpuesto previamente recurso de reposición y, esperando la decisión de éste, había dejado transcurrir el plazo para interponer «recurso contencioso-administrativo».

El precepto de la LPA, pues, no partía de la conveniencia o utilidad de la reposición. Lo que trataba era, sencillamente, de evitar los efectos desagradables de un recurso de reposición interpuesto cuando no era preceptivo. En último término, se limitaba a aplicar los principios antiformalistas de la LJ a un supuesto concreto, que venía a ser el reverso del artículo 129, párrafo 3.º, LJ. Si éste se refería al supuesto del recurso de reposición preceptivo no interpuesto, el artículo 126, LP, se planteaba el caso contrario de recurso de reposición indebidamente interpuesto. Y los resultados de uno y otro precepto son los mismos: evitar que por defecto (supuesto del artículo 129, LJ), o por exceso (supuesto del artículo 126, LPA), se produjera para el demandante un supuesto de inadmisibilidad del «recurso contencioso-administrativo».

Si esto es así, la misma razón hay para aplicar el artículo 126, párrafo 2.º, LPA, cuando se trata de resoluciones que impliquen la resolución de un recurso económico-administrativo, que cuando sean resoluciones de cualquier otro recurso administrativo.

Si un particular, erróneamente, interpone un recurso de reposición contra un acto que pone fin a la vía económico-administrativa, y esperado a que se le resuelva dicho recurso, deja pasar el plazo para iniciar la vía procesal, ¿qué hacer?; ¿declarar inadmisibile el «recurso contencioso-administrativo» en aplicación del artículo 82, apartado f), LJ?

(7) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los recursos administrativos*, cit., págs. 176-177.

Para evitarlo, se dictó la norma contenida en el artículo 126, párrafo 2.º, LPA. Y no existe razón alguna para que tan equitativa norma no se aplique cuando se trata de resoluciones económico-administrativas, quebrando en este supuesto concreto el principio más progresivo—el antiformalista—de una Ley—la de la jurisdicción contencioso-administrativa—, de la que se ha dicho que constituye hasta ahora el avance mayor en el camino para llevar a su plenitud el régimen jurídico de la Administración» (8), y que «como la nueva Ley establece—en su conjunto y detalle—un eficaz sistema de garantías para los derechos de los administrados, a la par que asegura el cometimiento de las entidades públicas en sus relaciones con aquéllos al ordenamiento jurídico; de aquí el favorable juicio que, sin reservas, merece el texto recién promulgado la trascendencia e importancia de su contenido y el carácter de revolucionaria con que *a priori* la hemos calificado» (9). También se ha dicho que su técnica constructiva, sobria y diáfana, representa un progreso indudable y que sería «erróneo en absoluto tildar de totalitario al texto» (10).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho administrativo.

---

(8) ROYO VILLANOVA, S.: *Principales innovaciones de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956*, en «Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano». Madrid, 1959, pág. 299.

(9) VILLAR Y ROMERO: *La nueva Ley de 27 de diciembre de 1956 y el procedimiento administrativo*, en «Revista de Derecho procesal», 1957, núm. 2, página 383.

(10) ALCALÁ-ZAMORA: *Nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, RFDMex, XI (1958), núm. 31, págs. 83-106, en especial 105-106.

También la doctrina extranjera ha elogiado la nueva Ley. ALVAREZ TABIO, en «Revista Bibliográfica», Librería Martí, La Habana, julio-agosto 1957, dice: «La nueva Ley sitúa la justicia administrativa española al frente de las mejor organizadas del mundo»; LANCIS, en «Revista Cubana de Derecho», abril-junio, 1958, número II, págs. 93-94, dice que «España vuelve, con esta Ley, a su buena tradición jurídica de reunir en un texto único todas las regulaciones del interesante procedimiento», y que puede servir de base a la reforma de la legislación de aquel país; DANA MONTANO: *La Ley española reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «La Ley» (Buenos Aires, 30 de julio 1958), dice: «Por la claridad, certeza y amplitud con que consagra la garantía jurisdiccional de los derechos particulares lesionados por la acción o inacción administrativas, esta Ley española puede servir de modelo a cualquier país del mundo que quiera ajustar la marcha de su Administración pública al principio salvador de la legalidad. Mucho y bueno pueden hallar en ella los futuros legisladores argentinos de esta materia.»

# Del usufructo a la sustitución fideicomisaria

*(Continuación)*

## SUMARIO

- 12.—De la sustitución fideicomisaria al usufructo.
  - S. 22 abril 1865.
  - S. 13 febrero 1874.
- 13.—La sustitución fideicomisaria en la etapa codificadora.
- 14.—La codificación del usufructo sucesivo propio.
- 15.—La doctrina legal sobre los límites del usufructo sucesivo propio.
  - S. 8 mayo 1894.
  - S. 11 diciembre 1899.
  - R. 28 agosto 1907.
  - S. 9 julio 1927.
  - S. 23 junio 1940.
- 16.—La condición en la institución de herederos.
- 17.—El término en el derecho sucesorio.
- 18.—La sedicente antinomia entre los artículos 759 y 799.
- 19.—Las instituciones a plazo cierto.
  - S. 22 abril 1903.
  - S. 14 diciembre 1944.
  - S. 2 julio 1952.

## II

NOTAS COMUNES Y DIFERENCIALES ENTRE LA SUSTITUCION  
FIDEICOMISARIA Y EL USUFRUCTO PROPIO

## 12.—DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EL USUFRUCTO.

Hasta ahora he examinado la expansión del usufructo por la línea usufructuaria, pero normalmente su mayor extensión la ha alcanzado por la línea de la propiedad, por lo que tratando de este problema de límites, el artículo 787 establece un exacto paralelismo entre ambas instituciones. Siendo la sustitución fideicomisaria la institución matriz, de la que se escinde el usufructo propio, los préstamos que ésta ha recibido de aquélla son frecuentes, y en la sustitución y el fideicomiso se ha formado la doctrina del *spes matitavit*, como la valoración del distico término y condición, por lo que es obligado antes de seguir con el usufructo, cambiar momentáneamente de frente y trazar algunos apuntes de la sustitución fideicomisaria y del fideicomiso, en cuanto tienen conexión con la institución que estudio.

La necesidad de un sistema, impuesto por toda codificación, determinó el que estas dos instituciones jurídicas aunadas por la temporalidad y duplicidad de los derechos que otorga, uno de ellos comúnmente vitalicio, vinieran a estar reglamentadas en dos libros distintos del Código Civil; en las sucesiones, la sustitución (omitiedo el fideicomiso condicional), y en la propiedad, el usufructo. Este hecho, al parecer innocuo, ha polarizado la problemática de ambas instituciones hacia la servidumbre del lugar donde se hallan configuradas, produciéndose grandes sombras en las restantes perspectivas. El usufructo atiende al contenido económico del derecho, la sustitución a su adquisición y límites. Cuando falta la invención legislativa, se sigue como axioma el principio primario de la imitación para cubrir las lagunas, solución que con el tiempo viene a resultar insuficiente, por no encontrar recíprocamente en la insti-

tución hermana, la panacea de todos los problemas, viniendo a quebrarse la analogía en el banco de prueba de la experiencia. Estas ideas generales se reflejan en el movimiento unionista en que viajó el usufructuario confundido con el fiduciario, para manifestarse una escisión, reflejada, en algún aspecto de la jurisprudencia, cuando la solución no convenía a los cánones de la equidad, iniciando una doctrina legal autonomista, en ocasiones analizada unilateralmente, de forma que destruye lo que hay de común entre ambos.

Este problema de sistema pudo superarse en la codificación civil, pues decía el Catedrático Coronado en el Congreso de Diputados el día 23 de abril de 1885: «Hablé hace un momento acerca de los mayorazgos, diciendo que si existieran debían figurar entre los Derechos reales». Esta idea no era original, bastando consultar los *Códigos*, de BENITO GUTIÉRREZ, para su comprobación. En el orden legislativo el Código de Chile, que sirvió de modelo a los demás americanos, los reúne en un título: *De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria*. La elaboración de nuestro Código en dos periodos, que divide el proyecto de 1882, en que se fijaron los dos primeros libros y el aplazamiento y elaboración posterior de la estructura del derecho, con vistas a la unificación de la diversidad foral, vinieron a plasmar en los momentos de entusiasmo, en fórmulas de compromiso, que luego se respetaron, pero no se desarrollaron, como solución de encaje, para no ahondar las diferencias, al desenvolver los preceptos básicos que se habían concordado. A la pobreza legislativa del Código Civil sobre la sustitución fideicomisaria, surge como réplica el último proyecto de apéndice para Cataluña con ochenta extensos artículos (RJC., 1956). La producción doctrinal es abundante y las sentencias y resoluciones que es necesario manejar para estas tres instituciones se acercan al medio millar. He aquí el valor extraordinario en una materia tan particularista, por fundarse sustancialmente en la iniciativa privada, adquiriendo con el abandono legislativo, particular interés la causídica

El primer mandato desvinculador en nuestra legislación lo encuentro, en la *Instrucción reservada* de Floridablanca a la Junta de Estado creada por Carlos III, por Decreto de 8 de julio de 1786, en la que dispone: «Quiero que, a su tiempo, la Junta examine con el celo del bien general que le corresponde lo que el Consejo expu-

siere, y ponga el mayor cuidado en este punto, teniendo presente para su dictamen las siguientes advertencias: 1.º Que aunque los mayorazgos ricos puedan conducir en una monarquía para el fomento y sostenimiento de la nobleza, útil al servicio del Estado en la carrera de las armas y letras, los mayorazgos pequeños y pobres sólo pueden ser seminario de vanidad y holgazanería, por lo que convendría fijar que ningún mayorazgo bajase en los tiempos presentes de cuatro mil o más ducados de renta.

Su ejecución dió lugar al movimiento legislativo del despotismo ilustrado, cuyas disposiciones sobre la materia reproduce SEMPERE Y GUARINOS, en su *Historia de los vínculos*.

Los cambios políticos dieron lugar a un movimiento pendular, sin estudiar el contrapeso, por el sentido demagógico que se le da a la legislación desvinculadora, concretándola al aspecto familiar, que es el que nos interesa. En puridad, dentro del orden familiar, los mayorazgos habían perdido su razón histórica, y, por tanto, el ataque venía desde todos los puntos, incluso de la misma clase titulada. La moderación con que se expresa JOVELLANOS, en el *Informe de la Ley Agraria*, no responde a la convicción íntima del autor, según demuestra JEAN SARRAILH, en *La España ilustrada*, a base de su correspondencia. Siguió en esta línea el Código Civil francés, pero la lectura de su discusión tiene particularismos que interesa resaltar. Dijo CHACOT en el Tribunado: «Esta *igualdad* entre los hijos es un derecho de la naturaleza, y, sin embargo, como la habían violado nuestras costumbres», y en el Consejo de Estado declaraba BIGOT-PRAEMENDU: «Por último, si las sustituciones deben colocarse en el número de las instituciones políticas, o contribuyen a su sostenimiento y arraigo, podemos suplir las ventajas que las mismas dan, y evitar los inconvenientes que las mismas producen, conciliando en cuanto sea dable la libertad de disponer de los bienes con los sentimientos de la familia. En vista de tantos y tantos motivos se ha confirmado la abolición de las sustituciones decretada por la Ley de octubre de 1872», las que, no obstante, volvieron a revitalizarse por Napoleón, por medio de las «disposiciones permitidas», ampliadas a la línea colateral, por virtud de las cuales podían favorecerse a personas no concebidas, con el fin de dar lustre a la nueva aristocracia.

El cambio social se dejó sentir en nuestra clase titulada, de cuya

inquietud es expresión el acta de 19 de diciembre de 1816, de la *Diputación permanente y consejo de la Grandeza de España*, publicadas por su Secretario (M., 1934), que contiene la siguiente moción del señor duque de Villahermosa: «Si convendría suplicar a S. M. se sirva declarar que los poseedores de dos o mas grandezas deben dividir las entre sus hijos, hermanos o herederos». Y explana: «La Diputación de la grandeza que desde su instalación no ha cesado de promover cuanto dice relación con el bien de la clase que representa...; si bien aumenta sus títulos y riqueza particular, disminuye el número de los individuos de su propia jerarquía, de esta clase de ciudadanos que debe dar esplendor al trono y consideración al Estado...», terminando: «Después de examinado y competentemente discutido el punto, acordó: Que el excelentísimo señor duque de Villahermosa se sirva extender y formalizar la moción que indica.»

No he podido seguir el curso de esta representación, pero en los mal llamados años se acuerda expresamente la posibilidad de dividir los títulos por el artículo 13 del Decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820. Las Cortes anteriores también promulgaron Decretos, comprendiéndose en éstos los que afectaban a una clase del Estado. Aquel derecho fué prorrogado para los sucesores por la Ley de 17 de junio de 1855.

En el momento de la culminación de la codificación civil, los mayorazgos habían pasado de derecho positivo a la historia, en este sentido les dedica en el Senado el siguiente discurso, BENITO GUTIÉRREZ, el 18 de abril de 1885: «En 1857 se hizo la reforma de la Constitución que todos los señores Senadores recordarán. Tenía aquella reforma dos artículos fundamentales: en el 14 se llamaba al Senado a los Grandes de España que poseyeran una renta de 200.000 reales; y con arreglo al 15, me parece, se autorizaba al Gobierno para publicar una Ley restableciendo las vinculaciones. Este proyecto no debió dar resultado... Se dijo que el señor SEIJAS LOZANO tenía preparada la Ley... Los Grandes no la ambicionaban (en 1864), porque hicieron público alarde de ella en aquella discusión..., dijo entonces el señor marqués de Molins; si de resultas de esta discusión se pudiera retroceder a la época en que había mayorazgos; si se pudiera retrocer, no a la época de Carlos III, retroceder o avanzar, que esto no lo sé, sino a las Leyes de Toro, que se qui-

sieran restablecer, no vendría a mí tampoco, porque no soy bastante rico para establecer una vinculación a cada uno de mis hijos, ni lo suficiente desnaturalizado para condenar a la miseria a la mayoría de mis hijos en beneficio de uno sólo.» Consecuente con estas ideas, reservó al primogénito el título de marqués de Asprillas, y al hijo del segundo matrimonio le adjudicó el marquesado de Molíns.

Paralelamente a los mayorazgos, tiene particular arraigo en Cataluña y Baleares el fideicomiso romano, y para éstas también hubieron conatos legislativos por las incidencias que resultan de un expediente desaparecido en el Ministerio de Justicia, incluso de la carpeta con su recibo, que todavía se conservaba en el tiempo de Silvela a su paso por el Ministerio de Justicia. Noticias directas de estos proyectos los encontramos en la edición de 1876 del *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, de JOAQUÍN ESCRICHE, que se hizo con la colaboración de VICENTE CARAVANTES Y GALINDO DE LA VEGA, el segundo como oficial del Ministerio de Justicia, tuvo acceso a su archivo, de donde debió tomar nota del expediente original, como se comprueba por las signatures del mismo. En el artículo adicionado de *Mayorazgos*, dicen: «Para atajarlos—estos males—se dictó la Real Orden de 24 de febrero de 1818, que se encuentra en el Ministerio de Gracia y Justicia, bajo el epígrafe de: Civil—indiferente general—1818, número 12. Archivo; y cuyas antecedentes son como siguen: Por el Ministerio de Hacienda se comunicó en 24 de febrero de 1818 una Real Orden al de Gracia y Justicia, en la cual, a virtud de la exposición de la Dirección del Crédito público, y para evitar los perjuicios que se causan al derecho del 25 por 100 en los bienes raíces que pasan a manos muertas, se aprueban las reglas propuestas por dicha Dirección. La 29 de ellas dice literalmente: que las vinculaciones o fideicomisos, ya sean por testamento o contrato entre vivos, en que no deba intervenir el real permiso, y se extiendan a más de la segunda generación, sean nulas; a no proceder la autorización de la Audiencia del territorio, que la interpondrá o negará *conforme a las reglas que se establezcan* conforme a las consideraciones político-económicas arriba indicadas. Comunicada al Consejo de Castilla la Real Orden antedicha, y *no habiéndose circulado por éste*, se dirigió otra en 29 de octubre del mismo año, del tenor siguiente... Pasada esta Real Or-

den con los antecedentes a los señores fiscales, y de conformidad con su dictamen, mandó el Consejo en 26 de abril de 1819 informasen las Audiencias de *Barcelona y Mallorca*, y *habiéndose pedido estos informes quedó en tal estado el expediente*, y a lo que parece *no tuvo ulterior curso* este negocio. Esta Real Orden de 24 de febrero de 1818 no se encuentra coleccionada, aunque sí citada por algunos autores.»

Del contexto del extracto facilitado induce a confusión la expresión Real Orden, cuando en aquella época venía a servir también de medio de comunicación entre los Ministerios, cuando lo que hoy se utiliza es el oficio, quedando reminiscencia en la Orden mandando expedir carta de sucesión en un título que se dirige por el Ministro de Justicia al de Hacienda. Si por una parte no fué publicada, como prevenía la Novísima, tampoco fué trasladada, quedando pendiente de informe y resolución definitiva. Reducida a un simple proyecto de modificación de la Novela 156, vigente en aquellos territorios forales, pidiendo informe a las Audiencias mayormente interesadas en el problema, aunque, como luego señalaré, también se aplicaba en otras regiones. De las propias signaturas se deduce que se trataba de un asunto de potestad discrecional, que, bajo el epígrafe de los civiles, demuestra la actividad legislativa de aquella fecha, cuando se archivaron doce expedientes de esta naturaleza.

No coincide con esta opinión FRANCISCO SILVELA, en el discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que dijo: «Es entre nosotros ley orgánica, por decirlo así, en materia vincular, *de rara*, pero decisiva aplicación en algunos casos, una Real Orden de 24 de febrero de 1818, que determina que no se puede extender la vinculación de bienes a más de la *segunda generación*, y ese precepto vigente y sancionado por jurisprudencia del Tribunal de casación, no aparece publicado en la Colección de Decretos y sólo hacen mención en él algunos autores de Derecho, que no lo insertan íntegro, quise en una ocasión buscar el original de tan importante precepto y llegué a obtener en el archivo del Ministerio de Gracia y Justicia el legajo donde debía encontrarse, según ESCRICHE, bajo el significativo epígrafe de «Indiferente general»; abrí con curiosidad y respeto la vetusta carpeta bajo la que debían reposar desde los tiempos del señor Don Fernando VII

esa interesante Ley del Régimen Fundacional, y no hallé sino un sencillo volante indicando que un distinguido jurisconsulto que la tomó de allí debe *tenerla en su casa*, y, esto no obstante, el precepto sigue aplicándose sin otra garantía de autenticidad, que yo sepa, que el texto de una obra particular, y *la referencia a él de una sentencia de casación*.»

Dos son los extremos que planteaba SILVELA: la aplicación de la Orden a los fideicomisos y su cita literal en una sentencia del Tribunal Supremo en una sentencia de casación. La doctrina constante en el siglo pasado parece ser la contraria, según la sentencia de 22 de abril de 1865, de la que fué ponente ORTIZ DE ZÚÑIGA —conocido publicista y subsecretario de Justicia de grato recuerdo—, pues, precisamente, en su texto hace relación a la concordante doctrina legal, sobre un fideicomiso que alcanzaba a tres generaciones:

Considerando que al declarar el art. 1.º de la Ley de 11 de octubre de 1820 suprimiendo todos los mayorazgos, fideicomisos y cualesquiera otra especie de vinculaciones, no se refirió, según se deduce de su literal contexto, a los fideicomisos temporales y enajenables, sino a los perpetuos que contuviesen la prohibición de enajenar, como se infiere de la locución y *cualquiera otra especie de vinculaciones*:

Considerando que esta inteligencia de dicho art. 1.º se corrobora por las primeras palabras del 2.º, que dispone que «los poseedores actuales de *las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior*, podrán, desde luego, disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquéllas consistieran», de lo cual se evidencia que la Ley se refirió solamente a los fideicomisos vinculares, y de ningún modo a los temporales, que no tuviesen ese gravamen:

Considerando que el fideicomiso de que se trata lo *limitó expresamente el testador a tres generaciones*, sin la prohibición de enajenar y sin obtener la previa Real licencia, que en otro caso hubiera necesitado para su validez, con arreglo a la Real cédula de 14 de mayo de 1789, o Ley 12, tít. 17, libro 10, de la Novísima Recopilación:

Considerando, además, que *según la jurisprudencia de los Tribunales, los fideicomisos temporales de naturaleza análoga al que*

*es objeto del actual litigio, constantemente se rigen por el derecho común y no por las leyes desvinculadoras:*

Y considerando, por consiguiente, que habiéndose ajustado el fallo de la Sala de la *Real Audiencia de Valencia* a estos principios y a los primero y segundo de la citada Ley de 11 de octubre de 1820, *no ha infringido* el primero de ellos, ni tampoco la *doctrina de jurisprudencia* citada en apoyo del recurso:

Conviene tener en cuenta que el testamento fué otorgado en 9 de junio de 1795, pues si el art. 1.º de dicha Ley de 11 de octubre de 1820 declaró libres los bienes vinculados, el 14 disponía: «*Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna, sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos u otros fondos extranjeros.*»

La sentencia de que habla SILVELA, la localizo, en la que citaba PANTOJA en los *Fideicomisos*, como de 13 de febrero de 1874, que resume así, por asociar el motivo del recurso con su denegación: «La doctrina legal de que son válidos los fideicomisos familiares y temporales otorgados sin autorización de la Audiencia, aunque se extiendan más allá de la segunda generación, siendo anteriores a la Real Orden de 24 de febrero de 1818, *no es aplicable cuando tal cuestión no ha sido objeto del juicio.*»

### 13.—LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA ETAPA CODIFICADORA.

ALONSO MARTÍNEZ, autor de la codificación, al explicarla en la sesión del Congreso de Diputados de 17 de abril de 1889, dijo: «Así llegamos después de la libertad de testar y de la legítima de los descendientes, a la cuestión del fideicomiso. El navarro y el aragonés no daban gran importancia a esta institución jurídica, pero el catalán la consideraba de interés supremo para su país. Ya saben los señores Diputados que el fideicomiso fué proscrito por el Código francés y por el italiano, y estaba también prohibido por el proyecto de 1851. Por consiguiente tenía algún valor esta nueva concesión. Hubo lucha entre el fideicomiso foral, que no envuelve

la prohibición de enajenar, y el fideicomiso romano; pero esa lucha era entre forales y forales, no entre forales y castellanos, y se vino a términos de concordia, estableciendo que se respetaría la voluntad del testador en cuanto a la inalienabilidad de los bienes que constituyeran el fideicomiso, y que en el silencio de aquél, los bienes serían inalienables. Con esta transacción quedó el representante de Cataluña tan contento y satisfecho, como que él fué el que articuló todo lo relativo al fideicomiso, que ha sido fielmente trasladado al Código.»

También testifica sobre esta materia el secretario de la Comisión de Códigos, ANTEQUERA, en la *Codificación moderna en España*: «Para continuar la redacción de este Código, y ver si en las materias de sucesiones y contratos, que había de comprender el libro III, se lograba algún acuerdo sobre las legislaciones forales y la de Castilla, se dispuso por el señor Ministro que celebrase algunas sesiones la Comisión General de Codificación reunida en pleno, con asistencia de los vocales correspondientes y de cuatro senadores y diputados a Cortes, que le agregó con el carácter de vocales: Fueron nombrados al efecto los senadores: don Eduardo Alonso Colmenares, don Telesforo Montejo y Robledo, don Justo Pelayo Cuenca y don Augusto Comas; y los diputados don Santos Isasa, don Antonio María Fabié, don Trinitario Ruiz Capdepón y don Francisco Pisa y Pajares. Veintisiete solemnes sesiones se celebraron con este motivo, desde el 14 de octubre al 27 de noviembre de 1882, y entre ellas, después de amplias discusiones, se tomaron los siguientes acuerdos... *El fideicomiso se extenderá en la línea directa hasta el segundo grado, y a otras indefinidamente, con tal que vivan las personas llamadas. Y llevarán envuelta la prohibición de enajenar bienes.*»

A la fe del secretario podemos añadir la transcripción del acuerdo que hace el presidente de la Comisión y Ministro de Justicia, ALONSO MARTÍNEZ, en *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*: «Base A. Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el *segundo grado*, y siempre que se hiciere a favor de personas que vivan al fallecimiento del testador.» La lectura de la *Memoria* de DURÁN y BAS concreta que la idea desarrollada se refería a los particularismos de la sustitución catalana, del tipo *si sine liberis decesserit*, estudiada brillantemente por Roca

SASTRE en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. En aquel proyecto aparece ya el confusionismo de grado y generación, con vistas a esta singularidad, y fuera de esta línea parece que no debiera de admitirse el usufructo propio. La contradicción se remonta a los textos griegos y latino de la Novela 159, como señala BORRELL.

En cumplimiento de estos acuerdos, correspondióle presentar la novedad a SILVELA al someter a la sanción real el proyecto de 1885, redactando de esta forma la Base XV: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que *no pasarán de la línea directa del segundo grado* o cuando se hagan a favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Base que se aprobó sin modificaciones en el Senado, pero en el dictamen del Congreso de diputados sufrió la siguiente corrección literaria: «Materia... que no pasarán en la línea directa del segundo grado o *de los grados ulteriores* cuando se hagan a favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.»

La fijación de los términos grado, generación y llamamiento, no quedaban muy seguras, pues en la sesión del Senado de 25 de abril de 1885, opinaba SILVELA: «El fideicomiso, tal como ha quedado después de la Ley de 1820, no se entiende dentro de nuestra legislación, respetando las opiniones que pudieran tener otros juriscónsultos, sino recayendo en la *primera generación*. El fideicomiso extendido a otras generaciones, no está reconocido en nuestro Derecho de Castilla, y después de la Ley de 1820, a lo más que se puede llegar es al reconocimiento de la primera generación, habiendo existido en los primeros tiempos que inmediatamente sucedieron a la legislación de 1820, tendencia en los Tribunales a declarar que ni aun en la *primera generación* se reconocía el fideicomiso, por lo terminante del precepto o del artículo de la Ley del citado año, que declaraba suprimidos los vínculos fideicomisos, etc. Pero se ha venido a reconocer, y es ya doctrina corriente, la existencia del fideicomiso para la *primera generación*; pero en la *segunda y tercera* entiendo que no está bastante fundamentado, y creo que la jurisprudencia se inclina en lo que se refiere al Derecho de Castilla, y respetando la especialidad de la legislación catalana, que, como se ha dicho aquí perfectamente, tiene en la forma de la sus-

titución unos procedimientos y unos alcances muy distintos; pero dentro de nuestra legislación castellana, los fideicomisos, entiendo que hoy están limitados a la *primera generación*, y en este concepto, *la reforma de la Comisión de Códigos* a la tendencia marcada por el señor FABIÉ, *extendiéndolos a la segunda, que es, a mi juicio, hasta donde se puede extender.*»

La Ley de Bases sobre la que se redactó el Código Civil aprobó la XVI, con el siguiente texto: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la *segunda generación*, a no ser que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.» Interpretó la Comisión de Códigos el mandato, en su ponencia, de la siguiente forma: «782. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve o transmita a un tercero todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del SEGUNDO GRADO, o que se hagan a favor de personas que vivan al fallecimiento del testador (Base A de las aprobadas por la Comisión reunida en Pleno, en 15 de noviembre de 1882)», que vino a ser el vigente artículo 781.

Su notoria contradicción, si se le da valor distintivo a la generación de grado, pasó inadvertida en las Cámaras, pero a través de la exégesis se ha producido una escisión. Viene a ser éste uno de los artículos más discutidos, transfiriendo tardíamente el problema a los Tribunales, planteado a veces con inoportunidad, como en la sentencia de 23 de junio de 1940, en que precisamente se trataba de una sustitución con previos usufructos, por lo que a éstos me voy a dedicar, bastando con señalar la distinta evolución de uno y otro, aunque en los Tribunales las vinculaciones han pasado más inadvertidas las sutilezas que en la doctrina, no obstante ser tan personales los problemas y producir los efectos basculantes y cancelatorios que toda sustitución produce, cuando no coinciden los llamamientos testamentarios y los legales. El simple otorgamiento del usufructo previo tiene un sentido mágico y simplifica los problemas de llamamiento en los dos momentos sucesorios: en el *dies cedens* y el *dies veniens*.

## 14.—LA CODIFICACIÓN DEL USUFRUCTO SUCESIVO PROPIO.

Como institución paralela el usufructo sucesivo tenía que estar en la misma línea y afectarle las prohibiciones vinculares, con lo que empieza en su fase negativa a tomar autonomía y merecer mención propia y separada. El art. 899 del *Code* dispone: «La misma consideración merecerá (no se considerará como sustitución y será válida, termina el artículo anterior, con el que hay que relacionarlo) el acto entre vivos o testamentario, por el cual se dé a uno la propiedad y a otro el usufructo.» Criterio que sentaba nuestro anteproyecto, para evitar la invasión de la prohibición del derecho sucesorio hasta anular el Derecho real, disponiéndose en el art. 638 de 1851: «No se entiende por sustitución prohibida la disposición en que el testador deje la propiedad a uno y el usufructo a otros u otros con la limitación prescrita en el art. 437», el que a su vez decía: «Puede constituirse el usufructo a favor de una o varias personas simultánea o sucesivamente, con tal que existan al tiempo de morir el constituyente.» Los que comentaba GARCÍA GOYENA: «El objeto del artículo es evitar que se eluda por un *medio indirecto* la prohibición de las sustituciones o fideicomisos, constituyéndolo por tres, cuatro o más generaciones; de aquí vendrían indirecta y temporalmente los mayorazgos o fideicomisos de Triboniano; además, es contra la naturaleza del usufructo y contra las reglas de la buena economía el estar separado perpetuamente o por muy largo tiempo de la propiedad», aclarando en otro lugar lo que tiene de prevención, para evitar el fraude de la Ley: «Hablando con propiedad, no hay verdadera sustitución, sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la nuda propiedad. Ciertamente es que la segunda no surtirá plenamente sus efectos sino después de expirar la primera; pero el donatario de la propiedad no es sustituto del usufructuario, que nunca la adquirió; esto es tan sencillo y palmario que excusa todo razonamiento.

El usufructo, sin embargo, había de abrir una vía de tolerancia en algún pensador, dentro de la dureza de los tiempos contra la vinculación. Este sentido humano, dentro del movimiento pendular, lo encuentro en el proyecto de LUIS BELLO de 1841 al Código Civil de Chile: «También conviene advertir que, sin embargo de ser li-

bre el testador o dejar una parte de sus bienes en usufructo para que éste, al cabo de cierto tiempo, se consolide con la propiedad, o asignar dicha parte de bienes con carga de restitución, hay casos en que no le es posible la primera de estas disposiciones, porque, como hemos dicho, en la constitución pura y simple de un usufructo hay dos asignaciones directas, y por consiguiente deben existir ambos asignatarios al tiempo de la muerte. ¿Cuál sería, pues, el efecto de esta disposición: «Dejo el usufructo de mis bienes a Ticio, para que los goce durante su vida, y la propiedad a los hijos que nazcan del matrimonio de Sempronio con Seyo», suponiendo que a la muerte del testador no existan todavía tales hijos? La asignación pura y simple de la desnuda propiedad no tendría valor en virtud del inciso primero del art. 8.º del título *De las reglas generales de la sucesión por causa de muerte*. Mirándola como condicional, se aguardaría la existencia de los hijos de Sempronio para que tuviera efecto en ellos la asignación de que hablamos. Pero entre tanto, ¿dónde existiría la propiedad desnuda? El art. 26 del presente título remueve toda dificultad, *convirtiendo en ciertos casos la asignación de usufructo en asignación fiduciaria.*»

Un paso atrás representaba el Código Civil italiano, del que dice RUGGIERO: «Sólo por analogía con la sustitución fideicomisaria puede explicarse el precepto del artículo 901»: «La disposición por la cual se deja el usufructo u otra anualidad a varias personas sucesivamente, *es eficaz solamente en relación al primer llamado al goce a la muerte del testador.*» Esta fobia a la sustitución, que se lleva también a institución afines, tiene su rectificación, pues dice PALOMINO: «En Italia, también con régimen prohibitivo, se filtró en el Código de 1865 una norma especial permisiva, en cuanto a los hijos de una persona viva al tiempo del fallecimiento del testador, *aunque no estuvieran concebidos*. El que esto no se debió a descuido, sino a intención expresa, lo corrobora VENEZIAN: «Los redactores del Código Civil sabían que con esta disposición realizaban un acto contrario al espíritu de la prohibición de los fideicomisos», pero sigue diciendo: «a juicio de PASANELLI, era un correctivo de equidad necesario a la prohibición de las sustituciones».

En la discusión parlamentaria del Código Civil, escasa entidad habría de tener este problema, pero no por ello había de pasar inadvertido, por el singularismo de la institución. Preguntó Azcá-

rate en la sesión del 8 de abril de 1889, en el Congreso de Diputados: «Desearía que alguno de los individuos que han tomado parte en la elaboración del Código aclarase el texto del artículo 750, que dice: «Toda disposición en favor de persona incierta será nula, al menos que por algún evento puede resultar cierta.» Y me ha ocurrido la duda recordando el siguiente caso práctico. Una señora casada, sin hijos, dejó el usufructo de sus bienes a su marido, diciendo que la propiedad pasará a aquel de sus sobrinos que él designará en su testamento. Este trató de pagar los derechos a la Hacienda, considerándose usufructuario, a mi juicio con razón, pero la Hacienda le consideró propietario, por lo menos en la primera instancia. El decía: «Yo no puedo disponer de los bienes *inter vivos*, y no puedo disponer de ellos *mortis causa* sino dentro de las condiciones que ha fijado mi mujer en su testamento en favor de uno de sus sobrinos», y la Hacienda decía: «Como aquí no hay propietario hasta que usted muera, usted es el propietario.» Yo pregunto; este caso que acabo de referir, ¿se halla comprendido dentro de dicho artículo?» La jurisprudencia, acorde con la doctrina científica, proclama hoy la validez de esta disposición en cuanto se trata de instituir a las personas que vivan a favor de determinadas personas que existan en el momento de la muerte del usufructuario. La cuestión de la designación de sucesor por otra persona, es un punto todavía oscuro, como hemos dicho, en el derecho común.

El otro problema típico de la sustitución sucesiva, encabezado o disfrazado por medio de usufructos, también fué planteado en la misma Cámara por FABRÉ el 21 de abril de 1885, diciendo: «Pues bien: siguiendo los principios absolutos y generales del derecho, ¿no podemos dejar por medio del usufructo sucesivo, a los hijos de estos hijos, infinitamente el tercio y quinto de que podemos disponer a su favor?», a lo que contestaba BENITO GUTIÉRREZ: «Esto sería legal, convencional, lo que se quiera, pero no sería jurídico.»

Las dos versiones de su redacción tienen lugar en la ponencia de la Comisión de Códigos, que proponía: «788. La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otro el usufructo, será válida, *siempre que haciéndola*, no simultánea, sino sucesivamente, se contraigan los llamamientos al segundo grado (638. Proy., párrafo 1.º reformado)», quedando vigente la redacción del artículo 787, que dice: «La disposición en que el

testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otro el usufructo será válida. Si llamare a varias, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781.»

Si volvemos mentalmente la vista a la concepción originaria del usufructo, encontraremos la construcción defectiva, pues no puede existir usufructo sin propiedad, ni legado sin heredero. El problema se simplifica, si tenemos en cuenta que el último llamado se entiende que lo es en propiedad, como lo viene considerando la jurisprudencia a la que hay que acudir para determinar la interpretación de este artículo.

#### 15.—LA DOCTRINA LEGAL SOBRE LOS LÍMITES DEL USUFRUCTO SUCEATIVO PROPIO.

Asoman una sentencia y una resolución a problemas de derecho transitorio, por haber testado o abierta la sucesión con anterioridad a la vigencia del Código Civil, pero conviene reproducirla para fijar la posición de la legislación anterior.

La sentencia de 8 de mayo de 1894, se pronuncia sobre la siguiente disposición testamentaria, así transcrita en un Resultando:

Don Manuel Matheu y Rodríguez, otorgó testamento..., mediante a no tener herederos forzosos, nombró... heredera usufructuaria durante su vida a Amalia Herranz y Claudio, soltera, de los bienes siguientes: primero, de todas las tierras, edificios, baños, gran cascada, baños rusos, lago termal, baño árabe y todas las aguas termales que poseía y eran de su propiedad en el término de Alhama, de Aragón...; no podría vender ni tomar dinero a préstamo sobre ninguna de las fincas que constituían el usufructo...; mandó que si llegara a faltar sin tener herederos forzosos, como no los tenía su heredera usufructuaria, Amalia Herranz, nombraría sucesor en el usufructo de los citados bienes para después del fallecimiento a su hermano Lorenzo Herranz, el cual le sería también si su expresada hermana muriese *ab intestato*, y siempre con las mismas obligaciones expresadas en las cláusulas precedentes, pudiendo este usufructuario nombrar libremente la persona que hubiera de sucederle en el usufructo, que debería ser una sola y de estado seglar...; y que

todos los usufructuarios tomarían y usarían su apellido y cumplirían las condiciones impuestas...; instituía y nombraba heredero propietario de todos los bienes que constituía el usufructo a don Buenaventura Deldou, vecino de Barcelona, antiguo empleado de su casa, para el efecto de que a su nombre quedasen inscritos en el Registro de la Propiedad, y de que pudiera dicha propiedad ser por él defendida y amparada judicial y extrajudicialmente en todas las cuestiones para las cuales fuera insuficiente la personalidad del usufructuario, otorgando y confiriendo al heredero propietario instituido, en uso de omnímodas e ilimitadas facultades que le correspondieran; primero, el de nombrar por testamento sucesor en aquella herencia propietario a una sola persona.

Planteada la nulidad de esta última cláusula, se pronuncia así, el Tribunal Supremo, con la vieja y arcaica cuestión de los mayorazgos, en que constituía una cláusula de estilo—«voz, apellido y armas»—ante la reclamación de un pariente del testador en cuarto grado:

Considerando que la petición del demandante Magrañá para obtener la declaración de nulidad de las cláusulas del testamento otorgado por don Manuel Matheu, en cuanto se refiere al patrimonio de Alhama de Aragón, no puede considerarse como pretensión de nulidad absoluta del testamento, sino, por el contrario, que lo supone válido y eficaz en las demás cláusulas que contiene y en este concepto ha podido percibir la porción de bienes que, independientemente de lo que constituye dicho patrimonio, lo dejó en su testamento don Manuel Matheu, sin que por ello caducase su acción para solicitar la nulidad de aquellas cláusulas que se refieren al patrimonio dicho, por establecerse en ellas una fundación prohibida por las leyes desvinculadoras sin que, por tanto, la sentencia que resuelve de conformidad con tal pretensión infrinja la Ley 6.ª, título 8.º, Partida 6.ª, ni la doctrina que se invoca en el primero de los motivos alegados en los recursos de Herranz y Deldou y Grasses:

Considerando que está fuera de duda que la designación ilimitada que el testador hizo de las personas que le habían de suceder perpetuamente en los bienes del patrimonio de Alhama, constituye una verdadera institución vincular, porque la prohibición de enajenar los expresados bienes impuesta a todos los sucesores, determina la esencia de las vinculaciones; y como si algo faltara para

ello, quiere el fundador, siguiendo la costumbre de alguna de estas instituciones en el antiguo que el poseedor lleve el apellido de aquél desde el momento que tome posesión y estando prohibida la creación de vinculaciones por el artículo 14 de la Ley de 20 de octubre de 1820, es visto que en esta parte es nulo el testamento, sin que pueda sostenerse tenga el carácter de benéfica y sea en este caso excepción de la Ley antes citada, porque en el establecimiento balneario de Alhama de Aragón, por más que sea de utilidad para el público, pueda considerarse caritativo y gratuito en provecho del desvalido, ni se ha ajustado en su constitución como tal establecimiento benéfico a las formalidades que las leyes y reglamentos especiales del ramo exigen, y en tal concepto son improcedentes el motivo de ambos recursos y el tercero de Deldou y Grasses:

Considerando que tampoco se infringe la Ley 8 del título 19, libro X de la *Novísima Recopilación*, ni las disposiciones del Código Civil que invocan en el tercer motivo del recurso de Herranz, porque aquí no se trata del testamento por comisario, ni hay analogía alguna entre el dispuesto por aquella Ley y la facultad que el testador dió a Herranz para designar sucesores del usufructo, no teniendo aplicación tampoco los artículos del Código Civil, que se suponen infringidos porque los derechos emanados del testador, don Manuel Matheu, y cuya eficacia y alcance son materia de este pleito nacieron a su muerte en el año 1872, antes de la promulgación, pero en la hipótesis de que éste fuera aplicable, nulas serían las instituciones en cuanto al usufructo dispuesto por el testador, porque éstas, según el artículo 781, serán válidas y surtirán efecto, siempre que no pasen del segundo grado o se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador:

Considerando que asimismo es de desestimar el cuarto motivo del recurso Deldou y Grasses, porque no se trata en este pleito de la institución del heredero universal, que es el caso de la doctrina citada; porque la institución de heredero de la nuda propiedad adolece del mismo vicio de nulidad que la del usufructuario de que antes se ha hecho mérito y porque en todo caso don Buenaventura Deldou, y hoy sus sucesores, no podían adquirir más que lo que el testamento le otorga, que en realidad no le da nada, y sólo le impuso la obligación de inscribir del patrimonio de Alhama en el Registro de la Propiedad y defenderla judicial y extrajudicialmente

cuando la personalidad del usufructuario sea insuficiente, pero sin concederle en ellos ningún derecho dominical:

Considerando en orden al recurso de don Pedro Ribosa, que, si bien el testamento de don Manuel Matheu es nulo en cuanto prohíbe perpetuamente la enajenación de los bienes de Alhama y hace llamamientos indeterminados para dar el carácter de perpetuidad a la institución, lo cual constituye una verdadera vinculación, *el nombramiento de los dos primeros usufructuarios que designa personalmente es válido*, porque esto sólo pudo hacer el testador sin infringir las leyes desvinculadoras ni ninguna otra disposición legal; y al declararlo así la sentencia recurrida no infringe, sino que, por el contrario, aplica rectamente las leyes 5.<sup>a</sup>, título 33, Partida 7.<sup>a</sup>, y 20, título 31, y no 32 como se dice de la Partida 3.<sup>a</sup>, que como infringidas se invocan en el primero y segundo motivo:

Considerando que tampoco es de estimar el motivo tercero, y último, porque siendo la entrega de los frutos la consecuencia de la entrega de los bienes hereditarios y no habiendo tenido lugar ésta, no tiene aplicación, y, por tanto, no ha podido infringirse la Ley 4.<sup>a</sup>, título 14, y no el 13, como se cita en el recurso, de la Partida 6.<sup>a</sup>

El primer considerando se refiere al interesante problema de los actos concluyentes del heredero que pueden enervar, según la Ley de Partidas, citada las acciones de impugnación del heredero, conocida modernamente por la doctrina de los actos propios, estudiada por PUIG BRUTAU, y conviene recordar una sentencia de 11 de diciembre de 1899, dando como válida la facultad de disponer del derecho vinculado, anulando previamente ésta, al decir:

Considerando que, con arreglo a las mismas leyes invocadas en los cuatro primeros motivos del recurso y a la jurisprudencia establecida, carecen de eficacia las disposiciones testamentarias en cuanto se opongan a las leyes que limitan la facultad de testar, debiendo en cuanto sean válidas entenderse según su tenor literal, y no siendo esto posible, interpretarse del modo que sea más conforme a la voluntad del testador.

Considerando que al ordenar doña Consuelo Torre Isunza, en la cláusula testamentaria de cuya inteligencia y aplicación se trata, que por muerte de su marido, a quien dejó el usufructo de la dehesa Piazarra, pasara esta finca a los hijos de su tío paterno, don

Pedro, manifestó claramente su propósito de favorecer con el legado a todos ellos, sin excepción alguna; y que si bien es cierto que movida por el deseo de facilitar el cumplimiento de una carga piadosa, con que dejó gravada la dehesa, adoptó en la misma cláusula varias disposiciones encaminadas a vincular perpetuamente en la descendencia de su tío, y entre ellas la de que fuera siempre poseída por una sola persona, aparece indudablemente que en la sucesión unipersonal, excluyendo a los demás colegatarios llamados al principio de la cláusula, se refiere por la testadora, al caso de que el sucesor fuera o pudiera ser cabeza de toda una línea de poseedores vinculares, según lo evidencia el conjunto de tales disposiciones; siguiendo de ello que siendo como es nula esa condición, por contrariar la *Ley prohibitiva de fundar vinculaciones perpetuas*, ha de estarse a lo ordenado en el primer llamamiento, según el cual deben participar del legado todos los primos de la testadora, hijos de don Pedro, como acertadamente estima el fallo recurrido, sin cometer, por tanto, infracción alguna de las alegadas en los cuatro motivos primeros del recurso.

Considerando que la doctrina invocada en el motivo último del recurso carece de aplicación al caso presente, porque para estimar que la hoy recurrente, *estuvo conforme con las particiones hereditarias*, en que por reputarse nulo el gravamen vincular se adjudicó la dehesa Piazarra, no ya en presunciones destituidas de razón, ni en una renuncia genérica de indeterminados derechos, sino en actos positivos del don Pedro, que implican necesariamente aquella conformidad, cuales son de una parte, el hecho de haber intervenido en las particiones como albacea contador de la testadora, aunque por haberse de ausentar del lugar donde se hicieron no concurriera con los demás contadores al otorgamiento de la escritura pública, y de otra parte, el hecho, documental acreditado, de haber aceptado y recibido sin reserva los bienes que por distintos conceptos se le adjudicaron en pago de su haber hereditario, entre los cuales figura la porción alicuota que proindivisamente con sus hermanos le tocó de la Piazarra como colegatario del mismo.

El punto de vista contrario puede plantearse, como lo fué en la Resolución de 28 de agosto de 1907, en que ante la venta de una hija a la madre, de casa sujeta, en Sevilla, a un usufructo de cien años inscrito, que había de aplicarse al que fuera titular de un títu-

lo nobiliario, habría de pasarse por la inscripción realizada, en virtud de los siguientes argumentos:

Vistos el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de 7 de mayo y 15 de junio de 1884 y 30 de diciembre de 1892:

Considerando que con arreglo a lo dispuesto en dicho artículo y en las citadas Resoluciones, los Registradores no tienen facultad para calificar la validez de las inscripciones efectuadas en los Registros, ni de las limitaciones que en éstas se consignent respecto al derecho inscrito; por lo cual, mientras subsista íntegra la inscripción a favor de la recurrente la mitad de la casa objeto de la escritura de venta de que se trata, el Registrador, al calificar ésta, no puede prescindir del contenido de dicha inscripción, aun en la hipótesis de que ese contenido significara una limitación nula, por ser contraria a las leyes:

Considerando que en la repetida inscripción consta que la marquesa de Pickman adquirió dicha mitad de casa como sucesora en el título, y consta también que, con arreglo a la cláusula 5.<sup>a</sup> del codicilo otorgado por don Carlos Pickman, *la adjudicación debería hacerse en propiedad* al que fuera sucesor en el título, si bien con el objeto de que *fuera la casa solariaga de los marqueses durante cien años, encargó que no se enajenase*, y encargó y ordenó a sus sucesores que tuviesen igual previsión para que se realizase su voluntad:

Considerando que sea cual fuese la interpretación que en rigor deba dársele a la citada cláusula acerca de si ha de estimarse como un ruego o como una imposición el que dicha mitad de la casa no se enajenara, es lo cierto que por el mero hecho de haber prestado la recurrente, según se expresa en el cuarto Resultando, su acatamiento y subordinación más absoluta a la indicada voluntad en la escritura de partición en virtud de la que se le adjudicó la citada mitad de casa, quedó obligada a no enajenarla, y sí a reservarla para su sucesor.

Eliminada la vinculación perpetua, aunque se le encabece o se monte sobre usufructos sucesivos, la jurisprudencia, al menos en la por mí revisada, sólo en dos ocasiones se preocupa de definir los límites del usufructo sucesivo propio. En primer lugar sirve de piloto la sentencia de 9 de julio de 1927, que por su importancia

conviene fijar los términos que interesan de la institución testamentaria:

7.<sup>a</sup> Considerando que los expresados quintos, molino y olivares, caben en el quinto de mis bienes, del que me autorizan las leyes vigentes a disponer libremente, declaro es mi última voluntad dejar como dejo, para después de mis días, el usufructo de los mencionados quintos, de la dehesa Zacateca, molino y olivares indicados a mis sobrinos carnales, los señores don Rafael Sevillano y doña Tomasa Sevillano, su hermana, por iguales partes del modo que paso a expresar: Cuando ocurra el fallecimiento de los mencionados mis sobrinos, entrarán sus hijos y descendientes legítimos al disfrute de la parte de usufructo que hubiere correspondido a su padre o madre...; si alguno de los dos sobrinos míos, en cuyo favor instituyo en primer lugar el usufructo de que queda hecha detallada mención, dejase de existir sin tener hijos y descendientes legítimos, la parte, o sea, la mitad que le hubiera debido corresponder, pasará al que sobreviva de los dos, y a su defunción a sus hijos y descendientes legítimos.

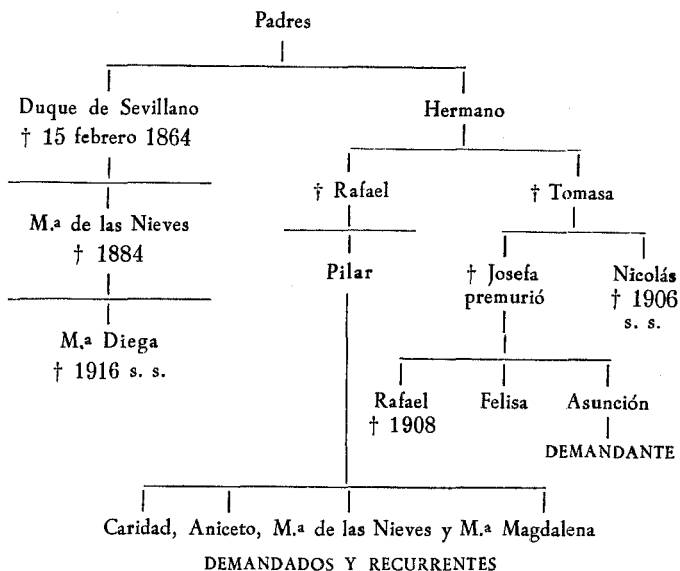
8.<sup>a</sup> Cuando el usufructo de los quintos de la dehesa de Zacateca, molinos y olivares dichos, llegue a recaer en los descendientes en quinto grado civil de mis dos señores sobrinos, don Rafael Sevillano y doña Tomasa Sevillano, su hermana, quedará extinguido; y la propiedad de dichos quintos y molino y olivares, se considerará consolidada en el último de dichos descendientes en quienes recaiga en usufructo...

14. Declaro, es mi voluntad legar el usufructo del quinto de todos mis bienes, con exclusión de la parte de que he dispuesto en la cláusula 7.<sup>a</sup>, que también los considero inclusos en dicho quinto, a mi muy querida hija, la excelentísima señora doña María de las Nieves Sevillano y Sevillano, condesa y marquesa, viuda de la Vega del Pozo y de los Llanos de Alguazas, y haciendo uso del derecho que me da la Ley para designar los bienes que hayan de adjudicarse en pago de este legado, señalo, desde luego, además de los que he hecho mención en la citada cláusula, la casa palacio...; he querido, puesto que las leyes me autorizan para ello, por las razones

ya expresadas, que entren también en el quinto que dejo establecido en favor de mi hija citada, por ser bienes, los dichos, que proceden, en parte, de los antecesores de nuestra familia...

15. Haciendo uso del derecho que tengo, con arreglo a las leyes de imponer sobre los bienes que se adjudiquen en pago del quinto los gravámenes que crea convenientes, y de establecer para su usufructo condiciones lícitas y permitidas por las mismas leyes, declaro: que es mi voluntad que mi hija, la excelentísima señora doña María de las Nieves Sevillano y Sevillano, usufructúe dichos bienes del quinto, con la sola excepción de los que he dispuesto en la cláusula 7.ª; por su muerte los usufructuará su hija, mi querida nieta, doña María Diega Desmaissières y Sevillano, condesa de la Vega del Pozo, o sus sucesores; y cuando este usufructo del quinto, después de su defunción, llegue a recaer en sus descendientes en el quinto grado civil, quedará extinguido y la propiedad de él se considerará consolidada en el último de dichos descendientes en quien recaiga el usufructo; mas si dicha, mi nieta, premuriese o falleciese, aunque después de su buena madre, sin haber contraído matrimonio, o sin hijos o descendientes, usufructuará a los dichos bienes del quinto el que o los que usufructúen a la sazón los quinto, molino y olivares expresados en la cláusula 7.ª, a los cuales continuará unido en lo sucesivo, quedando sujetos a las mismas reglas que dejo establecidas en las cláusulas 8.ª y 9.ª para suceder en usufructo y la consolidación de éste en propiedad.

Por la importancia del asunto en su aspecto intertemporal, sobre los supuestos de legislación anterior y posterior al Código Civil, conviene fijar el oportuno árbol genealógico, donde se ajusten las personas citadas e intervinientes en este supuesto sucesorio:



Los términos de la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, son:

1.º Que a la demandante doña Asunción Sanz y Mocete corresponden en pleno dominio, por sumar el segundo grado de las sustituciones establecidas por el duque de Sevillano, en su testamento de 3 de agosto de 1861, los bienes que en tal concepto adquirió de dicho señor, y que le fueron adjudicados en la escritura otorgada en Daimiel en 4 de julio de 1918, y, en su virtud, declarando extinguidos todos los demás llamamientos establecidos hechos en dicho testamento.

2.º Que igualmente, y por el propio motivo, corresponden en pleno dominio a los demandados doña Pilar Sevillano Ased y doña Caridad, don Aniceto, doña María de las Nieves y doña María Magdalena Sanz Páez, Jaramillo, la porción respectiva de bienes que de la misma procedencia les fueron adjudicados en la escritura antedicha, con extinción, asimismo, de todos los ulteriores llamamientos.

3.º Que no ha lugar a hacer iguales declaraciones respecto de los quintos, molinos y olivares de la cláusula 6.ª del referido testa-

*mento*, exenta de las disposiciones del Código Civil, porque tal cláusula fué instituida puramente, y era, por tanto, un derecho adquirido a la publicación del Código, adquisición que se originó en 15 de febrero de 1864, fecha del fallecimiento del testador.

Interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, se formalizó por distintos motivos que resultan del siguiente texto de la sentencia de 9 de julio de 1927, intercalándose en estos motivos, para su mejor comprensión, que en el asunto había dictaminado, entre otros, don Antonio Maura, cuyo dictamen puede consultarse por haber sido publicado, diciendo aquélla a la letra:

Considerando que por el resultado del debate en el pleito, lo que decidió la sentencia impugnada y los términos del recurso interpuesto contra la misma, está reducida la cuestión a resolver cual sea la naturaleza jurídica y extensión que deba tener el legado que don Juan de Mata Sevillano y Fraile, duque de Sevillano y marqués de Fuentes del Duero, hizo en las cláusulas 14 y siguientes del testamento, bajo el cual falleció a 10 de febrero de 1874, en favor de su hija doña María de las Nieves, sobre la mayor porción del quinto de sus bienes, que constituía con modalidad de mejora por exclusión de su otra hija, doña María Nicolasa, declarando su voluntad de que aquélla usufructuara dichos bienes del quinto con las limitaciones que las expresadas cláusulas mencionan, y por su muerte los usufructuara la hija de doña María de las Nieves y del testador querida nieta, la señorita doña María Diega Desmaissières y Sevillano, condesa de la Vega del Pozo y marquesa de los Llanos de Alguazas, o sus sucesores; disponiendo que si la línea de esta última sucesión se extinguiese, durante el tiempo en que los precitados bienes se hallaran afectos al gravamen de sustitución de que en dicha cláusula les hacía objeto, recayera el disfrute de los mismos en otros parientes de la línea colateral del testador, a quienes él mismo había favorecido con otro legado que había antes deducido del mismo quinto total de los bienes, afectándoles, asimismo, por el gravamen de otra sustitución fideicomisaria:

Considerando que las palabras empleadas por el testador en el texto de las aludidas cláusulas, y en armonía con la 7.<sup>a</sup> a que la 15, expresamente se refiere, no deja lugar a duda que fué su intención y propósito establecer sobre todo el quinto de los bienes dos gravámenes de sustitución fideicomisaria de los llamados familiares,

para lograr que perdurase en sus parientes de las dos líneas expresadas el sucesivo disfrute de dicha porción de sus bienes durante el tiempo que permitieran las leyes vigentes, a la que expresamente alude en la cláusula 15 del expresado testamento, que fué otorgado cuando la Ley de 11 de octubre de 1820, restablecida en virtud del Real Decreto de 31 de agosto de 1836, había declarado por sus artículos 1.º y 14 la abolición absoluta, rápida, instantánea y decisiva de todo género de vinculaciones, incluídas expresamente las que debieran su origen a los fideicomisos, desde el momento mismo de su promulgación, y solamente la jurisprudencia había comenzado a permitirlos, interpretando con restrictivo criterio la Ley de 27 de Toro, 11 del título 6.º del libro 10 de la *Novísima Recopilación*, siendo una demostración más del espíritu que dominaba entonces en el ambiente legislativo, respecto a dicho género de instituciones, la nulidad que se declaraba en el proyecto del Código Civil de 1851 para cuantas disposiciones tuvieran por objeto crear una sustitución fideicomisaria, sea cualquiera la forma con que se le revista, con tal que consistiera en declarar inalienable todo o parte de la herencia, sin más excepción que la que se otorgaba al padre en el artículo 838 del expresado proyecto de ley para gravar la facultad del hijo en la parte libre de los bienes, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados.

Considerando que con evidencia aparece en el texto de las pre-citadas cláusulas, que el legado que hizo el testador a su hija doña María de las Nieves Sevillano, sobre el cual impuso el gravamen de sustitución a su nieta doña María Diega Desmaissières y de los descendientes de ésta, *quedó afecto a una condición, que consistía en que la nieta, aun falleciendo después de su buena madre no hubiese contraído matrimonio, o sin hijos o descendientes*, del cumplimiento de la cual condición dependía que siguieran los bienes de dicho legado por la línea directa de los descendientes de la prenombrada nieta del testador, o para sucesivas transmisiones fideicomisarias hubiese que ir a buscar los parientes colaterales, como prevenía la voluntad del testador, en cuyas palabras no puede dejar de entenderse lisa y llanamente, que él o los que usufructuaran a la sazón los quintos, molino y olivares, expresados en la cláusula 7.ª, tenían subordinado todo derecho a que doña María Diega falleciera sin

haber contraído matrimonio, o sin hijos o descendientes, que *constituyen acontecimientos tan objetivamente inciertos* en las humanas previsiones, como misterioso el segundo, según las leyes de la naturaleza; y realizado el suceso o sucesos a que se refiere el período bímembre en que aparece expresada la voluntad del testador, que hubo de separarlos por partículas disyuntivas, habría perdurado sin utilidad para los presuntos favorecidos hasta su extinción el llamamiento condicional que el testador hiciera a los descendientes de sus sobrinos carnales, don Rafael y doña Tomasa Sevillano, de cual expresa y terminante voluntad, ley primordial para deferir la herencia cuando no se halle en oposición con las leyes del Estado, se deduce con la más absoluta evidencia que dicha transmisión fideicomisaria, como aparecía regulada hasta el fallecimiento de doña María Diega, estaba subordinada en todos sus efectos jurídicos al alcance que permitía la Ley 27 de Toro, que, como todas las del título 6.º en que se halla recopilada, se refiere a las mejoras de tercio y quinto en favor de los hijos y descendientes, circunstancia que exige que, para interpretar la voluntad del finado, don Juan de Mata, por lo que a este legado respecta, *se deban distinguir dos períodos de la sucesión*, perfectamente delimitados por dicha Ley *el primero, mientras fué el legado usufructuado por la hija y por la nieta del causante, y el segundo cuando, fallecida esta última,* en estado de soltera y *sin hijos o descendientes, ha de pasar el legado a parientes colaterales*, porque, según la expresada Ley 11 y 27 de Toro, hasta que faltaban los descendientes incluidos los ilegítimos, no podía tener eficacia jurídica una sustitución que la Ley autorizaba a favor de los descendientes primero, luego de los ascendientes, y, a falta de los susodichos, entre parientes, y a falta de parientes entre los extraños; porque antes no habían perdido los expresados bienes la condición legal de mejora a que dicha Ley expresamente hace relación, y que asimismo le había atribuido el testador por su testamento, al llamar en primer término al disfrute de estos bienes a su hija, doña María de las Nieves, con exclusión de doña María Nicolasa, y, sucesivamente, a la nieta, doña María Diega, ocurrido a 9 de marzo de 1916; porque antes los otros parientes colaterales, a quienes corresponde igual consideración que extraños para una sucesión que se había de hacer efectiva sobre bienes que constituyeron mejora del quinto a favor de descendien-

tes, *no tenía derecho alguno*, aun después de la muerte del testador, *y mientras vivieran la hija y la nieta del mismo, para aquéllos ni había cedido ni había venido el día*, empleando la fórmula clásica del Derecho romano, y, por tanto, hasta que el fallecimiento de doña María Diega acaeció, no se conocía si tendría efectividad la expectativa que los expresados colaterales podían fundar en los términos en que estaba redactada la cláusula 15 del testamento del causante, según los cuales, *él o los que usufructuaren a la sazón los quintos de la dehesa de Zacateca, molino y olivares, no podían obtener, ni menos serle a ellos transmitido por sus respectivos antecesores en el otro legado, derecho alguno que con el de mejora de descendientes tuviera directa relación:*

Considerando que integrada *la expresada condición* por elementos tan diferentes como los que se han examinado en los fundamentos que preceden, es visto que aunque *merece el concepto legal de suspensiva en cuanto se relaciona con el derecho reservado a los parientes colaterales del testador* sobre la porción del quinto que el mismo había legado a modo de mejora entre su hija, doña María de las Nieves, su nieta, hija de ésta y la descendencia de ambas, *tiene, por lo que respecta al nacer el derecho a la correspondiente sustitución fideicomisaria un momento, tan incierto para la cuestión como incierto para cuando dentro de la clasificación ideada por algunos tratadistas con aplicación al problema;* y por tanto, sólo creó un derecho puro y efectivo, en que se originó en el fallecimiento del causante a favor de la hija de ésta, doña María de las Nieves, de la nieta, doña María Diega, y de la descendencia de ésta, *pero de condición tan especialísima no se derivaron, al fallecimiento del causante, ni pudieron adquirir derecho alguno los expresados colaterales, hasta que la condición fué cumplida en forma que permitió que ellos quedasen en primer lugar de los sucesivos llamamientos del fideicomiso hasta el fallecimiento de la señora condesa de la Vega del Pozo en el año 1916, y como antes no tuvieron dichos colaterales derecho que pudiera propiamente llamarse adquirido, ni nacido siquiera con otros caracteres que los de mera esperanza, que no permitían agregarle en ningún concepto jurídico efectivo al patrimonio del favorecido, que había quedado en el testamento sin especial designación nominal, ni con relación a circunstancias personales que permitieran identificarle al producirse el acto sucesorio*

originario, *interin* la sustitución se mantuviera dentro de los sucesivos llamamientos entre parientes de la línea de descendientes del finado en la que pudieron agotarse si transcurre el término prefijado por el testador sin que él o los que tuvieran los quintos, molino y olivares, hubiesen podido pasar de expectantes, en el desarrollo sucesivo de la expresada institución fideicomisaria, es notorio que no llegaron a adquirir, ellos o sus causantes, derecho que pudiera ser objeto de transacción amparado por el artículo 799 del Código Civil, y no puede prescindirse de la aplicación de los preceptos que contienen los artículos 758, último párrafo, 790 y siguientes en su relación y concordancia con el 1.114 del mismo Código, suficientes a desvanecer la antinomia existente entre aquél y el 759, aplicados en la sentencia recurrida *en perfecta y adecuada armonía con la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, que igual que en las sustituciones fideicomisarias de Cataluña, que se rigen por el Derecho romano, como en las del de Castilla*, a que viene aplicándose primero la Ley de la *Novísima Recopilación* antes examinada y luego el vigente Código, siempre ha declarado que *para fijar el alcance de las sustituciones fideicomisarias condicionales, se ha de atender especialmente al momento de cumplirse la condición, por que hasta tanto que el acontecimiento en que la condición consiste ocurra*, no se pueden aquilatar ni la capacidad del sustituto, ni la efectividad del derecho que al cumplimiento de la condición estaba subordinado, y, entre tanto, *no se puede transmitir un derecho que no ha tenido nacimiento*, doctrina que cita con exactitud y aplica con acierto la sentencia del Tribunal *a quo*, y que no permite estimar las infracciones alegadas y luego agrupadas en la tercera de las que contiene la expresión literal del resumen del recurso.

Considerando que al decidir el vigente Código Civil el problema planteado con motivo de las sustituciones, se encontraba con que, en tanto había legislaciones que las habían suprimido radicalmente, otras habían aceptado íntegramente todas las clases que admitió el Derecho romano, aún no se habían extirpado en nuestra legislación los peligros que ya señalaba la Ley 12 del título 17 del libro 10 de la *Novísima Recopilación*, y quiso destruir la de 1820, restablecida en 1836, porque al amparo de la 27 de Toro se habían introducido en nuestras costumbres jurídicas, y mantenía la jurisprudencia, sustituciones con evidente apariencia de vinculación que

tenían de ella la especial prohibición de enajenar, como la que ha sido motivo de este pleito, a los cuales se venía atribuyendo valor con tal que no tuvieran caracteres de perpetuidad; y para resolver la duda que criterios tan contradictorios debieron suscitar en el legislador, adoptó un sistema intermedio de eclecticismo, del que es fruto el artículo 781, que declara válidas las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, con la cual fórmula se lograba la armonía entre principios fundamentales de la ciencia económica que había desechado por peligrosa al bien público la inalienabilidad de los bienes y el respeto merecido a la voluntad del testador, que podía tener motivos especialísimos para asegurar de este modo la subsistencia de personas de su inmediata relación con la que tuviera deberes que cumplir y quisiera hacer compatibles con otras que la misma, ya que habían desaparecido otros motivos que dieron origen al nacimiento de los fideicomisos en la legislación romana, y dicho precepto, sin desatender al aspecto público por lo que atender a la organización de la propiedad se refiere manteniendo el principio de la libertad de dominio, respeta la voluntad del instituyente, dentro de la medida que el legislador estima compatible con aquel otro principio que aconsejaba la radical supresión de las instituciones fideicomisarias, con tan justificado recelo miradas por las leyes de que antes se ha hecho mérito, y, por tanto, si no se habían de frustrar los fines propuestos con esta innovación por el legislador de 1889, era indispensable que *desde la publicación de dicho Código* quedaran las sustituciones fideicomisarias existentes afectadas de nulidad en cuanto por el grado ya alcanzado en la sustitución gravada, o conforme a la razón de convivencia entre los favorecidos y el testador, hubieran traspasado los límites prefijados por dicho artículo 781, cuyas prescripciones *constituyen derecho nuevo, por vez primera declarado, que debe ser aplicado automáticamente así para limitar la extensión del gravamen* opuesto a la disposición de la Ley sobre las sustituciones fideicomisarias que antes no tuvieran condiciones de viabilidad jurídica, aunque le tuviera el acto originario de su creación como para no privar del derecho que la nueva Ley consagra en

favor de aquellos que ya tuviesen o hubieren de adquirir por acto o condición después de vigente cumplida, o consolidar como libre la propiedad gravada; y como se ha razonado en anteriores fundamentos de esta sentencia que *hasta el fallecimiento de la señora condesa de la Vega del Pozo, en el año 1916, no nació el derecho que, como mera esperanza* y en el repetido concepto y grado de parentesco con don Rafael y doña Tomasa tuvieran los que son parte en el pleito, surge para ellos la necesidad de hacer aplicación del expresado artículo 781 del Código Civil, como ha declarado la sentencia, sin cometer las infracciones agrupadas bajo los números primero y segundo del recurso:

El asunto es tan importante, como confusa la solución, conviniendo agotar los materiales. MARÍN LÁZARO, en su notable trabajo, *El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias* (RGLJ, 1941), dice así: «2.º Si el artículo 781 se hubiese interpretado según la tesis del parentesco, el fideicomiso se hubiera extinguido en el primer grado, y los parientes *ab intestato* de la duquesa de Sevillano hubieran recibido los bienes del resto de dicho quinto. Por el contrario, bastó un dictamen de don Antonio Maura declarando el tránsito del referido resto del quinto disfrutado por la duquesa como primer fideicomisario marcaba el segundo grado de fideicomiso permitido por el artículo 781 del Código Civil, para dejar vía libre y abrir paso a la sucesión de parientes que estaban en cuarto, quinto y sexto grado respecto del testador.»

La cuestión entre los herederos *ab intestato* de la nieta del testador, última usufructuaria y los parientes colaterales de grado más remoto dirimieron la discordia, con arreglo, como se lleva dicho al dictamen de don Antonio Maura, y como sería dispendioso copiar la parte interesante del mismo, a él me remito, copiando, por lo que al particular se refiere, la siguiente conclusión: «Tercera. *Los descendientes actuales de la sobrina carnal del duque, doña Tomasa, a saber: las nietas de esta señora, llamadas doña Asunción y doña Felisa, y los bisnietos doña Nieves, doña Caridad, doña María y don Aniceto, a quienes representa legalmente su madre, viuda, por cuanto el día 9 de marzo de 1916 compartían el usufructo de la otra mitad de Zacateca, del molino y de los olivares, fueron los sucesores fideicomisarios de la restante mitad de los antedichos bienes, y adquirieron sobre éstos, por virtud del mismo título, dere-*

*chos iguales a los que la precedente conclusión atribuye a doña María del Pilar.»* (Esta pertenecía a otra rama, no discutida.)

Con esta base, el pleito interno entre fideicomisarios se aquietó, viniendo a describirse los hechos en el siguiente cuarto resultando de la calendada sentencia de casación: «Resultando que el Administrador de la duquesa, don Luis Bahía, tenía en su poder todo el caudal relicto y a fin de que el legado del quinto, siguiera el rumbo trazado por el primitivo duque, los sucesores doña Tomasa y de don Rafael Sevillano dedujeron una demanda, para que se les entregase el caudal constitutivo del resto del quinto, de los bienes del duque, que tenía en su poder la última duquesa; y después de allanarse don Luis Bahía a la demanda, el Juzgado de Primera Instancia del distrito de Buenavista, de esta Corte, dictó sentencia con fecha 25 de febrero de 1918, declarando que los demandantes doña María del Pilar Sevillano y Ased, doña Asunción, doña Felisa Sanz y Mocete, y *los menores*, doña Caridad, don Aniceto, doña María de las Nieves y doña Magdalena Sanz y Páez Jaramillo, *tienen derecho al usufructo de los bienes establecido por el duque de Sevillano*, don Juan de Mata Sevillano y Fraile, en la cláusula catorce de su testamento de 3 de agosto de 1861; condenando a don Luis Bahía y Urrutia a que entregue a dichos demandantes los bienes que constituyen dicho usufructo, según la expresada cláusula; y a los interesados, mediante acta notarial de 20 de marzo de 1918; los usufructuarios a su vez se dividieron y repartieron esos bienes, con arreglo a las normas establecidas en otra acta notarial de fecha 4 de julio de 1918.»

Sobre tan importante extremo se decía en el motivo cuarto del recurso, según la repetida sentencia:

Cuarto. Por incurrir la Audiencia de Albacete en error de derecho en la interpretación de la sentencia del Juzgado de Buenavista, de Madrid, de fecha 25 de febrero de 1918, y en el acta notarial de 20 de marzo de 1918, y la de igual clase de 4 de julio del mismo año, al desconocer que todos constituyen actos, en los cuales la demandante ha comprometido su criterio de que no se pueden consolidar en ella los bienes legados, de los cuales es mera usufructuaria, por lo que está imposibilitada, en la actualidad, para ir contra su propia conducta.

Se desestima en el siguiente:

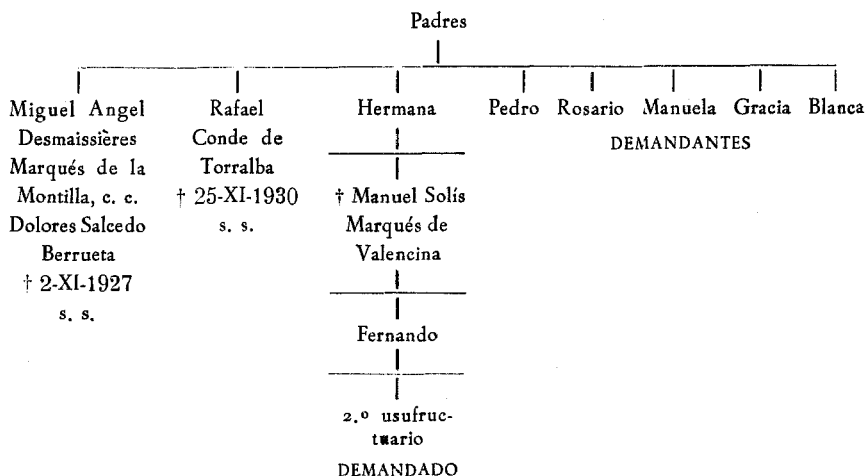
Considerando: Que son totalmente inestimables las alegaciones que contiene la cuarta infracción del recurso en que se supone que la sentencia ha incurrido en error de derecho al interpretar la que dictó el juez de Primera instancia del distrito de Buenavista, a 25 de febrero de 1918, porque no ha sido materia litigiosa en este pleito la interpretación de dicha sentencia, que correspondió a peticiones perfectamente conciliables, con las que por los allí demandantes se han mantenido en este pleito, supuesto que al administrador judicial del *ab intestato* de la señora condesa de la Vega del Pozo no se habían podido dirigir las pretensiones que ha resuelto la sentencia recurrida, tampoco son eficaces, cualquiera que sea su contenido y alcance, las actas notariales de 20 de marzo y 4 de julio de 1918 para desvirtuar las declaraciones de derecho que el fallo de la Audiencia de Albacete ha confirmado sobre derechos y obligaciones que ha deducido del examen de la incontrovertida certidumbre del testamento de don Juan de Mata Sevillano y Fraile otorgado en 1861.

Toda la problemática de la sustitución, con o sin usufructo previo, viene a plantearse en esta resolución judicial, con la divisoria, del derecho anterior o posterior al Código Civil. La institución pura está reflejada en el legado de la finca, como bien concreto, con la transmisión natural, de grado en grado, con derecho de acrecer y representación, purificándose en los cuartos nietos de los legatarios. De mayor interés es cuanto afecta a la parte que es aplicable el vigente Código Civil. En esta parte del legado, para cubrir el resto del quinto de libre disposición, se resolvió bien el problema del tránsito de la línea directa a la línea colateral, existiendo parientes más próximos a los llamados, pero no la calificación de *condicional* que supone el llamamiento *post mortem usufructuarii*, sin sucesión. Lo sentado está en contraste con la doctrina del Supremo y que se recoge en el número 7.º de este trabajo y con la jurisprudencia que se copiara a continuación, pero más concretamente refiriéndonos a este caso concreto, si el legado era condicional y el derecho del llamado *in fideicomiso*, por instituirse nominalmente una línea, la de doña Rafaela, con derecho de representación y acrecer con la de su hermano don Rafael, parece lógico que si el derecho nace en el *dies venies*, la muerte de su prima doña

María Diega en 1916, sin sucesión, no se puede dar efecto retroactivo a su derecho y computar las tres generaciones que distan de su bisabuela, que no heredó por no sobrevivir a la fiduciaria o usufructuaria, computando a la abuela y madre, para agotar las dos generaciones lícitas y excluir a las que estaban llamadas por derecho propio, como herederas de su bisabuela, sucesivamente instituidas en su defecto, y con el cumplimiento de la condición de identidad que la posesión de una parte del otro legado les concedía y en la misma sentencia se les convalida. En esta ocasión, el Supremo da un avance, el paso a la línea colateral, que dentro de la interpretación literal *línea directa* de la Ley de Bases, tanto se entienda grado, del Código, como generación de aquellas, no se podría producir el cambio de línea.

Un avance superior supone la sentencia de 23 de junio de 1940, de la que precisamente fué recurrente Martín Lázaro.

El árbol genealógico sobre el que se desenvuelve el problema sucesorio, es el siguiente:



El marqués de la Montilla otorgó testamento ológrafo en 26 de junio de 1922, en el que, concediendo a su esposa el usufructo legal de la mitad de los bienes, le legaba también la otra mitad de forma voluntaria, y en cuanto al particular se refiere, disponía: «el segundo usufructo lo llevará el hijo o hija primogénita de mi

hermano Rafael... y si mi mencionado hermano no tuviere sucesión legítima, el usufructo de todos mis bienes lo llevará el nieto de mi sobrino carnal don Manuel Solís Desmaissières. Extinguió este segundo usufructo, la plena propiedad de todos mis bienes pasará al hijo o hija primogénita del que hubiese disfrutado dicho segundo usufructo...» De igual forma en 25 de noviembre de 1930 testó su hermano el señor conde de Torralba, estableciendo un doble usufructo sucesivo en favor de los descendientes de su sobrino Manuel Solís, pronunciándose el Supremo en la siguiente forma:

Considerando: Que el presente recurso ofrece como tema principal de discusión el alcance e interpretación de las palabras «que no pase del segundo grado», que como requisito para la validez de las sustituciones fideicomisarias figura en el art. 781 del Código Civil; expresión respecto de la cual el Tribunal de instancia ha resuelto apreciando qué «grado» en este precepto se refiere a «sustitución» o «llamamiento», mientras que los recurrentes afirman que se trata de grado de parentesco y a base de esta interpretación construyen los motivos del recurso.

Considerando: Que *la tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la Instituta—proemio del título XV del libro II—, al decir que puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquél no fuese mi heredero, sea heredero éste, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere», no menos que el Digesto—proemio del primer fragmento del título VI, libro XXVIII—, donde se lee: «los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustituidos en el segundo grado o en el tercero»; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, título V de la partida VI, libro XLV de las de Toro, y el art. 29 (sic) del proyecto del Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña, donde, refiriéndose a la de hijos entre sí, son frecuentes las expresiones «de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad»; «sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este sentido de «llamamiento», pues hasta los antecedentes relativos a la*

confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas»:

Considerando: Que dentro del Código Civil, el art. 781 es el patrón de las ordenaciones a que se refieren los arts. 640, 785 y 787 del mismo cuerpo legal, y como el referir «grado» a «parentesco» lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de estos preceptos y la del propio art. 781, haciéndola más ilusoria, lo cual es inadmisibile por absurdo, se impone adoptar la norma de hermenéutica que aconseja atender a la conexión de las diversas partes de la Ley, armonizando unos con otros los artículos que hayan de aplicarse en combinación con los demás de la misma materia en el extremo a decidir, con la cual norma y entendiendo que son grados de sustitución los del art. 781, se hace posible la eficaz aplicación de todos estos preceptos legales.

Considerando: Que el art. 787, en relación con el 789 del tan repetido Código, preceptúa que la disposición en que el testador dejó a una persona el todo o parte de su herencia o legado y a otra el usufructo, será válida, y si llamase al usufructo a varias personas no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781, o sea que surtirán efecto los llamamientos, siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan a favor de personas que vivan al fallecimiento del testador; y como *en cada uno de los testamentos impugnados en este pleito se ordenan dos instituciones sucesivas de usufructo vitalicio y una de propiedad plena*, claro resulta que todas estas sustituciones son perfectamente válidas, bien se sostenga que por tratarse de dos donaciones de usufructo y otra de propiedad, *no existe verdadera sustitución fideicomisaria* en el sentido específico con que la define el primer inciso del art. 781, *ya se entienda que entran, por asimilación legal, en el cuadro de las sustituciones de esta clase*, aun revistiendo un carácter especial, pues en este último caso *el designado propietario resulta sustituido del segundo usufructuario por reemplazarle en el derecho de usufructo, y como el primer usufructuario no es sustituto, siempre queda el propietario en el segundo grado de la sustitución*:

Considerando: Que contra los anteriores razonamientos carecen de virtualidad las alegaciones de los motivos primero, segundo, ter-

cero y quinto del recurso: a) Porque los arts. 915 al 919 del Código Civil no resultan infringidos, toda vez que la sentencia no los aplica ni venía obligada a aplicarlos, al entender, con fundamento, que no se trata de regular una relación jurídica de parentesco, que es cuando podía tener trascendencia el prescindir de estos preceptos. b) Porque para que surta efecto en casación la cita de las sentencias de este Tribunal Supremo es indispensable, según reiteradas decisiones del mismo, señalar de un modo concreto la doctrina infringida y expresar el concepto o sentido en que se ha realizado la infracción, siendo también necesario que entre los fallos que establezcan la doctrina y el que sea objeto del recurso no existan diferencias sustanciales; y como los recurrentes en este pleito no concretan la doctrina de ninguna de las sentencias que invocan, ni al examinar éstas se aprecia la identidad entre los casos que resuelven y el que es objeto del presente recurso, y se llega al extremo de que ambas partes se acogen a los mismos fallos para fundamentar tesis contrarias, las citas de estas decisiones se vuelven inoperantes. c) Porque el *contrariar la doctrina científica no es motivo de casación*, y menos cuando acontece, como en el caso de este recurso, que *por aparecer divididas las opiniones*, no existe verdadera doctrina aceptada, y algunos autores se limitan a señalar la oscuridad del precepto legal en cuestión, sino emitir juicio personal. d) Porque tampoco es favorable en casación el *criterio de las legislaciones extranjeras*, que en el presente caso, además, *no es uniforme*:

Considerando: Que las leyes de Bases publicadas para la formulación de las nacionales, no pueden alcanzar otro rango que el de elemento interpretativo, más o menos apreciable según las circunstancias de cada caso, dándose en la actual la particularidad de que si bien la base 16 hablaba de que *las sustituciones no podrían pasar, ni aun en la línea directa*, de la segunda generación, acaso pensando en el supuesto, muy frecuente, de que la sustitución fideicomisaria tuviera carácter y finalidad familiar, *no hacía con ello una nota esencial*, puesto que claramente daba a entender que la razón del límite de la sustitución estaba en la idea del tiempo más que en la condición o relación de las personas al admitir que se pudiera hacer sustituciones en favor de indefinido número de ellas cuando todas viviesen al tiempo del fallecimiento del testador; y,

por otra parte, es de observar que los redactores del art. 781 del definitivo Código, al prescindir de las palabras «ni aun en la línea directa», que figura en la indicada base 16 y sustituir, además, el vocablo «generación» por el de «grado», tuvieron indudablemente el designio de eliminar los equívocos a que se prestaba el texto de Ley de Bases, *excluyendo del precepto legal la idea del parentesco, ya que a éste había de referir la expresión «línea directa», en tanto que «grado», en el lenguaje usual, se aplica, y en el jurídico venía utilizándose, según antes se dice, para expresar orden sucesivo, como lo muestra el modo adverbial «de grado en grado»:*

Considerando: Que por cuanto queda consignado procede desestimar el recurso, sin que se haga necesario examinar el motivo cuarto, formulado a base de la hipótesis, rechazada, de la nulidad de las ordenaciones testamentarias de que queda hecho mención.

Concretados al usufructo previo, llamado usufructo propio, aunque se abandone la doctrina extranjera de que precisamente el llamamiento de un *nasciturus* es lo que determinaba su nulidad, podemos concluir que es válido el llamamiento en usufructo de todas las personas que vivan a la muerte del testador. Segundo, que el segundo llamamiento lo comprende el llamamiento de un *nasciturus*, pero que su derecho se ha de determinar en el momento de la muerte del último usufructuario, pudiendo éste estar o no ligado, por razón de parentesco, con el testador, aunque existan herederos legales llamados a la sucesión intestada, siempre, claro está, que no perjudique a los legitimarios en su estricto derecho. El corte y limitación de las sustituciones produce la transmutación, de que el último usufructuario, llamado válidamente, se convierta en propietario, y se purifique y consolide, como ocurre con el fiduciario, sin que deje y pierda el derecho; originariamente de forma nominal, como usufructuario, habrá de consolidar como vitalicio, convirtiéndole en propietario del mismo.

Este llamamiento puede presentarse de forma simple, o múltiple, sin que en este caso sea infrecuente el derecho de representación y acrecer.

## 16.—LA CONDICIÓN EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS.

La condición ha tenido un sentido monopolista para engarzar las sucesiones sucesivas, y su influencia y reflejo se manifiestan con muchas supervivencias en las instituciones sucesorias, que directa o indirectamente reflejan su influencia. Por tanto, antes de estudiar esta institución, planteemos su crisis en los momentos de la codificación, por autor tan calificado de la misma, como es BENITO GUTIÉRREZ, en su obra *Códigos*: «La Ley recopilada ha puesto entre nosotros este caso fuera de controversia; la cláusula en que se señala como *término para recibir una herencia la muerte del instituido*, no es pura, como no lo es ninguna obligación a día determinado; pero tampoco puede ser condicional; porque un suceso inevitable no es una condición; es una institución a término desconocido, pero cierto. La distinción romana tiene más de artificiosa que de sólida. El término puede ser materia de condición, como si se dice: cuando Fulano cumpla catorce años, se sabe cuándo los hace, pero puede no cumplirlos: *no es condición, es plazo, si en lugar de esto se señala el día de su muerte*; pues éste es un suceso esperado y el día se hace cierto. El Tribunal Supremo ha confirmado esta doctrina por sentencia de 4 de abril de 1866—reproducida más adelante—, en la que se declara que tanto la institución como *las sustituciones a día cierto o que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuándo se equiparan a las puras y crean derechos transmisibles* a los herederos de los instituidos y de los sustitutos desde la muerte del testador. Así, *la institución para el día del fallecimiento de un individuo no envuelve una condición suspensiva sino solamente dilatoria*».

Si la condición o el término pasan de circunstancias accidentales a elemento esencial de la transmisión sucesoria, superada por la legislación alemana, a través de la aportación de los herederos legítimos unidos al flanco vacante de la disposición testamentaria que les equipara a las sustituciones fideicomisarias, conviene enunciar aunque requieran más amplio desarrollo, algunos perfiles históricos, dogmáticos y prácticos, que sirvan de base para proseguir el estudio del usufructo en su constitución sucesiva, en todas sus modalidades testamentarias, y los efectos de transmisibilidad o

condicionalidad de derechos, que es el efecto más inmediato y típico de una u otra calificación.

En el concepto de doble delación sucesoria sucesiva, conviene, siguiendo a BETTI, dejar sentada la naturaleza de la delación de la herencia, a quien merece la siguiente calificación en la *Teoría del negocio jurídico*: «... pensemos... en la muerte, como presupuesto jurídico de todo negocio jurídico *mortis causa*, o en la existencia del sujeto a que se refiere la institución de heredero o se destina el legado o la donación (arts. 600 y 786 Cód. Civ., cof. 766 C. C. español). A esta circunstancia conviene igualmente la calificación de presupuesto legal y de *conditio iuris*, pero asume ésta aquí un distinto significado. Existe entre ellas y el negocio un nexo objetivo de subordinación lógica, porque su acaecimiento es inmanente al tipo de su función típica (causa). Pero no se encuentra en juego la validez del negocio, sino la inmutabilidad del negocio contenido en él y se aplica en todo su rigor el principio de la irretroactividad de los hechos jurídicos en virtud del cual la regulación de los intereses que el negocio contempla no llegan a existir mientras no sobreviene un hecho que es su antecedente lógico. Lo que no significa, sin embargo, que sea en este caso impropia la calificación de *conditio iuris*, ya que *no es* requisito conceptual ni *característica constante de la condición la retroactividad* (el tratamiento del Derecho romano demuestra lo contrario), sino que acarrea solamente que de la citada calificación no puede el intérprete extraer la deducción práctica de una aplicación por analogía del régimen de la condición, dejando a salvo, siempre, una contraria disposición de la Ley.»

La posición inflexible del Derecho romano viene fijada por SAVIGNY, con las siguientes palabras en su *Sistema de Derecho romano*: «La institución de heredero no puede ser sometida a condición resolutoria o a un término final; toda disposición de este género se reputa como no escrita; lo cual se funda en la regla de que una vez adquirida una herencia lo es para siempre. Este principio perdió gran parte de su importancia desde la introducción de los fideicomisos, porque el testador podría alcanzar su fin obligando al heredero instituido a dar, bajo una condición suspensiva o después de cierto plazo, la sucesión a un heredero de sangre». *La ficción jurídica, para la transmutación del término que supone todo llama-*

miento «*post mortem*» del primer instituido, estaba en flagrante contradicción con el principio «*semel heres semper heres*», pero por un simple expediente de una cláusula tácita o presunta en la segunda institución: la de supervivencia, la antítesis, término y condición, se supera y vienen ambos al campo condicional, como explica el mismo autor: «En los testamentos la naturaleza esencialmente personal de las sucesiones hace se considere predominante este elemento, la incertidumbre, transformando el *dies* en condición, la de sobrevivir a una época determinada», que en nota viene a aclarar: «L. 75, de cond. (XXXV, 1): *Dies incertus conditionem in testamento facit*. Las palabras «in testamento» demuestran que en este caso existe para los contratos una regla distinta. Así debemos limitar el texto del caso expresado y no extenderlo a los acontecimientos realmente inciertos que en los contratos pueden figurar también como condiciones. Se ve, además, que en este texto *dies incertus* se aplica a un acontecimiento cierto, pero cuya fecha no está determinada».

La dureza e inflexibilidad de la Ley única de supervivencia, contra la dogmática, y el derecho contractual viene a suavizarse en los legados en el mismo Derecho romano, a través de otro expediente, descrito por SAVIGNY: «En general, la misma decisión se aplica a los legados. El legado es condicional en el sentido de que el legatario debe sobrevivir al hecho; si muere antes, no transmite nada a sus herederos. Hay sólo excepción cuando la condición es de tal naturaleza que el legatario debe vivir necesariamente entonces, que es lo que sucede cuando el término del legado es la muerte misma del legatario (*cum ipse morietur*), porque por esto se entiende el momento que precede inmediatamente a la muerte. En este caso el legado es *purum* y se adquiere irrevocablemente a la muerte del testador. Si se quisiera ver aquí una condición, el resultado sería el mismo, porque tendríamos una condición necesaria que haría el legado puro y simple. Dicha decisión no es de ningún modo una sutileza, sino que tiene una significación real y práctica; porque si bien el legatario no es, ciertamente, el llamado a recoger el legado, puede, al menos, hacerle entrar con certeza en sus disposiciones testamentarias que para él ofrecen un poderoso interés».

En esta fase de depender la naturaleza y transmisibilidad del derecho según que el término afecte a un legado o a una institu-

ción de heredero, se mantienen algunas legislaciones, pero superada por la nuestra que alcanzó la parificación, es de interés la progresiva legislación alemana, donde se nota la crítica de WINDSCHEID, en sus *Pandectas*, citadas por todos. Entre sus seguidores en el orden doctrinal dice RUGGIERO: «Esta diferencia del acto entre vivos y el testamentario, deriva del derecho justiniano, el cual exigía para las disposiciones de última voluntad que la condición se verificase en vida de la persona en que había recaído. Es discutido el fundamento de esta regla que es juzgada por el derecho moderno como una anomalía no justificable».

Lo más difícil de eliminar son siempre los residuos terminológicos, sobre los que dice PLANIOL, en su *Tratado elemental del Derecho Civil*: «Se ha tomado la costumbre de designar el término a vencimiento indeterminado con el nombre de *término incierto*. Pero al pasar a nuestra lengua tiene el inconveniente de producir la oscuridad en el lenguaje, puesto que se distingue el término de la condición gracias a su característica *certidumbre*, siendo contradictorio hablar de término incierto. Hace falta entender esta expresión como una fórmula compendiosa, significando *término de vencimiento incierto*».

La legislación germánica unifica las instituciones, llamando a los herederos legítimos juntamente los instituidos condicionalmente, con asimilación a la sustitución, diciendo BINDER, en su *Derecho de sucesiones*: «Si la condición suspensiva de cuyo cumplimiento se ha hecho depender la institución de heredero se halla pendiente a la apertura de la sucesión, las cosas ocurren de modo diferente que en Derecho romano. En éste se difería la vocación hereditaria hasta el cumplimiento o incumplimiento de la condición, si bien el pretor podía conferir al instituido la *bonorum possessio*. Mas si luego no se cumplía la condición, entonces el instituido heredero en su lugar tenía una acción petitoria de la herencia contra él. En cambio, en nuestro Derecho se procede, ante todo, a la delación a los herederos legales, de suerte que el favorecido, al cumplirse la condición reciba la herencia del post-heredero (párrafo 2.105). Esto corresponde al distinto modo como el Código Civil trata la condición al Derecho romano, según el párrafo 159 *la condición no tiene efecto alguno retroactivo*. De aquí que el favorecido no puede llegar a ser heredero sino a partir del momento

en que se cumpla el evento, y pues que *la herencia jamás puede estar sin heredero*, deban hacerse cargo de ella herederos legales en el intervalo. Por el contrario, si el favorecido es instituido heredero principal bajo condición resolutoria, su condición de heredero caduca al cumplir la condición, y tiene luego que entregar la herencia a los herederos legales como post-herederos (párrafo 2.104)».

#### 17.—EL TÉRMINO EN EL DERECHO SUCESORIO.

Esta fué, como señala NÚÑEZ LAGO Y PALOMINO, la base de la legislación vincular castellana, cuyos mayorazgos sirvieron de modelo a Europa, creando la figura del *ordo succesivo*. Estos producen un encadenamiento cierto de la propiedad como la condición *post mortem* de que derivan y llamamientos lineales que dan lugar a las distintas formas típicas agrupadas por los mayorazguistas, que se refunden en el módulo de una institución permanente, cual es la monarquía, cuya forma de sucesión es supletoria y se le llama mayorazgo regular, clasificando como irregulares los restantes.

Desde el punto de vista jurídico el término, se nos aparece en su doble aspecto: antes y después de su producción, cuyas facetas podemos encontrar en el mismo Derecho romano, diciendo VICTORIO SCIALOJA, en *Negocios jurídicos*: «Podemos, pues, concluir que los romanos, por lo menos, consideraban la condición resolutoria, precisamente como la escuela de juristas modernos que sostienen que, en el fondo, es sólo una condición suspensiva de un negocio jurídico concomitante al principal. Las objeciones que se han formulado contra esta deducción de los textos creemos que no tiene gran valor...» Reproduce el siguiente fragmento del D. 7, 9, 9, 2: «Si se ha legado la propiedad a alguien *ex die*, esto es, como un término *a quo* (término inicial) y el usufructo de la misma cosa, pura y simplemente, o sea, desde el momento de la apertura de la sucesión, Pomponio estima que *se debe dispensar al usufructuario de la caución que ha de prestar al propietario, por ser cierto que a la propiedad irá a parar a él o a sus herederos*». Termina concluyendo tan notable romanista: «Esta seguridad de que la cosa se transmitirá, constituye el vínculo de carácter real que une la cosa a su futuro titular. Advertimos que este supuesto de propiedad instituida

a término, sólo encuentra aplicación en materia testamentaria y, más concretamente, en los legados, pues en los actos *inter vivos* el problema asume forma distinta».

La transmisibilidad o no de los derechos procedentes de estas dos posibles calificaciones de las disposiciones sucesorias, concuerda con la doble institución conceptual, de una propiedad o disposición eventual que nace de la condición, y el término que configura una doble y sucesiva transmisión de bienes, que a su vez, viene a suplir el efecto y lugar de un sustituto vulgar, diciendo BINDER: «Esta figura jurídica de la sustitución fideicomisaria procede históricamente del *fideicomiso hereditatis* del Derecho sucesorio romano, el cual, con el transcurso del tiempo, se ha transformado en una sucesión universal efectiva de segundo grado, aun cuando en el mismo Derecho sucesorio romano—presumiblemente por motivos sacrales—tendió a caracterizar al sustituto fideicomisario como heredero de segundo grado precisamente como heredero. Todavía en el derecho común, así como en el derecho territorial prusiano, recelaron de aplicar las consecuencias terminológicas que se desprenden del desenvolvimiento de la institución en el Derecho romano, si bien para ellos el principio *semel heres semper heres*, había perdido ya su sentido. El derecho común considera al primero llamado como heredero, y al llamado en segundo lugar como legatario, mientras el derecho territorial tenía como heredero al último instituido y *concedía al preheredero llamado solamente la posición de un usufructuario*. La práctica prusiana se desarrolló de una manera característica, tratando al preheredero como tan heredero hasta el momento de la restitución. Finalmente el Código Civil, yuxtaponiendo al post-heredero al preheredero y considerando a ambos como sucesores universales».

La posición en el Derecho español en su más autorizado comentarista ROCA SASTRE, es la siguiente en su *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*: «El fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, no es un simple propietario medial, instrumental, sino un propietario *per se*, o sea de verdad, sólo que gravado de temporalidad. Sería un propietario normal, como cualquier otro, pero sólo tiene una propiedad *ad tempus*, generalmente de por vida o vitalicia, debido a que por ser designio del testador favorecer con la misma herencia a una serie de personas, unas

después de otras, es indispensable dejar libre en su día o caso la entrada en el fideicomiso al heredero que siga, conforme indique el *orden sucesivo*, que señala el curso o trayectoria de los bienes hereditarios impuesto por el testador y que pesa como ellos con *gravamen* de sucesividad, actuante al llegar el día o cumplirse la condición fijada por el testador».

La concepción primitiva del Derecho real de usufructo, como gravamen que adquiere el legatario por conducto del heredero, siendo vitalicio, o al menos temporal, el derecho de aquél, a cuya extinción se le llama consolidación, viene a coincidir con la evolución de la sustitución fideicomisaria, explicada así en el referido lugar por ROCA SASTRE: «El concepto de «obligación de entregar o restituir» es un concepto superado en las sustituciones fideicomisarias, y su persistencia en la mayoría de los Códigos civiles se debe a pura rutina, sostenida por la comodidad que alimenta una deficiente nomenclatura arrancada del fideicomiso puro. Lo demuestra la evolución sufrida por la sustitución fideicomisaria desde que se desprendió de aquél (fideicomiso puro del Derecho romano)... El más expresivo es este último Código (alemán), el cual, en su artículo 925, dispone que el efecto de la sustitución fideicomisaria tiene lugar en virtud de la Ley y en el tiempo fijado por el testador, sin necesidad de transmisión ni de ningún otro acto de parte del fiduciario. En el Código Civil alemán, bajo el concepto de *heredero sucesivo* (Nacherbe)—tomada del Código austriaco—, la sustitución fideicomisaria se hace efectiva *de derecho*, sin necesidad de entrega alguna, al llegar el día o cumplir la condición prevista en el sentido de producirse la apertura de la sucesión fideicomisaria o sucesiva, de manera que, conforme al artículo 2.139 de dicho Código, llegado el caso de la sucesión sucesiva, cesa en la herencia el heredero fiduciario y se difiere la misma al heredero sucesivo o fideicomisario». Viene a llamarse esta figura posesión civilísima, que reglamentó la Ley 45 de Toro, o más concretamente, la transmisión por ministerio de la Ley, como la definía el Diccionario de Arrazola.

La culminación del proceso histórico la explica así ENNECERUS: «*El des certus an incertus quando*, por ejemplo, el día de la muerte es en sí mismo considerado puro término. Pero en el Derecho romano se entiende que, por regla general, en cuanto a las disposi-

ciones de última voluntad se considera condición «si sobrevive el favorecido». L. 1 párrafo 2, L. 75 D. *eod (sic) de cond.*; L. 4., L. 22 pr. D. *quando dies legati* 26, 2. Por ejemplo, si a uno se le hace el legado de una cosa el día de la muerte del heredero, sólo adquiere si sobrevive a ese día. El Código Civil no ha recogido esta presunción, cosa que constituye una mejora de gran importancia. Si, por ejemplo, el testador ha determinado que su casa al morir el heredero, deba pasar a X, será de los herederos de ésta si hubiere muerto entonces, a menos que advierta una voluntad distinta del testador».

Este viene a ser el precepto de nuestro artículo 784, menos criticado que su concordante 799 del Código Civil, dictado unos años antes del Código Civil alemán. En este no sólo tiene idéntica regulación que en nuestra legislación, sino que siguiendo el orden natural de los llamamientos sucesivos se considera presunta su aplicación y efecto, que son, según el párrafo 2.108 del BGB: «Cuando el sustituto muera antes de abrirse la sucesión, pero después de la muerte del causante, pasará su derecho a sus herederos, a no ser que esté clara la voluntad contraria del difunto. Si el sustituto es llamado bajo condición suspensiva, habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 2.074», que, a su vez, dispone: «Si el testador hiciera una disposición de última voluntad bajo una condición suspensiva, en caso de duda, sólo deberá tener efecto la liberalidad, cuando el gratificado sobreviviera a la realización de la condición». Comentando estos preceptos, dice KIPP: «Es institución a plazo si el fideicomisario está instituido para cuando muera el fiduciario», y aclara en nota: «También esta institución sería condicionada si significara que el fiduciario solamente debería restituir la herencia en el caso de sobrevivir al fiduciario». La presunción de ser las instituciones vitalicias, tiene lugar en el párrafo 2.106: «Cuando el difunto haya hecho una sustitución fideicomisaria sin determinar el acontecimiento que debe ocasionarla, se entregará la sucesión al sustituido a la muerte del gravado con ella».

## 18.—LA SEDICENTE ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 759 Y 799.

Esta es la explicación primaria, que merece crítica acerba, la contradicción que se encuentra en el Código, por la cual un artículo anula al otro. Otra versión viene a ser tautológica, pues no se resuelve el problema con decir que el uno se refiere a la condición y el otro al término, pues su aplicación no siempre se presenta pura por la complejidad de las cláusulas, a las que hay que darles valoración contradictoria y superlativa a uno de los dos elementos antagónicos, que cambian, a su vez, de matiz; si la situación en el momento de la defunción del causante es un término con la adquisición del derecho, o se condiciona la adquisición del segundo llamado en el *dies veniens*, resultando, por tanto, un problema causídico, con escasa ayuda de la legislación extranjera, que ha yugulado estos problemas o los ha deformado de acuerdo con su más estrecho horizonte. Por tanto, puede presentarse este problema como central, o, por el contrario, señalar simplemente el origen histórico de la dispersión, para posteriormente, de forma radical, atraer a uno o el otro campo, base de la división dogmática de institución o legados sujetos a condición o término, unas u otras disposiciones testamentarias. La más importante diferencia está en la adquisición y transmisión o no de los derechos, según se trata de llamamiento sujeto a condición, que es como a continuación los presentaré de forma periférica.

La admisión de las disposiciones sucesorias a término, tanto en la institución de herederos como para el legado, conviene en el epígrafe de la sección cuarta del capítulo II del libro III, del Código Civil: *De la institución de heredero y del legado condicional o a término*. Se comprenden con relación al término dos artículos, el 799 y el 805, que además suponen una novedad con relación al de 1851. Su redacción, según la propuesta de la Comisión de Códigos, era la siguiente: «886.—*La condición que, según la intención del testador, no hace más que suspender el cumplimiento de la disposición, no impedirá que el heredero o legatario adquiera el derecho y le transmita a sus herederos, aun antes de haber verificado la condición* (1.810 Código port: 854 Código ital.)». Estas son las dos fuentes legales inmediatas que cita, la del portugués venía

a decir en versión de la colección de ROMERO Y GIRÓN: «La condición que suspendiese por cierto tiempo la ejecución de la disposición testamentaria, no impedirá que el heredero o legatario adquiriera derecho a la herencia o legado, y lo puede transmitir a sus herederos». En la misma línea decía el Código italiano. «*La condición que, según la intención del testador, no hace más que suspender la ejecución de la disposición, no impedirá que el heredero o legatario tengan un derecho adquirido y transmisible a sus herederos, aun antes del cumplimiento de la condición*». Con acierto la Comisión de Códigos omite el siguiente texto—artículo 1.040—del Código Civil francés: «Toda disposición testamentaria hecha bajo condición dependiente de un suceso incierto, y que según la intención del testador no debe cumplirse en cuanto suceda o no, *caducará, si el heredero instituido o el legatario muere antes de su cumplimiento*». Si en las tres disposiciones se parte como origen de sus efectos de una interpretación de la voluntad del testador, en el Código francés ha de ser expreso el efecto del término—la transmisibilidad de derechos—en los otros dos textos, se parte del supuesto de admisibilidad, como excepción de la regla que pervive *semel heres semper heres*, que persiste de forma vergonzante y sin la lozanía que debía tener la enunciación.

El error es doble: el empleo del término condición, en cuanto comprende al término, en el sentido romano, de supervivencia, que se trata de derogar, y el uso de este vocablo desde el punto de vista gramatical, que también tiene mayor amplitud que el jurídico, en que la condición tiene que recortarse en el artículo 647, según la sentencia de 3 de noviembre de 1931, en que se entiende en el sentido de obligaciones o cargas, y en el sentido de compromiso, en la Resolución de 8 de enero de 1921 y sentencia de 25 de enero de 1929. Desde luego en ninguno de estos textos aparece la certeza o incerteza como base de sus efectos, que es el límite de la demarcación entre el término y la condición.

Si la condición o término cuando es simple lo consideramos con arreglo a la concepción unitaria de la sucesión sucesiva, como cubierto un flanco por el heredero legítimo, entonces venimos a completarlo con otro precepto del Código Civil, y es el artículo 784, que constituye un enclave entre los preceptos de la sustitución fideicomisaria, que viene a cancelar la idea del fideicomiso condicional

con que lo redactara DURÁN Y BAS en las Bases aprobadas por la Comisión de Códigos. Al buscar su origen, siguiendo el texto de la ponencia de la Comisión de Códigos, nos encontramos con el «artículo 785. El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde el momento de la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos (1.868 Cód. Port.)», el que a su vez dispone: «El fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde el momento de la muerte del testador, aunque no sobreviva al fiduciario. Este derecho pasa a sus herederos», que viene a completar, en el Código hermano, las disposiciones a favor de los nietos nacidos o por nacer, como únicas sustituciones en la línea directa autorizada. El actual y vigente Código italiano, en su artículo 692, siguiendo la proyección familiar que autorizaba el *Code* en sus artículos 1.049 y siguientes, dentro del campo de la línea descendente o entre la de los hermanos, admitiendo a los *nasciturus*, viene a confirmar la particular configuración de los llamamientos lineales, sobre la institución del término, de forma diferenciada: los que existan en el momento del fallecimiento del llamado en primer grado.

Si limitamos la aplicación de estos artículos, 784 y 799, para el término «cierto», encontramos la confirmación de su admisión en el derecho positivo, que con ligeras variantes vino a ser el artículo 805. Aparece en la ponencia de la Comisión de Códigos: «Artículo 892. Será válida, y surtirá efecto, la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar la institución de heredero o el legado.—En estos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluyere, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primero, no entrará en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido (3.382 Cód. Mej.)», pero viene a representar el revés este precepto del Código mejicano, que dispone: «La designación de día o de tiempo en que debe comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no escrita». En el documentado trabajo de VALLET DE GOYTISOLO, *Los fideicomisos a término y condicionales*, dice: «El artículo 805 se refiere sólo al caso de que se instituya un heredero hasta cierto día o desde cierto tiempo sin prever para el resto del tiempo, con lo que implica una vocación como fideicomiso, en el primero, o como heredero gravado de restitución, en el segundo, de

los herederos *ab intestato*; o también comprende los supuestos de doble llamamiento para tiempo cronológicamente sucesivos si falla por cualquier causa alguno de los llamados. Nos inclinamos por la primera hipótesis, siempre que la intención del testador no resulte ser otra, según el tenor del testamento».

Como vemos, en trazos generales la posición integradora se impone a través de la condición o el término, diciendo CASTRO Y BRAVO: «El plazo resolutorio actúa como suspensivo respecto al sujeto a que ha de revestir el dominio, o ser liberado de la carga». FUENMAYOR, en *La revocación de la propiedad*, cita a BRUGI: «Los modos extintivos de la propiedad, entre los que se encuentra la revocación, son deficientemente tratados, por ser la mayor parte de ellos consecuencia de hechos que a la vez hacen adquirir la propiedad, y se examinan al ocuparse de este segundo aspecto, siendo difícil distinguir los hechos que tienen por efecto esencial la extinción del dominio de los que sólo lo producen accidentalmente». Por tanto, su reflejo en el Derecho de Propiedad, puede y debe ser distinto, pero la confusión aumenta, como señala el citado autor CASTRO Y BRAVO: «En la doctrina antigua se acepta que el término inicial impuesto a un derecho no impide su inmediato nacimiento, y que sólo dilata su ejercicio. Pero pronto comienzan las dudas y debates, desde que algunos señalaron que un derecho subjetivo no puede subsistir sin sus efectos... El trato que dió el Código Civil alemán al plazo, aplicándole preceptos establecidos para la condición (artículo 163, BGB), determinará que la mayor parte de la doctrina alemana hable de una expectativa obligatoria y real, pero sin situación de pendencia». Esta asimilación del derecho positivo no se da en nuestra legislación, aunque haya tenido su influencia, y en la jurisprudencia, sin analizarla en detalle, aunque es frecuente confundir la capacidad con la falta de disposición, se dan dos vertientes, el derecho condicional es enajenable sujeto al evento a que está limitada su propiedad, consolidándose si se purifica la propiedad y revocándose si la condición se cumple. Por el contrario, en la propiedad a término es una expectativa, que no concede al llamado, el derecho de disponer de ella, pero con derecho de transmisión legal hasta que llegue el día determinado.

Todos estos problemas se simplifican bastante cuando la institución de usufructo encabeza la sustitución, y se presentan con

mayor nitidez las soluciones, por venir el término a reforzar las ideas del Derecho real primario de adquisición simultánea de derechos de los dos llamados a la sucesión o sustitución y privarse, por naturaleza, al usufructuario de facultades de disposición. La complejidad de todos estos problemas obliga a plantearlos en escorzo, para concretarme inmediatamente a cada uno de los supuestos más concretos.

#### 19.—LAS INSTITUCIONES A PLAZO CIERTO.

El rigor del término se atenúa cuando se trata de término cierto, a un día determinado que, por consiguiente, no tiene incerteza alguna, por ello venia a disponer el artículo 1.084 del Código Civil de Chile: «*La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho a enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día.*— Si el testador impone la condición de existir el asignatario ese día, se sujetará a la regla de las asignaciones condicionales», cuyo antecedente encontraba LUIS BELLO en el fragmento de PAULO, D. 36, 2, pr. 21: «*Si no se fijó término en el legado, se debe de presente, o le pertenece, desde luego, a aquel a quien se le dió; habiéndose añadido, aunque sea largo, si es cierto, por el ejemplo, para las centésimas calendas de enero, corre, ciertamente, desde luego, el término del legado, pero no puede ser pedido antes del término. Mas si fuere incierto, como cuando fuere púbero, cuando ella se hubiere casado en la familia, cuando hubiere ingresado en la magistratura, cuando, finalmente, hubiese hecho alguna cosa que fuera fácil comprender en la escritura, si no llega el tiempo o se cumple la condición, ni puede pertenecer la cosa, ni puede correr el término del legado.*»

Su admisión señala la contradicción entre el término y la prohibición sustitutoria, diciendo POLACCO, con relación al antiguo artículo 856: «*Se tiene por no puesta en una institución a título universal el día en que debe comenzar o cesar. Así, pues, el poner un dies a quo o ad quem no es compatible con la institución de heredero. Legados, en cambio, se pueden hacer con tal término inicial o final;* lo que es avalorado por el artículo 856, que configura su hipótesis al decir: «*Si a alguien se le deja un legado bajo condición*

o para después de un cierto tiempo, quien esté gravado con el legado puede ser constreñido a dar caución u otra suficiente cautela al legatario...» Ahora bien: este principio, cuya razón no indago aquí, comparado con el artículo 899, prueba que el concepto de la sustitución fideicomisaria le es esencial que el traspaso tenga lugar en un momento característico, y tal es, él, diverso de todos los otros, de la muerte del primer instituido».

Los términos simples de las instituciones sucesorias, se complican por la propia naturaleza que adquieren las transmisiones sucesivas que presuponen una sincronización temporal que siempre no se da. Estas eventualidades se conocen en el derecho de los contratos, bajo la doctrina de las cláusulas *rebus sic stantibus*. Si analizamos los supuestos que nos conserva el *Corpus*, vemos el siguiente pasaje de ULPiano, D. 36, 1, 22, pr.:

Una mujer que habiendo dejado dos hijos bajo la potestad del padre, se había casado con otro, instituyó heredero a su segundo marido, y rogó que restituyera su herencia a sus hijos después de la muerte del padre de éstos, o al que de ellos sobreviviese; se decía que, emancipados ellos por su padre, los restituyó el padrastro la herencia y que después, viviendo el padre, falleció uno de los hijos, se preguntaba si el que de los dos hijos sobrevivía podría pedir la parte restituída a su hermano, como si hubiera sido dada prematuramente. Refiere SCAEVOLA, que el Divino Marco juzgó en audiencia un caso semejante: cierto lacedemonio, llamado Brasidas, varón pretorio, habiéndosele dejado a su hijo un fideicomiso por su mujer, separada por divorcio, si por muerte de su padre se hubiesen hecho de propio derecho, los había emancipado; después de la emancipación pedían el fideicomiso; y refiere que el Divino Marco decretó que se le debían entregar los fideicomisos, interpretándose la voluntad de la madre, la cual, porque no había creído que el padre los emanciparía, había diferido hasta la muerte de aquél el fideicomiso, no habiendo de haberlo diferido hasta la muerte, si hubiese esperado que él los emanciparía. Según esto, ya decía que el decreto del Divino Marco se debía aplicar también a la cuestión propuesta, y que con razón se les pagó a ambos el fideicomiso.

Esta especialidad la recoge ENNECERUS: «Pero a esta distinción teórica se opone en el lenguaje moderno, como ya también entre Derechos romanos, otra división más atenta a la práctica. La ex-

presión plazo sólo la empleamos para los dos primeros casos (*dies certus*), o sea, sólo para los plazos puros, y hablamos en los dos últimos casos (*dies incertus*) sólo de condición, o sea, que *concebimos la unión de condición y término como una unidad*, y la destacamos como una excepción cuando en la condición no va implícito un plazo. Así, pues, *distinguimos la determinación de tiempo con respecto a la condición por la nota de su certidumbre*; y la definiremos así: determinación de tiempo es la limitación añadida a una declaración de voluntad, cuyo sentido es que un efecto jurídico sólo debe empezar (término inicial) con la llegada de un acontecimiento futuro y cierto o sólo debe durar (término final) hasta la llegada del mismo».

Más concretamente en cuanto a la solución realista romana, dice BINDER: «En este punto hay que tener en cuenta que no todo lo que parece condición lo es realmente en el sentido jurídico, y que tampoco hay que considerar como término, por cierto, todo aquello que lo sea según el tenor de las palabras. Así, por ejemplo, la condición de derecho no es verdadera condición, y en cambio una fecha puesta a una atribución puede tener, en verdad, la trascendencia de subordinar su eficacia a la sobrevivencia del favorecido en esa fecha. Así lo establece ya el Derecho romano, *Tampoco es necesario que las limitaciones estén contenidas también en el testamento, sino que pueden deducirse de la interpretación*». A lo que anota LACRUZ BERDEJO: «No hay que designar como condición o término a los designados como tales en la declaración testamentaria, sino a los que realmente lo son, para lo cual es decisiva la voluntad del causante. Incluso habrá casos en los cuales una modalidad que ordinariamente juega como condición, según la real intención del testador, debe constituir simplemente un término que, como tal, no hace incierta la disposición y sólo difiere el momento de ejecutarla. Por ejemplo, *el tiempo que tarda una persona en alcanzar cierta edad* funcionará en general como *condición*—se subordina la eficacia de la disposición a la supervivencia hasta la edad señalada—, pero funcionará como *plazo*, si, lo que ha de suprimirse, *el testador ha querido, con sus palabras, simplemente un período de tiempo*. Inversamente el señalamiento de *un número de años puede funcionar como condición* si el testador ha entendido subordinar la efectividad de la institución o el legado a que el fa-

vorecido viva el tiempo fijado (la sentencia de 14 de diciembre de 1944 admite esto con excesiva facilidad)».

Las dos instituciones típicas son el usufructo o la fiducia hasta una edad determinada del agraciado, generalmente mayor de edad, o bien durante un número determinado de años: veinte o treinta. El problema jurídico se plantea cuando en cualquiera de estos supuestos el primer llamado no vive el número de años fijado, si entran los herederos del prellamado hasta el cumplimiento de la circunstancia o los legítimos del testador, por considerar la herencia vacante durante este tiempo, o se produce un adelantamiento de los llamados en segundo término, pues como dice COLÍN Y CAPITÁN: *«Cuando la sustitución está establecida en una disposición testamentaria puede ocurrir que ésta caduque por premorir el fiduciario. En este caso es evidente que los fideicomisarios, si ya existiesen, tomarán los bienes de la sustitución a la muerte del testador, pero ¿en qué concepto? ¿Como legatarios subsidiarios, en cuyo caso la sustitución vulgar, dejando de ser fideicomisarios o a título de sustitutos? La cuestión tiene interés, porque en la primera hipótesis sólo los hijos del fiduciario que estén vivos o concebidos obtendrán derecho a los bienes objeto de la sustitución, mientras que en la segunda deberán resolverse los derechos de los hijos futuros. Creemos que esta segunda opinión es la más acertada, por ser la más conforme con la intención del disponente; además, era la consagrada por el Derecho antiguo (Ordenamiento de 1747, art. 27)».*

La dificultad, por ser grande, hay que desdoblarla y concretarla al problema en el usufructo simple o sucesivo, cuando la institución temporal está sujeta a un término cierto (un determinado número de años) o a la mayor edad del favorecido (u otra edad determinada), que son las dos formas de manifestarse. Son varios los pasajes que encuentro, pero concretamente sobre el usufructo no se cita más que una Constitución, y a falta de fuentes directas sobre el problema que nos ocupa, copio el D. 36, 1, 46 de las *Epístolas* de JAVOLENO:

Seyo Saturnino, primer piloto de la armada británica, dejó en su testamento heredero fiduciario a Valerio Máximo, capitán de una trirreme, a quien le *pidió que restituyese la herencia a su propio hijo* Seyo Oceano, cuando éste hubiese llegado a la edad de *dieciséis años*; *ahora Malio Séneca, que se dice tío materno de Seyo*

*Oceano, pide estos bienes a título de parentesco; pero Máximo, capitán de la trirreme, los reivindica para sí por esto, porque falleció aquel a quien se le había mandado que los restituyera; en su consecuencia, pregunto si estos bienes le pertenecen a Valerio Máximo, capitán de la trirreme, heredero fiduciario, o a Malio Séneca, que dice que es tío paterno del joven fallecido. Respondí: Si Seyo Oceano, a quien se le debía restituir por Valerio Máximo, heredero fiduciario, la herencia dejada por fideicomiso en virtud del testamento de Seyo Saturnino, cuando tuviese dieciséis años, falleció antes de cumplir la edad prefijada, la herencia fiduciaria pertenece a aquel a quien hubieren pertenecido los demás bienes de Oceano, porque el término del fideicomiso corrió viviendo Oceano; por supuesto, si pareciera que prorrogado el tiempo de la entrega, más bien le permitió al heredero fiduciario la tutela, que no fijó el término incierto para el fideicomiso.*

Al cabo del tiempo hemos avanzado poco; la división dogmática entre condición y término queda relegada a un problema, igualmente, de interpretación de voluntad, que, afortunadamente, en el estudio del usufructo temporal es mucho más fácil cuando el usufructuario no cubre la meta señalada por el testador, pues se concreta a un enclave, entre la fecha de la muerte del usufructuario y el del término fijado en la disposición testamentaria. Otro pasaje del *Corpus* adelanta la transmisión, diciendo el D. 36, 1, 62, 1:

Uno legó a un alumno cierta cantidad, y dispuso que ésta fuese recibida por Sempronio, y que se le pagasen al alumno ciertos intereses, hasta que llegase a los veinte años; después encomendó a la fidelidad del alumno, que, si falleciera sin hijos, restituyese parte a Sempronio, y parte a Septicia; se preguntó si habiendo fallecido el alumno antes de cumplir los veinte años, podrían pedir los sustitutos el fideicomiso, o esperarían al tiempo en que si viviese el alumno cumpliría los veinte años. Respondí—dice SCAEVOLA—, que, según lo que se exponía, podían.

Si el legado puro y a término tienen de común la simultánea adquisición, por lo que es indiferente una u otra calificación, difiere el nudo propietario, que puede disponer libremente desde el momento de la muerte del testador, si no está sujeto a término fijo, en cuyo caso carece su expectativa del poder de disposición, como demuestra la sentencia de 22 de abril de 1903, aunque en

este caso esté, además, trabada por una prohibición testamentaria:

Considerando que por la cláusula 18 del testamento de don Manuel Cazalilla de 18 de febrero de 1879, que con la aclaración del otorgado en 2 de diciembre de 1891 fué ratificado por el de 22 de noviembre de 1894, según apreciación de la Sala no impugnada en el recurso, se favoreció con el legado de una casa en Valladolid a doña Martina y doña Ramona Cazalilla y a don Félix García Cazalilla, con la prevención de que la heredera instituída o sus causahabientes *no le harían entrega de ella hasta doce años después del fallecimiento de la hermana del testador*, doña María Jesús, usufructuándolo entre tanto la heredera, por donde, para los efectos de la cláusula 22 del mismo testamento, que *prohibió a los legatarios* vender su parte antes de tenerla recibida, es evidente que ya se trate de un legado de nuda propiedad, que después había de inscribirse con el usufructo, como lo entendieron y fué aprobado por los interesados en la escritura particional, ya un legado desde cierto día que autoriza el Código Civil en su art. 805 y del que se deriva la necesidad de que hasta que llegue el día sea poseída la cosa y percibidos sus frutos por el heredero, no puede estimarse que los legatarios tienen recibida su parte mientras no se les ponga en posesión real y efectiva de la finca, o mientras que por el vencimiento del término no nazca para ello la acción para reclamar de los herederos que indebidamente estuvieron reteniendo, porque lo legado y lo que quiso dejar el testador a sus tres mencionados sobrinos fué la casa en pleno dominio, si bien demorando su entrega material, y el derecho a percibir los frutos al transcurso de un plazo determinado, para que no se precipitasen a desprenderse de ella por haber dinero y para que sus herederos se beneficiaran entre tanto con los rendimientos de la misma:

Considerando, por lo expuesto, que los sucesores de doña Ramona y de don Félix, al concertar con el recurrente y llevar a efecto la escritura de 15 de julio de 1898, la venta de la nuda propiedad de las participaciones que en la casa le correspondían, antes de transcurrir los doce años, han incurrido en la sanción penal de la pérdida del legado establecido en dicha cláusula 22, porque aquéllos se desprendieron de la nuda propiedad de su parte antes de recibirla en su integridad, y con arreglo a la voluntad del testador, el día de la entrega, y no al que por ministerio de la ley

adquiere el legatario el dominio de la cosa específica legada, que es el de la muerte del testador, hay que atenerse, para la recta aplicación de aquella cláusula, que, entendida además en los términos que propone el recurrente, resulta vana e inútil:

Considerando que, al acordarlo así en su fallo la Sala sentenciadora, sea cualquiera la pertinencia de sus fundamentos, y declarar consiguientemente la nulidad de la escritura de 15 de julio (que debe entenderse en la parte de la misma, relativa al contrato de venta), y de los demás actos jurídicos que en fallo se expresan, no ha infringido los artículos del Código Civil y sentencias de este Tribunal Supremo que se alegan en el único motivo del recurso, porque todos estos preceptos y doctrina de la jurisprudencia se hallan subordinados al principio fundamental de la voluntad del testador, que es la ley suprema en materia de testamentos, invocados también por el recurrente; y queda demostrado que la voluntad fué que los herederos favorecidos por los legados no vendieran su parte antes de que la tuvieran en su poder, y que si lo hacían, quebrantando su mandato, perdían su derecho al legado.

Aunque de naturaleza híbrida, la disposición sobre la que se funda la sentencia de 14 de diciembre de 1944, es atípica, pues ni encaja en el usufructo, ni en la sustitución fideicomisaria, siendo una típica disposición a término, en que es a su naturaleza, en este caso por disposición expresa la transmisibilidad e indisponibilidad como propiedad a término, pero que no por ello tiene carácter condicional, pues es su ley por la adquisición, que no queda basculante, sino asentada precisamente en la línea preamada. Viene a sentar lo siguiente:

Considerando que los términos literales de la cláusula octava del testamento de doña Francisca Z. son suficientemente expresivos para fijar la intención de la testadora en el sentido de haber dispuesto «mortis causa», y en forma de legado, de la dehesa del Oyuelo Grande, con la finalidad de que una parte de sus productos se aplicase a cierta obra devota en beneficio de su alma y la parte restante en provecho del legatario o de sus herederos o representantes, y que a este efecto estableció el régimen económico-jurídico a que quedaba sometido el legado durante los *treinta años siguientes* al fallecimiento de la causante, en que la finca se cons-

tituirá en estado de *administración*, y durante los años sucesivos a dicho primer periodo de tiempo, en que se podía disponer de la finca, sin dejar de atender con su importe y como deber de conciencia a la obra devota mencionada:

Considerando que late, por tanto, en la constitución del legado el deseo manifiesto de que la finca se mantuviera necesariamente afecta durante los treinta años al cumplimiento del fin aludido, mediante régimen de administración y en manos precisamente del legatario, puesto que le relevó de la obligación de rendir cuentas seguramente por la confianza que le inspiraba, no presumibles en terceros desconocidos, lo que es puro rigor en los términos literales, y de su significación lógica pudiera llevar a la estimación de que durante aquel periodo de tiempo la testadora o representantes, para transferir la tenencia o disfrute de la finca; mas apartada de la controversia judicial este aspecto de la cuestión, *se debe afirmar terminantemente que en dicho periodo de tiempo carecía el legatario de la facultad de enajenar el pleno dominio de la finca*, tanto porque este concepto pugna con el régimen de administración, como porque al referirse la testadora a las facultades del legatario, pasados los treinta años, expresamente le autorizó para «disponer» de la finca y le ordenó, como deber moral, la aplicación que había de dar no ya a los productos, sino al «importe» de la finca (art. 675 del Código Civil):

Considerando que así también lo ha entendido el legatario y la demandada, puesto que, fallecida la testadora, inscribió aquél su derecho, inscribiendo en el Registro, haciendo constar que la finca legada *estaría en administración sin poder disponer de ella durante los treinta años y pasado este plazo adquiriría él o los que la administrasen «franca y libre disposición»*, que es exactamente lo mismo que fué reconocido y aceptado por la demandada en la escritura de compraventa del 30 de junio de 1930, con la cláusula elocuente de que, *por tratarse de venta de un derecho aleatorio sobre la finca, pendiente de que el vendedor viviese durante aquel lapso de tiempo*, se fijaba el precio de 10.000 pesetas, cuando el valor fiscal de la finca ascendía a 196.680 pesetas, según resulta de alegaciones y pruebas no controvertidas (art. 1.281 del Código Civil).

Con estos antecedentes hay que volver al primer considerando, para seguir su reproducción:

Considerando: Que sobre bases de hecho indiscutidas en el pleito acerca de la forma de declaración de voluntad que ha presidido la constitución en legado de la Dehesa del Oyuelo Grande y la venta de los derechos del legatario, el tema fundamental del recurso se reduce a delimitar el objeto de la compraventa, precisando si en firme *se transmitió sólo el usufructo de la finca y eventualmente o bajo condición el pleno dominio de la Dehesa*—tesis de la sentencia recurrida—, o *si la venta recayó, sobre el pleno dominio de la finca puramente, aunque afectada por un gravamen temporal*—tesis del recurso—...

Considerando: Que en trance de calificación jurídica de la voluntad, así fijada, de la testadora y de los otorgantes de la escritura de venta, y siguiendo la técnica clásica en materia de derecho de dominio, entendido como suma de facultades, acogida por el artículo 348 del Código Civil, siquiera no sea la más actual en la doctrina científica, se puede decir: A) Que se trata del *legado de una finca en mero goce de disfrute* durante los treinta años siguientes al fallecimiento de la testadora, *quedando entre tanto expectante la facultad de disposición*, para ser adquirida por reintegración del dominio, transcurrido aquel plazo, bien por el propio legatario si viviera y pudiera actuar como dueño, bien por sus herederos en otro caso. B) Que en este último aspecto de la facultad de disponer, *el legado es condicional*, porque la posibilidad de ser titular del dominio íntegro de la finca legada al vencer los treinta años estaba atribuida al legatario o a sus herederos o representantes, según se produjera o no dicho documento, que es *constitutivo de condición suspensiva y no propiamente de un plazo*, porque aunque juega el término de treinta años—*certus an et quando*—hay que conyugarlo con el hecho de que durante el mismo viva o muera el legatario para que el efecto jurídico de libre disposición se dé en él, o se produzca en sus herederos, y *esta eventualidad de vida o muerte referida a un momento dado implica incertidumbre en el hecho mismo y en su fecha de realización*; y C) Que en otro aspecto, el legado es «modal» durante los treinta años, atendido el gravamen impuesto por la testadora en favor de su alma, aunque después se transforme el «modus» en mera obligación de conciencia, mas este aspecto es, en realidad, intrascendente en la presente contienda, que *gira sustancialmente en torno del derecho*

*puro o condicional transmitido por el legatario a la demandada, y no sobre la obligación accesoria que limita el contenido patrimonial de liberalidad propia del legado, sin impedir la inmediata atribución del derecho en la extensión y condiciones en que haya sido transmitido* (arts. 858, 797, 790 y 791, en relación con el art. 1.125 del Código Civil):

Considerando: Que de las precedentes premisas es consecuencia la estimación de que el legatario no pudo enajenar ni enajenó en el año 1930, «*pendente conditione*», el dominio integral de la Dehesa en forma pura y simple, sino que la venta del pleno dominio quedó supeditada al cumplimiento de la condición suspensiva mencionada, y como la condición no se cumplió por haber muerto el legatario antes de vencer el plazo de los treinta años, quedó extinguida en el momento dicho de la muerte del vencedor el derecho expectante de la demandada —compradora—, para ser adquirido por la demandante como heredera del legatario, que es el concepto en que ha sido llamada por la testadora a la sucesión en el legado y en que actuó en este pleito, por lo que procede desestimar los tres primeros motivos del recurso, en los que se ofrece, como puntal de la tesis que sustentan, la transmisión pura de un derecho que, según lo expuesto, era condicional (arts. 1.113 y 1.114 del Código Civil):

Considerando: Que, afirmado en la sentencia recurrida que la demandante reconoció en escritura pública otorgada el 15 de marzo de 1937, la deuda de 165.805 pesetas que su causante...

La sentencia resuelve correctamente la falta de poder de disposición, pero en vez de fundarla en la voluntad del testador y en ser ésta una institución a término, dado que el demandante era sucesor del vendedor, y por tanto, se habría de entrar en si a éste le obligaban los actos de su causante aunque fueron nulos, divide la cuestión y parte del contenido del contrato de enajenación en que se califica correctamente el derecho. Problemas todos estos de notoria dificultad, y en que la doctrina alemana de la asimilación de la propiedad sujeta a condición y a término, ha aumentado la oscuridad que no es posible sintetizar, por su confusionismo, en este lugar.

El planteamiento originario de la cuestión, sobre adquisición de los derechos cuando surge la premoriencia anticipada del usufruc-

tuario llamado por veinte años, en la siguiente sentencia de 2 de julio (junio en el Aranzadi) de 1952, que declara:

Considerando: Que sin discusión alguna por las partes litigantes acerca de la validez del testamento ológrafo otorgado en 5 de agosto de 1946 por don F. V. C., que debidamente protocolizado constituye la ley de la sucesión, surge la discrepancia entre aquéllos al examinar *la situación jurídica creada por el fallecimiento del usufructuario*, del resto de la herencia *antes de cumplirse el plazo de duración fijado por el causante de dicho usufructo*; las consecuencias de dicha casación respecto a la nuda propiedad de los bienes, según se indica en el testamento, y la determinación de por quién y cómo habría de ejecutarse el designio del testador en este respecto; cuestiones que cada uno de los recurrentes pretenden resolver en sus respectivos recursos, conforme a sus particulares puntos de vista, combatiendo así el criterio del juzgador de instancia reflejado en los pronunciamientos de la sentencia recurrida:

Considerando: Que al constituir el testador el usufructo durante veinte años del resto de los bienes que integraban su herencia a favor de don R. C. P., no determinó de manera expresa a quién quedaba atribuida la nuda propiedad de los mismos, y *este silencio da ocasión al recurrente actor, D. V., para fundamentar el primer motivo de su recurso*, encaminado a sostener que, en correcta interpretación del testamento, por no haber dispuesto el testador de la totalidad de sus bienes, *puesto que dejó sin titular la nuda propiedad del resto de ellos*, se está en el caso que previene el número segundo del art. 912 del Código Civil, *y debe, por tanto, abrirse la sucesión intestada* para que los designados herederos atrajeran a sí la expresada nuda propiedad; pero si bien es cierto que al descomponerse el dominio de sus dos elementos jurídicos, apropiación y goce, *no puede quedar sin titular cada uno de ambos derechos*, determinando ya de modo expreso el del usufructo, no es difícil señalar cuál ha de ser el de la nuda propiedad, si, por lo menos, *se ha establecido el destino que ha de darse a los bienes al cesar el usufructo, porque en aquel momento es cuando por reversión se vuelven a unir los diversos elementos, constituyendo de nuevo el dominio pleno*, y en el presente caso, dispuesto expresamente por el testamento, *que los bienes, terminado el usufructo, se destinarían a obras benéficas*, es indudable que a esa institución de obras be-

*néficas se atribuía la nuda propiedad expectante de los bienes usufructuados, y, por tanto, a falta de heredero testamentario, que por serlo atrae a sí los bienes hereditarios que quedan sin disponer, carecería de utilidad la apertura de la sucesión intestada, a los solos efectos de en el presente caso de que hubiera un titular teórico de aquella nuda propiedad sobre todo, si en la intención del causante aparece indicada la ejecución de aquella destinación de los bienes sin alusión a otras personas que las que resulten del testamento:*

Considerando: Que en el segundo motivo del recurso formulado por don J. D. V. se aborda el tema de la ejecución de la voluntad del testador en cuanto al destino de obras benéficas para perpetuar su nombre, del resto de la herencia una vez terminado el usufructo de ellos conferido a don R. C. R., respecto del cual la sentencia recurrida ha dispuesto que se entreguen al Ministro de la Gobernación, como patrono de la Beneficencia general, y después de combatir la pretensión de los herederos del señor C. R., de ser ellos como continuadores de su padre los encargados de ejecutar aquel mandato del causante, lo que era innecesario, porque la sentencia recurrida desestima dicha pretensión por idénticos o análogas razones aducidas por este recurrente, impugna la apreciación de la sentencia recurrida de haberse terminado normalmente el usufructo por expiración del plazo del mismo, hubiera sido el dicho señor C., como comisario o mandatario del causante, pero coincidiendo con la dicha sentencia, en que *fallecido el señor C., se extinguió su mandato por ser encargo personalísimo*, que tal fué lo que con ciertas instrucciones para cuyo desarrollo lo encomendaba al consejo de los amigos expertos, estima que ha debido de aplicarse el artículo 911 del Código Civil y *encomendar a los herederos la ejecución del difunto*, y como no hay herederos testamentarios insiste en su pretensión de que *debe abrirse la sucesión intestada, solución que, por otra parte, nunca estuvo en el ánimo del testador y contraría notoriamente su voluntad*, porque lo mismo por el contexto del testamento que por lo deducido de las manifestaciones de los testigos recogidas en la prueba por el juzgador de instancia, la intención del causante fué la exclusión de sus parientes de su herencia, y si se tiene en cuenta *la especial situación de esta sucesión testamentaria, creada por el fallecimiento inesperado del usufructuario* sin haberse cumplido la previsión del testador, en que

al quedar los bienes libres del usufructo han de seguir la trayectoria marcada para tal momento y al establecer que las obras benéficas indicadas lo serían para perpetuar el nombre del testador, se dibuja claramente la creación de una fundación que a falta de otras expresas determinaciones sólo corresponde a la beneficencia estatal en situación muy similar a la que contempla el artículo 956 del Código Civil, y en tal supuesto no parece inaceptable el criterio que estableció el Real Decreto de competencia de 23 de marzo de 1892 en caso análogo al presente, de que *como los dichos bienes van al Estado con un fin determinado, no existiendo la entidad jurídica o persona física que haya de hacer entrega y distribución de los mismos, se estima que al Estado, como heredero, corresponde la ejecución de la voluntad del causante*, y no es preciso el medio de abrir la sucesión intestada para el solo trámite de que los declarados herederos hicieran entrega de la herencia:

Considerando: Que en la tantas veces citada disposición testamentaria del señor V. C. de que, terminado el usufructo, habían de destinarse los bienes a obras benéficas para perpetuar su nombre, «no puede estimarse en modo alguno como institución hecha a favor de persona incierta que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 750 del Código Civil, estaría viciada de nulidad...»:

Considerando: Que el argumento básico con que intentan los señores C. S., en su recurso, impugnar la sentencia recurrida consiste en afirmar que la asignación durante el plazo de veinte años por el testador señor V. C. del usufructo del resto de la herencia de que no había dispuesto, a favor de su padre y causante, don R. C. R., no constituye un simple legado de usufructo, sino una designación de heredero *ad tempus* que integra el disfrute de la herencia durante dicho plazo, transmisible a los herederos del instituido en iguales condiciones, y como asimismo se encomendó a dicho señor C. R. la entrega de ciertos bienes (alhajas y cantidades) la ejecución de ciertas obras (el panteón) y la realización de lo necesario para cumplir la voluntad del causante respecto del destino que había de darse al aludido resto de la herencia, finalizado el plazo expresado de los veinte años, se le hizo sujeto de una institución modal que le imponía todas las obligaciones enumeradas, y por ser los recurrentes herederos testamentarios de su referido padre y causante, don R. C. R., le suceden en sus derechos y obli-

gaciones, y, por tanto, les corresponde continuar en el disfrute de aquel resto de la herencia hasta que finalice el resto de los veinte años establecido y también la ejecución de las disposiciones testamentarias, singularmente en lo que al destino de los bienes se refiere, y como la sentencia recurrida ha desconocido tales derechos y obligaciones se denuncia en el primer motivo la infracción del artículo 675 del Código Civil sobre interpretación del testamento, y además la de otros varios preceptos de dicha Ley substantiva civil, atinantes a las varias cuestiones planteadas:

Considerando: Que aparte de la doctrina que anteriormente quedó expuesta, como reproducción del reiterado criterio de esta Sala de que en tesis general, dada la índole y finalidad de la casación en la interpretación de los testamentos y contratos, vale siempre la efectuada por el Tribunal de instancia sobre la pretensión de los recurrentes, a menos que se demuestre la falta y lógica de la primera sobre la pretensión de los recurrentes, a menos que se demuestre la falta de razón y lógica de la primera, como opuesta a la voluntad de los otorgantes, o la notoria infracción de algún precepto normativo, lo que no acontece en el presente caso, todos los razonamientos de los recurrentes señores C. S., expuestos en el Considerando anterior para sostener su recurso carecen de consistencia a los fines propuestos por los errores en la base que se apoyan, pues tanto la lectura del testamento ológrafo, tantas veces citado, de don F. V. C., de 5 de agosto de 1936, reproducción casi exacta de otro también ológrafo de 5 de julio de 1934, para conocer con toda claridad y precisión, como lo hace la Sala sentenciadora, cuál fué la voluntad del señor V. C. en su testamento con respecto a su sirviente don R. C. R., determinada en tres conceptos perfectamente delimitados cuando le instituye legatario en propiedad de ciertos bienes que expresamente menciona; dispone otras mandas o legados cuya ejecución le encomienda; le instituye después, con separación de cláusulas usufructuario por el plazo de veinte años del resto de sus bienes, terminado el cual señala el destino de dicho remanente, empleando de manera correcta y, por tanto, consciente, dada su reconocida cultura las palabras «usufructuará» y «usufructo», de lo que se deduce que no hubo la institución de heredero *ad tempus* que pretenden los recurrentes (lo que en todo caso, si así fuera, *al tener que disfrutar los bienes sin facultades de dispo-*

sición y entregarlos, terminado el plazo a otro definitivo heredero, sería más bien una institución fideicomisaria tampoco transmisible a los herederos del instituido sin previa expresa declaración en tal sentido), sino el otorgamiento de un legado temporal de usufructo que terminó con la muerte del usufructuario a tenor del número 1.º del artículo 513 del Código Civil, de aplicación general en el usufructo, porque, como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente temporal, extingible por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado cuerpo legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas, lo cual no ocurre en el caso de autos en que el testador lo constituyó nominal y limitativamente a favor del señor C. R., sin trascendencia ni alusión a los hijos a pesar de que con otros motivos los nombra en su testamento, y del mismo modo también quedaron extinguidos al fallecimiento del señor C. R. las obligaciones comisorias que le fueron conferidas para ejecutar las otras disposiciones testamentarias, por ser sin duda alguna personalísimas en razón de la confianza presupuesta y sin posible transmisión a sus herederos, resultando de lo que antecede que la Sala de instancia no incurrió al dictar la sentencia recurrida en las infracciones que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se denuncian en los cuatro motivos del recurso de los señores C. S., que por ello deben ser desestimados, ya que es clara la inexistencia del fundamento de la transmisibilidad por herencia del derecho de usufructo y de las obligaciones para la ejecución del testamento que sirve de base a dichos recurrentes herederos del señor C. R. para sostener la argumentación de los expresados cuatro motivos, habiendo de rechazarse asimismo la alusión que en los motivos primero y segundo se hace *ad cautelam* al número 7.º del artículo 1.692 de la citada Ley adjetiva, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba, porque se aduce como documento auténtico el mismo testamento que se pretende interpretar y que, como se dice en igual caso del recurso anterior del señor D., no puede ser considerado como prueba por su propia valoración:

Considerando: Que en los motivos quinto y sexto del recurso de los señores C. S., aunque formulados con diferente rúbrica, se encierra una sola argumentación básica de los mismos, cual es la de

haberse infringido en la sentencia recurrida el artículo 675 del Código Civil, al interpretar el repetido testamento del señor V., por cuanto reconociéndose la eficacia de la institución de usufructo durante el plazo de veinte años, se ordena antes de terminar dicho plazo de la entrega de dichos bienes al Ministro de la Gobernación para su destino a obras benéficas, incurriendo así en contradicción y además contrariando la voluntad del testador, que hasta la finalización de dicho lapso de tiempo no quiso dar a su herencia tal destino, aparte de que aun admitiendo que la Beneficencia estatal fuese heredera del causante, lo sería desde cierto día «aquel en que finalizase el tantas veces repetidos veinte años», que no habrá llegado hasta el 4 de junio de 1957, violándose, por tanto, por *falta de aplicación el artículo 805 del Código Civil*, pero estos razonamientos del recurrente quedan destruidos con sólo tener en cuenta, que es lo que los recurrentes olvidan, que ciertamente en el tantas veces citado testamento del señor V., *la entrega del remanente de los bienes para su ulterior destino estaba sometida a una condición que era la terminación señalada del usufructo con que los gravaba, pero resuelta de manera imprevista con la muerte del usufructuario la expresada condición, se adelantó ineludiblemente el momento de dicha entrega a su destinatario, el cual*, y en otro aspecto, aceptando la tesis de los recurrentes, *si se estima que debía ser tenido como heredero desde cierto día no lo era pura y llanamente sino bajo la condición suspensiva dicha, resuelta la cual, advino el día en que debía de hacerse cargo de la herencia*, y, por tanto, sea uno u otro el aspecto en que se considere la cuestión, el criterio de la Sala de instancia fué correcto al resolverla, sin incurrir en las infracciones de que se le acusa en estos motivos quinto y sexto, últimos del recurso de los señores C. S., que, en consecuencia, también, como los anteriores, deben ser desestimados.

Es difícil encontrar en estas materias una unanimidad de opiniones y hay necesidad de remitirse al siguiente texto del artículo 516: «El usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, subsistirá el número de años prefijado, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención a la existencia de dicha persona». La afirmación tan rotunda de la preposición primera contenida en el artículo 466, se balancea con la excepción de la

segunda actual, que le equilibra y desplaza hacia un problema de interpretación de voluntad.

GARCÍA GOYENA, al comentar dicho artículo, citada su precedente, quejándose de que el Código francés, del que lo tomaban otros europeos, no atendiese más que a uno de los siguientes supuestos del C. 3, 33, 12, de JUSTINIANO:

Con objeto de decidir la ambigüedad del antiguo Derecho, mandamos que cuando uno haya dejado a su mujer o a otra cualquiera persona *un usufructo, por cierto tiempo*, hasta el cual hubiere llegado y a su hijo u otro cualquiera, subsista el usufructo los años que fijó el testador, *hubiere o no llegado a ella la persona de cuya edad se trató*. Porque el testador no miró a la vida del hombre, sino a cierto espacio de tiempo, a menos que hubiere muerto el mismo a quien se legó el usufructo; pues en este caso no es posible que el usufructo se transmita a los herederos, como quiera que sea indudable en derecho, que el usufructo se extingue completamente con la muerte.

§ 1. ... Pues siendo posible que se haya atendido a todo el tiempo de la vida del usufructuario, y no a que el loco vuelva a su juicio, o se cumpla la condición, *es muy justo que el usufructo se extinga con la vida de aquéllos*. Porque así como se extingue el usufructo, si el usufructuario hubiere muerto antes de cumplida la condición, o de acabada la locura, es justo que se extienda a la vida del usufructuario, aun cuanto antes hubiere fallecido el loco o hubiere faltado otra condición.

Este problema de la condición intransmisibile y el término transmissible se presenta como base y supuesto de hecho de la sedicente antítesis a continuación.

JOSÉ LATOUR BROTONS.

Fiscal y Letrado del Ministerio de Justicia.

(Continuará.)

# La nueva regulación del Registro Mercantil

*(Continuación.)*

## CAPÍTULO IV

### OBJETO Y EFECTOS DE LA INSCRIPCION

#### OBJETO.

El objeto de la inscripción podemos considerarlo en dos aspectos, según que lo contemplemos en sentido mediato o inmediato. Mediatemente el objeto de toda inscripción en el Registro Mercantil no es otro que la publicidad frente a terceros, lo cual se confunde con la finalidad del Registro mismo, ya que es un presupuesto necesario para ella.

Desde un punto de vista inmediato, el objeto de la inscripción está constituido por los hechos, actos o contratos susceptibles de ella que tienen acceso al Registro, y respecto de los cuales, por el aún tímido desarrollo de la institución, unido a lo variado de la materia que comprende, no es posible el que puedan ser sintetizados en una definición, sino que habrá de seguirse en su exposición el criterio de enumeración, pese a lo anticientífico de él.

La prueba de esa afirmación es el que el mismo art. 1.º del

Reglamento determine como objeto del Registro Mercantil, «la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, Sociedades mercantiles, buques y aeronaves, y la de los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes». Siguiéndose con ello, en gran parte, el criterio de enumeración antes apuntado, pero con una mayor imprecisión que si lo hubiese utilizado puro, ya que la frase final, al dejar «a las leyes» la tarea de determinar qué actos o contratos deban ser los inscribibles, trata de conectar el criterio de enumeración que va siguiendo en su iniciación, con lo que resulte de esas leyes, con lo que se consigue únicamente el aumentar la imprecisión de su contenido, ya que si la remisión se hubiese limitado a determinar que serían inscribibles los actos y contratos que se enumerasen por el mismo Reglamento, si bien no se precisaría con ello cuáles fuesen los actos o contratos sujetos a inscripción, ya que habría que analizar el contenido de todo el Reglamento para poderse llegar a una concreción, ésta podría conseguirse con relativa facilidad; pero al remitirse a las leyes en general, la busca por todas ellas es casi imposible, pues siempre quedará la incertidumbre de que exista alguna inscripción regulada por alguna Ley, cuyo contenido está casi olvidado en la práctica jurídica por inaplicación o desuso.

Desde luego hay que reconocer que ese defecto no es imputable en parte al mismo Reglamento, ya que éste ha de limitarse a desarrollar una Ley y ésta, que en nuestro caso sería el Código de Comercio, resulta tan imprecisa y parca en la materia, que sólo puede utilizarse como si se tratase de una Ley de Bases, teniéndose que suplir sus deficiencias por el mismo Reglamento o por la serie de leyes concretas que su parquedad ha hecho surgir, entre las que sólo por vía de ejemplo podemos señalar algunas de gran importancia, que están necesitadas de ser englobadas en una legislación mercantil homogénea, como ocurre con la de Hipoteca Naval, la de Suspensión de Pagos, la de Hipoteca Mobiliaria en la parte referente a los establecimientos mercantiles, etc., etc.

Siguiendo, por tanto, el criterio de enumeración en cuanto a la clasificación del objeto de la inscripción, creemos que es necesario agruparlas previamente, en atención a que se refieran a: situaciones atañentes a personas físicas, a personas jurídicas y

a las cosas susceptibles de inscripción en este Registro, siguiendo dentro de cada uno de esos grupos el criterio de enumeración del que no nos es posible prescindir.

*Inscripciones referentes a personas físicas.*

Dentro de este grupo hemos de comprender a los comerciantes y a los empresarios individuales, respecto a los cuales, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 69, 70, 76 y 83 del Reglamento y en los arts. 20 y 21 del Código de Comercio, serán inscribibles:

1.º La cualidad de comerciante en sí. Con las especialidades derivadas de que éste sea extranjero o mujer casada. En ese último caso, serán también objeto de inscripción el consentimiento del marido para el ejercicio del comercio, tanto expreso como presunto, así como su revocación; la habilitación legal o judicial para administrar sus bienes; la transferencia a la misma de la administración de su dote, y la escritura de haber cesado la separación entre los cónyuges.

2.º Los poderes que se concedan a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros representantes, así como su revocación.

3.º Las capitulaciones matrimoniales y las escrituras dotales, o los títulos de propiedad de los parafernales propios de las mujeres de los comerciantes.

4.º La emisión de obligaciones y otros títulos que se hicieren por los comerciantes.

5.º Los títulos de propiedad industrial, patentes de invención, marcas de fábrica y nombre comercial, así como la cancelación de los mismos.

6.º Y si bien no ya en la forma de inscripción, sino en la de anotación, también se harán constar en este Registro los procedimientos de suspensión de pagos o de quiebra de los comerciantes, o la condena de los mismos a la pena de interdicción civil. Cuyas anotaciones podrán realizarse aun en los casos de que no figure inscrito como comerciante el quebrado, suspenso, etc., para

lo cual se autoriza, como después veremos, a que el que pueda pedir la anotación de esas situaciones jurídicas de quiebra, etc., pueda hacerlo a la vez, y como previa de aquélla, de la cualidad de comerciante del quebrado, suspenso, etc.

*Inscripciones referentes a personas jurídicas.*

Según los arts. 86 del Reglamento y 21 del Código de Comercio, deberán ser objeto de inscripción en cuanto a esta clase de personas:

1.º La constitución de las Sociedades mercantiles, por su forma u objeto, que tengan la nacionalidad española. Las extranjeras que abran establecimientos en España. Y las mutuas de Seguros que realicen actos de comercio extraños a la Mutualidad o se conviertan en Sociedades a prima fija.

2.º El nombramiento y cese de los administradores o liquidadores y los poderes otorgados por las Sociedades, salvo que sean generales para pleitos o para un acto concreto que no esté sujeto a inscripción.

3.º Las modificaciones en el plazo de duración de las Sociedades, o en el capital de las mismas.

4.º La emisión y amortización de obligaciones, cédulas o billetes de Banco.

5.º La fusión, transformación, rescisión parcial, disolución y liquidación de estas personas jurídicas.

6.º Y los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos o influyan en la libre disposición del capital.

*Inscripciones referentes a cosas.*

En este grupo, que puede ser el iniciador de un posible Registro mobiliario, se comprenden en la actualidad únicamente a los buques y a las aeronaves de nacionalidad española, y esto sólo cuando estén destinadas o puedan destinarse a fines industriales o mercantiles. En cuanto a ellas, se considerará como objeto

de inscripción, según los arts. 145 y 147 del Reglamento y el 22 del Código de Comercio:

1.º Su dominio, incluso cuando aún estén en construcción, a los efectos, en este último supuesto, de poderlos gravar con alguna hipoteca.

2.º Los actos y contratos de trascendencia real que a ellos se refieran, como ocurre con los cambios de dominio, los gravámenes, etc.

3.º Finalmente, y aunque sólo en cuanto a los buques, también serán objeto de inscripción los cambios de denominación, así como los de cualquiera de las circunstancias que se enumeran en el núm. 1.º del art. 22 del Código de Comercio, cuales son: la clase de aparejo; sistema o fuerza de las máquinas; material del casco; dimensiones principales de eslora, manga y puntal; tonelaje total y neto, y señal distintiva que tiene en el Código Internacional de Señales.

#### EFECTOS.

En ningún otro aspecto como en éste se aprecia mejor la peculiar posición del Registro en nuestra patria, tanto si se trata del Inmobiliario como si es del Mercantil o del de Hipoteca Mobiliaria.

Ya dijo atinadamente Madison, en una frase expresiva de un verdadero teorema jurídico, y el cual ha probado hasta ahora su certeza, que «la idea de sanción es tan substancial a la idea de ley como la idea de coerción a la de gobierno». Y siguiendo ese mismo orden de ideas, aunque refiriéndolas a un punto más concreto, podemos decir que los efectos de la inscripción son consubstanciales con su obligatoriedad, por lo que seguirán, en cuanto a su importancia, a la postura legal que sobre esa idea se adopte. Cualquier desviación en ese extremo, cualquier transacción acomodaticia, aunque lo sea con la finalidad de que ella sirva de etapa de transmisión para la introducción del principio con posterioridad, sólo motivarán el reducir los efectos de la inscripción hasta dejarlos reducidos a la nada, aunque las apariencias puedan dar a entender otra cosa, pues a ello equivale el privarles de sanción,

o sea el que no esté sancionada la falta de inscripción en el Registro del título que debió de serlo.

Si a la luz de esa evidencia analizamos nuestro sistema, hemos de reconocer que en él se aprecia destacadamente esa falta de sanción, ya que nuestro ordenamiento jurídico cree haberla conseguido, con declarar que el no inscribiente carecerá de los beneficios que se le conceden a la inscripción, pero ello no constituye «sanción moral ni legal» del sistema, como dice Bento de Farias, sino una aceptación de los beneficios del mismo, lo cual hemos de reconocer que obra en una dirección opuesta, en la del estímulo, menos eficaz desde luego que la de la sanción.

Echávarri, dice al efecto que «el Código no tenía necesidad alguna de haber recurrido a esos caminos indirectos, siendo más fácil y hacedero el prescribir para el comerciante individual lo mismo que estableció para el colectivo», la obligatoriedad de la inscripción.

Pasando del punto de vista doctrinal al legislativo, vemos que el moderno Reglamento del Registro Mercantil se muestra muy parco en cuanto a la regulación de los principios, lo cual sería lo normal en cualquier Reglamento, siempre que éstos se encontrasen recogidos en la Ley, ya que, en caso contrario, tendrá que ser el mismo Reglamento el que, atribuyéndose funciones propias de aquélla, habrá de recogerlos y regularlos.

La norma legal en este punto está recogida en el párrafo 2.º del art. 1.º del Reglamento, por el que se expresa que «la inscripción produce todos los efectos prevenidos en el Código de Comercio y disposiciones especiales». Y para ese simple reconocimiento no merecía la pena de haberse dicho nada. El Código de Comercio ya regía con anterioridad, y lo mismo ocurre con las leyes especiales a que puede referirse, por tanto, o debería de haber silenciado el principio, o al menos haber desarrollado con más extensión los que se derivan de algunas de esas leyes especiales, como ocurre con la de Sociedades anónimas. De esa forma, hubiera podido suplir el Reglamento, hasta cierto punto, el laconismo de nuestro Código de Comercio en cuanto a este extremo.

Esta postura del Reglamento nos obliga a repasar la legalidad vigente en la materia, y de ella podemos resumir como único efecto general de las inscripciones en el Registro Mercantil, el de que

los hechos, actos o contratos inscribibles que hayan sido inscritos, perjudicarán a tercero, no haciéndolo, por consiguiente, los no inscritos, los cuales, por el contrario, podrán ser utilizados por dichos terceros en todo aquello que pueda serles beneficioso.

*Efectos de la inscripción en favor del inscribiente.*

El primero de los postulados contenidos en el anterior resumen está recogido en forma general por el artículo 26 del Código de Comercio, en el que se dice: «Los documentos inscritos sólo producen efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados.»

Perfilándose por la jurisprudencia el hasta cierto punto lacónico principio, se ha precisado su alcance, limitándolo a los documentos que son susceptibles de ser inscritos conforme a las leyes, dejando fuera de su ámbito de aplicación a todos aquellos otros que no reúnan ese requisito de ser posible su inscripción (Sentencia de 18 de febrero de 1899). Esa doctrina es de una evidencia tal, que incluso parece que no debiera de haberse planteado siquiera la cuestión ante tan alto Tribunal.

Más importancia tiene en cuanto a este extremo la sentencia de 30 de octubre de 1909, por la cual se perfiló y limitó los efectos de las inscripciones. Se determinó por ella, que la inscripción no mejora la naturaleza y condición del crédito a que pueda referirse, el cual seguirá teniendo la preferencia que la ley le haya atribuido. Esto es así, porque el efecto fundamental de la inscripción, si ésta se contempla desde un punto de vista negativo, consiste en establecer que el crédito que debiendo ser inscrito no lo haya sido, sufre una disminución en sus efectos legales, ya que deja de producirlos frente a aquellos que se acogieron al Registro, aunque éstos gozasen de un orden de preferencia de un grado inferior, según las leyes; por tanto, la inscripción no hace más que evitar precisamente la pérdida de esa preferencia. Siendo este aspecto negativo del principio, el que se contempla por la referida sentencia.

El artículo comentado plantea aún otro problema de importancia, cuya solución no está recogida de una manera expresa, ni por el Código, ni por el Reglamento. Este problema no es otro

que el de la determinación de cual sea el momento en que se inician los efectos de la inscripción. Podrá objetárenos que es el mismo artículo transcrito el que ha precisado ese momento, ya que señala como tal a la fecha de la inscripción; pero esa afirmación involucra una conclusión, en la cual reside verdaderamente el problema, o sea, la de la determinación de cuál será la fecha de la inscripción a que alude, si la que consta al pie de dicho asiento, o la del asiento de presentación del título de que se trate, y cuya fecha también figura mencionada en el texto de la inscripción misma, pues tan público para terceros es el libro de inscripciones, como el Diario de presentación, y éste, no lo olvidemos, es el que inicia toda la actuación registral, que normalmente tiene como remate el asiento de inscripción.

La Ley Hipotecaria da una norma precisa al efecto en su artículo 24, estimando como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación, la cual deberá constar en la inscripción misma. Pero ese precepto legal no está desarrollado por su Reglamento, en el que no se trata, por lo general, de los efectos de las inscripciones. Esta regulación, que está exenta de toda crítica, es la que, sin embargo, da motivo al problema en orden al Registro Mercantil, ya que su Reglamento se limita a determinar en su Disposición Adicional 4.ª, que se estimará como derecho supletorio para este Registro, a las normas del Reglamento Hipotecario, el cual, como hemos visto, no recoge la de la Ley Hipotecaria sobre la materia, dejándonos con un problema cuya solución no podemos encontrar en la legislación mercantil.

Pese a esa orfandad legislativa, entendemos que deberá de sostenerse la vigencia en este Registro del principio sentado por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, para cuya afirmación nos apoyamos en las tres razones siguientes:

1.ª Que en la antes citada Disposición Adicional, no sólo se establece como norma general que el Reglamento Hipotecario será supletorio del Mercantil, sino que además determina expresamente la vigencia de varias partes del mismo, entre las que se encuentran la referente a la «publicidad formal».

Calificada así como derecho de aplicación directa y principal,

aquella parte del Reglamento Hipotecario que se dedica a la regulación de la publicidad formal, y no como de derecho supletorio, nos encontramos con que en el título que se le dedica a esa materia se contiene, entre otros, el artículo 345, por el que se dispone que, «siempre que deba comprenderse en las certificaciones algunos asientos de presentación», se copiarán éstas literalmente, cualquiera que sea la forma en que se expidan.

Si al tratar de aplicar ese precepto como derecho principal, y no como supletorio, tratamos de comprender la frase entrecomillada, nos encontraremos con que en el resto del articulado de ese título no existe ningún otro que la aclare y precise, por ello habría de concluirse que los asientos de presentación sólo podrán ser objeto de una certificación cuando así se solicite y que, en ese sólo supuesto, será cuando tendrá lugar la vigencia del resto del precepto, referente a la necesidad de consignarlos literalmente en la certificación. Pero esa interpretación es absurda, y podría ocasionar la expedición de certificaciones falsas, lo cual iría contra el tráfico jurídico. Piénsese en una certificación de cargas, en la que la solicitud no aludiese a los asientos de presentación y que, por limitarse únicamente a los de inscripción, dejase de consignar una hipoteca presentada y pendiente de despacho.

Ese supuesto contrario a la esencia y finalidad del Registro es el que, entre otros, ha tratado de evitar el legislador hipotecario, mediante el artículo 230 de la Ley Hipotecaria, del cual es complemento y desarrollo el 345 de su Reglamento, el cual sólo es comprensible, y susceptible de aplicación, en función del primero. Por ello, al establecer el Mercantil como derecho principal el contenido de ese título del Reglamento Hipotecario, ha de presuponer forzosamente la vigencia de aquel artículo de la ley, siquiera como complementario o supletorio, y esto sin posibilidad de ser discutido.

De todo ello, así como de otras consideraciones que por su evidencia omitimos consignar, hay que deducir que el principio de publicidad formal, o sea, la producción de los efectos derivados de ese principio, han de iniciarse en la fecha del asiento de presentación, consolidándose al realizarse la inscripción que de él se derive, en la cual y como ya dijimos, habrá de hacerse constar la fecha de aquél, como así se recoge en los formularios publicados como adjuntos del Reglamento del Registro Mercantil.

2.<sup>a</sup> Todo el título II del Reglamento del Registro Mercantil está construido sobre la base de que el asiento de presentación es el iniciador de la producción de efectos registrales por los títulos a que se refiera, los cuales se inician con la calificación y el posible recurso contra ella, haciéndose frecuentes alusiones de todo ello en los diversos artículos que comprende; pero no se limita a esto, sino que con bastante insistencia, estatuye la retroactividad de los efectos de las resoluciones dictadas en los supuestos de recurso contra la calificación, a la fecha de la presentación en el Registro de los títulos a que se refieran, siempre que aquéllos hubiesen sido interpuestos dentro del plazo señalado por la ley.

Esta retroacción a la fecha del asiento de presentación respectivo, no es comprensible pueda ser aplicable únicamente a los casos en que exista recurso, dejando fuera de ella a todos los demás, o sea, a aquellos en que la vida registral del título se desenvuelva en la normalidad, máxime, cuando no existe regla alguna que se oponga a esa interpretación, sino que por el contrario, es la misma legislación registral, o cualquier otra ley que se refiera a esta institución, la que, cuando desea que la inscripción no inicie sus efectos desde la fecha del asiento de presentación, bien por constituir dicha inscripción alguna limitación de un derecho concreto que trata de proteger, o bien porque ella envuelva una penalidad contra alguna clase de sujetos jurídicos, se preocupa de precisar cuál sea el momento concreto, desde el que deberá de producir efectos la clase de inscripción a que se refiera.

3.<sup>a</sup> Desde el punto de vista de los principios hipotecarios, el que aquí sostenemos, aunque sin estar dotado del carácter de generalidad de los tradicionales, es indispensable para una recta aplicación de casi todos los demás, y especialmente para el de tracto sucesivo que se recoge por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil. Y sería anticientífico pretender que entendamos como fecha de la inscripción la del asiento de presentación, pero sólo a los efectos del tracto sucesivo, conservándose, para todos los demás supuestos, la del asiento mismo de inscripción, cuando aquella suposición, si indispensable para el principio del tracto sucesivo, resulta también muy necesaria para todos los demás.

*Efectos negativos de los títulos no inscritos.*

Son recogidos esos efectos por el párrafo 3.º del artículo 2.º del Reglamento, en el que se dispone:

«Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producen efectos respecto de terceros. No podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurra en su omisión.»

Además de esa norma general, se contienen otras tres de carácter más concreto en el Código de Comercio, las cuales son derivaciones de aquélla en sus principios, bien que no lo sean en su fecha, por ser el Código más antiguo que el Reglamento.

Dice en su artículo 24, referente a las sociedades, que las escrituras de constitución que no estén inscritas, no producirán efectos contra terceros, surtiéndolos sólo entre los socios que las hubiesen firmado. Sentándose por el 29 una doctrina análoga respecto a los poderes, ya que, si no han sido inscritos, sólo producen efectos entre el mandante y el mandatario, pero no contra terceros. Y determinado finalmente en el 27, al tratar de las escrituras referentes a los bienes dotales o parafernales de la mujer del comerciante, que su no inscripción en el Registro Mercantil, les privará de toda prelación respecto a otros créditos del mismo comerciante, exceptuándose de esta regla las escrituras que se refieran a bienes inmuebles o Derechos reales que hayan sido inscritas en el Registro de la Propiedad, ya que esa inscripción le atribuye los mismos efectos que la que hubiese podido practicarse en la hoja abierta al comerciante en el Mercantil; pero bien entendido que, según se precisó por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de junio de 1904, ese artículo se refiere a la prelación en cuanto a los créditos mercantiles, pero de ninguna forma a los créditos ajenos al ejercicio del comercio, respecto de los cuales, habrán de regir las normas de prelación establecidas por el Código Civil.

*Efectos positivos en favor de tercero, de los títulos no inscritos.*

Pasando al último de los tres postulados que se comprenden en la regla general sobre los efectos de la inscripción, o sea, al de que su falta no priva a los terceros de poder utilizar el hecho, acto o contrato a que pudiera referirse, en todo lo que el mismo pueda

serle beneficioso, hemos de señalar que también ha sido recogido por el Código de Comercio, si bien no de una manera general, ya que se ha limitado a regular dos aplicaciones concretas. Esto no puede significar el que no sea susceptible de ser aplicado a otros supuestos distintos a los que se contemplan por esos dos artículos, ya que su vigencia general es de evidente justicia, y está derivada, a «sensu contrario», del contenido del artículo 26 que antes comentamos. Debiendo de tenerse en cuenta que esta norma general tiene la importante excepción que recoge el apartado final del párrafo 3.º del artículo 2.º del Reglamento, según el cual «no podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión».

Las dos aplicaciones concretas están contenidas en los artículos 24 y 29 del referido Código. Según el primero de ellos, las escrituras de sociedad que no hayan sido inscritas, podrán ser utilizadas por terceras personas en lo que a ellas les sea «favorable». Y expresándose por el segundo, que los poderes no inscritos, no perjudicarán a tercero, «quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables». Y sin que lo limitado y preciso del contenido de ambos preceptos requiera más comentario, ya que el referente a las sociedades irregulares, según denominación doctrinal, lo comentamos posteriormente en este mismo capítulo, e insistiremos sobre él al tratar en concreto de la inscripción de las sociedades.

Hemos ido viendo, al estudiar los efectos de las inscripciones, e incluso los de la falta de ella, que el eje a cuyo rededor gira la cuestión, está constituido por el concepto de tercero, y es precisamente ese uno de los temas que han motivado más comentarios y discusiones, en cuanto a su homólogo en la legislación hipotecaria.

Dice acertadamente Sanz, en sus *Instituciones de Derecho Hipotecario* (tomo I), que debe distinguirse entre tercero y situaciones en que puede encontrarse ese tercero, y esa distinción es muy necesaria, ya que el concepto de tercero debe de ser único, y lo que perfilará sus derechos y obligaciones, mejor dicho, los beneficios o perjuicios que al mismo le afecten, será la situación en que pueda encontrarse, de beneficiado o de perjudicado con la inscripción. Pero aún hay que hacer otra advertencia, y es que cuando se trata del concepto de tercero en el orden jurídico, se va más

allá del simple concepto del mismo en el orden numeral o en el gramatical, ya que para atribuirle aquella calificación, se requieren otras circunstancias tan esenciales como las que son necesarias para los dos últimos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de diciembre de 1901, ya dijo al interpretar el concepto de tercero aludido por el artículo 29 del Código de Comercio, que no bastaba para ello el que no se hubiese intervenido en el contrato celebrado por un mandatario, cuyo poder no se encontrase registrado, sino que hay que entender que tercero es el que contrató con este mandatario, en relación con el mismo y con su mandante. En ese sentido podemos decir que tercero, en un negocio jurídico, es el que no habiendo intervenido en él, es, sin embargo, parte en otro negocio, también jurídico, que se deriva o está relacionado con aquél. Siendo con esta significación, con la que es recogido ese concepto por el propio Código Civil, en su artículo 650, al tratar de la revocación de las donaciones y en el 1.295 referente a la revisión de los contratos, según indica Sanz en la obra antes citada.

Pero aún se requiere otra cualidad para poder atribuir a una persona el calificativo de tercero en el orden jurídico, y ésta no podía ser otra que la de la concurrencia de la buena fe. El Reglamento no contiene una norma general al efecto, pero ello es debido a que carece también de un concepto legal de tercero. No obstante, se expresa con gran claridad sobre la necesidad de que esté dotado de buena fe, por el párrafo 2.º de su artículo 3.º, al decir que la declaración de inexactitud o nulidad de un asiento del Registro, no perjudicará los derechos de terceros «de buena fe», adquiridos conforme al contenido del mismo. Este reconocimiento legal de la buena fe no es indispensable para probar que sea necesario su concurso para obtener la cualidad de tercero, ya que pese a no haber sido recogida por las leyes hipotecarias de 1861 y de 1909, se estimó su necesidad por el Tribunal Supremo en cerca de setenta sentencias, anteriores todas a la vigente Ley Hipotecaria, en la que ya se recoge, habiéndose fundado para ello aquel Tribunal, en que la protección registral está basada en la publicidad, y siempre que esta publicidad actúe, aunque no sea por el cauce normal del Registro, el tercero no puede alegar ignorancia sobre lo que pueda

serle perjudicial, aunque ello no conste en el Registro, y, por tanto, podrá aplicarse la *exceptio dolis generalis*.

De las cualidades que según hemos visto necesita reunir el tercero para tener el concepto jurídico de tal, es, desde luego, la más importante la de la existencia de los negocios o actuaciones jurídicas, más aún que la de las tres personas que resulta esencial en los conceptos matemáticos y gramaticales, especialmente en cuanto al Registro Mercantil, ya que si bien no puede llegarse a ese concepto sin aquéllos, es posible su existencia con sólo dos de éstas, como ocurrirá, en ciertos supuestos, con relación al comerciante, inscrito o no, y lo mismo respecto a las sociedades, pues en esos casos será posible la contraposición de un negocio jurídico con bilateralidad de partes, a la simple inscripción del comerciante o de la Sociedad, la cual, y en el primero de esos casos, se habrá motivado en una simple declaración del solicitante e inscribiente, sin intervención de ninguna otra persona, y menos con la cualidad de parte.

Precisado el concepto, al trasladarlo al Registro Mercantil nos encontramos con que dicho tercero, aun en situaciones análogas, tiene un contenido y una postura distintas, según cuál sea la sección de dicho Registro a que se refiera.

De una parte, como el Registro Mercantil puede ser considerado, análogamente al de la Propiedad, como un Registro de cosas susceptibles de tráfico, si para ello nos fijamos en las secciones referentes a los buques y a las aeronaves, las situaciones en que el tercero puede encontrarse en relación con las inscripciones comprendidas en ellas, serán similares al de la Propiedad, y como en él, la tipicidad del tercero protegido por la inscripción, merecerá la denominación propia de tercer adquirente. Y siendo esa situación, es idéntica en ambos Registros, omitiremos su estudio, remitiéndonos para ello a cualquiera de los numerosos tratados existentes sobre esta materia en el aspecto hipotecario.

Por otra parte, el Registro Mercantil recoge situaciones jurídicas, e incluso simples hechos, relativos a personas físicas o jurídicas, como ocurre con las secciones dedicadas a los comerciantes y a las sociedades, en las cuales no podrá hablarse de tercer adquirente, por ser una situación difícilmente admisible, y sí sólo de tercero en sentido jurídico. Pero si ahondamos más en el conte-

nido de esas inscripciones, e incluso en la finalidad que con ellas se persigue por la Ley, vemos que siempre se parte de la base de que el tercero a quienes puedan perjudicar no será un inscribiente, estando motivada su falta de inscripción, no en una omisión por su parte, sino en una imposibilidad de ella, por no ser susceptible de serlo el acto o contrato de que se trate. Y no se limita a esto sólo la peculiaridad de la situación del tercero en cuanto a estas dos secciones, sino que a diferencia del de la Propiedad, y de su análogo el Mercantil, en cuanto a los buques y aeronaves, las inscripciones en los folios de los comerciantes, o de las sociedades, parecen estar encaminadas, más que a favorecer directamente al inscribiente, a proteger a quien con él contrate, consiguiéndose a la vez el fin indirecto de aumentar su solvencia y su crédito. No quiere ello decir el que la inscripción no produzca un beneficio al comerciante, con la posible contrapartida de un perjuicio a terceros, pero ello ocurre solamente, respecto al tercero que adquirió su condición de tal ignorando lo que debió de conocer, o sea, lo que por el Registro se publicaba.

Con estos antecedentes, un análisis del posible contenido de las inscripciones, nos pondrá de relieve que sus efectos no pueden ser otros que los antes apuntados, y que los terceros a quienes pueden perjudicar, serán aquellas personas que celebren algún negocio jurídico con la Sociedad o el comerciante individual inscrito, pero sin que sea necesario el que ese contrato lo esté también a su vez, máxime, cuando no será susceptible de ello en la casi totalidad de los supuestos. Por lo expuesto y aparte de los efectos peculiares de determinadas inscripciones a que nos referiremos después, puede decirse que los de carácter general quedan reducidos a conceder al inscribiente una preferencia de la que sin ella carecería, o a precisar la capacidad, o las facultades del, o de lo, inscrito, con el fin de que, al surgir el tercero, no queden en la incertidumbre los límites a que éste puede llegar en su actuación, si desea que con ella quede obligado el inscribiente.

Podrá decirsenos que para tan pobres efectos apenas merecía la pena de crear y regular la institución del Registro Mercantil, pero así es, en efecto. Prueba de la estrecha relación que existe, entre la mayor o menor extensión de los efectos concedidos a las inscripciones, y el desarrollo práctico de éstas en la vida jurídica,

es el que la sección dedicada al comerciante individual, a cuyas inscripciones no se les atribuyen más efectos que los generales, apenas ésta desarrolla, máxime si se compara el número de los comerciantes inscritos con el total de los existentes en aquel momento en la nación; en tanto que en las restantes secciones, al concedérsele un mayor número de efectos, y ser éstos de bastante más importancia, pues incluso en la sección dedicada a las sociedades que hemos agrupado anteriormente con la del comerciante individual, aparte de los generales y comunes a éstos últimos, tienen atribuidos otros especiales que les superan en eficacia, por llegar incluso a constituir el requisito necesario para la atribución de la personalidad jurídica, el tanto por ciento de las inscripciones se incrementa hasta llegar casi a la paridad con las existentes en el momento de que se trate, revelándose así el vigor y la utilidad de la institución, y, en consecuencia, la relación de directa proporcionalidad entre efectos y eficacia práctica a que nos referimos al principio.

#### *Efectos especiales de algunas clases de inscripciones.*

Hasta aquí hemos venido tratando de los efectos generales de la inscripción; pero este mosaico de hechos, actos y contratos que constituye el Registro Mercantil, consecuencia y reflejo de su normación jurídica, motiva el que existan bastantes inscripciones con efectos más precisos e importantes que los expuestos, y de los que pasamos a tratar, distinguiendo los referentes a las sociedades de los propios de las inscripciones sobre buques o aeronaves.

Se impone como requisito para la constitución de las sociedades mercantiles por el artículo 119 del Código de Comercio, el que éstas se inscriban en el Registro Mercantil, desde cuyo instante, y según se expresa por el artículo 116 del mismo, tendrán la consideración de personas jurídicas para todos los actos y contratos que realicen. Resulta así como efecto primordial de esas inscripciones el que mediante ellas se le atribuye a la Sociedad una personalidad propia de la que hasta entonces carecía.

La importancia y las consecuencias jurídicas que ello entraña, nos llevaría a pensar, que ese efecto tendría que ser aplicado de una forma rígida; pero esto no ha sido así en la práctica juri-

dica, ya que ha sido desvirtuado parcialmente por nuestro Tribunal Supremo, al poner en conexión ese artículo con el 24 del mismo Código que antes comentamos, llegándose por esa vía a la admisión de las llamadas sociedades irregulares, en las que, verdaderamente, lo más irregular era su admisión como tales sociedades. Publicadas con posterioridad las leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, se ha vuelto por ellas a la verdadera doctrina, reconociéndole a la inscripción un efecto constitutivo, tanto positiva como negativamente, con lo que resulta legalmente imposible el aplicarles la doctrina del Supremo. Y aún más: creemos que en cuanto a las restantes también sufrirá una modificación en este sentido, dado los gravísimos inconvenientes que el libertinaje en la constitución y normación de las sociedades en general produce en la marcha ordinaria de la vida mercantil.

En las citadas leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se exige de una manera tajante, por el artículo 6.º de la primera y el 5.º de la segunda, como requisito indispensable para que la Sociedad pueda quedar válidamente constituida, el que la escritura de constitución se inscriba en el Registro Mercantil correspondiente; dando así a esas inscripciones un efecto constitutivo. Cuya falta, según indica Garrigues al comentar la primera de esas disposiciones, siempre que se produzca después de transcurrido el plazo que la misma ley concede para que puedan ser solicitadas, motiva la «inexistencia» de la Sociedad, y no su nulidad, como se pretendía antes, en razón de los términos utilizados por el Código de Comercio.

Basándose en el mismo principio, aunque desde un punto de vista más general, se contienen varias normas en el Reglamento, por las que se determinan los efectos de las inscripciones referentes a las sociedades, si bien se revela por su redacción que los contempla desde un punto de vista negativo. Se dice por el artículo 95, que: «Los Jueces y Tribunales y las Oficinas públicas no admitirán documento alguno referente a las sociedades de los que se hallan comprendidos en el artículo 86, sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil. Tampoco admitirán dichos documentos los Notarios que, en vista de ellos, hubieran de autorizar cualquiera otros, y deberán hacer constar en éstos la inscripción de aquéllos.»

Parece, a primera vista, que la doctrina sentada por ese artículo constituye la mejor salvaguardia de la obligatoriedad de la inscripción, en virtud de la sanción indirecta que por el mismo se establece, pero el estar carente de desarrollo, y la timidez en la adopción del principio de la obligatoriedad de la inscripción, por no haberse llegado a la inscripción constitutiva, a pesar de que el Reglamento ha sido redactado después de publicadas las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, lo convierten en una declaración «platónica», que en la práctica hay que soslayar, ante la necesidad en que se encuentran los Tribunales de resolver los problemas que se les plantean, en todos aquellos casos en los que no ha sido extendida, ni siquiera solicitada, la inscripción. Sólo una detallada regulación legal de los actos jurídicos condicionales y de los inexistentes, sobre todo en relación con las sociedades, permitiría darle al precepto el contenido y la aplicación que él se merece.

Finalmente, en cuanto a los buques y aeronaves, la obligatoriedad de su inscripción que se establece por los artículos 147 y 179 del Reglamento, es la originadora de su eficacia frente a terceros, según se dispone por el artículo 573 del Código de Comercio. Teniéndose en cuenta que, como ya dijimos en apartados anteriores, en estas secciones sí puede hablarse con propiedad de un tercer adquirente con características análogas al de la legislación hipotecaria. Igualmente les serán aplicables a esos bienes las normas prohibitivas expresadas en el artículo 95, en virtud de la remisión expresa que, para su vigencia respecto a los buques y a las aeronaves, se realiza por los artículos 147 y 190, respectivamente.

Aparte de todos los efectos especiales que hemos enumerado, atribuye a la certificación de propiedad, y de gravamen, del buque por el artículo 145 del Reglamento, consistente en constituir el título bastante para la justificación de su dominio, así como sobre su estado de cargas, en todo lo relativo a su transmisión o gravamen, y cuya certificación deberá de llevarse a bordo del buque, por el capitán del mismo, según se dispone en el artículo 612 del Código de Comercio.

**BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE**

Registrador de la Propiedad.

(Continuará)

## Coordinación del artículo 464 con los 1.955 y 1.962, todos del Código Civil

Pocos artículos del Código Civil han suscitado más controversias en su interpretación que el 464, especialmente en lo relativo al alcance, valor y efectos que su párrafo primero concede a la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe y a su relación con el 1.955 del propio cuerpo legal, regulador de la prescripción adquisitiva de bienes muebles.

Dura ha sido la crítica a que los tratadistas le han sometido. Manresa dice que «amalgama distintos preceptos en el que se mezclan cuestiones diversas», y más duro Muclius Scévola lo califica de incomprensibles, habiendo sido generalmente conceptuado como una copia, tanto gramatical como de contenido, del art. 2.279 del Código Civil francés, y si bien es cierto que recoge, incluso con sus propias palabras, parte de lo establecido en el citado artículo del Código napoleónico, no puede aceptarse que el codificador español, lo haya calcado estableciendo los mismos principios jurídicos que informan dicho artículo, y que sólo contiene parte de la materia prima de la cual se ha servido nuestro codificador, para ampliándola en una parte, reduciéndola en otra, completándola con la institución de la usucapión, y modificando totalmente su sentido, elaborar nuestro 464.

El art. 2.279, al recoger el principio germánico aceptado por su derecho de «en fait de meubles possession vaut titre», establece

ciertamente un principio de propiedad constitutiva en el poseedor de la cosa mueble, que puede generar, en determinadas circunstancias, una adquisición *a non domino*, con una protección al tercero adquirente, basamentada fundamentalmente en la institución germánica de *la Guewere*, y por ello, siquiera sea someramente, queremos examinar su génesis histórica y evolución, hasta plasmar en el Código napoleónico, para mejor comprender su verdadero alcance y poder demostrar que no ha sido tal, ni su fundamento jurídico, lo que quiso establecer el legislador al redactar el artículo 464 del Código Civil, como aseguran algunos tratadistas, tales como Pérez y Alguer, Núñez Lagos, Castán y, más modernamente, Hernández Gil y Sanz, que, siguiendo el precedente de Navarro Amandi, y más principalmente de Alas, con matizaciones diversas, sostienen que confiere al poseedor de buena fe una posición inatacable que hace irreivindicable la cosa poseída.

La publicidad en la transmisión de bienes ha revestido siempre excepcional importancia en los albores jurídicos de los pueblos, porque en su primitivismo normativo han dado especial importancia a las apariencias externas. Así, vemos cómo el Derecho romano, en su período primitivo se vale de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* para las transmisiones *inter vivos*, provistas ambas de un especial aparato externo, y aun cuando en un período avanzado pulimentan y liman su sentido jurídico, no abandonan totalmente las apariencias exteriores, porque la *traditio*, con que sustituye a las anteriores instituciones, todavía conserva los vestigios publicitarios de la entrega, aunque ya junto a ella se exige la existencia de un título transmisor. Ello, unido a la falta de distinción entre bienes muebles e inmuebles, desconocida en el Derecho romano que no perfiló su separación, hizo que no hubiera para los primeros una especial protección de carácter constitutivo por la posesión, y sí sólo la posibilidad de adquirir la propiedad mediante una usucapión, especialmente establecido para los bienes muebles, que fueran poseídos de buena fe, por un plazo de tres años.

En el Derecho germánico no se verificó la mutación del romano, y posiblemente, por su mayor rigidez, continuó aferrado a las formas publicitarias de su estado primitivo, por ello juega especial importancia en las transmisiones de bienes la posesión, por su profundo carácter de apariencia externa, y a su adquisición por

unas instituciones que nos recuerdan al del Derecho romano en su período primitivo, les concede la profunda fuerza legitimadora de la *Guewere*, y da carácter constitutivo la posesión de bienes muebles, sentando los principios de «Hand muss Hand wharen» (la mano debe guardar a la mano), y «wo du deinen Glauben gelassen hast, musdu inh suchen» (allí donde has dejado la confianza debes buscarla). Principios jurídicos de los que fueron excluidos los bienes inmuebles cuya protección se canalizó por la institución de la «*auflassung*», pero que fueron mantenidos para los bienes muebles, y penetrando en la conciencia jurídica francesa, sentaron el viejo principio jurídico de «*En fait de meubles possession vaut titre*», y que plasmó en la redacción del párrafo primero del art. 2.279 de su Código Civil, recogiendo la valoración y efectos de la posesión de bienes muebles, que elaboró el derecho germánico.

Sintetizando esta brevísima evolución histórica de la publicidad en la transmisión de los bienes muebles, necesaria para fijar el ambiente y situación en que se encontraban los legisladores españoles en el momento histórico de la codificación, observamos cómo en el derecho europeo coexistían dos corrientes opuestas, en la valoración de los efectos de la posesión de bienes muebles: a) la germánica, recogida por el Código francés y por la mayoría de los demás Códigos europeos, que le confiere carácter constitutivo, con posibilidad de adquisición a *non domino*, y b) la romanista, que amén de un carácter legitimador *iuris tantum*, no le concede más efectos que la simple posibilidad de usucapir cuando concurre el requisito de la buena fe y por el transcurso de tres años.

En España, aunque posiblemente en sus balbuceos jurídicos, la posibilidad en la transmisión de bienes muebles debió tener la importancia que generalmente ha revestido en todos los pueblos primitivos, quedaron eliminados con la invasión romana, que por la mayor madurez y perfeccionamiento de sus instituciones jurídicas las impuso netamente, y aunque pudieran existir atisbos esporádicos de publicidad en las transmisiones en algunos puntos determinados, cuando en el siglo XIX se inician las tareas codificadoras, imperaban plenamente en la transmisión de bienes muebles los principios romanos, y los efectos de su posesión en la más pura ortodoxia de su doctrina, operaban en este triple sentido:

1.º Con carácter legitimador, como presunción *iuris tantum*. 2.º Como elemento y base para producir la usucapión ordinaria en favor del poseedor, por el transcurso de tres años, cuando concurre la buena fe y el justo título, y 3.º Por la producción del efecto especial, de que en las cosas hurtadas o robadas, la acción reivindicatoria que al dueño compete es imprescriptible, y puede ejercitarla frente a cualquiera y siempre.

### TEORIAS EXPLICATIVAS DE LA BASE JURIDICA DEL PRINCIPIO

Es necesario una somera exposición de las tres teorías que principalmente se han expuesto para fundamentar el principio germanista de adquisición *a non domino*, que sienta el art. 2.279 del Código francés, por su gran importancia para determinar cuál es el principio aceptado por nuestro 464.

Estas teorías son: a) La que lo considera como una adquisición de la propiedad operada por efecto de la Ley, en favor del poseedor de buena fe. b) La que lo reputa como una presunción de propiedad «*iure et de iure*», y c) La que estima se trata de una prescripción instantánea, operada sin transcurso de tiempo alguno, en favor del poseedor de buena fe, y que en consecuencia le hace devenir propietario inmediato.

Esta tercera teoría, a nuestro juicio la más defectuosa, por considerar un caso de prescripción lo que en realidad no puede serlo, por faltar el elemento indispensable del transcurso del tiempo, fué la inspiradora del Código francés, como lo prueba el hecho de sistematizar el precepto, no entre los modos de adquirir por efecto de la Ley, sino entre los artículos destinados a la prescripción adquisitiva, y era sin duda la dominante entre nuestros pensadores jurídicos de la época codificadora. Por eso, cuando únicamente se aceptó el principio de irreivindicabilidad, que fué en el Código de Comercio, quizá por su carácter de avanzada vanguardia del derecho privado, se acude a la ficción de la prescripción instantánea, y así, su art. 85, al sentar su base jurídica haciendo irreivindicables las compras de mercancías en almacenes o tiendas abiertas al público, dice: *causará prescripción de derecho*, y abun-

da más en el propio concepto en su párrafo segundo, al agregar: *para los efectos de esta prescripción se reputará...*, con lo cual se demuestra que cuando los legisladores se plantearon el problema del camino a seguir en la materia, y la necesidad de decidirse por la aceptación del criterio romano o germánico, contrapusieron los conceptos de prescripción instantánea fingida sin transcurso de tiempo, que representaba para ellos el padrón germánico, el de la prescripción adquisitiva por el transcurso de tres años, con el requisito de la buena fe, que representaba la posesión romanista.

#### DIFERENCIA ENTRE EL ART. 2.279 DEL CODIGO CIVIL FRANCES Y 464 de NUESTRO CODIGO

Pese a cierto parecido engañoso en sus respectivas redacciones, las diferencias existentes entre uno y otro artículo son tan profundas, que lo llevan a su adscripción a principios jurídicos antagónicos. Amén de la importante señalada por Alcántara San Pelayo, de referirse nuestro 464 sólo a la posesión adquirida, existen entre ambos importantes diferencias, que para su más perfecto examen, y a efectos puramente didácticos las vamos a catalogar en: A) Sistemáticas. B) De alteración material; y C) Complementarias.

A) *Sistemática*.—Como quiera que para el pensamiento codificador del texto napoleónico, el principio del art. 2.279 suponía una adquisición del dominio por prescripción instantánea, era lógico que lo regularan, y así lo hicieron, dentro de las normas establecidas para la usucapión. Sin embargo, la regulación de nuestro Código Civil no se produce entre ellas, sino en la dictada para la posesión. Si como pretende la doctrina germanista se hubiera querido sentar un verdadero principio de adquisición dominical, hubiera sido lógico verificar su encuadramiento entre los modos de adquirir, o con la misma prescripción, toda vez que, al fin y al cabo, ésta viene siendo considerada por el art. 609 del Código Civil como uno de los modos de adquirir. Pero el Código español ha incluido el precepto entre los reguladores de la posesión, y dentro de ello, de una manera especial, entre las normas estable-

cidas para la determinación de los efectos que su pérdida produce, y así, después de establecer en el art. 460, por cierto de una manera bastante vaga e imprecisa, las causas de la pérdida de posesión, el art. 462 pasa a regular los efectos de la posesión perdida sobre bienes inmuebles, que, como no podía por menos, después de promulgada la legislación especial, remite a la Ley Hipotecaria, y en el artículo siguiente el 463, al regular los efectos de la pérdida de la posesión en general, lo resuelve en el sentido de determinar que los actos relativos a ella, verificados por el mero tenedor, no perjudican al dueño, pudiéndose apreciar aquí el verdadero sentido del pensamiento legislativo, al pronunciarse sobre la materia, al no permitir que el acto realizado por el tenedor pueda perjudicar al verdadero propietario, y no confiere con carácter general perjuicio al dueño, por su desposesión incontestada, siendo por ende muy difícil de admitir que no pueda ser perjudicado en la posesión y pueda serlo en el dominio. Pero, ahora bien, como la seguridad social así lo requiere, esta privación, que no perjudica al tercero propietario, en el sentido de hacerle perder la cosa mueble, si le produce el único y exclusivo perjuicio de correr en su contra y en beneficio del adquirente el plazo para la usucapción, y es precisamente como una consecuencia de esto, que inmediatamente en el siguiente art. 464 regulan los efectos que produce la pérdida de la posesión de los muebles en perjuicio de tercero, a los efectos de la prescripción, y se dice: «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título», por lo que debe entenderse que la palabra título no se refiere a otro que al que, conjuntamente con la buena fe, al que se le equivale, es apto para adquirir el dominio por usucapción.

B) *De alteración material.*—Al hablar de alteración material, lo hacemos más bien en hipótesis de enunciado, sin que quiera decir que las alteraciones practicadas tengan carácter puramente gramatical, porque algunas, por el contrario, supone una verdadera modificación en todo el sentido jurídico del artículo base, modificaciones tan profundas como para ser capaces de cambiar el principio germánico por el romano. Estas alteraciones fundamentalmente son las tres siguientes: a) Una adición: agregar al párrafo primero el requisito de la buena fe. b) Una supresión: supri-

mir en el párrafo segundo el plazo de tres años, durante el cual podía reivindicar el dueño las cosas perdidas, hurtadas o robadas; y c) Una sustitución: la de la palabra «vol» por la de privación ilegal. a) Al párrafo primero se ha agregado el requisito de la buena fe, haciendo equivaler a ésta el título, partiéndose por el legislador de la base de que todo poseedor de buena fe tiene título adecuado, en nuestra opinión, para los efectos de adquirir por usucapión, aunque no lo diga expresamente el texto del artículo. Esta agregación era una consecuencia necesaria si se quería regular la posesión a efectos de la usucapión ordinaria, en tanto en cuanto siempre faltaría el requisito del título, que no es exigido por el art. 1.955 del Código Civil, que se conforma con la exigencia de la buena fe precisamente porque en la equivalencia de ambos en el párrafo primero del 464, la hace ir insito el uno en la otra. Siendo necesario tener en cuenta que la exigencia del requisito de buena fe, para la protección de los terceros adquirentes, es un principio de Derecho romano puro, directamente enfocado hacia la usucapión. b) Mucha más importancia todavía que la adición del párrafo primero, tiene la supresión verificada en el segundo, que, sin embargo, ha pasado en términos generales, inadvertida para la doctrina española, que no la ha valorado en toda su importancia. Consiste en haber eliminado en dicho párrafo segundo el plazo de tres años, que como límite establece el art. 2.279 para poder reivindicar el dueño de la cosa perdida, hurtada o robada. Efectivamente, mientras el párrafo segundo del art. 2.279 del Código francés expresa: «Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans...», el de nuestro 464 dice solamente: «Sin embargo, el que hubiere perdido una cosa mueble, o hubiese sido privado ilegalmente de ella, podrá reivindicarla de quien la posea». Esta supresión implica, que a diferencia del Derecho francés, en donde al propietario desposeído por pérdida o hurto, se le conceden sólo tres años de plazo para reivindicar, en nuestro Código, al no establecerse este plazo por haberse suprimido, ni ningún otro especial, no se le impone más límite temporal para el ejercicio de su acción reivindicatoria que la prescripción extintiva de ésta por el transcurso de seis años que fija el art. 1.962 del Código Civil. La supresión del plazo de tres años que como límite para reivindicar fija el 2.279, tiene una im-

portancia tan extraordinaria, que, apreciada en todo su valor y alcance, nos lleva a interpretar el verdadero sentido del art. 464, que no es antinómico, como se ha pretendido, con el 1.955, sino que, por el contrario, se concuerdan y complementan perfectamente. El párrafo primero, al equivaler al título la buena fe, se proyecta hacia la usucapación ordinaria, único que la exige, y complementando el art. 1.955, que no exige título, porque por la declaración de dicho párrafo primero le basta la buena fe que ya lo engloba. Y en el párrafo segundo se establece la excepción al primero, consistente en que aquellos poseedores con buena fe (y por tanto con justo título) pueden sufrir la reivindicación del dueño, en el caso especial de cosas perdidas, hurtadas o robadas, mientras esta acción reivindicatoria no se haya extinguido por la prescripción. O sea, que mientras el poseedor del párrafo primero puede usucapir por el transcurso de tres años, el del párrafo segundo no podrá adquirir por usucapación hasta que hayan transcurrido los seis años, durante los cuales puede ejercitar el dueño, desposeído involuntariamente, la reivindicación. En consecuencia, el verdadero sentido y contenido del art. 464 es el siguiente: LA POSESIÓN DE LOS BIENES MUEBLES ADQUIRIDA DE BUENA FE EQUIVALE AL TÍTULO, para adquirir por usucapación ordinaria. SIN EMBARGO, EL QUE HA PERDIDO UNA COSA O HA SIDO PRIVADO ILEGALMENTE DE ELLA, PODRÁ REIVINDICARLA DE QUIEN LA POSEA, aunque sea poseedor de buena fe, mientras no se extinga la acción reivindicatoria del dueño despojado.

Por tanto, mientras al propietario normal se le puede enervar su acción reivindicatoria por una adquisición por usucapación ordinaria de tres años con buena fe, frente al propietario despojado no puede darse la prescripción ordinaria, e interpretando el artículo en este su verdadero sentido, no sólo no se contradice con el 1.955, sino que, por el contrario, se coordinan y complementan de una manera perfecta, y así este último, después de sentar que los bienes muebles se adquieren por la prescripción establece en su párrafo último que, en cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiere sido privado ilegalmente, se estará a lo dispuesto en el 464, demostrando con ello que el pensamiento del legislador era el mismo que le venimos atribuyendo, toda vez que no permite adquirir por la usucapación las cosas perdidas, hurtadas o robadas, sino cuando se cumple el requisito

exigido por el 464, de haber prescrito la acción reivindicatoria. Pero aún remacha más el clavo y abunda más firmemente en nuestro criterio todavía el 1.962, cuando al regular la prescripción extinguida de la acción reivindicatoria sobre bienes muebles, y establecer para dicha prescripción el plazo de seis años, hace a continuación la salvedad de que dicha acción se extinguirá antes del plazo de seis años, si el poseedor hubiere ganado por menos tiempo el dominio en virtud de la usucapión ordinaria, pero dice: «Excepto en los casos de extravío, hurto y robo, que se estará a lo dispuesto en el art. 464.»

A nuestro juicio, no puede afirmarse de una manera más clara la certeza del razonamiento expuesto, para la interpretación del verdadero sentido del artículo que comentamos. El art. 1.962 hace prescribir la acción reivindicatoria en los casos normales, por el lapso de seis años, pero con la especialidad natural de que prescribirá antes, si ha sido usucapida con los requisitos legales por un plazo de tres años. Ahora bien, en los casos excepcionales de cosas hurtadas, robadas o perdidas, establece frente a esta excepción a la reivindicación, una contraexcepción, consistente en que, frente a sus poseedores podrá el dueño despojado ejercitar su acción reivindicatoria, conforme al párrafo segundo del art. 464 al que remite, y por tanto, al no fijar plazo en éste mientras no prescriba su acción. Esta posición queda también plenamente corroborada, por la regulación que el Código Penal hace de la acción civil, proveniente del delito y concretamente, de la obligación de restituir la cosa, al sentar, en el párrafo segundo de su art. 102, que «se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal, salvo su repetición contra quien corresponda», donde, como vemos, no se hace salvedad alguna ni se ponen ninguna clase de obstáculos a la restitución al poseedor perjudicado, excepto la que es tan natural que de pura lógica no era necesario hacer constar, del caso en que ya esté prescrita la acción reivindicatoria.

Este es, sin duda, el verdadero alcance de la excepción que establece el párrafo segundo del art. 464, con su encabezamiento de «sin embargo», y que en modo alguno es el que tradicionalmente se le ha venido atribuyendo por los partidarios de la doctrina germanista y que ha venido a constituir la piedra angular

en que ha basamentado su posición, los cuales, partiendo del único hecho cierto que la palabra *sin embargo* tiene carácter de excepción de lo dispuesto en el párrafo anterior, pretende ver en la disposición que establece que «la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, equivale al título», la concesión de un título de propiedad definitivo, razonando que si la excepción es que en los casos de pérdida, hurto o robo puede reivindicarse, la regla general contraria será que en los demás casos no cabe reivindicación. Esta posición respecto a la interpretación del párrafo segundo ha sido aceptada incluso por los defensores de la teoría opuesta, que para enervarla han pretendido ver su talón de Aquiles en la expresión «privación ilegal», extendiendo a ella los casos de abusos de confianza, y diciendo que es tan genérica que viene a comprender todas las posibles situaciones de aplicación de la regla. Pero esto es un desorbitamiento inadmisibile, que el legislador se encarga de echar por tierra en el propio 464 y el 1.962, puesto que como perfectamente dicen Pérez y Alguer, no se extiende la expresión al abuso de confianza, toda vez que del mismo 464, concretando más se habla de substracción, y aún más categórica y específicamente el 1.962 habla tan sólo de pérdida, hurto y robo, como muy bien señala Hernández Gil.

c) La sustitución de la palabra «vol» del artículo francés, por la de privación ilegal de nuestro Código, ha constituido el caballo de batalla de la materia, por la defectuosa interpretación que tradicionalmente se ha venido dando a la excepción del párrafo segundo, pero en realidad carece de verdadera trascendencia, aclarado sus términos exactos por el propio artículo 464 y por el 1.962, conforme a cuyos términos deben entenderse, como decíamos, comprensivo sólo de los conceptos de pérdida, hurto y robo debiendo dejarse fuera de ella las situaciones de abuso de confianza, como la del comodatario, arrendatario, aparcero, depositario o cualquier otro que, teniendo obligación de restituir, enajenó la cosa a un tercero. No deja de ser curiosa la interpretación que Sanz hace comentando el párrafo segundo de la privación ilegal, para él ésta no puede referirse al dominio, porque no puede privarse ilegalmente de éste a nadie, considerando que, por tanto, se refiere a la posesión. Pero como perfectamente anota Alcántara, el párrafo hace referencia a la cosa, que es la que realmente puede ser hur-

tada o robada conforme a las definiciones generales de nuestro Código penal.

C) Al hablar de modificaciones complementarias nos referimos a todas aquellas que no habiéndose verificado en el mismo cuerpo del artículo 464, han sido establecedoras de instituciones inexistentes en el Código francés, porque las hacía inútiles el sistema de adquisición constitutiva que establece su art. 2.279, pero que en el nuestro, al no aceptar el sistema de Derecho germánico, sino romano, era necesario regular en evitación de lagunas legales. Estas son, fundamentalmente, las tres siguientes:

a) *La usucapión ordinaria de bienes muebles.*—A diferencia de los bienes inmuebles, para los que el Código francés establece dos formas de prescripción, respecto de los bienes muebles sólo regula una, dejando fuera del Código la prescripción ordinaria con buena fe, consecuencia lógica del principio sentado por el artículo 2.279, pues si el poseedor adquiere la propiedad inmediata con sólo la posesión, no necesita para nada el instituto de la prescripción, y si la reputa según vimos como una prescripción instantánea, con más razón aún. Pero nuestro Código al aceptar los principios romanos, se le hacía necesario regular la usucapión de buena fe, toda vez que en otro caso hubiera quedado sin amparar la situación de dichos poseedores, que hubieran quedado injustamente equiparados a los de mala fe. Sin que pueda admitirse la tesis de Hernández Gil, que tratando de salvar el gravísimo escollo que para la teoría germanista supone que el Código Civil regule usucapión ordinaria, dice que, aun admitiendo la posición constitutiva, hubiera sido necesario en todo caso la disposición del artículo 1.955, para regular la usucapión de determinados casos que menciona, casi todos relativos a cosas perdidas, hurtadas o robadas, porque no es posible admitir que se establezca especialmente una disposición para la regulación de unos casos, que son precisamente los únicos exceptuados de él por su párrafo tercero, que lo remite al 461.

b) *La acción reivindicatoria sobre bienes muebles poseídos con buena fe.*—La posesión de bienes muebles en la concesión germanista, produce, como apuntábamos fundamentalmente, una dua-

lidad de efectos: primero, propiedad inmediata por el adquirente, y segundo, imposibilidad de reivindicar por parte del dueño de la cosa. A base de esta supuesta irreivindicabilidad que se ha pretendido ver por *contrario sensu* en el párrafo segundo del art. 464, han fundamentado tal doctrina sus mantenedores en nuestra patria. Pero si grave inconveniente representa para admitir la propiedad inmediata por la posesión, la regulación de la usucapión ordinaria por el art. 1.955, porque resulta incomprensible que quien deviene propietario por la posesión tenga, según este artículo, que esperar tres años, aún lo supone mayor aceptar la irreivindicabilidad, cuando el art. 1.962 admite la acción reivindicatoria de bienes muebles poseídas con buena fe, que, por cierto, y a diferencia de la contradicción con el 1.955, no ha sido puesta de manifiesto por los tratadistas.

El art. 1.962, con carácter general y sin separación de ninguna clase, hace prescribir la acción a los seis años de perdida la posesión, sin distinguir entre adquirente de buena o mala fe, con lo que ya demuestra que no hace una separación especial, pero sintetiza más en la excepción que a continuación establece, porque ella claramente se refiere a los bienes muebles poseídos de buena fe al decir: «salvo que el poseedor haya ganado por menos tiempo el dominio, conforme al art. 1.955», y es manifiesto que este ganar el dominio no puede referirse a otro poseedor que al de buena fe, que es el único que reúne los requisitos de dicho artículo. Por tanto, y según la única interpretación posible, no podrá el titular dominical reivindicar cuando hayan transcurrido los tres años, pero sí antes del transcurso de ese tiempo, admitiéndose, en consecuencia, la reivindicación contra los poseedores de buena fe, en tanto en cuanto no devengan propietarios por la usucapión. No quedando siquiera la posibilidad de argumentar que el precepto se refiera a las cosas perdidas, hurtadas o robadas, porque a continuación se excepcionan en el propio artículo.

ANTONIO FUENTES PÉREZ,  
Magistrado Juez de Primera Instancia.

## Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

ENAJENACIÓN DE FINCA POR HEREDERA INSTITUÍDA BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA, CON OBLIGACIÓN DE INVERTIR EL PRECIO DE LA VENTA EN BIENES QUE QUEDARÍAN AFECTADOS POR LA MISMA CONDICIÓN QUE PESABA SOBRE LO VENDIDO.

PUNTUALIZACIÓN PREVIA DE LAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL Y LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS HECHA BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA.

CARACTERIZADA LA PRIMERA POR LA EXISTENCIA DE UN DOBLE LLAMAMIENTO, LA CONDICIÓN AFECTARÁ A LA SUSTITUCIÓN SÓLO AL CONVERTIR AL FIDEICOMISARIO EVENTUAL EN HEREDERO, PERO NO DESTRUIRÁ RETROACTIVAMENTE LOS EFECTOS DEL LLAMAMIENTO HECHO A FAVOR DEL FIDUCIARIO.

POR EL CONTRARIO, LA DISPOSICIÓN HECHA POR EL TESTADOR, ALTERNATIVAMENTE EN FAVOR DE DOS O MÁS PERSONAS, REALIZADO EL EVENTO EN QUE LA CONDICIÓN CONSISTA, DA LUGAR A QUE SE PRIVE DE LA CUALIDAD DE HEREDERO A QUIEN LO HUBIERA SIDO PRIMERAMENTE POR QUEDAR ANIQUILADO TOTALMENTE SU LLAMAMIENTO, QUEDANDO COMO HEREDERO ÚNICO EL QUE FIGURABA INSTITUÍDO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 791 DEL CÓDIGO CIVIL.

ESTO SENTADO, ES INDUDABLE QUE LA FIRMEZA DE LAS TRANSMISIONES QUE REALICE EL HEREDERO BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA, DEBEN QUEDAR PENDIENTES DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN, POR LO QUE LA DOC-

TRINA MODERNA, ANALIZANDO LOS PERJUICIOS QUE SE PUEDEN DERIVAR, TANTO PARA EL PROPIETARIO INDIVIDUAL, COMO PARA LA ECONOMÍA NACIONAL, PROPUGNA LA CONVENIENCIA DE QUE LOS BIENES ASÍ AFECTADOS PUEDAN SER ENAJENADOS, RECIBIENDO EN SU DÍA LOS INTERESADOS EN VEZ DE TALES BIENES LOS QUE OCUPASEN SU LUGAR. PARA ALCANZAR TAL FINALIDAD SE ACUDE, EN DERECHO COMPARADO, A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL Y EN EL NUESTRO QUIERE HACERSE VALER POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 804 DEL CÓDIGO CIVIL, PROCEDIMIENTO APLICABLE A LOS ADMINISTRADORES DE UNA HERENCIA QUE REÚNA LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 802 Y 803 PRECEDENTES, PRECEPTOS QUE DEBEN SER INTERPRETADOS RESTRICTIVAMENTE Y NO CONSIENTEN AMPLIAR LAS FACULTADES QUE CONFIEREN A PERSONAS DISTINTAS DE AQUELLAS A LAS QUE LA LEY SE LAS RECONOCE, ADEMÁS DE SER INEXCUSABLE RESPETAR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR, INEQUÍVOCAMENTE DETERMINADA, A QUE SUS BIENES SIGAN UNA TRAYECTORIA DETERMINADA.

*Resolución del 7 de mayo de 1960 («B. O.» de 28 de mayo).*

Doña Enriqueta Herrera Moya, heredó por testamento de su hermana doña Cristobalina una casa, sita en la calle Puerta de Alcalá, hoy Fernández López, número 5, de la ciudad de Alcaudete, con la condición de que si la heredera moría sin descendencia legítima, pasaría el usufructo vitalicio a su marido, y si no lo tuviese o falleciera antes, la recibirían en pleno dominio, por partes iguales, los parientes más próximos de la línea materna de la testadora. Dicha finca fué inscrita con tal limitación en el Registro de la Propiedad de Alcalá la Real. Fallecido el marido de doña Enriqueta, comparecieron ante el Juzgado de Primera Instancia, en expediente de jurisdicción voluntaria, doña Enriqueta y un hijo habido de su matrimonio, para que en vista de la situación de la finca se autorizase su enajenación en pública subasta y el precio se invirtiera en la compra de otra, ya que la primera, por su antigüedad y el movimiento sísmico de 1951, se encontraba en estado ruinoso; en el precitado expediente tuvo intervención el Ministerio Fiscal, fueron citados personalmente los parientes más próximos por línea materna de la testadora, don Enrique, don Víctor y don Jaime Martí Torres, y por edictos todos los demás que pudieran existir; el 10 de abril de 1954 se dictó auto concediendo a doña

Enriqueta Herrera Moya la autorización solicitada; el 7 de mayo de 1954, previo avalúo y publicación de edictos, se celebró subasta pública en la Notaría de don Antonio González Palomino, en Alcalá la Real, y se adjudicó la casa al único postor, don Fernando Castro de la Garza, por el precio de 22.000 pesetas, que era el tipo fijado, y el mismo día y ante el citado Notario se otorgó por doña Enriqueta Herrera Moya la correspondiente escritura de venta a favor del adjudicatario, don Fernando Castro de la Garza, obligándosele la vendedora a invertir el importe de la enajenación en la adquisición de otra finca rústica o urbana, que quedaría afecta al mismo gravamen de la enajenada.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado este documento en unión de una copia del acta de subasta autorizada por el Notario de esta localidad, don Antonio González Palomino, de un testimonio del auto de este Juzgado de Primera Instancia, fecha 10 del pasado mes de abril y de una certificación de aprecio de la finca transmitida, suscrita por el Arquitecto don Francisco F. López Rivera y del edicto anunciando la subasta, se deniega la inscripción por el defecto insubsanable de que siendo la vendedora doña Enriqueta Herrera Moya, heredera fiduciaria con condición resolutoria (la de no dejar descendencia), no es de aplicación para verificar la venta sin dicha condición, el artículo 804 del Código Civil, la doctrina de la Resolución de 22 de diciembre de 1950, ni el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, no siendo tampoco bastante la autorización judicial para vender, concedida a dicha señora para practicar la inscripción de la enajenación realizada sin quedar sujeta a la condición a que está afecta, como exige por analogía el número 10 del artículo 107 de la mencionada Ley Hipotecaria. Si se declarase bastante la referida autorización judicial, se observan los siguientes defectos, también insubsanables: a) No corresponder, sin previo nombramiento judicial, que no existe, a la expresada doña Enriqueta, la administración de la herencia sujeta a condición suspensiva, de los fideicomisarios indeterminados, según resulta de los artículos 802 y 803 del Código Civil, por ser también, como antes se ha dicho, la referida señora fiduciaria condicional y no darse entre ella y aquellos herederos inciertos, derecho de acrecer, y, en consecuencia, esta señora, sin

aquel previo nombramiento. no representa por ministerio de la Ley a esos fideicomisarios inciertos, en la venta realizada. b) No haberse nombrado por el señor Juez los peritos para el avalúo de la casa transmitida, según dispone el auto y según previene el artículo 2.016 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. c) No haberse anunciado ni celebrado la subasta por las normas establecidas en el artículo 2.017 de la citada Ley Procesal, a cuyos preceptos se remite el susodicho auto».

Interpuesto recurso, la Dirección, previo informe del Juez de Primera Instancia y Notario autorizante y con revocación parcial del auto del Presidente de la Audiencia, que sólo había confirmado la nota del Registrador (que es el de Alcalá la Real) por sus motivos b) y c), ratifica aquélla, mediante la interesante doctrina siguiente:

Que enajenada libremente una finca en virtud de autorización judicial por una heredera instituida bajo condición resolutoria, y con obligación de invertir el precio de la venta en bienes que quedarían afectados por la misma condición que pesaba sobre el vendido, el problema que plantea el recurso consiste en determinar si el procedimiento seguido para realizar la transmisión es el adecuado, y si la subasta de la finca debió realizarse conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil o es suficiente su celebración ante Notario.

Que para el estudio de la cuestión es preciso puntualizar las diferencias que existen entre la sustitución fideicomisaria condicional y la institución de herederos hecha bajo condición resolutoria, figuras muy afines y confundidas a veces en la práctica, dado que la cláusula *si sine liberis decesserit*, se pueden conseguir efectos análogos en cierto modo a los de la sustitución fideicomisaria.

Que caracterizada tal sustitución por la existencia de un doble llamamiento hecho por el testador a favor de varias personas para que con arreglo a un orden establecido y con obligación de conservar y restituir los bienes, adquieran sucesivamente una misma herencia, cuando sea condicional el segundo llamamiento, la condición afectará a la sustitución sólo al convertir al fideicomisario eventual en heredero, pero no destruirá retroactivamente los efectos del llamamiento hecho a favor del fiduciario.

Por el contrario, que la disposición hecha por el testador, alternativamente en favor de dos o más personas, para que el heredero instituido en segundo lugar llegue a serlo sólo cuando se cumpla la condición resolutoria impuesta al primero de morir sin hijos, realizado el evento en que la condición consista, da lugar a que se prive de la cualidad de heredero a quien lo hubiera sido primeramente por quedar aniquilado totalmente su llamamiento y obligará a que se admita como heredero único a quien figuraba instituido bajo condición suspensiva, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 791 del Código Civil.

Que el principio *nemo dat quod nen habet* faculta al titular de un derecho para disponer exclusivamente de lo que le pertenece y, en consecuencia, la firmeza de las transmisiones que realice un heredero bajo condición resolutoria, deben quedar pendientes del cumplimiento de la condición, aunque doctrinas modernas, al analizar los inconvenientes y perjuicios que se pueden derivar no sólo para el propietario individual, sino también para la economía nacional por la exclusión del tráfico jurídico de los bienes afectados, a condición, que al no poder servir de base al crédito ni ser mejorados se desvalorizan, propugnan en ciertos supuestos la conveniencia de que tales bienes puedan ser enajenados si se estima beneficioso para todos los interesados que en su día recibirían en vez de la finca transmitida los bienes que ocuparen su lugar.

Que entre los procedimientos apuntados por los autores para alcanzar esta finalidad ocupa lugar preferente en el Derecho comparado la autorización judicial concedida al heredero condicional para enajenar los bienes con la obligación de invertir su importe en otros que se sujetan al mismo gravamen de restitución que los enajenados, procedimiento que en nuestro Derecho quiere hacerse valer por aplicación del artículo 804 del Código Civil relativo a las facultades del administrador de la herencia bajo condición suspensiva, en relación con las del representante del ausente, para poder enajenar, gravar o hipotecar los bienes de sus representados, en caso de necesidad y utilidad evidentes, reconocidas y declaradas por el Juez.

Que solicitada la autorización para enajenar la finca mediante la aplicación analógica del procedimiento establecido en el artículo 164 del Código Civil, para la venta de bienes de menores, su

concesión, según las resoluciones de este Centro de 10 de octubre de 1918, 16 de noviembre de 1929 y 22 de junio de 1943, permite suplir la falta de capacidad de los menores, pero carece de virtualidad para crear un poder dispositivo en la vendedora que le faculte para realizar válidamente la transmisión proyectada, y como el auto del Juzgado se fundó en las atribuciones que el artículo 804 confiere a los Administradores de la herencia, conviene examinar si este procedimiento es o no adecuado.

Que dicho procedimiento es aplicable a los administradores que reúnan las circunstancias previstas en los artículos 802 y 803 del Código Civil, preceptos que deben ser interpretados restrictivamente y no consienten ampliar las facultades que confieren a personas distintas de aquellas a las que la ley se las reconoce, además de ser inexcusable respetar la voluntad del testador inequívocamente dirigida a que sus bienes sigan una trayectoria determinada, por todo lo cual resulta innecesario examinar los restantes defectos de la nota.

\* \* \*

Expresa nuestro Ilustre Centro en el segundo de sus Considerandos arriba copiados «que la sustitución fideicomisaria condicional y la institución de herederos hecha bajo condición resolutoria son muy afines y confundidas a veces en la práctica, dado que con la cláusula *si sine liberis decesserit* se pueden conseguir efectos análogos en cierto modo de los de la sustitución fideicomisaria».

Prescindiendo de la imprecisión de las frases transcritas, puede sin duda deducirse de ellas por qué tanto el recurrente como el Registrador, en sus excelentes escritos consideraron—erróneamente, según la Dirección—como sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*, la institución hecha por la causante.

Ello no es de extrañar. En la doctrina italiana—escribió Roca SASTRE—, principalmente durante el Código Civil anterior al vigente, esta cláusula, *si sine liberis decesserit* originó tal discusión, que de ella dijo Caliendo, que estaba destinada a constituir el tormento de juristas y de prácticos.

Sin embargo, es de justicia resaltar que con el diagnóstico que de la consignada en su testamento por la causante hicieron ambos

ilustres contendientes, recurrente y Registrador, no se limitaron más que a seguir la línea marcada por una acreditada doctrina civilista patria.

Como explicaba DE DIEGO, la forma de disponer, «instituyendo a uno si muere con hijos, pero llamando a otro si esta condición no se realizara», tan parecida a la del recurso, es, según expone JUAN VALLET DE GOYTISOLO, una—de las varias—forma de admisión de la *si sine liberis decesserit*.

Pero en esta hipótesis—dice VALLET—, conforme al Código Civil, los bienes deberían ponerse en administración hasta fallecer el designado para el caso de morir sin hijos (art. 801, 1.º); sería administrador el coheredero instituido puramente si hubiera derecho de acrecer entre él y los llamados condicionalmente (art. 802); de no haber coherederos instituidos puramente, o de no haber derecho de acrecer entre éstos y los condicionales, correspondería la administración bajo fianza al heredero condicional, y, si no la prestase, al heredero presunto también bajo fianza (art. 803); corresponderán a estos administradores los mismos derechos y obligaciones que los que lo sean de los bienes de un ausente (art. 804). Para la aplicación del artículo 803 existiría en este caso la dificultad de que hay dos herederos recíproca e inversamente condicionados bajo la misma condición suspensiva que juega contrariamente para uno y para el otro. No obstante, parece que debe darse prioridad como administrador a aquel a quien se refiere la circunstancia de fallecer con hijos (suyos, de él mismo).

¿Serían por estos razonamientos que pudieran aducirse, según se desprende de la interpretación tan restricta a que somete la Dirección los artículos 802 y 803 (véase último Considerando), lo que indujo a la misma a perfilar como institución de heredero bajo condición resolutoria simplemente la impuesta en su testamento por la causante?

Remitiéndonos a lo tan admirablemente expuesto por VALLET en cuanto a la retroacción del fenómeno sucesorio que implica dicha institución (más difícil, escribe con grafismo, que el regreso del parto al claustro materno), dados los efectos que produciría no sólo referentes a la invalidación de los actos de disposición o a la cuestión de si se deben o no devolver los frutos percibidos, sino que principalmente afectaría a todos los actos particionales; así como

el pago de las deudas hereditarias y al cobro de sus créditos, habría que entender con dicho autor que el así instituido lo estaría como heredero gravado de restitución condicionada al cumplimiento de la condición resolutoria a favor del instituido para dicho evento y que el llamado debía serlo como sustituto fideicomisario a plazo (sin perjuicio de que a su vez puedan estar condicionadas las sustituciones), pues ésta es la intención empírica de quien instituye con tal condición y no la que se deshagan todos los actos realizados por el instituido, repitiendo cobros y pagos, ni tampoco que el fenómeno sucesorio ocurrido entre el causante y el heredero se repita en una nueva persona.

Pero aclaremos: hemos dicho *habría que entender* (según escribe el ilustre VALLET), no que así suceda, pues bien clara es la posición de nuestro Centro en la materia (véase cuarto Considerando).

Explica NÚÑEZ LAGOS, de manera diáfana y sugestiva, cuál es el juego de esta Institución: A diferencia de un fiduciario que tiene un derecho a plazo, *Primus*—o primer instituido—no tiene su titularidad compartida, *pro rata temporis*, ni con las *incertae personae* puestas en condición—sus hijos—ni con *Secundus*—o segundo instituido—.

El conocimiento de que su derecho está sujeto a condición resolutoria, no le priva en ningún momento de su cualidad de propietario, y para cuando deje de serlo, tendrá, como después veremos, la *condición de poseedor de buena fe*. De ahí sin consecuencias:

a) Derecho a los frutos (por el art. 374, no por el 471 del Código Civil).

b) Titularidad de disposición, pero con sujeción al principio *resoluto jure dantis resolvitur vis concessum* (número 10, artículo 107 de la Ley Hipotecaria).

Todo esto, *pendente conditione*, que *existente conditione*, tiene un lógico desenvolvimiento en cuanto a los frutos, coservándolos o haciéndolos suyos, como poseedor de buena fe, según quedó dicho (artículo 451 del Código Civil), y respecto a las enajenaciones quedan automáticamente revocadas (1.123, 1.º del Código Civil); y *deficiente conditione*, el advenimiento de descendientes al *momento de su muerte (dies cedit)*, purifica su condición y consolida sus

actos. Pero entiéndase bien: este advenimiento de descendencia es evento y no *llamamiento del testador*.

También si antes que *Primus* muere *Secundus*, como éste está llamado bajo condición suspensiva, y no origina transmisión a favor de sus herederos (art. 759 del Código Civil), se purifica el derecho de *Primus*.

Paralelamente desenvuelve a continuación, pero muy brevemente, NÚÑEZ LAGOS, la situación o titularidad de *Secundus*, «que —consolidado su derecho— adquiere los bienes relictos en la misma situación jurídica que tenían al fallecimiento del testador, y se supone que desde ese mismo instante ha sido siempre el único heredero del testador»; pero nos deja sin explicar todo lo que afecta al pago de deudas hereditarias y al cobro de créditos como lo referente al fenómeno sucesorio que ha de repetirse, tan aguda y finamente visto por VALLET.

No olvidemos además que, según señala el propio NÚÑEZ LAGOS, la supervivencia de *Secundus* a *Primus* no es evento de la condición testamentaria, sino *conditio iuris* de existencia y capacidad del sujeto en el *dies cedit*. La titularidad de *Secundus* constituye una expectativa, derecho eventual o derecho en estado genético; pero en todo caso es titularidad distinta e independiente de la de *Primus*. No es caso de titularidad *compartida, pro rata temporis*, sino titularidad *alternativa*, como propia de toda sustitución vulgar.

Luego entonces—decimos nosotros—es indudable que se impone la partición al fallecimiento del causante y los razonamientos de VALLET son de una vigencia y fuerza incontrastables.

¿O es que—cabría preguntarse—se pretende encuadrar el problema particional en el ámbito del artículo 801, pues tratado de sustituto vulgar *Secundus*, puede conceptuarse heredero con condición suspensiva, como así también lo designa el propio NÚÑEZ LAGOS?

No creemos que en modo alguno pueda ser éste el pensamiento de nuestro Ilustre Centro Rector, pues entonces el problema de fondo del recurso quedaría automáticamente resuelto contrariamente a como se ha efectuado y conforme hemos señalado anteriormente según escribe VALLET.

Indudablemente, podrá aducirse, que la retroacción por aniquilamiento de la institución, resuelve todo, o sea, problemas de pago

de deudas hereditarias y créditos, e incluso la Partición efectuada; cuando no otra cosa se podrá repetir, como indica el propio VALLET, por unos u otros sucesores de *Primus* o *Secundus* los actos o sus efectos por aquél realizados. Pero las dificultades que ello llevará consigo y que con seguridad no estarían en el ánimo del causante, permite afirmar que no estando dibujada nítidamente la Institución de heredero con condición resolutoria, deba la misma presumirse. Es por lo que ha podido decir con exactitud MANUEL DE LA CÁMARA, que «quien dispone que sus bienes los herede cierta persona y que a la muerte de ésta pasen, si se cumple determinado evento, a terceros, persigue fines para cuya consecución el instrumento adecuado es la sustitución fideicomisaria».

\* \* \*

Entrando ahora en el fin primordial, o casi único, perseguido con el recurso: venta de la finca gravada de sustitución o condicionada (que esto ya quedó puntualizado), con obligación de invertir su importe en otra que quedaría afecta al mismo gravamen o condición, alegó, en primer lugar, el recurrente «que quedando sometidos los bienes vendidos a la contingencia del cumplimiento de la condición, pudo vender la casa doña Enriqueta Herrera, sin las garantías de que rodeara el negocio jurídico para ello»; mas, como dice el Registrador, «si para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos preparatorios, es evidente que ella fué la de comprar y vender la casa transmitida de manera firme y definitiva, sin la carga restitutoria que resulta del testamento de la fideicomitente, porque no tendría sentido que la finca se vendiese con tal carga y se impusiese a la vendedora la obligación de invertir el precio en otra finca sobre la que pesaría el mismo gravamen, con lo que se daría el curioso fenómeno de que los fideicomisarios contarían con dos cosas: la casa vendida y la finca que se adquiriese con el producto de la venta, para hacer efectivos sus derechos hereditarios el día que la condición se cumpliera».

Esto aparte y recomendando—volvemos a decir—la lectura de los informes del recurrente y Registrador, la cita en sus Vistos por nuestro Ilustrado Centro de sus Resoluciones de 22 de diciembre

de 1950 y 2 de marzo de 1956, nos evita que sigamos en el análisis de la actual; remitimos, pues, al que haya tenido la paciencia de seguirnos, a nuestras notas, por orden inverso, o sea empezando por la de 1956, que aparecen en esta revista en las páginas 846 a 849, año 1956, y en las 307 a 310, año 1951; allí exponemos el delicado problema de la subrogación real, con la finísima alusión al mismo de GONZÁLEZ PALOMINO (R. de 1956); la posibilidad de venta de bienes afectados de sustitución (¿y de los de resolución por Institución hereditaria con condición resolutoria?), etc.

Esto sentado, y como nuestra postura —modestísima postura (1)—es francamente manifiesta en pro de una mayor flexibilidad en cuanto a la movilidad de los bienes gravados con sustitución o resolutoriamente condicionados por institución testamentaria, concluimos esta nota trayendo el recuerdo de las reformas que a juicio del eximio RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE debieran adoptarse al efecto, si bien advirtiendo que dicho maestro se refiere sólo a las instituciones fideicomisarias:

«En primer lugar, permitir la hipoteca refaccionaria, o sea, que el fiduciario pueda hipotecar los bienes fideicomitidos en garantía de préstamos a largo plazo, destinados a invertir en mejoras de los propios bienes del fideicomiso, y previa autorización de la Autoridad judicial, en la que se establezcan las precauciones indispensables para asegurar la efectividad de tal inversión.

En segundo lugar, facultar la subrogación real *ex-voluntate*, o sea, que el fiduciario, también previa autorización judicial y cumplimiento de determinadas garantías, pueda reemplazar bienes del fideicomiso por otros bienes determinados, sea por permuta, sea por venta con inversión del precio, siempre que ello resulte justi-

---

(1) Con ocasión de la Resolución de 22-XII-1950 hubimos de manifestar nuestra esperanza, dado cómo se produjo en sus Considerandos nuestro ilustre Organó rector (véase pág. 310, año 1951, esta Revista), de que se despejara el camino en cuanto al tráfico de estos bienes gravados de restitución fideicomisaria (o resolutoriamente condicionados).

La siguiente decisión sobre la materia —la de 2-III-1956— ya nos hizo vacilar. La presente desvanece toda ilusión al respecto. Hubiera podido la Dirección apoyarse en uno de los argumentos —de evidente practicismo— del Registrador: el de que, valorada la casa en cuestión por el aparejador en 135.580 pesetas, fué adjudicada en 22.000, y que, por tanto, no quedaban salvaguardados los derechos de los fideicomisarios (o posibles herederos con condición suspensiva, según nuestro Centro) y nuestra esperanza quedaría abierta. Pero sus razonamientos no van por tal camino, sino por el de un frío dogmatismo difícil de debelar.

ficado por razones de mayor rentabilidad u otras de evidente utilidad.

En tercer lugar, que el propio fideicomitente o la Autoridad judicial, en su defecto, puedan nombrar un representante o curador para aquellos fideicomisarios que, en un momento dado, no estuvieren concebidos, o cuya personalidad como tales solamente fuese determinable por algún acontecimiento futuro, al objeto de defender sus intereses en la medida necesaria para que el fiduciario pueda actuar en determinados casos de una manera definitiva, adoptándose las necesarias garantías para dichos fideicomisarios.

Y en cuarto lugar, establecer las normas adecuadas relativas a determinados bienes que pueden estar gravados de fideicomiso, como, por ejemplo, las relativas a valores mobiliarios, y su depósito, en garantía de los posibles intereses de los fideicomisarios, ya que, regularmente, los ordenamientos positivos están más bien pensados en que el fideicomiso afecte a bienes inmuebles.

Estos y otros retoques—algunos de los cuales no harían más que actualizar antiguas reglas caídas en desuso—proporcionarían a la institución jurídica de las sustituciones fideicomisarias una agilidad de que hoy carece y la adaptaría a las exigencias de la vida moderna.»

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Véase:

ROCA SASTRE: *El fideicomiso «Si sine liberis decesserit» y el Código Civil* (discurso de su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 30 de abril de 1956).

NÚÑEZ LAGOS: Contestación al mismo.

VALLET DE GOYTISOLO: *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil*, *«Anuario de Derecho Civil»*, tomo IX, fascículo III.

También los trabajos que se citan en las notas a las meritadas Resoluciones de 22 de diciembre de 1950 y 2 de marzo de 1956.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## CIVIL

### I.—*Familia.*

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1959.—*El marido no debe alimentos a la mujer condenada por adulterio.*

El derecho de alimentos entre parientes no autoriza a entender que produce el efecto de que en todo caso está obligado el marido a prestarlos a la mujer divorciada, por cuanto esta obligación, lo mismo que aquel derecho no son absolutos, sino que están subordinados al cumplimiento por la mujer de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, siendo uno de ellos el de guardar fidelidad a su consorte. El incumplimiento en el caso actual, le priva de toda acción para pedirlos, por cuanto su estado de necesidad proviene de actos suyos contrarios a los principios éticos que rigen la organización moral y legal de la familia. Cesa tal obligación cuando, como en este caso acontece, se comete alguna falta de las que dan lugar a la desheredación, una de las cuales es el adulterio de la mujer (arts. 855 y 105 del Código Civil).

### III.—*Obligaciones y contratos.*

SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1959.—*El trasladar la vivienda al local explotado y alquilado para negocio no es causa de resolución del contrato de arrendamiento.*

El local se arrendó para mercería y se pactó que quedaba prohibido el dedicarlo a uso distinto. El arrendatario trasladó su vivienda al local de negocio, sin dejar de dedicarlo también a mercería. Se le demandó de resolución del arrendamiento por transformación del local de negocio en vivienda, parcialmente, al menos.

El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia y absolvió al demandado con imposición de las costas de Primera Instancia al actor y sin hacer expresa condena de ellas en cuanto a la apelación. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia, es decir, confirmó la absolución del demandado:

Las estipulaciones referentes a no dedicar el local a uso distinto del comercio o de mercería—dice el Tribunal Supremo—, que dentro del Derecho Civil tradicional serían bastantes para denegar lo dispuesto en la Ley, ya que la norma expresa que rige la materia contractual es la voluntad de las partes, no pueden dejar sin efecto las disposiciones de la Ley arrendaticia urbana, que son en principio normas de derecho necesario, a las cuales hay que atenerse para la regulación de las relaciones jurídicas en ellas comprendidas, y como el artículo 9.º de dicha Ley previene que el contrato de arrendamiento de local de negocio no perderá su carácter por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o persona que trabaje a su servicio tenga en él su vivienda, es visto, dado lo absoluto de los términos del precepto, que el arrendatario de un local de negocio puede durante la vigencia del contrato, y en cualquiera de sus momentos, instalar su vivienda en el local de negocio arrendado como un uso accesorio de lo que constituye el principal, toda vez que el local de negocio continúa subsistiendo. Por eso, no puede darse la transformación en vivienda, sin que pueda admitirse que el ejercicio de tal facultad sólo puede reconocerse al arrendatario en el momento de iniciarse el contrato, pero no después.

Si bien es cierto que el artículo 11 de la Ley citada reconoce a los arrendatarios de locales de negocio el derecho a renunciar los beneficios que la misma les otorga, salvo el de prórroga, y que tal renuncia pueden ejercitarla no solamente en forma expresa, sino en forma tácita, cuando ésta se funda en hechos concluyentes que revelan de una manera clara e indudable la existencia del consentimiento, es lo cierto que en el caso debatido no ha existido renuncia expresa por parte del arrendatario a instalar su vivienda en el local de negocio arrendado, ni puede derivarse de las cláusulas del contrato antes mencionado la existencia de una renuncia tácita a tal derecho, tanto como cuanto que interpretando tales cláusulas en relación con la 10 del mismo contrato resulta claramente que lo que quisieron las partes establecer fué que no se podría ejercer en el local un comercio al por mayor o menor de ninguno de los artículos que trabajara la casa A., y de aquí que se precisara que el local arrendado había de dedicarse exclusivamente a mercería sin otro alcance, aparte de que llevando el contrato fecha de 1 de agosto de 1941, nunca podría entenderse que en tal fecha pudiera renunciarse a un derecho que por primera vez se declaraba en la Ley de Arrendamientos Urbanos referida, posterior a la fecha del contrato.

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1959.—*La venta por expropiación forzosa quedó consumada con la ocupación. Desde este momento debe pagar la contribución el adquirente.*

Se expropió la finca por el Instituto de Colonización. Se ocupó por este organismo el 30 de mayo de 1945. Hubo desacuerdo sobre el precio que fué fijado en sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1950. El 7 de mayo de 1951 se otorgó escritura y del importe del precio se dedujeron más de 130.000

pesetas, importe de las contribuciones satisfechas por el Instituto de Colonización desde el día de la ocupación hasta el día de la escritura. Entendía dicho organismo que hasta el momento de la fecha del documento público, la tradición del inmueble no tuvo lugar, y el titular anterior, hasta este momento de la escritura, gozó de la consideración jurídica de dueño.

Instado el correspondiente juicio declarativo por el expropiado, el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia y el Tribunal Supremo resolvieron que no debió hacerse tal deducción, que las contribuciones correspondían al expropiante, al Instituto, desde que ocupó:

Que debido a las disposiciones especiales que regulan la expropiación, leyes de 10 de enero de 1879 y 7 de octubre de 1939, dictada ésta como en su preámbulo, se indica para imprimir velocidad que el Gobierno necesita a fin de ocupar las fincas que requiere para la reconstrucción nacional, es evidente que al producirse la intervención de la que es objeto de discusión en cuanto al pago de las contribuciones que le afectan, dejó, al transferirse su posesión al Instituto de Colonización, y privarse de su potestad dominical al propietario, de obtener éste los beneficios de su cultivo y explotación que pasó a poder de dicho organismo, siendo consecuencia directa de esa traslación de su posesión, que vayan anejas a su disfrute las cargas que le están impuestas. El hecho de no estar determinado el precio, por estar pendiente de que lo fijen los Tribunales, no le pueda perjudicar. La certeza de su existencia, como requisito esencial, impuesto por el artículo 1.445 del Código Civil, no consiste como se dice en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1910 y 23 de junio de 1915 de su señalamiento en una cantidad ya determinada, sino que puede y debe estimarse igualmente como cierto, cuando se conviene sea fijado en forma, previamente conocida, acudiendo a los Tribunales de Justicia para su resolución sin aceptar el establecido por los peritos de las partes de cuyo avalúo podía discrepar. Al quedar desde el momento que la ocupación se produjo, perfecto y consumado el contrato de compraventa, solemnizado después en la escritura pública, no hay duda de que existió acuerdo sobre el precio y que al Estado y por sus derechos subrogado al Instituto de Colonización, corresponde el pago de las contribuciones. Al así entenderlo la Sala sentenciadora no ha infringido por aplicación indebida el artículo 1.449 y por inaplicación los 1.445, 1.258 y 1.261 del Código Civil, como sostiene el recurrente en su primer motivo que debe ser desestimado, al haber hecho uso de la doctrina que aquel precepto contiene en forma atinada y correcta; sin que por otra parte, como se arguye, tuviera compensación el dueño de la finca con la indemnización recibida de 25.000 pesetas por la urgente ocupación del inmueble y el pago de los intereses de su precio, en razón, a que a quélla es la suma de los perjuicios irrogados, al ser desposeído de la finca y derivados de la rapidez con que actuó, del daño de la mudanza y del valor de las labores pendientes, y éstos son consecuencia indeclinable de no haber sido entregado en el tiempo oportuno el importe de su valor.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1959.—*Existe subarriendo cuando en la vivienda alquilada a un médico, ejerce su actividad profesional otro médico.*

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1959.—*Retracto de arrendatario urbano. No procede cuando el arrendatario es único de derecho, pero de hecho hay varios ocupantes en la casa, subarrendatarios o meros ocupantes.*

El derecho de tanteo o de retracto que concede la Ley de Arrendamientos Urbanos en sus artículos 63 y 64 al arrendatario, precisa para su ejercicio que éste sea único, es decir, que en la vivienda sólo haya un arrendatario o inquilino y que en la finca sólo exista una vivienda, pues si son varias o distintas viviendas, no podrá concederse al inquilino o arrendatario tal derecho, que requiere la unidad dicha. Siendo así que la finca urbana sita en la Corredera de C., de Andújar, objeto del recurso, se halla ocupada por diversos inquilinos, según se demostró en la diligencia de reconocimiento judicial, en el concepto de subarrendatarios del único titular arrendaticio o el de meros ocupantes, demostrando con ello que el arrendatario no necesita ocupar toda la finca, no es lógico, ni legal, que se conceda el retracto de ella cuando demuestra con esa cesión parcial, que no le es necesario el disfrute de la totalidad, pues entonces carece el retracto de la razón de orden social en que descansa, de ser un medio para facilitar el acceso de los arrendatarios a la propiedad, interpretación racional que ha venido haciéndose por la Jurisprudencia al conocer el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 y que ha sido recogida en la Ley actual en su artículo 47, que ya exige claramente que el inquilino ocupe el piso que trate de retraer, sin cuya circunstancia no puede otorgarse el retracto.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1959.—*Retracto de colindantes. Los documentos públicos por su índole privilegiada deben prevalecer sobre los privados, y su testimonio se sobrepone a todo procedimiento inductivo. La voluntad real debe prevalecer sobre la declarada, pero con la excepción derivada de la protección al tercero.*

Hechos: Vidal vendió a su pariente Román, por precio de 6.000 pesetas, una finca en escritura pública, el 20 de julio de 1956, y en el mismo día y con el número correlativo siguiente de protocolo, Román vendió al mismo Vidal la misma finca por 6.200 pesetas. Tales documentos produjeron en el Registro de la Propiedad las inscripciones 1.ª y 2.ª de la finca en cuestión.

El colindante demandó de retracto a los dos referidos, basándose en la primera transmisión, demanda que prosperó en Primera Instancia. La Audiencia revocó la sentencia y absolvió a los demandados. Entendió que las dos escrituras de compraventa no originaron una verdadera transmisión de la propiedad, que nunca se realizó ni fué su efectiva finalidad, sino que se otorgaron tan sólo en plan de una simple actividad documental encaminada al logro de la inmatriculación a nombre de Vidal de la finca objeto del pleito, pero sin la tradición que indispensablemente requiere toda compraventa.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación; dejó sin efecto la

sentencia de la Audiencia y confirmó la del Juez de Primera Instancia; es decir, triunfó el retrato.

De todo lo expuesto parece deducirse que la venta real, efectiva, no existió. Los documentos públicos fueron sendas simulaciones, caretas de transmisiones, sin más fin que conseguir la inmatriculación en el Registro. Si el asunto no hubiera salido de entre los dos parientes supuestos contratantes, entendemos que no hubiera triunfado la existencia de la venta, en caso de que hubiera surgido cuestión entre ellos. Pero apareció el tercero, el colindante, que acciona y se pone en marcha en virtud de un documento público y de una inscripción registral y el pleito plantea sencillamente el problema de la eficacia para el tercero de tales documentos y asiento. El Tribunal Supremo reconoce su plena eficacia y razona así:

Que conforme al artículo 1.218 del Código Civil, es de reputar exacto y cierto, respecto a terceros, en cuanto a su fecha y hecho que motiva su otorgamiento, el contenido de una escritura pública, y ello, en términos que, para ellos, tal presunción de certeza de la escritura alcanza plena validez. Es doctrina unánimemente recibida la de que mientras no se le impugne de falsedad, el documento notarial subsiste en la esfera de la verdad y legítima para el tráfico lo convenido dentro de la legalidad, bajo la garantía de la fe pública, doctrina respaldada por la Jurisprudencia, que establece—sentencia de 8 de noviembre de 1919—que mientras que evidentemente no se demuestre su falsedad, los documentos públicos, por su índole privilegiada, deben prevalecer sobre los privados y su testimonio se sobrepone a todo procedimiento inductivo. La sentencia de 23 de mayo de 1935 puntualiza que prevaleciendo en general la voluntad real sobre la declarada, esta preferencia tiene como excepción la que se deriva de la protección al tercero, al tráfico jurídico, por lo que, en evento de manifiesta discordancia, no es posible hacer prevalecer sobre los términos claros y categóricos del documento notarial una posible convención particular anterior—sentencia de 28 de octubre de 1944—, cuyos convenios privados entre las partes no pueden operar frente a terceros, de quienes son desconocidos, en cuanto contradigan lo consignado en un documento auténtico. La aludida presunción de certeza del documento público se impone más todavía y afirma cuando el contenido de la escritura está corroborado por un asiento registral producido en méritos de aquélla.

El recurrente había invocado en casación la no aplicación de los artículos 1.218, 1.219 y 1.462 del Código Civil y 38 de la Ley Hipotecaria.

*No podía ser otra la solución del Tribunal Supremo si se ha de mantener el valor de los documentos públicos y de la inscripción frente al tercero. Este no puede quedar a merced de simulaciones o intenciones secretas si se quiere que haya una seguridad en el comercio jurídico. Tal vez en este caso concreto pueda parecer la solución un poco dura, friamente técnica. A nuestro modo de ver no hay otra. La simulación no puede ser invocada por el propio simulante, y en colisión con el tercero no debe ser aquél favorecido con ella. En los comentarios de Pérez y Alguer puede leerse: La misma razón que inspira el artículo 1.230 de nuestro Código Civil (los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero) puede ser utilizada como fundamento de la ineficacia de la simulación contra terceros. Pero esta ineficacia se halla establecida en favor de tales terceros y no en contra de ellos. Y así, aunque frente a tercero no puede alegarse la simulación del acto, el tercero si puede aducirla y, en cuanto tenga un interés, solicitar la declara-*

*ción de la inexistencia del negocio simulado (sentencias de 23 de septiembre de 1895, 8 de julio y 12 de octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 20 de noviembre de 1926, 11 de enero de 1928, etc.). Aparte de ello, los terceros quedarán también indemnes frente a los negocios simulados, por virtud de la aplicación de las distintas normas que protegen las adquisiciones de buena fe.*

**SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1959.**—*Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por traspaso ilegal. Existe éste porque en abril de 1953 una sociedad de responsabilidad limitada se transformó en anónima, que no se inscribió en el Registro Mercantil y ocupó el local del anterior. Valor de la inscripción en el Registro Mercantil.*

El Tribunal Supremo confirma las sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia, que declararon resuelto el contrato por traspaso ilegal, con los siguientes principales fundamentos:

La ocupante no es una sociedad anónima con capacidad para ser sujetos de derechos, ni la de responsabilidad limitada que originariamente concertó el arrendamiento y dejó de existir el 17 de abril de 1953, sino una entidad colectiva sin personalidad propia, y, por tanto, privada de ésta, no puede ser soporte por subrogación en la ajena, inexistente además por extinción, pues la falta de inscripción de la anónima en el Registro Mercantil, determina la inexistencia de su personalidad que sólo puede nacer de su inscripción, requisito al que la Ley atribuye carácter constitutivo no meramente publicitario de la existencia previa del ente jurídico, que con personalidad propia no existe hasta la inscripción.

La afirmación de la sociedad arrendataria de haber transformado o mudado su forma voluntariamente por otra de las que el Derecho Mercantil regula, no merma la facultad jurisdiccional de rechazarla que permite, y aun impone, el deber de no aceptarla cuando la realidad debidamente comprobada persuada de que el acto excede los límites de un mero cambio de forma jurídica, cual en el caso de que su capital social de 100.000 pesetas se aumente simultáneamente hasta un millón. Además, la mera transformación en cuanto acto de voluntad unilateral del deudor, aunque para otros efectos sea eficaz, carece del de modificar las relaciones arrendaticias mantenidas con un tercero a cuyo derecho de dominio y concretamente a la facultad de disposición en él integrada, tan gravemente afecta; dado que amplía las limitaciones, por su naturaleza de interpretación estricta, establecidas por la Ley que gobierna el uso temporal y oneroso de cosa ajena, agravando la clave de toda esta legislación especial, la duración ilimitada de la relación jurídica, que se extendería no a la vida del arrendatario de suyo limitada por la naturaleza, sino definitivamente, habida cuenta que las personas jurídicas, libres de caducidad física, pueden supervivir a través de ininterrumpidas transformaciones o mutaciones, sin que el arrendador, extraño a ellas, pueda redimir a perpetuidad, ni aun onerosamente mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, su dominio, cuyo uso desmembrado resultaría adscrito a una nueva clase de mano muerta en cuanto la compañía mercantil ni físicamente fallece, ni jurídicamente deja de existir mientras sus miembros no quieran.

SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1959.—*Retracto de colindantes. El retrayente no debe pagar el edificio construido durante el juicio de retracto.*

El retraído fué citado personalmente a conciliación para que se aviniera al retracto el día 16 de mayo de 1956. La licencia para construir la pidió el 2 de junio del mismo año, y durante el trámite del pleito construyó sobre la parcela un chalet.

El juicio de retracto terminó con sentencia, firme, de la Audiencia, favorable al retrayente-colindante. En ejecución de esta sentencia, el Juzgado ordenó, por providencia, otorgar la escritura de retracto mediante el pago del precio y gastos. El vencido, en reposición, pidió se le pagara también el edificio construido. El Juzgado dictó auto, declarando no haber lugar al pago de lo edificado, y condenó al retrayente a que derribase tal edificio en el plazo de un mes. La Audiencia revocó el auto. Apreció la buena fe al construir, y, por ello, estimó que el retraído debe ser reintegrado de su valor, conforme al artículo 453 del Código Civil. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó el auto del Juzgado de Primera Instancia, basándose en que se había puesto de manifiesto el propósito deliberado del demandado de hacer el chalet para cambiar la naturaleza del terreno y obstaculizar con ello la acción ejercitada. De no ser así, y aun en el supuesto de que lo comenzara sin estar para ello autorizado, la buena fe que debe inspirar los actos de todo litigante, le debió llevar a decidir la paralización de la obra, cuando su dominio cerca del terreno era inseguro, como dependiente del resultado del litigio, que no podía ni aun siquiera conjeturar que se decidiera a su favor. Si así no lo hizo, por su torticero propósito de alterar la característica del predio rústico adquirido, por la de otra de condición urbana que, en caso de perder el pleito, le impidiera entregar al retrayente el terreno en el ser y estado que tenía al tiempo de presentarse la demanda y lo habilitara, construido el chalet, para tratar de exigir su importe al retrayente, no puede por menos de ser calificada tal conducta, como de manifiesta mala fe.

El retrayente no viene obligado a satisfacer otros gastos que los propios y necesarios para la venta, y como gastos necesarios y útiles los exigidos para la conservación o que redunden en provecho o interés de la cosa vendida, entre los que no se encuentra el chalet construido con mala fe.

#### IV.—Sucesión «mortis causa».

SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1959.—*Condición testamentaria contraria a Derecho.*

La testadora hizo en el testamento la partición de sus bienes y además la de los gananciales habidos con su difunto esposo, sin especificar procedencias, ni diferenciar lotes, como si todos tuviesen la misma condición y origen, y estableció en una de las cláusulas del testamento: «Prohíbo la intervención judicial en mi testamentaria, y si alguno de mis herederos la promoviese o no se conforma con la partición que dejo hecha de mis bienes y los de mi esposo, por ese mero hecho, quedará privado de toda participación en los tercios de libre disposición y mejora que acrecerá a los sumisos y conformes.»

El Tribunal Supremo sienta la doctrina de que tal condición ha sido, acertadamente, calificada como contraria a las leyes.

Si toda condición es, en definitiva, sólo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada por una doble circunstancia: la de la licitud sustancial del acto u omisión de aquella que en sí consistía, y por el designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone. Tanto si lo primero es contrario a Derecho, como si la finalidad perseguida es hacer posible lo que la Ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a Derecho, y por ello, como no puesta ni de posible perjuicio para aquellos que han utilizado el único medio que tenían a su alcance—acudir a los Tribunales—para lograr la justa pretensión de que quede sin efecto lo dispuesto sobre bienes de su exclusiva pertenencia como procedentes de la herencia de su padre.

SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1959.—*Testamento en peligro de muerte. Reitera la doctrina de que la imposibilidad de que el Notario concorra para que ante él se otorgue el testamento, ha de ser apreciada con criterio amplio.*

BARTOLOMÉ MENCHÉN.  
Registrador de la Propiedad

## Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 31  
de marzo de 1959.*

ES INTERESANTE ESTA RESOLUCIÓN AL EFECTO DE PRECISAR EL CONTENIDO Y CONCEPTO DEL CONTRATO MIXTO DE OBRAS CON SUMINISTRO DE MATERIALES COMO FIGURA JURÍDICO-FISCAL, CON RELACIÓN AL DE COMPRAVENTA Y AL DE SIMPLE SUMINISTRO: LA ESENCIA DEL PRIMERO ESTÁ EN QUE EL EMPRESARIO ADQUIRENTE PREFIGURA LA COSA Y LAS CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES EN QUE HA DE SER ELABORADA O CONSTRUÍDA.

*Antecedentes.*—En contrato privado, la Empresa Nacional Elcano y otra entidad hicieron constar que la primera estaba construyendo en sus astilleros dos buques fruteros de determinadas características, y estipularon que los vendía a la segunda con pacto de reserva de dominio para cuando estén terminados, con toda la maquinaria auxiliar, náutica y de cubierta, en 70.500.000 pesetas cada uno, junto con otras condiciones que no hacen al caso del estudio que ahora nos ocupa.

El documento fué liquidado a cargo de la Empresa Elcano como contrato mixto de ejecución de obras con suministro, haciéndose constar en la hoja de liquidación que los preceptos aplicados eran

los párrafos 4.º y 5.º del art. 18 del Reglamento del Impuesto, el 4.º del art. 51 y el número 2 del 59, en cuanto a la persona obligada al pago; y se aplicó la bonificación establecida en la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Protección a la Marina Mercante.

La Empresa Elcano, no conforme con la liquidación, entendió que no se trataba de un contrato de arrendamiento o de un contrato de empresa de los regulados en el art. 1.588 del Código Civil y siguientes, sino de un contrato de compraventa, que si bien por recaer sobre cosas futuras ofrece particularidades, éstas no desvirtúan su propia naturaleza jurídica, sin que puedan serle aplicables determinados preceptos legales característicos del contrato de obra, como el art. 1.594 del Código Civil, que autoriza al comitente para desistir de la obra encargada, y sostuvo que el contrato debiera ser declarado exento del impuesto, de conformidad con la ley antes citada.

Confirmada la liquidación por el Tribunal provincial, el Central empieza por analizar el contenido del contrato mixto que el Reglamento regula, y dice que encierra la idea de un encargo que el empresario hace al contratista para la confección de la obra o producto, con arreglo a planos, diseños, etc., que proporciona o adopta el empresario, es decir, de conformidad con las condiciones establecidas por éste, tratándose además de obras o productos concebidos en su propia unidad y generalmente no existentes en el mercado; a diferencia del caso en que se tratase de una pluralidad de obras o productos muebles existentes o no en el mercado en el momento preñado, ya que entonces la figura jurídico-fiscal podría ser la de suministro que el Reglamento configura. Además, el contrato mixto presupone una manifestación de voluntad anticipada del empresario, después aceptada por el contratista, para llegar a la constitución del vínculo obligacional de realizar o confeccionar el producto apetecido por el empresario.

Esto supuesto, sigue diciendo el Central, en el documento privado objeto de la liquidación no se dan las aludidas circunstancias, puesto que al ser suscrito por las partes, los dos buques estaban ya en las gradas de la constructora, y la construcción no era imprevisible, toda vez que para iniciarse fué precisa la reunión de los elementos que la compleja operación de construcción de un buque implica; es decir, para celebrar el contrato en cuestión no hubo

la anticipación de voluntad del empresario anteriormente reseñada, de planos, características, etc., puesto que la construcción de los buques había sido comenzada por la empresa vendedora, conformándose la adquirente con las características de aquéllos, tal como habían sido proyectados.

En definitiva, la Resolución que analizamos dijo que el contrato cuestionado no era calificable de contrato mixto y sí como compraventa, y cuanto al fondo del asunto y como consecuencia de tal calificación, estimó aplicable la exención del impuesto en virtud de la antedicha Ley de 12 de mayo de 1956, que la concede en cuanto a las primeras transmisiones de buques por la Empresa Elcano, y tanto a los construidos como a los que estén en construcción.

*Comentarios.*—Respecto a la declaración de la exención, sujeta la calificación del contrato como compraventa, nada hay que objetar; y en cuanto a la distinción entre ésta y el llamado fiscalmente contrato mixto de obras con suministro de materiales, tampoco, ya que no hay otra manera de distinguir esta figura jurídico-fiscal de la civil de compraventa, las cuales, por otra parte, se mueven en los linderos o con elementos afines a esta última, a la del arrendamiento y a la del contrato de obras por ajuste o precio alzado, cuya matización a efectos fiscales es necesaria y no siempre fácil de llevar a cabo.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1959.*

EL HECHO DE QUE LA OFICINA LIQUIDADORA DESCONOZCA O NO APLIQUE UNA EXENCIÓN TRIBUTARIA NO PUEDE CALIFICARSE COMO ERROR DE HECHO, Y DEBE SER CONSIDERADO ERROR DE DERECHO, RECURRIBLE, POR TANTO, DENTRO DEL PLAZO DE QUINCE DÍAS SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN DEL ACTO CORRESPONDIENTE.

*Antecedentes.*—Cierta Sociedad anónima presentó a liquidación una escritura de ampliación de su capital social, que fué liquidada por el correspondiente número de la Tarifa, y después de transcurrido más de un año de la fecha del ingreso de la liquidación, la

Sociedad instó la devolución del importe de la misma ante el Delegado de Hacienda, alegando que había sido girada con notorio error de hecho por no haberse aplicado la exención consignada expresamente en las disposiciones legales que citaba; exención que había sido aplicada por la misma Oficina a otra ampliación llevada a cabo algún tiempo antes por la propia Sociedad.

El Delegado de Hacienda denegó la devolución fundado en que, al no tratarse de un error de hecho, era inaplicable el art. 208 del Reglamento del Impuesto de 1947, aplicable al caso.

Confirmado el acuerdo por los Tribunales provincial y Central y planteada la contienda ante la Sala, ésta desestima la demanda.

En el pleito, la demandante, como justificación de que se trataba de un error material, alegó que lo era porque nacía de que la recurrente, por inadvertencia, dejó de acompañar a la escritura liquidada la de la anterior ampliación, en la que constaba la nota de exención de la misma Oficina Liquidadora.

La Sala dice, en primer lugar, que cada documento debe ser liquidado o declarado exento según su propia individualidad, sin que el criterio aplicado en un caso vincule a la Administración para calificar los posteriores, y, sobre todo, que no se puede desconocer que el error de que se trata, consistente en haberse desconocido o no aplicado una exención tributaria, «no es de hecho, sino de derecho, de concepto o de fondo, porque el error de hecho es de carácter material, aritmético, accidental e independiente de cualquier opinión o criterio que pueda sustentarse en orden a la calificación jurídico-fiscal».

Por tanto, el recurso es improcedente, porque fué presentado fuera del plazo de quince días, que establecen tanto el Reglamento del Impuesto como el de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

La claridad del caso nos releva de todo comentario, y si lo traemos a cuenta es por la extraña tesis de considerar como error material el hecho alegado.

*Sentencia de 21 de diciembre de 1959.*

EL CONTRATO PRIVADO, AUN SOLEMNIZADO CON INTERVENCIÓN DE AGENTE DE CAMBIO Y BOLSA, NO TIENE LA CONSIDERACIÓN LEGAL DE ESCRITURA PÚBLICA A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO.

*Antecedentes.*—Dos importantes entidades mercantiles celebraron y solemnizaron en documento privado un contrato, cediendo la una a la otra el derecho de uso y disfrute en España de ciertas marcas registradas a favor de la arrendadora cedente.

El documento, a continuación de las firmas, contenía la cláusula o aditamento que decía: «Con mi intervención.—*El Agente de Cambio y Bolsa*», junto con su firma.

El contrato, de fecha anterior a la vigente legislación del impuesto, era muy cuantioso, tanto que la Oficina Liquidadora fijó la base liquidable en más de 47.000.000 de pesetas, y sobre ella aplicó el tipo de liquidación correspondiente al concepto «arrendamientos».

No conforme la entidad contribuyente con la declaración de sujeción al impuesto, alegó ante el Tribunal provincial que la fecha del contrato autenticada por el Agente de Cambio y Bolsa era la de 31 de diciembre de 1937, y, por consiguiente, la legislación aplicable era el Reglamento de 26 de marzo de 1927 y la Ley de 26 de febrero del mismo año, la cual sujetaba al impuesto la constitución de arrendamientos cuando constasen en escritura pública, documento judicial o administrativo; y como estos requisitos no los reúne el documento en cuestión, no obstante la aludida autenticación, es claro que continúa siendo un documento privado no equiparable a escritura pública, supuestos los requisitos de ésta, conforme al artículo 215 del Reglamento Notarial.

El Tribunal provincial y después el Central confirmaron la liquidación, y la Sala la anula declarando la no sujeción al impuesto.

Dice, pues, que admitido por las partes que la legislación aplicable es la mencionada, el problema queda reducido a decidir si la circunstancia de figurar al pie del documento la aludida diligencia del Agente de Cambio y Bolsa, lo equipara, a todos los efectos, a una escritura pública, con lo cual estaría comprendido en el precepto de la dicha legislación.

El Acuerdo recurrido, sigue diciendo la sentencia, se funda en que el artículo 93 del Código de Comercio atribuye a los Agentes colegiados el carácter de Notarios en cuanto a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio, y también en que los documentos autorizados por los Agentes mediadores de Comercio tienen, consiguientemente, la condición de documentos notariales; a lo que ha de añadirse, según el Central, que el artículo 2.º de la Ley de 1927, aplicado a la liquidación, ha de interpretarse lógicamente en el sentido de que los contratos de arrendamiento exceptuados del impuesto son solamente los contenidos en documentos privados, y, en cambio, sujetos los autorizados o intervenidos por funcionario público, dotado de fe pública, que con su intervención confiere al documento los efectos que a los documentos públicos confiere el artículo 1.218 del Código Civil, en concordancia con el artículo 93 del Código de Comercio y el número 2.º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A ello opone la Sala que a lo que asignan dichos artículos la cualidad de documentos públicos, es a los libros y pólizas de los Agentes mediadores y a las certificaciones expedidas con referencia a los libros registros de sus operaciones; y aun admitiendo que el cuestionado documento sea un documento público, no se podrá olvidar que, conforme al Reglamento notarial de 7 de noviembre de 1921, vigente al publicarse la Ley del Impuesto de 1927, de los documentos autorizados por los Notarios únicamente tiene la consideración de escritura pública la escritura matriz, es decir, la original, redactada con los requisitos de la Ley del Notariado, y las copias de la misma libadas con las formalidades legales; y de ello y de lo establecido en el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se sigue que si bien toda escritura pública es un documento público, no todo documento público y fehaciente, ni siquiera todo documento notarial, es una escritura pública.

La Sala corrobora lo antedicho añadiendo que la propia legislación del impuesto no equipara las escrituras públicas a los documentos expedidos o autorizados por los Agentes mediadores de Comercio, sino que los diferencia, puesto que tanto el Reglamento citado y aplicado, como los posteriores sobre la materia, mientras declaran exentas las transmisiones de títulos-valores cuando se

realizan mediante contrato intervenido por dichos Agentes, las sujetan cuando media escritura pública o documento judicial o administrativo.

*Comentarios.*—Es interesante el problema, como se ve, en sí mismo considerado, aunque no lo sea tanto hoy en la práctica, dentro de la actual legislación del impuesto, puesto que está—Ley del 1958 y Reglamento del 1959—sujeta al impuesto los arrendamientos en general, aunque consten en documento privado, y por otra parte está claramente razonada la tesis que la demanda sostiene. Merced, pues, a esa importancia teórica, y pese a dicha claridad de razonamientos, nos permitimos, sin contradecir los no menos claros razonamientos de la Sala, hacer algunas consideraciones alrededor del tema.

En primer lugar nos parece incuestionable que el documento de que se trata tiene todos los requisitos para ser considerado como instrumento público, a tenor del artículo 1.216 del Código Civil, porque lo son los autorizados por un Notario o funcionario público competente, cuyo carácter tiene el Agente que lo avaló con la diligencia en él estampada, y también lo es a tenor del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que bajo la denominación de documentos públicos y solemnes, comprende en su número 3.º los documentos expedidos por los funcionarios públicos que están autorizados para ello en lo referente a sus funciones; a lo que puede añadirse que los Agentes colegiados tienen, según el Código de Comercio, en su artículo 93, el carácter de Notarios en las funciones de su oficio.

Se trata, por tanto, de un documento público, aunque la Sala lo ponga en duda, inclinándose, más bien, a que no lo son sino los libros que los repetidos Agentes deben llevar, las pólizas en que intervengan y las certificaciones que en relación con aquéllos expidan. La fehaciencia, pues, es la que el Código Civil asigna al documento público en el artículo 1.218, y afecta al hecho y al contenido que motiva su otorgamiento y a su fecha frente a tercero, y no solamente a la legitimidad de las firmas, dada la frase «con mi intervención».

Esta tesis la confirma la doctrina de las sentencias de 8 de febrero de 1921 y 3 de marzo de 1947, las cuales, si bien es verdad que

se refieren a contratos de pignoración mediante pólizas intervenidas por Corredor de Comercio, también lo es que afirman que los documentos en que estos funcionarios intervienen por razón de su oficio, tienen el carácter de *documentos notariales*, de acuerdo con el artículo 93 del Código de Comercio, con los efectos del citado artículo 1.218 del Código Civil.

Este punto de vista lo refuerza el artículo 1.º del Reglamento de los Colegios de Corredores, de 26 de julio de 1929, al decir que tales funcionarios «dan fe, con el carácter de Notarios, de los actos mercantiles cuya intervención sea propia de su oficio».

Con lo dicho no estamos más que a medio camino en la solución del problema. El Reglamento aplicado al documento discutido, exigía, al sujetar al impuesto los arrendamientos, que éstos constasen en *escritura pública*, y por tanto, resta determinar si aquél, además de ser un documento público, puede ser considerado como verdadera *escritura pública* y así encajar en el texto reglamentario.

No se puede desconocer que el aludido Reglamento de 1927, efectivamente sujetaba al impuesto los arrendamientos cuando constasen en *escritura pública*, pero, esto admitido, ¿es que entendía en su espíritu que solamente son escrituras públicas las que autoriza un Notario?

Reconocemos que la cuestión no se resuelve en uno u otro sentido sin alguna vacilación en el ánimo, puesto que la afirmativa no se lee en ningún texto legal, incluido el vigente Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944. Tal texto legal lo que dice en su artículo 144 es que «el instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice el Notario», y añadimos esta consideración de indudable fuerza: si se admite y da por bueno que el concepto escritura pública se refiere a la autorizada por un Notario, habrá de admitirse asimismo, de acuerdo con lo anteriormente razonado, qué Notarios son en sus funciones privativas los Agentes y Corredores de Comercio.

Un último argumento hace la sentencia a que nos venimos refiriendo, anotado por nosotros en la última parte de los antecedentes, cual es el de que la legislación del impuesto, lejos de equiparar las escrituras públicas con los documentos autorizados por los repetidos Agentes mediadores, los diferencia, como lo prueba, dice, el hecho de que las transmisiones de los títulos-valores en

contrato autorizado por aquéllos, la declara exentas y no cuando se realizan mediante escritura pública o documento judicial o administrativo. Así es, replicamos, pero el argumento es más aparente que real, porque la exención de que se trata, reafirmada en el vigente Reglamento de 1959, en el número 8.º de su artículo 6.º, no está admitida por razón del título o documento en que el acto se exterioriza, sino por razón del lugar—Bolsas de Comercio—en que las negociaciones se efectúan cuando las solemnizan los tan repetidos funcionarios.

En conclusión, afirmamos de nuevo que la tesis de la sentencia está perfectamente razonada, sin que nos parezca rotunda la conclusión a que llega, ya que la tesis contraria sostenida por el Tribunal Central está abonada con serios argumentos que permiten sostenerla y defenderla sin temeridad.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1960.*

EL HECHO DE QUE EN CIERTA ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DE OBRAS EL CONTRATISTA HIZO CONSTAR QUE ERA VECINO DE BILBAO, CON RESIDENCIA EN MADRID, SIENDO ASÍ QUE, AL PARECER, ERA VECINO DE VILLALBA, NAVARRA, DONDE, JUNTO CON SUS HIJOS, ESTABA EMPADRONADO, NO PUEDE SER CALIFICADO, A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO, COMO ERROR DE HECHO.

*Antecedentes.*—En dicha escritura y ante tal manifestación de vecindad se practicaron las correspondientes liquidaciones sin tener en cuenta, como es lógico, la cualidad de vecindad foral del contribuyente.

Los hijos y herederos del aludido contratista solicitaron, años después de su fallecimiento, la devolución del impuesto, alegando que tanto ellos como su causante gozaban de vecindad foral, y por ello la escritura debió ser declarada exenta del impuesto.

La Delegación de Hacienda denegó la pretensión, por entender que el error alegado no podía ser considerado como de hecho, capaz de producir la devolución del impuesto liquidado, y en la vía administrativa fué confirmado el acuerdo en primera y segunda instancia.

La sentencia de la Sala dice que hay que partir del hecho de que en la aludida escritura consta que el contratante manifestó ser vecino de Bilbao con residencia en Madrid, circunstancia ésta que se reafirma en el documento oficial de adjudicación de las obras, en el que se dice que aquél tiene su domicilio en Bilbao, calle de Navarra, número 5, y residencia en Madrid, Paseo de Rosales, número 20, habiéndose practicado la declaración de herederos en Madrid sin mención ni reserva alguna foral y conforme al régimen común del Código Civil.

Al pleito se aportaron sendas certificaciones de los Secretarios de los Ayuntamientos de Villalba de Navarra y Bilbao, de las que resulta, según la primera, que el causante y sus hijos están inscritos en el padrón de habitantes de aquel pueblo con anterioridad a 1945, y en él han tenido su domicilio desde 1935, y, según la segunda, que en el Ayuntamiento no existe antecedentes alguno que justifique la vecindad en Bilbao; y se aportó además una tercera certificación del Juzgado de dicho Villalba, haciendo constar que en él no existe manifestación de renuncia de la vecindad foral.

La Sala dice que las antedichas certificaciones no desvirtúan la situación de hecho antes anotada y declarada documentalmente, sino que son temporalmente compatibles entre sí, «por lo cual dan lugar a una compleja situación legal que exige discernir su influencia con relación a la vecindad foral y a sus efectos jurídicos en orden a la aplicación del impuesto discutido». Y añade que «esta circunstancia valorativa de la vecindad en Bilbao y residencia en Madrid es elemento decisivo para determinar la existencia de la vecindad foral como justificativa de la exención tributaria», y, por tanto, «no se trata de un mero error de hecho consistente en cambiar el nombre de Navarra por el de Bilbao en la escritura, sino de un auténtico problema de derecho que no se limita a cambiar o rectificar un dato material e indiscutido por otro, sino que precisa una labor de exégesis interpretativa del artículo 15 del Código Civil en relación con los Reglamentos del Impuesto y de Procedimiento económico-administrativo, para deducir si existe o no la vecindad foral». Y esto lo refuerza—añade la sentencia—el hecho de que los recurrentes hayan tenido que recurrir a la aportación de una serie de documentos para que la tesis de la vecindad foral pudiese ser acogida.

En definitiva, concluye la sentencia, no es aplicable el procedimiento establecido para las devoluciones originadas por error de hecho.

*Comentarios.*—Aunque el tema de la distinción entre el error de hecho y el de derecho está muy trillado y discriminado por la jurisprudencia, reiteramos su estudio en este comentario porque el caso ofrece singularidades en relación con los que comúnmente son objeto de contienda, y además sirve para matizar la expresada distinción, consistente, vulgarizando la distinción, en que el de hecho entra por los ojos, y el de derecho exige un razonamiento legal para poderlo definir y concretar.

En el caso examinado, aunque a primera vista pudiera parecer que se trata del error puramente accesorio de señalar un domicilio y una vecindad en desacuerdo con la realidad, es lo cierto que para llegar a la determinación de tal realidad es necesario enfrentar con criterio jurídico-legal unas afirmaciones del contribuyente con otros hechos documentales conducentes a la determinación de la verdadera vecindad del mismo, lo cual conduce a la consecuencia de que el error de que se trata es de derecho, con la consiguiente desestimación de la demanda, por haber sido iniciada la reclamación administrativa después de transcurridos los quince días del ingreso de la liquidación.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

## V A R I A

*Liquidación del Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes.*—Exposición sistemática y comentada, adicionada con temas de Derecho fiscal, ajustándose al programa de oposiciones a Registradores de la Propiedad, por Manuel Alcalde Vallcillos, Abogado del Estado.—Instituto de Formación y Estudio. Madrid, 1960.

El título de la obra da suficiente idea de su contenido, del propósito del autor y de lo limitado del texto. Mucho más cuanto que el actual programa de las oposiciones citadas, en cada tema, tiene epígrafes o preguntas suficientes para orientar al opositor y ayudarlo a recordar, si es que sabe, pues si no ha estudiado, inútil tarea la del guía.

Con el actual sistema de oposición creemos que, y esperamos, sea más perfecto que cuantos le antecedieron, el Derecho fiscal tiene una importancia decisiva. No es posible *fusilar* esta materia. Hay que contestar y contestar lo suficiente para dar idea sucinta del tema o para conseguir más puntuación. La obra de Alcalde es una gran ayuda para el estudioso, porque dentro de las limitaciones propias del tiempo concedido, es lo bastante extensa para que el opositor no tenga que aprenderla de memoria y no omitir una sola palabra para que sea satisfactoria la contestación. No es un resumen de un resumen, sino un *resumen extenso*, valga la paradoja. Los comentarios, cortos y sin prodigarlos demasiado. Sólo cuando hacen falta.

Sin embargo, hemos de expresar nuestra opinión contraria a un párrafo de la página 22, que dice: «En general, también se advierte una mayor concordancia de los preceptos fiscales con los principios generales jurídicos, en adecuada armonía con el contenido económico de los actos que regulan, tendiendo a la mayor pureza en la configuración de los conceptos y a la debida efectividad fiscal». Por el contrario, como Liquidador antiguo o viejo, como se quiera llamar, observo en este impuesto una descarada inclinación a la presión tributaria, con abandono de principios jurídicos, que le están desnaturalizando, y esta inclinación se ha agudizado en la última reforma, que mucho tiene que criticar.

Ya se sujeta al impuesto incluso lo que no es transmisión ni derecho real (declaraciones de obra nueva, actas de notoriedad para inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad...). Siempre este impuesto, rémora del Registro de la Propiedad, no hace más que perturbar la normal contratación, obligando a crear a veces tipos civiles monstruosos y a falsear instituciones jurídicas. Y lo peor es que, sin conseguir finalidad práctica, pues la sujeción de tales actas, por ejemplo, ha obrado como prohibición: ninguna se hace, con lo que la reforma sólo ha hecho perjudicar, sin beneficiar a la recaudación. No acredita ser acertado consejero quien sugirió la introducción de un concepto que ni siquiera es concepto gravable y que no produce una sola peseta para el Tesoro.

En el epígrafe «Valor que para su eficacia y desarrollo tiene el Registro de la Propiedad» hay ideas suficientes para desear que alguien se decida a escribir una obra acerca de los perjuicios que la presión fiscal ha creado siempre a la institución registral y de la conveniencia, para el Estado mismo, de apartar de una vez intromisiones intrascendentes y deformadoras, a veces con fines inexplicables a primera vista. Muchas cosas más podrían decirse o indicarse, como, por ejemplo, el excesivo papeleo, en contra de lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de 17 de julio de 1958 o la elegancia de determinadas reglas, poco favorecedoras, de una normal investigación y de una buena recaudación (arts. 104, 156, 158). Pero como el autor nada tiene que ver con estas cuestiones y, por el contrario, pone de relieve algo de lo que hemos dicho (págs. 36 y 37), no extendemos esta nota.

Dicho autor, competente en extremo y acreditado como *contestador* práctico y eficiente para oposiciones, ha realizado un buen compendio y ha resumido, en *extenso*, según hemos indicado, una materia poco grata, porque requiere memoria más que inteligencia, pero que es necesario conocer para ser Registrador de la Propiedad.

*La letra de cambio en el medievo valenciano.* Discurso pronunciado por el Académico de número, don Ricardo Garrido Juan en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el día 20 de abril de 1950 y contestación del Académico de número, excelentísimo señor don Baltasar Rull Villar. Número 43. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Encabeza esta publicación una fotografía de la más antigua letra de cambio conocida: se giró desde Monzón contra los Jurados de la ciudad valenciana en 19 de febrero de 1376, y se conserva en el Archivo del excelentísimo Ayuntamiento.

Más adelante se inserta el texto, con designaciones de librador, librado, cantidad, fechas de libramiento y vencimiento, tomador, cláusula valor y cláusula a la orden, de un tercer tenedor. Por cierto que en el mismo Archivo se conservan otras letras de parecida antigüedad, muy curiosas, que también se transcriben en la publicación, la cual trata de antiguas leyes valencianas, alguna con vigor aún, de gran valor histórico.

Aunque haya trabajos notables, la historia del antiguo Derecho valenciano está por hacer, y aun las obras que tratan del mismo, son poco conocidas y difíciles de adquirir. El autor de esta nota ha pretendido conseguir alguna de ellas y no las ha encontrado, ni en el mismo Valencia.

La conferencia se desarrolla con la siguiente pauta: El cambio y sus instrumentos en las leyes y en la doctrina científica de la Edad Media (con indicaciones y precedentes histórico-legales y de autores); referencia al origen histórico de la letra de cambio (antecedentes del mundo antiguo: el comercio en las Repúblicas italianas: los judíos y la Banca, las ferias y mercados: las *lettere di pagamento* y las *lettres de foire*): Panorama mercantil de Valen-

cia en el siglo xiv (intercambios y exportaciones, elemento judío y ferias y mercados, el cambio, la Banca, el crédito, la *taula de cambi*): Las primitivas letras de cambio valencianas: Otros efectos medievales valencianos: referencia a la evolución de las cambiales: los documentos similares y complementarios y análisis de las letras medievales valencianas.

El trabajo, muy erudito y de gran valor histórico, es digno de una difusión de que carecen las publicaciones valencianas, merecedoras de mayor conocimiento en España, e igualmente los trabajos de las secciones de la Academia, de los que nos dan cuenta las memorias reglamentarias del Secretario don Augusto Vicente Almela, bien conocido. La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO está a la disposición de la Academia para coadyuvar a su difusión, en la seguridad de prestar con ello un gran servicio a la cultura jurídica española.

*Lo religioso en la Universidad*, por Jesús López Medel. Colección «Remanso». Juan Flors, editor. Barcelona, 1959.

Los esquemas pedagógicos, intelectuales y vitales que lo religioso en la Universidad ha sugerido a López Medel (no hay que decir quién es), desborda a un comentario breve. Habría que copiar y copiar, meditar y hasta entablar controversia previa. Esto último porque a mi generación es muy difícil de comprender y explicar estas inquietudes. Para nosotros o la mayoría de nosotros, lo religioso nace, germina y se arraiga en la intimidad familiar y en la educación, familiar en parte y extrafamiliar en otra, de las primeras enseñanzas. La Universidad no la comprendemos como educadora en este aspecto, ni en algunos otros, objetos de meditaciones en otras obras del mismo autor. A nuestro juicio, es desorbitar el problema el llevarle a sitios donde nos parece inadecuado. Bien está que se tenga en cuenta en la elección del profesorado, para evitar influencias que padecemos en tiempos pasados (digo padecemos en términos generales, pues estos problemas filosóficos nunca han anidado en mi ánimo), pero la enseñanza de la Universidad, que no es un Colegio más o me-

nos mayor, la centramos siempre en lo científico, en la enseñanza de las disciplinas que integran una carrera.

Como se ve enseguida, esta posición difiere, y hasta es incompatible con el objeto del libro. Este se desenvuelve en retazos, frases, ideas, opiniones, discordes a veces, fuera de lugar acaso en obras, bien fijadas en la mayoría, como producto de ráfagas de luz y de sombra, de reflexiones sin madurar, escritas con apresuramiento para la radio, la conferencia o la ágil lectura periodística verdades inconcusas, etc. Alguien, en el libro, expresa categóricamente que en el tiempo de antiguas generaciones con catedráticos ateos y hasta combatientes, nosotros, gracias a Dios, hemos permanecido y nos criamos siendo católicos, y que ahora... Dejemos al lector que busque y encuentre las consecuencias o las teorías de López Medel, pero desde luego esa opinión concuerda con la expresada antes: la educación familiar, insustituible en lo religioso, es lo que marca el rumbo. Siempre hay renegados y otros que el tiempo y las circunstancias enfrían o trasforman, pero en la mayoría las esencias perduran, hasta el extremo que en el último momento reviven, y quien fué un renegado vuelve a ingresar antes de abandonar la materia para siempre.

López Medel estudia los síntomas de una situación religiosa en nuestro tiempo (el suyo, naturalmente); lo que entre nosotros es la situación religiosa y la eficacia social del catolicismo español: la Universidad, reflejo y avanzadilla de la situación española; los aspectos pedagógicos más importantes, como estudiar y vivir lo religioso; el fracaso de la enseñanza religioso-universitaria; problemas específicos de alumnos, padres, profesores, materia, método, Centros formativos, etc.; el pensamiento religioso (la conclusión, de Cristo en la Universidad, es un poema que justifica este epigrafe); la vida religiosa, etc.

Una cita: los reproches universitarios al clero español, trabajo constructivo presentado al doctor Morcillo en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander en 1953, son un síntoma. Una frase: un intelectual y escritor se asombra, dentro de su juventud madura, de la disparidad de criterios que encontraba, en distintos órdenes de la vida, incluso con hombres a quienes no llevaba sino unos cuatro o cinco años. No es ocasión de críticas ni comparaciones, pero desde luego, guste o no guste a los protagonistas, se

les ha sacado a los jóvenes de su verdadero centro y se les quiere situar donde no tienen que estar para nada. Hablarles menos de derechos y de vidas propias y de incógnitas y de desazones: hablarles más de deberes y de sacrificios, que es lo que ellos no quieren saber para nada, en general. Desde la altura ya de una vejez se aprecia esto y por quien no tiene problemas cercanos que le preocupen, en observación desapasionada, aunque no valga para nada, cosa que tampoco importa, porque no es materia favorable de meditación ni ha interesado esta clase de reflexiones, al revés que al autor, quien con fina percepción capta ambientes, ideas y conceptos del aire, de la luz, del sonido, de la mente, de las otras mentes, de las posturas, de lo impreso y de lo hablado, de lo divino y de lo humano. Bien está para una formación de profesor de Derecho Natural, para lo que no basta ser un filósofo, sino un jurista inquieto y conocedor del Derecho, pues la moral no es suficiente para esta cátedra, pese a quien le pese: de ahí la mayor parte de los fracasos de esta disciplina, en la mayoría de los estudiantes, de antes y de ahora, para quienes es un *rollo* o una elucubración inexplicable.

Y quien quiera saber más, no que vaya a Salamanca, sino que adquiera el libro de López Medel, donde encontrará lo desconcertante de esta nota con su contenido y ganará mucho con ello, pues además de una amena lectura, encontrará ideas a la que no se ha hecho la menor referencia y sugerencias de gran valor. El autor de la nota y el autor del libro son totalmente distintos en edad, saber y aficiones. Por eso hay que leer al autor y por eso hay que meditar acerca de un libro que contiene esta tremenda observación del obispo de Solsona: «Porque los jóvenes, llevados de ese sentimiento de sinceridad, quizá exagerado, no admiten o no se interesan por una doctrina religiosa *que no responda a sus necesidades y exigencias*... ¿Tendremos nosotros parte de la culpa por haber presentado el dogma separado de la vida en esa depreciación de la religión y de la teología, y en ese disgusto por las clases de religión?» Lo subrayado no es del obispo, ni del autor del libro, sino del autor de la nota.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad.