

Dos consecuencias desafortunadas

Cuando la «condición» juega con la «disposición» es merecedor de cuidada atención el juego en que encajan, muy particularmente cuando se trata de sustituciones fideicomisarias condicionadas suspensivamente, por ser en tales supuestos donde cunde más el desacierto.

Los bienes hereditarios dejados (a título de herencia o de legado y/o en institución o en sustitución) bajo condición suspensiva estando ésta pendiente, son bienes puestos en administración—*herencia en administración*—, cuyos administradores:

A) Son:

- a) los que nombra el testador y, supletoriamente,
- b) los que, por orden de preferencia, señala la Ley, a saber:
 - 1. los coherederos o colegatarios puros y con derecho de acrecer, sin fianza;
 - 2. el heredero condicional, con fianza;
 - 3. el heredero presunto, también con fianza, y
 - 4. un extraño, con fianza, de nombramiento judicial.

B) Tienen:

- a) los derechos y obligaciones que el testador les señale y, supletoriamente,
- b) los que tienen los que lo son de los bienes de un ausente, a saber:
 - 1. inventariar los muebles y describir los inmuebles;
 - 2. conservar y defender los bienes, obteniendo de ellos los rendimientos normales de que fueren susceptibles;
 - 3. disfrutar de la posesión temporal de los bienes, haciendo suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en cuantía determinada;

4. disponer de los bienes en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, que lo autorizará determinando el empleo de lo obtenido, y
5. administrar según las normas que establece la Ley Procesal Civil en orden a los bienes del ausente.

Así, pues, la disposición de los bienes que nos ocupa la tiene el administrador de ellos, que, por tanto, es un *administrador titular de disposición*, es decir, una *persona* que con carácter *temporal* actúa como *órgano de representación* y *dispone* de intereses—a veces (recuérdese quién puede ser esa persona) no por completo—ajenos *en la forma permitida por las Leyes*.

Luego esta *persona* dispone (usa cualesquiera de los derechos inherentes a la *propiedad* o *posesión* de los bienes) en forma legal:

- Si subroga (usa del derecho a *poner* una cosa *en lugar* de otra) o sea, coloca—usando (disponiendo) de derecho inherente a la *posesión* de los bienes administrados—uno de éstos en determinada situación que antes no tenía, para colocar otro de ellos en la situación que tenía aquel primero mencionado, sin necesidad o utilidad evidente para ello reconocida y declarada por el Juez.
- Si subroga, o sea—usando (disponiendo) de derecho inherente a la *propiedad* de los bienes administrados—, hace salir (por venta, por permuta, etc.) el derecho de dominio sobre uno de éstos para entrar (por compra, por permuta, etc.) el derecho de dominio sobre otro extraño, en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, determinando éste, al autorizar el salir del derecho propio, el empleo de la cantidad por ello obtenida, hasta hacer entrar el extraño.

Que enajenar (usar del derecho a *transmitir* a otro el dominio de la cosa o algún otro derecho sobre ella) no es subrogar resulta, por ende, evidente del diferente concepto de una y otra disposición y de estas consecuentes consideraciones:

1. Cabe subrogar sin enajenar, lo que acaece cuando las cosas subrogadas pertenecen al subrogante, supuesto en el que no hay necesidad de usar derechos inherentes a la propiedad. Es habiendo esta necesidad cuando actúa la enajenación poniendo en peligro la «existencia», no la «subsistencia», del objeto, la concreción del cual—éste y no aquél—no es, de otra parte,

institucionalmente imprescindible, ya que lo medular en el derecho es el *poder* (véase la página 39 del número 47—enero-febrero-marzo 1965—de la *Revista de Derecho Notarial*), siendo el derecho real de la acción propia frente a la ajena para percibir la utilidad de la cosa, susceptible ésta, por tanto, de cambio, de sustitución sin merma para el derecho, pero no de inexistencia, a la que puede, prácticamente, conducir una enajenación perjudicial.

2. Subrogar es atentar a la subsistencia. Enajenar es atentar a la existencia. Por esto, la prohibición de enajenar que impone el testador no lleva consigo la de subrogar. Cuando lo que se quiere es la existencia de un derecho sobre cosa, la existencia, por tanto, de cosa, sea ésta la que sea, se prohíbe enajenar; pero cuando lo que se quiere es, además de la existencia de un derecho sobre cosa, la subsistencia de una cosa concreta y determinada, por atenderse no al valor en cambio o económico de la cosa, sino a su valor en uso de afección, entonces se prohíbe no la enajenación, sino la subrogación, la disposición.
3. En el subrogar enajenando, la causa es la subrogación (motivo), y el efecto, la enajenación (acción). En el vender entregando cosa y precio, la causa es la compraventa (motivo), y el efecto, la entrega de precio y cosa (acción). Decir lo contrario es afirmar que el efecto antecede a la causa en el acto humano de subrogar, de vender. Lo cierto es que el efecto o resultado de la enajenación es la transmisión del derecho enajenado, y el de la subrogación, la colocación—cualquiera que sea el medio—de una cosa en el mismo lugar de otra.
4. La subrogación, en cuanto causa de la enajenación, es un principio que hace a esta última posible y (de no estar prohibida aquélla) legítima.

Corolario de todo lo cual es que la única disposición de bienes hereditarios dejados bajo condición suspensiva, estando ésta pendiente, que puede hacerse es la subrogación, en tanto no esté prohibida, y cualquiera que sea el medio empleado—venta, permuta, partición, división, etc.—, aun cuando expresamente haya sido prohibido la enajenación y el gravamen.

Y por lo que hace a las normas procesales a seguir en estos supuestos de autorización judicial, teniendo en cuenta que:

- Este administrador se halla equiparado al que lo es de los bienes de un ausente.

- El artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que todas las actuaciones que motive el título VIII del libro I del Código Civil revisten el carácter de jurisdicción voluntaria.
- Faltan normas procesales específicas de jurisdicción voluntaria a observar por el administrador de los bienes de un ausente y, en consecuencia, por el administrador a él equiparado que pida la autorización judicial de que habla el artículo 2.046 de la citada Ley Procesal.
- Esta Ley adjetiva dedica uno sólo de sus títulos—el XI de la primera parte de su libro III—a regular un procedimiento de jurisdicción voluntaria a observar por un administrador—usufructuario, las más de las veces, de los bienes administrados—que pretenda obtener autorización judicial para realizar actos de disposición de estos bienes, aunque sin olvidar que la división de la herencia (y la de la cosa común a ella equiparada—artículo 406 del Código Civil—) cuando en ellas esté interesado un ausente (el administrador de los bienes del mismo y el de los hereditarios dejados bajo condición suspensiva estando ésta pendiente tienen los mismos derechos y obligaciones) requiere no autorización previa, sino aprobación posterior—artículo 1.049 de la tan repetida Ley de Enjuiciar.

No ofrece dudas que este procedimiento del referido título XI será el a propósito al administrador de bienes de un ausente y al a éste igualado, al menos en todo lo de ese título adaptable a las particularidades de la especie de administración a la que se aplique, como respecto de la que nos ocupamos sucede con lo concerniente:

- a) A que sea el administrador quien pida la autorización.
- b) A que, en su caso, el instituido bajo condición suspensiva, si quiere y fuere mayor de doce y catorce años, respectivamente, según su sexo, firme también la petición, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.121 del Código Civil, aplicable por mandato del artículo 791 de este mismo Cuerpo legal, aun cuando no sea necesaria dicha intervención por estar el administrador plenamente legitimado para actuar él solo, si bien esta no necesaria intervención sólo podrá hacerla el instituido condicionado en el «cómo es» (a título universal o particular; en el todo o en una parte; en pleno dominio o en usufructo; con carga o sin ella—modo—; a plazo o sin él; pura o condicionalmente, en cuyo último caso, muerto el oferente y pen-

diente la condición, se sabe *quién es condicionalmente* el aceptante)—*disposición* en sí, aunque equivaliendo a ello el condicionamiento cuantitativo de la designación—, o sea, siendo él el designado por el oferente titular provisional—de la situación de pendencia interina (como posible sujeto definitivo—titularidad preventiva—y como encargado de defender la situación de pendencia—titularidad interina—)—y no el instituido condicionado en el «quién es» (muerto el oferente y pendiente la condición no se sabe *quién es* el aceptante de entre los designados por hallarse esto pendiente de un evento consistente en una cualidad, no de las habilitantes para suceder, intrínseca e involuntaria de ellos)—*designación*, aunque equivaliendo a ello el sometimiento de esta designación a plazo incierto—, o sea, siendo titular provisional el designado por la Ley (heredero legítimo) para cuando el oferente no hace la designación o la hace incierta en sí—en cuyo último caso el condicionalmente designado por el oferente lo único que tiene es una mera esperanza desprovista de toda efectividad (véase página 921 del número 455, julio-agosto 1966, de esta *Revista Crítica*)—; heredero legítimo que es, en todo caso, titular provisional, y por ello le corresponde el derecho de obtener copia del testamento muerto el otorgante.

- c) A que se exprese el motivo del acto de disposición y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga.
- d) A que se justifique la necesidad o utilidad del acto.
- e) A que se oiga sobre ello al Ministerio Fiscal.
- f) A que sean tres testigos conocidos los que depongan.
- g) A que la justificación de la necesidad o utilidad del acto a realizar se practique con citación del Ministerio Fiscal.
- h) A que cuando el acto de disposición sea:
 - Una venta, ésta y no otros actos que la excluyan, bien por su misma índole (como la permuta), bien por precepto legal (como la hipoteca o la extinción de derechos reales, según el artículo 2.030 de la Ley Procesal Civil), se ejecute en pública subasta judicial, regulada en el tan mencionado título XI.
 - Una partición o una división material, éstas se presenten a la aprobación judicial por los trámites establecidos en los artículos 1.077 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1.049 y 1.050 de esta última citada Ley

aplicables por la equiparación al ausente, que, en orden a la administración de bienes, se hace del sucesor condicionado suspensivamente, pendiente la condición, en el artículo 804 del Código Civil).

- i) A que el avalúo se haga por Peritos nombrados por el Juez, tanto si se trata de autorización como de aprobación.

El juego de «disposición» y «condición» toma prácticamente desmedido interés cuando la condición viene impuesta por la «sustitución a la institución» o «institución para después de otra»—sustitución fideicomisaria—, es decir, por la disposición aplazada.

Entonces esta disposición de suyo aplazada—*para después*—viene a ser, además, condicionada, pues que el heredero queda instituido (para después) bajo condición suspensiva.

Beneficiar al fiduciario sin perjudicar al fideicomisario es lo que busca el fideicomitente con sus dos llamamientos en orden escalonado de preferencia, en cuya finalidad hay que ver su propósito—de no haber manifestado otro diverso—de que la administración conservativa para el segundo, llamado *eventual*, recaiga en el que lo ha sido en primer término; conclusión a la que también llevan las circunstancias que han de reunir los administradores, exigidas por los artículos 802 y 803 del Código Civil, puesto que de esta exigencia se desprende clarísimamente que la Ley prefiere para ello, hasta el punto de no exigirle fianza, al heredero voluntario llamado con otro a la misma cosa sin especial designación de partes, que es lo que acontece con el heredero instituido sin condición, habiendo derecho de acrecer, y con el heredero fiduciario respecto del heredero fideicomisario condicional. No son, pues, personas distintas las que reciben de los preceptos últimos citados las facultades en ellos contenidas y los herederos fiduciarios que hayan sido llamados con herederos fideicomisarios instituidos bajo condición suspensiva, en cuya razón no puede hablarse de ampliación de dichas facultades.

Inscrita en el Registro de la Propiedad una herencia fideicomitida con herederos fideicomisarios llamados bajo condición suspensiva, estando ésta pendiente, lo que realmente consta inscrita es, por tanto, una *herencia en administración*, de la que, de no resultar otra cosa del mismo Registro, el *administrador titular de disposición* es el heredero fiduciario, cuya actuación como tal titular de disposición nada tiene que ver, como extrañas por completo que le son, con estas condiciones:

1. Representación de personas no nacidas ni concebidas.

2. Inadecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria para enajenar bienes de los hijos no nacidos ni concebidos.
3. Falta de autorización en los padres para enajenar bienes a que parecen llamados los hijos nacederos, por los trámites del artículo 164 del Código Civil.

Pues bien, hasta hoy no se ha aplicado rigurosamente a la realidad cuanto se lleva expuesto, de donde han surgido dos consecuencias desafortunadas.

Es la primera una notable falta de uniformidad a la hora de resolver los mismos problemas.

Es la segunda una perturbadora carencia de argumentos convincentes en las resoluciones adoptadas.

Así lo prueba el rápido repaso a la jurisprudencia, que sigue.

No son válidas ni, por esto, inscribibles ventas hechas sin subasta judicial y sin avalúo de peritos de nombramiento judicial, ni una permuta realizada por quien no era el órgano de representación competente; pero, sin embargo:

- A) Se declara inscribible—Resolución de 29 de diciembre de 1906—la venta *porque* el padre tiene capacidad con autorización judicial.
- B) Se reputa no válida la permuta y no inscribibles las ventas no por las razones dichas, sino:
 - a) En el caso de la permuta—Sentencia de 20 de octubre de 1954—, *porque* la autorización judicial no podía atribuir a las menores poder dispositivo sobre la cosa objeto de transmisión.
 - b) En un caso de venta—Resolución de 10 de septiembre de 1918—, *porque* la representación de personas no nacidas ni concebidas llevaría a una pluralidad de representaciones condicionales no contenidas en el artículo 164 del Código Civil.
 - c) En otro supuesto de venta—Resolución de 21 de octubre de 1924—, *porque* es insuficiente el auto judicial recaído en expediente de jurisdicción voluntaria para enajenar bienes de los hijos no nacidos ni concebidos.
 - d) En otra ocasión de venta—Resolución de 16 de septiembre de 1929—, *porque* los hijos que pueda tener un padre no pueden estar representados por éste.

- e) En otra coyuntura de venta—Resolución de 3 de marzo de 1956—, de una parte, *porque* la subrogación real—se afirma—no tiene virtualidad para crear un poder de disposición, ya que funciona como resultado y no como premisa (cuando es, de suyo, acto dispositivo y motivo o premisa de la venta), y, de otra parte, *porque* el procedimiento establecido en el título XI del libro III de la Ley Procesal Civil no es aplicable (cuando otra cosa totalmente contraria se ordena al efecto en los artículos 186 y 804 del Código Civil y 2.031 y 2.046 de la mentada Ley de Procedimiento).
- f) En otra oportunidad de venta—Resolución de 7 de mayo de 1960—sin avalúo por peritos nombrados por el Juez y mediante subasta notarial y no la judicial regulada en los artículos 2.016 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *porque* aparte de que los administradores han de reunir las circunstancias previstas en los artículos 802 y 803 del Código Civil, la autorización judicial no puede crear—lo cual es obvio—un poder dispositivo en quien no lo tiene, todo esto dicho de espaldas a que el fiduciario, que es administrador de testamentaria designación en tanto heredero voluntario llamado con fideicomisarios condicionales sin cuotas y a la misma cosa, reúne, por añadidura, dichas circunstancias (de presunto mayor interés en la buena gestión de los bienes hereditarios que unas personas han de poseer respecto a otras, que es el criterio que preside las designaciones legales de administrador hereditario, designaciones legales que, por lo demás, parten siempre de la base de que el testador omitió la designación) y tiene, en consecuencia, las facultades del artículo 804 del Código Civil, cuyo precepto, y no la licencia judicial, es el creador del poder dispositivo.
- g) En otra ocurrencia de venta—Resolución de 13 de enero de 1965—, *porque* no quedando definitivamente determinados los titulares del inmueble hasta tanto no se cumpla el evento señalado en el testamento, la presencia de la administradora no es suficiente para que la transmisión puede ser inscrita en el Registro como libre a nombre del comprador, con olvido de los eventuales derechos que pudieran tener efectividad en fecha posterior a favor de

otras personas, cuando de haberse verificado el avalúo y la subasta en los términos establecidos, y que hemos dejado dichos, habría podido inscribirse como libre la transmisión, pues ni la eventual indeterminación de los herederos condicionales y titulares del inmueble hacía insuficiente la sola presencia de la administradora (dado su poder dispositivo, según el artículo 804 del Código Civil) en la transmisión ni con aquéllos y los demás requisitos exigidos para llevar a cabo ésta se dejan en el olvido los derechos eventuales de los condicionales herederos, cuya defensa—y esto no cabe ponerlo en duda—está confiada al Juez y al Ministerio Fiscal, no al Registrador. Añadiremos que fue acertado no apreciarse el defecto de que los padres no están autorizados a enajenar bienes a que aparecen llamados los hijos nacederos, por los trámites del artículo 164 del Código Civil, porque en estos casos no se actúa como padre, sino como administrador de herencia, en la que los instituidos lo están bajo condición suspensiva, ni los trámites de jurisdicción voluntaria seguidos son los del artículo 164 del Código Civil, ya que entre estos últimos no se hallan precisamente ni el avalúo ni la subasta.

Y para terminar resaltaremos que únicamente en la sazón, que acabó en la Resolución de 22 de diciembre de 1950, se atiende acertadísimo, como a razón de tipo general (*para operar*—dice la Dirección General—*en tan delicados supuestos*), a la falta de la pública subasta y del previo avalúo para estimar a la venta no inscribible.

PEDRO PORRAS IBÁÑEZ

Notario