

El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia⁽¹⁾

6.^º—INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO.

La regla general de inscripción en los fideicomisos, la da el artículo 14 de la ley Hipotecaria: «La inscripción de los fideicomisos se verificará a nombre de los fideicomisarios.»

A lo que añade el artículo 72 del Reglamento Hipotecario: «No obstante lo dispuesto en el artículo 14 de la ley, podrá verificarse la inscripción a nombre de los herederos fiduciarios, en los casos en que las leyes o fueros lo permitan, cuando no sea conocido el fideicomisario.»

Tratándose de fideicomisos condicionales, parece se está en el caso del artículo 72 del Reglamento y así se viene sosteniendo por gran número de Registradores, que niegan sistemáticamente la inscripción del derecho, o mejor dicho, de la esperanza de derecho, que corresponde al fideicomisario condicional. Sin embargo, a nuestro entender, la regla no puede observarse con tal rigidez que coarte el natural desarrollo de los efectos de la institución. Desde luego es indudable que teniendo el heredero en primer lugar instituido un derecho perfecto e inscribible, que se traduce en el usufructo de ciertos bienes, es inscribible su derecho al amparo del artículo 2.^º de la ley Hipotecaria, pero esto no es una excepción al artículo 14 de la misma, es sencillamente que hay una desmem-

(1) Véanse los números 125 y 126 de esta Revista.

bración del dominio y resultaría injusto negar su derecho a inscribir a uno de los copartícipes. Queda, pues, en pie la orden del artículo 14 de la ley: «la inscripción a favor de los fideicomisarios hay que practicarla *si puede ser*, y lo primero que hay que examinar es esta posibilidad. Para negar la inscripción se aducen dos argumentos: primero: que el derecho de los fideicomisarios no ha nacido todavía, es una expectativa de derecho que de modo alguno es inscribible, es sólo una esperanza; segundo, que siendo desconocidos los nombres y apellidos de los fideicomisarios no nacidos, no puede cumplirse el imperativo del n.^o 5.^o del artículo 9.^o de la ley Hipotecaria, de hacer constar su nombre y apellidos.

El argumento es más aparatoso que otra cosa y está basado en esa especie de preocupación que mueve a muchos a negar el acceso al Registro a derechos que no estén claramente determinados, ya en cuanto a sus efectos, ya en cuanto a las personas a quienes afecta; pero ello sería verdad si nuestro sistema hipotecario no admitiera derechos condicionados de algún modo o inscripciones a favor de personas no determinadas por sus nombres (los tenedores de títulos al portador, garantizados con hipoteca, por ejemplo), cuando precisamente el principio de especialidad de nuestro sistema hipotecario en nada se opone a que puedan ingresar en el Registro derechos claramente fijados en cuanto a su alcance en razón al tiempo, a la cosa, a la persona y a sus efectos, siquiera alguno de estos elementos esté simplemente indicado de forma que pueda llegar a ser determinado, aunque de momento no lo esté.

Decíamos que la inscripción a favor del usufructuario instituido en primer lugar no ofrecía duda.

Viene un segundo problema, al preguntarse si los herederos fideicomisarios condicionales instituidos en segundo lugar, *que vivan al fallecimiento del testador o que vayan naciendo luego*, pueden inscribir su derecho; y nosotros optamos por la afirmativa. Nos basamos para ello: en que sus nombres y apellidos son conocidos, con lo cual puede cumplirse la exigencia del artículo 9.^o de la ley. En cuanto al derecho que les pertenece, ya hemos dicho anteriormente, que es un derecho sujeto a una condición suspensiva, y como los derechos sujetos a condiciones suspensivas son inscribibles, no vemos inconveniente alguno en que puede reflejarse en los libros hipotecarios, pues el artículo 16 de la ley Hi-

potecaria, proclama, de modo más que suficiente, la posibilidad de que los derechos sujetos a condición suspensiva sean inscriptos, posibilidad que de otro lado ya está reconocida por la jurisprudencia de la Dirección general (1). Finalmente, la observación de que el derecho del fideicomisario no es determinable, pues aun dado el caso de que llegaran a heredar, no se sabe aún en qué proporción, que depende del número de herederos existentes a la muerte del usufructuario, hemos de oponer que el párrafo 8 del artículo 61 del Reglamento Hipotecario, no exige que se exprese el nombre del derecho que se inscribe y por lo tanto no precisa bautizar en la inscripción el derecho ni de nuda propiedad, ni de pleno dominio, sino simplemente expresar su naturaleza tal como el título la defina ; y en cuanto a la extensión del derecho no se trata de una parte intelectual determinada (que en esto, como en otros extremos de la institución radica su condicionalidad) sino de una universalidad de bienes o un conjunto de bienes con sujetos claramente determinados en cuanto al TODO, si bien la distribución no pueda llegar a tener efecto hasta el momento del cumplimiento de la condición ; es, en realidad, un verdadero derecho hereditario sujeto a condición suspensiva, sin especificación de partes determinadas, que pugnan con tal derecho, sino claramente definido respecto del *cuanto por la mención circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, para lo cual se copiarán literalmente las condiciones establecidas en aquél* (2). En cuanto a los herederos no nacidos, no hay por qué hablar de practicar una inscripción a favor de quienes no existen, pues de otro modo aquélla sería nula a tenor del artículo 30 de la ley, pero al decir que no se practica la inscripción a favor de las *personas que puedan nacer* no queremos decir que en la inscripción no haya de mencionarse la posibilidad de que nazcan y de que adquieran el derecho, pues esto entra de lleno entre los requisitos que, como queda visto, se han de hacer constar en la inscripción. A medida que esas personas vayan naciendo, y tengan por tanto realidad física, podrá irse inscribiendo su derecho respectivo, aunque pendiente de la condición suspensiva dicha.

(1) Resoluciones de 26 de Septiembre de 1901, 5 de Octubre de 1880, 22 de Enero de 1898 y 15 de Marzo de 1909.

(2) Artículo 61 Reglamento Hipotecario, párrafo 9.^º

Queda un último extremo a dilucidar y es la aparente contradicción entre todo lo expuesto y la representación de la nuda propiedad que, hasta el cumplimiento de la condición, corresponde (en nuestra opinión) a un administrador nombrado judicialmente. No hay tal contradicción, pues, de haberla, también la habría en el caso del heredero condicional, sin fideicomiso; una cosa es el titular del derecho condicionado o el presunto titular que pueden lograr la inscripción a su favor pendiente de la condición suspensiva; y otra cosa muy distinta la representación que la ley confiere en caso determinado a una persona para que ejerza las facultades del titular, sin serlo. Ambos coexisten, el uno esperando la adquisición de su derecho, el otro ejerciendo de momento actos de administración, en interés de un particular que por cualquier razón no puede realizarlos por sí mismo. El administrador no necesita inscripción especial a su favor como no la necesita el Albacea que representa la herencia yacente, ni el administrador de un ausente, ni el de un abintestato; el derecho consta registrado a favor de *quien sea*, el administrador representa ese derecho en ese momento y no es titular, sino mandatario legal.

La jurisprudencia ofrece a este respecto variada doctrina:

La Resolución de 8 de Julio de 1924, citada al principio de este trabajo, fijó la doctrina de que «no corresponde a la doctrina estrictamente hipotecaria el decidir bajo qué rubricas teóricas han de ser incluidas las cuestiones con dicho motivo suscitadas, si se admite la existencia de derechos actuales sin sujeto, o a favor de personas ficticias o indeterminadas, o, por el contrario, más bien se trata de derechos futuros, condicionados o vacilantes, o, en fin, se desechan ambas hipótesis para reconocer tan solo la existencia de expectativas de consistencia variable; y basta que el título presentado modifique desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades dominicales o características de los derechos reales, PARA REPUTARLO INSCRIBIBLE, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. «Que para llenar, por lo menos, las mas elementales exigencias de los principios de especialidad y determinación, es necesario que la limitación esencialmente negativa impuesta a los llamados al goce inmediato de los bienes, conste con claridad en el acto o contrato inscribible, y que el grupo de los favorecidos, cuando haya atribución de carácter positivo,

vo, permita en su día la legitimación del beneficiado y el indiscutible ejercicio de su derecho.»

La Resolución de 17 de Octubre de 1928 exige la escritura pública para la inscripción, declarando no basta una simple instancia cuando el heredero llamado en primer lugar es el cónyuge superviviente, que además ostenta los derechos inherentes al carácter de socio de la sociedad conyugal; y, por lo tanto, se decide por la afirmativa, permitiendo la extensión de las inscripciones correspondientes, especificando los bienes o porciones que hayan de quedar afectos al fideicomiso; agregando que resulta equivocada la argumentación del recurrente, como si nada significasen los llamamientos hechos por el testador a favor de terceras personas o tuvieran el carácter de meras expectativas, que no pueden ser objeto de *mención* en los libros hipotecarios.

La Resolución de 5 de Mayo de 1931 distingue claramente entre la mención de derechos de fuerza negativa, que consiste en la mención que a favor de los herederos fideicomisarios condicionales, se haga en el Registro, y la inscripción especial a que se refiere el párrafo 2.^º del artículo 29 de la ley Hipotecaria, con adjudicación expresa a favor de personas determinadas y en el último considerando parece permitirse la inscripción especial de las adjudicaciones que se hagan con atribución condicional o definitiva a favor de los fideicomisarios condicionales; si bien no llega a una clara conclusión, que aplaza para cuando se presente la documentación necesaria para extender los asientos respectivos.

En síntesis, sentamos las conclusiones siguientes:

1.^a El derecho del heredero usufructuario instituído en primer lugar, es inscribible.

2.^a El derecho sujeto a condición suspensiva de los herederos fideicomisarios instituídos en segundo lugar, es bastante para ser mencionado en el asiento que se practique, por modificar desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades dominicales, constituyendo una limitación esencialmente negativa impuesta a los llamados al goce inmediato de los bienes y debiendo constar con la claridad necesaria para que el grupo de los favorecidos pueda, en su día, cuando haya una atribución de carácter positivo, legitimar su derecho y ejecutarlo; si bien esta mención negativa no es bastante para permitir trasmisiones de derecho.

3.^a Que cuando ya el derecho sujeto condicionado de los llamados en segundo lugar, se atribuya a personas determinadas, puedan éstas inscribirlo a su favor, con facultad para transferirlo, si bien sujeto a la condición suspensiva de vivir al fallecimiento del heredero fiduciario y demás condiciones que el testador haya impuesto en su testamento.

7.^º—ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN DE LOS DERECHOS RESPECTIVOS.

Para sistematizar este último extremo del problema, que estimamos el más interesante desde el punto de vista económico, puesto que plantea la cuestión de ser o no bienes sujetos al libre comercio de los hombres, los sujetos a estos fideicomisos, distinguiremos la enajenación (voluntaria, necesaria y forzosa), el gravamen, el embargo y la cancelación de derechos.

Enajenación voluntaria.—El heredero fiduciario tiene sus facultades dispositivas reguladas por el artículo 109 de la ley Hipotecaria, que permite la enajenación de bienes sujetos a condición resolutoria, siempre que queden a salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones y *haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho*. Ello es aplicable a los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente.

No hay, pues, inconveniente en permitir la venta del usufructo que al primer heredero pertenece, usufructo que se extinguirá a su fallecimiento. La inscripción que se practique de tal enajenación hará constar la causa de la resolución del derecho trasmisido y el tercero nada puede reclamar.

En cuanto a los herederos fideicomisarios (D y E y demás hijos que nazcan, en el ejemplo propuesto) hay que distinguir:

Los herederos fideicomisarios ya nacidos, pueden disponer de su derecho por actos entre vivos, pero afecto a las mismas eventualidades con que le corresponde (1), es un derecho pendiente de condición suspensiva, y, como tal, no perfecto, pero transmisible y sujeto a la condición de *que el cedente viva al fallecimiento del heredero fiduciario*; y no se crea está en contradicción esto con la imposibilidad de transmitir por actos *mortis causa*, pues en este ca-

(1) Véase Manresa: *Comentarios al Código civil*, 6.^a edición, tomo VI, página 152.

so la cuestión de si el heredero condicional transmite o no derecho a sus herederos queda relegada a segundo término ante el hecho evidente de que el fallecimiento del fideicomisario, antes que el fiduciario, determina *per se* la seguridad del incumplimiento de la condición de que depende el nacimiento de su derecho (que sobreviva a éste), y, por tanto, el que nada adquiere nada puede transmitir, mientras que en el caso de transmisión por actos entre vivos, puede ocurrir que trasmitido el derecho en suspenso, sobreviva el heredero instituido en segundo lugar al usufructuario instituido en primero, y entonces se subrogue el cesionario en los derechos que hubieran correspondido al cedente (1). Tal es la doctrina que como lógica consecuencia se deduce del párrafo final del artículo 109 de la ley Hipotecaria y caso 9.^o del artículo 107 de la misma ley, que reconocen de modo indirecto la facultad de consentir en la hipoteca (y, por consiguiente, en la enajenación) de los derechos sujetos a condiciones suspensivas pendientes (2).

En cuanto a los herederos llamados en segundo lugar no nacidos aún, y que según hemos dicho, no tienen aún derecho alguno por no existir el sujeto de tales derechos, nada pueden transmitir voluntariamente, por faltar el requisito esencial para la existencia de la voluntad en el titular del derecho, que es la existencia real de ese mismo titular. Ya examinaremos después la posibilidad de que si bien los derechos expresados no pueden trasmitirse, sí sean enajenados los bienes a que tales derechos se refieren.

Examinemos la jurisprudencia relativa a las enajenaciones voluntarias, mezclada con la de las enajenaciones que llamaremos necesarias: La Resolución de 10 de Septiembre de 1918 establece: Que en enajenación voluntaria de bienes, aun mediando una autorización judicial, *no corresponde al padre la representación* de los hijos que hayan de nacer, ni menos de los nietos no nacidos, ni mucho menos de cualesquiera otros herederos llamados en segundo término no nacidos que no hubieran estado nunca en la potestad del padre; y que es indispensable el consentimiento de los

(1) Véase la doctrina que respecto de la enajenación del derecho hereditario expone la Dirección de Registros en la Memoria inserta en el Anuario de 1931, página 395.

(2) Véase Morell y Terry: *Legislación Hipotecaria*, tomo III, página 690.

herederos llamados en segundo lugar y *que vivan*; y que las corrientes legislativas parecen ir en tales casos a la exigencia de la subasta. Armonizada la doctrina de tal Resolución con cuanto llevamos expuesto, se deduce : A) Que la Dirección de un modo terminante no niega la posibilidad de que los bienes sujetos a un fideicomiso condicional sean enajenados. B) Que tampoco parece considerar baldía la intervención judicial, pero no en el trámite de autorización de venta de bienes de menores del artículo 164 del Código (nosotros estimamos que la intervención judicial debe ser en el trámite del artículo 804 del Código civil); C) Que nada dice respecto a quienes deben representar a los no nacidos, pero desde luego *no son los que en su caso serían sus padres*, por no alcanzarse aún la patria potestad (nosotros, como queda dicho, conferiríamos la representación de los derechos que en su caso corresponderían a los no nacidos, al administrador del artículo 802 del Código civil); D) Que los herederos instituídos en segundo lugar que vivan al otorgarse la venta pueden vender y deben comparecer, siquiera su derecho penda de una condición ; E) y que la exigencia de la subasta parece inexcusable (nosotros admitimos que confiándose la administración de esa nuda propiedad condicionada, a un administrador judicial, de acuerdo con el artículo 804 del Código civil, y siendo las facultades de tales administradores las mismas de los que lo son de bienes de un ausente, o sean las de los artículos 182, 188 y 189 del mismo Código, la autoridad judicial con amplio criterio puede señalar las facultades del administrador e intervendrá autorizando las enajenaciones en la forma que tenga por conveniente, aunque parece conveniente sea por subasta).

La Resolución de 10 de Junio de 1919, en un caso de enajenación voluntaria, establece que los derechos de personas inciertas sólo pueden consignarse hipotecariamente bajo la forma de mención, reserva o expectativa tutelar y que, por tanto, en la inscripción debe consignarse, que los únicos *causahabientes vivos* han prestado su consentimiento para la enajenación y que ésta se halla subordinada a la posible existencia de otros titulares, razón por la cual, al mismo tiempo que se acepta como suficiente la comparecencia de los herederos ciertos en el acto del otorgamiento de la escritura, ha de estimarse defecto el relegar al campo de los derechos personales bajo la forma de una simple obligación de pagar su parte a los hijos

venideros, la verdadera *reserva de carácter real* que grava la finca y las consecuencias de igual especie que respecto a tercero haya de producir.

La Resolución de 11 de Julio de 1923 declara es firme y definitiva una venta hecha por varios herederos puestos en condición por el testador de que al fallecimiento de cualquiera de ellos el capital hereditario se repartiera entre los mismos, *si no tenían sucesión*, excepción del último que lo disfrutará libremente. Pero en este caso concreto la Dirección se funda en que, en realidad, dada la forma de estar redactada la cláusula testamentaria, no existe una sustitución fideicomisaria, con arreglo al artículo 783 del Código civil, y, por tanto, que mientras el testador no lo prohíba terminantemente y la ley admita la transmisibilidad o renuncia de los bienes o derechos relictos, ha de sobreentenderse que el heredero puede disponer de los mismos en los términos fijados por el ordenamiento jurídico normal.

La Resolución de 21 de Octubre de 1924 reproduce la doctrina de la de 10 de Septiembre de 1918 y declara que los padres no están autorizados para enajenar los bienes a que están llamados por testamento los hijos nacederos del actual o futuro matrimonio, por los trámites del artículo 164 del Código civil, porque los supuestos legales y los naturales sentimientos de la relación paternofilial faltan cuando el hijo no ha nacido y se ignora de qué matrimonio nacerá.

En resumen, y aun cuando la doctrina de la enajenación propiamente voluntaria, esto es, la que nace del solo deseo de vender sin que haya una razón más poderosa que lo justifique, se halla mezclada en la jurisprudencia, con la de la enajenación que llamamos nosotros necesaria o conveniente, no puede llegarse a una conclusión exacta de que sin existir, al menos, una razón de peso que justifique la venta de esos bienes sujetos al fideicomiso condicional, puedan ser enajenados y por lo tanto que no pueden ser vendidos : *a*), por ser bienes sujetos a una traba que desde luego les aparta del natural comercio de los hombres ; *b*), por faltar una representación legal de los no nacidos, que pueda actuar autonómicamente ; *c*), porque desde el momento en que se atisbe la posibilidad de una intervención judicial ya nace el imperio de una justificación del estado de necesidad, y, por tanto, la venta no sería voluntaria ; *d*), porque la intervención de los otros herederos conocidos solos no

es suficiente ; *e*), porque la exigencia de la subasta parece inexcusable.

Enajenación necesaria o conveniente.—Al lado de la enajenación voluntaria se presenta la que nosotros llamamos enajenación necesaria o conveniente, porque si bien el punto inicial es un acto *voluntario* de los herederos presuntos, que necesita como secuela la prestación del consentimiento por aquellos que ostentan la *representación de los derechos* de los no nacidos, hay consustancial con él, una razón, un móvil poderoso, que hay que *justificar* para que la enajenación no sea un despojo, pero que fuerza o constriñe a todos a aceptar la enajenación antes de que se causen mayores males y perjuicios. Tal es el caso de un edificio objeto de un fideicomiso condicional de los que nos ocupan, que estuviera cayéndose o amenazara ruina y existiera la *necesidad* de venderlo antes de que cayera totalmente, con la pérdida de capital que ello representaría. Realmente, la casa puede no ser vendida, y por ello la iniciativa de la venta es un acto de voluntariedad, pero hay motivos que, apreciados por quienes puedan hacerlo, justifican la autorización de la venta.

Y en este punto la jurisprudencia hipotecaria marca una nueva ruta con la importantísima Resolución de 5 de Mayo de 1931, que si bien en definitiva no autorizó la inscripción de una enajenación de bienes sujetos a un fideicomiso condicional, lo fué por no constar inscrito el derecho de los presuntos herederos transferentes, inscripción necesaria para que no se rompa el trato sucesivo formal y, en cambio, sí estimó que inscrito ese derecho, podría lograrse la inscripción pretendida.

Ofrece de novedad esta Resolución : *a*), que en ella se trata de una enajenación de las que calificamos de necesarias o convenientes, por existir motivos que aconsejen la venta ; *b*), que en ella comparecieron los herederos presuntos o con derecho sujeto a condición suspensiva (aunque representados por su padre por ser menores) y un administrador nombrado para el caso de institución de heredero con condición suspensiva ; *c*), que medió una autorización judicial expresa para la enajenación ; *d*), y que, en definitiva, se estimó posible la inscripción, si el derecho de los que transfieren constare inscrito y no simplemente mencionado.

La cuestión al parecer resuelta, se agrava, si tenemos en cuenta

que, según hemos dicho antes al tratar de la inscripción de estos derechos, la inscripción sólo es posible respecto de los derechos objeto del fideicomiso condicional que se atribuyan a personas *determinadas* instituídas en segundo lugar, pero no cuando se trate de personas no nacidas y en las que, por tanto, no es dable admitir la posibilidad de inscribir a su nombre, sino sólo la de que su derecho sea mencionado, mención que constituye una limitación negativa impuesta a los llamados al goce inmediato de los bienes, pero no un asiento positivo que faculte para transmitir.

Y si no se puede transferir sin inscribir primero, y si la inscripción no es posible, lógicamente hay que concluir afirmando que los derechos de esos herederos no nacidos no son transferibles, en enajenación necesaria, aunque sí los de los herederos llamados en segundo lugar y que existan, con la condición suspensiva aneja.

Estimamos que aunque la cuestión es de las más discutidas en derecho, hay elementos suficientes para distinguir claramente el *acto* en sí de la enajenación, de los *efectos* de esa enajenación.

Trátase de bienes sujetos a una condición especial con un horizonte limitado por la posibilidad del cumplimiento de una condición. La enajenación puede realizarse, lo que ocurre es que en realidad la enajenación no la verifican los hijos no nacidos incapaces por razón de su inexistencia, sino la *representación de los derechos* de esos hijos no nacidos confiada al administrador judicial (con facultades similares a las del administrador de bienes del ausente) con los herederos condicionales que viven, *todos los cuales* representan la *totalidad* de los derechos sobre los bienes enajenados y cuya inscripción previa para la enajenación puede lograrse, en cuanto a los herederos condicionales nacidos, porque si bien tienen un derecho sujeto a condición suspensiva, éste es inscribible y enajenable con tal condición, y en cuanto a los derechos que corresponderían a los no nacidos, aparecen inscritos todavía a nombre del común causante, *en nombre de cuya herencia yacente* y sujeta al fideicomiso condicional se verifica la enajenación por el administrador judicial, sin que sea precisa la determinación de partes intelectuales, por tratarse de la totalización de derechos sobre una masa relictiva en la que se conoce el conjunto, pero no las partes que lo integran.

Y apoya más aún una teoría autorizadora de la enajenación ne-

cesaria o conveniente el examen de las disposiciones relativas a los bienes de los ausentes, cuyos administradores tienen facultades análogas a las del administrador en el caso propuesto. Si los artículos 188 y 194 del Código civil, regulan la enajenación de dichos bienes y hablan del «precio de los enajenados» hay que reconocer que la enajenación será posible en el caso de mediar autorización judicial, puesto que la autoridad judicial será la que, por analogía con el artículo 182 del Código civil, señalará las facultades del administrador nombrado, y, por tanto, fijará los requisitos que, en cada caso, deben mediar para la enajenación, que, en lo posible, se asimilará a la hecha por los tutores, según el repetido artículo.

En cuanto a los derechos de esos herederos no nacidos que después nazcan y lleguen a ser herederos, están claros: adquirirán los bienes en el estado que tengan, y *el precio de los enajenados* o adquiridos, pero no podrán reclamar frutos ni rentas, todo ello por analogía con lo dispuesto en el artículo 194 del Código civil.

Claro es que ello será aplicable sólo en el caso de que en la escritura de venta, no se optare *por dejar a salvo los derechos eventuales que correspondan a los herederos no nacidos*, pues en este caso la reserva hecha constituye una verdadera condición resolutoria de las que, con arreglo al artículo 37, número 1º de la ley Hipotecaria, constan taxativamente en el mismo Registro, y, por tanto, el cumplimiento de la condición resolvería la venta.

Enajenación forzosa.—Distinguimos la enajenación necesaria o conveniente de la forzosa. En la primera, la enajenación tiene por punto inicial un acto de voluntariedad, en la segunda la enajenación es independiente de la voluntad y nace del interés del Estado o de la sociedad misma, y tiene su origen en las limitaciones legales del dominio (1) principalmente la expropiación forzosa. Además puede motivar enajenación forzosa las ejecuciones promovidas por particulares o por el Estado, Región, Provincia o Municipio, para hacer efectivos sus impuestos y contribuciones. Pretender en estos casos admitir la imposibilidad de enajenar, sería impedir, en franca colisión con el derecho privado, el ejercicio de derechos nacidos del derecho público.

(1) Véase Castán: *Derecho civil*, tomo I, página 239.

Unicamente para hacer honor al principio: *Nemo condemnat nisi auditus vel vocalus* (Dig., lib. LXVIII, tít. XVII, ley 1.^a párrafo inicial) precisa saber qué personas deben ser oídas en el expediente o procedimiento que se tramite al efecto, para privar del dominio de esos bienes sujetos al fideicomiso condicional, a los a él llamados por voluntad del testador.

Basándonos en cuanto llevamos expuesto, deben ser citados y oídos en el expediente o juicio: 1.^o El heredero usufructuario instituído en primer lugar. 2.^o Los herederos fideicomisarios instituidos en segundo lugar, con condición suspensiva, *que vivan al promoverse el expediente o juicio*, si fueran conocidos. 3.^o El administrador judicial si estuviere nombrado, para administrar la nuda propiedad hasta que fueren conocidos los herederos fideicomisarios, el cual, para actuar, necesita moverse siempre dentro de las facultades que le hayan sido conferidas por el Juez, y en todo caso, solicitar la autorización judicial para transigir, aceptar valoraciones, oponerse, hacerse cargo del precio, etc., etc. 4.^o Si no hubiere nombrado administrador judicial, el Ministerio fiscal, por analogía con lo dispuesto en el artículo 838, núm. 6.^o de la ley Orgánica del Poder judicial, que establece corresponde al Ministerio fiscal, el representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutores o curadores para la defensa de sus propiedades y derechos.

La jurisprudencia, asimismo, permite la enajenación forzosa de bienes de fideicomisos condicionales, siempre que sean citadas las personas que puedan ser perjudicadas, y así la Resolución de 9 de Noviembre de 1916 admite la venta por agente ejecutivo en expediente de apremio para hacer efectivos débitos a un Ayuntamiento, si bien no se puede inscribir la venta por no haber sido citados los legatarios de la nuda propiedad mencionados en el Registro; la de 22 de Septiembre de 1924, que también admite la posibilidad de una venta por agente ejecutivo para hacer efectivo un débito de derechos reales, sobre fincas sujetas a fideicomiso condicional, y, si bien tampoco se pudo inscribir la venta, lo fué por no haberse citado en el expediente de apremio las personas, a quienes, en su caso, podrían pasar los bienes en usufructo.

Gravamen.—En realidad, toda la doctrina expuesta, relativa a las enajenaciones, será aplicable al gravamen de los bienes suje-

tos al fideicomiso condicional y, por ello, quien pueda enajenar, podrá gravar con las mismas limitaciones y condiciones que tenga para aquello. Así la Resolución de 30 de Abril de 1904 permite al instituído con cláusula de sustitución pendiente, hipotecar, pero quedando pendiente su eficacia, del cumplimiento de la condición, lo cual no es sino una aplicación del artículo 109 de la ley Hipotecaria.

Embargo.—La anotación de embargo es el paso obligado para la enajenación forzosa en procedimiento de apremio en el que se traban bienes sujetos al fideicomiso condicional; por ello, permitida la venta, hay que permitir la anotación del embargo, siempre que el mandamiento vaya dirigido contra *todas las personas* que deban ser citadas, según las reglas anteriores. Como cita de la jurisprudencia, hay que traer a colación la Resolución de 20 de Noviembre de 1906, que permite, existiendo deudas hereditarias, se embarguen los bienes de un fideicomiso y la de 21 de Noviembre de 1930, que admitió se pueda anotar preventivamente un mandamiento judicial aunque la nuda propiedad embargada aparezca inscrita con determinadas limitaciones, ya que ha de aplicarse el párrafo 1.º del artículo 109 de la ley Hipotecaria, interpretado en el sentido de que no es necesario que la expresa reserva del derecho se haga en la escritura o mandamiento, bastando que conste en el Registro.

Cancelación.—Puede pesar el fideicomiso condicional sobre un derecho real cancelable, por ejemplo el de *hipoteca*, y, en ese caso, no puede detenerse el derecho del deudor a que se le otorgue la escritura correspondiente de cancelación, por la posibilidad o imposibilidad del cumplimiento de una condición suspensiva a que esté afecto el mismo derecho cancelado. Pagado el crédito garantizado con la hipoteca, no debe ésta subsistir y debe ser cancelada a tenor de los artículos 79 (párrafo 2.º) y párrafo final del artículo 83 de la ley Hipotecaria. Por ello, es importante el camino que para la cancelación en estos casos marca la Resolución de 9 de Enero de 1923, que establece en su último considerando, la posibilidad de cancelar una hipoteca por la heredera usufructuaria instituída en primer lugar, por los medios que directamente se pueden derivar del artículo 507 del Código civil, esto es, intervención del propie-

tario o del Juez, en su defecto, en la forma que para la enajenación hemos marcado.

Citaremos, para concluir, la doctrina sentada por la Resolución de 25 de Abril de 1931, que permite la cancelación de un crédito hipotecario, por título de herencia, en la que el causante instituyó herederos, en usufructo vitalicio, a una hermana y meros propietarios a varios sobrinos, con la condición de que los bienes del que falleciese sin descendencia pasaran a los que sobrevivieren e hijo que los representen, y al que premuriese a la testadora le sustituirían los hijos que dejase el fallecido.

Y con ello finalizamos la exposición de la materia expuesta, árida de por sí, llena de lagunas y dudas, y respecto de la cual no hemos visto ni oído, en realidad, una opinión clara. Es innegable que el criterio general se pronuncia por una norma de franca restricción, respetuosos, sin duda, con el principio *in dubio, quod minimum est sequitur*, pero no basta, a nuestro pobre modo de ver, una cautelosa negativa a admitir la enajenación y gravamen de bienes afectos a fideicomisos condicionales, sino que se debe meditar seriamente antes de oponer una negativa, si no se quiere desvirtuar uno de los tres fines que se esperan de las disposiciones formales del régimen inmobiliario moderno, según la exposición de motivos del Código civil suizo, o sea una mayor movilización de los derechos reales (1).

ANTONIO VENTURA Y GONZÁLEZ,
Registrador de la Propiedad.

(1) Exposé des Motif. Berne, Büchler & C.ª, 1903, página 711.