

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

Mayo-Junio 1960

Núms. 384-385

Enajenación de bienes de la sociedad conyugal ⁽¹⁾

Sean mis primeras palabras de gratitud sincera y cordial a la Junta Directiva del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España y al Consejo Permanente del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos por la honra que me deparan al invitarme a pronunciar esta conferencia inaugural del ciclo, que promete ser interesantísimo por la materia elegida, aunque, en este caso, os defraude el conferenciante, porque habéis antepuesto el afecto y mi interés en torno al Registro de la Propiedad como institución, a las altas cualidades que, en orden al conocimiento profundo del Derecho, concurren en otros investigadores o profesionales que, además de su probada vocación, poseen dotes de preparación y maestría que no concurren en quien en estos momentos tiene el honor de dirigirse a vosotros.

En vista de todo ello, mi gratitud tiene que ser mayor. Y os

(1) Conferencia inaugural del Curso sobre «La última reforma del Reglamento Hipotecario», pronunciada por el excelentísimo señor don Pascual Marín Pérez, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado, el día 2 de marzo de 1960.

aseguro que, como no se trata de nada formulario, quiero dejar acusada constancia de ello.

Cumplido este deber elemental, paso a tratar del tema que vosotros elegisteis. Y resalto este último extremo para que mi responsabilidad en su desarrollo resulte muy atenuada por esta circunstancia cualificada.

La sistemática que voy a seguir es la acostumbrada en el desarrollo de cualquier tema jurídico: breve estudio histórico de la cuestión; Derecho comparado; Crítica del texto legal español reformado y problemas que la nueva situación plantea, especialmente los de tipo registral.

I

INTRODUCCION

En mis años de preparación de oposiciones a cátedras, en dos ocasiones traté de la influencia socializante del Registro de la Propiedad, en sentido de constituir un instrumento valioso y de gran interés, para que las directrices revolucionarias del nuevo Derecho de propiedad, fenómeno común a la generalidad de los países del mundo, arraigasen en la conciencia colectiva, ya que pretender vencer al marxismo, extendido por una parte considerable de ese mismo mundo actual, con meras lamentaciones líricas o argumentos de estricta dialéctica, constituye, a mi juicio, el error más grave que los políticos que rigen la mayor parte de ese otro mundo aterrizado de nuestros días, vienen cometiendo con inusitada reincidencia.

Fueron estas dos ocasiones: la primera, en mi trabajo titulado *La hipoteca de responsabilidad limitada*, publicado en el año 1945, con motivo de la importante reforma de la Ley Hipotecaria, llevada a efecto en 30 de diciembre de 1944, y en el que sostenía, entre otras cosas, la necesidad de fomentar aquel pacto de limitación de la responsabilidad, que determinaba el artículo 138 de la citada Ley de Reforma, especialmente por cuanto a nuestros cam-

pesinos se refería, como coadyuvante inestimable del crédito agrícola, de tan vital importancia para el resurgir del campo español.

La segunda fué con motivo de la apertura del Curso académico de 1949 a 1950 en la Academia «San Raimundo de Peñafort», en el trabajo titulado *El Derecho privado en el pensamiento de José Antonio*, en el que también traté de la trascendencia social que la función del Registro de la Propiedad, bien orientada a través de una avanzada legislación, podía desempeñar en la transformación del nuevo Derecho de propiedad.

No faltaron las críticas, a mi juicio un tanto impremeditadas, contra estas posturas, por parte de aquellos que seguían viendo en el Registro de la Propiedad algo así como un instrumento al servicio de un arcaico capitalismo territorial del que hoy casi nadie se acuerda, ante la deshumanización de la riqueza, llevada a cabo por otra clase de capitalismo, por el verdadero y más peligroso, que, al desvincular al hombre del auténtico goce material de sus propiedades, excita otras ansias menos nobles y elevadas, y contra las que se inquieta el mundo de nuestros días.

Para que quedase constancia de estas observaciones, antes de que se promulgaran las Leyes de Concentración parcelaria, de unidades mínimas de cultivo y algún otro proyecto que nos tienen torpedeado, por no sé qué vericuetos de la Administración, cual el de la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Parcelario, en los que se advierte claramente este importante contenido funcional del Registro de la Propiedad ante los fenómenos de socialización del derecho de cosas, he querido que se reeditasen ambos trabajos sin el más mínimo retoque, hace unos meses, al publicar mis *Estudios sobre el Derecho privado y sus Transformaciones actuales*, recientemente editado por Bosch, en Barcelona.

También en mi *Introducción al Derecho registral*, tan benévola-mente acogida por la mayoría de los Registradores de la Propiedad de España, e incluso de Hispanoamérica, puse de relieve esta trascendencia social del Registro de la Propiedad, propugnando la tendencia unificadora que las necesidades elementales de técnica jurídica, expertamente manejada por los funcionarios integrantes del Cuerpo de Registradores de la Propiedad de España, exigen en los nuevos tiempos, en los que determinadas formas de la llama-

da propiedad inmobiliaria exigen una atención mayor y más destacada que lo que se entendía por propiedad inmobiliaria.

Algunas de las sugerencias y orientaciones fueron recogidas posteriormente en la Ley de Hipoteca mobiliaria, pero otras no. Si se hubiesen tenido en cuenta, no se habría cometido el absurdo disparate de seguir protegiendo los llamados bienes inmuebles, con carácter exclusivo, en la reciente reforma del artículo 1.413 del Código Civil, aferrándose al erróneo criterio de seguir dando valor casi sacramental a la distinción entre bienes muebles y bienes inmuebles, concepción totalmente anticuada desde el punto de vista económico. Hoy, como dice, con sobrada razón, nuestro maestro, el profesor BATLLÉ VÁZQUEZ («Revista General de Legislación y Jurisprudencia», octubre de 1958, pág. 443), criticando este precepto, la riqueza mobiliaria tiene tanta o más importancia que la inmobiliaria, y no nos parece lógico que el marido pueda por sí y sin más disponer de un valioso paquete de acciones de una sociedad mercantil mientras que necesita del consentimiento de la mujer para enajenar un trozo de tierra de escaso valor.

Todo esto nos hace reafirmarnos, a los trece años de haber formulado las consideraciones apuntadas, en la necesidad de sustituir la arcaica y nociva distinción entre bienes muebles e inmuebles, por la de cosas susceptibles de publicidad registral y aquellas otras que sólo lo son de publicidad material.

Traigo a colación estas consideraciones previas porque, en la materia objeto de esta lección—como en tantas otras—ha sido también la práctica registral—como luego tendremos ocasión de comprobar—quien se adelantó, a manera de precursora, aunque con mejor técnica, a la reforma de la legislación civil.

Con lo anteriormente dicho, podemos entrar en materia enunciando el texto del artículo 1.413 del Código Civil, después de reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, que ha quedado redactado así: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bie-

nes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de primera instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.»

Sentado el contenido del texto que ha provocado las repercusiones registrales consiguientes, a través de la reforma del Reglamento Hipotecario, objeto principal de nuestra lección de esta noche, me interesa hacer constar que estimo de muy sobresaliente interés los notables trabajos monográficos, cada cual en su estilo, de MANUEL DE LA CÁMARA (publicado en los fascículos II y III del «Anuario de Derecho Civil» del pasado año 1959); el de JUAN ROCA JUAN, titulado *Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial* (publicado también en el fascículo II de dicho Anuario), y el de ANTONIO JIMÉNEZ ADRADOS (publicado en la «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre de 1958, págs. 129 y ss.), en el plano o perspectiva del Derecho civil. Y, desde el punto de vista registral, el sutil comentario al trabajo citado de JIMÉNEZ ADRADOS que, en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (año 1959, páginas 291 y ss.), publicó el competente Registrador GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

A todos estos trabajos os tengo que remitir como previos a las consideraciones que yo vaya a formular sobre el tema objeto de esta lección, porque resultaría pueril el entretener vuestra benévola atención resumiendo conceptos que, por haber sido ya expuestos por especialistas tan destacados, conocéis tan bien o mejor que yo, aunque sí he de manifestar que tendré que aludir a alguna de las opiniones allí expuestas en sentido crítico o complementario de algunos de los problemas que el texto legal mencionado me sugiere, y de los que paso seguidamente a tratar.

II

ASPECTOS HISTORICOS DE LA CUESTION

La discrepancia fundamental con MANUEL DE LA CÁMARA reside en el enfoque que, del aspecto histórico de la cuestión, plantea en su notable trabajo, cuando escribe (pág. 452): «El Código Civil, en su antiguo artículo 1.413, atribuía al marido la facultad de enajenar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales. Respondía en este punto a la tradición del Derecho castellano, que desde la Ley 205 de estilo había sancionado aquella potestad del marido, quien podía ejercitarla libremente, salvo que tratara de obrar en fraude de la mujer. En 1958 el legislador ha creído conveniente modificar este aspecto tan importante del régimen jurídico de la sociedad de gananciales. El nuevo artículo 1.413 cercena y limita los poderes dispositivos del marido al exigirle el consentimiento de su mujer, o autorización judicial, para otorgar actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, y prevé que el Juez pueda adoptar, a instancias de la mujer, medidas de seguridad (que se traducen en nuevas limitaciones) respecto a los demás bienes gananciales, cuando el marido venga realizando actos que pongan en grave peligro los intereses de la sociedad.

No nos proponemos en este trabajo —sigue diciendo el docto Notario— analizar ni criticar las razones que hayan podido mover al legislador para consumir una modificación de tanta trascendencia y gravedad. No vamos a romper una lanza (cuando tantas se han roto estos años en defensa de la mujer) a favor de los maridos españoles y a discutir si su conducta, en general, se ha hecho o no acreedora a la manifiesta desconfianza con que ahora se les trata. Si no se hubiera abusado tanto de la técnica periodística (que no parece, desde luego, la más adecuada) en la discusión de los problemas conyugales, quizá se hubiera advertido que no era la ley, sino una interpretación de la misma demasiado laxa, la causa principal de que los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales estuvieran insuficientemente protegidos. Hubiera

bastado, posiblemente, para dejar las cosas en su punto, corregir aquella equivocada interpretación, que en parte, al menos, ya estaba siendo rectificadas por el Tribunal Supremo.»

Sentimos mucho discrepar radicalmente de esta opinión, ya que no es cierto que el legislador haya obrado a impulsos de la técnica periodística ni que el antiguo artículo 1.413 del Código Civil respondiese «a la tradición del Derecho castellano». Por el contrario, el texto reformado obedecía —como tantos otros— a la inspiración en el más puro patrón napoleónico. Pero como uno tiene esa fama que le coloca en el criterio reformista del Código Civil, apasionadamente según algunos, he decidido, para demostrar estas afirmaciones, basarme en el testimonio del mejor historiador del Derecho español de todos los tiempos: don EDUARDO HINOJOSA y NAVEROS, de quien los historiadores actuales del Derecho se consideran discípulos.

No ha obedecido el legislador español a impulsos periodísticos, porque ya en 26 de mayo de 1907, desde la Tribuna de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas decía don EDUARDO DE HINOJOSA (*Obras*, tomo II. *Estudios de Investigación*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1955, págs. 384 y ss.): «La ilimitada libertad de que goza el marido para disponer de los bienes comunes a ambos cónyuges en el sistema de gananciales, y en todo otro sistema de comunidad de bienes, deja enteramente indefensos los intereses de la mujer. Para remediar este mal hay que darle una intervención eficaz en la administración del patrimonio conyugal. Conforme a esto, la intervención de la mujer sería imprescindible, así para hipotecar y enajenar los inmuebles de la sociedad, como para la pignoración y venta de los muebles, y muy especialmente de los valores públicos.»

Como puede verse, el ilustre maestro de la Historia del Derecho español llegaba, lógicamente, más lejos que el legislador actual, puesto que no escaparon a su fina perspicacia de investigador las consideraciones que, sobre los valores mobiliarios, ya han quedado apuntadas.

No respondía tampoco «a la tradición del Derecho castellano» el artículo 1.413, en su redacción antigua, porque, como afirmó HINOJOSA (págs. 379 y ss.), «al investigar las vicisitudes del régimen de bienes de la sociedad conyugal en España, se observa la oposi-

ción radical entre los países donde impera el sistema de la comunidad de bienes, la libertad de donaciones entre esposos y la viudedad, persistiendo hasta nuestros días con sus caracteres esenciales, no obstante las modificaciones debidas a la influencia romana, y aquellos otros en que, habiendo regido estas instituciones en los primeros siglos de la Edad Media, se modifican luego bajo la influencia del sistema dotal romano, singularmente en lo relativo a la incapacidad de la mujer casada. Puede asegurarse que el sistema genuinamente nacional, como lo demuestra el hecho de encontrarse en todos los Estados de la Edad Media española con caracteres más amplios o más restringidos, es el régimen de la comunidad, expresión la más adecuada de la idea de la sociedad en el orden patrimonial, cuyos orígenes pueden referirse con fundamento a la acción combinada del Cristianismo y de las costumbres germánicas.

Varias causas influyeron en la mejora de la condición personal y patrimonial de la mujer en los Estados romano-germánicos y en las naciones que de ellos se derivaron: por una parte, la acción lenta, pero constante, de las ideas cristianas; por otra, las modificaciones que experimentan la autoridad del jefe de la familia y la estrecha cohesión entre los miembros de ésta, cuando el Estado, con plena conciencia de su misión, reivindica para sí la protección y el amparo de los débiles, y, finalmente, la recepción del Derecho romano con sus instituciones favorables a la independencia económica de la mujer.

Nuestro Código Civil apenas ofrece vestigio de la influencia de las corrientes que, ya en la época de su redacción definitiva, se dejaban sentir, así en la esfera científica como en la legislativa, en cuanto a la mejora de la condición civil de la mujer casada, acerca de las relaciones patrimoniales. Sus prescripciones descansan sobre las del Código francés, y son, a veces, mera reproducción de ellos, sin las atenuaciones del Código italiano, que sirvió de fuente al nuestro en otras materias, como en el derecho de sucesión del cónyuge sobreviviente, única mejora que introdujo en este orden, remediando la inferioridad de la legislación de Castilla respecto de las otras peninsulares.

En cuanto a las relaciones personales, copia, como tantos otros, el artículo del Código de Napoleón sobre la obligación de la mujer

de obedecer al marido, que podrá suprimirse sin inconveniente alguno. Respecto a las patrimoniales, establece la misma desigualdad entre los derechos del marido y de la mujer acerca de los bienes de la sociedad conyugal. El marido, administrador de los gananciales, puede enajenarlos u obligarlos sin la mujer; mas no ésta sin autorización del marido, si no existe pacto en contrario, salvo en algunos casos. No puede adquirir ni enajenar sin permiso del marido ni pedir partición de bienes, ni obligar sus bienes inmuebles, ni disponer de ellos mientras dura el matrimonio, aunque esté separada judicialmente, sin autorización del Juez.

Esta situación desventajosa debe modificarse en armonía con el progreso de las ideas y de la legislación.

La legislación extranjera de los tres últimos decenios (no olvidemos que HINOJOSA hablaba en 1907), singularmente la inglesa, el Código civil alemán y el proyecto de Código Civil suizo, ofrecen puntos de vista y soluciones muy dignos de ser tenidos en cuenta, por responder a ideales y exigencias hijas de la transformación del estado económico en todas las naciones cultas, y conforme en parte también a las tradiciones patrias».

A la vista de estas consideraciones, puede verse cómo caen por su peso las imputaciones al legislador español, formuladas por MANUEL DE LA CÁMARA, ya que los motivos de la reforma habían sido recogidos por hombres de la más depurada doctrina, y cuya excepcional formación no puede ponerse en duda, hace ya más de cincuenta años.

III

DERECHO COMPARADO

Las observaciones que formuló el maestro HINOJOSA nos llevan, casi de la mano, a plantearnos el problema en el Derecho comparado, no para analizar, con pretensión más o menos exhaustiva, la legislación, que en este sentido se ha promulgado en otras naciones —tarea que, por otra parte, ha realizado muy brillantemente JUAN ROCA JUAN en su artículo ya citado, sino para indagar los posibles textos que, de manera inmediata, tuvo a la vista el legislador:

español, para redactar el nuevo texto del artículo 1.413 y que adelante que se ha limitado a traducir el proyecto de reforma del Código civil francés actualmente en estudio.

Si, como ya hemos visto, según el maestro HINOJOSA, el Código Civil se inspiró en el napoleónico para redactar el antiguo texto, era lógico el que ahora consultase, al menos con propósitos meramente técnicos, los trabajos que se vienen llevando a efecto en Francia para la reforma del viejo Código Civil napoleónico. Pero mucho me temo que la consulta de los autores del proyecto no se limitase a meras curiosidades técnicas, ya que se da la triste paradoja de que el absurdo disparate de separar los bienes inmuebles de los muebles y valores públicos a los efectos de exigencia del consentimiento de la mujer para su enajenación, aparece, casi literalmente copiado, de los trabajos que actualmente viene realizando la Comisión de Reforma del Código Civil francés, cuya exposición de motivos dice así: «El proyecto conservará, también en esto, las características esenciales en el régimen de comunidad: el marido sigue siendo el jefe de la comunidad y el administrador de los bienes propios de la mujer.

Sin embargo, asocia más estrechamente a la mujer a la gestión de la comunidad y a la administración de sus bienes propios, al exigir su intervención para todos los actos graves.

En lo concerniente a la gestión de la comunidad, el artículo 395 decide que el marido no puede, sin el consentimiento o la aquiescencia de la mujer, disponer a título gratuito de los bienes comunes, ni disponer, incluso a título oneroso, de ciertos bienes (inmuebles, fondos de comercio, muebles necesarios para la vida corriente del matrimonio o para el ejercicio de la profesión común de los cónyuges). El consentimiento de la mujer se exige igualmente para otros actos graves (percepciones de capitales, actos de disposición de los derechos de propiedad industrial, literaria o artística, arrendamientos de inmuebles o de fondos de comercio).

La Comisión había considerado inicialmente —y aquí viene lo bueno— *exigir también la intervención de la mujer para la enajenación de los valores; pero le ha parecido que, en razón de la multiplicidad de operaciones a que pueden dar lugar los valores mobiliarios y por la rapidez con que deben efectuarse a veces esas operaciones, la obligación de presentar el consentimiento de la mu-*

jer constituiría para los cónyuges una molestia excesiva, que en ocasiones podría perjudicar sus intereses» (puede verse este texto en la versión castellana del libro de HENRI LEON y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, parte 1.^a, vol. II. Buenos Aires, 1959, págs. 79 y ss.).

¿Para qué esforzarnos en buscar más precedentes en las legislaciones extranjeras? Como si el triste signo de nuestra Patria consistiese en marchar siempre al poco original ritmo de la legislación francesa, seguimos obedeciendo sus dictados en desprecio de la doctrina sentada por nuestros más gloriosos juristas, en los que, además de concurrir amplios conocimientos de los diversos sistemas jurídicos del mundo, existía un amor y conocimiento perfecto hacia nuestra verdadera tradición jurídica, tan burdamente interrumpida por influencias francesas.

Con ello, además, la protección que en el texto legal reformado se pretende dispensar a la mujer, resulta a todas luces imperfecta, porque, en el caso de enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles, la intervención previa de la mujer evita el fraude; pero en la disposición de muebles no se evita sino para los actos futuros, en virtud de lo que el juez determine. Los actos pasados podrán en algún caso remediarse; pero el remedio sólo será eficaz cuando el haber restante o el del marido permita cuantitativamente la efectividad de las cauciones de restitución.

IV

PROBLEMAS REGISTRALES

Consideramos imprescindible partir de la afirmación de que nos parecen insuperables las consideraciones que, en torno a la obligada reforma del Reglamento Hipotecario, llevada a efecto por el Decreto de 17 de marzo de 1959, formula el indiscutible maestro del Derecho hipotecario español RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, ilustre Registrador, en su libro *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España (Madrid, 1959, págs. 99 y ss.), por

lo que, al suscribir íntegramente sus atinadas observaciones, como he tenido ocasión de proclamar recientemente, en las páginas de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», creo que debo ahorraros el resumen, que con sumo gusto formularía, porque todos conocéis este notable libro tan bien como yo. Y como de lo que en realidad se trata en estas conferencias es de resaltar aspectos de la Reforma, yo voy a circunscribirme, fundamentalmente, a dos de ellos:

1

EL REGISTRADOR COMO CORRECTOR DE LA NORMA.

El primero lo titulo así: «El Registrador como corrector de la norma y formulador del precedente». Si no con estas mismas palabras, no es la primera vez que trato de lo que el Derecho español debe, en su progresivo desarrollo, a la labor creadora y correctora de la norma jurídica realizada por el Registrador a través del ejercicio de la *función calificadora*.

En mi *Introducción del Derecho Registral*, ya lo puse de relieve. Y, muy recientemente, en mi *Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho* (Barcelona, Bosch, 1959, pág. 93), al tratar de la interpretación de la norma jurídica, digo literalmente: «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad, juristas especializados con funciones de asesoramiento de las partes son órganos de la jurisdicción voluntaria del Estado y como tales, tienen fuerza creadora en los casos concretos de su respectiva competencia:

a) Dotado de la eficacia *erga omnes* de la forma pública o del asiento registral y de su valor legitimador y probatoria a situaciones jurídicas.

b) Ejerciendo su función interpretadora y cautelar a través de sus *calificaciones* respectivas.

c) Contribuyendo a crear la interpretación usual del Derecho.

d) Ayudando a crear usos convencionales y cláusulas de estilo, de gran valor en la interpretación de voluntad y germen —para la doctrina tradicional— de normas jurídicas (usos normativos, costumbre) o verdaderas normas dispositivas, en sí mismas y, desde

el primer momento, según la tesis de BOLAFFIO y del profesor GARRIGUES, actualmente.»

Esta actuación correctora de la norma, por cuanto a la materia que ocupa nuestra atención se refiere, fué llevada a efecto por los Registradores de la Propiedad al interpretar el texto del derogado artículo 1.413 del Código Civil.

Pero antes quisiera hacer una observación que no por honrar sobre manera a los miembros de la Comisión Redactora del Reglamento Hipotecario de 1947, deja en el lugar de vanguardia en que siempre ha marchado la doctrina registral española, a través de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a los miembros de la Comisión que redactara la importante reforma de la Ley Hipotecaria, llevada a efecto el año 1909. Me refiero concretamente al hecho de no haberse tenido en cuenta entonces los criterios, de indudable raíz germánica, en torno a la configuración comunitaria de la sociedad conyugal, que han de servir posteriormente de fundamento a la importante Resolución de 13 de enero de 1913, que admitió en la sociedad conyugal una especie de personalidad jurídica distinta a la de los cónyuges al reconocer que «una finca debe reputarse como perteneciente a la sociedad conyugal y virtualmente inscrita en el Registro a favor de la misma.»

Me creo en el deber de formular estas consideraciones porque estimo que el verdadero precedente de la importante reforma sustantiva a que me vengo refiriendo, reside en la técnica registral española que dió lugar a que, antes de la reforma del Código Civil, en muchas comarcas españolas fuese práctica frecuente el otorgamiento de ventas a favor de marido y mujer, sin especificación de cuotas o con la simple expresión, a todas luces incorrecta, de que compraban por iguales partes. El genio popular se adelantó a la técnica jurídica, dice RAMÓN DE LA RICA, como también que la mujer, intuitivamente, se anticipó a la reforma, y en las adquisiciones gananciales, que siempre consideró tan suyas como del marido, quiso tomar parte activa y figurar como adquirente y titular.

Yo me atrevería a rectificar cariñosamente la gran autoridad científica de RAMÓN DE LA RICA para manifestar si ese espíritu popular y esa intuición femenina a que él se refiere no tendrá una raíz mucho más profunda, derivada de las técnicas notarial y re-

gistrar española. Porque es lo cierto, señores, que a cualquier jurista que, con espíritu curioso penetre en la investigación de estas técnicas, le es muy fácil captar cómo la formación de nuestros Registradores de la Propiedad y Notarios, debida a los grandes estudios de Derecho Registral a que están sometidos, armoniza muy bien con ese espíritu colectivista que supone la adscripción de la propiedad a la familia, de clara raíz germánica, como la inmensa mayoría de las normas constitutivas del Derecho registral frente al exacerbamiento del espíritu individualista, de origen netamente francés, y del que no se logra sustraer, como ya hemos visto, la mayoría de las otras clases de juristas en que se enmarca el resto del estamento profesional del Derecho español.

Por todo esto, en parte muy destacada, el Reglamento Hipotecario reformado, en sus artículos 95 y 96, se ha mantenido en los mismos límites que el Reglamento de 1947, a quien también considero precursor inmediato de la importante reforma sustantiva a que nos venimos refiriendo. Me circunscribo concretamente a la situación originada cuando el cónyuge del que figure como adquirente asevere que es de la exclusiva propiedad de éste, el precio o contraprestación, pero sin que se acredite. En este caso rige la regla 2.^a del art. 95, y la inscripción se practicará a favor sólo del adquirente, haciendo constar en ella la aludida aseveración, pero sin que prejuzgue el asiento registral la naturaleza privativa o ganancial de los bienes adquiridos: la atribución de una u otra naturaleza se aplaza hasta la liquidación de la sociedad conyugal.

Esta regla, idéntica a la contenida en el Reglamento de 1947, nos demuestra cómo este texto, eminentemente hipotecario, constituye un precedente en lo que tiene de bueno la reforma, que es todo cuanto trata de aproximarla al sentido comunitario de la familia en el Derecho tradicional español.

Este mismo sentido comunitario es el que impera en la interesantísima resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 1913, que admitió en la sociedad conyugal una especie de personalidad jurídica distinta a la de los cónyuges y a la que ya nos hemos referido.

Si los redactores del proyecto de reforma del Código Civil, en lugar de limitarse a traducir, casi literalmente, hasta la exposición de motivos del proyecto de reforma del Código Civil francés

se hubiesen fijado un poco más en nuestro Derecho tradicional, del que la técnica registral ha sido su más fiel mantenedor, se habrían dado cuenta de que, con la redacción dada al nuevo art. 1.413 del Código Civil, en lugar de lograr la tan ansiada aproximación entre el Derecho del Código y el de las diversas regiones no sometidas a él, han creado nuevos motivos de separación, ya que, como con sobrada razón dice el jurista catalán ARTURO MAJADA (*La reforma del Código Civil*. Barcelona, Bosch, 1958, pág. 119), «los reformadores desconocen la práctica jurídica y olvidan que la sociedad de gananciales no impera en las regiones de Derecho foral. Se ha venido a crear una especie de «licencia uxoria», que exige especiales precauciones, sobre todo en los territorios no sujetos al Derecho común o castellano. Así, habrá que cerciorarse de la vecindad civil foral del marido para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, exigiendo, si no hay plena seguridad de aquélla, la comparecencia personal de la mujer, o, al menos, un poder especial. Todo ello para prevenir la posibilidad de impugnaciones si el marido enajenante aparece como de vecindad civil foral, cuando en realidad la tenga común.

En definitiva, la deficiente regulación de la reforma de 1958, quizá sin proponérselo, crea un importante motivo de divergencia entre el Derecho común y los forales».

Figuraos el ancho campo que se presenta al Registrador, en orden a la calificación, para ejercitar su actividad correctora.

2

EL FRAUDE Y LA CALIFICACIÓN.

Pero en donde más destacadamente, a mi juicio, puede desarrollarse esta función calificadora, hasta límites insospechados, es en la interpretación del inciso que recoge el artículo 1.413 del Código Civil y que no es nuevo, puesto que subsiste del texto antiguo. Me refiero al último párrafo del citado artículo, en el que se determina que «no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados».

En el concepto de *fraude* y sus repercusiones en la calificación registral, es en el que quiero fijarme especialmente, en esta última parte de la lección.

Es el concepto de fraude uno de los más difíciles de determinar en nuestro Derecho. Los comentaristas del Código Civil, y aun nuestros más destacados tratadistas, han solido siempre pasar por alto este término en cuanto a su relación con el artículo 1.413 se refiere.

En las notas de ALFONSO DE COSSÍO y de ANTONIO GULLÓN a la revisión de las *Instituciones de Derecho civil español* del llorado maestro don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (tomo II, Madrid, 1959, página 599) se resalta esta dificultad, cuando escriben que «el párrafo 3.º del art. 1.413 es sustancialmente idéntico al anterior de la reforma, por lo que, en vista de ello, no se puede estimar la anulabilidad del acto otorgado por el marido sin el consentimiento o la autorización judicial. La mujer tendrá el mismo derecho que antes hemos expuesto, si bien y en eso consiste la alteración que puede producir en el régimen de sanciones la necesidad de su intervención para el acto dispositivo concreto, el tercero que contraste sin ésta tendrá en su contra la presunción de fraude, cosa que en el régimen anterior representa indudables dificultades como en toda la materia de rescisión por fraude».

Estas consideraciones nos demuestran que es necesario precisar el concepto de fraude, y en esta precisión el ejercicio de la función calificadora del Registrador de la Propiedad, puede desempeñar una importante misión.

En donde mejor hemos visto apuntado el concepto de fraude, en la doctrina patria, es en *Derecho Civil de España. Parte general*, del ilustre maestro don FEDERICO DE CASTRO (tomo I, 3.ª ed. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, págs. 607-613). Allí se afirma que «no es fácil aislar el concepto de fraude a la ley de los de dolo, fraude a los acreedores, simulación y abuso del Derecho, por su conexión en la práctica, pues a menudo coinciden en un mismo caso. Todos son vistos con parecido disfavor jurídico, y en todos se ha creído advertir el artificio y la mala fe. En la técnica jurídica del Derecho civil es preciso, sin embargo, distinguir estas figuras, conforme a sus notas características y a sus efectos».

A continuación el citado maestro establece una serie de acertadas disposiciones entre el fraude a la ley, y otras figuras, cuales el dolo, el fraude de acreedores y el abuso del Derecho a través del articulado del Código Civil, sin mencionar siquiera el fraude a que se refiere el art. 1.413.

Como quiera que los autores del proyecto de reforma han bebido tan directa y copiosamente en el Derecho francés, creo que es conveniente acudir allí para encontrar los fundamentos doctrinales del fraude, resulta imprescindible construirla. En este sentido merecen citarse dos monografías francesas fundamentales: una antigua, que trata específicamente de este problema, la de M. GEORGES VIDAL: *Étude sur les Moyens organisés par la loi y la Jurisprudence pour protéger les fiances contre leurs fraudes réciproques* (Toulouse, Durand, 1884), que, precisamente, hemos encontrado en la Biblioteca de este Instituto, y que tiene la categoría de libro verdaderamente raro y curioso, y otro moderno, cuya lectura os recomiendo, por constituir una excelente tesis doctoral: *Essai d'une théorie générale de la fraude en Droit français. Le principe «fraus omnia corrumpit»*, de JOSÉ VIDAL, con un prefacio de M. GABRIEL MARTY (Daloz, París, 1957), que nos da una gran luz para construir esta doctrina en nuestro Derecho, tan necesitada de ella, porque como ya en el año 1928 escribió JOSSERAND (*Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, París, 1928, núm. 171), el fraude pertenece a la familia, bastante numerosa, de esas nociones en las que su realidad e importancia son reconocidas por todo el mundo, pero no sin indagar en su significación ni esforzarnos por desentrañar su sentido.

Ni la ocasión, forzosamente limitada a un tiempo que ya está resultando muy abusivo de vuestra benévola atención, ni la extensión del tema, permite el penetrar, con la profundidad necesaria, en asunto tan trascendental para el futuro ejercicio de la función calificadora registral, inexorablemente obligada, en virtud del último inciso del art. 18 de la Ley Hipotecaria, que faculta al Registrador para indagar sobre «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro», en relación con el también último inciso del art. 1.413 del Código Civil.

A mi juicio, en el ejercicio de la función calificadora, en cuanto

el Registrador de la Propiedad estimare que existe fraude en las enajenaciones efectuadas por el marido, deberá tener en cuenta las siguientes reglas:

a) Que el fraude puede ser dirigido contra toda clase de reglas jurídicas obligatorias. Que supone siempre una norma imperativa a las que el autor del fraude desea sustraerse por el empleo, con esta intención, de medios tortuosos, con malicia, por lo que discrepamos de la tesis de aquellos autores que no estiman la intención maliciosa como esencial para la calificación del fraude.

b) Que no encontramos la trascendencia práctica de la posición doctrinal que distingue entre fraude de la ley y fraude a los derechos de terceros. Tampoco los distinguía la doctrina tradicional española, como ha puesto de relieve el profesor DE CASTRO (*Derecho civil de España*, obra y tomo citado, pág. 604, notas 4 y ss. a pie de página).

c) El fraude supone siempre la mala fe.

d) La posible intervención de terceros en el fraude a los conocidos efectos registrales.

e) Las posibles repercusiones de anteriores transmisores de derechos, de carácter fraudulento, que pudiera contener el título que el marido, autor del fraude, pretenda inscribir.

f) Necesidad de fijarse en la causa ilícita o inmoral—según los casos—como principal de los elementos del negocio jurídico fraudulento, contenido en el título que se pretende inscribir.

La importancia de la calificación registral, a los efectos de la determinación del fraude, en las transmisiones de derechos reales inmobiliarios, tampoco ha escapado a la fina perspicacia de VIDAL, que le dedica un buen número de páginas (80 a 294), colocando el problema al mismo nivel del de las cesiones de patentes de invención y de marcas de fábrica, por la importancia que un perfecto conocimiento técnico de la publicidad registral tiene a estos efectos extremos que nos ha hecho reafirmarnos, una vez más en la necesidad de la unificación técnica registral, a través del Cuerpo de Registradores de la Propiedad de España, que propugné, ya hace trece años (en mi *Introducción al Derecho Registral*, ya cit., páginas 165 y ss.), ante la exposición al fraude de estas cuestiones y

la general falta de adecuada preparación jurídica en los encargados de esta clase de Registros.

He visto, con singular agrado, cómo recientemente el Registrador de la Propiedad JESÚS LÓPEZ MEDEL ha remozado mi tesis en un excelente trabajo (*Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Prólogo de JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ, 2.^a ed., Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1959, a lo largo de un gran número de sus páginas), que tuve la honra de comentar en otra ocasión, y en el que se plantean, además, una serie de interesantísimos problemas registrales de construcción sumamente originales.

Por todo esto la calificación registral amplía considerablemente su contenido a todos cuantos actos excedan de la mera Administración cuando sean realizados en beneficio propio o ajeno y signifiquen una carta o disminución totalmente (daño y no sólo riesgo, como dice el profesor DE CASTRO: *Compendio de Derecho civil* (Apéndice). *La reforma del Código Civil* (Ley de 24 de abril de 1958). Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1958, pág. 50), del haber de la sociedad de gananciales. Por ejemplo, enajenaciones con reserva o compra de usufructo, constitución de renta vitalicia, arrendamiento por renta ínfima, con abono inmediato de primas elevadas, recibo de rentas adelantadas por muchos años, enajenaciones o asumir obligaciones para obtener dinero o bienes de fácil ocultación.

El cambio legislativo ha puesto ahora de relieve, y de modo tan evidente, que la mujer tiene poder dominical *in actu* sobre los bienes gananciales, que la jurisprudencia deberá cambiar, volviendo a la doctrina de la sentencia de 8 de mayo de 1900, y tendrá que declarar que los actos realizados en fraude de la mujer son «ipso facto» inválidos. Por esto resulta sumamente extraña la opinión de MANUEL DE LA CÁMARA (op. cit., pág. 469, en nota a pie de página) cuando afirma que «la solución del Reglamento Hipotecario vulnera las normas sustantivas sobre disposición de bienes de la sociedad conyugal» y que, «con todos los respetos debidos a las opiniones contrarias, creemos que la distinción entre consentimiento y licencia, de un lado, y la preocupación, por otro, de fortalecer la titularidad registral, sólo ha servido para sembrar el confucionismo y, lo que es peor, para justificar soluciones creadas

al margen de la ley, muy discutible en el terreno de los principios y posiblemente perturbadora en la práctica» (pág. 470, tercer párrafo de la nota 14, que viene desde la pág. 466).

Yo no me explico entonces qué finalidad, pues, atribuye MANUEL DE LA CÁMARA a la reforma del Código Civil. En cuanto a si es o no discutible, en el terreno de los principios, extremo del que se guarda muy bien de explicar las causas, después de la interpretación periodística de los móviles y antecedentes de la reforma, con olvido de antecedentes tan sumamente autorizados como los del maestro HINOJOSA, creo sinceramente que estas opiniones tienen el mismo fundamento que aquéllas.

V

ATISBOS JURISDICCIONALES

Si dispusiese de más tiempo, tal vez habría dedicado la extensión que merece a la misión jurisdiccional, en el terreno de la llamada jurisdicción voluntaria familiar, que puede estar reservada, en el futuro, al Registrador de la Propiedad y al Notario, problema del que traté también en mi conferencia del año pasado en la Academia Matritense del Notariado. Por otra parte, JESÚS LÓPEZ MEDDEL (op. cit., págs. 220 y ss.), trata amplia y muy doctamente de este problema. Pero no me resisto a concluir esta lección, sin referirme, al menos, a un aspecto crítico del texto substantivo que comentamos y al que también alude el profesor BATLLÉ VÁZQUEZ (op. cit., pág. 444). Me refiero a la necesidad de acudir al Juez, por parte de la mujer, para que adopte «aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes». Creo sinceramente que esta medida se ha debido matizar mucho más y distinguir dos supuestos:

a) Mujer incapaz, en cuyo caso y en ejercicio de la función de amparo familiar que al Ministerio fiscal le está encomendada, resulta lógica la intervención judicial en las relaciones familiares.

b) Mujer capaz, en cuyo caso no creemos conveniente la intromisión en la vida conyugal de personas que no sean los propios esposos o aquellos otros que lo hagan en calidad de consejeros. La

relación matrimonial es extremadamente delicada y no tolera, sin graves quebrantos, tales intromisiones.

La razón de carácter técnico es que si la mujer puede consentir expresamente los actos dispositivos del marido, también puede hacerlo, implícita o tácitamente, no ejercitando las facultades obstructivas que la ley le confiere.

Lo más probable es que ante la solemnidad y el respeto que impone siempre la Administración de Justicia, la mujer prefiera, en ocasiones, perjudicarse en sus intereses que fomentar procesos susceptibles de crear abismos insondables en la relación matrimonial.

Ante todas estas razones quiero que mis palabras finales, en esta lección inaugural con que me habéis honrado, sean dedicadas a propugnar una reforma complementaria de la legislación que tienda a arbitrar un nuevo procedimiento de los comúnmente conocidos en nuestra doctrina patria con el nombre de jurisdicción voluntaria, similar a los expedientes de dominio o a las actas de notoriedad en los que, actuando el Registrador de la Propiedad y el Notario, más que como jueces como consejeros, sean capaces de resolver haciendo lo más equitativa posible la natural contradicción de intereses, a la par que, con la mayor discreción que estos procedimientos tienen siempre sobre los contenciosos, se beneficie la sagrada intimidad del hogar familiar.

Al proponer esta solución nos hacemos eco también de multitud de opiniones de ilustres procesalistas, algunos sabios magistrados que niegan, con razón, a la jurisdicción voluntaria el carácter de verdadera y propia jurisdicción.

No olvidemos que, afortunadamente, el mundo atormentado de nuestros días vuelve otra vez los ojos hacia la fortaleza de la familia, forjadora del Pueblo-Rey, como única tabla de salvación de una Europa que se derrumbará si olvida definitivamente que su formación descansa sobre dos pilares fundamentales, únicos capaces de sostenerla formalmente: el Derecho romano, con su severidad académica y su rango de Derecho universal y el Derecho germánico, con su fuerte espontaneidad racial, que había de ser modelada, con el tiempo, por la más precisa de las técnicas.

Del usufructo a la sustitución fideicomisaria

SUMARIO

- 1.—Formas de constitución del usufructo.
- 2.—Usufructos legales.
 - a) Concepto.
 - b) Su diferencia con los usufructos voluntarios.
 - c) Notas comunes a los usufructos legales.
- 3.—Usufructos voluntarios.
 - a) La voluntad creadora del usufructo.
 - b) Derecho dispositivo.
 - c) Entronques del usufructo.
- 4.—Las limitaciones resultantes de los principios legitimarios en nuestro sistema sucesorio.
- 5.—El derecho real de usufructo constituido por acto testamentario sobre cosa específica y determinada.
- 6.—El usufructo obligacional.
 - a) El legado de dinero en usufructo.
S. 9 febrero 1906.
S. 6 abril 1954.
 - b) El usufructo en metálico, puro o a término.
S. 20 abril 1916.
S. 24 marzo 1930.

- c) La obligación de conservar la cosa, cuando el legado es en metálico.
S. 20 diciembre 1911.
S. 29 mayo 1935.
S. 17 abril 1953.
- d) Bienes consumibles o fungibles.
S. 25 octubre 1954.
- e) La subrogación legal y voluntaria de bienes.
S. 20 diciembre 1957.

7.—Los accidentes en la línea usufructuaria.

S. 2 marzo 1926 (N.)

- a) La sanción legal o testamentaria por contraer el viudo usufructuario segundas nupcias.
S. 12 marzo 1903.
S. 1 febrero 1908 (c.)
S. 4 diciembre 1903 (c.)
- b) La «condición» de convivencia con el usufructuario.
S. 18 diciembre 1953.
- c) La «condición» sobrevivencia del nudo propietario en el usufructo con facultad de disposición.
S. 22 marzo 1890.
S. 30 marzo 1955.
- d) La «condición» de fallecer «sin hijos» el usufructuario como elemento de la institución vincular.
S. 11 abril 1905.

8.—El usufructo múltiple.

9.—El derecho de acrecer en el usufructo conjunto.

- a) La problemática de la calificación en el usufructo conjunto.
S. 29 marzo 1905.
- b) Adquisición de derechos.
S. 21 mayo 1910.
- c) La conjunción del usufructo con el derecho de representación y acrecer.
S. 1 marzo 1904.
- d) El usufructo conjunto y recíproco y su consolidación en la línea fecunda.
S. 6 marzo 1944.
- e) El usufructo sucesivo y el Registro de la Propiedad.
R. 19 febrero 1925.
R. 19 junio 1935.

10.—Adquisición de la propiedad o el usufructo al más viviente de los esposos.

- a) Cataluña.
R. 19 mayo 1917 (c.)
R. 24 abril 1918 (c.)

- b) Testamentos mancomunados anteriores al Código Civil.
 - S. 7 diciembre 1900.
 - S. 7 marzo 1913.
 - R. 26 octubre 1921.
- c) Obstáculos al testamento mancomunado según el Código Civil.
 - R. 9 febrero 1917.
 - R. 5 Mayo 1932.

11.—El usufructo sucesivo.

- S. 16 octubre 1918.
- S. 7 noviembre 1927.

I

LA CONSTITUCION DEL USUFRUCTO POR TESTAMENTO

1.—FORMAS DE CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO.

La enumeración implícita y conjunta de las distintas formas a las que puede deber su origen el usufructo, tiene lugar en el Código Civil francés que las concreta en el art. 579: en la ley o en la voluntad del hombre. En esta fórmula bipartita se comprende, dentro del primer grupo; los usufructos legales y la prescripción —excluida, por otros, al considerarla como mixta—, como actos jurídicos calificados por la declaración jurídica que le da vida; quedando incluidos en el segundo grupo, los usufructos voluntarios. Completa esta labor de sistematización, nuestro anteproyecto, al señalar expresamente las cuatro formas de constitución del usufructo, de donde pasa a los Códigos iberoamericanos—Chile, Guatemala, Uruguay y Méjico—, que informan el art. 468 del español, que dispone: «El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad del hombre manifestada en actos entre vivos o en última voluntad o por pres-

cripción.» En otros Códigos, como el portugués o el antiguo italiano—suplida la omisión por el art. 978 del vigente—, faltaba la mención expuesta a la prescripción, siguiendo la tradición romana, que no le dedicaba la atención más que de forma incidental, en el pasaje del C., 7, 33, 12, interpretado de distinta forma, según VENEZIAN, al referirse a la *longi temporis praescriptio*.

2.—USUFRUCTOS LEGALES.

a) *Concepto*.—La codificación fué el toque de clarín y el usufructo el punto de cita para agrupar a distintas instituciones que tienen de común el disfrute separado por titular distinto del que lo es de la propiedad. En su virtud, se acarrean hacia el usufructo, que pasa a ser derecho básico, otras instituciones más o menos evolucionadas en su devenir histórico. Si el usufructo había venido sufriendo directamente la influencia como en otra ocasión señalé, de otras instituciones, incorporando a su dogmática ideas ya formadas y que hoy aparecen como autóctonas, la nueva incorporación y fusión con otras, ha originado con sus recíprocas interferencias, un fenómeno de crecimiento que perturba el concepto del derecho real.

En el Código Civil, por paladina declaración hecha en su articulado, se consideran usufructos legales: el usufructo que al viudo concede el art. 834; el que a los padres otorgan los arts. 159 y siguientes, sobre los bienes de los hijos menores de edad; y el que a tenor del art. 1.357 corresponde al marido sobre los bienes de la dote inestimada. Aún añadía GARCÍA GOYENA que se encontraba entre los usufructos legales, la reserva del cónyuge binubo, a cuyo derecho eventual se alude por un circunloquio en el art. 968 del Código Civil, al obligar al supérstite que contraiga segundas nupcias, a *reservar* a los hijos del primer matrimonio la *propiedad* de todos los bienes que haya adquirido del difunto.

Dada la amplitud del tema usufructuario, debo prescindir de estas aportaciones, para concretarme a las de origen sucesorio voluntario. Con mayor razón elimino las aportaciones de la doctrina al campo usufructuario, en cuanto hacen referencia a la reserva lineal, como a situaciones de ausencia, aunque éstas encuentren a veces

en el asendereado usufructo el camino para su evolución y desarrollo jurídico.

Este fenómeno de crecimiento y la necesidad de aislar lo más posible el usufructo, fué la postura que defendió DURÁN y BAS en el discurso que pronunció en el Senado, refiriéndose al art. 163: «¿Os parece, señores, propio de los que han dicho que querían recopilar la legislación patria, y han buscado en ella antecedentes, escribir un artículo como el que se trata? Y si decís que lo habéis introducido como una novedad, yo os pregunto: ¿Qué necesidades de los tiempos, qué progresos de las ciencias, qué exigencias de las personas doctas lo han reclamado? Pues si no las citáis, yo os digo que habéis vulnerado las antiguas leyes que estábais encargados de recopilar.»

b) *Su diferencia con los usufructos voluntarios.*—Limitándome, brevemente, a los usufructos legales indiscutibles por el pabellón legal que les ampara, se debe señalar como contraste, que el apelativo de legales de la clasificación trasciende de la división al contenido, que encuentra su fuente en el derecho de familia, llevando, consiguientemente, la impronta que caracteriza a estos derechos y disposiciones que le gobiernan. Les distingue, unas veces, el sentido tutelar; en otras ocasiones, la rigidez de algunas normas coercitivas, mientras que los de origen voluntario se acoplan fácilmente a la plasticidad de la iniciativa privada, y su creación no encuentra más límites que los atentatorios a la propiedad temporal que otorga.

El distinto origen de cada una de las disposiciones usufructuarias explica la antinomia o diferencias entre las normas. En realidad no se trata más que del fracaso de la peligrosa interpretación o construcción analógica, a cuyas demasías atiende el propio Código señalando las normas que no son aplicables en fianzas o inventarios, dados los distintos intereses en juego. La posición de las partes es distinta. En el Derecho real, los «consortes»—usufructuario y nudo propietario—, son *extraneus*, bajo una situación de *coexistencia*, que es opuesta a la dependencia familiar que concurre en los usufructos legales, que les concede carácter de *intra-neus* y les coloca, a veces, en situación de herederos. Si el Código tiene para ambos normas de excepción, también la doctrina amplía

sus diferencias, y aun se pudieran añadir algunas y adicionar con un examen más minucioso la lista de contradicciones.

c) *Notas comunes a los usufructos legales.*—El usufructo legal sobre la dote inestimada y sobre los bienes de los hijos menores, son usufructos sobre un patrimonio o conjunto de bienes, que nacen o se extinguen con la situación familiar que les da vida, y en los que al propio tiempo se yuxtaponen en el cabeza de familia, titular del disfrute, las facultades de un *administrador legal*, que amplía considerablemente sus poderes fructuarios. Si en este patrimonio existe un derecho de usufructo, habremos de remontarlo y sujetarlo a la administración legal, degradando el derecho originario en *subusufructo*, como le intituló MUCIUS SCAEVOLE. Su condición de derecho satélite del derecho familiar principal se señala en el artículo 784 del BGB: «El usufructo legal se extingue con la circunstancia que le da vida.»

Los usufructos sobre un patrimonio del Derecho alemán y suizo no deben confundirse conceptualmente con nuestro usufructo universal, característico de nuestras legislaciones forales, en particular de la aragonesa, por el tratamiento atomista que recibe en aquellas legislaciones foráneas, según dispone el § 1.085 del BGB: «El usufructo sobre el patrimonio de una persona, sólo podrá constituirse de modo que el usufructuario obtenga el usufructo sobre cada objeto perteneciente a su patrimonio», con lo que degrada la concepción unitaria conceptual, a simple expresión nominal, para formar sendos usufructos sobre cada uno de los objetos, que merecen el tratamiento singular que por su naturaleza les corresponde.

3.—USUFRUCTOS VOLUNTARIOS.

El usufructo voluntario nacido bajo los auspicios de la libertad testamentaria romana, evolucionó bajo la forma originaria de su concesión, y, por tanto, tan sólo se estatificaron las formas complejas del legado, y como fórmulas típicas derivadas, el usufructo conjunto y el sucesivo, que siempre se presentan como *gravámenes* atribuidos a la nuda propiedad—heredero—, perdiéndose la originalidad, en tanto en cuanto se consolidaban estas figuras jurídicas

dentro de los Derechos reales—más rígidos—, donde por tradición jurídica aparecen configurados.

Desde el campo de la fiducia se pasó en el Derecho romano, por endurecimiento, al fideicomiso, y por su conducto se fueron prolongando de forma indirecta los llamamientos en la línea hereditaria. Conjunta o separadamente, los mayorazgos y vinculaciones cubrían la misma intención testamentaria de prolongar los bienes en una familia, y tanto en unas como en otras instituciones, la figura del fiduciario aparecía indiferenciada con la del usufructuario. Su autonomía es obra de la proscripción de unos y otros. A un primitivo desdoblamiento nominal, sigue el conceptual, cuyos perfiles se van señalando por la doctrina, hasta llegar en su etapa final a puntos de confluencia. Con la emancipación y mayor edad del usufructo, seguido de una sustitución fideicomisaria, al que en feliz expresión de PALOMINO la intitula *pseudousufructo*, institución híbrida montada a caballo entre el usufructo y la sustitución fideicomisaria o el fideicomiso condicional. Proscritas las sustituciones, pudieran disfrazarse con la inocente piel de un usufructo previo, pues no hay que olvidar, como ya dijo JOVELLANOS, en su *Informe de la Ley Agraria*: «Apenas hay institución más repugnante a los principios de una sabia y justa legislación, y, sin embargo, apenas hay otra, que merezca más miramientos a los ojos de la sociedad.»

Profética ha resultado la idea de JOVELLANOS, pues en la praxis notarial se refleja la preferencia por cualquiera de las tres formas vinculares, como se comprueba por la abundante doctrina legal, de carácter preventivo como suelen tener las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y sancionando las cuestiones litigiosas el Tribunal Supremo. No menor es el reciente interés teórico, por los luminosos trabajos sobre la materia, de los que soy tributario y me han servido para la elaboración de este trabajo.

Considero terminada la investigación teórica, y por ello he concedido en esta etapa, de las tres que debe tener este estudio, por tratarse de instituciones paralelas—usufructo vincular, sustitución y fideicomiso—un particular relieve a la jurisprudencia. Esto me obliga a cambiar de sistema, y prescindir, en parte, de la exposición vertical, que considero acabada. Al partir de estas investigaciones y tomar como base la experiencia—sistema horizontal—,

es fácil incurrir en una petición de principio, para evitarla se agrupa la doctrina legal, no por su clasificación teórica, sino en función de la valoración jurídica de las cláusulas iguales o afines en cada institución, para presentar la distancia que separa la dogmática de la práctica.

La objetivación de la conducta humana es la base de las investigaciones germánicas, cuya obra culminante es la *Interpretación de los negocios jurídicos*, de DANZ. El Derecho anglosajón ha determinado un movimiento filosófico realista, que descubre la falta de paralelismo entre la práctica y la doctrina, a cuyo fenómeno alude RECASENS, en su *Nueva filosofía de la investigación del Derecho*: «El hecho de que tales objetivaciones de la vida humana son re-vividas, re-actualizadas sucesivamente por nuevos seres humanos, explica el hecho de que estos hechos culturales, a pesar de ser ellos en sí inertes, cristalizados, adquieren nueva vida, cambian, se transforman y evolucionan.—Al revivir una norma jurídica acontece que las gentes que la cumplen espontáneamente, o los órganos jurisdiccionales que la aplican, la adaptan a las circunstancias del caso particular. Y acontece también que, al correr del tiempo, cuando las normas jurídicas pre-existentes son aplicadas a nuevas situaciones de la vida social, en esa operación de ser aplicadas a nuevos hechos, van engendrando nuevos sentidos, cobran alcance diferente, y producen otras circunstancias. diferentes de las que las produjeron antaño.»

Si las fórmulas de disposición testamentaria son consecuencia de una cultura y de una serie de necesidades repetidas, resultará fácil su agrupación por finalidades, que discrepa de la clasificación doctrinal, y por este medio inductivo llegar a la síntesis de atracción o repulsión en su concordancia con la división dogmática. A esta posible discrepancia, hace referencia el autor últimamente citado: «El reino de la cultura no es un medio ideal con validez en sí y por sí. Es el campo de las obras humanas, las cuales tienen una significación. Tal significación consiste precisamente en que esas obras del hombre han nacido al estímulo de unas determinadas necesidades, sentidas de peculiar manera en cierto momento, en una cierta situación histórica. Bajo la presión de tales necesidades, los hombres, usando de su imaginación, tratan de buscar mentalmente algo, que si existiese real y efectivamente en

la actualidad, colmaría aquellas necesidades... Esta observación que el sentido de la obra cultural... *es siempre circunstancial*... Esta dimensión circunstancial del sentido de toda la obra de cultura, también de las normas jurídicas, no excluye que ese sentido tenga además otra dimensión de tipo trascendente, es decir, no excluye que en ese sentido haga referencia a valores, rebasa los límites de la situación concreta, dentro de la cual se pensó en tales valores, cuya validez puede ser, *a priori*, es decir, necesaria. Así, pues, la obra cultural es una obra circunstancial, aunque esté inspirada en valores *a priori*. Y termina diciendo: «Ahora bien, aunque la obra cultural—científica, arte, Derecho, etc.—se oriente hacia valores objetivos, ella no está constituida por estos valores, no es valor puro, sino que es acción humana, o el producto de la acción humana, que intenta inspirarse en esos valores. Por consiguiente, la obra cultural no puede ser tratada como un sistema de ideas puras. Por el contrario, debe ser considerada como un producto histórico, intencionalmente referido a valores.» Ninguna institución se plegará tan perfectamente a la objetivación, por el carácter unilateral del testamento, con su esencia personalísima, con su proyección diferida al momento de la muerte del causante para la distribución de sus bienes, dentro del marco familiar. Entendiéndolo así nuestros mayorazguistas, hicieron una clasificación de las vinculaciones, cuya reglamentación, sin embargo, se ordenaba libremente por el causante.

a) *La voluntad creadora del usufructo*.—Siguiendo su tradicional origen autónomo, así la consagraba el artículo 469 del anteproyecto, en la única norma que en el capítulo V, bajo el epígrafe, *Disposición general*, decía: «los derechos y obligaciones del usufructo se arreglarán, en todo caso, por el título constitutivo del usufructo», que, viniendo a los primeros lugares del título, pasa a ser en el Código el vigente artículo 470, donde se señala así la precedencia de las fuentes: «Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes», que agrupan respectivamente: los *derechos* y las *obligaciones* del usufructuario. Sin embargo, tienen carácter imperativo las normas de la sección cuarta, sobre los modos de extinguirse el usu-

fructo, defensa y valladar a la temporalidad que tiene el derecho de usufructo, dentro de la opción, que entre las distintas formas de constitución, puede elegir el testador.

b) *Derecho dispositivo*.—El empleo frecuente de esta locución, autoriza una digresión sobre la corrección de esta frase traída por los traductores de las obras tudesecas, y si allí se estima como un neologismo, el barbarismo resulta en un idioma latino que, entre otras acepciones jurídicas, tiene en uso la acepción contraria: *mandar*.

Atribuye su origen WOLF, en su *Derecho de cosas*—en nota—, a una derivación del principio: *leges, que disponunt tantum, non cogunt*, diciendo en el texto: «Para el caso de que las partes no hagan uso alguno de la posibilidad que se brinda de regular sus relaciones jurídicas, el derecho en tanto sea necesario o conveniente la regulación establece *disposiciones jurídicas complementarias*. Su esencia no consiste en que la voluntad privada habría podido modificarse o rechazarlas, sino en que *sólo entran en función* en el caso de que las partes no hayan determinado otra cosa. En tal sentido son eventuales. *Es poco acertado* calificarlas, como es frecuente de *Derecho dispositivo*, de derecho de mediación, derecho no forzoso. La última expresión abarca también las disposiciones de autorización y las de interpretación.»

Este tema era también extraño a la cultura española en el momento de la codificación civil, pues convocado el Congreso Jurídico Español, por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo la presidencia de Gamazo, y celebrado en 1886, bajo el mandato de Carvajal, se trató en el tema primero de «La estructura más apropiada para el Código Civil. Distinción entre las leyes obligatorias y supletorias», escusándose alguno de los ponentes de tratar el tema, y los que lo desarrollaron lo hicieron con oscuridad, cuando no con sorpresa sobre el alcance del último punto.

Por el contrario, el término dispositivo integra la fórmula protocolaria de las leyes, sustituyendo el antiguo *mandamos* del régimen absoluto por el *dispongo*, del que se deriva el nombre de parte dispositiva, para designar el texto legal que prosigue al preámbulo o exposición de motivos. En los nombramientos de personal, se siguen distintos criterios, utilizando, entre otras, la fórmula anacrónica, *este Ministerio ha tenido a bien nombrar*, lo que

no supone que el nombramiento sea gracioso, por utilizarse igualmente en los reglados. Se trata de fórmulas arcaicas de cortesía, que no quitan el carácter imperativo, como ocurre en las leyes que lo utilizan, y así lo hacía observar DUPIN, en sus *Principios de legislación*. Este reflejo entre lo ordenado por el testador y lo simplemente «rogado», con fuerza vinculante, lo encontramos en la obligación restitutoria establecida en el artículo 781, en que se manda, como un encargo.

En el Derecho procesal, el Derecho dispositivo nace en oposición al inquisitivo, y otras derivaciones convienen a las facultades de todo propietario de enajenar. Dentro del usufructo, no trataré de éstas, por pensar agruparlas con la sustitución y fideicomiso, ya que convienen en dos tipos de propiedad: la *condicional*, que es enajenable bajo condición resolutoria en caso de que la condición se cumpla o incumpla, según su naturaleza; y la propiedad temporal, adquirida a término, en la que falta poder de disposición, oscurecido por confusión, la falta de capacidad.

d) *Entronques del usufructo*.—Todos los medios de disposición son aptos para constituir el usufructo, por la forma proteica de enlazar el usufructo con toda clase de negocios jurídicos. Esta extensión se refiere del siguiente pasaje de GAYO, D. 3, 1, 7, que dice: «Y también si quisiera alguno constituir sin testamento un usufructo, puede hacerlo por pacto o estipulaciones.» Lo eventual de la duración del usufructo, pues aun el a término, fuera de los supuestos del artículo 516, o análogos, se extingue con la vida del titular, lo que le hace inapto para el tráfico jurídico, por lo que apunta ROCA SASTRE la práctica de asociarlo para su hipoteca, con un seguro de vida del titular usufructuario a favor del hipotecante; conjunción que se encuentra en la sentencia de 6 de julio de 1914.

4.—LAS LIMITACIONES RESULTANTES DE LOS PRINCIPIOS LEGITIMARIOS EN NUESTRO SISTEMA SUCESORIO.

La formación de nuestro Derecho en cuanto se funda en los principios romanos de los que deriva la clasificación entre los sucesores del causante: herederos y legatarios, se encuentra actual-

mente en crisis, y la sola indicación de este estado destruye el sentido que las divisiones tienen en las demás ciencias, viniendo a formarse en el grupo más flexible, de simple dualismo jurídico, en el que a la oposición y exclusión originaria, se han interferido una serie de factores que la mixtifican, dejando, por consiguiente, de ser aplicables los principios de la lógica formal, cual se formulan en las ciencias naturales.

Nuestro Código Civil recoge la tradición castellana, cancelando los principios romanos que servían de soporte a su clasificación y con la idea de marcar el tránsito jurídico y la opción por el sistema vernáculo, viene a disponer el artículo 764: *«El testamento será válido, aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.—En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y, el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos.»*

Al propio tiempo, la evolución de la división sucesoria se complica con la ampliación de los derechos legitimarios, de distinta naturaleza en el derecho común y foral, que viene a derivar en una cuestión semántica, y con la falta de fijeza lexicográfica en los textos se dificulta la exégesis de nuestro Código, sobre cuyas materias se han producido trabajos de gran altura. Concretados al problema lexicográfico, como cuestión de más amplio campo territorial, reproduzco a RAFAEL BIELSA, en su trabajo *Los conceptos jurídicos y su jurisprudencia*. «Legítimos» y «legales» no son sinónimos. Erróneamente se dice herederos «legítimos» (legales), por decir necesarios, que son los que no pueden ser privados de la parte de la herencia que la Ley determina, salvo una causa legal, expresamente determinada. Los hermanos son herederos legítimos y no tienen parte legítima, por no tener herederos necesarios.—El error proviene del hecho de llamarse *legítima* a esta parte, se aplica lo de legítimo al heredero (legítimo) necesario; por de pronto, lo primero, *legal*, es el género; lo necesario es la especie.—Después de todo, apenas si debemos decir que estas observaciones elementales no tienen más objetivo o fin que el de contribuir a aclarar conceptos y señalar inconvenientes sinonimias que la práctica profesional puede explicar, pero que no se justifican en el léxico «ju-

rido». En lo sucesivo, siguiendo las voces derivadas del diccionario: de ley, legítimo; y de legítima, legitimario, se empleará aquélla para los sucesores llamadas a la sucesión intestada por la Ley, y la de legitimarios, para los que tengan derecho a la legítima que el Código les otorga.

Dentro del principio de libertad testamentaria se ofrece como un límite a la disposición en usufructo para garantizar la legítima la *caución socina*, que ampara el número tercero del artículo 820, sobre la que ha realizado en exhaustivo trabajo ROCA SASTRE, en sus *Estudios de derecho sucesorio*.

La legítima del cónyuge viudo que crea el Código, la otorga precisamente en usufructo, por lo que su interferencia con los legados u otros usufructos voluntarios a favor del mismo, da lugar a una notable jurisprudencia sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre la disposición legal y voluntaria. Cuando el usufructo es universal, o parciario, han venido a desarrollar la doctrina de la valoración del usufructo, en su relación con las legítimas, y precisamente el legado parciario en usufructo ocupa la primacía en la jurisprudencia creada sobre el legado de parte alicuota. Todos estos problemas deben seguir al usufructo voluntariamente constituido, que históricamente, y como derecho matriz y más desarrollado, debe tener preferencia.

Pudiendo ser la sustitución encabezada por el usufructo, habrá de tenerse en cuenta la escisión castellana de la legítima, mandando el artículo 782: «las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeran sobre el tercio destinado a mejorar, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

5.—EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO CONSTITUIDO POR ACTO TESTAMENTARIO SOBRE COSA ESPECÍFICA Y DETERMINADA.

Entrando ya en lo que es materia de este trabajo, después de deslindar o acotar, por la extensión del tema usufructuario, lo que a continuación va a tratarse, es necesario citar rápidamente las reglas de la sucesión testamentaria como fuente jurídica, pues a ella se abandonan una porción de materias, como señala VENEZIAN: «las causas de ineficacias del legado están subordinadas a los prin-

cipios mismos que influyeron en los demás legados», y, en otro lugar, dice este autor: «... para juzgar de la validez, importa, ante todo, examinar si el testamento está ajustado a las fórmulas exigidas por la Ley, si el constituyente tiene capacidad para testar y si el beneficiario tiene capacidad para recibir por testamento».

Dentro del particularismo de los legados se concreta uno de sus tipos, con una doctrina y legislación particular, en el llamado *Derecho real de usufructo puro*, como le llama en oposición, al de disposición la sentencia de 28 de mayo de 1954, diciendo sobre el legado originario, la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria: «cuando la cosa legada es determinada e inmueble, con arreglo a los principios de Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expire el testador; el heredero es el que tiene que entregar, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento la cosa ha estado en su dominio», y agrega, que «mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño de impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser el del adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación», y copiando estas palabras, dice la Resolución de 19 de mayo de 1947, atribuyendo la tradición al heredero, que «esta solución es la unánimemente proclamada en nuestro Derecho Inmobiliario y defendida por los más destacados comentaristas del Código Civil, los cuales convienen en que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada con independencia de la adquisición dominical, que tendrá lugar en los términos prevenidos en el artículo 882».

Estos mismos principios sirven de base a la redacción de los artículos 882, 883, 885 y 886, que en lo esencial se sintetizan en el usufructo, cuyo artículo 472 determina: «Los frutos naturales o industriales, pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario», con la variante para los civiles de la forma adietada que dispone el artículo 475, una vez que se haya cumplido el aseguramiento al disponer el 496: «Prestada la fianza por el usufructuario, tendrá derecho a todos los productos desde el día en que, conforme al título constitutivo del usufructo, debió

comenzar a percibirlos.» El mismo paralelismo se observa entre el artículo 869, que se refiere a la imputación de los riesgos de la cosa, que determina la extinción del usufructo, conforme al número 5.º del artículo 513.

6.—EL USUFRUCTO OBLIGACIONAL.

La posibilidad de legar cosas que no existan en la herencia, o la indiferencia de que el objeto de la manda se encuentre en el patrimonio del causante, cambia completamente el problema y la aplicación de la doctrina del título y modo en que se vino a concretar la anterior solución.

De la simple lectura del Código Civil se observa la reacción contraria en otros tipos de legados, marcando unos principios opuestos, al decir el artículo 884: «*Si el legado no fuere de cosa específica y determinada, sino genérico o de cantidad, sus frutos o intereses desde la muerte del testador corresponderá al legatario cuando el testador lo hubiere puesto expresamente.*» Si por su redacción en forma negativa, puede resultar oscura, claramente se ve el principio contrario, de que los frutos no corresponden al legatario sino desde el momento de la entrega. Consecuencia de ello es el artículo 860: «El obligado a la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señala por el género o especie», principio que reitera su concordante el número 3.º del artículo 869: «Si la cosa legada pereciere del todo... Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860.»

a) *El legado de dinero en usufructo.*—Dentro de las modalidades del legado está reglamentada la siguiente, en el número 2.º del artículo 886: «Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.» Sobre esta manda se puede montar un usufructo, y por ello la jurisprudencia es abundante sobre el cumplimiento de la voluntad testamentaria de esta variante del usufructo; normas de enajenación, garantías de conservación, etc.

La entrega y posterior situación de interinidad del dinero, con-

vertido en algún valor rentable, por la vacuidad de las disposiciones legales, se gobierna, en primer lugar, por la disposición testamentaria, dándosele el destino marcado de títulos de valor en la sentencia de 9 de febrero de 1906, cuyos considerandos copiados a la letra dicen:

Considerando que establecido el interdicto de adquirir única y exclusivamente para obtener la posesión de bienes adquiridos a título hereditario cuando nadie los posea legalmente a título de dueño o usufructuario, es indudable que no procede mantener aquella posesión cuando el hecho en que se funda es falso, y al estimar la Sala sentenciadora que *los albaceas testamentarios, como representantes únicos y legales de la herencia yacente del causante, deben ser reintegrados en la posesión de aquella en que se encontraban cuando se instó por la usufructuaria el interdicto de adquirir*, no infringe el artículo 661 del Código Civil y los artículos 1.633 y 1641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, dados los términos de la disposición testamentaria del causante, y como únicos representantes de su herencia, a los albaceas exclusivamente corresponde administrar, poseer y disponer de los bienes, mientras la voluntad del testador no se halla cumplida y *vendidos los expresados bienes se invierta su importe en valores públicos, cuya venta ha de usufructuar la designada*, que, en consecuencia, no puede invocar otros derechos que los establecidos por el indicado testamento de su hermano.

Considerando que en cuanto a la interpretación que pueda darse a la cláusula testamentaria referente al caso, es lo cierto, de todas suertes, que los albaceas solicitaron y obtuvieron del Juzgado la prórroga que éste conceptuó necesaria para el cumplimiento de la voluntad del testador, conforme a lo ordenado en el artículo 905 del Código Civil.

Considerando que sea cual fuere el concepto que la Sala sentenciadora atribuya a la nombrada, no puede influir en el resultado de la sentencia recurrida, pues, *aunque aquélla ostentase el carácter de heredera usufructuaria, su derecho a pedir cuentas, y la recíproca obligación de rendirlas los albaceas, no puede nacer hasta que cumplida la voluntad del testador, sea posible establecer la renta vitaliciamente*, que está llamada a disfrutar, y por lo expuesto no es de estimar la infracción del artículo 907.

La entrega puede diferirse por existir interpuesto un usufructuario, y nombrado, *post mortem*, un heredero, a la naturaleza de esta institución de legado en metálico, atiende la sentencia de 6 de abril de 1954, contra la pretensión de los herederos legítimos, diciendo:

Considerando que en el primer motivo de este recurso se impugna la interpretación dada por el Tribunal de Instancia al artículo 752 del Código Civil, según el cual dicho precepto no afecta al testamento otorgado el 26 de junio de 1935 por don Ventura C. y L., quien confesó el día 4 de julio siguiente con el capellán del Asilo de Ancianos Pobres, de la ciudad de Talavera de la Reina, falleciendo de la enfermedad que sufría desde hacía mucho tiempo el 30 de agosto del mismo año, en cuyo testamento disponía en su cláusula sexta que a la muerte de su esposa, doña Julia S. y R., a quien nombraba heredera usufructuaria, o si ésta falleciere antes que el testador desde su óbito, pasasen todos sus bienes, en la forma que determinaba, al expresado asilo en concepto de limosna, para que los invirtieran en las atenciones y necesidades del establecimiento y sostenimiento de los ancianos acogidos en el mismo; *alegando el recurrente, por el contrario, que el citado precepto legal debió ser aplicado por concurrir las circunstancias de que el mencionado capellán confesó en su última enfermedad al testador, y disponer éste en su testamento que sus bienes se entregasen como legado al asilo del que es capellán...*

Considerando que en los motivos segundo y tercero para justificar la parte demandante que en el Asilo de Ancianos Pobres, de Talavera de la Reina, no fué nombrado por el testador su heredero fideicomisario, para el supuesto de que *para la existencia del fideicomiso es preciso que de una manera expresa se imponga al heredero fiduciario la obligación de conservar toda o parte de la herencia para su entrega al sustituto* nombrado con aquel carácter y que *tal obligación no la impuso don Ventura C. y L. a su citada esposa, nombrada, en primer lugar, heredera usufructuaria, y se afirma también en contra de lo declarado en la sentencia, que sólo dejó a dicho asilo un legado de cantidad, quedando, por tanto, sin disponer de la parte de bienes que corresponden a los herederos «abintestato»*, y que al no estimarlo así en la sentencia que se combate, se han infringido, por interpretación o aplicación errónea, los artícu-

los 660, 675 y 1.285, por no aplicación el 912, y por aplicación indebida los 781, 769, 805, todos del Código Civil, y la jurisprudencia que cita.

Considerando que en cuanto a *la obligación de conservar los bienes* el primer heredero *y transmitirlos a un tercero*, el nombrado en su sustitución, que es inherente a los fideicomisos, como se previene en el artículo 781 del Código Civil, y a la que se hace referencia en las sentencias de esta Sala, de 28 de junio de 1928, 27 de septiembre de 1930 y 2 de marzo de 1935, citadas por el recurrente, al decirse en ellas que son requisitos indispensables para la sustitución fideicomisaria la doble disposición de una misma herencia, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos, *no es preciso que de un modo expreso la imponga el testador, por llevarla consigo esa institución*, y ser, por el contrario, necesario para que el heredero fiduciario pueda disponer de los bienes, aparte de las deducciones originadas por gastos legítimos, créditos y mejoras, que el testador le haya autorizado para ello, como se dispone en el artículo 783 del Código Civil, doctrina mantenida también por este Tribunal en sus sentencias de 29 de enero de 1916 y 26 de febrero de 1919, y a la que con acierto se atiende la sentencia impugnada cuando partiendo del hecho de que la heredera usufructuaria no puede disponer de los bienes que en esa forma se le dejan y del nombramiento del citado asilo como su sustituto en la plena propiedad de todos sus bienes, *califica de institución fideicomisaria la instituida por el testador*, sin que al hacerlo se cometan ninguna de las infracciones legales que se le atribuyen en el segundo motivo.

Considerando que, el hecho de que en la citada cláusula sexta del testamento, después de ordenarse que a la muerte de la heredera usufructuaria, o si ésta falleciere antes que el testador, al óbito de éste, pase y adquieran todos sus bienes el Asilo de Ancianos Pobres, de Talavera de la Reina, se disponga que *la entrega de esa herencia se haga por los albaceas, procediendo a la enajenación de dichos bienes y dando su producto al asilo como limosna*, para que lo inviertan en las atenciones y necesidades del establecimiento y sostenimiento de los ancianos acogidos al mismo, no afecta a la naturaleza de la institución que en esta cláusula se hace y *constituye una modalidad de entregar la herencia al designado, herede-*

ro fideicomisario perfectamente lícita, si no quebrantase con ninguna disposición legal y que hace además factible su aceptación por el Asilo, dadas las normas que le rigen, *sin que ello desvirtúe su carácter de heredero al suceder, a título universal, en todos los bienes del causante*; y como según lo establecido en el art. 784 del Código Civil *el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, la nuda propiedad de todos los bienes dejados a su fallecimiento* por don Ventura C y L. correspondía desde entonces al asilo, *sin que en ningún momento haya podido pertenecer a herederos legítimos*, por lo que al rechazarse por estos fundamentos en la sentencia combatida la pretensión del demandante de ser el Asilo de Ancianos pobres de Talavera de la Reina solamente un legatario de cantidad, huelga examinar los otros razonamientos que además se hacen en dicha resolución para corroborar su procedencia, y no se han cometido ninguna de las infracciones legales que se suponen en el tercero y último motivo de este recurso.

Si por una parte la presentación «íntegra» de nuestra jurisprudencia puede tener un valor indudable instrumental, por otra «obligación», a un comentario de cada uno de los problemas que suscita, y precisamente por declinar esta obligación hago la salvedad, de que su aportación es exclusivamente en relación con el epígrafe en que se insertan en este trabajo, sin perjuicio de volver sobre la misma cuando la oportunidad demande su consulta, ya que la trabazón de las cuestiones sustitutorias hace que se planteen en panorámica varios problemas conjuntamente, para cuyo comentario se requiere a su vez seguir un sistema. Dentro de éste son indudables dos principios que se deducen de la anterior doctrina: el carácter mediano del usufructo en metálico obliga a que cuando no exista heredero debe encargarse a un albacea de la transformación de los bienes y sus medidas de aseguramiento, por la constante jurídica que suele darse en las sustituciones fideicomisarias de eliminar a los herederos «abintestato», prefiriéndose, en todo caso, fórmulas de endurecimiento del «legado».

b) *El usufructo en metálico, puro o a término*.—Dentro del usufructo en metálico, viene a ser sentencia piloto la de 20 de marzo de 1916. Su doctrina es cabeza de una cadena que forma una doctrina legal. Sobre el mismo asunto se dictó la sentencia de 24 de

marzo de 1930, con valoraciones distintas. Conviene hacer una aclaración: ésta es sobre la naturaleza del recurso de casación, en función de una porción de factores que le condicionan y limitan, pudiendo dar lugar a esta aparente contradicción, pues en ambas se enfocó el asunto desde ángulos internos o externos completamente opuestos, en donde un matiz era intrascendente en la primera y esencial en la segunda. No se trata de una posición jerárquica de dependencia, sino de un respeto a la doctrina legal, como fuente del Derecho, cuando se la sabe utilizar con el cariño que lo han hecho los anglosajones, y considerando el importante valor de su aportación a este trabajo, siendo una de las bases fundamentales que le sirven de soporte. Más concretamente la cuestión se reduce a la indiferencia en cuanto al momento de adquisición de nuda propiedad, tanto en el usufructo puro, como en el *post mortem usufructuri* (a término) y la importancia de la clasificación, por pertenecer a campos distintos, sobre la disponibilidad, pues en el primer caso entra en el patrimonio del heredero, y en el segundo no se trata más que de una expectativa. Reproduciendo el segundo Considerando de la segunda sentencia sobre este asunto—24 de marzo de 1930—viene a plantearse así el problema sucesorio.

Considerando que en ella estableció el testador que *instituida «por su única y universal heredera usufructuaria a la nombrada señorita Constance Susanne Orlandi, para que por los días de su vida disfrute sus rentas y productos, y al fallecimiento de la mencionada señorita el usufructo, como vitalicio que es, se extinguirá, y los bienes en que consista pasarán en pleno dominio y en libre disposición a los hijos y descendientes legítimos de doña Filomena de la Vega y Cuyás, prima carnal del testador, que vivan al fallecimiento de la usufructuaria, sucediendo los primeros por derecho propio y los demás descendientes por derecho de representación, previniendo después en la cláusula siguiente que los valores mobiliarios que mandaba se adquirieran con la venta de todos los bienes inmuebles, derechos y muebles se depositaran en unión de los valores de aquella clase que poseía en el Banco de España, en custodia intransferible a nombre de la heredera usufructuaria, con la expresión de que al fallecimiento de ésta pasen en pleno dominio a los herederos propietarios que deja nombrados, para lo cual, al hacer el depósito, acompañarán los albaceas copia o testimonio de*

la cláusula de la institución de herederos, entregando después el resguardo a la heredera usufructuaria para el percibo de sus rentas y aplicados a la interpretación de la precitada disposición testamentaria los métodos que sucesivamente previene el art. 675 del Código civil, así en el sentido literal de las cláusulas como la bien revelada intención del testador, don Patricio, no dejan lugar a la más leve duda, que fué instituida heredera única y universal la señorita Orlandi, para que ésta, sin haber sufragado gastos de ningún género por la adquisición, disfrutara durante los días de su vida el producto de las rentas y productos del capital constituido en el Banco de España con todos los bienes relictos y liquidados de la herencia de don Patricio, y que dicha *heredera universal usufructuaria sustituida al fallecimiento de la misma por todos los hijos y descendientes legítimos de doña Filomena de la Vega Cuyás, que vivan al fallecimiento de la Orlandi, y, por consiguiente, hasta que ocurriese ese fallecimiento no aparecerá cumplida la condición suspensiva bajo la cual están designados herederos de don Patricio*, sustituyendo a la Orlandi los hijos y descendientes de doña Filomena que vivieran al fallecimiento de aquella heredera usufructuaria en primer término instituida, *ni, por tanto, se puede determinar con plena seguridad y razón jurídica suficiente para atribuirles legítimamente el concepto de herederos de don Patricio, a cuáles habrá de transmitirse el dominio pleno de los bienes, valores mobiliarios depositados en el Banco de España a nombre de la Orlandi, que ésta tiene derecho a usufructuar durante su vida.*

Con esto, paso a copiar la sentencia de 20 de marzo de 1916, ampliamente comentada por Palomino, diciéndose en aquélla:

Considerando que en la demanda inicial de esta litis se interesa la declaración de que don Pedro, don Alberto, don Arturo, doña Elena y doña Teresa Cuyás de la Vega, hijos legítimos de doña Filomena de la Vega Cuyás, habidos de su matrimonio con don José Cuyás y Prats, son los herederos propietarios instituidos en el testamento otorgado por don Patricio García y Fernández Cortina en 17 de noviembre de 1906, bajo el que falleció, puesto que *habiéndole sobrevivido todos, adquirieron desde luego, por su propio derecho, la nuda propiedad del caudal hereditario, la cual debió y debe serle adjudicada por iguales partes*, mandando, en su consecuencia, que se entiendan rectificadas en este sentido las opera-

ciones testamentarias aprobadas y protocolizadas por los albaceas, contador y partidores, y que se haga así constar donde fuese preciso, *al efecto de que la adjudicación de la nuda propiedad produzca todos sus efectos en derecho, cuyas pretensiones desestima en absoluto la sentencia impugnada*; y, una vez que son hechos comprobados y ciertos que el citado testamento se otorgó por don Patricio García en la fecha aludida; que éste falleció en París el 26 de noviembre de 1906, y que le sobrevivieron los cinco hijos de su prima doña Filomena de la Vega, *queda circunscrito el fallo en casación para que se halla requerido este Tribunal*, a resolver el punto concreto de si la aludida disposición testamentaria ha sido entendida rectamente o, por el contrario, la sentencia combatida vulnera los preceptos legales que el recurso señala como infringidos:

Considerando que para la debida resolución del caso aquí planteado entre la sentencia reclamada y el recurso han de tenerse en cuenta como fundamentales los preceptos:

1.º Que todo testamento ordenado conforme a las prescripciones legales es, en la sucesión testada, la ley reguladora que ha de regir el cumplimiento de la voluntad del testador, y que están obligados a acatar cuantos del testamento deriven su derecho.

2.º Que toda disposición testamentaria ha de entenderse en el sentido literal de sus palabras cuando éstas son concretas y precisas, a no ser que aparezca claramente que fuera otra la voluntad del testador, y sólo en el caso de duda se observaría lo que resulte más conforme a la intención de aquél, según el tenor del testamento.

3.º Que, integrado el dominio o señorío de una cosa según lo definió la ley 10, tít. 33, de la Partida VII, en que la facultad de gozar o disponer de ella sin más limitaciones que las prevenidas por las leyes, bien se ejerza de un modo absoluto por uno o más dueños de la nuda propiedad, bien se halle limitada por el derecho que a otro corresponda sobre la misma cosa para percibir y aprovechar sus productos, *esta división del dominio determina la relatividad y enlace tan evidente del directo con el útil, como componentes de un todo, que indefectiblemente tienen que coexistir, y*

no cabe dar efectividad a una parte dejando la otra indeterminada e incierta.

4.º *Que siendo el usufructo un derecho integrante y limitativo del dominio, puesto que tan sólo confiere el disfrute o aprovechamiento de bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a menos que la Ley o el título de su constitución autoricen otra cosa, y, dado que la Ley reserva y preconiza asimismo los derechos, que mientras existe y cuando se extingue el usufructo, compete recíprocamente al usufructuario y al dueño de la cosa usufrutuada, no cabe desconocer que estas dos modalidades de un solo dominio son coetáneas, y no hay usufructo sin que haya a la vez propietario; y*

5.º *Que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, y los herederos, con la debida capacidad legal, suceden al difunto, por el sólo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones, de suerte que la herencia no puede entenderse vacante, ni siquiera en parte, cuando en el testamento hay herederos instituidos, ya sean usufructuarios vitalicios, ya propietarios, que, mientras vivan los primeros, tengan no más la nuda propiedad, pues aun en el caso de que tan sólo hubiera herederos usufructuarios, lo serían entonces de la nuda propiedad los llamados a la sucesión intestatada:*

Considerando que al consignar don Patricio García, en la cláusula 11 de su aludido testamento, que, constituía por única y universal heredera a la señorita doña Constance Susanne Orlandi, para que por los días de su vida disfrute, sin limitación alguna, las rentas y productos de los bienes de aquél, que pasarán después, «en pleno dominio y libre disposición», a los herederos propietarios, «que pasa a designar», y con efecto los señala, determinando lo serán los hijos y descendientes legítimos de su prima carnal doña Filomena de la Vega, que vivan al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria, sucediendo los primeros por derecho propio y los demás descendientes por derecho de representación; y al ordenar además, en la cláusula 12, que los títulos de la deuda española perpetua y amortizable y las acciones del Banco de España, en que previene se invierta el producto líquido de todos sus bienes, se constituya en depósito intransmisible en dicho Banco a

nombre de la usufructuaria, pero con la debida expresión de que, al fallecer aquélla, «pasen en pleno dominio a los herederos propietarios que deja nombrados», no puede ofrecer duda de ninguna especie que *el testador*, en la primera cláusula citada, *instituía para y a contar desde el momento de su muerte, heredera usufructuaria y herederos de la nuda propiedad, y como quiera que la primera y los segundos son personas ciertas*, sobrevivientes al testador y con no negada ni discutida capacidad legal perfecta y manifiesta, parece que *la sentencia combatida, al desconocer la existencia de presente de heredero nudo propietario y afirmar que ha quedado vacante la propiedad de la herencia*, en vez de ordenar a los albaceas que rectifiquen las operaciones testamentarias, imponiendo en ellas *las frases de que el derecho a la propiedad de la herencia viene establecido a favor de personas inciertas, lo cual envolvía la nulidad de la institución*, ha contrariado la explícita y manifiesta voluntad del testador, infringiendo además los artículos 675, 657, 661, 758, párrafo 1.º, 769 y 772, párrafo 2.º del Código Civil, a que se refieren los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del recurso.

Considerando, por último, que los albaceas ni están ni son llamados a declarar, como lo han hecho en las operaciones testamentarias, si el nombramiento de herederos propietarios que hizo don Patricio García en su ordenación de la última voluntad queda o no supeditado y en suspenso hasta el fallecimiento de la usufructuaria, porque el testador únicamente les facultó, según queda expuesto, para vender los muebles, ropas y alhajas y demás objetos no comprendidos en los legados. Así como de las fincas rústicas, urbanas, derechos reales, créditos, efectos y valores públicos extranjeros y de Sociedades, Empresas y Compañías nacionales y extranjeras, y para que, una vez realizados todos ellos, el producto líquido de esas ventas obtenido lo inviertan en acciones del Banco de España y títulos de la Deuda española amortizable, depositándolos en custodia transmisible en el referido Banco a nombre de la heredera Constance Susanne Orlandi, como usufructuaria, y con la debida expresión de que a su fallecimiento pasen en pleno dominio a los herederos propietarios nombrados, y porque no debiendo hacerse, conforme el testamento establece, hasta la muerte de la usufructuaria, la adjudicación de la propiedad plena de esos valores

constitutivos del caudal hereditario, claro está que los albaceas han rebasado sus facultades, al resolver que *la herencia en propiedad ha de quedar condicionada por la muerte de la usufructuaria*. Y es asimismo inconcuso que *los actores en este pleito no pueden pretender hoy ni obtener en juicio dirigido contra los albaceas que se declare que su llamamiento contra la herencia es puro, porque tal acción, como la cláusula testamentaria preceptúa, procederá ejercitarla desde el día en que fallezca la usufructuaria*, respecto de los que entre sí se reputen con igual derecho a la herencia en virtud de cuyas razones no son de estimar los motivos 4.º, 5.º, 5.º 8.º y 9.º del recurso.

La acumulación en el *dies veniens* de toda la doctrina, modificando aparentemente el fallo de la Sala, que sentó: «un nombramiento de herederos propietarios para después de la usufructuaria, no siendo posible determinar las personas de éstos por estar supeditada dicha determinación a tal fallecimiento». No obstante, estos antecedentes, se plantea un interesante problema de «cooposición», en el sentido germánico de conjunción y desplazamiento posesorio, en la sentencia de 24 de marzo de 1930, que por estar reproducido anteriormente el segundo Considerando, en los demás viene a sentarse la siguiente doctrina:

Considerando que el pleito a que el presente recurso se refiere, conforme a los fundamentos legales de la demanda y súplica final que no sufrieron modificación en los posteriores escritos, está reducido a *decir si el Banco de España está obligado a entregar actualmente al actor, don Joaquín de Arteaga y Echagüe los valores mobiliarios procedentes de la herencia testamentaria de don Patricio García y Fernández Cortina, que depositaron los albaceas en las cajas de dicho establecimiento*, y, por tanto, se trata del cumplimiento de la obligación que impone al depositario el artículo 1.766 de guardar la cosa y restituirla cuando le sea pedida al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato; y entraña la decisión que haya de recaer en el litigio o una declaración judicial sobre los deberes que al Banco imponen los términos del contrato celebrado al constituir el depósito, para llenar la primordial obligación que con admirable precisión definió la Ley de Partidas al decir que el depositario era *«tenido de guardar bien y lealmente, de guisa que non se*

pierda nin se empeore por su culpa nin por su engaño», y como el depósito se constituyó por los albaceas del finado para cumplir las cláusulas del testamento del mismo, y en las declaraciones o facturas y en los correspondientes resguardos se consignan literalmente que los valores de la herencia de don Patricio quedaban depositados a disposición de madame Constance Susanne Orlandi, como usufructuaria y propietarios, quienes resulten serlo conforme a la cláusula undécima del testamento de don Patricio García Fernández Cortina, es indispensable para interpretar dicho contrato de depósito, analizar e interpretar dicha disposición testamentaria (sigue el segundo Considerando).

Considerando que esta interpretación no es opuesta a ninguna de las declaraciones que sostiene la sentencia pronunciada a 20 de marzo de 1916 por este Supremo Tribunal y a la dictada a continuación para decidir la instancia en aquel pleito, en el cual estaba requerida la jurisdicción por cinco hijos de doña Filomena de la Vega, que vivían a la sazón, contra los albaceas de don Patricio García, para que se les reconociera la calidad de herederos propietarios del caudal desde la muerte del causante, rectificando en este sentido la partición y que se declarase que su derecho hereditario era puro y no se hallaba sujeto a condición alguna; y si bien declaró este Supremo Tribunal procedente la petición relativa a rectificar la partición en el sentido de reconocer a los cinco demandantes el derecho a figurar entonces como presuntos nudo propietarios de la herencia que usufructuaba como única y universal herencia la Orlandi, esta declaración quedó expresamente subordinada a la que constituye una declaración expresa y terminante de este Supremo Tribunal cuando afirma, en los últimos de los fundamentos de la sentencia precitada, de 20 de marzo de 1916, que era inconcuso que los allí actores, los cinco hijos de doña Filomena de la Vega, que vivían al promover aquel pleito, no podían pretender entonces ni obtener en juicio dirigido contra los albaceas de don Patricio García que se declarase que su llamamiento a la herencia era puro, porque tal acción, como la cláusula testamentaria, preceptúa, procederá ejercitarla desde el día en que fallezca la usufructuaria, respecto de los que entre sí se reputen iguales con iguales derechos a la herencia, que es precisamente lo que se ha consignado antes en relación con el testamento de

don Patricio al surgir en este pleito la necesidad de interpretar alguna de sus cláusulas, por constituir condiciones expresas del contrato de depósito que los albaceas del finado celebraron con el Banco de España en ejecución del testamento mencionado; y así, por las declaraciones a que se contrajo la tan repetida sentencia de 20 de marzo de 1916, como por el principio de derecho *res inter alio judicata alteri neque noscere neque prodesse potests*, porque aquéllas no se oponen a que la sentencia impugnada ahora contiene, interpretando el testamento de don Patricio García solamente en relación y para efecto de resolver, como el Banco de España, que no fué derechohabiente de ninguna de las partes que sostuvieron el pleito en 1916, está obligado a restituir el depósito a los que designó el contrato conforme al precepto 1.766 del Código Civil, es evidente que *está perfectamente ajustada a derecho la negativa del Banco a devolver ahora el depósito, con lo que se expondría al riesgo de causar perjuicios a descendientes de doña Filomena*, que exigieran al morir la de Orlandi, y que por traer causa y derecho de la voluntad del causante, don Patricio García, no tienen su interés representado por los cinco que en 1916 obtuvieron la declaración de presuntos herederos de aquél, en concepto de hijos de doña Filomena de la Vega sobrevivientes a dicho testador, y procede desestimar los motivos tercero y cuarto del recurso interpuesto a nombre del señor Duque del Infantado.

Considerando que el usufructo es un derecho temporal que se extingue por diferentes causas, unas que de un modo necesario ponen término al derecho, sin la voluntad de quienes lo crearon y están interesados en conservarlo, y otras que dependen exclusivamente de la voluntad, ya sea del instituyente, en cuanto ha fijado el derecho término de la duración, ya del favorecido, que dispone del derecho por actos de transmisión autorizados por la Ley; y como el artículo 469 del Código Civil permite constituir el usufructo desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición, correlativamente señala el art. 513 para este caso como causa especial de extinción en el número segundo haber expirado el plazo por el que se constituyó o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo; respondiendo ambos preceptos al amparo de la voluntad del instituyente, que es arbitrio para subordinar el término del usufructo al cumplimiento de las condiciones lícitas que

le sugiera el ejercicio de sus facultades de dominio, con absoluta independencia de aquellas otras causas que pueden poner término necesario o voluntario al concedido derecho de usufructo, el cual *el instituyente ha querido señalar como término un día determinado, que pueda ser cierto y prefijado o incierto; siendo de la primera condición el usufructo al que se ha señalado por término el de la vida de una persona, que es día cierto, en cuanto necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo; y esta modalidad de usufructo vitalicio, que de un modo implícito tiene señalado el día del vencimiento, excluye la posibilidad del ejercicio de los otros motivos de extinción voluntaria por la del usufructuario, si al término de su derecho, como le ha establecido por el instituyente, viene subordinado por la voluntad del mismo al nacimiento de la nuda propiedad de la cosa usufructuada, porque no se puede realizar la consolidación hasta que, cumplida la condición impuesta, que es la muerte del usufructuario, pueda hacer la refundición en el patrimonio del titular de los derechos que constituyen propiamente el dominio pleno y el instituyente había separado por acto de su libérrima voluntad, que así había limitado la eficacia de todo hecho adquisitivo anterior al cumplimiento de la condición impuesta o al vencimiento del término señalado para discernir el dominio a las personas a quienes correspondiera, según los términos de la postrimera voluntad del constituyente, y aplicando esta doctrina al caso que se plantea en el presente recurso, es notoria la falta de fundamento con que se suponen infringidos los preceptos invocados bajo los motivos primero y segundo, porque para aplicar las causas tercera y cuarta de las de extinción del usufructo, *el recurso hace supuesto de conceder la propiedad de los valores a los hermanos Cuyás de la Vega, quienes solamente tienen la esperanza de confirmar la que tienen declarada y adquirida si sobrevivían a la usufructuaria señorita Orlandi, y ésta no puede, sin infringir las reglas bajo las que está constituido el usufructo vitalicio que le concediera don Patricio García, excogitar con su renuncia el momento en que, anticipándose al que señaló dicho testador, deba nacer el derecho a la nuda propiedad otorgada solamente en favor de los hijos y descendientes de doña Filomena de la Vega que vivan cuando fallezca dicha Orlandi, la que si tiene facultad para contratar libremente sobre dicho usufructo mientras vivan, carece de la in-**

dispensable para crear por su exclusiva voluntad y contra la del testador causante el momento de consolidación de los derechos de dominio sobre los bienes que son de la herencia testada de don Patricio, cuya ley es absolutamente necesario cumplir en todas sus partes, y más por quien aceptó la cualidad de heredera voluntaria.

c) *La obligación de conservar la cosa, cuando el legado es en metálico.*—El juego de la subrogación o el bloqueo de los bienes usufructuados es problema que no está totalmente resuelto en nuestro Derecho, pero podemos presentarlo de forma fragmentaria en las dos siguientes citas, ilustradas con la doctrina jurisprudencial. Dice COLÍN Y CAPITÁN: «Puede ocurrir que el testador imponga al legatario la carga de entregar a su muerte a un tercero no los bienes que dona, sino una cantidad fija de dinero. En tal supuesto, no hay sustitución prohibida, porque falta el segundo elemento, la obligación de conservar la cosa» (Rec., 30 abril 1867, etc. MAURA, en uno de sus dictámenes, en el que trata ampliamente del problema, resume así la doctrina jurisprudencial: *«Eliminar de la sustitución los bienes que fueron trocados o transformados, suscitando un indiscreto incentivo para las enajenaciones, y brindando con extrema facilidad para hacer irrisorio el ulterior llamamiento, pugnaría con las declaradas intenciones del experto testador, tanto como las contrariaría también sujetar y paralizar la disposición y goce del instituido para favorecer la permanencia hasta la muerte de las cosas mismas heredadas... Las enseñanzas de la jurisprudencia aprovechan más para esclarecer temas doctrinales que para fijar el recto sentimiento de las cláusulas testamentarias; asuntos de singular y circunstancial individualidad.* Mas si se escruta el ejemplo que ofrece la sentencia de 12 de octubre de 1900, se ve que un establecimiento benéfico era sustituto «en la parte que conservar» de cierto legado pecuniario de 30.000 pesetas al fallecer la legataria. Cuanto metálico se pudo hallar en el caudal relicto por ésta no sumaba 500 pesetas, consistiendo lo demás en otros bienes; alegábase que la cantidad se había consumido para necesidades de la legataria; y ello no estorbó para fallar el pleito adjudicando al sustituto el legado entero, toda vez que los bienes del inventario superaban la equivalencia; es decir, que los Tribunales encontraron el legado en las inversiones que le habían transfigurado pero no consumido. Nada en contrario demuestra otra sentencia

de 17 de noviembre de 1884, antes corrobora la tesis que aquí se viene razonando; porque el sustituto reclamó contra los adquirentes, cuyo título era irreprochable; y contra ellos iba, por lo mismo que el instituido no había conservado hasta morir la sustancia o el valor, en una u otra forma».

A cada paso nos sorprende un problema de la sistemática sustitutoria. A la solución clásica de la no enajenación se ha admitido una reflexión ante supuestos extraordinarios, estando representado el usufructo en las tres sentencias que se citan a continuación. La sentencia de 20 de diciembre de 1911, dentro de la cuota viudal, viene a conceder a éste un carácter alimenticio, que resultaría ilusorio si los bienes adjudicados para su pago son estériles, como lo eran los solares; razones de equidad aconsejaron la solución venal y subrogatoria de bienes, diciéndose:

Considerando que el fundamento principal del derecho concedido al cónyuge viudo sobre los bienes del esposo fallecido, dados los precedentes y motivos que lo originaron, es el de conservar a aquél la posición económica que el matrimonio tuvo, y esto no puede obtenerse adjudicándosele bienes en usufructo, que, aunque represente un gran valor en venta, no lo tengan proporcionalmente en renta, o dejen de producir ésta por su naturaleza o destino, viniendo con ello a dejar de ser susceptible, en cierto modo, del derecho de usufructo, el cual no se concibe sin la producción de frutos que pueda producir el usufructuario.

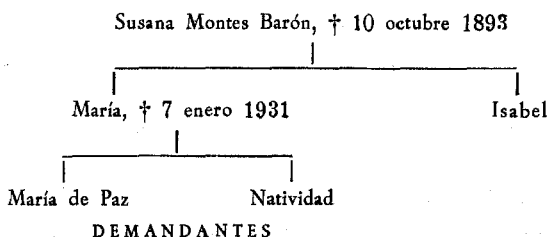
Considerando que si bien, por regla general, corresponde al heredero o herederos proponer la sustitución del usufructo del viudo por alguno de los medios que comprende el artículo 838 del Código Civil, no puede entenderse esta disposición en términos tan absolutos que impidan, en el caso de resultar ilusorio en todo o en gran parte el indicado derecho, que se haga dicha sustitución por la Autoridad judicial, aplicando el expresado precepto legal, puesto que de otro modo no se acataría el pensamiento que informa la Ley, según queda expuesto en el anterior fundamento, y con mayor razón si la sustitución se propone por uno de los contadores nombrados por una de las partes en un juicio de testamentaria y se decide por ella el contador dirimente, pues *en este caso especial*, no se puede negar a aquéllos las facultades necesarias al efecto de resolver los conflictos que ocurran en el ejercicio de su cargo para el

mejor desempeño del mismo, siempre que no se justifique que se haya hecho en perjuicio de alguno de la testamentaria.

Considerando que en la sentencia recurrida, para hacer aplicación del artículo 838, se tienen en cuenta las bases de hecho, no desvirtuadas en el recurso, de que el hoy recurrente reconoció en principio la conveniencia de sustituir el usufructo viudal y porción de gananciales al ofrecer el abono de la cantidad de 100.000 pesetas, o una renta vitalicia de 10.000 pesetas anuales, al cónyuge viudo, para evitar el presente litigio; que *gran parte de los bienes de la testamentaria consisten en solares o terrenos no edificadas, que por sí solo no dan producto alguno*, y, por ello, son infructíferos para el viudo; y para el medio aceptado por el contador dirimente es conveniente, lo mismo para el heredero que para el cónyuge supérstite, y esto supuesto, y atendida la doctrina expuesta, no puede menos de estimarse que la Sala sentenciadora no infringió el artículo 838 por haberlo aplicado, ni el 837, ambos inclusive, del Código Civil; por inaplicación, que respectivamente se invocan en los motivos 2.º al 5.º y 1.º de este recurso, ya que de otro modo resultaría ineficaz en gran parte el usufructo de la porción que por derecho corresponde al recurrido.

Por el contrario, dentro de la posición clásica se encuentra la sentencia de 29 de mayo de 1935, para la aplicación de la última voluntad de la condesa de Santa Espina y marquesa viuda de Valderas, en cuya cláusula sexta de su testamento cerrado, dispuso: «... legaba, el sobrante del quinto y mejoraba en el tercio de sus bienes a su hija doña María Alvarez Montes, a las hijas de la expresada doña María Alvarez, nietas de la testadora, disponiendo que la legataria y mejorada había de poseer los bienes sólo en usufructo, reservando la nuda propiedad para sus hijas y nietas de la testadora, y en el caso de no tenerlas, para los sobrinos carnales o hijos de éstos, con derecho de acrecer entre todos en su respectivo derecho.» Se ratificó su voluntad en codicilo a favor de su hija, de las hijas de la misma y sus nietos, adicionando que si a las tres generaciones fallecieran sin sucesión, los bienes en que consiste el tercio y el sobrante del quinto pasaran a los descendientes de su hija Isabel, y disponiendo que los expresados legados y mejoras habían de entenderse hechos en usufructo, así para su hija doña María, como para las hijas de ésta, *reservándose la nuda propiedad*

para sus nietos; o sea, biznietos. Antes del último tránsito se plantea el problema de enajenación de unos solares, con la siguiente situación genealógica:



Considerando que en el segundo motivo, de capital y preferente atención en el recurso autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, señala la parte recurrente la violación del artículo 467 del Código Civil, por estimar que la sentencia impugnada pretende sustituir su aplicación por los principios generales de derecho, tan sólo pertinentes a falta de la Ley que lo sea exactamente al punto controvertido, siendo así que aplicable es en el caso de autos el indicado artículo 467 citado; y, en efecto, entendiendo el Tribunal *a quo* que el artículo 497 del Código no invocado para nada en el pleito por las partes contendientes, se deriva para el usufructuario la facultad de condicionar (*sic*) la cosa usufrutuada de forma que sin detrimento de la institución y sin perjuicio para el llamado a ser propietario ni menoscabo de la intención del constituyente, se logre la finalidad característica del usufructo, que, a juicio de la Sala sentenciadora, no es otra que la de producir un lucro razonable al instituido, *reconoce en las demandantes el derecho a convertir los bienes inmuebles que dice ser improductivos, en valores y efectos públicos de positiva estimación, mediante la enajenación de aquéllos con intervención del Ministerio Fiscal*, pero como el artículo 497 del Código Civil, lejos de conceder al usufructuario facultad alguna en este sentido, lo que hace es determinar el grado de diligencia en el usufructuario, ha de prestar en el cumplimiento de su obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufrutuada que, salvo las excepciones que consigna, es la que impone precisamente el artículo 467 del Código al describir el contenido del derecho de usufructo, por ser característica del mis-

mo, claro es que *lo expuesto contradice en principio el criterio sustentado por la Audiencia de Madrid en cuanto a la supuesta facultad de las usufructuarias de que se trata para sustituir la cosa dada en usufructo por otra de distinta naturaleza*, y variar, en su virtud, la del derecho de nuda propiedad sobre la misma, mediante la enajenación de aquélla, y que tan deleznable base no puede servir de fundamento sólido al fallo recurrido:

Considerando que fuera de los mencionados artículos 467 y 487 del Código Civil no apoya el Tribunal *a quo* su fallo en otro precepto legal que en el artículo 1.481 del mismo relativo a la obligación de saneamiento de la cosa vendida, cuya aplicación no interesaron en *la demanda doña María de la Paz y doña María de la Natividad García de Lama y Alvarez*, por estimarla, sin duda, como lo es, inatendible al caso controvertido; aunque en trámite de casación haya de admitirse el hecho de que *los solares*, sitios en el término municipal de la villa de Madrid, concedidos en usufructo a dichas señoras, *son improductivos*, por afirmarlos así la sentencia combatida, es lo cierto que la Sala sentenciadora no cita como fundamento de su resolución el precepto legal concreto o la cláusula testamentaria de la concesionaria del usufructo que, en consecuencia con aquel supuesto de hecho y por ser determinante de alguna de las excepciones contenidas en el artículo 467 del Código Civil, reconozca en doña María de la Paz y doña María de la Natividad García de Lama *el derecho de promover la enajenación de la cosa usufructuada que no le pertenece*, y a *variar su forma y sustancia*, contra la manifiesta voluntad de la testadora que legaba la nuda propiedad de la misma a descendientes suyos, según revela el apuntamiento, y lo dispuesto en el artículo 467 del Código Civil, al establecer en su texto *la esencial obligación del usufructuario, característica del derecho de usufructo de conservar aquéllas*, siquiera existe hoy la posibilidad legal de desnaturalizar el contenido del mismo por virtud de las excepciones que al final del indicado precepto se consignan; pero, como la Audiencia de Madrid, por no estimar comprendido el usufructo de los solares en cuestión en la regla general ni en las excepciones contenidas en el artículo 467 del Código Civil dejó de aplicarle al caso propuesto, *fundado el fallo impugnado en razonamientos concordantes con el equivocado concepto puramente utilitario*, notoria es la violación del indicado precepto en

que incide la sentencia recurrida, que *el Fiscal recurrente denuncia* en el motivo segundo de su recurso, y por ello es procedente estimarla, dándose lugar a la casación de aquélla.

De más amplia problemática es la sentencia de 17 de abril de 1953, pero dentro de la doctrina sustitutoria se crea una excepción, que se va abriendo camino para vencer la incompatibilidad entre el derecho de solicitar cualquier comunero la salida del condominio y el bloqueo en que se encuentra el fiduciario, materia de más amplios vuelos, y cuya doctrina viene a sentarse en los siguientes:

Considerando que, planteada la demanda con la súplica de que sea elevado a escritura pública y cumplido en todas sus partes el contrato contenido en las cartas de 9 de febrero de 1948, suscritas por ambos litigantes, en virtud del cual la marquesa de E. vendía y don C. T. compraba la participación indivisa de 197.000 pesetas de la casa número 9 de la calle de A., de M., y *derivada la cuestión, en virtud de lo excepcionado por el demandado señor T. a la determinación de la capacidad jurídica de los actores en relación con el objeto de la venta, que al ser estimada insuficiente, según sostiene el demandado, produciría la ineficacia de lo pactado*, por imposibilidad de su cumplimiento, a este solo aspecto se refiere principalmente el recurso de casación formulado, que es ahora sometido al examen de esta Sala, habiéndose de hacer para ir fijando los puntos de la discusión las afirmaciones siguientes, deducidas de los hechos acreditados en autos: 1.ª, que la existencia y perfección del contrato referido ha sido en todo momento reconocidas, sin discrepancia, por ambas partes otorgantes; 2.ª, que el demandado, señor T., conocía la división del dominio que afectaba a la participación indivisa en el inmueble a la cual se refería la venta concertada, y 3.ª, que mediante la venta expresada, y por lo que a ellos tocaba, *no pretendían los vendedores destruir la situación jurídica del usufructo y nuda propiedad que afectaba a lo que se enajenaba* como porción integrante del legado total contenido en la cláusula trece del testamento de la señora condesa de Santa M. de la S., *sino cambiar su base económica*, la cual, una vez efectuada la venta, habría de continuar en la misma división del dominio, sujeta a las prescripciones contenidas en la referida cláusula

testamentaria, hasta que las condiciones que en ella se establezcan fueran llegando a su cumplimiento.

Considerando que *contra la resolución del Tribunal a quo, que por estimar a los actores con la capacidad suficiente para enajenar el pleno dominio de la porción indivisa del inmueble aludido, ordena la consumación del contrato celebrado*, formula el recurrente su recurso, en cuyo motivo, apoyado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, insistiendo en su tesis sobre la falta de capacidad de los vendedores, imputa al juzgador la interpretación errónea de que la cláusula trece del testamento de la señora condesa de Santa M. de S., de 31 de agosto de 1933, pretendiendo demostrar que sólo en virtud de dicha interpretación errónea, que ocasiona la violación del artículo 675 del Código Civil, infringe, asimismo, por falta de aplicación, otros preceptos que cita relativos al concepto jurídico de la propiedad, y ciertas normas reguladoras de la institución de usufructo, *ha podido la Sala de instancia reconocer a la usufructuaria capacidad para llevar a efecto la enajenación del pleno dominio de la participación indivisa objeto del contrato*, pero esta argumentación del recurrente aparece notoriamente desorbitada de los límites en que debe contenerse la discusión planteada, porque, en primer lugar, la cláusula testamentaria referida es una concreta institución de legado en términos tan claros e inteligibles que no son susceptibles de otra interpretación que la que gramaticalmente se deduce de su lectura, y mediante aquella cláusula, *la testadora establece un legado, en concepto de mejora, a favor de su nieta, doña P. M. del A., consistente en una cantidad precisamente determinada (un millón de pesetas), representada, y así expresamente lo consigna por cualquiera clase de bienes (metálico, valores o inmuebles), dividiendo el dominio del dicho legado de cantidad en usufructo asignado a la mencionada doña P. M., y la propiedad atribuida en primer lugar a los descendientes legítimos de la primera instituida*, ordenando después una sustitución, tanto de usufructuaria como de propietarios, quienes en el peor de los casos habrían de ser designados *mortis causa* por la usufructuaria supérstite de las dos instituidas con libertad entre ciertos nietos de la testadora; y a la vista de esta somera exposición es patente que el Tribunal *a quo* no ha incurrido en error al apreciar la cláusula testamentaria referida, porque desde luego, *lo que*

*se ha reconocido es el carácter de usufructuaria que ostenta doña P. M. en el legado del millón de pesetas, la esencia constitutiva del mismo, así como la nuda propiedad «in actu» de tal cantidad, en los ya existentes hijos legítimos de la referida usufructuaria, llamados al dominio, en su día, por la misma cláusula comentada, y siendo esto así, lo único que ha de determinarse para discernir el mayor o menor acierto de la resolución recurrida es si supuestos los tres términos que integran la cuestión es, a saber: un legado de cantidad, una usufructuaria en el ejercicio de su derecho, y unos nudo propietarios *in actu*, se pudo con la concurrencia de éstos y aquélla, sin alterar la situación jurídica establecida en el testamento, respecto del legado consabido, cambiar la base económica del mismo, respetando íntegramente los derechos de los titulares actuales del dividido dominio.*

Considerando que es principio general de todo ordenamiento jurídico que los derechos no pueden existir sin que recaigan o sean atribuidos a una persona natural o jurídica, que al ostentarlas, según los casos y circunstancias, promueva su ejercicio y exija los correlativos deberes, y así acontece en cuanto al derecho de propiedad, lo mismo en pleno dominio que al dividirse éste en nuda propiedad y usufructo, conforme tiene declarado la jurisprudencia, la cual, al enseñar que no puede haber un titular de usufructo sin el correlativo nudo propietario, también ha declarado que si designada una persona como titular de un usufructo no se indicase el titular de la nuda propiedad por omisión o condición establecida, éste lo sería, o quien en aquel momento tuviera causa directa del anterior propietario o los sujetos a los cuales hubieren de ir a parar los bienes usufructuados para constituir en aquéllos el dominio pleno, y si se aplica esta doctrina al caso de autos, se ve claramente que el legado de mejora por la cantidad de un millón de pesetas, instituido en la tantas veces repetida cláusula trece del testamento de la condesa de Santa M. de la S., aparece con el pleno dominio dividido: por un lado el usufructo adscrito a un titular nominalmente expresado, la señora marquesa de E., y por otra, la nuda propiedad atribuida a los descendientes de ésta en primer lugar, quienes, aunque no logren la consolidación de su derecho hasta el día cierto, si bien no determinado, del fallecimiento de su madre, tienen al nacer a la vida jurídica la expresada propiedad

«in stirpe», la cual, como antes se afirma, no puede quedar en el aire y, por tanto, se hallan capacitados para ejercitar los derechos que correspondan a la misma durante esta situación «de facto», situaciones jurídicas éstas que también fueron contempladas por las diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros, entre ellas las de 29 de diciembre de 1906 y 22 de enero de 1944, y si además, como en el caso presente acontece, una parte de ese legado se halla, mediante la participación testamentaria, constituida por la porción indivisa de un bien inmueble, que representa una cantidad dineraria concreta, y *tanto la usufructuaria como los nudos propietarios convienen, por actuales razones autorizadas de utilidad y necesidad, en sustituir aquella porción indivisa adjudicada por otra base económica de igual valor, pero de carácter más permanente que la indivisión, ya que, según el espíritu del Código Civil, las situaciones de comunidad son provisionales*, puesto que estima inválido el pacto de conservar indefinidamente la cosa en común y deja libre la acción para pedir en cualquier tiempo la terminación de la comunidad, no es antijurídico estimar que pueden, si conjuntamente actúan como titulares del usufructo y la nuda propiedad, enajenar con pleno dominio para el adquirente, el bien sobre el cual recaen sus concurrentes derechos, siempre que por continuar atribuidos en la misma forma que anteriormente lo estaban los respectivos derechos sobre el nuevo bien que la contraprestación del adquirente en el negocio jurídico realizado ha proporcionado, ni desaparezca la institución testamentaria condicional preestablecida ni sufran perjuicio los instituidos, tanto presentes como futuros, en aquellos derechos que respectivamente les otorgó la aludida institución, y, sentada esta doctrina, no puede considerarse que la Sala de instancia, en su resolución, incurrió en las infracciones que se le imputan en el primer motivo del recurso, que por ello debe ser desestimado.

Considerando que la argumentación del segundo motivo del recurso tiene, después de *demostrada en el anterior* Considerando la *capacidad de enajenación de los actores*, como titulares en sus respectivos derechos, un aspecto muy secundario, porque se encamina a impugnar la sentencia recurrida en aquellos razonamientos que consignó con el propósito de reforzar su tesis principal, pero los combate sin tener en cuenta que existe en el caso presente un he-

cho fundamental, cual es el de no alterarse con la enajenación concertada la situación jurídica establecida por la institución del legado contenido en la tantas veces citada cláusula 13 del testamento de la señora Condesa de Santa M. de S., esto es, que sobre la cantidad, parte del total legado de un millón de pesetas, que representaba la porción indivisa de la casa de la calle de A., núm. 9, de esta capital, que se vende, sigue gozando el usufructuario por el tiempo de su vida, doña P. M., y *nuda propiedad condicionada que hoy se proyecta sobre los ya nacidos hijos de dicha señora, conforme al dicho testamento, seguirá las vicisitudes que el número y permanencia de ellos determine, es decir que la institución testamentaria sigue en todo su vigor*, y por tanto los diversos argumentos que integran este motivo, *como entre ellos no puede venderse de modo irrevocable ni el usufructo ni la nuda propiedad*, y que para enajenar ésta, por pertenecer a menores, debería utilizarse el medio imperado de la subasta pública, carecen de pertinencia en el presente caso, por no darse ninguno de los supuestos que el recurrente examina, y, por tanto, al desbordarse el motivo de la cuestión fundamental, resulta ser desestimado.

Considerando que al amparo del núm. 2.º del art. 1.692 de la Ley procesal, se formula el tercer motivo del recurso, en el que se denuncian dos motivos de incongruencia en la sentencia recurrida a juicio del recurrente, consistente el primero en que la autorización judicial necesaria para la enajenación válida de los derechos de los hijos menores, no se acompañó en el pleito ni en los escritos de demanda ni de súplica, sino transcurrido el período de prueba, y advierte que en el aspecto procesal, la presentación de tales documentos fué extemporánea, porque la situación creada en la fase alegatoria de un pleito es irrevocable, sin que puedan variarse las respectivas posiciones establecidas por las partes, y estima que al ocuparse de dicho documento la sentencia incurrió en una especie de incongruencia, ya que tal punto no entró en los escritos fundamentales del pleito que trabaron la litis, y son lo único que debe ser considerado en la Resolución, y el segundo vicio de incongruencia se ha producido porque la sentencia recurrida condena al demandado a prestar cumplimiento al contrato privado de compraventa convenido entre ambas partes, otorgando la escritura pública y abonando el precio estipulado, cuando lo que en todas las oportu-

nidades del pleito lo que se solicitó fué que el demandado fuese condenado a comprar la plena propiedad de la participación indivisa del inmueble consabido; pero la sola lectura de ambos argumentos revela su notoria improcedencia, porque la presentación extemporánea en el pleito por una de las partes de un documento y su aceptación por el juzgador no cabe en el concepto de incongruencia, pues en todo caso podía constituir un vicio «in procedendo», que al no ser denunciado por la otra parte, ni siquiera manifestado su oposición en momento oportuno, queda convalidado sin posible protesta posterior, menos justificada en la presente ocasión, en que la valoración y apreciación del documento aludido por la Sala de instancia ha producido, como efecto en beneficio del demandado, la exoneración del pedimento de abono de intereses e indemnización de perjuicios que se solicitaba en la cuarta posición de la demanda y la discrepancia que se señala por el recurrente entre la súplica de la demanda y los términos del fallo de la sentencia recurrida, es sólo aparente, porque, examinados los tres primeros pedimentos en la súplica de la demanda y los pronunciamientos primero y segundo de la resolución de la Sala sentenciadora, resultan coincidentes en lo sustancialmente solicitado, aunque difieran en los conceptos de sus respectivas redacciones, debiendo concluir de todo lo expuesto que, por no haberse producido los dos vicios de incongruencia que se denuncian en este tercer motivo, se impone su desestimación.

Considerando: Que en el cuarto motivo del recurso pretende el recurrente demostrar la nulidad del contrato de compraventa objeto de este litigio y cuya generación, existencia y perfección ha reconocido el mismo en todo momento, fundando esta nulidad denunciada en la falta en aquél de los requisitos tan fundamentales para la vida de un contrato, como son el consentimiento, objeto y causa del mismo, afirmando que no existía ni objeto ni causa, porque *los vendedores no tenían a su disposición la propiedad de la porción indivisa del inmueble de la calle de A, núm. 9, que pretendían vender, ni por tanto podían entregarlo al comprador, y además el consentimiento prestado por una y otra parte se hallaba viciado por error, ya que los vendedores creían que tenían capacidad para enajenar aquella propiedad que ofrecían, y el comprador, también erróneamente, lo creyó al comprometerse; mas*

aparte de que no es exacto de que el comprador, señor T., desconociera la situación jurídica de la cosa ofrecida en venta, y, por tanto, procediera con error que ahora expresa, no solamente porque en su escrito de contestación a la demanda manifiesta que le habían explicado muchas veces los compradores lo que tenían que efectuar para venderle aquella completa propiedad de la porción indivisa del inmueble, sobre lo que se estaba tratando, y por ello, en la misma carta en que rotundamente acepta la oferta de venta expresa concretamente que *en el precio total que se establece va incluida la cantidad de 197.000 pesetas, que por constituir el usufructo habrá de ser depositado invertida en Fondos públicos o valores de igual consideración*, sino porque al efectuar la compra de otra porción indivisa, también del mismo inmueble, tuvo conocimiento de las condiciones en que, en el testamento de la condesa de Santa M. de la S., había quedado el inmueble referido, todos los demás supuestos vicios del contrato debatido que se denuncian quedan sin existencia real desde el momento en que, como anteriormente quedó demostrado al rebatir el primer motivo de este recurso, los vendedores tienen capacidad conjuntamente para efectuar la venta concertada que habrá de pasar en plena propiedad al comprador en cuanto *éste entregue el precio convenido* y, por tanto, *no sólo existió la antes reconocida perfección del contrato, sino que éste es eficaz por su consumación*, y en su virtud es notorio que la desestimación del primer motivo del recurso deja sin base la discusión a este cuarto y último, que asimismo y por esta razón debe también ser desestimado.

La doctrina es abundante, dando lugar a usufructos obligacionales por subrogación.

d) *Bienes consumibles o fungibles*.—Sirven de base a sendas clasificaciones. La primera para el usufructo, y la otra se introduce en la sustitución fideicomisaria. La entrada de nuevos valores económicos en el comercio jurídico, hace evolucionar el primigenio concepto formado sobre la inmutable propiedad territorial. Su impacto sobre el fideicomiso lo recibe así BARASSI en sus *Instituciones de Derecho Civil*: «No existe, por tanto, fideicomiso si las cosas legadas o dejadas al heredero con obligación de restituirlas son fungibles. En efecto, en este caso, la propiedad de los bienes pasa, en

su plenitud al primer instituido que no está obligado a restituir sino el *tantumdem eiusdem generis*.»

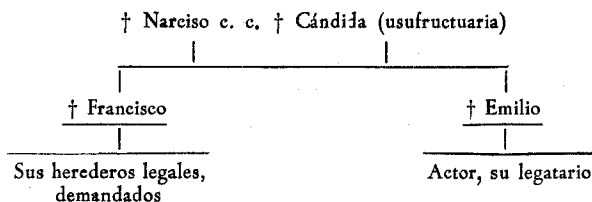
En el futuro tendrá que ir teniendo entrada el cuasi-fideicomiso, nuestra primera resolución que se deja influir por el usufructo, es la sentencia de 25 de octubre de 1954, que declara: «y si bien es cierto que *la fiduciaria no viene obligada a constituir fianza* que garantice la entrega en su día de los bienes de los fideicomisarios, como ya ha realizado ciertas enajenaciones, sin su consentimiento, y en este pleito no se solicita que se declare la nulidad actual, ni tampoco han sido parte en el juicio los demás contratantes, es cierto que *viene obligado a garantizar su valor*, reemplazando unos bienes por otros que mantengan la integridad de los herederos cuyo importe ha sido reconocido por la demanda al contestar la posición octava, asciende a la cantidad aproximada de 100.000 pesetas, sin que pueda hacerse pronunciamiento alguno que puede afectar a terceros, que no han sido demandados». La sentencia de 29 de enero de 1916 afirma lo contrario.

e) *La subrogación legal y voluntaria de bienes*.—Aunque el tema es extenso y es un apéndice a la disposición de los bienes por el usufructuario o fiduciario, simplemente conviene ahora reproducir las previsiones del *Code* y una sentencia del Tribunal Supremo, que refleja la legislación romana sobre la materia, y comprueba lo defectuoso de nuestra reglamentación legal, en cuanto se trata de fórmulas sustitutorias, mayormente por el mayor número de bienes que requieren una tutela que hay que confiarla a las medidas del testador, a falta de preceptos expresos.

Para un campo más extenso señala COLÍN Y CAPITÁN, las siguientes medidas legales: «*Venta de los bienes muebles*.—Por la facilidad de éstos generalmente en desaparecer por el transcurso del tiempo, la Ley obliga al gravado con la sustitución a enajenarlos en pública subasta (art. 1.062). No hace excepción más que de dos clases de muebles, los inmuebles por destino propio (art. 1.064) y los que esté el fiduciario autorizado para conservar por el testamento o el Tribunal, con la condición de restituirlos en especie (art. 1.063). *Empleo del numerario*.—El metálico comprendido en la sustitución o producto de la mencionada enajenación, debe ser empleado en el término de seis meses desde la terminación del inven-

tario, a menos que haya prórroga si hay motivo para ello (art. 1.065). El precedente de cobros efectuados durante la vida del fiduciario deberán emplearse en el plazo de tres meses (art. 1.066).—En uno y otro caso el empleo se hará en precio a satisfacción del tutor de la sustitución (art. 1.068), y «conforme a lo que haya sido ordenado» por el causante; en defecto de esta indicación, el empleo se hará en inmuebles o derechos sobre ellos, es decir, en la adquisición de derechos privilegiados o hipotecarios sobre inmuebles. Pueden, como siempre que hay que hacer una inversión o empleo impuesto por la Ley, adquirirse en lugar de inmuebles títulos de la deuda pública francesa y bonos u obligaciones de la defensa nacional.»

La sentencia de 20 de diciembre de 1957, se produce sobre el siguiente árbol genealógico y razonamientos siguientes:



Considerando: Que son hechos que han quedado firmes en casación, recogidos en el segundo Considerando de la sentencia recurrida: 1.º Que la finca llamada «Jubería Gran» fué adquirida por el heredero y causante de todos los litigantes, don Francisco A. F., a costa del caudal que éste recibió como heredero fiduciario de don Narciso F., porque aunque la manifestación que se consigna en la escritura de compra de 11 de marzo de 1892, de que la adquisición se hacía con la cantidad de 30.000 pesetas «procedentes de dicha herencia, no sea lo precisa y terminante que fuera necesaria para excluir el supuesto de que procediera de los frutos de los bienes del fideicomiso que corresponden al fideicomisario, conforme al derecho vigente, tal supuesto no resulta verosímil cuando, como ocurrió en este caso, el usufructo de doña Cándida S., viuda del causante, don Narciso F., que al cesar hizo posible la percepción de los frutos por el fiduciario, quedó extinguido por muerte de la usufructuaria el 12 de enero de 1892, es decir, dos meses antes de la

compra de referencia, tiempo excesivamente breve para que durante él hubieran producido los bienes hereditarios, dado el volumen de los mismos, según los inventarios obrantes en autos, un rendimiento tan considerable como representa el precio de dicha compra en relación con su fecha, ni tendría explicación en aquel supuesto que la adquisición se hubiera hecho en favor del fiduciario y no del padre, al que, por la menor edad del hijo corresponde el usufructo de los bienes que éste hubiese adquirido por cualquier título lucrativo; y 2.º Que de las cartas de pago aportadas a los autos, aparece corroborando la manifestación consignada en la escritura de compra de inmueble, que el padre del heredero fiduciario que la otorgó a nombre de éste había percibido en 4 de octubre de 1894, 24 de enero y 24 de julio de 1891, o sea en tres plazos, la suma de 42.339,47 pesetas, a que ascendía el crédito relacionado bajo el núm. 1.º de los del inventario de la herencia de don Narciso F, comenzando el 21 de noviembre de 1889, como heredero de la usufructuaria, pues ya había éste fallecido.

Considerando: Que, esto sentado, el problema jurídico traído a casación se reduce a determinar *si el fideicomisario tiene derecho a exigir del fiduciario la entrega de la finca adquirida con dinero de la herencia fideicomitida por razón de «subrogación real», o si, por el contrario, carece de este derecho*, debiendo imputarse a la trebeliánica el crédito percibido que sirvió de base a la compraventa.

Considerando: Que, al amparo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia el motivo tercero, la infracción por violación de los fragmentos 70-3, 71 y 72 del Libro XXXI del Digesto: *«Entre las cosas que debe restituir el fiduciario se comprenden las comprobadas con el precio de otros bienes enajenados»*, y al concurrir en el caso de autos los dos requisitos exigidos en el fragmento transcrito para que proceda la restitución al fideicomisario, es de estimar este motivo, ya que la cancelación de un crédito implica la propia enajenación de un bien.

Considerando: Que, aun cuando carezca por el momento de autoridad legal, si la tienen como interpretación de los antecedentes jurídicos romanos, y deben ser tenidos en cuenta al aplicar reglas de derecho en materia foral, según ya tiene señalado este Tribunal—sentencias de 8 de julio de 1940, 23 de noviembre de 1953, 25 de marzo y 6 de julio de 1957—, las contenidas en el anteproyecto

de la Compilación de Derecho Civil especial en Cataluña de 1953, y ahora, en el proyecto de compilación de igual derecho de 1955, y ello atendido, es de ver que el art. 324 de la primera de tales compilaciones dispone que el heredero gravado de restitución deba hacerla en todos los bienes que haya recibido a título hereditario, y de aquellos que haya adquirido por compra con dinero procedente de la herencia fideicomitada, a no disponer otra cosa el testador, y, salva la deducción de la llamada cuarta prebeliánica y de los demás derechos que le correspondan contra la herencia —art. 309 del Apéndice de 1930—; el art. 333 de la propia compilación preceptúa que «el fiduciario no puede enajenar los bienes sujetos a restitución si no se lo ha permitido el testador o sin consentimiento del fideicomisario», y, por último, el art. 398 de la segunda de las citadas compilaciones, informa que «en virtud de la aplicación del principio de subrogación real, deben entregarse al fideicomisario aquellos bienes que el fiduciario haya adquirido por compra con dinero procedente de la herencia fideicomitada».

Considerando: Que esta es la doctrina establecida por el Derecho romano, cuando al tratar de la «*petitio hereditatis*», sienta la que, en la herencia se compren cosas compradas con dinero y por causa de la misma (ULPIANO: la 20 pr. y párrafo 1. D, *de hereditatis petitione*, V. 3), cuya norma es de aplicación, por cuanto sabido es que está establecido que con la acción fideicomisaria se consigue lo mismo que con la acción de petición de herencia (PAULO: 1, 2, D, *de fideicomisaris hereditatis petitione*, V. 3).

Considerando: Que igualmente se ha de dar lugar al motivo segundo, que, amparado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley procesal civil, denuncia la interpretación errónea y aplicación indebida del principio *in dubio contra fideicomisum*, y la doctrina legal que se cita, pues, según tiene declarado esta Sala en la sentencia de 8 de julio de 1929, las dudas entre la sustitución vulgar y la fideicomisaria, han de resolverse a favor de la primera como más favorable a la libertad de los bienes, pero en el caso de autos se trata del fideicomiso familiar *si sine liberis decesserit*, por nadie discutido, siendo por ello errónea y contra la esencia del mismo la interpretación que le ha dado la Sala sentenciadora.

7.—LOS ACCIDENTES EN LA LÍNEA USUFRUCTUARIA.

El art. 469 dispone: «Podrá constituirse el usufructo... en todo caso desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición», que viene a recoger el texto del art. 437 del anteproyecto, que mejoraba la redacción y contenido del art. 580 del *Code*: «Podrá constituirse puramente, a cierto día y con condición», y para su redacción se tuvieron a la vista, según el testimonio de GARCÍA GOYENA, los siguientes textos:

D. 7, 6, 4: EL MISMO (Juliano) *Digesto*, libro XXXV: Se legó a Ticio un fundo con deducción de usufructo, y a Sempronio el usufructo del mismo fundo, bajo condición; dije que entre tanto, el usufructo estaba en propiedad, no obstante que está establecido que cuando se legue un fundo con deducción del usufructo, y a otro el usufructo bajo condición, no hace esto para que el usufructo permanezca en poder del heredero.

D. 10, 2, 16, 2: ULPIANO, *Comentarios al edicto*, libro XIX, § 2.—El usufructo puede ser adjudicado desde cierto tiempo, hasta cierto tiempo y para años alternos.

El usufructo, en su concepción originaria de Derecho real, es un derecho incompleto, que necesita el complemento de la propiedad—gravamen sobre cosa ajena—. Si la progresión jurídica adiciona al usufructo la condición o el término, dentro de la idea unitaria de la propiedad, habrán de tener estos accidentes su reflejo en el nudo propietario, a todos los efectos jurídicos de coexistencia o sucesión, con endurecimiento, en este caso, de la figura del usufructuario, puesto que *se rechaza, en principio el enclave entre ambos de los herederos ab intestato*. Si para el usufructuario simple la condición o el término han de ser siempre resolutorios, el nudo propietario—heredero—puede engarzar su derecho en dos momentos: en el *dies cedens* o en el *dies veniens*, lo que marca ya en principio una problemática más complicada para éstos que para aquél. Por ello, al usufructuario afectan en la práctica escaso número de condiciones, siendo, la mayoría de ellas, típicas del nudo propietario. Sin embargo, dos fórmulas de llamamientos aparecen estatificadas en todos los Códigos, bien para admitirlas o para rechazarlas: el usufructo conjunto o el sucesivo, por lo que a ellas me

he de dedicar preferentemente, tras un breve esbozo de la condición. Por un impulso sentimental, he copiado el material jurisprudencial referente a una disposición frecuente en la vida española, las adquisiciones al más viviente de los cónyuges, que demuestra nuestra variedad consuetudinaria, dentro de la unidad de la familia española.

8.—LAS FALSAS CONDICIONES EN EL USUFRUCTO.

El usufructo como llamamiento *post mortem*, queda sujeto a la *conditio juris* de la sobrevivencia del usufructuario al testador, basando entre la múltiple jurisprudencia referirnos al siguiente Considerando de la sentencia de 2 de marzo de 1926:

El presente pleito puede y debe resolverse teniendo en cuenta la legislación foral de Navarra, sin necesidad de acudir a los derechos supletorios, si bien estos mismos derechos llevarían a idéntica resolución, pues *el testamento* otorgado en Pamplona por don Jacinto Zalduendo y Montoya en 20 de julio de 1879, *válido si hubiera vivido el heredero usufructuario vitalicio después de la muerte del testador*, lo es también muerto antes que el testador, por existir en el testamento otros llamamientos de herederos al expresar la legítima foral y al conceder el derecho de acrecer en todos los bienes sobrantes a los pobres.

La condición resolutoria del usufructo puede concretarse en las siguientes cláusulas:

a) *La sanción legal o testamentaria por contraer el viudo usufructuario segundas nupcias.*—Si a la viudedad se le ha concedido un trato de favor y es motivo de algún que otro privilegio, las segundas nupcias fueron siempre malquistas por la sociedad, y por ello la frecuente referencia de la legislación a las mismas, para privarles de algún beneficio o derecho. Concretamente si el Código declara al cónyuge viudo exento de la obligación de constituir fianza en el usufructo, le priva de esta exoneración en el mismo artículo 492, al decir: «... en el caso de que los padres o el cónyuge contrajeran segundo (ulterior, en la *reforma de la Ley de 24 de abril de 1958*) matrimonio». En este cambio de estado y consi-

guiente procedencia de la prestación de fianza, se viene a fundar la sentencia de 12 de marzo de 1903, con los siguientes argumentos:

Considerando que, según los términos del testamento de doña Francisca Valdivieso, resulta claro que la hacienda de Torrepadier-na, *legada en usufructo al esposo de la testadora*, don Cristino Ruiz de Arana, ha de pasar en plena propiedad al fallecimiento de don Cristino a la hermana de aquélla, doña María del Carmen, siendo llamados en segundo lugar los hijos de la referida doña Maria del Carmen si llegase ésta a fallecer antes que el usufructuario, *el cual sólo podría ser también heredero absoluto de la referida hacienda si la duquesa de Noblejas y sus hijos falleciesen antes que él*, lo cual evidencia que dicha señora es la única que hoy ostenta el carácter de dueña de la nuda propiedad, y a la que corresponden consiguientemente todas las acciones y derechos inherentes a tal carácter.

Considerando que al absolver la Audiencia de Burgos a don Cristino Ruiz de Arana de la demanda formulada contra él por la duquesa de Noblejas, por el fundamento de que pudiendo recaer en aquél la plena propiedad del coto redondo de Torrepadier-na, *si sobreviviese a la segunda y a sus hijos, es ésta una condición resolutoria* que suspende el derecho a la nuda propiedad mientras viva el demandado, por lo que *carece de acción la parte actora para exigir al actual usufructuario el afianzamiento de los bienes en que consista el usufructo*, ha cometido, en primer término, las infracciones alegadas en el cuarto motivo del recurso, porque ni el testamento de doña Francisca Valdivieso ni en la escritura de 31 de marzo de 1894 existe restricción alguna para los derechos inherentes a la nuda propiedad reconocida en favor de la Duquesa de Noblejas; en segundo término, la del artículo 113 del Código invocado en el tercer motivo, porque el hecho posible de que la Duquesa de Noblejas y sus hijos puedan fallecer antes que don Cristino Ruiz de Arana no desvirtúa en nada el carácter de dueña de la nuda propiedad sobre la finca de Torrepadier-na, que hoy ostenta la Duquesa de Noblejas, *constituyendo únicamente semejante eventualidad una condición resolutoria*, cuyos efectos, en su día y caso, no obstan al ejercicio de los derechos que con relación a dicha nuda propiedad pueda ejercitar aquélla; y en tercer término, la de los artículos 491 y 492, invocados en los motivos primero y segundo, porque uno de

estos derechos es el de exigir fianza al usufructuario para cumplir las obligaciones que en la misma sección se señalan, sin que obste el que no se haya exigido a don Cristino Ruiz de Arana cuando entró en posesión del legado, pues esta circunstancia no implica la renuncia del derecho, y menos en el actual caso, en que *sobre vino el hecho de contraer segundas nupcias el usufructuario*, que es lo que pudo determinar a la Duquesa de Noblejas al ejercicio de su acción.

La duración del usufructo voluntario, suele ir *condicionada* mientras permanezca viudo el cónyuge supérstite, o privándosele de ella si contrayere nuevo matrimonio. Dogmáticamente se trata de una condición, pero sus efectos son los de una falsa condición, o condición impropia, viniendo a decir PUGLIESSE, en el *Usufructo uso e abitazione*: «Lo importante es que en esta segunda hipótesis —nuevas nupcias— la pérdida del legado deviene *ex nunc*, sin efecto retroactivo, no obstante el carácter condicional del negocio», por tanto, dado el carácter alimenticio que tiene este usufructo, no debe de restituir los frutos percibidos.

Su falta de condicionalidad se refleja en el heredero que adquiere inmediatamente la herencia, aunque renuncia a usufructuaria, como se ve en la sentencia de 1 de febrero de 1908, que declara:

Considerando que, aun cuando no puede desconocerse la falta de expresión de la cláusula del testamento que en 22 de julio de 1825 otorgó don Francisco Illas Bonet, dado su sentido y espíritu, y el precepto de las leyes romanas, a tenor de las cuales ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, es racional entender que don Félix Illas fué el heredero designado por aquél a la conclusión del usufructo de su viuda doña Joaquina Fiqueras; primero, porque ésta, según la voluntad del testador, sólo había de ser *mera usufructuaria, con la condición, para mantenerla en el usufructo vitalicio, de que no pasara a segundas nupcias*; segunda, porque sobre la base de esta condición *seria contradictoria de su sentido y realidad, entender que si no contraía nuevo matrimonio adquiria el dominio de los bienes usufructuados, toda vez que, como queda expuesto, sólo para mantenerla en el usufructo vitalicio se estableció la expresada condición*; tercero, porque esto supuesto, se impone la consecuencia lógica y natural de entender también que la

voluntad de don Francisco Illas Bonet fué la de instituir a su sobrino Illas y Baster, heredero universal de sus bienes, como así le llamó, no sólo en vida de doña Joaquina, si pasara a segundas nupcias, sino después de la muerte de ésta, que no podía serlo por testamento: ya que, según éste, sólo a su citado sobrino atribuye el testador el carácter de heredero universal, carácter que no existe razón para borrar después del fallecimiento de la usufructuaria, por la mera falta de suficiente expresión de la cláusula en contra de la verdadera intención de don Francisco Illas Bonet, y cuarto, porque, *apreciado así por la Audiencia de Barcelona*, no es el presente uno de esos casos en que pueda estimarse una equivocación clara y evidente cometida por el Tribunal sentenciador, en la interpretación de la cláusula testamentaria, como sería preciso casar por tal razón en la sentencia recurrida; sin que, esto sentado, sean de estimar los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso de don Enrique y don Mamerto Ferrer, ni los cuatro primeros del de doña Mariana y don Juan Anger, porque todas las infracciones en ellos alegadas parten del supuesto de la distinta inteligencia dada por los recurrentes al testamento de que se trata:

Considerando que el acto supuesto de haber instado antes don Félix Illas Verdager el juicio de *ab intestato* para obtener los bienes de don Francisco Illas Bonet, aparte de no haber sido materia de alegación debidamente propuesta durante el pleito para poder ahora ser sometida a la jurisdicción de esta Sala, no significa contradicción con su actitud en el actual pleito, ni tampoco renuncia a la sucesión testamentaria, porque, no habiendo dato alguno ni suficiente conocidos que permitan conocer semejante propósito, ni estando relacionado aquel acto con ningún otro de reconocimiento de derecho de los recurrentes, es manifiesto que, en todo caso, sólo revelaría duda o incertidumbre respecto del procedimiento que debiera entablar, partiendo siempre del supuesto de no corresponder a la herencia de doña Joaquina Fiqueras los bienes de que se trata, interpretación corroborada por el hecho que estima la Audiencia de que a él corresponderían, como más próximo pariente, por sucesión legítima los bienes relictos, y esto con tanta más razón de *ab intestato* se suspendieron, según se ha afirmado durante la discusión, hasta que se resolviese en el juicio correspondiente acerca de la validez del testamento del causante, por lo que tampoco son

de estimar los motivos tercero del recurso de los Ferrer, y quinto de doña Mariana y don Juan Auger, sin que las leyes romanas que se invocan en este último tengan aplicación al caso actual, por no aparecer claramente definida la actitud de la parte recurrida en el juicio *ab intestato* a que se hace referencia, y porque, por acuerdo judicial, según queda dicho, se sobreseyó en él para que los interesados discutiesen en el juicio correspondiente la cuestión de validez del testamento de don Francisco Illas Bonet.

La alegación de las leyes romanas, que dan el carácter puro a la condición de limitación del usufructo vidual, mientras no contrajere segundas nupcias la esposa, por tratarse de asunto procedente de la *Audiencia de Barcelona* se aclara con el supuesto de hecho, en el que se basó la demanda entre los herederos de la usufructuaria doña Joaquina, fallecida en 1879, y los del heredero don Félix, que le premurió en 1872. También de la misma Audiencia había conocido del problema en la sentencia de casación de 4 de diciembre de 1903:

Considerando que, con arreglo a las leyes romanas, invocadas en apoyo del recurso referente a la interpretación de las disposiciones testamentarias, sintéticamente contenidas en el artículo 675 del Código Civil, ha de subordinarse el sentido literal de las palabras a la voluntad del testador, cuando ésta claramente aparezca contraria a dicho sentido, debiendo, en caso de ocurrir cualquier duda, observarse lo más conforme a esta voluntad, según el contenido del mismo testamento.

Considerando que *al instituir don Joaquín Bañeres, correlativamente y en una misma cláusula de su testamento por heredera vitalicia a su viuda, en tanto conservase la viudez, y por heredero en propiedad a don Félix Angé, para después de la muerte de aquélla, claramente manifiesta su voluntad de que la herencia pasara directamente de la viuda al heredero, aunque vacara por las segundas nupcias, y no por la muerte de aquélla; pues si no cabe desconocer que la heredera vitalicia ha perdido al casarse el disfrute de la herencia, así como también que el testador quiso ordenar y ordenó la transmisión de la misma herencia, sin dar lugar a la sucesión intestada, que en su ánimo quedó excluida en el mero hecho de no referirse a ella en modo alguno y de instituir heredero en pleno dominio, es a todas luces manifiesto que el llamamiento de Angé se re-*

fiere a cualquiera de los casos es que la institución hecha a favor de la viuda quedara sin efecto, a menos de suponer, lo cual es lógica y racionalmente inadmisble, que el testador hubiera querido que la herencia quedara vacante desde las segundas nupcias hasta la muerte de su viuda.

b) *La «condición» de convivencia con el usufructuario.*—La valoración de esta *condición* impuesta al heredero, es objeto de moderación en la sentencia de 18 de diciembre de 1953, que declara:

Considerando que en el motivo primero de este recurso, citando los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se plantea como cuestión fundamental la de la calificación y alcance que debe dársele a la cláusula 3.ª del testamento otorgado ante el Notario el 20 de marzo de 1944 por don A. H. y H., en cuya disposición textualmente se dice: «... que *sin perjuicio de la cuota viudal que la Ley conceda al cónyuge supérstite, instituye por sus herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, del usufructo vitalicio con revelación de fianza a su esposa, E. M. y G., y de la nuda propiedad, consolidable con el usufructo al fallecimiento de su dicha esposa a su sobrina por afinidad, M. D. y J.—demandante en este juicio—, con la obligación de que esté en su compañía, cuidándole, y asistiéndole, hasta la muerte del testador y de su esposa*»; y sostiene la parte recurrente que esa obligación, impuesta a la heredera, doña M. D. y J., *constituye una condición a cuyo cumplimiento está sujeto su derecho a la herencia, sin que la circunstancia de que doña E. M. y G. hubiera contraído segundas nupcias afectara en nada al cumplimiento por la obligación de la expresada carga*; y que al interpretar esa cláusula de modo distinto el Tribunal de instancia había infringido por no aplicación el artículo 675 del Código Civil, que, aun citado en su integridad, de los razonamientos aducidos se desprende, que se refiere la parte recurrente al primer inciso del párrafo 1.º del mismo.

Considerando que, *conforme a lo prevenido en el artículo 797 del Código Civil*, la expresión del objeto de la institución hereditaria alegado, la aplicación que la haya de darse a lo dejado por el testador o la carga que el mismo *impusiere, no se entenderán como condición a no parecer que tal era su voluntad*, y en el caso presente la carga u obligación, pues de este último modo en el testamento se la denomina, que a la demandante se impone: de acom-

pañar, cuidar y asistir a sus tíos hasta su fallecimiento, ni el propio testamento ni los hechos coetáneos o posteriores tenidos por ciertos en la sentencia recurrida, *revelan que el cumplimiento de esa obligación sea la causa de su designación como heredera y que esté, por tanto, supeditado a su cumplimiento su derecho a la herencia*; siendo, por el contrario, más natural creer, dado el hecho, que no ha sido siquiera discutido, de que desde muy niña vivió constantemente con sus tíos y el que ambos en sus respectivos testamentos otorgados en el mismo día, la nombraron igualmente heredera, que a esto les movió el cariño que por su cercano parentesco y tan continuada convivencia con ellos la profesaban y que *la obligación impuesta no tiene más valor que el de una institución «sub modo», de las que supeditan el derecho a la herencia de su cumplimiento, si bien sujetan a quien se impone a determinadas obligaciones.*

Considerando que surge la necesidad de interpretar las disposiciones testamentarias cuando están hechas de un modo oscuro, ambiguo o de cualquier manera impreciso, y la cláusula de que se trata, no sólo tiene una defectuosa redacción por su falta de concordancia por la forma singular en que designa la obligación que impone y la pluralidad de las personas a quienes señala como sus beneficiarios, sino que deja de consignar si la carga deberá subsistir en el caso de que la viuda contrajera segundas nupcias, teniendo de ese modo quien con preferencia a cualquier otro le acompañe, cuide y asista; y esas deficiencias que tiene dicha cláusula han obligado al Tribunal *a quo* a interpretarla conforme a la intención del testador, y al hacerlo, y no creyendo razonable que contando doña E. M. G. más de sesenta y cuatro años cuando se hizo el testamento, su marido, don A. H. y H., en la idea de que no era probable de que contrajera otras nupcias, quisiera, sin embargo, imponer a la heredera demandante la carga de seguir acompañándola, cuidándola y asistiéndola hasta su fallecimiento, y, por tanto, que debe estimarse totalmente cumplida la obligación impuesta con su convivencia en aquella forma hasta el 20 de abril de 1946, cuatro días antes de que se celebrase el nuevo matrimonio, que fué la fecha en que dejaron de vivir juntas tía y sobrina; encontrando además dicho Tribunal, y así lo hace constar, corroborada esa voluntad que da a la voluntad del causante, por los hechos que estima

probados de que al contraer esas segundas nupcias la expresada señora dejó su casa y fué a vivir en la de su marido, con una sobrina de éste, que ya estaba en su compañía desde hacia algún tiempo, y que esta separación entre doña E. y su sobrina, la demandante no aminoró en nada el afecto que se profesaban, como lo justifica el que la primera, en los dos meses y días que vivió en la forma expresada, pues su fallecimiento sobrevino el 17 de julio siguiente, no modificó el testamento que tenía hecho, al que antes se ha aludido, por el que quedaba doña M. como única heredera; y como esta interpretación no es absurda, sino perfectamente lógica y fundada, dado los hechos en que se basa, se ha cumplido al hacerla con lo dispuesto en el último inciso del artículo 675 del Código Civil, sin cometer la infracción que se supone en el primer motivo del recurso.

Considerando que en el segundo motivo, invocando el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y *sobre la base de que se trata de una cláusula condicional*, se alega la infracción, por dejar de aplicarlos, de los artículos 763, 790, 791, 795 y 1.114 del Código Civil, el primero referente a la libertad de testar de quien no tiene herederos forzosos, que ninguna relación guarda con lo discutido en este litigio y los restantes de aplicación sólo a las obligaciones condicionales, cuya naturaleza no tiene, como antes se ha dicho, la cláusula objeto de controversia entre las partes contendientes, pero que, *aun en el supuesto de que se tratara de una institución de heredera condicional, tampoco habrían existido semejantes infracciones, al tenerse como cierta que esa carga no subsistía después de contraído matrimonio la beneficiada con ella*; y en el motivo tercero, al amparo del número 7.º del citado artículo 1.692, sólo con carácter subsidiario y para el caso de que se creyera de que al interpretar el sentido de la mencionada cláusula 3.ª era una cuestión de hecho, se alegan errores de esa clase en la apreciación de la prueba, citando para justificarlos el indicado testamento que contiene la disposición objeto de este debate, las operaciones particionales de la herencia de don A. H. y H., hechos en 10 de agosto de 1945 por doña E. M. y G., y el demandante y el documento privado extendido el 20 de abril de 1946, reconocido en autos como legítimo, en el que consta la ropa que la doña E. entregó a la actora en aquella fecha, al dejar de vivir juntos; y de estos tres documen-

tos el testamento, como la misma parte recurrente ya reconoce, no puede justificar un error de hecho, cuando lo que se discute es la interpretación que a una de sus disposiciones ha de darse; y en los otros dos no se hace la menor referencia a la obligación que se atribuye a doña M. D. J., de acompañar y asistir a su tía hasta su muerte, aunque se casara en segundas nupcias, y como para que un documento pueda reputarse auténtico a los efectos del recurso de casación y con él desvirtuar los hechos que se tengan por ciertos en la sentencia impugnada, es necesario que su contenido esté en abierta contradicción con ellos, al no aludirse siquiera a la expresada causa en tales documentos, carecen de toda eficacia para la finalidad que con su cita se persigue, y son inaceptables, al igual que el primero, estos dos motivos del recurso.

La obligación de cuidar o convivir se ha moderado: en la sentencia de 16 de junio de 1902, sobre la sirvienta que se pone mala y se fué a reponer a su domicilio, y en la sentencia de 27 de octubre de 1917, en el legado con la condición de seguir prestando servicios en un comercio del testador, que éste liquidó. También la sentencia de 17 de marzo de 1941. Igual en el A. 33, 1, 13, 1, que dice:

Uno, habiendo instituido heredero a su mujer, dispuso así: «... quiero que a todos mis libertos se les den, a título de alimentos, por mi heredera, doce denarios al año a cada uno, si no se separasen de mi mujer»; pregunto, si, habiéndose ausentado raras veces de la ciudad voluntariamente el padre de familia, pero saliendo ella con frecuencia, deberán salir con ella los libertos. Respondí que no se podía responder en absoluto, porque se podían originar muchas circunstancias, que se hayan de estimar en bien; y que lo mismo esta diversidad ha de ser dirimida al arbitrio de hombre bueno. Asimismo se pregunta, si, no habiéndoles ofrecido ella nada al partir, y no habiéndola seguido por esto, se deberá el legado. Respondo, que también esto se ha de estimar según lo largo o lo breve de las excursiones, y según la cuantía del legado.

El *Digesto* también en el pasaje 33, 1, 20, dice:

Uno legó una posesión anual en estos términos: «Si morasen con mi madre, a la que instituí heredera de una parte»; se preguntó si, muerta la madre, se considera que faltó la condición puesta, y si por ello no se deberán ni los alimentos ni el vestido. Respondí —SCAEVOLA— que según lo que se exponía se deben.

c) *La «condición» de sobrevivencia del nudo propietario en el usufructo con facultad de disposición.*—Si la escisión doctrinal entre el usufructo vincular y la sustitución es tardía, se manifiesta precozmente en sus manifestaciones periféricas, marcándose una diferencia entre los momentos adquisitivos en el legado de usufructo con facultad de disposición y el legado de residuo, con relación a la sobrevivencia, al primer llamado, del segundo, o sea, los efectos condicionales de éste para no darse la sustitución vulgar.

Sobre la siguiente cláusula testamentaria:

A doña Feliciano Suárez Alonso, en concepto de usufructuaria, con expresa facultad de que si lo necesitare pueda disponer de todo o parte de los bienes que heredare, variar su condición de inmuebles a muebles, semovientes y efectos públicos, o viceversa, sin que en todo ello se pudiera oponer por sus otros herederos dificultad u obstáculo alguno, pues expresamente lo prohibía, a cuyo fin, y para en su caso, nombraba por heredera universal, sin restricción alguna y en plena propiedad, a la precitada doña Feliciano Suárez, o para después que fallezca la misma, instituía y nombraba por sus únicos y universales herederos, a partes iguales y con derecho de acrecer..., y lo que sea, cada cual en su respectivo caso lo lleve, goce y herede con la bendición de Dios y la del otro otorgante.

Premuerto uno de los nudo propietarios, se plantea el problema de la transmisión de los derechos que resuelve favorablemente la sentencia de 22 de marzo de 1890, de la siguiente forma:

Considerando que los términos claros y explícitos del testamento otorgado por don Cecilio Manuel Pinillos, demuestran, sin la menor duda, que doña Feliciano Suárez Alonso, aunque pudiese disponer, en caso de necesidad, de todo o parte de los bienes, sólo tenía el carácter de usufructuaria, cualquiera que fuese y hubiese o no hecho uso aquélla de la indicada facultad, *eran los cuatro hermanos del testador*, por cuya razón *no existe condición suspensiva*, negativa ni de otra clase en la institución, ni se han infringido las Leyes 1.^a y 7.^a, título 4.^o, Partida VI, que se invocan en el segundo motivo del recurso, ni tampoco la Ley 5.^a, título 33, Partida VII, citada en el primero, a la cual, por el con-

trario, se ajusta la sentencia, al entender de la expresada manera la cláusula testamentaria.

Considerando que es improcedente asimismo el motivo tercero, porque a la cuestión del pleito son perfectamente aplicables, según establece la Sala sentenciadora, la doctrina legal de que desde la muerte del testador adquiere toda su eficacia el testamento, la de que el usufructo de todos los bienes dejados a persona determinada, con facultad de disponer de ellos, si los necesitase, no obsta, si no llega esta eventualidad para que el dominio pase directamente, sin ninguna clase de sustitución, a los herederos propietarios, pues *la naturaleza de la institución no se altera por aquella facultad concedida al usufructuario, y de que en semejante caso dichos herederos, en virtud del fallecimiento del testador, adquieren derecho perfecto a los bienes que le pertenecían, derecho que, aunque mueran antes que el usufructuario, transmiten a su herederos.*

El carácter condicional de la institución conocida con el nombre de legado de residuo, venía siendo doctrina constante del Tribunal Supremo, y, en consecuencia, la necesidad de sobrevivir el fideicomisario al fiduciario. En la línea del usufructo viene a colocarle la notable sentencia de 30 de marzo de 1955, que descalifica la condición, en virtud de las siguientes razones que distingue el aspecto real del personal, de la siguiente forma:

Considerando: Que en el único motivo de este recurso, y con base en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa por el recurrente que la sentencia recurrida infringe el art. 759 del Código Civil, en cuanto *instituidos fideicomisarios en un testamento que contiene una cláusula de residuo*, determinadas personas, *todas ellas murieron antes que la heredera fiduciaria, no dándose el derecho de representación, por lo que debió abrirse la sucesión intestada* en favor del recurrente, pero es claro que no planteándose problema alguno de interpretación del testamento y sí sólo de aplicación de dicho artículo 759 del Código Civil, el rigor que en nuestra Ley Procesal caracteriza el recurso de casación, veda a esta Sala examinar cuál sea el alcance de la institución de herederos fideicomisarios hecha en el testamento, y las consecuencias que pudieran derivarse del fallecimiento de los instituidos antes que la fiduciaria

autorizada para disponer de los bienes de la herencia del causante.

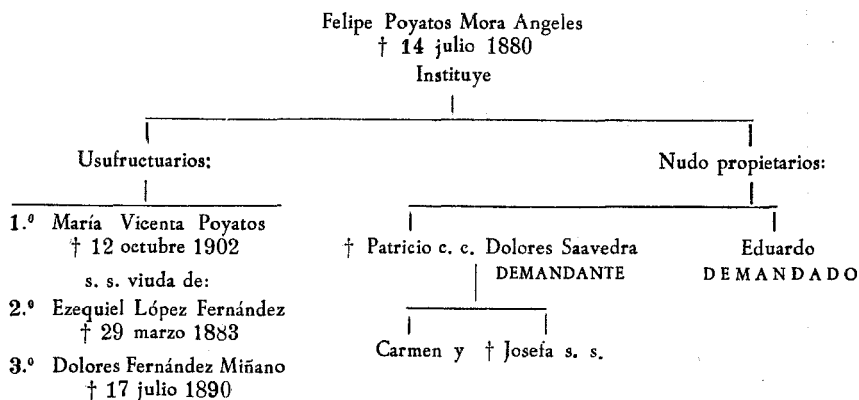
Considerando: Que cualquiera que sea la estimación que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria de residuo tan discutida por los tratadistas, que no se ha llegado a una conclusión definitiva respecto a si son aplicables las normas de la institución pura, las de la condicional, las de plazo o las de modales, hasta el punto de que más bien debe atenderse a la voluntad del testador expresada en el testamento para deducir si en el fideicomiso se ha querido fijar un plazo o más bien se quiso establecer una condicionalidad, *carácter condicional a que se inclina la doctrina de esta Sala*, pero es lo cierto que, en todo caso, *la condición está referida únicamente a que a la muerte del fiduciario queden bienes por no haber dispuesto de nada o sólo de parte de ellos*, pues, en otro supuesto, el acto jurídico de la sucesión *no se habría producido por la inexistencia* de «residuo», quedando reducida la institución a una simple expectativa, y esto demuestra que *la condición es consubstancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo*, y no puede serle aplicable el art. 759 del Código Civil, que se refiere a la institución de heredero o legatario afectado por una condición extrínseca a tal institución y como la define el art. 1.113 del mismo cuerpo legal, precepto aquél que es una aplicación concreta del principio que acepta, con carácter general, el art. 1.114, y siendo éste el único motivo y fundamento del recurso, debe desestimarse.

d) *La «condición» de fallecer «sin hijos» el usufructuario, como elemento de la institución vincular.*—La vinculación adopta una forma positiva por medio de los llamamientos lineales directos, y otra forma indirecta, que se preocupa tan sólo de las líneas malogradas, *si sine liberis decesserit*, para evitar que los bienes salgan de la familia, presuponiendo que la sucesión legítima directa es suficiente estímulo para que el ascendiente no se preocupe de las obligaciones familiares del hijo, cuando éste tiene sucesión, y sólo para el caso de que ésta falte, le nombra sustituto. La naturaleza o no condicional, de esta institución, un tanto artificioso su escamoteo, para consolidar la voluntad del testador,

es problema de las legislaciones extranjeras, sobre el pie forzado de una norma prohibitiva. El tema, como es natural, se repite en todos los matices vinculares, pero viene a llamar la atención el carácter temporal del usufructo, con la falta de articulación de líneas, cuando es llamada la de sangre, sobre el momento de adquisición de la sucesión, problema que se presenta en la sentencia de 11 de abril de 1905, sobre el siguiente:

Resultando que don Félix Poyatos Mora Angeles otorgó testamento en la ciudad de Lorca en 19 de agosto de 1879, disponiendo que, en atención a no tener herederos forzosos, instituía por su heredera, en calidad de usufructo de todos sus restantes bienes, derechos y acciones a su sobrina doña María Vicenta Poyatos y García, consorte de don Ezequiel López Fernández, añadiendo: «y, por su muerte, pasarán dichos bienes, en propiedad y libre dominio, a sus hijos, si los tuviere; y careciendo de ellos irán los bienes muebles de dicho remanente, en propiedad, y los inmuebles en usufructo, al repetido don Ezequiel López Fernández, y por fallecimiento de éste entrarán en el goce y disfrute de los citados bienes inmuebles, también en usufructo, su madre doña Dolores Fernández Miñano, para a la fin y muerte de la doña Dolores los hereden libremente sus sobrinos, don Patricio y don Eduardo Guillén Luna, vecinos de Mula.

El árbol genealógico y la situación a la muerte de la primera y única usufructuaria superviviente a los sucesivamente llamados, al referido usufructo, es la siguiente:



La demandante acciona como heredera de una de las hijas y representante legal de la otra, produciéndose las siguientes consideraciones que determinaron la asistencia a su derecho:

Considerando que la única cuestión del pleito y del recurso consiste en resolver si con arreglo al testamento de don Felipe Poyatos Mora aparecen nombrados desde luego herederos en propiedad don Patricio y don Eduardo Guillén Luna, *naciendo consiguientemente su derecho desde el fallecimiento del testador*, sin perjuicio del mejor derecho de los hijos que pudiera llegar a tener la heredera usufructuaria doña Vicenta Poyatos, *o si el llamamiento de aquéllos fué como sustitutos o subordinados a la realización de una condición futura e incierta, o sea la de que doña María muriese sin hijos.*

Considerando que para los efectos del cumplimiento de la voluntad del testador y aplicación de las disposiciones que regulan esta voluntad en determinados casos, *no es lo mismo ser uno nombrado heredero en sustitución de otro que aparece designado como tal, con la salvedad de una contingencia incierta y acaso poco probable, pues en este último supuesto nada hay que obste para que el derecho del designado en esta forma nazca desde la muerte del testador* perfectamente transmisible a sus herederos, por *constituir semejante contingencia si llegara una condición resolutoria y no una condición de otra naturaleza que deja en suspenso el derecho, dimanando esta distinción de la verdadera voluntad del testador.*

Considerando que en el caso del presente recurso, por los términos del testamento de don Francisco Poyatos, no resulta que estén realmente colocados en condición jurídica los herederos de don Patricio y don Eduardo Guillén Luna, puesto que los llama el testador en la última parte de la cláusula, sin expresar restricción alguna, y porque no existiendo los hijos de doña María Vicenta, a quienes llama con preferencia la primera parte de la misma, no puede menos de deducirse legal y racionalmente que la manifiesta voluntad de aquél fué la de que sus sobrinos pudieran ostentar desde luego el carácter de herederos en propiedad al lado de la mera usufructuaria, si bien subordinada a la referida contingencia, que no llegó a realizarse en atención a que la doña María Vicenta murió sin hijos, sin que por esto mismo haya posibilidad

de estimar sustitutos de ellos a los sobrinos don Patricio y don Eduardo, por no caber dentro de la fórmula de sustitución vulgar, lo mismo que a tenor del derecho antiguo que del actual, un llamamiento subordinado a la contingencia de que aquéllos vinieran al mundo, sin que a esto se oponga el art. 750, porque tal precepto sólo sería aplicable si doña María Vicenta hubiera llegado a tener hijos.

Considerando que, a tenor de lo expuesto y atendida la evidente voluntad del testador, el llamamiento de los sobrinos don Patricio y don Eduardo Guillén y Luna, no fué hecho con el carácter de sustituto, ni de subordinado, a condición alguna que suspendiese sus derechos, nacidos a la muerte del testador, cae por su base toda la doctrina que referente a las sustituciones o a las condiciones inciertas y suspensivas, invoca la Audiencia de Albacete para negar el derecho de los hijos de don Patricio Guillén, a quienes fué transmitido por defunción de éste, año y medio antes que falleciese sin hijos la usufructuaria doña María Vicenta Poyatos, que en tal sentido y concepto son de estimar fundamentales las infracciones alegadas en los motivos del recurso, en consonancia con los que en casos análogos resolvió este Supremo Tribunal en sentencia de 4 de abril de 1876 y 14 de mayo de 1900.

Las sentencias de 6 de mayo de 1891, 12 de octubre de 1895, 14 de mayo de 1900 y 23 de noviembre de 1956, que se estudian, con la nuda propiedad aplican la misma doctrina legal.

8.—EL USUFRUCTO MÚLTIPLE.

Pueden ser varios los titulares llamados al disfrute de un objeto jurídico, y en este caso su llamamiento se ofrece en la teoría y en el derecho positivo, como llamados conjuntamente al disfrute en usufructo o de forma sucesiva.

La posibilidad de que esta pluralidad subjetiva encubriera una vinculación, hizo que alguna de estas figuras desapareciera en ocasiones de la codificación europea, o al menos que fueran admitidas con restricciones. En esta línea se encontraba nuestro anteproyecto, que tomándolo del art. 805 del Código Civil holandés decía en su art. 437: «Puede constituirse el usufructo a favor

de una o muchas personas simultánea o sucesivamente, *con tal de que existan en el momento de morir el constituyente*, para evitar, decía GARCÍA GOYENA, que por este medio indirecto se eluda la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, por ser: «contra la naturaleza del usufructo y contra las reglas de la buena economía, el estar separado por largo tiempo de la propiedad». Ya el proyecto del Código Civil, aplazando la cuestión, suprimió el último inciso de la existencia del usufructuario en el momento de la muerte del causante, pues contradecía al derecho foral y se daba mayor flexión a las sustituciones fideicomisarias prohibidas en 1851, quedando redactado el art. 469: «Podrá constituirse el usufructo... *a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente*, y en todo caso desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición.»

La existencia o no de las personas llamadas al usufructo en el momento de la defunción del testador, determina la clasificación entre el usufructo sucesivo propio e impropio. Al primero se refiere, sin tener en cuenta las revisiones posteriores del Código, con la aplicación de las sustituciones fideicomisarias, y su réplica para el usufructo en el artículo concordante 787, manteniéndose el texto originario del art. 521: «El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que le sobreviviere», tomándolo, el Código, del art. 2.250 del Código Civil portugués. Su área de aplicación en el usufructo conjunto viene a tener una doble aplicación: como sustitución vulgar cuando falta alguno de los llamados en el momento de la apertura de la sucesión y como sustitución recíproca, si posteriormente fallece uno de los varios llamados.

9.—EL DERECHO DE ACRECER EN EL USUFRUCTO CONJUNTO.

Viene a regularse en el art. 987, al disponer: «El derecho de acrecer tendrá lugar entre los legatarios y usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.» En interpretación de esta norma y buscando su origen y objetivación, dice la sentencia de 11 de noviembre de 1924: «El derecho de acrecer entre co-

legatarios tenía por fundamento en la legislación romana, como lo tiene en la común española, la voluntad presunta del testador, razón por la cual, cuando éste deja a varias personas una cosa por partes iguales, instituyéndolas en una misma cláusula, no puede negarse, sin prescindir de aquella voluntad, la existencia de semejante derecho, ya que la conjunción *verbis tantum* se diferencia únicamente de la *re et verbis* en ser más explícita, por consignar la misma división que necesariamente habría de hacerse en el caso de no haberse expresado criterio expresado por Paulo en las leyes del *Digesto* invocadas en el fallo recurrido, fué seguido por Justiniano y ha prevalecido en nuestra jurisprudencia anterior al Código Civil y proclamado por éste.» Ayuda a esta conjunción, el sentido unitario del usufructo.

Sin embargo, el precepto legal no desdobra debidamente la doble oportunidad en que se puede presentar el acrecentamiento, a primera faz aparece claro el derecho, pero necesariamente —no es corriente la muerte simultánea de los usufructuarios conjuntamente disfrutarios—, y queda desdibujado el segundo plano, por otra parte previsto por el testador, el que aborda certeramente PALOMINO en *El acrecentamiento en la mejora*, sentando las dos hipótesis: Usufructo a que están llamadas sucesivamente varias personas (Código Civil, art. 521). Cuando los usufructuarios vivan todos al tiempo de su constitución, no se extingue el usufructo hasta la muerte del último. Parece como si las «porciones vacantes» acrecieran a los supervivientes. Se habla por eso, a veces, de acrecentamiento o de derecho de acrecer. Nada de esto, tampoco, aquí. El «derecho de acrecer» tiene lugar *solamente* a falta de uno de los llamados *al tiempo* en que la sucesión se abre (DE DIEGO: *Naturaleza jurídica de las disposiciones testamentarias de residuo*, página 70). No digamos «sucesión». Digamos adquisición en un momento (adquisitivo) unitario. La adquisición de los derechos de los usufructuarios tuvo lugar cuando se constituyó el usufructo. La muerte de alguno, sobrevenida posteriormente, no es caso de acrecimiento, porque, por hipótesis, el premuerto había *adquirido* ya su derecho. Se trata no de un acrecimiento, sino de lo que pudiera, y quizá se debiera llamar, «usufructo mixto con sustitución fideicomisaria», o, menos exactamente: «Usufructo terminario»... no puede por ello haber acrecimiento sin que, por excepción, se produzcan

otras tantas consolidaciones parciales de dominio pleno, sino que son adquiridas *sucesivamente* por los otros titulares del usufructo».

a) *La problemática de la calificación en el usufructo conjunto.*—Menos complicado es el problema cuando la causa de la concentración aparece como elemento constitutivo de la sucesión, por la muerte de uno de los usufructuarios conjuntamente establecidos. Más compleja resulta cuando sobreviene, pues se pueda discutir la voluntad real, como contraria a la presunta de conjunción, establecida por la Ley. Sobre las dificultades de la materia, con el alzaprima que tiene en nuestra tradición la cláusula al cónyuge más viviente, en los aspectos *inter vivos*, veamos sentado el principio contrario en el art. 637: «Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y *no se dará entre ellas el derecho de acrecer*, si el donante no hubiera dispuesto otra cosa. Se exceptúan de esta disposición *las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho*, si el donante no hubiera dispuesto lo contrario.»

El testamento del Marqués del Puente de la Virgen dió lugar a dos sentencias del Tribunal Supremo, de interés en este lugar, por la conexión que tiene con estos problemas. Su cláusula testamentaria viene reproducida en una de ellas, y a la letra dice así:

Cumplido que sea todo lo anteriormente dispuesto por mis albaceas, lego el usufructo vitalicio de mis bienes, por partes iguales, que puedan quedar después de cumplir las obligaciones y mandas que dejo ordenadas, a mis hermanas de madre doña Teresa y doña Joaquina Samaniego Lassies, y al fallecimiento de éstas pasará el pleno dominio de los bienes que hayan constituido el usufructo a los hijos que dejaren mis referidas hermanas, habidos de legítimo matrimonio, por partes iguales, o sea tantas partes o porciones cuantos sean los hijos de una y otra, de modo que si sólo existen hijos de una de ellas éstos recibirán todos mis bienes en la proporción antedicha como herederos míos; y para el caso, improbable, pero posible, de que mueran todos los hijos de mis hermanas y no dejen a su vez descendientes, que dejándolos ocuparán el derecho de sus padres, para tal caso, sus bienes legados en usufructo pasarían a los pobres de esta ciudad.

El problema de acrecimiento se plantea por la formación de

lotes, sobre si se rompe la unidad, sentencia concretada en un dictamen de DÍAZ COBEÑAS sobre el anterior de este testamento, en la siguiente sentencia de 29 de marzo de 1905:

Considerando que la cuestión del actual pleito no se resuelve por los principios que regulan el derecho de acrecer, ya porque este derecho carece de aplicación tratándose de legatarios que sobreviviesen al testador, ya porque la cláusula del testamento del Marqués del Puente de la Virgen, según la que legaba el usufructo vitalicio del remanente de sus bienes, *por partes iguales*, a sus hermanas doña Teresa y doña Joaquina Samaniego, no excluye la posibilidad legal de que, fallecido el testador y determinadas estas partes, las legatarias usufructuarán exclusivamente la que correspondiese con extinción al fallecimiento de cada una de ellas, consistiendo, por lo tanto, la cuestión del pleito y del recurso en interpretar *la voluntad del testador para resolver si, conforme a ella, debe continuar la Marquesa de Caracena en el usufructo de la parte que correspondió a la Condesa de Torrejón en virtud del fallecimiento de ésta, o si, por razón del fallecimiento, ha pasado el pleno dominio de los bienes que constituyen dicho usufructo a los hijos de aquélla*, a tenor de lo dispuesto por el testador, con acción consiguiente para reivindicarlos de quienes indebidamente los posee:

Considerando que, tanto por la manera como fueran llamadas las expresadas hermanas al usufructo vitalicio del remanente de la herencia del Marqués del Puente de la Virgen, a tenor de lo antes expuesto, como porque al ordenar a sus albaceas, facultándoles para ello, que *formasen dos lotes o partes iguales de dicho remanente* de sus bienes, que habían y han de usufructuar las susodichas hermanas, según expresión literal de esta parte de la cláusula, se infiere racionalmente que *la voluntad del testador fué la de que ambas a dos, o cualquiera de ellas que sobreviviese a la otra, había de disfrutarle en usufructo, y, consiguientemente, que sólo después de fallecer la última podrá pasar el pleno dominio de la totalidad del referido remanente a los hijos de ellas por aquél llamados*, no constituyendo esta separación de partes sino una previsión del testador para el arreglo del usufructo total durante la vida de las dos hermanas:

Considerando que, a mayor abundamiento, según reiteradamen-

te tiene declarado este Supremo Tribunal, dada la índole y naturaleza de la casación, no procede ésta porque un Tribunal aprecie e interprete en cierto sentido determinada cláusula de un testamento o contrato cuando tal interpretación es abiertamente contraria a la voluntad del testador o de los contratantes, si no puede fundarse la contraria en la infracción manifiesta de algún precepto jurídico que contradiga aquélla, aun cuando por su ambigüedad se preste a impresión varia en el sentido del juzgador, porque en tal supuesto la casación sólo revelaría una mera estimación y juicio personal que no afectaba a la aplicación recta de la Ley, mientras que, según queda expuesto, no pueda afirmarse con evidencia que ha quebrantado la voluntad de aquéllos.

Considerando que, esto supuesto, no son de estimar los motivos del recurso, porque todos ellos están basados en distinta interpretación sin fundamento suficiente, que pretenden dar los recurrentes al testamento del Marqués del Puente de la Virgen, y porque, a tenor de lo expuesto, no son dichos recurrentes quienes, por ahora, tienen acción para la reivindicación ejercitada, en atención al derecho que asiste a la Marquesa de Caracena para usufructuar hasta su fallecimiento el lote de bienes que correspondió a su hermana, Condesa de Torrejón.

b) *Adquisición de derechos.*—La sentencia de 21 de mayo de 1910, vino a resolver un nuevo aspecto del citado testamento en virtud de las siguientes consideraciones:

Considerando, en cuanto al primer motivo del recurso, que, según acertadamente se aprecia en la sentencia que lo motiva, la doctrina aplicable al caso del pleito es la contenida en los artículos 471 y 472 del Código Civil, según la cual corresponde al usufructuario los frutos de toda clase de los bienes usufructuados pendientes al comenzar el usufructo, y recaído el de que se trata, por muerte de doña Teresa Samaniego y Lassús, Condesa de Torrejón, en su hermana doña Joaquina, deben ser entregados a ella los frutos y rentas producidos por los bienes constitutivos de dicho usufructo desde el fallecimiento de la primera, sin que sean de aplicación al caso los preceptos del citado Código que regulan los derechos de los poseedores de buena fe que alega el recurrente, toda vez que éste no es poseedor de los bienes que usufructuó doña

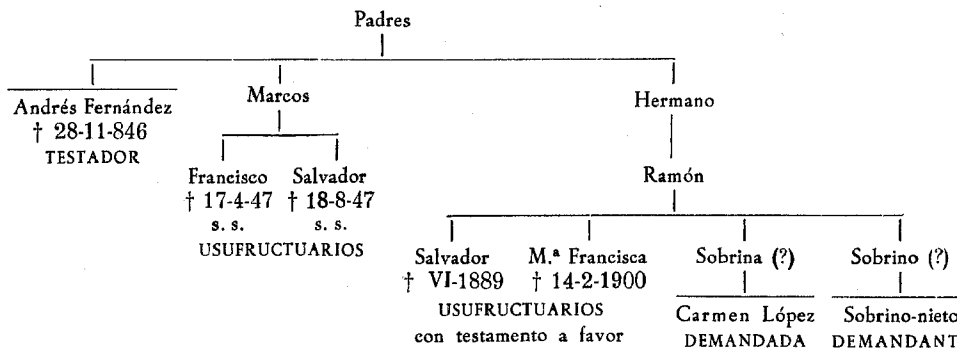
Teresa Samaniego Lassús, sin detentador de los mismos, y aunque poseedor se le considerase, no se podría reputar de buena fe, pues por su carácter, primero, de administrador o dependiente de la repetida doña Teresa, y después en el concepto de heredero, le constaba que por ningún concepto le correspondía ni podía corresponder la posesión de tales bienes.

Considerando que tampoco es procedente la casación por los motivos segundo al séptimo, pues los derechos del recurrente como heredero de la condesa de Torrejón arrancan del fallecimiento de dicha señora, y por tales títulos y concepto no es lícito al mismo impugnar actos consentidos por su causante, unos y otros expresamente aceptados por ella, es tampoco admisible en buenos principios alterar los trabajos practicados por los albaceas del Marqués del Puente de la Virgen en el desempeño de su cometido, usando de las amplias y omnímodas facultades con que dicho señor les invistió en su testamento, como sería necesario realizar alguna de las aspiraciones de don Antonio Arango, ni es, por último, procedente deducir responsabilidades contra doña Josefina Samaniego y Lassus, por no tener el carácter de propietario de los bienes usufructuados, que sería necesario para someterlas a la que Araujo le reclama, sino que su condición es idéntica a la de doña Teresa Samaniego, teniendo entre ambas y por mitad el usufructo del remanente de los bienes relictos por el Marqués del Puente de la Virgen.

Considerando que si bien es indudable la obligación del usufructuario de constituir fianza para garantizar el usufructo, conforme al artículo 491, número 2.º, del Código Civil, como se reconoce en la sentencia; no es menos cierto que la acción adecuada a exigir el cumplimiento que en el asunto tiene don Antonio Arango, toda vez que nada tiene que ver con el usufructo que se extinguió en su causante por el hecho de su fallecimiento, ni le pertenece ni puede pertenecerle en ningún caso la propiedad de los bienes que lo constituyen, por cuya razón es improcedente el motivo octavo del recurso, siéndolo también el noveno y último, porque la acción para la cancelación de la fianza constitutiva para garantía del usufructo a la terminación de éste ha de ejercitarse contra el propietario o su representante legal, pues sólo a él incumbe la cancelación, que no puede hacer válidamente la Marquesa de Ca-

racena, que es simplemente usufructuaria y no propietaria de los bienes de que se trata.

c) *La conjunción del usufructo con el derecho de representación y acrecer.*—Esta cláusula testamentaria, corriente en el usufructo simple, también se repite encabezada por un usufructo conjunto familiar, y se plantea el problema de la incondicionalidad del llamamiento, en su consecuencia no gobierna estos llamamientos el principio de la irretrogradabilidad, como ocurre en el fideicomiso catalán condicional, y en particular el que plantea la siguiente situación familiar sobre el momento de consolidación del dominio, y consiguiente facultad dispositiva de un usufructuario, frente a parientes de su línea paterna que reclaman contra su disposición testamentaria, sobre la oportunidad y facultad de disposición *mortis causa* del mismo. La situación genealógica es la siguiente:



La cláusula testamentaria es la siguiente:

Las gocen y posean en usufructo mis cuatro sobrinos, don Francisco y don Salvador Fernández, hijos del ya dicho mi hermano don Marcos y doña Lucía González, don Salvador y doña María Francisca Fernández, hijos legítimos del mencionado don Ramón Fernández y su esposa doña Rosa Armesto, o los que de ellos me sobrevivan, por partes iguales durante los días de su vida, sin que juntos ni con separación, ninguno de los cuatro usufructuarios pueda vender, gravar, sujetar ni hipotecar a sus deudas u obligaciones de ninguna especie las mencionadas fincas..., entendiéndose que a la muerte de cada uno de los dos primeros ha de recaer su derecho al usufructo en los dos últimos o en los que sólo de éstos sobreviva, de modo que muertos los dos primeros, las

repetidas fincas pasarán al dominio y propiedad de los dos últimos o al sobreviviente de ellos. Y si ocurriese que uno de éstos falleciese sin dejar sucesión, o que, en caso de dejarla, ésta falleciese sin dejar sucesión, o que, en caso de dejarla, ésta falleciese antes que alguno de los dos primeros nombrados usufructuarios, su derecho recaerá en los otros de los dos últimos nombrados que sobrevivan o en sus hijos, con tal de que éstos sobrevivan a los dos primeros. Si los últimos nombrados herederos y usufructuarios y sus hijos fallecieren antes que alguno de los dos primeros nombrados, éstos o el que de ellos sobreviva, entrarán en todo el usufructo de las dichas fincas durante su vida, pero con la condición arriba expresada de no poder venderla, sujetarlas ni hipotecarlas juntas..., siendo mi expresa voluntad y mando que a su muerte pasen al dominio de mi sobrino, don Ramón Fernández, o de quien su derecho hubiere.

Con estos antecedentes se produce la sentencia de 1 de marzo de 1904, del tenor literal siguiente:

Considerando que las palabras del testador deben entenderse llanamente y como ellas suenan, es decir, en su sentido literal, cuando resulta claramente que expresan la voluntad de aquél:

Considerando que del examen de la cláusula 4.ª del testamento otorgado por don Andrés Fernández en 17 de noviembre de 1843, bajo el que falleció en 28 del mismo mes de 1846, aparece sin género alguno de duda que el testador estableció un legado de usufructo de una casa tahona, situada en esta corte, en la calle alta de Leganitos, número 55, y de varias tierras labrantías que poseía en el término de Vicálvaro y sus inmediatos, a favor de sus cuatro sobrinos don Francisco y don Salvador Fernández y González, hijos de su hermano, don Marcos y don Salvador y doña María Francisca Fernández y Armesto, hijos de su sobrino carnal, don Ramón, y disponiendo que cuando ocurriera el fallecimiento de éstos, que las fincas legadas pasaran al dominio y propiedad de los últimos o al sobreviviente de ellos.

Considerando que no son de estimar las infracciones que se alegan en el primer motivo, porque si lo expuesto convence que la intención del testador fué la de convertir en herederos propietarios a los dos sobrinos referidos en el caso de premoriencia de los otros dos, aparece corroborada esta recta interpretación en la

parte de la cláusula testamentaria, según la que sólo se llama a la herencia del expresado legado a don Ramón Fernández, en el caso, que no ocurrió, de haber sobrevivido los dos sobrinos, hijos de don Marcos, a los otros dos sobrinos, hijos de don Ramón, sin que esto supuesto, hubiera necesidad de hacer llamamiento ulterior para después del fallecimiento de los últimos.

Considerando que la opinión errónea que pudieran tener acerca de la extensión de su derecho a los bienes legados a doña María Francisca Fernández y Armesto, y su heredera, la demandada doña Carmen López Fernández, no puede servir de base a atribuir a los actos que de ella derivan carácter trascendental en perjuicio de su derecho, pues para ello sería preciso que tales actos revelasen una renuncia coincidente de aquel derecho que evidentemente no existe, cuando la conducta de la persona a quien se imputan los actos procede notoriamente de un error o equivocación, por lo que tampoco es de estimar el motivo segundo del recurso.

Considerando que igualmente no son de estimar las infracciones de las leyes 1.^a y 18, título 29 de la Partida 3.^a, y de los artículos 1.930 y 1.957 del Código Civil, referentes a la prescripción, porque para que pueda tener lugar este modo de adquirir es indispensable la posesión de los bienes de que se trate, pues es fundamental en derecho que sin la posesión no puede tener efecto la prescripción, y en el presente caso ni el demandante don Jesús Díaz Fernández ni las personas de las que pretende derivar su derecho han poseído jamás los bienes que constituyeron el legado establecido por don Andrés Fernández, ni aparece que hayan realizado directamente acto alguno de libre disposición de la nuda propiedad con independencia del derecho de usufructo de los bienes del legado, desde que pudieron creerse con derecho a la misma.

Considerando que no pueden ser tenidos en cuenta las infracciones del último motivo, porque aparte de que el Tribunal ha apreciado un conjunto de elementos varios de prueba y entre ellos el resultado de las declaraciones de testigos de su exclusiva apreciación, es lo cierto que lo que pretende el recurrente es dar a determinados actos un alcance y significación que no tienen por las razones expuestas en los anteriores Considerandos, pues ninguno demuestra que la demandada o sus causahabientes hayan querido reconocer conscientemente la nuda propiedad al actor o persona

de supervivencia de doña Rafaela, con respecto a su hermano don Leonardo, quedó consolidado en ella la plena propiedad de su porción y pudo disponer libremente de la misma, en su testamento, en favor de su esposo, el demandado y recurrente, don Valentin P. F.

Considerando que la Sala sentenciadora, como base de su fallo, y a virtud de la apreciación de la prueba y de la apreciación del total contenido de las cláusulas testamentarias, hace las siguientes aseveraciones, en cuanto interesa a la decisión del recurso: a) Que en sus tres testamentos los causantes, don Vicente F. A., tras diversos llamamientos que no hacen ahora al caso, dispusieron que pasasen sus bienes a don Leonardo O. F., padre de los demandantes, y a doña Rafaela O. F., su hermana, esposa del demandado; pero tal adjudicación, hecha por iguales partes, se les otorga tan sólo en usufructo vitalicio, pasando luego los bienes, ya en pleno dominio, a los hijos que los mismos pudieran tener. b) *Que las tres referidas disposiciones testamentarias revelan la decidida intención de que los bienes se mantengan en poder de los familiares de la misma sangre de los testadores, mientras ello sea posible, tendiendo a evitar que vayan a parar a personas extrañas, existiendo tales familiares.* c) Que en ellas no se autoriza a los usufructuarios a disponer libremente de sus bienes más que en un solo supuesto, a saber: cuando falleció uno de ellos sin descendencia legítima y acrecida por ello su porción usufructuaria al otro, carezca también éste de descendencia legítima, o sea cuando se acumulen en uno solo de los hijos las dos porciones de bienes que por mitad se conceden en usufructo a don Leonardo y doña Rafaela, *acumulación que únicamente puede tener lugar si el que premuere fallece sin descendencia.* d) *Que ninguna de las sustituciones fideicomisarias ordenadas en los testamentos de don Vicente F. A., don Leonardo O. O. y doña Carmen F. A., asignando el usufructo de sus diversas herencias a diversas personas y reservando el pleno dominio de los bienes de las mismas a sus hijos don Leonardo y doña Rafaela O. F., es de estimar hecha bajo condición suspensiva integrada por la supervivencia del hijo que tuviera sucesión, sino que, por el contrario, ha de entenderse que, aun premuerto éste y fallecido, en cambio, sin descendientes el sobreviviente, está asignado, conforme a la intención de los testadores, a los*

hijos de aquél, el pleno dominio de la porción usufructuada por éste. c) Que doña Rafaela O. no ha podido disponer, por tanto, de la parte de bienes por ella usufructuados, procedente de los tres mencionados causantes, ya que únicamente estaba autorizado por ellos para hacerlo en el solo caso de que su hermano don Leonardo le premuriera sin dejar descendencia, y por ello se acumulase en ella la totalidad del usufructo de los bienes de dichas herencias, supuesto que no se ha dado.

Después de unos Considerandos, que más bien afectan a la doctrina sobre la interpretación del testamento, desenvuelta con gran brillantez, en lo que al particular afecta, termina sentando:

Considerando que al fracasar los motivos del recurso ya analizados, queda sin base el motivo segundo, que, como secuela de ellos, denuncia la infracción de los artículos 784, 787 y 750, en relación con el 791 y con el 1.117, todos del Código Civil, basado en el supuesto, no aceptado por la Sala sentenciadora, de estar afecta las sustituciones fideicomisarias objeto del pleito, en cuanto pudieran favorecer a los hijos de don Leonardo C., al cumplimiento de la condición de que dicho don Leonardo sobreviviera a su hermana doña Rafaela.

Habrà de volverse sobre esta doctrina en el derecho de acrecer, pues don Vicente Fos, falleció en 20 de octubre de 1914, después del nacimiento de su sobrino-nieto, José, y antes de nacer su hermana María del Carmen.

e) *El usufructo sucesivo y el Registro de la Propiedad.*—En primer lugar encontramos dos resoluciones sobre la materia, la una de 19 de febrero de 1925, que declara:

Considerando que los asientos del Registro de la Propiedad se hallan, mientras no sean impugnados o rectificados, bajo la salvaguardia de los Tribunales de justicia, e imponen a los interesados y a los funcionarios públicos, con arreglo al artículo 41 de la Ley Hipotecaria, sus especiales pronunciamientos, como si correspondieran exactamente a la realidad jurídica, por lo que en el presente recurso debe partirse sin ambigüedad ni vacilación, del contenido de la inscripción certificada por el Registrador, a cuyo tenor: «La mejora del menor, don Francisco de Paula Beltrán Mendoza..., consiste en las cuatro fanegas de tierra de las siete sen-

cillas, nombrada «pocillo de los cochinos», y el asiento del cortijo de don Hilicio lo es en el usufructo, para que durante la vida de don José Beltrán, su padre, disfrute éste, y, por su muerte ha de pasar en igual clase de usufructo del expresado, su hijo, al don Francisco, su nieto, y por su muerte de éste ha de pasar a los hijos de don Francisco, si los tuviere.

Considerando que sobre la expresada declaración de energía mayor, según la nueva técnica, que el mismo título original para los efectos hipotecarios, se funda la escritura de declaración de dominio otorgado por don Manuel Beltrán y Serrano, que por otra parte demuestra las circunstancias necesarias para que pueda consignarse el tracto sucesivo o el historial de la finca, a saber: el fallecimiento del primer usufructuario don José Beltrán Sánchez y del mejorado don Francisco de Paula, mediante las certificaciones de defunción respectivas, y la particularidad de ser el otorgante hijo único de este último, por medio de una información *ad perpetuam*.

Considerando que la discusión relativa al carácter de acto *inter vivos* o *mortis causa* que pudiera tener la escritura otorgada en 29 de septiembre de 1874, en cuya virtud se practicó, porque ya se tratara de un anticipo de legítima o de una partición del padre entre los hijos o de cualquiera otra figura que participase de ambas naturalezas, es indudable que el régimen de transmisión establecido debe ser observado rigurosamente, y que siempre se podrá argumentar con el siguiente dilema: o la inscripción aludida se ha extendido con el carácter de transmisión *inter vivos*, en cuyo caso es inútil exigir el certificado de defunción y testamento de la bisabuela que otorgó la escritura del año 1874, o se ha extendido como transmisión *mortis causa*, y entonces era el momento oportuno para reclamar ambos documentos, y no después de transcurridos cerca de cincuenta años desde que solicitó y obtuvo el asiento discutido.

La reanudación del tracto sucesivo formal interrumpido, se abrevia en la resolución de 19 de junio de 1935, diciéndose:

Considerando que nuestra Ley Hipotecaria, en su artículo 20, reconoce el principio de tracto sucesivo para lograr, con la historia de las fincas, que las transferencias y actos de constitución y extinción de Derechos reales se fundamenten en el consentimiento

del titular inscrito o en una sucesión del mismo, conforme a la Ley, exigiendo el precepto legal expresado que ha de constar, «previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen»; con lo cual se declara el poder de disposición a favor del dueño con el alcance y extensión que aparezcan en el Registro.

Considerando, en cuanto al segundo defecto, ya que el primero fué subsanado, que si al fallecimiento de doña María Suárez Heredia acreció la participación que le pertenecía en el usufructo a su hermano don Anacito, la necesidad de realizar en el Registro las operaciones que pretende el Registrador de la Propiedad de Córdoba contradicen la voluntariedad de la inscripción del usufructo, para obligar a los herederos en pleno dominio a llevar a cabo una serie de operaciones registrales, ahora sin plena justificación y susceptibles de ser reducidas a hacer constar en la inscripción las particularidades que declaren la extinción del derecho inscrito y vicisitudes del mismo con la debida claridad, porque el repetido artículo 20 de la Ley no parece autorizar interpretación tan rígida, ni los nudos propietarios suceden jurídicamente a los usufructuarios en el goce de la finca, por lo cual en nada habría perjudicado el tracto sucesivo la falta de inscripción del usufructo.

Considerando, en cuanto al último extremo señalado en la nota calificadora, que ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria exigen que los descendientes de las personas instituidas como herederas en un testamento acrediten, para pedir los derechos que les correspondan, que no existen otros que no tengan esa cualidad, por cuya razón no han establecido tampoco procedimientos encaminados a obtener justificación de semejantes circunstancias negativas, conforme ha declarado en varias resoluciones esta Dirección, entre otras, en la de 2 de diciembre de 1897, 11 de mayo de 1900, 26 de junio de 1901 y 7 de junio de 1915, careciendo, por tanto, de fundamento la nota recurrida al exigir que se acredite documentalmente, por testamento o declaración de herederos *ab intestato*, que los otorgantes de la escritura, don Luis Heredia, Maravilla Reyes Moreno, en representación de don Ernesto y don Gonzalo, doña Elena y doña Maravilla Reyes Moreno, en representación de doña Maravilla, eran los únicos que tenían el carácter de descendientes de los legatarios de don Luis Suárez Heredia.

10.—ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DEL USUFRUCTO AL MÁS VIVIENTE
DE LOS ESPOSOS.

Siguiendo a Roca Sastre, vemos que acertadamente recopila el apéndice último de Cataluña en el capítulo IV, los heredamientos mutuales, diciendo en su artículo 159: «Los heredamientos entre contrayentes constituyen una institución contractual recíproca de heredero, con los efectos de los heredamientos simples.—La sucesión por heredamiento mutuo se regirá por las normas sobre sucesiones de esta compilación, tanto en orden a la capacidad de suceder, indignidad y desheredación, como reservas, legítimas y demás disposiciones sucesorias, en cuanto lo permita su naturaleza específica.—El heredamiento mutuo sólo surtirá efectos en el caso de que ninguno de los otorgantes deje hijos de otro matrimonio», disponiendo el siguiente artículo 160: «El cónyuge que premuera al otro, no transmitirá a sus sucesores derecho alguno derivado del heredamiento mutuo.»

Como la naturaleza especial que se confiera al acto testamentario, da lugar a distintas derivaciones, conviene agrupar la jurisprudencia, en sus distintos sectores: locales o temporales:

a) *Cataluña*.—La inscripción en el Registro de Balaguer, motivó la resolución del 19 de mayo de 1917, del tenor literal siguiente:

Considerando que enajenada la finca a que este recurso se refiere por el vendedor don Antonio Gómez y Durán a los dos compradores, don Ramón Llovera y doña María Rovira, sólo éstos convienen «que el que de ellos sobreviva adquiera la mitad de dicha finca, correspondiente al premuerto, en términos que el sobreviviente quede dueño de la totalidad», cuyo pacto exclusivamente hace referencia a la finca comprada.

Considerando que tanto por otorgarse el pacto discutido en la forma dicha, disponiendo los compradores de cosas que no estaban anteriormente en su patrimonio, y no confiriendo el carácter de heredero o de sucesor *mortis causa*, a título particular, como por la reciprocidad de la cesión aleatoria que implícitamente lleva consigo la irrevocabilidad de los derechos constituídos, debe reputarse perfectamente legal la cláusula contractual que sujeta la

propiedad de la mitad correspondiente a cada uno de los compradores, a una condición resolutoria, inaccesible, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.º y 18 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que contra esta apreciación fundamental, basada en la libertad que a los contratantes corresponde establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público, no cabe alegar que aquéllos ven disminuída su capacidad para disponer por testamento, pudiendo enajenar fácilmente los bienes propios en perjuicio de los herederos forzosos, porque la constitución de un Derecho real sobre bienes determinados, en consideración a la supervivencia, es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o el goce de una facultad *post mortem* sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de los actos entre vivos, según ha reconocido el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 15 de diciembre de 1910:

Considerando que, aun admitida la existencia de dos clases de donaciones *mortis causa*, las unas hechas con entrega inmediata de bienes, sujetas a condición resolutoria y motivadas por el agobio de enfermedad o amenaza de peligro, y las otras, realizadas en atención a la muerte, sin entrega de los bienes, bajo condición suspensiva y para prevenir los efectos de la sucesión hereditaria o defraudar los fines y preceptos de la Ley, no cabe incluir en este último grupo el pacto cuya inscripción se ha denegado, porque la posesión simultánea de la finca, la creación de Derechos reales, irrevocables por la mera voluntad, el pago del precio que según las presunciones legales ha de reputarse hecho por mitad, y hasta igual alcance, son circunstancias excluyentes de tal supuesto y prueban la naturaleza bilateral o reciproca del contrato.

Considerando que no es aplicable al caso presente el precepto del párrafo 2.º del artículo 1.271 del Código Civil, que prohíbe celebrar contratos sobre la herencia futura, porque en la reciproca cesión otorgada por los compradores indicados, de igual manera que en la constitución de rentas vitalicias, alimentos, seguros, retiros, usufructos o combinaciones tontinas para auxilios de la vejez, se establecen pactos aleatorios, que sin comprender directamente

la herencia futura ni estar inspirados en el concepto técnico o vulgar de sucesión hereditaria, ni asumir el carácter odioso del pacto corvino, se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la adquisición de Derechos reales.

En esta misma línea de licitud se pronuncia la resolución de 24 de abril de 1918, para Figueras, diciendo:

Considerando que, según los términos de la inscripción practicada a nombre de los cónyuges Lagresa, en virtud de la compraventa otorgada en 21 de mayo de 1910, cada uno de ellos es titular de la mitad *pro indiviso* de la finca objeto del recurso, aunque los respectivos derechos estén sujetos a una condición resolutoria de premoriencia, que sin alterar el carácter real y enajenable de las partes alicuotas, limita su contenido recíprocamente a favor del supérstite.

Considerando que los derechos de disposición y aprovechamiento, pertenecientes al marido sobre la mitad ideal de la finca y los que le correspondan sobre la otra mitad propia de la esposa, cualquiera que sean las limitaciones y ampliaciones producidas por la existencia de la condición resolutoria, forman parte del patrimonio del ejecutado, toda vez que ni se aprueba ni se alega la existencia de la comunidad conyugal, y están afectos al pago de las obligaciones particulares, pudiendo, en consecuencia, trabarse y anotarse sobre los mismos el embargo ordenado por el Juzgado de Instrucción de Figueras, en el auto de 10 de mayo de 1916.

Considerando que si bien la frase ambigua «todos los derechos que el condenado Juan Lagresa y Dorder tenga sobre las fincas», empleado en el mandamiento judicial de referencia, no se ajusta a los preceptos hipotecarios que exigen la determinación de la naturaleza, extensión, condiciones y cargas del derecho que ha de ser gravado con la anotación, debe tenerse en cuenta en el presente caso, que los embargos procedentes de causa criminal, encomiendan al Registrador, por motivos de orden público, una intervención oficiosa, y que esta fundamental razón, unida a la tolerancia del artículo 73 de la Ley Hipotecaria, en lo relativo a las circunstancias que deben contener los títulos anotables, permite, o más bien impone, la práctica de la anotación solicitada sobre la mitad *pro indiviso*, perteneciente al marido en la actualidad, aunque sujeta a condición resolutoria, y sobre la correspondiente a su mujer

en cuanto la misma condición funciona como suspensiva a favor de los ejecutados.

Considerando que la forma imprecisa en que los derechos de los cónyuges aparecen inscritos, y la ambigüedad del mandamiento de embargo, disculpan, si no justifican, la nota recurrida, e impiden declarar que el Registrador haya procedido, con ignorancia inexcusable a los efectos del pago de gastos y costas del recurso.

b) *Testamentos mancomunados anteriores al Código Civil.*—La misma tolerancia se observa con relación a los testamentos mancomunados anteriores al Código Civil, teniendo en este aspecto particular importancia, la forma sobre el fondo. Por su orden, en la materia se produce la sentencia de 7 de diciembre de 1900, del siguiente contenido:

Considerando que si bien en el testamento otorgado de mancomún por don Vito Fernández Guerra Vitores y doña Isabel Jiménez Viñegra, se lee que los testadores, después de instituirse mutuamente herederos usufructuarios vitalicios el uno de los bienes del otro, se nombraron herederos fideicomisarios, los términos de la cláusula de la institución de modo manifiesto revelan que *la palabra fideicomisario se usa*, según se usa en lenguaje vulgar, y autoriza la Academia de la lengua, *con la significación de la de fiduciarios*, y que en este último sentido la entendieron los testadores; primero, porque si la voluntad de éstos hubiera sido la de que fueran recíprocamente herederos propietarios, a la cual equivaldría la cualidad de fideicomisarios, así lo hubieran, clara y directamente, manifestado, sin manifestar de manera expresa la institución de usufructo, separándole de la propiedad, con respecto a la propiedad que se concedía al sobreviviente la facultad de designar sucesor en la forma que se establece en la última parte de dicha cláusula; segundo, porque esta facultad o autorización para disponer de los bienes, derechos y acciones del premuerto con arreglo a determinada memoria, y caso de no aparecer ésta, para distribuirlos entre las personas del cariño de los testadores, evidencia de éstos que ninguno de éstos era heredero del otro en cuanto a la propiedad, ya que para la designación del mismo era, previamente, necesario una declaración del sobreviviente, y tercero, porque *la misma palabra fideicomisarios*, empleada por los cónyuges Fernández Guerra Vitores y Jiménez Vinegra, implica la

idea de un fideicomiso, el cual supone siempre, además del fideicomitente, fiduciario que distribuye o entrega la herencia, y fideicomisario que la recibe.

En el amplio y vacilante problema, por las soluciones contrarias que encuentra, la facultad de nombrar sucesor, se produce la sentencia de 7 de marzo de 1913, del siguiente tenor:

Considerando que en la cláusula 4.^a del testamento mancomunado que el 17 de agosto de 1867 se otorgó por los cónyuges doña Rita Fernández Cabardos y don Antonio Sánchez Mella, además de instituirse herederos usufructuarios uno del otro, con facultad de gravar y enajenar los bienes, disponen a la vez, que la propiedad que sobrepase recaerá al óbito del último que fallezca, la parte de cada uno, a ser de la respectiva procedencia en los parientes de ambos que designe el mismo superviviente, y en defecto, en los más inmediatos que debieran sucederle *ab intestato*; de cuya facultad de designación, que comprende cuál fué la intención de los testadores, nace la razón legal que el testador ha tenido para declarar que doña Rita, que fué la superviviente, pudo, sin atender a la voluntad del otorgante fallecido, designar la persona y *donar* a ésta los bienes de su procedencia.

Considerando que al estimarlo así la Sala sentenciadora, no incurre en la infracción de la Ley 5.^a, título 38, Partida 7.^a, ni menos vulnera la doctrina, de acuerdo con ella o con nuestro Derecho positivo, sentada por este Supremo Tribunal, por cuanto para atribuir a la cláusula controvertida su verdadera inteligencia, no sólo se atuvo al espíritu en que aquella Ley se informa, sino que interpretando también el sentido general del testamento, especialmente las cláusulas 4.^a con las 2.^a y 3.^a, demuestra más claramente la verdadera voluntad del testador en cuanto a si la designación de la persona había de hacerse por donación *inter vivos*, y no mediante disposición *mortis causa*, declaración que, según jurisprudencia establecida, es de la exclusiva competencia de los Tribunales e impugnabile en casación si, como sucede, no se patentiza que es errónea la interpretación; de todo lo cual se sigue que doña Rita Fernández, al amparo de las facultades de su marido don Antonio la confirió, pudo designar y donar en la forma que lo hizo, los bienes que se describen en la escritura de donación cuya eficacia se discute.

Considerando que resuelto, por lo expuesto, lo esencial de la controversia y demostrada la improcedencia de la casación, inútil es tratar del motivo tercero del recurso, porque después de todos los efectos de la declaración de herederos, nunca podría alcanzar a los bienes donados; y menos del segundo, que es el relativo a la prescripción, extremo en todo caso subsidiario al sustancial del debate.

Pueden consultarse sobre el nombramiento de sucesor las sentencias de 2 de enero de 1946, 25 de abril de 1951, 4 de mayo de 1956 y 26 de junio de 1958.

Otro testamento mancomunado provoca la resolución de 26 de octubre de 1921, con la siguiente argumentación:

Considerando que don Bernardo Fernández Callejón y su mujer doña María Gracia Escobar Arriola hicieron testamento mancomunado, en el que se instituían pura, simple y recíprocamente por herederos, y habiendo sobrevivido el marido y entrado en posesión de todos los bienes hereditarios, el testamento enteramente cumplido y su virtualidad, en el extremo discutido, agotada, desde el momento en que no se había previsto a la marcha ulterior de los bienes por el nombramiento de un segundo heredero o por la adopción de medidas congruentes con tal finalidad.

Considerando que la existencia de un testamento no impide en el caso actual que tenga lugar la sucesión legítima, con arreglo al número 3.º del artículo 912 del Código Civil, ya que el heredero nombrado por el testador ha fallecido antes que él; y aun en la hipótesis de que no se tratara de una sucesión *ab intestato*, propiamente dicha, sino de una sucesión mixta, perfectamente admisible en Derecho castellano desde la Ley Unica, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, sería indispensable para inscribir las operaciones particionales demostrar por los medios adecuados al caso, en primer lugar, que la nulidad, revocación, caducidad e ineficacia total o parcial del testamento ha originado aquel supuesto, y en segundo término, que los llamados a recoger la herencia son los otorgantes o representantes en aquéllas.

Considerando que los comparecientes, en la escritura calificada, doña Francisca Martín Marin, segunda esposa del nombrado don Bernardo, y los sobrinos carnales del mismo no apoyan su derecho

en el testamento citado ni traen causa del testamento instituido por el testador, sino que comparecen por derecho propio; y como llamados por la Ley o herederos, aquélla forzosa y éstos legítimos, necesitan presentar en el Registro el documento auténtico que justifique la delación hereditaria, o sea, la declaración de herederos judicialmente tramitada.

c) *Obstáculos al testamento mancomunado según el Código Civil.*—Una nueva orientación marca la resolución de 9 de febrero de 1917, fundada en la sistemática del Código Civil, como se ve en los siguientes razonamientos:

Considerando que la escritura de 6 de enero de 1914, origen de este recurso, otorgada por las mismas personas que intervinieron como partes en la de 17 de marzo de 1911, ya inscrita, mas doña Purificación Vioque Arellano, esposa del comprador del usufructo, tuvo por objeto subsanar una equivocación sufrida en este documento, modificando el contrato primitivo, y como consecuencia del Derecho real objeto de las inscripciones practicadas, acto válido en principio e inscribible, con arreglo a los principios fundamentales de la Ley Hipotecaria.

Considerando que, conforme a dicha modificación, el usufructo adquirido en principio por don Marcos Bravo ha de ser disfrutado conjuntamente por él y por su mujer mientras vivan, y después, íntegramente, por aquel de ellos que sobreviva, y esta declaración no puede, por su propia virtud, alterar el carácter patrimonial del derecho constituido: 1.º, porque si *atendidas las circunstancias de la adquisición ha de ser éste incluido entre los bienes gananciales*, tanto importa que su duración se limite a la del matrimonio como que se extienda hasta la muerte del último de los cónyuges; 2.º, porque la persona beneficiaria o titular del derecho de usufructo puede ser distinta de aquella cuya vida determina su vigencia, y 3.º, porque los deseos y manifestaciones consignadas en las escrituras de adquisición a favor de uno o de los cónyuges, deben subordinarse para los efectos del Registro, a las presunciones legales, mientras no se apruebe su inaplicabilidad:

Considerando que si la inscripción del referido usufructo, como adquirido a título oneroso, no hubiera podido negarse, aunque en la escritura de 19 de marzo de 1911 se hubiere hecho constar lo que expresa la de 6 de enero de 1914 respecto de su trascendencia

a doña Purificación Vioque, caso de supervivencia, tampoco puede ser negada la de prórroga, últimamente establecida, y cualquiera que sea el futuro beneficiario, dados que los únicos interesados en que no se alteren los términos del primitivo contrato por el perjuicio que podría irrogarles una ampliación posible de la vida legal del usufructo, son los mismos vendedores, constituyentes de tal derecho, cuyo consentimiento consta en el segundo de los mencionados documentos:

Considerando que las inscripciones aludidas se verificaban más bien que a nombre de una sociedad de gananciales con personalidad jurídica independiente, a favor de uno de los cónyuges y con adición de circunstancias y datos que permiten la asignación de las fincas a un grupo patrimonial con responsabilidades y fundaciones propias, por lo cual ellas no se consigna como exigencia del número 5.º del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria la denominación genérica de *sociedad de gananciales* ni la específica de ser el titular la persona jurídica formada por dos cónyuges determinados, sino las particularidades de la adquisición que el Registrador juzgue necesarias y suficientes para los fines hipotecarios:

Considerando que, no obstante las razones señaladas, como el Registrador se niega a consignar en la inscripción una expresa y excluyente manifestación contraria al derecho que pudiera ostentar la comunidad conyugal, y el recurrente parece, en opuesto sentido, solicitar un asiento de especial alcance que distribuya el Derecho real entre el capital del marido y el peculiar de la mujer, han de reservarse al primero las facultades de redactar el asiento con arreglo a su calificación y al último el derecho que le confiere el artículo 252 de la mencionada Ley, para evitar que equivocadamente se empleen términos contradictorios de las relaciones jurídicas fijadas, siempre que éstas quepan dentro de los moldes reglamentarios.

El carácter atrayente que tiene la sociedad de gananciales, se confirma en la resolución de 5 de mayo de 1932, diciéndose:

Considerando que ya se califique el contrato y pacto origen del presente recurso de compraventa sujeta a condición resolutoria o de donación, ya se distinga en este segundo concepto la existencia de una donación *inter vivos* en que la entrega de la cosa se reserva *post mortem*, o se aprecie la de una de aquellas que

en Derecho romano se llamaban recíprocas o compendiosas, siendo todo ello, mirado objetivamente el contrato calificado, posible en principio, siempre será necesario examinar el referido pacto en relación con el vínculo matrimonial que une a las personas que lo establecieron, determinando con la mayor claridad, no sólo el carácter de las adquisiciones de los esposos que formalizaron la escritura, sino también el fin último que a las mismas les dieron, precisando si esta finalidad está o no en contradicción con la naturaleza de aquellas adquisiciones, todo ello con base para apreciar la validez o nulidad de aquel pacto a los efectos registrales:

Considerando que al declarar los esposos que realizaban la adquisición *pro indiviso* y por mitad, no podían obtener otros resultados que los que provocaría la adquisición separadamente realizada por el marido a la mitad de la finca seguida de la hecha en iguales condiciones por su mujer, cuyas adquisiciones a título oneroso, sin indicar ni justificar la procedencia del dinero, son, para los efectos legales e hipotecarios, atribuidas al grupo de gananciales como bienes de la sociedad conyugal, teniendo en cuenta que el momento para determinar si una finca ingresa en la comunidad de gananciales es el de la transmisión de su propiedad a cualquiera de los cónyuges:

Considerando que siendo la finca de la sociedad legal de gananciales por la comunidad en el origen de la adquisición, por aquello de que cuando la cosa es comunal debe ser también lo que se recibe, como decía el Fuero Real, sin dilucidar si el inmueble fué o no transmitido por el vendedor con la limitación o «deductio», implícita en el juego de toda condición resolutoria, en que la definitiva transmisión de las partes indivisas quedasen diferidas hasta la disolución del matrimonio, es evidente que no pudiéndose confundir aquella comunidad con la copropiedad de tipo romano, que supone la indivisión, no puede negarse que es tan íntima la relación personal entre los cónyuges, y tales las normas de disposición, uso y administración de los bienes en el régimen jurídico del matrimonio, que impediría el ejercicio de la acción para impedir la división de la cosa común característica de la comunidad normal de bienes:

Considerando que *la validez del pacto implicaría una modifi-*

cación en el régimen legal dentro del cual se desenvuelve la actividad económica de la familia; que del examen de diversos preceptos del Código Civil, y principalmente del capítulo 1.º, título 3.º, de su libro IV, se deduce claramente que la Ley ha tenido el pensamiento de que el régimen económico familiar no se altera una vez celebrado el matrimonio; que *la voluntad de los esposos es legalmente ineficaz para establecer cambios en el régimen de ganancias*, que por su silencio es de suponer les rige, como supondría la admisión del pacto discutido; que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de este Centro directivo, lejos de interpretar restrictivamente los arts. 1.334 y 1.458, lo hacen asimilando otros contratos a la donación y a la venta y extendiendo a ellas la prohibición, y que, en definitiva, estando prohibidos los contratos de mera liberalidad entre los cónyuges, no puede alegarse el principio de «pacto sunt servanda», de que es consecuencia el art. 1.255 del repetido Código Civil:

Considerando que tan fundamentales principios no pueden ser contradichos asimilando el pacto a una combinación tontina de aquellos en que se lucran los sujetos supervivientes con el capital que dejan los difuntos, ni a una sociedad particular de bienes por deducción o la interpretación «a sensu contrario» del art. 1.677 del Código Civil, ni mucho menos fundar su validez en que su nulidad supondría la prohibición del seguro de vida en que ambos cónyuges fueran beneficiarios, porque la naturaleza y fines de aquellos contratantes están muy lejos de la asimilación que se pretende, y porque *el art. 428 del Código de Comercio establece una excepción para el seguro con razón en el mismo principio que lo informa.*

11.—EL USUFRUCTO SUCESIVO.

El crecimiento del usufructo sucesivo se ha considerado como una institución paralela a la vinculación y, por tanto, condigna de la limitación o proscripción que a ésta se sujeta, para que por esta vía no se abra una fisura contra el espíritu desamortizador. Dice PLANIOL Y RIPERT: «El usufructo puede constituirse en favor de varias personas conjuntamente; también puede establecerse en favor de varias personas que lo efectúen unas detrás de otras.

Esto no se ha considerado como una sustitución prohibida; *un usufructo nunca puede ser objeto de una sustitución*, ya que, *por extinguirse con la muerte del usufructuario*, escapa por su propia naturaleza a cualquier carga de restitución, en realidad en este caso existen tantos usufructos distintos como beneficiarios, *cada uno de los cuales obtiene directamente su derecho del constituyente y no del usufructuario precedente*. De ello resulta que *cada uno de los beneficiarios debe existir*, o al menos estar concebido, *al tiempo de la constitución del usufructo*, cuando se constituya por actos *inter vivos*, o en la fecha de la muerte del testador cuando se constituya en testamento. Por el contrario, *la constitución de usufructo en favor de una persona determinada y de sus herederos quedaría viciada de nulidad*». Esta es la posición de la doctrina francesa, comentando su Código, del que lo tomaba nuestro anteproyecto, que sólo admiten el usufructo sucesivo impropio: a favor de personas vivas, o concebidas a la muerte del testador.

La admisión de las sustituciones dentro de ciertos límites señala VENEZIAN que no siempre tiene sus reflejos en el usufructo, diciendo: «No hay que inducir, por otra parte, de los razonamientos expuestos, que la permisión de las sustituciones fideicomisarias entraña una posibilidad de ellas en el usufructo, y, por tanto, debemos excluirla en todos estos sistemas legislativos: únicamente puede hacerse en derecho prusiano, en el Código austriaco y en el sajón, que amplía las sustituciones fideicomisarias al usufructo, o sea que admiten el usufructo sucesivo propio». También señala al sistema español.

Dentro del usufructo sucesivo propio encontramos un problema nominal, cuando todos los llamamientos se hacen con este carácter, y es que siempre, como es natural, como éstos han de ser limitados, el último de los instituidos o el que sea el final de la cadena válidamente establecida, se ha de considerar propietario del bien adjudicado en usufructo.

Ilustra este criterio la sentencia de 1.º de marzo de 1904, anteriormente citada, y la del 16 de octubre de 1918, que dice:

Considerando que de la circunstancia de que los cónyuges don Pedro Escudero y doña Encarnación Buisen, en su testamento mancomunado de 7 de diciembre de 1875, en previsión del hecho que expresaron de esperar tener hijos, se legaban mutuamente

tan sólo el usufructo, de todos los bienes, no puede deducirse lógicamente en ellos una decisión de la voluntad contraria en absoluto a que en el caso de fallecer sin sucesión pudiera el sobreviviente ser nombrado heredero propietario, y además frente a esta presunción está el hecho cierto e indudable de que en la misma escritura testamento facultaron ambos cónyuges a los comisarios que nombraron para que en el caso de morir sin hijos dispusieran como tuvieran por conveniente y en favor de quien mejor les acomodase, cuya cláusula es la prueba cierta del propósito de los testadores y por la facultad amplísima y sin limitación alguna que contiene a favor de los comisarios, constituye una total adjudicación de la voluntad de aquéllos en la de éstos, por lo que el nombramiento de los bienes de doña Encarnación Buisen en que aquéllos hicieron en favor del viudo don Pedro Escudero, no es contraria a la voluntad de dicha señora, y al apreciarlo así la Sala sentenciadora y al tener por válida aquella designación, no infringe el testamento mancomunado ni los artículos 667 y 675 del Código Civil, sin que sean de aplicación al presente caso las sentencias de este Tribunal de 22 de marzo de 1905, 1.º de febrero de 1906 y 31 de mayo de 1904, citadas en el motivo tercero del recurso:

Considerando que a ella no obsta la circunstancia de que en la escritura de 16 de noviembre de 1882 los comisarios nombraron también a don Pedro Escudero heredero de sus propios bienes, pues aunque los cónyuges denominaran herencia común a sus dos herencias, no por ello dejaban de ser sucesiones distintas e independientes, por lo que el valor jurídico de la designación de heredero hecha por una de ellas influye en la validez y eficacia de igual institución en cuanto a la otra:

Considerando que en cuanto al motivo cuarto que, aparte de plantearse en él una cuestión que según los antecedentes que se tienen a la vista no ha sido debatida en el pleito, tampoco es admisible dicho motivo, porque ni en el Derecho foral de Aragón ni en el Código Civil, su supletorio, hay disposición alguna que prohíba el nombramiento de heredero a favor de un comisario hecho en la mayoría de los restantes, no siendo de aplicación al caso ni habiéndose por ello infringido las leyes de Partidas y de

la Novísima Recopilación, y artículos del Código citados en este primer motivo del recurso:

Considerando, en cuanto a los demás motivos del recurso, los primero, segundo y quinto, que, siendo la absolución de la demanda consecuencia necesaria de la validez de la institución de heredero de don Pedro Escudero en la sucesión de doña Encarnación Buisen, es innecesario ocuparse de los expresados motivos relativos a la personalidad de los actos a la prescripción y a las consecuencias que debieran deducirse de las declaraciones contrarias.

Todo ello se elimina por su mayor extensión. Inicia este capítulo JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en su notable trabajo *La institución de heredero en usufructo*, bastando por ahora cerrar este epígrafe con otra cuestión común en el último sobreviviente, como viene a sentar la resolución de 7 de noviembre de 1927, sobre la mejora del tercio y quinto a dos hijas, con sustitución recíproca, si no dejaban descendientes, y que pasaran a los hermanos. Todos los bienes se concentran en una hija, que dispone de todos los bienes previa solicitud de la inscripción, que se deniega de los bienes a su favor, declarándose inscribible en virtud de los siguientes:

Considerando que para resolver este recurso es necesario atender a los términos en que aparezcan las inscripciones del Registro de la Propiedad, pues sólo mediante su escrupuloso análisis puede el Registrador y esta Dirección General, que se subroga en sus funciones, determinar las facultades de doña Leonor Ortiz para disponer de los bienes relictos por su padre, don Juan Bautista, en concepto de mejora:

Considerando que si bien en las inscripciones primeramente practicadas a favor de la misma doña Leonor, se le adjudicaban las fincas *en usufructo* con las condiciones impuestas por el testador, o sea con la autorización de disponer de la mitad del tercio y quinto a favor de sus hijos y descendientes, más tarde la misma doña Leonor, única superviviente, por haber desaparecido todos los demás hermanos llamados a la herencia sin dejar sucesión, inscribió a su favor las fincas comprendidas en una manifestación de bienes *en dominio*, con sujeción a las condiciones impuestas por el causante en su testamento:

Considerando que de la redacción de la cláusula de mejora se desprende que la voluntad del testador era el reservar a sus hijos y a los descendientes de los mismos los bienes adjudicados en tal concepto, y, en consecuencia con el destino que las Leyes de Toro concedían a la mejora propiamente dicha, no llamó como sustitutos a personas extrañas, sino a cuatro hijos no mejorados y a sus descendientes, nombrando en el remanente a todos sus hijos por partes iguales y de libre disposición:

Considerando que la prueba relativa a la premorencia aludida de todos los hijos y descendientes de don Juan B. Ortiz llamados por la cláusula 6.^a de su testamento al goce del tercio y quinto después de doña Leonor, ha sido practicada ya, como requisito indispensable para la inscripción manifestación de bienes, y a estos pronunciamientos debe sujetarse la calificación mientras por los Tribunales de Justicia no se restifique el asiento, sin volver a exigir documentos que en su día debieran ser presentados y censurados:

Considerando que en la misma inscripción se han concentrado las facultades de disposición que podrían corresponder a todos los hermanos *en la heredera sobreviviente*, doña Leonor Ortiz, con la fórmula de que su derecho de dominio quedaba únicamente sujeto a las condiciones aún posibles de cumplimiento de las establecidas por el causante, frase que no se refiere a un usufructo con facultad de disponer, sino a una propiedad limitada por la prohibición de disponer, si los tuviere, a favor de otras personas:

Considerando que así lo corroboran las particularidades que en la escritura de manifestación de bienes, inscrita en los Registros de Játiva, Albaida y Alberique, después de indicar las circunstancias del fallecimiento de los herederos, se consigna textualmente «que la única descendiente que vive y queda del causante, don Juan Bautista Ortiz Tudela, es la señora exponente, doña Leonor Ortiz y Maluque, quien además, y por las defunciones dichas de todos sus otros hermanos, reúne en sí, como heredera también de ellos, según así se acredita en el Registro de la Propiedad, con la correspondiente documentación, todas las herencias de los mismos, y, por tanto, todos los derechos contra la herencia de su padre, viniendo por todo ello a ser en la actualidad

la única persona a quien corresponden dichos bienes del tercio y quinto, sin otra limitación que la de transmitirlos a sus descendiente si llegare a tenerlos.»

Con todo lo cual se desplaza el problema a la prolongación de la línea usufructuaria a la del heredero y nuda propiedad.

(Continuará.)

JOSÉ LATOUR BROTONS.

Fiscal y Letrado del Ministerio de Justicia.

Enajenación por cónyuges de bienes, con confesión por uno de ellos de que los mismos fueron adquiridos con dinero privativo de uno de los consortes

CONSIDERACIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LA «INTERVENCIÓN» Y «OTORGAMIENTO».

A) BIENES MUEBLES.

Será en términos generales muy escasa la intervención de escritura pública en este caso; sólo en ciertos supuestos en los que el objeto contractual es de gran valor; por ejemplo, automóviles, se decidirán los contratantes a acudir a la Notaría. No obstante, pudiera darse el caso y el problema surge cuando se trata de dilucidar la fórmula del otorgamiento.

Los bienes muebles, salvo cuando se trata de la hipoteca mobiliaria o de la prenda sin desplazamiento, se mueven en el ámbito extra registral, y, por tanto, de momento no nos interesa la legislación hipotecaria y sí el derecho civil puro.

El artículo 1.407 del Código Civil dispone que «se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Estamos plenamente conformes con la opinión predominante en la doctrina de que a este respecto la confesión del carácter privativo del dinero con que se adquirió el bien, hecha por un cónyuge en favor del otro no es prueba, por la razón de que ello chocaría contra el artículo 1.232, párrafo 2.º, el artículo 1.334, el artículo 1.315, que viene a establecer en defecto de régimen económico antes del matrimonio como régimen *legal* el de gananciales, régimen que sería burlado y modificado después del matrimonio, si se admitiera la virtualidad probatoria de esa confesión, contravieniendo también el artículo 1.319, todos del Código Civil.

En consecuencia, pues, la referida confesión *no prueba nada*, y, por tanto, tampoco prueba que los bienes sean gananciales; sólo queda en pie la presunción *juris tantum* del antedicho artículo 1.407.

La cuestión se circunscribe a si el Notario debe atenerse a este artículo al redactar la escritura o a las manifestaciones de los comparecientes.

En el primer caso los bienes deben tratarse como gananciales y así sería el marido el que habría de comparecer a enajenarlos, si la enajenación es onerosa (artículo 1.413 del Código Civil). Si la enajenación fuera gratuita no podrá hacerla el marido por sí solo, salvo que se tratase de donaciones «moderadas» para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo.

Ante el peligro del término «moderadas», que depende en definitiva de una comparación entre el valor de lo donado y el caudal de la sociedad de gananciales, por un lado, lo que hace que el concepto sea plenamente relativo, y, por otro lado, de las circunstancias y motivaciones de la donación, hace en nuestra opinión que deba adoptarse como más segura la intervención del consentimiento sustantivo de los dos cónyuges en el acto dispositivo. Al decir sustantivo, queremos eludir la forma de «licencia» del marido a un consentimiento contractual de la mujer, que es la solución establecida para la enajenación de parafernales en el artículo 1.387, así como el «consentimiento» de la mujer, es decir, la disposición del marido con consentimiento de la mujer, que es la solución del Código Civil para la enajenación onerosa de gananciales inmuebles o establecimientos mercantiles, según el artículo 1.413 de dicho Cuerpo legal, en su actual redacción, sino que

aquí habrá que aplicar el «tanto monta, monta tanto» y habrían de ser los dos cónyuges los otorgantes. La fórmula podría ser: (En la comparecencia): ... De una parte como *donante* los cónyuges don ... y doña (Y en la parte dispositiva): Don ... y doña ... donan de común acuerdo a don ... Pero a todo lo que hemos afirmado hasta aquí cabe oponer que si la confesión de que el dinero con que se adquirieron los bienes era privativo de un cónyuge, no preguzga él que aquéllos lo sean, no quiere decir que por ello sean gananciales, sino que se «presumen» gananciales, y que en principio, en cuanto a la fórmula escrituraria, habría que estar a las manifestaciones de los comparecientes, si bien en buena técnica, procedería la correspondiente advertencia notarial de que tal confesión no prueba ese carácter privativo y que si el mismo no pudiera ser probado por otro medio, el régimen del bien que se transmite ha de ser el de gananciales.

Esto así daría lugar a que si no se verificara tal prueba y el bien hubiera sido enajenado por la mujer con licencia del marido, en aras de que éste hubiera confesado que el dinero con el que se adquirió era privativo de aquélla, los herederos (si no el marido por el principio jurídico de que nadie puede ir contra sus propios actos) podrían impugnar la transmisión por deficiencia en el otorgamiento, ya que éste correspondía exclusivamente al marido, y no a la mujer con licencia de aquél.

El que, en principio, deba estarse a las manifestaciones de los comparecientes y, por tanto, a la referida confesión, independientemente de la falta de virtualidad probatoria de ésta, resulta la cuenta a inmuebles, como veremos, del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, regla 2.^a, para el supuesto de adquisición conjunta de cónyuges. En principio se admite la virtualidad de la confesión de un cónyuge de que el dinero era privativo del otro y, por ello, lo adquirido se inscribe a nombre de éste haciendo constar la circunstancia de dicha confesión, pero en armonía con la falta de eficacia probatoria de la confesión, «el asiento no prejuzga la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes».

Estas consideraciones nos mueven a proponer una solución formularia de «dos cañones». Podría ser ésta (compareciendo los dos conyuges):

... Manifiestan los comparecientes que tales bienes fueron adquiridos constante matrimonio con dinero de la exclusiva pertenencia de ...

1) Si se asigna a la mujer, en concepto de parafernál. El otorgamiento se hará por la mujer con licencia del marido (artículo 1.378 del Código Civil). Si con el carácter de dote inestimada y la mujer es mayor de edad, igual solución (artículo 1.361), aparte de la posibilidad condicionada del último párrafo del artículo 1.358, en cuanto a efectos públicos, valores cotizables y bienes fungibles. Y en todo caso, haciendo constar a continuación: «y si por no poder probarse el referido carácter privativo del dinero, resultare legalmente ganancial lo enajenado, los dos cónyuges prestan su consentimiento conjunto para este acto (si la enajenación es gratuita), salvo el supuesto ya examinado con reserva, en el que el marido puede donar por sí solo, en cuyo caso, y como fórmula menos segura, podría ponerse: «y si por no poder probarse..., don... (el marido) otorga su consentimiento sustantivo para este acto,

Si la enajenación es onerosa, procede la misma solución anterior, ya que el marido puede enajenar los gananciales muebles por sí solo.

2) Pertenencia privativa asignada al marido:

a) *Enajenación gratuita*.—En la «intervención» se haría constar: «intervienen don ..., en su propio nombre y derecho y doña ... para prestar conjuntamente con su marido, como así hace, el consentimiento contractual si no se probase el carácter privativo de los bienes que se va a confesar».

En el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.415 no habría problemas, pues tanto si los bienes se configuran como privativos del marido, o como gananciales, puede aquél por sí solo enajenarlos, aunque volvemos a repetir que, dada la inseguridad del concepto «moderadas», es más firme hacer intervenir el consentimiento contractual conjunto de ambos cónyuges.

b) *Enajenación onerosa*.—No hay problema en este caso, porque tratándose de bienes muebles son iguales los requisitos legales para su disposición, tanto si los bienes son gananciales como si son privativos del marido, puesto que el marido puede actuar por sí

solo, la única razón de ser de intervenir la mujer será para *confesar* el carácter privativo de los bienes en favor del marido, cuya confesión es inoperante, como vimos ya.

B) BIENES INMUEBLES.

Este es el supuesto que cae más frecuentemente en nuestro campo.

Sobre el particular, así como respecto a los establecimientos mercantiles, la Ley de 24 de abril de 1958 ha modificado el artículo 1.413, en el sentido de exigir la intervención del consentimiento de la mujer al acto dispositivo del marido si los referidos bienes son gananciales.

Las soluciones a adoptar en orden a juicio de capacidad y fórmula de otorgamiento dependerán igualmente del juego que atribuyamos al artículo 1.407 del Código Civil y a la confesión del carácter privativo de uno de los cónyuges del dinero con que se adquirieron los bienes.

Nuestra opinión es, como dijimos, la de que en principio, y como punto de partida, debe aceptarse la confesión y el régimen que de ella resulta sin perjuicio de dejar cubierta la posibilidad de que el carácter privativo del dinero no sea probado por un medio que tenga la virtualidad probatoria de la que carece al respecto la confesión.

Según esto, veamos los siguientes supuestos:

a) Enajenación gratuita.

1.º Pertenencia privativa asignada a la mujer.

«Si a la misma se la diese el carácter de parafernalia, se haría constar en la «intervención»: Doña ..., por su propio nombre y derecho, y don ..., para prestar, como así hace su licencia marital para este acto, ... ambos, en su propio nombre y derecho, a otorgar su consentimiento contractual conjunto, caso de no probarse el carácter privativo de los bienes que después se *confesará*.»

Si se la diese el carácter de dote inestimada, se estaría al régimen del artículo 1.361, ya examinado, otorgando, por tanto, en este caso, la mujer con licencia del marido, si aquella es mayor de

edad, y si es menor, con la del marido (según la opinión predominante en la doctrina), la del Juez y la de las personas determinadas en el artículo 1.352, y a continuación se haría constar igualmente: «y para el caso de no resultar probado el carácter privativo de los bienes que después se *confesará*, los dos cónyuges intervienen por su propio derecho para otorgar, como así hacen, su consentimiento contractual conjunto para este acto».

2.º Pertenencia privativa asignada al marido.

En este caso comparecerían los dos cónyuges, y en la «intervención» se diría: «Intervienen don ..., en su propio nombre y derecho, para otorgar este acto, y doña..., también en su propio nombre y derecho, para otorgar, como así hace, el consentimiento contractual conjunto con su marido, caso de no probarse el carácter privativo, que se *confesará*, del dinero con que se adquirieron los bienes».

b) Enajenación onerosa.

1.º Pertenencia privativa asignada a la mujer.

Si la confesión asigna a los bienes el carácter parafernial, en principio la misma solución que para las enajenaciones gratuitas. Se haría, pues, constar en la «intervención»: «Interviene doña ..., en su propio nombre y derecho, y don ..., para otorgar, como así hace, su licencia marital para este acto, y caso de no resultar probado el carácter privativo de los bienes que se *confesará* (aquí ya varía la solución, pues por tratarse de enajenación onerosa el Código Civil sólo exige el consentimiento de la mujer al acto del marido, voluntad adhesiva, distinta, como dijimos, de un consentimiento contractual conjunto). Los dos, por su propio derecho, para disponer el marido y otorgar la mujer el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código Civil.»

Si la confesión asigna el carácter de dote inestimada a los bienes, se estaría al repetido artículo 1.361, y a continuación se haría constar: «Para el caso de no resultar probado el carácter privativo de los bienes que se confiesan, intervienen ambos en su propio nombre y derecho para disponer el marido y otorgar la esposa el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código Civil, como así hace, para este acto.»

2.º Pertenencia privativa asignada al marido.

En este caso la solución que proponemos es que comparezcan los dos y en la «intervención» expresar: «Interviene don ..., por su propio nombre y derecho, para otorgar este acto, y doña ..., también en su propio nombre y derecho, para otorgar el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código Civil, a la disposición de su marido, caso de no resultar probado el carácter privativo del dinero con que se adquirieron los bienes que se *confesará*.»

Esta me parece la solución correcta a las exigencias planteadas por el artículo 1.407 de nuestro primer Cuerpo legal, en relación con las confesiones que asignan carácter privativo a bienes entre cónyuges.

En mi aún escasa práctica profesional, he autorizado una escritura de venta en la que, por haber confesado el marido que la finca objeto del contrato había sido comprada constante matrimonio con dinero privativo de la mujer, fué tratado como parafrenal, y, por tanto, fué la mujer la otorgante con licencia marital. El compañero Registrador de la Propiedad no admitió la inscripción, por entender que el bien era «presuntivamente ganancial», mientras no se probara el carácter privativo del dinero, y que debía, por tanto, ser el marido el otorgante, con el consentimiento de la mujer.

Por no existir en este caso otros interesados en la comunidad de gananciales, se hizo una subsanación en ese sentido; subsanación que yo no hubiera verificado en otro caso, porque si bien es cierto que la confesión no es prueba en orden a asignar carácter privativo a los bienes, no puede obligárseles a que se reconozcan como gananciales los mismos por no poseer de momento prueba eficaz que desvirtúe la presunción del artículo 1.407, pues si así se hiciera siempre, quedaría una constancia escrita en documento público de *reconocimiento* de un carácter ganancial que quizá no tenían los bienes, lo cual sería prácticamente una barrera insalvable cuando trataran los interesados por otros medios de probar que verdaderamente lo adquirido, por serlo el dinero con que se adquirió, era privativo de uno de los cónyuges. (Nótese que cuando la confesión es positiva en orden al carácter ganancial, es decir, afirmativa de ese carácter, tiene todo su valor probatorio, ya que no existen ninguna de las razones en contra que hemos recogido

respecto a la que niega el carácter ganancial.) Precisamente este es el punto de vista que anima al artículo 95 del Reglamento Hipotecario que se refiere a confesiones de «Adquirentes», no de enajenantes respecto a su previa adquisición. La confesión tiene constancia registral y se admite en principio cierta virtualidad a la misma, pues se inscribe la titularidad a nombre del que se reconoce por ella propietario, pero en este punto quedan enervadas las presunciones de exactitud del Registro, pues el «asiento no prejuzga la naturaleza de los bienes», según dice el citado artículo 95, y ello es así, porque tales presunciones de exactitud chocan con la del artículo 1.407 del Código Civil, que es de signo contrario.

EMILIO CASASÚS HOMET.

Notario.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

PRÓRROGA DE ANOTACIÓN PREVENTIVA PRACTICADA EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL ART. 70, REGLA 7.^a, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, «ANTES DE SU REFORMA».—SI BIEN LA REGLA GENERAL, CONFORME AL ARTÍCULO 204 DEL MISMO, ES QUE LAS ANOTACIONES DE SUSPENSIÓN POR DEFECTOS SUBSANABLES, SÓLO POR MANDAMIENTO JUDICIAL PUEDEN PRORROGARSE, DADAS LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, O SEA PENDER LA INSCRIPCIÓN DEL ACTA DE LA DEL REGISTRO ADMINISTRATIVO DE AGUAS, Y SUS ANALOGÍAS CON EL SUPUESTO DEL ART. 205 DEL CITADO REGLAMENTO HIPOTECARIO, ACONSEJAN ACCEDER A QUE LA EXPRESADA PRÓRROGA PUEDA LLEVARSE A CABO POR SIMPLE SOLICITUD DEL INTERESADO.

Resolución de 6 de febrero de 1960, «B. O. del E.» de 23 de febrero.

Por acta autorizada por el Notario de Santibáñez de Vidriales, don Eugenio Mata Espeso, el 6 de noviembre de 1957 se declaró probado por notoriedad que don A. S. era dueño, por prescripción, de un aprovechamiento de aguas para fuerza motriz de un molino harinero.

Presentado en el Registro el anterior documento el 4 de marzo de 1958 «fué suspendida la inscripción por no justificarse la inscripción del aprovechamiento a que se refiere, y tomada anotación

de suspensión a instancia del presentante». En instancia de 5 de Enero de 1959, firmada por el recurrente, por no estar aún terminado el expediente administrativo, se pidió al Registrador, al amparo de lo establecido en el art. 206 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 8 de noviembre de 1955, la prórroga de la anotación preventiva hasta ciento ochenta días de la fecha del asiento de presentación del documento que dió origen a la misma, siendo calificada con la siguiente nota: No practicado el asiento a que se refiere la presente instancia, toda vez que la prórroga que concede el artículo 205 del Reglamento Hipotecario se aplica a las anotaciones preventivas tomadas por falta de previa inscripción, conforme al párrafo tercero del art. 20 de la Ley, supuesto concreto y excepcional dentro de la regla general del artículo 204 del mismo Reglamento, referente a la prórroga judicial, supuesto este último en que encajaría la prórroga interesada, ya que la anotación practicada lo fué en virtud del art. 70, regla 7.ª, del tan repetido Reglamento Hipotecario.—Benavente, 20 de enero de 1959.»

Interpuesto recurso por el interesado, don A. S., la Dirección revoca la nota calificadora y auto del presidente de la Audiencia, por la dúctil doctrina siguiente:

Que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si una anotación preventiva practicada en virtud de lo dispuesto en el art. 70, regla 7.ª, del Reglamento Hipotecario, puede ser prorrogada por simple solicitud hecha por la parte interesada, o si, por el contrario, es necesario un mandamiento judicial.

Que si bien el Decreto de 17 de marzo de 1959 introdujo una serie de alteraciones en el texto de diversos preceptos del Reglamento Hipotecario, al modificar la redacción del art. 70 y disponer que la duración de la anotación preventiva extendida en virtud del acta de notoriedad, para acreditar haber adquirido por prescripción los aprovechamientos de aguas, sea la de cuatro años, plazo señalado por el art. 86 de la Ley, como general, al resolver este expediente deben tenerse en cuenta los términos en que aparecía redactado dicho artículo en la fecha en que se llevó a cabo la calificación del documento.

Que las anotaciones de suspensión por defectos subsanables po-

drán ser prorrogadas, como regla general, según el art. 204 del Reglamento, siempre que el juez o Tribunal lo decrete en mandamiento que deberá ser presentado en el Registro antes de que haya caducado el plazo de sesenta días establecido en la Ley, pero cuando se trata de anotaciones tomadas por falta de previa inscripción existe un procedimiento especial más sencillo, mediante el cual es suficiente dirigir una solicitud al Registrador y que, a juicio de este funcionario resulte acreditada la causa que impedía la subsanación del defecto.

Que como en el presente caso se trata de inmatricular un aprovechamiento de aguas públicas como finca especial del que se tomó anotación de suspensión, por no hallarse inscrito en el Registro Administrativo de Aguas, y como esta inscripción no ha podido ser obtenida dentro del plazo de duración de aquel asiento, dió motivo a una petición de prórroga, que si bien habría que reputar incluida en la regla general antes expresada, sin embargo, atendidas las circunstancias temporales del caso y su analogía con el supuesto del art. 205 del Reglamento Hipotecario, aconsejan acceder a lo solicitado.

Podríamos calificar este recurso de «historia», pues la acertada reforma de la regla 7.^a del art. 70 del Reglamento Hipotecario—de tanta necesidad como lo que antecede pone de relieve—, al remitir las anotaciones que nos ocupan al plazo genérico del art. 86 de la Ley, con su prórroga, ha dejado bien clara la cuestión.

Puede verse, sobre lo que del particular dice LA RICA, en nuestras notas a sus *Comentarios sobre la reforma del Reglamento Hipotecario*, en las páginas 623 y 624, esta Revista, año 1959.

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE DOMINIO.—PRETENDIÉNDOSE EJECUTAR UNA SENTENCIA FIRME, NO PUEDE CALIFICARSE DE CANCELACIÓN «PROVISIONAL» LA DECRETADA AL AMPARO DEL ART. 1.786 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL POR EL CUAL LAS AUDIENCIAS, EXCEPCIONALMENTE, A PETICIÓN DE PARTE PUEDEN ORDENAR LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA CONTRA LA QUE SE HUBIESE ADMITIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, CON LA FINALIDAD DE HACER EFECTIVA LA SITUACIÓN JURÍDICA DECLARADA Y CON LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR O RESTITUIR, NO LOS MISMOS

BIENES O DERECHOS, SINO SU VALOR, EN EL CASO DE QUE SE DIESE LUGAR A LA CASACIÓN, EN GARANTÍA DE LO CUAL IMPONE LA NECESIDAD DE CONSTITUIR LA CORRESPONDIENTE FIANZA A LA PARTE QUE INSTASE LA EJECUCIÓN.

Resolución de 4 de abril de 1960, «B. O. del E.» de 18 de abril.

D.^a M. B. demandó, entre otros, a don D. E., don L. G., don E. E. y don E. B., sustituido después por su viuda y heredera doña M. R., contra quienes reclamaba la propiedad de una finca sita en el barrio del Pacífico, camino de Valderribas, de esta capital. El Juzgado núm. 3 acordó que las inscripciones registrales a nombre de los demandados se rectificasen, haciendo constar otra distinta más conforme a lo fallado, del modo que se fijaría en la ejecución de la sentencia; los condenados apelaron del fallo, que fué confirmado por la Audiencia Territorial el 15 de noviembre de 1951, el cual quedó firme, por haber desestimado el Tribunal Supremo el recurso de casación. La demandante solicitó del Juzgado núm. 3 la cancelación total de las nuevas inscripciones registrales de parcelas, en cuanto procedían por segregación de la finca matriz cuya inscripción estaba mandada rectificar, siempre que no perjudicase a tercero; el Juzgado denegó esta medida, y, apelada la resolución, la Audiencia accedió a la pretensión de la demandante; contra el auto de la Audiencia los demandados prepararon recurso de casación, por lo que la demandante solicitó de la Sala, al amparo del artículo 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la ejecución, previa fianza, del auto que decretaba la cancelación de inscripciones existentes a nombre de los demandados. Así lo hizo la Sala, señalando al efecto la correspondiente fianza. Por otra providencia de 22 de enero de 1957 la Sala acordó se librase Carta-Orden al Juzgado para la ejecución provisional acordada, y el Juzgado procedió a expedir el oportuno mandamiento.

Presentado en el Registro el anterior documento, fué calificado con la siguiente nota: «Denegada la cancelación del Juzgado de primera instancia núm. 3, de esta capital, su fecha 18 de marzo de este año, por adolecer de los siguientes defectos: Primero. No ser firme el auto dictado por la Sala primera de lo Civil de la Au-

diencia Territorial de esta capital con fecha 3 de noviembre de 1956, en el que se decreta la cancelación, puesto que contra el mismo ha sido interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, según se acredita con una certificación expedida el 3 del actual mes por don Antonio López Hernández, Relator-secretario de la Sala de dicha Audiencia, que fué presentada en esta oficina el mismo día, a las trece horas, originando el asiento número 1.122 del diario 73. Segundo. Y no ser admisible ni poder tener acceso al Registro de la Propiedad la cancelación ordenada, ya que la ejecución del citado auto tiene carácter provisional, según consta en la providencia dictada por dicha Sala el 22 de enero del año en curso. Considerando ambos defectos insubsanables, no procede tomar anotación preventiva.—Madrid, 7 de mayo de 1957.»

Interpuesto recurso, la Dirección revoca el auto del presidente de la Audiencia y nota del Registrador (que la había confirmado), en méritos de la siguiente doctrina:

Que la necesidad de firmeza de las resoluciones judiciales que ordenen la práctica de algún asiento en el Registro, es una lógica consecuencia de la garantía y seguridad que deben ofrecer los pronunciamientos de los libros registrales cuya eficacia no debe quedar desvirtuada por las nuevas resoluciones que modifiquen las dictadas por los Tribunales inferiores, por lo que el art. 82 de la Ley Hipotecaria exige para la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas, sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, y norma semejante es la contenida en el art. 919 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer que ha de ser firme la resolución para proceder a su ejecución.

Que una de las aspiraciones del Derecho Procesal es la de obtener la mayor seguridad y celeridad en la Administración de Justicia y aunque los recursos concedidos por la Ley a los particulares constituyen una medida para conseguirlo con mayor eficacia, en determinados casos hábilmente manejados, pueden convertirse, si se abusa de ellos, en una forma de dilatar la efectividad de los fallos y decisiones judiciales, con el consiguiente peligro de que si la pretensión de ejecución no puede realizarse hasta que esté agotada toda posibilidad de impugnación, el derecho material decla-

rado por el Juez queda expuesto a múltiples contingencias, e incluso a su desaparición.

Que para evitar estas consecuencias, aunque no con la amplitud que en otros sistemas de Derecho comparado, por el art. 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se permite excepcionalmente que las Audiencias a petición de parte puedan ordenar la ejecución de sentencia contra la que se hubiese admitido el recurso de casación, con la finalidad de hacer efectiva la situación jurídica declarada y con la obligación de indemnizar o restituir, no los mismos bienes o derechos, sino su valor, en el caso de que se diese lugar a la casación, en garantía de lo cual impone la necesidad de constituir la correspondiente fianza a la parte que instase la ejecución.

Que del expediente en cuestión aparece que la recurrente obtuvo sentencia, que quedó firme, por haber desestimado el Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto, en la que se declaraba el dominio de determinada finca y se ordenaba que se hiciese la rectificación en el Registro de la Propiedad; ahora bien, por haber caducado la anotación preventiva, al no haberse solicitado su prórroga, los demandados pudieron parcelar el inmueble e inscribir las nuevas entidades formadas, algunas de las cuales enajenaron a terceras personas, y cuando fué solicitada la ejecución de la sentencia respecto de aquellas parcelas que aún estaban inscritas a su favor, brotaron una serie de incidentes, motivados quizá por el propósito de retrasar el cumplimiento de la sentencia firme, uno de los cuales dió lugar a otro recurso de casación y a que la audiencia adoptase la medida excepcional establecida en el art. 1.786 de la Ley Procesal, mediante providencia que quedó firme, y que no debe impedir su acceso al Registro, y dada la semejanza con lo dispuesto en el art. 391 de la misma Ley respecto de la apelación en un solo efecto.

Por tanto, que no se trata de practicar una cancelación «provisional» de la inscripción de dominio, que no sería admisible, puesto que, como tiene declarado la Resolución de 27 de diciembre de 1945, por su carácter absoluto, finalidad y efectos, los asientos de cancelación no consienten la sumisión a limitaciones o condicionamientos, ni se avienen a la simultaneidad de extinción y existencia, sino lo que se pretende es ejecutar una sentencia firme, y para ello se debe rectificar el Registro mediante las cancelaciones ordenadas.

Con su penúltimo Considerando (que damos por reproducido) se justifica cumplidamente nuestro Ilustre Centro de la equidad de su pronunciamiento en la cuestión sometida a su decisión.

Y es que como escribiera —generalizando, entre burlón y docto— CARNELUTTI, «una expresión más notable de la tabes orgánica del proceso que es su duración, consiste en el otro peligro de que la justicia llegue con retraso: por ejemplo, que la condena por alimentos se pronuncie cuando la persona necesitada... haya muerto de hambre».

Dice MANRESA, al comentar ese artículo 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el que gira el problema debatido, que la ejecución que determina de la resolución recurrida, no puede tener hasta que el recurso se resuelva en definitiva, más que un carácter meramente provisional, que quedará nula si la sentencia se casa, «en cuyo caso se aplicará la fianza prestada por el que ha resultado vencido a los efectos para que fué exigida».

O sea, como dice la Dirección (tercer Considerando) se permite —mediante ese art. 1.786 E. C.— «hacer efectiva la situación jurídica declarada, con la obligación de indemnizar o restituir, no los mismos bienes o derechos, sino su valor, en el caso que se diese lugar a la casación».

Sencillamente, puede concretarse, se subrogan bienes, cosas, por dinero, y esto para evitar la aparición de terceros (¿y la buena fe?) y, sobre todo, que en forma alguna pueda hablarse de cancelación *provisional* (último Considerando).

Pero es singular la consecuencia que se desprende. Con la aplicación del repetido artículo— 1.786, E. C.— el poder judicial ha determinado una realización de valor de bienes que discrecionalmente, por su exclusiva creación, declaró afectos a tan original privilegio. Privilegio que, con ausencia de derecho de persecución (por lo que así le caracterizamos), ha anticipado el de realización de valor, extrayendo bienes a un titular registral mediante un importe que él mismo (el Poder judicial) fijó, o sea la fianza.

Esta realización o efectividad, mejor, de valor anticipada, posee otra singularidad: la de *asegurar un incumplimiento*: el de una resolución que bien puede ser casada. En esencia, se determina una expropiación en que una parte, la principal afectada, el titular registral, no ha sido tomada en cuenta.

Se dirá que todo dimana de una sentencia anterior, que en gracia a ese artículo procesal, se *ejecuta*. Que así se cumple la justicia... Con lo cual bien podrán aducir los comentaristas de aquella Ley (la de procedimientos) que la garantía real—la de ese singular privilegio de su art. 1.786—, no es más que un simple instrumento procesal, y, con un paso más, que toda garantía de tal especie no es sino una modalidad de la acción ejecutiva.

¿No se asesta con ello un duro golpe a nuestro organismo hipotecario, tan riguroso, tan formalista, tan técnicamente elaborado?

Por lo mismo—como adujo el Registrador en su informe— debería haberse tenido en cuenta que, como declaró la sentencia de 30 de enero de 1896, el art. 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tiene más eficacia que la interina propia de su naturaleza, es excepcional, y se refiere más bien a procedimientos en que cabe otro juicio depurador, reparable y de menos peligro. Y esto sin entrar a discutir (para no incurrir en el enojo de la Sala sentenciadora, cual le sucedió al autor de la nota, como se desprende del informe de aquélla) sobre si en la cuestión debe primar la Ley Hipotecaria sobre la Procesal y de aplicar con todo rigor, en consecuencia, el art. 82 de dicha Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

VÉASE: CARNELUTTI, *Estudios de Derecho procesal*, t. I.

MANRESA, *Comentarios*, t. VII.

Y el sugestivo artículo de FERRANDIS VILELLA, *Introducción al estudio de los Derechos reales de garantía*, en «Anuario de Derecho civil», t. XIII, fascículo I.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

I.—Familia.

SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1959.—*Matrimonio civil nulo por ser católica la mujer. Pérdida de la condición de católico.*

Antecedentes.—Doña A. contrajo matrimonio civil con don C. en julio de 1946, ante un Juez municipal de Madrid. En 1952 demandó en juicio declarativo de mayor cuantía a su esposo, solicitando se declarase nulo el matrimonio civil, por ser católica. El demandado se opuso, basándose en que la actora pertenecía a la doctrina evangelista al contraer matrimonio.

El Juzgado de primera instancia estimó la nulidad del tal aludido matrimonio e hizo los pronunciamientos derivados de tal nulidad: nulidad de inscripciones, legitimidad de hijos, etc.

La Audiencia territorial revocó la sentencia de primera instancia y absolvió de la demanda al marido.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirmó la sentencia de primera instancia. Son sus principales razonamientos:

Que del estudio de lo actuado se desprende que se ha acreditado documentalmente que la recurrente recibió el sacramento del bautismo, por lo que, conforme al canon 87 del Código Canónico, ingresó en la Iglesia Católica, formando como persona en la misma, y como quiera que dicho sacramento imprime carácter—canon 732—, su cualidad de católica la acompaña toda la vida, perdiéndola únicamente o bien por ser arrojada de la Iglesia católica por excomunión o por abandono voluntario mediante la apostasía formalmente acreditada. Si bien concurren en dicha recurrente diversas circunstancias que pudieran suponerla incurso en la sanción que señala el canon 2.319, y como más genuina la de presentar a su hijo varón a ministros católicos para su ingreso en

la religión de éstos y en ella ser educado, y también ha manifestado públicamente y en documentos y actos oficiales su separación del catolicismo y su ingreso en otra religión, lo cierto y positivo es que no consta que por las autoridades competentes de la Iglesia católica se haya hecho declaración sobre ninguno de los dos extremos referidos y habrá de considerarse a la recurrente como católica, al carecer esta jurisdicción de competencia para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia, por alguno de los motivos enunciados.

Sentada la anterior doctrina, no puede ofrecer la menor duda que, tanto conforme al canon 1.099 como a lo dispuesto en el art. 42 del Código Civil, en su redacción anterior, dada la fecha del matrimonio, y Orden de 10 de marzo de 1941, doña A. venía obligada a celebrar su matrimonio de forma canónica. Como quiera que no lo hizo, y, por el contrario, lo celebró en forma civil, y éste se practicó con todos los requisitos extrínsecos, puesto que figuró documentalmente que estaba afiliada a otro credo, es obligado determinar las consecuencias jurídicas de tal ficción, en orden a los efectos producidos por el matrimonio de los litigantes, en pugna, tanto con los preceptos canónicos como con los civiles enunciados.

Que es principio de Derecho que los actos jurídicos como el matrimonio, revestidos de todas las circunstancias extrínsecas o formales, sólo son susceptibles de anulación en aquellos casos que la Ley lo determine expresamente, sin que quepa en modo alguno su ampliación analógica ni por similitud con disposiciones dictadas para relaciones jurídicas diferentes; y teniendo en cuenta que, además de estar implícitamente comprendido, según la doctrina, en el número 4.º del art. 101 de la Ley sustantiva civil, está integrado en forma inequívoca en tal art. 42, sustancial en la materia, que entraña la definición y esencia de la institución; parece evidente que, conforme al art. 4.º del mismo Código, el matrimonio celebrado por los litigantes es nulo con nulidad radical, como realizado contra lo dispuesto en la Ley. La sentencia impugnada, al declarar su validez, ha interpretado erróneamente los preceptos referidos, con violación del últimamente citado. La nueva redacción dada al citado art. 42 por la Ley de 24 de abril de 1958, es más taxativa en la obligación que impone a los católicos, de contraer matrimonio canónico, que la anterior, y aun cuando no sea de aplicación al caso cuestionado por su fecha, persiste y refuerza una orientación que no cabe desconocer.

A mayor abundamiento, que confirma la anterior doctrina, el hecho de que para que pudiera celebrarse el matrimonio civil de los litigantes fué preciso que la recurrente ocultara su condición de bautizada en la Iglesia católica, fingiendo, por una certificación que después declaró falsa su propio firmante, que militaba en otra Iglesia, ya que, en otro caso, el matrimonio no se hubiera podido realizar, conforme a lo dispuesto en la citada Orden de 1941. Llegando, en el supuesto de no haber obtenido la referida certificación, a tener que presentar declaración jurada de no estar bautizada, a cuya exactitud quedaba ligada la validez y efectos civiles del matrimonio, y como hubiera resultado falsa la declaración, también habría sido nulo el matrimonio.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1960.—Contiene análoga doctrina a la que se acaba de exponer.

III.—*Obligaciones y contratos.*

SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1959.—*Arrendamientos urbanos.*—El cambio de socio de una Sociedad de responsabilidad limitada no implica traspaso.

Se arrendó un local de negocio a una Sociedad de responsabilidad limitada compuesta de dos socios. Uno de ellos se apartó de la Sociedad y entró a formar parte de la misma la esposa de otro. Basándose en tales hechos, el demandante pretendía la resolución del contrato de arrendamiento por traspaso ilegal.

El demandado se opuso, por entender que la Sociedad seguía siendo la misma.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia y declaró haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento. El Tribunal Supremo, en recurso de injusticia notoria, confirmó la sentencia de primera instancia, razonando, en síntesis, así:

Que el fallo declaratorio de la pedida resolución de la relación arrendaticia del local de negocios, ocupado en el momento de la demanda por la Sociedad de responsabilidad limitada, inmatriculada en el Registro Mercantil en el que no consta inscrita su disolución, razón por la cual el recurrente y el juzgador reputan a dicha entidad legítima arrendataria, incide en la infracción de los artículos 35, párrafo 2.º, y 1.669 del C. C., 116 del de Comercio y 149, párrafo 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior, denunciados en el recurso. Según los mencionados preceptos, las Sociedades de responsabilidad limitada inscritas en el Registro Mercantil, gozan, como todas las Asociaciones, de interés particular legítimamente constituidas, de una personalidad distinta de la de cada una de las personas naturales que la integran, en calidad de socio y, consecuentemente, de una capacidad propia, excluyente e inconfundible, de la de sus miembros individuales, que las erige en sujetos autónomos de obligaciones y derechos privativos e independientes.

El Registro Mercantil proclama la existencia de la Sociedad y la posibilidad de transmitir las participaciones sociales. La Sociedad subsiste, a pesar de tales transmisiones y, por ello, no puede estimarse la existencia de traspaso.

SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1959.—*Compra de un cuadro objeto de arte: Derecho de tanteo. Pago por el vendedor del Impuesto de Derechos reales: Derecho a resarcirse del mismo.*

Son declaraciones de esta sentencia:

Que las disposiciones que regulan la protección del Patrimonio Artístico Nacional contenidas en la Ley de 13 mayo 1933, su Reglamento de 16 abril 1936 y los Decretos de 6 diciembre 1936, 22 abril 1938 y Orden de 17 mayo 1941, establecen limitaciones al derecho absoluto de dominio, consistentes, principalmente, en libertad de los anticuarios para vender las obras de arte, pero con la obligación de dar cuenta a la Junta Superior del Tesoro Artístico cuando el precio sea superior a 50.000 pesetas, para que pueda ejercer el derecho de tanteo.

Aparece, pues, evidente que tales preceptos no contienen prohibición alguna, ni siquiera limitación al derecho de disponer, creando sólo una obligación de tipo administrativo, sin estatuir sanción para el incumplimiento.

Del pago del Impuesto de Derechos reales correspondiente al comprador y hecho por el vendedor, debe resarcirse éste, pues efectuado sin que conste la expresa voluntad en contra de aquél, debe reputarse hecho en su utilidad.

SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1959.—*Contrato de corretaje.—Cuándo procede el premio o comisión.*

El contrato de corretaje supone y tiene por natural contenido la intervención activa de una persona —mediador—, bien para informar a otra de la simple ocasión y oportunidad de la conclusión de otro contrato, ora para prestar, mediante una prima, los servicios atinentes a conseguir la coincidencia de voluntades entre sujetos que deseen formar entre sí un vínculo o negocio jurídico principal al que se endereza en calidad de instrumento el preparatorio del corretaje. Salvo pacto, el premio o prima únicamente se debe en el supuesto de que este último llegue a feliz término, gracias a las actividades del mediador, cualquiera que sea el esfuerzo realizado en tal sentido, por ser, en esencia, un contrato de resultado positivo, según la doctrina y los distintos ordenamientos que regulan esta figura o tipo contractual, variando tan sólo por lo que afecta a los gastos y su reembolso en el desempeño del específico cometido. Se precisa, además, que el corredor o mediador no se halle preliminarmente ligado a las partes, cuyas voluntades aproxima y aúna, por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación, pues entonces existirán fuentes de obligaciones distintas y bien diferenciadas del corretaje y próximas a él no obstante.

La venta del caso debatido fué consecuencia directa e inmediata de un concurso publicado en la Prensa, y es precisamente este concurso público el que rechaza la posibilidad de que haya existido un contrato de mediación verdadero, pues la libre concurrencia de aquél es incompatible con las gestiones eficaces que constituyen la causa de la mediación.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1959.—*Usura en negocios mercantiles o industriales.*

Reitera la moderna doctrina de que no quedan al margen de la Ley de Usura los contratos u operaciones mercantiles o industriales, si bien al estar presididos por la idea de lucro, debe autorizarse una mayor libertad en la contratación y aplicarles la norma especial cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso.

SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1959.—*Arrendamientos urbanos.—Concepto de aparcería.—Arrendamiento de industria de espectáculos.—No aplicable la reducción de la renta pactada a la declarada a efectos fiscales.*

Se convino que el señor B percibiría por la cesión del «Palacio Central», el 18 por 100 de la recaudación de taquilla, descontándose los impuestos a cargo del público, sin que en ningún momento los ingresos pudieran ser inferiores a la suma de 100.000 pesetas anuales.

¿Estamos ante un contrato de aparcería industrial o ante un arrendamiento? El Tribunal Supremo entiende que el contrato de aparcería, tal y como

lo ha perfilado la doctrina y la jurisprudencia, a falta de una definición legal, conjugando elementos de los de arrendamiento y Sociedad, se caracteriza por la participación que el propietario tiene en el resultado de la explotación, dependiendo sus ingresos del resultado próspero o adverso del negocio y asumiendo el riesgo derivado de un posible fracaso, con la consiguiente circunstancias aleatorias en cuanto al final económico de aquélla. Como quiera que esa cantidad—las 100.000 pesetas—debe reputarse como compensadora en relación a la índole del negocio de espectáculos, especialmente el de cinematógrafo, que se explotaba, y el valor del inmueble que cedió el propietario, queda excluida la idea de riesgo que caracteriza el contrato de arrendamiento por aparcería, al estar asegurado en dicha cantidad el legítimo producto del capital del arrendador, quedando además la posibilidad de aumentarlo por el resultado próspero del negocio que le concede la cláusula 5.ª, como de hecho ha venido sucediendo, y, en su consecuencia, el contrato debe ser calificado de arrendamiento.

También afirma esta sentencia que el estudio conjunto de los arts. 4, 69 y 133 de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1946, en relación con el 3, núm. 3.º, 777 y 104 de la vigente, se desprende que los contratos de arrendamiento de industria de espectáculos están sujetos a la legislación especial únicamente en dos extremos, la prórroga obligatoria de su duración y la cuantía de la indemnización, caso de resolución del contrato; quedando en todo lo demás sujetos a la legislación común, incluso en la determinación de la renta, y como quiera que ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento contienen trabas a la libre voluntad de los contratantes, la sentencia recurrida, dentro del presente procedimiento, pudo y debió rechazar la petición reconventional de que se redujera la cuantía de la renta en relación a la declaración hecha por el propietario a efectos fiscales.

SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1959.—*Arrendamientos urbanos*.—El arrendatario que no ocupa la vivienda no tiene derecho al retracto frente al verdadero ocupante.

El piso se vendió. El titular del arrendamiento—arrendatario de derecho, digamos—demandó de retracto a la compradora, que era a su vez la ocupante del piso y la que pagaba los recibos, pues el arrendatario hacía más de trece años que no la habitaba.

Siendo esto así—dice la sentencia—, es claro que al demandante no se le puede reconocer el carácter de inquilino, por no serlo más que nominalmente, sin una ocupación real y efectiva del cuarto, y como según el art. 63 de la Ley de Arrendamientos urbanos anterior, asiste tal derecho de retracto únicamente al inquilino ocupante, aunque solamente emplee el término inquilino, a diferencia del 47 de la vigente, que exige además que el piso o locales «se ocupen», se sobreentiende que tal condición se dé, puesto que únicamente así resultan los postulados de justicia social en que descansa el retracto arrendaticio de dar acceso a la propiedad a los inquilinos ocupantes de la vivienda que se transmite, ya que no se iba a conceder tal beneficio a quien no viviera en la casa por no precisarlo, en perjuicio del verdadero ocupante. Como la legislación aplicable al caso que se debate es la nacida del ordenamiento de 1956, puesto que el procedimiento judicial no estaba iniciado al promulgarse aquél, el artículo por que se rige la debatida cuestión del retracto es el art. 47 y si-

guientes de la Ley vigente, en vez de los invocados de la legislación anterior, y, conforme a ella, el inquilino debe ocupar el piso o locales que desee retraer.

IV.—*Sucesión «mortis causa».*

SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1959.—Participación nula por haber intervenido una mujer casada sin licencia marital y haber solicitado la nulidad su esposo.

Hecha convencionalmente por todos los herederos la partición el valor que hay que otorgarle es el de un contrato en cuyo otorgamiento se han de cumplir las condiciones esenciales para su validez, y, por tanto, la esposa del demandante en los autos, ahora recurridos, debió concurrir a la partición asistida de éste, o de su licencia o autorización, para que no cupiera la nulidad acordada por defecto del consentimiento al otorgar el contrato particional privado, que es en realidad la causa que ha originado su invalidación.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 3 de febrero de 1959.

LAS DISTINTAS DONACIONES HECHAS EN DOCUMENTOS DIFERENTES POR UN DONANTE, NO SON ACUMULABLES PARA FIJAR EL TIPO DE LIQUIDACIÓN AUN CUANDO EL DONANTE Y EL DONATARIO SEAN LOS MISMOS.

Antecedentes.—La Oficina Liquidadora, conocedora de las varias escrituras en que los padres hacían cuantiosas donaciones a los hijos, acumuló la cuantía de todas ellas para fijar el tipo de liquidación, es decir, que sumó el importe de las hechas a cada hijo, obteniendo así un tipo de liquidación superior al que correspondería a cada una de las donaciones.

El Tribunal provincial confirmó tal criterio y el Central lo rechaza y dice que aunque el Reglamento establece en su artículo 29 que las donaciones, tanto «inter vivos» como «mortis causa», tributarán como las herencias, según su cuantía y con arreglo al grado de parentesco entre donante y donatario, ello se refiere al caso de herencia y a los distintos bienes que un heredero adquiere como tal, en cuyo caso el acto originario de la transmisión es uno solo, producido por el fallecimiento del causante, pero tratándose de las donaciones dichas, es indudable que cada una de las que se otor-

guen son actos distintos e independientes, con virtualidad suficiente para producir efectos legales sin subordinación o enlace forzoso con las anteriores o posteriores, aunque sea a favor de las mismas personas y por los mismos donantes.

El criterio lo confirma en otras varias resoluciones de la misma fecha.

Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 3 de febrero de 1959.

NOTIFICADAS AL PRESENTADOR LAS LIQUIDACIONES PRACTICADAS EN CIERTA SUCESIÓN HEREDITARIA, APARECIENDO EN EL EXPEDIENTE COMO ANTEFIRMA LA EXPRESIÓN «CONFORME CON ESTE EXPEDIENTE Y LIQUIDACIONES», TAL CONFORMIDAD DEL PRESENTADOR NO ES OBSTÁCULO PARA RECURRIR CONTRA DICHAS LIQUIDACIONES.

Antecedentes.—Presentada la escritura de protocolización de una herencia, fué notificado el presentador del documento, mediante diligencia estampada al dorso del mismo expediente, y en ella constaba, de puño y letra del presentador la expresión del lugar y la fecha, junto con su firma, precedido todo ello, con letra diferente, de la expresión «Conforme con este expediente y liquidaciones», las cuales asimismo constan en el expediente.

Los interesados recurrieron contra el expediente de comprobación de valores, alegando que se había fijado una base liquidable de más del doble del verdadero valor de los bienes, siendo desestimado el recurso en primera instancia, con fundamento en que, según el apartado 5) del art. 129 del Reglamento, las notificaciones hechas al presentador del documento surten los mismos efectos que las practicadas a los contribuyentes, y, por tanto, prestada la conformidad por el presentador, los contribuyentes no pueden impugnar las liquidaciones.

Ante el Central se alegó que el citado art. 129 no autoriza a los presentadores para aceptar la legalidad de las liquidaciones, de la misma manera que no les autoriza para recurrir contra ellas sin el correspondiente poder. Lo que el artículo quiere decir es que las notificaciones hechas a los presentadores surtan, como tales noti-

ficaciones, los mismos efectos que si se hubieran hecho en la persona del contribuyente, al simple efecto de quedar estructurado del acto administrativo.

El Tribunal Central empieza por decir que el precepto del apartado 6) del art. 85 del Reglamento impone que la aprobación del expediente de comprobación, como acto administrativo, se notifique al presentador o a los interesados, al efecto de que expresen su conformidad o entablen recurso, pero que excede del ámbito del precepto el regular o precisar cómo y por quién ha de manifestarse la conformidad y, en su caso, formalizar la reclamación económico-administrativa, y por ello el precepto se remite al contenido del apartado 5) del art. 106 del mismo texto reglamentario, según el cual el presentador del documento, por el sólo hecho de serlo tiene la condición de mandatario de los interesados, y todas las notificaciones que se le hagan en relación con el documento sobre comprobación, etc., así como las diligencias que suscriba, tendrán el mismo valor y eficacia que si se hubieran entendido con los interesados.

Esto supuesto, siguen diciendo, es de notar que tales diligencias son de mero trámite y que el precepto, al establecer ese mandato presunto, no pudo querer comprender en él la facultad de exteriorizar actos de voluntad, consentimiento o renuncia de derechos comprendidos en los artículos 4 y 1.713 del Código Civil, puesto que el crear o extinguir derechos son actos de riguroso dominio, que exigen mandato especial y expreso. Por tanto, la diligencia practicada por la Oficina Liquidadora debió limitarse a notificar al presentador el acto de aprobación del expediente de comprobación con los requisitos que el Reglamento de Procedimiento exige; y al no hacerlo así, incurrió en vicio de nulidad.

Comentarios.—Como se ve, las tesis de ambos tribunales son, si no contradictorias, si dispares. El provincial da pleno valor a la notificación practicada, pero desestima el recurso, fundándose en la aquiescencia prestada por el presentador a la comprobación y a las liquidaciones; en cambio, el Central, tomando la cuestión desde mayor hondura, parece dar por auténticas la firma y antefirma de la aludida diligencia, y ataca y desconoce la capacidad del mero presentador para obligar a sus presuntos mandatarios, viniendo

así a admitir la tesis de los recurrentes, los cuales, como va dicho, sostuvieron que la personalidad del presentador y su capacidad como tal no va más allá de quedar enterado, y no para consentir y aprobar los actos de que se le da cuenta.

La tesis del Central nos parece incontrovertible, ya que así lo es la falta de capacidad del presentador para obligar a los contribuyentes en virtud del mandato presunto que los arts. 85 y 106 le atribuyen.

Yendo más allá en estas lucubraciones, hemos de decir algo sobre el texto de la notificación y de la antefirma consignada en ella con letra diferente a la del fechado y de la firma. Nos parece que el contenido de tal aditamento es completamente inoperante, una vez admitida y acreditada tal disparidad grafológica, por la sencilla razón de que lo contrario conduciría a fatales consecuencias, puesto que serviría para dar por válidos los interlineados de cualquier documento; y si no son admisibles y valederos sin ser salvados adecuadamente, aunque estén hechos con la misma letra del texto, mucho menos puede admitirse su vigencia cuando su grafía no sea de la misma mano.

Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 3 de marzo de 1959.

LA DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL PRECONTRATO O CONTRATO PREPARATORIO DEL DE COMPRAVENTA ESTÁ EN QUE POR EL PRIMERO LOS CONTRATANTES SE OBLIGAN: EL UNO, A ENTREGAR UNA COSA DETERMINADA, Y EL OTRO A PAGAR POR ELLA UN PRECIO CIERTO EN DINERO O SIGNO QUE LE REPRESENTA, MIENTRAS QUE EL PRECONTRATO IMPLICA SIMPLEMENTE EL CONVENIO SOBRE EL CONSENTIMIENTO PARA CELEBRAR UNA COMPRAVENTA POSTERIOR.

Antecedentes.—En documento privado se convino en que el dueño de ciertas fincas se obligaba a venderlas a los otros dos comparecientes en un precio determinado, entregando éstos de presente una determinada cantidad cada uno de ellos, y estipulándose, además, que las escrituras de venta se otorgarían una vez vencido

el plazo legal para el ejercicio del retracto por el arrendamiento de aquéllas.

La escritura fué liquidada como compraventa por el tipo correspondiente, siendo recurrida la liquidación en razón de que se trataba no de una compraventa, sino de una promesa de venta, ya que en el contrato concurren los requisitos previstos en el art. 1.541 del Código Civil, o sea la promesa de comprobar y vender y la conformidad en la cosa y en el precio, debiendo, por tanto, conforme dispone el apartado 11) del art. 9. del Reglamento de 1947 —en el Reglamento de 1959, apartado 14)—, sobre la base del precio especial convenido para la promesa, la cual, civil y fiscalmente no es confundible con el contrato de compraventa, y añadiendo que la real transmisión de los bienes no llegó a realizarse porque las partes desistieron del contrato en vista de la oposición de los arrendatarios a ejecutar su derecho al retracto en el precio estipulado.

El Tribunal provincial entendió que el contrato encerraba un contrato de compraventa perfecto, puesto que las estipulaciones adicionales en él contenidas no afectaban a la esencia del mismo, y el Central confirmó la liquidación del inferior y dijo que, a tenor del art. 1.450 del citado Código, el contrato de compraventa es perfecto cuando comprador y vendedor convienen en la cosa y en el precio, aunque ni una ni otro se entreguen de presente, y se diferencia de la promesa de venta, regulada en el art. 1.451, en sus acepciones de precontrato o contrato preparatorio del de compraventa, con su secuela de dar derecho a las partes para reclamar recíprocamente el cumplimiento de lo pactado, porque el contenido de las obligaciones que uno y otro engendran es completamente distinto: en el primero las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio perfecciona la figura jurídica compraventa, conforme al art. 1.445 del aludido Cuerpo legal, mientras que si las partes, aun estando conformes sobre los elementos esenciales del contrato, se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a la celebración de la compraventa posterior, la resultante es un contrato preparatorio o precontrato, cuyos efectos no son confundibles con aquellos otros.

Estas normas, añade la Resolución, aplicadas al documento en cuestión, hacen ver la acertada calificación de éste como engendrador, a efectos fiscales, de una compraventa, porque las partes

prestaron su recíproco consentimiento acerca de la cosa y del precio, incluso entregando una parte de éste, sin que a ello obste la estipulación de que las escrituras públicas se otorgarían una vez vencido el plazo fijado para el ejercicio del derecho de retracto, y sin que la calificación jurídico-fiscal pueda ser afectada por documentos de fecha posterior a la del mismo contrato, como, por ejemplo, que el contrato haya de solemnizarse posteriormente por medio de escritura pública.

Comentarios.—La materia a que los antecedentes anotados se refieren está tratada concretamente y con amplitud en la jurisprudencia, y por ello nos abstenemos de apostillarla con consideraciones de nuestra cosecha.

Nos limitamos, pues, a mencionar algunas sentencias como las de 11 de noviembre de 1943 y 15 y 23 de marzo de 1945, las cuales reafirman la tesis de la Resolución comentada. De ellas destacamos la primera y la tercera en cuanto particularizan la diferencia entre la compraventa y sus similares, la opción y la promesa bilateral: la figura de la compraventa nace en la forma dicha, con arreglo al art. 1.445, mientras que la promesa y la opción las engendra el artículo 1.451; y así, dice la sentencia de 23 de marzo de 1945: «pese a las dificultades para diferenciar las promesas bilaterales y los contratos definitivos, la bilateralidad es su característica común, y por ello puede conducir a la resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, al paso que la opción, aparte su carácter preparatorio y consensual, es generalmente la condición unilateral, salvo el caso de que el beneficiario de la opción haya de pagar prima al que la otorga»; y la de 11 de noviembre de 1943 añade que no se puede confundir o asimilar la promesa bilateral de comprar o vender a la compraventa verdadera, porque aquélla es un contrato preparatorio o precontrato que tiene por objeto la futura celebración del de compraventa, para terminar diciendo que el citado art. 1.451 distingue los efectos del incumplimiento de la promesa y de la compraventa.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1959.

LA COMPETENCIA PARA RESOLVER SOBRE LAS EXENCIONES POR DERECHOS REALES CONCEDIDAS A LAS COOPERATIVAS DEL CAMPO EN EL DECRETO DE 9 DE ABRIL DE 1954, ASÍ COMO LA RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES E INCIDENCIAS QUE SE PLANTEEN EN LA MATERIA, RADICA EN VÍA ADMINISTRATIVA EN EL MINISTERIO DE HACIENDA.

Antecedentes.—Planteada la cuestión de la exención, una vez girada la liquidación sin aplicar la Oficina liquidadora la pretendida exención, tanto el Tribunal Provincial como el Central, entrando en el fondo del asunto, la denegaron, fundados en que la Cooperativa adquirente no reunía los requisitos exigidos por el aludido Decreto de 1954 para que tales entidades gocen del beneficio fiscal, y confirmaron la liquidación.

Recurrida la Resolución del Tribunal Central ante la Sala, el Abogado del Estado, representante de la Administración, alegó en primer término el motivo de la inadmisibilidad de la demanda, consistente en que la Resolución del Tribunal Central no había causado estado ni agotado la vía gubernativa, ya que el artículo 9.º del aludido Decreto de 1954 dice que la decisión de las cuestiones sobre las exenciones e incidencias de que se trata, es de la exclusiva competencia del Ministerio de Hacienda, y por consiguiente está incumplido el requisito previsto por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual en su artículo 37 dispone que para accionar ante ella es indispensable que la resolución impugnada no sea susceptible de recurso ordinario en la vía administrativa.

La Sala, no obstante, se limitó a referirse a la sentencia de 8 de octubre de 1958, y acordó, como esa sentencia había acordado en un caso análogo de otra Cooperativa del Campo, la anulación del Acuerdo impugnado, y ordenó la remisión de las actuaciones al Ministerio de Hacienda, a los efectos prevenidos en el artículo 9.º del mencionado Decreto de 9 de abril de 1954, y rechazó el motivo de inadmisibilidad, si bien no razonó concretamente el por qué no lo estimaba.

Esto dicho, resta, antes de exponer nuestros comentarios, reseñar la parte jurídica de la sentencia de 8 de octubre antes men-

cionada, acogida y reafirmada por la Sala en la que venimos estudiando.

En ese pleito de 1958 se discutió, según va dicho, en relación con otra Cooperativa benéfica, el mismo problema que en la sentencia ahora comentada, y allí hizo el representante de la Administración, al contestar la demanda, la misma alegación de inadmisibilidad productora de la incompetencia de la Sala, y ésta, si bien en los Resultandos mencionó tal alegación, se abstuvo de tratar de ella en los Considerandos, y después de dedicar algunas reflexiones a la procedencia o improcedencia de la exención pretendida, invocó el mentado artículo 9.º del Decreto de 1954, y dijo que tanto el Tribunal Provincial como el Central debieron abstenerse de conocer y falló diciendo «declaramos nulo y anulamos, por no ser conforme a Derecho, el acuerdo del T. E. A. C..., y mandamos que se remitan las actuaciones al Ministerio de Hacienda».

Comentarios.—Aunque el campo propio de nuestra labor en esta sección de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO no sea el de los problemas procesales propiamente dichos, ni está el comentarista especializado en ellos, no nos parece que esté fuera de lugar el dedicar un breve comentario al silencio observado por ambas sentencias sobre la petición o alegación de inadmisibilidad del recurso; y decimos, con todo el gran respeto que la acreditada competencia de la Sala nos merece, que no acabamos de comprender cómo ésta pudo hacer caso omiso de la excepción o alegación dicha. No vamos a discriminar aquí sobre su procedencia, porque no es el momento ni hace al caso, pero si decimos que procesalmente era inexcusable abordarla en los Considerandos y en el fallo, puesto que si a un Tribunal se le plantea el problema previo de su competencia o de las trabas legales para conocer del caso, es claro que lo tiene que acometer antes de desentrañar la cuestión de fondo que el pleito encierre; y si no lo hace, incumple el axioma de la congruencia, tan claramente sancionado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que obliga al juzgador a decidir «todos los puntos que hayan sido objeto del debate», en concordancia con el artículo 80 de la Ley de lo Contencioso-administrativo, cuando dice que «las sentencias decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso».

Dicho lo que antecede sobre el problema procesal, decimos también, ello no obstante, y supuesta la vigencia del repetido artículo 9.º del Decreto de 1954, que la Sala tiene razón al sostener que la cuestión es de la competencia del Ministerio de Hacienda, y que su decisión al ordenar que el expediente se remita al mismo es una lógica consecuencia del dicho artículo; pero con ello no queda agotado el tema.

Efectivamente, el texto literal del artículo dice así: «Será de la exclusiva competencia del Ministerio de Hacienda la decisión en vía administrativa de las exenciones fiscales otorgadas a las Sociedades Cooperativas y la resolución de las cuestiones e incidencias que se planteen en dicha materia», pero, pese a su rotundidad y generalidad, deja en el aire algo tan importante como esto: el recurso o la alzada, una vez dictado el acto administrativo por la Oficina gestora del impuesto, ¿ha de plantearse directamente ante el Ministerio o después de las alzadas contra tal acto ante los Tribunales Provincial y Central de lo Económico-administrativo, con lo cual estaríamos ante el caso de tres instancias, único en nuestra legislación?

Sea cualquiera el punto de partida que se adopte o elija entre esos dos supuestos, no es discutible que la vía administrativa no se agota más que con la decisión del Ministro de Hacienda, y de ahí la propuesta de inadmisibilidad opuesta al recurso contencioso-administrativo, no admitida por la Sala y fundada en el art. 37 de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956, que dice que los recursos de esta naturaleza proceden contra los actos de la Administración, «no susceptibles de recurso ordinario en vía administrativa»; o, como decía la anterior ley en la materia de 8 de febrero de 1952 —arts. 1.º y 2.º— contra las resoluciones administrativas que «causen estado», entendiéndose que lo causan «cuando no son susceptibles de recurso por vía gubernativa; «ergo», si el Ministerio era el llamado a decir la última palabra en vía administrativa, claro es que ésta no estaba agotada y que la puerta de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa estaba cerrada.

Hay aún más en esa generalidad del repetido Decreto, y es algo tan interesante como esto: al llegar el expediente al Ministerio, en cumplimiento del mandato de la Sala, ¿gestará dentro de plazo

la contienda para que el mismo pueda conocer? O, dicho de otro modo, ¿no habrá caducado la acción de la entidad actuante, dado que por seguir su camino improcedente dejó de recurrir dentro del plazo de quince días contra el acto administrativo, como previene el Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo y también la moderna Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 en su artículo 122?

Ni esta Ley ni el Reglamento que acabamos de citar de 29 de julio de 1924, ni tampoco el vigente de 26 de noviembre de 1959, prevén el evento, pero puede servirnos de guía para esclarecer el problema el contenido del art. 475 del Reglamento de Procedimiento contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894, siquiera su vigencia esté en tela de juicio, el cual estudia el supuesto en el caso de que se entable recurso de alzada dentro de la vía gubernativa en vez de entablar el contencioso-administrativo. El caso, como se ve, es inverso al actual, puesto que ahora se entabló improcedentemente el contencioso-administrativo, en vez del de alzada, dentro de la vía administrativa, ante el Ministerio, pero el supuesto de dicho art. 475 guarda indudable analogía con el que estudiamos, y también con el 5.º, 3, de la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo, aunque es muy dudoso que este último sea aplicable.

Con todas las precedentes disquisiciones llegamos a las siguientes conclusiones: primeramente que las entidades recurrentes, tanto en el caso de la sentencia ahora comentada, como en la de 8 de octubre de 1958, equivocaron el camino al plantear su reclamación ante la Sala; en segundo lugar, que ésta tuvo razón al declarar la competencia del Ministerio para conocer del caso, siquiera mantengamos, respetuosamente, las apostillas más arriba expuestas; tercera, que el otro problema procesal que presenta la vía administrativa tiene una positiva realidad; cuarta, que debe o debió ser resuelto aplicable por analogía el mencionado artículo 475 del Reglamento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del axioma jurídico que dice: «ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio»; y quinta: que, dada la brevedad del término de quince días que rige como norma general para los recursos y alzadas en la vía administrativa, el plazo para que el Ministerio conociese al llegar a él el expediente por

decisión de la Sala, necesariamente estaría caducado y caducada también la acción.

Y no decimos que habrá quedado firme el acuerdo del Tribunal Central impugnado, y también el del Tribunal Provincial que el Central confirmó, porque lo cierto es que la Sala, en una y otra sentencia anuló esos acuerdos; de lo cual surge este otro problema: anulados tales acuerdos, ¿cuál es el acto administrativo que en virtud de la caducidad de la acción queda firme y consentido? La contestación no puede ser otra que la de sostener que el acto que permanece firme y consentido es el que produjo la liquidación impugnada, puesto que la Sala, en sus fallos, nada dice sobre la procedencia o improcedencia de dicha liquidación o liquidaciones, limitándose a definir que la competencia para resolver sobre su legalidad radicaba en el Ministerio de Hacienda.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

V A R I A

La recepción del recurso contencioso administrativo en el actual Derecho Internacional. Conferencia pronunciada por don Adolfo Miaja de la Muela, Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Valencia y Vocal del Tribunal Provincial Contencioso-administrativo.—Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Número 44.—Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

El tema central del trabajo del conferenciante se refiere a la unificación del Derecho, aunque existan, tratándose del Internacional, enormes dificultades que provocan el desánimo ante un ordenamiento en que se duda del carácter jurídico que tiene, por la inexistencia de Estado y del predominio de la fuerza como fallo *jurídico*. Tratados, oficinas internacionales, Sociedad de naciones (con minúscula: ante el Derecho Internacional debía de ser así), Tribunales, Asambleas de la O. N. U., Comunidad europea del carbón y del acero, federalismo europeo, mercado común, Instituto de Derecho Internacional... Inmenso trabajo para efectos rudimentarios y raquíticos. Pero por algo hay que empezar, y acaso una base insignificante constituya al pasar del tiempo la base de una montaña.

El trabajo del autor, muy aleccionador, pero cuando se une lo internacional con lo administrativo, es decir, agua sobre arena...

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad.