

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	Septiembre-Octubre 1960	Núms. 388-389
-----------	-------------------------	---------------

Cuestiones de Derecho matrimonial

I

DOMICILIO Y HOGAR.

En la regulación que las leyes han hecho del domicilio se han fijado más que en éste en sí (morada o residencia) en sus efectos de carácter procesal. Esta materia aparece dominada por el pensamiento de localizar el ejercicio de las acciones determinando el foro competente desde el punto de vista del actor y del reo, y de ello es fiel reflejo nuestro Código Civil, que en su artículo 40 transcribe la idea: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Pero por debajo de esta localización de las actuaciones jurídicas y de esta afirmación formal late el sentimiento de que el domicilio es la casa, el hogar, la *domus* donde se asienta y concreta la vida familiar de tal suerte que «casa» y «familia» se han podido tener como sinónimos, como se ve, por ejemplo, del concepto que de ésta dieron las *Partidas* (P. VII, tít. XXXIII, 6) y la doctrina estableció.

A las leyes no les es desconocido este sentido, y en ocasiones

concretas se refieren al domicilio u hogar conyugal o familiar, cuya exigencia surge de la propia condición humana que hace vivir juntos a las personas que se aglutinan en una misma familia, y lo reconoce la ley que obliga a los cónyuges a vivir juntos y a los padres e hijos mientras éstos se hallan sometidos a la potestad de aquéllos (Código Civil, artículos 56 y 155-1.º). Sobre este supuesto hay redactados preceptos legales como el artículo 149, relativo a los alimentos que pueden prestarse recibiendo y manteniendo al alimentista en la *propia casa* del alimentante, y el 524, que da al habitacionista la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia; el 321, que fija la convivencia de las hijas de familia mayores de edad; los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que regulan la cesión y subrogación de los familiares convivientes; el artículo 504 del Código de Comercio número 3.º, etc., y en la legislación penal el abandono del domicilio conyugal es típico para algunos delitos (artículo 487 del Código Penal).

La fijación del «hogar», de la morada o casa familiar es función del jefe de familia, del marido o padre en los casos normales, como más generales; pero también puede ser función de la esposa y de la madre en ciertos supuestos (incapacidad del marido, viudedad, filiación natural, etc.), y aun de los hijos emancipados (en la hipótesis del artículo 149 antes señalado). Siendo absolutamente necesario distinguir, como lo hace Trabucchi (1) entre el derecho sobre la casa como organización y dirección de los elementos materiales de la vida de familia, es decir, como hogar, y el derecho a la casa como edificio que puede pertenecer a uno de los cónyuges o familiares o a un extraño.

En el régimen jurídico del hogar el elemento primordial es la familia que representando un interés superior al del individuo modaliza los derechos de éste subordinándolos a los de aquélla cuando estén en contraposición.

Con estas consideraciones previas trataremos de aclarar algunas cuestiones y problemas que en esta materia pueden presentarse y que tanto interés tienen para el mantenimiento adecuado de las posiciones familiares.

(1) *Uxor facit domicilium*, en «Studi in onore di Antonio Cicu», II, página 625. Milano, 1951.

II

LA CONCRECIÓN DEL DOMICILIO CONYUGAL POR PACTO.

Hemos dicho que la fijación del hogar es atribución del jefe o cabeza de familia. En el matrimonio, núcleo originario de la familia, se entiende como manifestación de la potestad marital. Esto es lo que consagra al parecer el artículo 58 del Código Civil: «La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia.»

Mas que el marido fije su residencia no quiere decir que pueda obrar *ad libitum*. Su potestad ha de ser racionalmente ejercitada, por cuyo motivo, a pesar de la antigüedad del principio *unaquaeque mulier sequatur virum suum, sive vita sive in morte*, teólogos, moralistas y juristas entendieron que tal facultad estaba limitada por su propia finalidad y por el respeto a la individualidad de la mujer y así señalan excepciones al principio legal, de las cuales unas viven en los propios textos del Código (artículos 58 *in fine*, y 68, verbigracia) y otras se infieren de la naturaleza de la institución matrimonial.

No siendo, pues, un principio absoluto cabe que nos preguntemos sobre los límites existentes para el mismo. Siendo la primera cuestión si la facultad del marido puede restringirse por el consentimiento prestado al matrimonio condicionalmente o por un contrato celebrado con la mujer o con otra persona por el cual se comprometa a residir o a no residir en un lugar determinado.

1. *Del condicionamiento del consentimiento matrimonial.*

Para los contrayentes de un matrimonio su residencia o no residencia en un lugar determinado puede tener una gran importancia: el interés de centrar su vida en el punto radicante de sus bienes, o de sus negocios, o en especiales condiciones de salubridad, atendido su estado físico y sanitario, o el deseo de estar próximos a los padres u otras personas que necesiten del cuidado o asistencia de los hijos, parientes o beneficiados, o la seguridad de carácter político, etc.

Nada de esto parece ilícito por sí, pero el problema radica en si la ilicitud resulta al ponerlo en relación con la naturaleza y los fines del matrimonio.

Si la residencia se pone como condición en un matrimonio canónico, su validez y efecto respecto al mismo matrimonio se regirá por el canon 1.092: «La condición, una vez puesta y no revocada: 1.º Si versa acerca de un hecho futuro y es necesaria, imposible o torpe, pero no contra la sustancia del matrimonio, se ha de tener por no puesta. 2.º Si se refiere a un hecho futuro contra la sustancia del matrimonio, la condición lo hace inválido. 3.º Si versa acerca de un hecho futuro y es lícita, deja en suspenso el valor del matrimonio. 4.º Si acerca de un hecho pasado o presente, el matrimonio será válido o inválido, según que exista, o no, lo que es objeto de la condición.»

Si la condición se pone de presente (me caso si tienes tu domicilio o casa puesta en tal sitio para que vayamos a vivir a ella), vale y hace válido o no el matrimonio según se dé o no el supuesto de hecho (número 4 del canon).

Si la condición se pone de futuro, como no es necesaria (porque su realización no es fatal) ni imposible (porque puede cumplirse), interesa saber si va contra la sustancia del matrimonio, o si no yendo contra ésta va contra lo dispuesto en la ley o en las buenas costumbres (*conditio turpe*).

Según la unánime opinión de los canonistas, son condiciones *contra substantiam matrimonii* aquellas que excluyen uno de los *tria bona matrimonii*: indisolubilidad (*bonum sacramenti*), la fidelidad (*bonum fidei*) o la procreación (*bonum prolis*).

La condición de vivir en un determinado sitio, o de no vivir en un lugar señalado no parece que sea contraria a ninguno de estos tres bienes que se pueden cumplir perfectamente en un lugar determinado.

Sin embargo, esto es en una primera impresión, porque siendo una condición potestativa para el marido, estando en la voluntad de este cumplirla o no, viene a quedar a su arbitrio la validez del matrimonio, puesto que el consentimiento se prestó con esta condición que en tal caso sería resolutoria, contraria al *bonum sacramenti* y por tal inadmisibles y anulatorias.

Esto, como condición del consentimiento matrimonial, pero pue-

de establecerse la obligación de residir como un pacto que no afecte a la validez del matrimonio, sino sólo a sus efectos ulteriores. ¿Es admisible? ¿Cuáles son sus consecuencias?

2. *Del pacto de residencia en lugar determinado.*

Veamos, en primer término, el pacto celebrado entre dos futuros contrayentes del matrimonio para su efectividad post-nupcial. No estando especialmente regulado en la legislación, su validez habrá de examinarse a la luz de los principios generales que el Código establece para los contratos y que son aplicables a los negocios jurídicos bilaterales en general.

El texto fundamental de que hemos de partir es el artículo 1.255: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.»

Ahora nos resta examinar en detalle si en el pacto propuesto se vulnera alguno de estos tres principios.

A) *El pacto no es contrario a las leyes.*—Las leyes se pueden contrariar de dos maneras: o realizando actos prohibidos de un modo expreso, o realizando actos que sin estar expresamente prohibidos, van contra el espíritu y la finalidad que con aquéllas se persigue. Sólo el primer aspecto nos interesa ahora, porque el segundo es integrante de la noción de orden público, y será examinado luego.

Según el artículo 4.º del Código sólo son nulos los actos ejecutados *contra lo dispuesto en la ley*, y examinando nuestra legislación no encontramos un solo precepto que prohíba el pacto de residencia.

Proclamado el principio de autonomía de la voluntad, la prohibición legal ha de ser terminante, clara y explícita. Es necesario que la ley diga: «será nulo», «queda prohibido», «no se podrá pactar», u otra frase semejante. Por otra parte las disposiciones prohibitivas se interpretan siempre en el sentido restrictivo, y no en el extensivo, conforme al principio sentado por la doctrina *favorabilia amplianda sunt et odiosa restringenda*.

Es verdad que en el artículo 1.316 y relativamente a las capitulaciones matrimoniales se establece que no podrán los otorgantes esti-

pular nada que fuere depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges. Pero el artículo se refiere especialmente al contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, y el pacto que venimos examinando no se refiere a los bienes, y además no es claro que sea *depresivo* de la autoridad marital, calificación que sólo podremos hacer al examinarla como de orden público y en relación con lo preceptuado en el artículo 58 del Código, es decir, con referencia a la tercera y última limitación del artículo 1.255.

B) *El pacto no es contrario a la moral.*—El pacto de residencia sólo es contemplado como inmoral cuando se refiere a la residencia separada de los cónyuges en los casos de la que se llama separación de hecho amistosa, pero el de residencia común de los esposos en sitio determinado no parece que tenga nada de inmoral.

Desde el punto de vista del matrimonio y de sus fines más bien favorece la ética matrimonial, pues como decía nuestro famoso canonista Sánchez: «Est potius in matrimonii favorem, ut conservetur individua vita, et cohabitatio inter coniuges» (2).

La motivación del pacto puede, asimismo, resultar plausible, puesto que no son rechazables los fines que las partes pueden proponerse con él y hemos indicado a propósito de la condición de residencia en el consentimiento matrimonial. El pacto puede ser una acertada medida de prudencia que aleje la vida conyugal de la aventura, un medio de hacer compatible deberes filiales y conyugales, etc.

Juan Voet, cuya opinión no es clara, y que parece inclinarse por la no validez del pacto, se ve forzado a reconocer que no contradice ni la honestidad ni las buenas costumbres. «Etsi conventio talis ipsam domicilii transferendi libertatem impedire marito nequeat, quia tamen neque honestati neque bonis moribus repugnat...» (3).

Los tratadistas antiguos encontraban en los pactos de residencia matrimonial, y por eso algunos los rechazaban, un obstáculo:

(2) TOMÁS SÁNCHEZ: *De sancto matrimonii sacramento disputationum*. Lugduni MDCLXXX, I, Disp. XL, 2.

(3) *Comentarius ad Pandectas*, I, París MDCCCXXIX, lib. V, tit. I, Cl., página 458

eran atentatorios a la libertad y venían a crear una sujeción al lugar que creaba como una especie de servidumbre.

Pero los propios autores recordaban cómo en algunos casos se establecían pactos de residencia o condiciones de ella, verbigracia, en los mayorazgos y los estimaban válidos en principio y obligatorios mientras no surgiera una justa causa, y así decía el mencionado Sánchez: «Et hoc intelligendum est, nisi iusta causa recedendi superveniat» (4), con cita de muchos autores acordes (5).

Entre estos autores merecen especial consideración las palabras de Antonio Gómez, que salva el principio de libertad, afirmando: «Adde tamen, quod in casibus, in quibus pactum istud, de quo loquimur valeat et teneat et cogatur promissor adimplere, debet intelligi nisi superveniat aliqua causa de novo, per quam non possit, vel debeat ibi habitare» (6).

Además no hemos de olvidar que el *pactum de commorando semper in certo loco*, se ve entre la doctrina antigua como contrario a la libertad, porque se examina sobre el supuesto corriente de ser convenido por razón de servidumbre y con terceras personas. Así puede verse, por ejemplo, en Gregorio López (7), que habla de esto sólo con ocasión del matrimonio de los siervos y en relación de dependencia con el señor, hipótesis que dista mucho y es fundamentalmente diferente del matrimonio de personas libres que se proponen fines que están en su autodeterminación y en los que, como decimos, no se ve nada inmoral.

Es más, el pacto «de habitando en certo loco», que al ser celebrado por el marido arrastra consigo y fija el domicilio conyugal, lo vemos frecuentemente celebrado y nadie lo tacha de inmoral. Así, por ejemplo, el que contrata sus servicios de portero de una finca urbana, de guarda de un almacén o negocio, de *casero* de una finca rústica, o en general se obliga a prestar servicios que exijan la residencia familiar en cierto sitio.

¿Por qué ha de ser inmoral cuando se conviene independiente-

(4) *In eodem loco, in fine*, 7.

(5) *Begnudellus*, en su «Repertorium Quaestionum magis practicarum». Frisingae MDCCXII, III, fol. XL, 41; cita como favorables a Alejandro de Imola, Juan Andrés, el Abad, Sánchez, Pontiano y el Hostiense.

(6) *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Lugduni MDCCI, página 293, núm. 24.

(7) Glosas a Partida, III, tit. XVIII, Ley LXXXIX y Partida IV, tit. V Ley II.

mente de una prestación de servicios? ¿Por qué lo que se conviene con extraños no ha de poder ser convenido entre los que se unen en matrimonio?

La única objeción que en este punto podría hacerse es la de la perpetuidad. Pero tampoco la perpetuidad es por sí misma inmoral. La perpetuidad (pacto de por vida, se entiende) podrá ser rechazada en instituciones como el arrendamiento de servicios, como lo hace el artículo 1.583 del Código Civil, por el temor de que envuelva una especie de esclavitud o enajenación de la libertad por una razón puramente patrimonial, pero es, en cambio, esencial en la institución del matrimonio en el que los derechos y deberes de cada uno de los cónyuges duran tanto como la vida común de los consortes. De la libertad no hay que tener un sentido y un concepto mítico, ha de ser concebida racionalmente para que no conduzca a la anarquía, y, en ese recto sentido, el matrimonio y su estatuto jurídico de por vida no es un atentado a la libertad, sino una manifestación de ella en la medida en que la puede conceder el orden social.

C) *El pacto y el orden público.*—Sobre este punto el argumento ordinario se produce así: la fijación del domicilio conyugal es, en nuestro derecho, atribución del marido, está en la potestad marital, ésta está fijada en la ley como requisito inderogable y elemento fundamental de la organización matrimonial, no admite restricción; luego el pacto es nulo.

Véanse, en concreto, las palabras de Burón (8): «La mujer está obligada a aceptar el domicilio que fije el marido. Todo pacto anterior o posterior a la unión conyugal que contrarie este precepto de la ley, será pacto nulo, como lo son, en regla general, todos los pactos formados en fraude de las leyes. El matrimonio no admite condiciones contrarias a su naturaleza; y es contrario a las leyes del orden doméstico un pacto que enajene al marido uno de los atributos de su autoridad. Todo consentimiento que en este sentido haya prestado el marido es un consentimiento nulo que a nada cierto le obliga.»

Pero estas afirmaciones parecennos demasiado absolutas influidas por un sentido de la potestad marital, basado en criterios

(8) *El Derecho civil español*, 6.ª edic., I. Barcelona, 1901.

históricos que no pueden mantenerse hoy, porque su fundamento racional y actual le da un sentido más relativo y aparece muy templado el antiguo rigor con que fué establecida. Esto nos obliga a una consideración más pausada y meditada.

Hasta ahora es innegable que la facultad de fijar el domicilio era una atribución de la autoridad marital, pero es porque el hogar más que como vivienda o morada conyugal se consideraba como el marido, hasta tal punto que en algún momento el complemento de conclusión del matrimonio era la *deductio in domum mariti*. Así decía Laurent (9): «La comunidad de vida supone una sola y misma habitación para los dos esposos; esta habitación es la del marido; es la consecuencia más natural, más legítima de la potestad marital.»

Y, sin embargo, la potestad del esposo de fijar el domicilio y hacerse seguir por la mujer encontró siempre en la interpretación de los jurisconsultos y de los jueces criterios de templanza y de racionalización que le impedían el abuso de su autoridad y ponían cortapisas a sus determinaciones arbitrarias al respecto, protegiendo a la mujer y dispensándola de seguir al marido, que vale tanto como decir que éste no podía señalar la morada sin una razón normal y prudente.

Pese al concepto despótico de la dirección marital que llevaba a Napoleón a sentar que la obligación en que está la mujer de seguir al marido es *general y absoluta* y tantas veces cuanto él lo exija (10), y al sentido que él consiguió infiltrar en los codificadores franceses que llegaron a decir, como Simeón en su informe ante el Tribunado que la mujer no puede estar separada legítimamente del marido más que por el divorcio o la muerte (11), las atenuaciones aludidas encontraron un eco favorable en la doctrina antigua y pervivieron pasando a la moderna.

Ya los canonistas antiguos, y sirva de ejemplo nuestro Tomás Sánchez, antes citado, y siempre considerado entre los más eminentes (12), señalaban como excepciones: que la mujer no pu-

(9) *Principes de Droit civil*. París, 1870, III, núm. 86, pág. 117.

(10) *Discussions du Code civil dans le Conseil d'Etat*, I. París, 1805, páginas 307 y 308.

(11) *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Barcelona, 1839, I, página 96.

(12) Op. cit. Disp. XLI.

diera seguir al marido sin grave detrimento; que el marido quisiera exponerla al pecado; que el señalamiento de domicilio fuere por causa torpe o deshonestas; que el marido fuere vago o errabundo, no sabiéndolo la mujer previamente al matrimonio. Y estas excepciones son admitidas sin dificultad por la doctrina moderna con bastante unanimidad y aún acentuando más la nota de protección a la mujer, según la tendencia que viene a equiparar la condición de los cónyuges (13). Tendencia que ha encontrado su consagración legal en algunas legislaciones extranjeras, entre las que cabe citar como relevante la alemana. En efecto, desarrollando el artículo 3.º, párrafo 2.º de la Constitución de la República Federal, se han derogado los párrafos 10 y 1.353 del B. G. G., con la consecuencia de que los cónyuges han de fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (14), principio también establecido en la República Democrática u Oriental por el artículo 14 de la Ley de 27 de septiembre de 1950 (15).

También recientemente la Ley belga de 30 de abril de 1958 ha dado una nueva redacción al artículo 213 del Código, y admitiendo idénticos fundamentos, dice: «La residencia conyugal es, a falta de acuerdo entre los esposos, fijada por el marido. La mujer tiene el derecho de recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia si motivos legítimos aconsejan la elección de otra residencia.»

Aunque en este artículo de la Ley belga parece darse una redundancia, porque, en definitiva, compete al marido la facultad de decisión, la declaración, como comentan Baeteman y Lauwers (16), tiene mucha importancia, porque del texto deriva que la elección del marido no es soberana, a lo que nosotros añadimos que se vería condicionada por el pacto si expresamente se había establecido.

Con arreglo a estos criterios y en esta línea de pensamiento, dice Castán: «La obligación de seguir la mujer al marido es racional en principio, pero pueden ser incontables los casos en que sería inhumano darle efectividad. Por ello, nos parece que el su-

(13) La cita sería prolija, pero, como muestra, pueden verse LAURENT: *Obra y lugar citados*; DEMOLOMBE: *Cours de Code Civil*, Bruxelles, 1847, II, número 95, pág. 257.

(14) *Soergel und Siebert. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 9.ª edic. Stuttgart, 1959, página 76.

(15) *Kallmann*, en «*Jurisclasseur de Droit Comparé*», fasc. 1.º. Allemagne.

(16) *Devoirs et droits des époux*. Bruxelles, 1960, núm. 100, pág. 109.

puesto de excepción del artículo 58 debe ser ampliado, aplicándolo, desde luego, a aquellos casos en que, aun tratándose de un traslado de residencia dentro de la Península, medie justa causa para que la mujer sea exenta de la obligación de seguir a su marido» (17).

Hay, como puede apreciarse, una opinión (*communis opinio*) extremadamente difundida sobre que la facultad marital de fijar el domicilio está limitada por su propia finalidad, y siendo de orden público su origen, por el propio orden público encuentra su sentido relativo y posible condicionamiento.

Con clara intuición de lo que decimos en uno de los primeros estudios sobre el entonces reciente Código Civil, decía Navarro Amandi, al referirse al artículo 58:

«Muchos autores estiman válido todo pacto que tenga por objeto, no la separación de los cónyuges, sino la obligación del marido de vivir siempre o durante cierto tiempo en lugar determinado»..., y así como sería nulo el pacto que eximiera a la mujer de seguir al esposo «porque toca a las facultades fundamentales del marido, es válido el de residir en cierto lugar, porque esto sólo hace relación a las accidentales» (18).

En verdad, el único obstáculo formal para la admisión del pacto radica en el propio texto del artículo 58, porque éste, luego de establecer el principio de que la mujer debe seguir al marido dondequiera que éste fije su residencia, sienta una sola excepción: la de que traslade su domicilio a ultramar o a país extranjero, en cuyo caso los tribunales podrán eximirla de tal obligación mediante justa causa.

Por ello podría pensarse con cierta simplicidad e invocando una vieja regla de interpretación: *inclusio unius exclusio alterius*; luego no se admite más excepción.

Y, sin embargo, esto no ha sido nunca así interpretado y ya se ve que tanto entre los intérpretes extranjeros como entre los españoles apareció la limitación contemplando la finalidad del imperativo legal. El pacto «de habitando in certo loco» no atenta a la autoridad del marido, no la anula, porque tal convenio en-

(17) CASTÁN: *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Madrid, 1954.

(18) *Cuestionario del Código Civil reformado*. Madrid, 1889, I, comentario al art. 58, pág. 112.

cuentra a su vez el límite, basado en la esencia del matrimonio, de que en caso de necesidad no creada arbitrariamente por uno de los cónyuges no puede tener efectividad. Así se entendió siempre y aparece en los textos citados anteriormente de nuestros autores antiguos, y de los extranjeros los que admitieron el pacto, como Lauterbach y Werner, dice Glück (19), exceptuaron siempre el caso *si iusta et urgens supervenerit domicilii mutandi causa*.

No debe olvidarse, por otra parte, el espíritu renovador de la Ley de 24 de abril de 1958, favorable en principio a la equiparación jurídica de los sexos, y que aunque no la haya establecido totalmente favorece una interpretación más amplia y matizada del Código (20).

Todos estos argumentos postulan la validez del pacto que para nosotros hay que sentar por demostrada.

D) *La efectividad del pacto*.—Una vez admitida la conveni- ción por la que los esposos fijen su residencia, cabe preguntarse sobre su efectividad, sobre todo teniendo en cuenta la importante limitación que comporta, pues parece que admitir su decadencia cuando exista justa y urgente causa para cambiar el domicilio es tanto como condenarlo previamente a su ineficacia. No es así, sin embargo, si alcanzamos a precisar lo que ha de entenderse por tal causa *iusta et urgens*.

Parece que nunca podrán considerarse causas justas aquellas en que la doctrina ha visto una razón suficiente para que la mujer no siga al marido (deseo de vagabundear, grave detrimento del otro cónyuge, prosecución de fines torpes o deshonestos, etc.).

Pero esto no resuelve la cuestión más que de modo negativo; el *quid* radica en saber cuáles son las causas justas para que, cesada la eficacia del pacto, el marido pueda fijar en otro lugar el domicilio conyugal, sin que la mujer se pueda resistir con pleno derecho a seguirle.

Naturalmente que el pacto exige que sea la voluntad del ma-

(19) *Commentario alle Pandette*, lib. V, edición italiana. Milano, 1893, página 128, nota.

(20) Véase DE CASTRO: *Apéndice al compendio de Derecho Civil*. Madrid, 1958, pág. 44. Entiende este ilustre tratadista que tal como se configura el domicilio conyugal en el art. 68 del Código y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento, el marido no puede crear otro domicilio arbitraria o antijurídicamente (pág. 63), lo que es un apoyo más para nuestra tesis.

rido fundada en razones de conveniencia familiar. La concreción de éstas se hace difícil, pero dista mucho de ser imposible cuando descendemos de las reglas generales a los casos concretos.

En primer término será normal que en el pacto se hayan mencionado los motivos relevantes que a él han inducido, o al menos estén claramente presupuestos. Siendo esto así habrá de considerarse justa causa la desaparición de tales supuestos. Por ejemplo: el motivo era de proximidad a las fincas aportadas al matrimonio y aquéllas se han enajenado; o era la salud precaria de la esposa y resulta que la residencia elegida más bien la perjudica; o ha fallecido la persona a quien se quería asistir morando junto a ella; o el bienhechor que se deseaba cercano se trueca en enemigo; o la ventaja esperada es insuficiente o notablemente desproporcionada con el mayor rendimiento que fundamente se puede lograr en otra parte con otra ocupación o empleo, no buscando caprichosamente sino por razón de necesidades familiares no atendidas en forma debida y de imposible o insuficiente satisfacción en la residencia pactada.

Cabe también considerar los casos de fuerza mayor: desaparición del pueblo que ha de ser anegado por emplazamiento en el vaso de un pantano; prohibición de residencia en el lugar por una determinada autoridad y no atribuible a la culpa del proscrito, etc.

El juez, cuando no exista el acuerdo conyugal acerca del particular, podrá resolver con arreglo a estos criterios, siempre entendiendo que la simple voluntad del marido no es suficiente para quebrantar un pacto que, en otro caso, sería letra muerta y podría ser tachado de *estipulación inútil*.

Por lo demás, la efectividad del pacto no se traduce en una acción dirigida a lograr el hecho físico de la convivencia, sino a sancionar el hecho de la no convivencia conforme a lo pactado. El cónyuge que no observe lo convenido, sin existir causa razonable justificativa de ello, es el que habrá de ser considerado como infractor del deber de cohabitación impuesto en el artículo 57 del Código sin poder alegar, por tal motivo tan solo, el abandono por parte del otro cónyuge (tanto a los efectos penales como a los civiles) que permanece en el domicilio elegido.

El pacto es un correctivo a la extraordinaria facilidad con que

el esposo puede hacer culpable a la mujer cuando quiera librarse de ella (21) consagrando el principio absoluto de preeminencia del marido, éste no tiene más que buscar un nuevo domicilio sin alegar razones, y en cambio la mujer habrá de alegar y probar las suyas para no seguirle, con toda la dificultad que esto comporta, porque tales razones no son siempre patentes y demostrables y, cuando lo son, no siempre interesa que sean puestas de relieve.

Concretamente, con respecto a la mujer, que es la ordinariamente favorecida por el pacto, ya que se presenta ésta como excepción al derecho del marido, decía Lauterbach (22) que el contrato es eficaz tan sólo en cuanto que permite a aquélla proteger su propio interés cuando el marido, en contradicción con lo convenido, cambia su domicilio, siendo la mutación dañosa para la mujer.

III

EL HOGAR EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES.

Siendo el domicilio conyugal un concepto independiente del de la propiedad de la casa en que se fija, pero en necesaria conexión con ella, interesa fijar, desde el punto de vista jurídico, cuáles son los efectos de tal conexión para lo que habremos de distinguir varias hipótesis.

1.^a hipótesis: *La casa que se habita es del marido.*—Esta casa se transforma en hogar conyugal por el hecho de que la mujer, siguiendo al marido, vaya a habitar en ella. En este sentido expresaba el aforismo clásico: «Communiter dicitur, quod uxor facit domicillum.»

La utilización entra en la obligación alimenticia, puesto que ésta comprende, según el artículo 142, lo «indispensable para... habitación».

(21) GOMPEL-NETTER: *La conception moderne du domicile de la femme mariée en Droit privé français*. París, 1937, pág. 93.

(22) Lugar citado anteriormente.

No hay que pagar alquiler o compensación, porque se ocupa a título dominical y porque el sostenimiento de la familia es a cargo de la sociedad de gananciales (artículo 1.408-5.º) y los alquileres (frutos civiles) son también gananciales (artículo 1.401-3.º), por lo que se confunden los aspectos positivo y negativo en el mismo patrimonio.

Disuelto el matrimonio por muerte del cónyuge propietario, el supérstite, dentro del sistema del Código Civil, mientras se haga la liquidación de gananciales y se le entregue su haber, como continuación del derecho alimenticio (artículos 1.430 y 1.379-2.º), parece que podrá seguir habitando la casa, pero al cesar la obligación alimenticia se convierte en un precarista.

Esto es injusto. A la viuda se le da el vestido de luto (artículo 1.427) y el lecho y ropas ordinarias (artículo 1.420) y se ha de marchar del domicilio conyugal, aunque conviva con hijos comunes si la casa es heredada por otra persona o por los propios hijos. Está en condiciones peores que un arrendatario. Es más, si la casa fuera propiedad de un tercero y la tenía el marido en alquiler, la mujer quedaría subrogada en sus derechos (artículo 58 de la L. A. U.). El Derecho Romano y el común permitieron que la viuda conservara el domicilio del marido mientras no pasara a ulteriores nupcias (23).

Si se produce una situación anormal en el matrimonio, aunque la casa sea del marido la mujer puede quedar provisionalmente en ella (artículo 68), pero no está suficientemente garantizada, porque el marido puede vender la casa y entonces la mujer quedará en situación de precarista y podrá ser desahuciada por el nuevo propietario. Porque las medidas de garantía o aseguramiento que el Juez pueda adoptar no alcanzan a evitar esto.

Tales medidas son las enunciadas en el artículo 1.891 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Para el aseguramiento de las medidas a que se refieren los artículos anteriores, y en especial para que quede garantizado el pago de las pensiones alimenticias correspondientes a un año, como máximo, el Juez de oficio o a instancia de parte podrá acordar la formación de inventario, constitución de depósitos o anotaciones o inscripciones en los Registros públicos o cualquier otra garantía de naturaleza análoga.»

(23) Véase TEDESCHI: *Del domicilio*. Milán, 1936, pág. 63.

No obstante la amplitud con que está redactado el texto se ve que lo está pensando en asegurar una cantidad como base de responsabilidad, pero no parece que autorice que se llegue a establecer una prohibición de enajenar que sobre no estar autorizada especialmente en todo caso chocaría con la regla 4.^a del propio artículo 68 del Código, que en la situación provisional de tramitación de la separación y en orden al régimen económico matrimonial ordena taxativamente que «el marido conservará la administración y disposición de sus bienes». Sólo ante el daño temido parece posible asegurar, por cualquiera de los medios del artículo 1.891, una indemnización compensatoria del perjuicio probable, pero el lanzamiento de la vivienda promovida por el nuevo adquirente no podría evitarse.

Obtenida la ejecutoria de separación no aparece tampoco claro el derecho de la mujer inocente a conservar el domicilio conyugal en la casa propiedad del marido culpable, y aunque éste le deba alimentar (regla 5.^a del artículo 73 del Código), los satisfará por vía de pensión, puesto que la convivencia conyugal se ha roto y deviene imposible (artículo 149 del Código).

Son estas deficiencias legales que acusamos y cuya corrección sería oportuna en una futura reforma legislativa completando la protección debida a la mujer y a la familia.

La solución sería acaso constituir un arrendamiento forzoso a favor de la mujer. O tal vez seguir las huellas del Derecho inglés, en donde interpretando la Ley de 1.882 la jurisprudencia entiende que el marido culpable no puede desahuciar a la mujer inocente que observa buena conducta, a menos que le ofrezca en cambio una habitación conveniente. Es difícil—dice Brown (24)—encontrar una calificación jurídica adecuada al derecho así creado en favor de la mujer, pero, como quiera que sea, los tribunales lo sancionan.

2.^a hipótesis: *La casa es de la mujer.*—La convivencia en ella del marido la transforma en hogar conyugal. Por razones semejantes a cuando es del marido no se debe alquilar ni compensación alguna en la sociedad conyugal. Si la casa es dotal porque los frutos de la dote están afectos a las cargas matrimoniales (ar-

(24) BROWN et GASTAMBIDE: *Droit anglais, Grande-Bretagne*, fasc. 1.^o, en «Jurisclasseurs de Droit comparé», 1959.

tículos 1.364, 1.401 y 1.408 del Código) y sí es parafernial por la misma razón (artículo 1.385).

También parece injusto que el viudo, concluido el matrimonio por muerte de la dueña, haya de salir de la casa en los mismos términos que decíamos de la viuda en la primera hipótesis. Particularmente cuando hay hijos y el viudo vive en hábito de tal, y mientras así se conserve, no se ve razón suficiente para que la continuación del hogar conyugal dependa de la contingencia de una partición hereditaria. En la reforma de nuestras leyes sería deseable mantener dicho hogar y la dignidad del supérstite, cosa que podría hacerse con sólo inspirarse en los principios acertados de la legislación de Aragón (artículos 72 y 73 del Apéndice foral).

Si se produce la situación anormal de separación, también mientras el proceso se sustancia, es de aplicación al cónyuge varón el artículo 68 del Código y podría la mujer propietaria de la casa verse obligada a salir de ella por el decreto judicial. Pero en este caso el marido está a cubierto de la venta maliciosa de la casa a un tercero que le obligara a salir de ella, porque la mujer no podría enajenar sus bienes sin autorización judicial (artículo 68-4.^a).

En este trance, y aun antes de la reciente reforma del artículo 68, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1901 sentó la doctrina de que: no procede el desahucio reclamado por una mujer casada contra su marido para obligarle a abandonar la casa en que los cónyuges tenían su domicilio, antes de salir de ella para ser depositada, con motivo de haber entablado demanda de divorcio, que estaba en tramitación, fundándose en ser propietaria de la referida casa y en el requerimiento judicial hecho a su citado marido para que se abstuviese de practicar acto alguno de administración en los bienes de su mujer, porque las demandas de divorcio no producen el efecto de quitar el carácter de domicilio conyugal a aquel donde el marido sigue viviendo, y por esto es por lo que la mujer sale del mismo a calidad de depositada, y porque la circunstancia de que el domicilio radique en casa de la propiedad de ésta, absolutamente en nada altera las condiciones de dicho domicilio, dado el estado de derecho subsistente entre los cónyuges mientras se ventila la cuestión de divorcio, debiendo ventilarse esta cuestión en juicio declarativo, y no

en el de desahucio, incompatible con otros vínculos de derecho que no sean el arrendamiento o el precario.

Siendo ejecutoria la sentencia de separación, si la mujer fuere culpable tampoco hay base en el artículo 73 del Código para que el marido inocente continúe en el hogar conyugal. Parece que quedaría como un precarista, puesto que el número 4.º de este artículo señala el efecto de «la separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que les corespondan». Mas, no obstante, como la reforma de 24 de abril de 1958 afectó al artículo 73, pero no tocó su concordante 1.435, en virtud de su letra, la facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por el Código, subsistirá cuando la separación se haya acordado a su instancia y la mujer no tiene derecho a los gananciales ulteriores, de donde resulta que si la casa fuera dotal podrá el marido inocente seguir viviendo en ella, ya que su destino para esto es un acto de administración y su aprovechamiento y rendimiento ganancial.

Evidentemente la solución que acabamos de indicar revela una irritante desigualdad entre el marido y la mujer, que no ha sabido corregirse en la precipitada reforma de 1958, y que también habrá de tenerse presente en una futura armonización de los textos legales, pero hoy nos sirve de medio para resolver la cuestión planteada, conforme al principio del «favor matrimonii», facilitando la continuación del hogar.

3.ª hipótesis: *La casa es ajena a los cónyuges y éstos la ocupan en virtud de arrendamiento.*—El derecho arrendaticio puede corresponder al marido, porque éste alquiló la casa antes del matrimonio, o a la mujer en idéntico supuesto, o a la sociedad conyugal, porque se arrendó por los ya casados mediante su representación legal (normalmente por el marido).

Cualquiera que sea el contratante del arrendamiento por el hecho de ir a vivir el otro cónyuge entendemos que se opera una mutación en el concepto del alquiler de la casa habitación, que se hace común por la necesidad de vida común (artículo 56 del Código) y que normalmente ha de ser atendida con el patrimonio común (artículo 1.408-5.º). Entonces es cuando surge la idea del «hogar familiar».

Este concepto del que hablábamos en el preliminar de este

artículo se refiere no solamente a los cónyuges entre sí, sino también con relación a los terceros y concretamente con respecto al arrendador, pues es un supuesto normal el de la «casa destinada a la habitación de una familia» (artículo 1.582 del Código). La propia Ley de Arrendamientos Urbanos acepta la realidad de esta construcción dando preferencia al «hogar familiar» (*sic in lege*, artículo 64 de la L. A. U.) y considerando la convivencia del cónyuge sin más requisitos, como base normal para la subrogación de los derechos arrendaticios (artículo 58) y como una excepción a la regla prohibitiva de la cesión del arrendamiento sin la voluntad del arrendador (artículo 24) y que no autoriza el aumento o elevación de la renta que se puede exigir a los *parientes* cesionarios, pero no al *cónyuge* (artículo 98, número 5.º, en relación con el número 6.º).

Todo esto autoriza a pensar que el derecho arrendaticio se ha hecho, como decimos, común, aunque de hecho sea ejercitado frente al arrendador por el cónyuge que ostenta la representación y gestión de la sociedad conyugal.

Cuando en el matrimonio surge el intento de separación y se admite la demanda, puesto que al Juez se atribuye el poder de determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común (artículo 68 del Código), esto ha de admitirse con todas las consecuencias para su efectividad, y el cónyuge que se queda, aunque no fuera el que inicialmente arrendó, hay que estimarlo subrogado en lugar de éste para todos los efectos del arrendamiento. Podrá, por tanto, pagar los alquileres, reclamar las reparaciones y servicios que procedan, etc., sin que el titular nominal del derecho arrendaticio pueda renunciar a éste, transmitirlo a otro ni realizar acto obstativo alguno que pudiera defraudar o perjudicar a su consorte, pues el acto abusivo no podría nunca ser reconocido en este punto, ya que el «manifiesto abuso del derecho» está expresamente rechazado por el artículo 9.º de la L. A. U.

Obtenida la sentencia ejecutoria de separación, partiendo de la idea del hogar y supuesto que en el número 5.º del artículo 73 se establece la conservación por el cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos, podría considerarse incluído en éstos la habitación y creemos que podría establecerse

por decreto judicial la subrogación del inocente en los derechos arrendaticios. Es verdad que el artículo 58 de la L. A. U. se refiere a la subrogación para el caso de muerte y que éste de la separación no está previsto, pero no hay que olvidar el artículo 8.º de la propia ley: «En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los tribunales aplicarán sus preceptos por analogía.»

4.ª hipótesis: *La casa es ajena y la ocupan los cónyuges por razón del cargo o servicio que uno de ellos o ambos desempeñan.* En este supuesto el hogar conyugal depende de la relación de la cual es accesoria. Es el caso de las viviendas y locales de los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios que los tuvieran asignados por razón del cargo que desempeñen o servicio que presten.

La dificultad de esta situación está en el carácter personalísimo de estas viviendas, que sólo en la normalidad matrimonial podrán ser compartidas. El Juez, en cada caso, habrá de examinar la posibilidad de que el cónyuge no titular pueda permanecer en la casa provisionalmente durante la tramitación de la separación. Pero esto no podrá ser cuando la vivienda sea facilitada *para* desempeñar el cargo (caso del guarda) que necesite la permanencia en el local, aunque podrá ser cuando se facilite *por* desempeñar el empleo o servicio.

De todas maneras, en las separaciones decretadas por sentencia ejecutoria, la casa será inescindible del empleo.

MANUEL BATLLE.

Del usufructo a la sustitución fideicomisaria

(Continuación.)

SUMARIO

- 20.—La adquisición de la nuda propiedad.
- 21.—Instituciones testamentarias en las que premueren los herederos al testador y al cónyuge viudo usufructuario.
- a) Supuestos de sucesión legítima.
 - S. 28 diciembre 1923 (M.).
 - S. 6 mayo 1931.
 - b) La no conversión de la sustitución fideicomisaria en vulgar.
 - S. 19 noviembre 1907.
 - c) El llamado derecho de representación por procedencia del heredero.
 - S. 18 noviembre 1930.
- 22.—La adquisición inmediata del heredero con el cónyuge viudo usufructuario y la transmisibilidad del derecho de aquél si premuere a éste.
- S. 27 abril 1888.
 - S. 9 marzo 1899.
 - S. 8 abril 1927.
 - S. 4 abril 1866.
- 23.—Otras cuestiones jurisprudenciales relacionadas con la adquisición del derecho del heredero gravado con un legado viudal.
- a) Descalificación de la «condición» testamentaria.
 - S. 15 enero 1909 (C.).
 - b) Cancelación de un crédito hipotecario.
 - R. 19 diciembre 1901.

- c) Diferentes efectos del usufructo o sustitución sobre cuarta trebeliánica y mejoras.
S. 10 noviembre 1897.
 - d) El usufructo vidual y los bienes fideicomitidos.
R. 19 julio 1922.
 - e) La transmisibilidad del usufructo con facultad de disposición.
S. 10 enero 1878.
S. 7 marzo 1876.
- 24.—La adquisición simultánea del heredero y usufructuaria y la transmisibilidad del derecho de aquél.
S. 4 julio 1896.
S. 7 junio 1950.
S. 29 enero 1955.
R. 29 enero 1959.
- 25.—La transmisibilidad de derechos en la cláusula «si falleciere sin hijos».
- a) Cuando fallece sin hijos el usufructuario.
S. 6 mayo 1891 (M.).
 - b) La doble «condición» de fallecer el usufructuario con hijos y sin hijos.
S. 12 octubre 1895.
S. 14 mayo 1900.
S. 23 noviembre 1956.
- 26.—Las inscripciones correctas en el Registro de la Propiedad de usufructos vinculares.
R. 9 enero 1918.
R. 17 abril 1920.
R. 19 junio 1929.
- 27.—La inscripción de las adjudicaciones a favor de los hijos que sobrevivan al usufructuario.
R. 23 julio 1924.
R. 8 julio 1924.
R. 25 abril 1931.
R. 12 enero 1944.
R. 22 diciembre 1950.
- 28.—La irreversibilidad de la inscripción.
R. 8 mayo 1924.
R. 20 octubre 1926.

III

LA ADQUISICION DE LA NUDA PROPIEDAD
Y SU TRANSMISIBILIDAD

20.—LA ADQUISICIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD.

Dos son los motivos de la inmediata y simultánea adquisición del usufructo y la nuda propiedad en la sucesión *mortis causa*, que funcionan como causales: la división romana de los títulos universales y particular de adquisición; y siendo el legado el medio específico de la atribución del usufructo, una forma mediata de adquisición, por adquirirse a través del heredero, recibe de estas características la impronta que distingue a la institución, que cuesta de vencer en supuestos especiales, y marca los caracteres específicos de la adquisición de la nuda propiedad. El enclase a que da lugar el *ius delationis*, estudiado por ROCA SASTRE y ALBA-DALEJO, en sus respectivos *Estudios*, queda eliminado, por su particularismo, de este trabajo.

Este complejo primario viene asociándose a disposiciones sucesivas de tipo vincular, pero con la tendencia general de que las nuevas disposiciones no producen la retorsión de los principios originarios del usufructo, sino que su normatividad se impone a las reglas contrarias de la sustitución fideicomisarias, e incluso ésta recibe préstamos de las vinculaciones encabezadas por el usufructo.

La exposición del usufructo, precediendo a un estudio de la sustitución fideicomisaria, tal vez indebidamente, tiene, sin embargo, la ventaja de que se dan los perfiles más acusados y están resueltos muchos problemas que en aquélla han tardado más en formarse, y como la elaboración de ambas es eminente práctica, con la ventaja de que se da en el usufructo un doble paralelismo—entre el Derecho Civil común y foral, y entre el derecho anterior y posterior al Código—, viene a desplazar los escrúpulos dog-

máticos, de estudiar antes la especie que el género, pues como dice LEHMANN en su prefacio a la quinta edición de su *Tratado de Derecho Civil*: «El peligro que presentan las abstracciones de la Parte General pueden obviarse mediante una correcta aplicación del Derecho a través de los cauces expuestos: restricción y analogía. Para ello ha de imponerse la jurisprudencia el deber de que a toda aplicación de la norma jurídica proceda una investigación cuidadosa de los supuestos y circunstancias de la vida afectados por la misma, así como el fin razonable que delimita o a que aspira la norma. En la duda, el fin de la ley es buscar el orden razonable o justo de las circunstancias de la vida, no el reglamentarlas inadecuadamente.—Entendidas y aplicadas en este sentido pierden las normas de la Parte General la abstracción exagerada que le ha sido reprochada». Con mayor motivo, si la fuente del derecho es un acto testamentario, pueden agruparse, analógicamente, sobre el mismo supuesto e idéntica situación familiar, partiendo de lo particular a lo general.

Entre el concepto dogmático de término y condición, que es el punto central de la polémica sustitutoria, y el empírico, he preferido este sistema menos brillante, reuniendo la jurisprudencia y dando un primer paso en este sentido, que en las soluciones reales se esfuman las clasificaciones de tipo legalista, y en ocasiones no aparecen ni tan siquiera citada, como fundamento del fallo. Si por vía inductiva hemos creado una clase anfibia término-condición, de igual forma ahora se divide la transmisibilidad del derecho en cuanto se trata de institución de heredero a favor de personas ciertas, con su correctivo y nueva vertiente, cuando el llamamiento es a favor de personas inciertas, para hablar del derecho de representación—signo utilizado con más o menos propiedad—y el de acrecer como sucedáneo de la premoriencia. De la sucesión indivisible de los mayorazgos, pasamos a un nuevo prototipo de dispersión por un lado, con una o varias líneas preamadas, pero, a su vez, con la disgregación entre las líneas fecundas compensada con la concentración de la parte que dejen vacantes las líneas estériles, fenómenos que vienen estampillados con los nombres clásicos de derecho de «representación» y de «acrecer».

Si hasta ahora hemos venido sosteniendo que el usufructo es

institución mimada por las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge viudo, seguiremos en primer lugar la exposición de la jurisprudencia usufructuaria sobre los supuestos en que resulte favorecido en primer lugar el cónyuge supérstite, con lo que de forma simplificada se apreciará la panorámica del problema sustitutorio, dándose la circunstancia favorable a su evolución por la repulsión entre las líneas afines y consanguínea, que ya en principio elimina una porción de problemas.

21.—INSTITUCIONES TESTAMENTARIAS EN LAS QUE PREMUEREN
LOS HEREDEROS AL TESTADOR Y AL CÓNUGE VIUDO USUFRUCTUARIO.

La norma general sucesoria está contenida en el artículo 766: «El heredero voluntario que muera antes que el testador... no transmite derecho alguno a sus herederos»; este precepto que constituye el presupuesto de la cuestión, tiene otros efectos indirectos como consecuencia del llamamiento defectivo, por incumplimiento de la *conditio iuris* de sobrevivencia.

a) *Supuestos de sucesión legítima*.—La sentencia de 28 de diciembre de 1923, procedente de Palma de Mallorca, tiene escaso interés, pues forzosamente se pretende traer, por el recurrente, al campo usufructuario un legado de residuo, a favor del marido que premurió a la esposa otorgante, facultándole para disponer de los bienes a favor de los parientes consanguíneos de la línea materna, excluyendo a los de la paterna, y como premurió el esposo, los de la línea paterna vienen a ser, en definitiva, los herederos legítimos de la causante, en virtud de los siguientes:

Considerando que, en orden al presente recurso, precisa determinar si doña Juana Ana Marroig Buades, casada a la sazón con don Juan Cabanellas y Cobos, carente de herederos forzosos, y que en el testamento que, ante el Notario de Pollensa, don Rafael Santander, otorgó en 10 de julio de 1915, al nombrar a su esposo bajo las cláusulas que dicen así: *En el remanente de mis bienes instituyo por mi heredero universal a mi esposo dicho, Juan Cabanellas y Cobos, con la obligación que le impongo de que disponga de mis bienes por actos «mortis causa» o «inter vivos» a favor de cualquiera de mis parientes consanguíneos de la línea materna, que-*

*dando excluidos los de la paterna.» «No obstante la obligación expresada, faculto a mi marido para vender, gravar, y de cualquier modo enajenar, todo o parte de mi herencia, sin intervención judicial de ninguna clase, aunque tenga otros de su propiedad», constituyó o no una verdadera sustitución de cualquiera de las cuatro clases que, existentes en el derecho antiguo, han tenido acogida en el Código Civil, habida cuenta de que *el instituido heredero, don Juan Cabanellas y Cobos, fallecido antes que su esposa, la testadora, la cual contrajo segundas nupcias:**

Considerando que los derechos y obligaciones que con respecto al instituido heredero en una disposición testamentaria se originan ni tienen vida ni existencia real hasta la muerte del testador, y que para que el heredero adquiriera tales derechos precisa que, como en el caso de autos acaece, *el instituido heredero falleció antes que el testador*, es indudable que *no pudo adquirir derechos ni obligaciones*, y, en realidad, es como si no existiera la disposición testamentaria, a no ser que el causante, previsor, haya designado de modo concreto, claro y preciso quién o quiénes, en tal caso, hayan de sustituir al heredero premuerto, y como en el que origina este recurso no se ha hecho tal designación, ya que en las precitadas cláusulas testamentarias, doña Juana Ana Marroig impone a su esposo, el heredero, la obligación, y a un tiempo concede la facultad de nombrar él, *mortis causa* o *inter vivos* a cualquiera, no uno determinado, de los parientes consanguíneos de la línea materna, habiendo muerto sin designarlos, por no haber adquirido el derecho de hacerlo, el instituido heredero, y sin que a su vez la testadora hubiera designado, individual o genéricamente, a ninguno de dichos parientes consanguíneos, cualquiera de los cuales, en su caso, había el repetido heredero de elegir, es visto que, si quiera fuera otra su voluntad, en realidad no constituyó aquélla una sustitución vulgar o condicional, como se pretende por el recurrente, ya que no reúnen los requisitos de dicha sustitución las repetidas cláusulas testamentarias, por lo cual el Tribunal *a quo*, al hacer en la sentencia impugnada tal declaración, ha aplicado acertadamente el número 3.º del artículo 912 del Código Civil y no ha infringido las disposiciones del *Digesto* ni los artículos 751 y 774 del repetido Cuerpo legal, inaplicables al caso, como se alega y pretende en los motivos 1.º, 2.º y 3.º del recurso

interpuesto por la demandante doña Juana Ana Buades Paricás, por cuyas razones procede sean los mismos desestimados:

Considerando que, como con acierto se establece en la sentencia recurrida, la facultad que la testadora otorgó a su esposo y heredero de enajenar, gravar y vender los bienes, es decir, de disponer de ellos, es innegable que determina un verdadero dominio sobre los mismos, lo cual se compadece mal con la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 1887, en el recurso aludido, en la que se estima al sustituido como mero usufructuario, sin que esta doctrina se infrinja por la Sala en la sentencia recurrida, como se pretende en el cuarto motivo del recurso, ya que lo en la misma declarado implica que en el caso de autos no se constituyó por la testadora una sustitución legalmente definida, y de ahí que la obligación que imponía a su esposo estuviera enervada, al decir en la cláusula testamentaria que, no obstante, ella le concedía esa amplia facultad de disponer de los bienes, sin que precisara reservarlos para en su día donarlos o dejarlos a cualquiera de los parientes consanguíneos por la línea materna de la causante que él eligiera, y en tal virtud, es notorio que no puede estimarse este motivo del recurso.

Considerando, asimismo, que con cuanto expuesto queda se evidencia que tampoco pueden estimarse los motivos 5.º y 6.º de este recurso, toda vez que no siendo las cláusulas testamentarias aludidas reveladoras de que la testadora constituyó una verdadera sustitución legal, es notorio que no se infringieron por el Tribunal sentenciador la Ley, fragmento 2.º «de leg.» del *Digesto*, reproducida por el Código Civil en la sección 4.ª, capítulo 3.º, libro 3.º, ni el artículo 912 del mismo Cuerpo legal, puesto que, muerto el heredero, y no habiendo el sustituto legal en realidad designado, debe, por ministerio de la Ley, abrirse la sucesión legítima o intestada:

Considerando que por cuanto atañe al recurso interpuesto por don Vicente Buades y Pericás, forzoso es desestimar los motivos en que el mismo se basa, porque, establecido en los Considerandos anteriores que no existe en el testamento de la causante, doña Juana Ana Marroig Buades, designados sustitutos del heredero, don Juan Cabanellas y Cobos, quien, por haber muerto antes que

su esposa, no pudo adquirir derechos ni obligaciones, evidente es que, basándose en el supuesto contrario los motivos 1.º, 2.º y 3.º de este recurso, no pueden ser estimados:

Considerando que tampoco pueden serlo los 4.º, 5.º y 6.º del mismo, toda vez que la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Palma de Mallorca no es incongruente, ni en ella se otorgó más de lo que se pedía, ni se hacen en su parte dispositiva declaraciones contradictorias, puesto que al absolver a los demandados no se otorga más ni menos de lo que éstos solicitaron, y si se abre la sucesión intestada, por entender el juzgador que en realidad, muerto el heredero sin que hubiera sustituto, no existe testamento, no se otorgó más de lo pedido, ya que lo mismo el demandado don Gabriel Siquier Torradell que la demandada doña María Marroig Ripoll solicitaron que se declarara no existía testamento, por lo cual tampoco existe la contradicción pretendida:

Considerando que ni se han infringido los artículos 1.214, 1.216 y 1.218, ni se ha incurrido en errores de hecho y de derecho al apreciar la prueba practicada, puesto que los documentos auténticos que en este motivo se citan, ni son a los efectos de casación, ni con ellos se puede demostrar la evidente equivocación del juzgador, a quien, como Tribunal de instancia, corresponde estimar el valor de la prueba, es obvio que también este último motivo del presente recurso debe desestimarse.

Dentro de esta vocación a la sucesión legítima, es curiosa la sentencia de 6 de mayo de 1931, en que *nombrado herederos a determinados parientes* viene a revestir el derecho por premorencia de éstos, en la propia otorgante del testamento mancomunado, frustrándose la reclamación de los hijos de unas primas carnales, siendo así la institución testamentaria:

Después del fallecimiento del último de los testadores, los bienes que éste posea por su derecho propio, ya por virtud de la institución anterior, pasarán los pertenecientes a don José María López del Pino a sus hermanos, y los de doña Juana Freyre y Góngora a los suyos, por partes iguales, y por falta de éstos, y en su representación, a sus respectivos *sobrinos*.

Viene a fundarse la exclusión de los parientes más remotos, sobre la viuda, llamada anteriormente por la Ley, no obstante su

apartamiento en anteriores operaciones, en virtud de los siguientes fundamentos:

Considerando que para la interpretación de testamentos previene la Ley 5.^a del título 33 de la partida 7.^a, vigente cuando se otorgó en 5 de agosto de 1873, por don José María López del Pino y de doña Juana Freyre Góngora, mancomunadamente, el disentido en estos autos y cuyos preceptos, sustancialmente reprodujo el artículo 675 del Código Civil, que las palabras usadas por el testador, deben entenderse llanamente como suenan, sin que el juzgador deba partir de su entendimiento, a no ser que apareciere ciertamente era otra la voluntad del que testa, habiendo llegado la jurisprudencia a establecer, como principio de derecho que si la sentencia recurrida se ajusta a la letra y el natural, y el recto sentido de las cláusulas testamentarias, no se infringe la ley y preceptos del Código Civil, sino que se aplican debidamente; y apareciendo de los términos en que se expresó el llamamiento de herederos para adquirir los bienes que mutuamente se habían dejado en usufructo los testadores, diciendo, que *después del fallecimiento del que sobreviva, pasarían los pertenecientes al don José María a sus hermanos* y los de doña Juana a los suyos por partes iguales, y por falta de éstos, y en su representación a sus respectivos sobrinos, claramente se desprende que la voluntad de los otorgantes fué, que esta palabra «sobrinos», por el lugar que ocupa en la oración, guarda relación únicamente con los nombrados a quien se atribuye a representarlos, y no apareciendo en ninguna de las dos cláusulas cuya interpretación ha sido cuestión del pleito, ni en los demás se hace indicación de otros sobrinos, sobre participación en la herencia, es preciso reconocer que no tuvieron propósito de que los sobrinos más remotos fueran herederos, y, por tanto, la apreciación hecha por la Sala sentenciadora, ajustándose a la letra natural y recto sentido del testamento, no infringió la ley y artículo referidos, ni las leyes del *Digesto* y sentencias de este Tribunal Supremo alegadas en el primer motivo del recurso que debe desestimarse:

Considerando que la sucesión intestada no sólo tiene lugar cuando una persona muere sin testar o con testamento nulo, sino también según disponen los dos primeros números del artículo 912 del antes citado Código, al perder validez el testamento o la ins-

titudin de herederos, y en su virtud cuando los especialmente designados para obtener los concedidos en primer lugar en usufructo, porque desde el momento que desaparezcan los instituidos herederos viviendo quien disfruta los bienes usufructuados, como no existe la voluntad del testador, ya que al fallecer la usufructuaria no podían pasar los bienes a los designados que fallecieron, desde aquel momento se produjo la necesidad de que, llegado el caso, naciera la sucesión legitima, correspondiendo esa herencia que consistía en la nuda propiedad, al llamado legalmente a percibirla, y cuando la institucion de herederos se extinguió por fallecer sin hijos los hermanos de don José María López mucho antes de morir la usufructuaria, el derecho sobre los bienes usufructuados correspondía a ésta, ya que por la Ley de Mostrencos o por lo dispuesto en el artículo 962, al resolverlo así en la sentencia recurrida absolviendo a los demandados, no habiendo otro limite señalado en el testamento al usufructo, ni el Tribunal de instancia infringió la cláusula 21 de aquél ni los preceptos del tan repetido Código que se citan en el motivo 2.º, ni tampoco puede sostenerse que no se hizo declaracion de herederos que solicitaron ambas partes, toda vez que fué resuelta por dicha absolucion sin violar el artículo 954 del expresado Cuerpo legal, alegado en el recurso, debiendo, por tanto, ser ambos desestimados:

Considerando que reconocida la propiedad por la herencia *ab intestato* de los bienes que habia disfrutado en usufructo doña Juana Freyre por testamento de su marido don José María López, *adquirida en sucesión legitima*, aunque al disponer por muerte de sus bienes, puedan aparecer dudas que tuviera de haberlos adquirido y no disponer nada más de una tercera parte de tales bienes, como no hizo renuncia alguna de ellos, *siendo sus herederos partícipes de todos sus derechos y acciones, al adquirir éstos todos los bienes que dejó dicha viuda, entre los que se encontraban los del usufructo*, al reconocer que le pertenecían, absolviéndolos el Juzgado de la demanda tampoco cometió infraccion alguna de las supuestas por quien recurre en los motivos 4.º y 5.º del recurso.

b) *La no conversión de la sustitucion fideicomisaria en vulgar.* No puede considerarse como progresiva la jurisprudencia sobre el particular en el usufructo vincular. A través de un sistema evolutivo que culmina en el BGB, antes reproducido, parece que se

apunta a la tendencia de convertir en vulgar la sustitución fideicomisaria, cuando el fiduciario premuere al testador, sucediendo directamente el fideicomisario. Sin embargo, esta tendencia no está recibida en la sentencia de 18 de noviembre de 1907, y al fallecimiento de la viuda usufructuaria vencen, ante los parientes llamados *in fideicomiso*, los herederos *ab intestato*, en virtud de:

Considerando que, por tanto, el antiguo derecho, aplicaba al caso del pleito, como por precepto categórico del Código Civil y reiteradas decisiones de la jurisprudencia, toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido natural de sus palabras, a no ser que ciertamente aparezca que fué otra la voluntad del testador, ley suprema en materia de sucesiones testamentarias, pues cuando esto no resulte justificado, a la inteligencia llana y sentido gramatical de aquellas palabras, *tal como suenan*, según expresión de la Ley de Partida, debe entenderse para la resolución de las cuestiones que sobre la interpretación de los testamentos se debaten en juicio:

Considerando que al disponerse en la cláusula 11 del otorgado por don Diego Chaput y Pavón en 12 de noviembre de 1873, que los bienes de que se trata, dejados en usufructo a su esposa, y *al fallecimiento* de ésta y con la misma cualidad a su sobrino don Ramón Toledano, *pasarán en propiedad a su otro sobrino, don Juan Miguel Pavón, a la muerte de aquél, para sí, sus hijos, herederos y sucesores*, debe, racional y lógicamente, inferirse que fué su voluntad, y la expresó con las palabras adecuadas, instituir heredero de dichos bienes al citado don Juan Miguel Pavón, no significando la locución empleada más que la ratificación de la nuda propiedad ordenada a su favor en las cláusulas, sin que *tampoco quepa admitir en ella una sustitución tácita* en favor de don Baldomero Pavón, tanto por la razón expuesta, cuanto porque semejante especie de sustitución vulgar presupone necesariamente una institución de heredero hecha a favor de dos o más personas, para que lo sea aquella que sobreviviera, esto aparte de que en la sentencia de este Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1882, se declaró caducada la institución de heredero hecha a don Juan Miguel Pavón, dándose lugar a la sucesión legítima a favor de doña Adelina Crespo, hoy recurrida y de su hermano don Manuel, sin perjuicio en esta sucesión de otros que ostentarán igual o prefe-

rente derecho, pero no como supone el recurrente, de la caducidad de la institución, que en términos absolutos se declaró en aquel fallo; por todo lo cual se evidencia que, lejos de haberse infringido, se ha aplicado acertadamente por la Sala sentenciadora la Ley de Partida, invocada en el primer motivo del recurso, sin desconocerse la doctrina legal a que en el tercero se hace referencia:

Considerando que, reconocido por la sentencia reclamada que la legislación aplicable al caso es la anterior al Código Civil, al tenor de la doce de sus disposiciones transitorias, carece de oportunidad el motivo primero, que se basa en este fundamento.

c) *El llamado derecho de representación por preconciencia del heredero.*—También salen vencedores catorce sobrinos como sucesores legítimos, sobre el derecho de la línea preamada en la sentencia de 18 de noviembre de 1930, que se fundamenta así:

Considerando que todo lo discutido en este pleito como lo que se propone en el recurso, gira únicamente sobre interpretación de la cláusula 7.^a del testamento otorgado en 21 de julio de 1888 por don José Salgado Fernández y su mujer, para determinar el alcance de la institución de herederos que aquél hizo a favor de su dicha mujer en usufructo durante su vida y agregando que por su fallecimiento pasarán los bienes en plena propiedad y dominio a sus hermanos, don Manuel y don Francisco Salgado Fernández, y si alguno de los dos falleciere sin sucesión, acrecerá su porción de herencia al superviviente, interpretación encaminada a conocer si la voluntad del testador al emplear las respectivas palabras, si alguno de los dos fallecieran sin sucesión, acrecerá por porción la herencia del superviviente, significó: que en el caso de ocurrir esta muerte antes que el que testó, tales sucesores sustituirán como herederos de los que había instituido, y, por tanto, *si habiendo fallecido y los susodichos herederos antes que el causante, según ha ocurrido dejando estos hijos, corresponde la herencia dejada por el indicado causante a tales hijos o si por entender que no se hizo institución con las palabras que usó el testador se debe estimar que por no existir a su fallecimiento los herederos únicamente instituidos, que murió «ab intestato» y la herencia pertenece a los parientes legítimos:*

Considerando que es doctrina reiteradamente sancionada por este Supremo Tribunal, que al de instancia corresponde fijar la

inteligencia de las cláusulas testamentarias, cuya apreciación hay que respetar en ocasión si se sujetan al sentido literal de las palabras, en tanto no se demuestre que fué errónea, en términos como expresan las sentencias de 4 de enero de 1899 y 16 de febrero de 1901, de ser necesario aparezca muy manifiesto el error y en contradicción con la voluntad del testador, y no apareciendo de las palabras consignadas en la cláusula 7.^a discutida, expresado, *y si alguna falleciera sin sucesión, acrecerá la porción de herencia al superviviente*, que con ellas se manifiesta la intención del testador de hacer *institución, sustitución vulgar*, como pretende el recurrente, para que se pueda tener por llamados a la herencia a los sucesores de los instituidos herederos, es evidente que debe respetarse la interpretación dada, porque no existen entre otras dichas frases y los preceptos que contiene la Ley 5.^a, título 33 de la Partida 3.^a, relación que los armoniza para poder apreciar que el testador tuvo intención de instituir como herederos sustitutos a los hijos de los antes citados herederos, quedando, por tanto, sin infringir dicha ley, cual pretenden los dos primeros motivos:

Considerando que, establecido como queda expuesto, que en la cláusula 7.^a del testamento otorgado por don José Salgado Fernández, no se designó sustitutos vulgares de los herederos que instituyó, para el caso de que éstos le premurieran, y habiendo fallecido los mismos antes que el testador, no se han cometido en la sentencia objeto de este recurso ninguna de las infracciones legales que se aducen en todos los motivos del recurso, porque el Tribunal *a quo* denegará la segunda y tercera declaración solicitada en la demanda, absolviendo a los demandados de estos extremos; ya que por no existir los herederos designados por el testador en el testamento se entiende falleció en cuanto a los mismos *ab intestato*, procediendo, en su virtud, no dar lugar a la casación de la sentencia pretendida:

La valoración de la interpretación de la voluntad del testador, pero por la amplitud de matices y fluctuante jurisprudencia, deba ahora de abandonarla, para desarrollar el motivo central de este trabajo. Corresponde a la preconvivencia, dentro del amplio capítulo de la «preterición». Se estudian estos problemas bajo el epígrafe del derecho de representación en la sucesión testada.

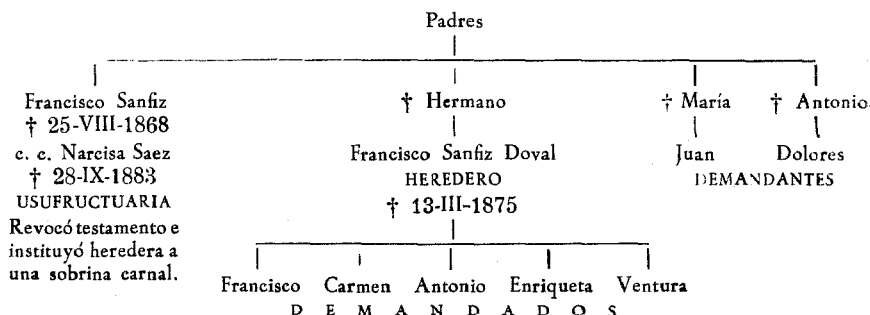
22.—LA ADQUISICIÓN INMEDIATA DEL HEREDERO EN CONCURRENCIA CON EL CÓNYUGE VIUDO USUFRUCTUARIO Y LA TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE AQUÉL SI PREMUEVE A ÉSTE.

La adquisición inmediata de los bienes y derechos es la regla general de la transmisión sucesoria, como se comprueba en la doctrina legal citada anteriormente, en particular la sentencia de 6 de abril de 1954.

Dentro de la antítesis entre el término y la condición, viene a ser cita obligada, para fundamentar la doctrina legal, la sentencia de 27 de abril de 1888, para aplicar el término como integrante de la sustitución fideicomisaria y consiguiente transmisibilidad de derechos—artículos 784 y 799—, cuando en puridad esta doctrina arranca de una sustitución encabezada con un usufructo, como se deduce de la siguiente disposición testamentaria:

1.º En el remanente que quedare de todos nuestros bienes, derechos y acciones o futuras sucesiones, nos nombramos o instituímos ambos otorgantes el uno a la otra, y ésta a aquél, mutua y reciprocamente por nuestros únicos y universales herederos en posesión y usufructo; y por el fallecimiento del último de nosotros, será único y universal heredero en propiedad, posesión y usufructo, don Francisco Sanfíz Doval, para que herede, haya y goce todos nuestros bienes con la bendición de Dios y la nuestra; y declaramos que todos nuestros bienes que poseemos los adquirimos todos constante nuestro matrimonio.

La situación procesal se concreta en el siguiente diagrama:



Sienta la siguiente doctrina sobre la transmisibilidad de los derechos del heredero, que puede llamarse clásica:

Considerando que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda objeto de estos autos, no infringe la cláusula 5.^a del testamento ni la Ley de Partidas que se invocan en el motivo 1.^o del recurso, porque la voluntad de los testadores, claramente significada en dicha cláusula, fué reservar para el cónyuge supérstite el usufructo vitalicio del caudal común, y transmitir la propiedad del mismo a su sobrino, don Francisco Sanfíz Doval, en el concepto de su único y universal heredero, el cual, en virtud del fallecimiento del testador, adquirió derecho perfecto e irrevocable a la porción de bienes hereditarios que a éste correspondía, derecho que pudo transferir, y transfirió en efecto por su muerte, a sus herederos los demandados, porque *según lo tiene declarado este Tribunal Supremo, las instituciones de heredero a día cierto, o que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuándo, son legales, se equiparan a las puras y crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos desde el fallecimiento de los testadores*, sin que obste en el presente caso la circunstancia de haber muerto el heredero propietario antes que la testadora, doña María Sáez del Burgo, porque el señalamiento de este suceso afecta sólo al usufructo y marcaba la duración del mismo, una vez separado del derecho de propiedad:

Considerando que tampoco infringe la sentencia recurrida las leyes y doctrinas que en diversos conceptos se invocan en los cinco restantes motivos; porque según lo expuesto, toda su impugnación tiene por base general la suposición de que los derechos otorgados al heredero propietario por haber fallecido antes que doña Narcisca; y la verdad es que nacieron con la institución, se hicieron efectivos y transmisibles en su día al fallecer el testador Neira, y se consolidaron con el usufructo al terminar éste por fallecimiento de doña Narcisca; y por consecuencia de todo que las leyes y doctrinas aludidas como consecuencias de la premisa errónea carecen de aplicación al caso litigioso.

La transmisibilidad de derechos que es la constante usufructuaria, viene a repetirse en la sentencia de 9 de marzo de 1899, sobre la siguiente cláusula testamentaria, *post mortem alterium*.

Instituyó heredero usufructuario de todos sus bienes a su es-

posa..., y por su fallecimiento, a su hermana Victoria, y a sus sobrinos carnales..., por partes iguales, y, finalmente, legó en la cláusula 3.^a a su sobrina carnal Marcelina Díez Llorente, hija de Miguel Díez y Victoria Llorente, la casa en que vivía la testadora, con..., *cuyos bienes heredaría al fallecimiento de Clemente Díez, y no antes.*

La legataria le premurió en dos días a la usufructuaria, y se da lugar a la transmisibilidad, por la previa adquisición de su derecho, en virtud de los siguientes:

Considerando que, según se desprende del artículo 1.125 del Código Civil, aplicable en materia de este pleito, por virtud de lo dispuesto en el 791, no es un legado condicional el que se subordina a un suceso que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo, debiendo consistir la incertidumbre en si ha de llegar o no el día para que la disposición testamentaria de que se trate haya de regirse por las reglas del legado condicional, y entre ellas por las del artículo 759, según el que, el legatario que muera antes que la condición se cumpla, no transmite derecho alguno a sus herederos:

Considerando, por lo expuesto, que no merece aquella calificación el establecido por doña Francisca Llorente, en la cláusula 3.^a de su testamento en favor de su sobrina, doña Marcelina Díez, puesto que allí se ordenó que ésta no heredará, o sea, que no entrará en la posesión de los bienes legados hasta el fallecimiento de don Clemente Díez, a quien instituyó heredero universal usufructuario; y, por tanto, *es evidente que al estimar la Sala que la legataria pudo transmitir el legado, por no ser condicional, a sus herederos, no obstante haber premuerto a don Clemente Díez, no infringe el artículo 759 antes citado, que se invoca en el motivo 1.º del recurso:*

Considerando que *tampoco infringe la sentencia el artículo 805 del mismo Código invocado en el motivo 2.º, porque no se opone que en el legado a término se entienda llamado el sucesor legítimo hasta el vencimiento del plazo, como en este precepto se dispone, a que el legatario transmita a sus herederos los derechos adquiridos por el legado.*

En esta línea de supervivencia al testador y no al usufruc-

tuario—cónyuge viudo—, viene a confirmar la doctrina legal la sentencia de 8 de abril de 1927, diciendo:

Considerando que en toda disposición testamentaria se integra la ordenación de la última voluntad del testador encaminada al objeto jurídico que su autor se propone realizar; por lo que, unidas las cláusulas por el nexo y relación de finalidad común, forman un conjunto armónico de carácter imperativo, que, según regla de hermenéutica jurídica, no es posible desarticular cuándo dicha ordenación testamentaria se ha de interpretar rectamente para ser aplicada con ecuanimidad, por ser la Ley Reguladora de la ejecución de la voluntad del testador:

Considerando que lo dispuesto por don Pascual Solano García, en la cláusula 5.^a de su testamento de 4 de abril de 1896, *que su cónyuge, doña Mariana León Herreraez, le suceda en el usufructo de todos sus bienes, derechos y acciones del otorgante, que aquélla ha de usufructuar mientras viva lo reciban entonces en pleno dominio los herederos que designa a continuación, entre ellos, a su hermano, don Sabas, en una tercera parte, es evidente que las primeras palabras subrayadas (lo reciban entonces en pleno dominio, en la original), no afectan a la institución de dichos herederos, sino al momento en que se ha de consolidar en ellos el pleno dominio de los bienes hereditarios*, y es evidente también que estuvo en la mente y en el ánimo del testador transferir a estos herederos, desde luego, la nuda propiedad de dichos bienes, pues sólo así podía tener lugar la consolidación en ellos del dominio pleno:

Considerando que extinguida, por la muerte física de don Pascual Solano García, su personalidad civil, encarnó ésta en los herederos designados en la cláusula 6.^a de su testamento, por la sola eficacia del hecho de su muerte y del derecho sucesorio, continuidad de la persona del causante, principio en el que se inspiran los artículos 657, 661 y sus concordantes del Código Civil, transfiriéndoseles *ipso facto* la nuda propiedad, que dejó en usufructo a su mujer durante su vida, pues de no ser así, sería preciso suponer que hubo un lapso de tiempo durante el cual coexistió ese dominio directo con su correlativo de usufructo sin sujeto, esto es, un dominio sin señor, lo cual es absurdo, porque ambos derechos, útil y directo, forman un todo jurídico sustancialmente inseparables,

según se reconoció por este Supremo Tribunal en sentencia de 20 de marzo de 1916, y según dicta el buen sentido jurídico:

Considerando que ocurrido el óbito de don Sabas Solano García en 19 de junio de 1901, después de la muerte de su hermano y causante don Pascual, o sea, cuando ya radicaba en él la nuda propiedad de la tercera parte de los bienes en que éste le instituyó heredero en la cláusula 6.^a arriba relacionada, y cuando ya había instituido a su vez, heredera de todos sus bienes a su cónyuge, doña Isabel Fabián Martínez, es obvio que, según lo dispuesto en el artículo 657 y 661 del Código Civil, al ocurrir el fallecimiento de doña Mariana León Herváez, consolidó entonces en aquélla el dominio de la tercera parte de los bienes, cuya nuda propiedad había ya recibido como heredera universal de su finado marido don Sabas;

Considerando que al resolver la Sala sentenciadora en el sentido que lo hace en el fallo recurrido, no infringe los artículos 759 y 799 del Código Civil, ni la sentencia sentada por esta Sala en sentencia de 22 de marzo de 1890, que el recurrente invoca en el motivo 1.º de su escrito, interponiendo este recurso porque la institución de heredero hecha a favor de don Sabas por su hermano don Pascual en el testamento arriba dicho no está condicionada más que respecto de la consolidación del dominio por el usufructo que el testador dejó a su cónyuge, doña Mariana León, lo cual se ha tenido en cuenta por dicha Sala sentenciadora al afirmar, con muy buen acierto, que dicho usufructo no fué obstáculo para que a la muerte del don Pascual se transfiriese, desde luego, a su citado hermano, don Sabas, el dominio directo de los bienes relictos en que le instituyó heredero el testador, apoyándose precisamente en la sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 1890, que estableció la misma doctrina que en la de 4 de abril de 1866 y se reitera en la presente.

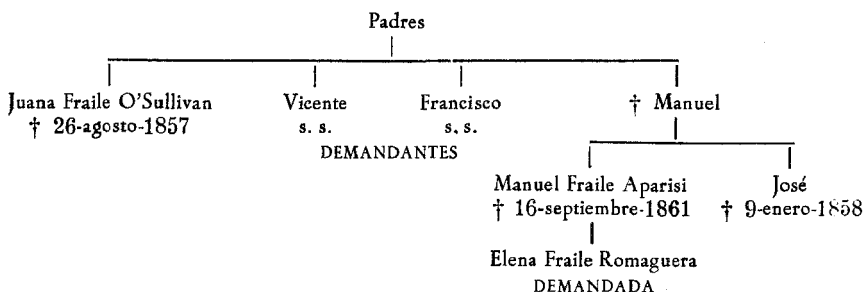
Después de dejar sin efecto una declaración de herederos, que legitimaba a la sobrina de ambos demandantes, termina diciendo:

Considerando que, en consecuencia de lo anteriormente expuesto, tampoco ha podido infringir la Sala sentenciadora el artículo 952 del Código Civil, que cita el recurrente en el segundo y último motivo de casación, porque al presente faltan los supuestos todos de dicho precepto legal; y procede desestimar en todas sus partes este recurso.

Estando reproducidas en este trabajo todas las sentencias que se citan en el cuerpo de la doctrina, tan sólo falta la de 4 de abril de 1866, que viene a encabezar casi todas las citas legales de transmisibilidad, a partir de Benito Gutiérrez, en que se confunde todavía al usufructuario con el fiduciario, por dar aquella calificación el propio recurrente, diciéndose en ella:

Resultando que doña Juana Fraile y O'Sullivan falleció en 26 de agosto de 1857, con testamento otorgado en 17 de julio de 1856, en el que dejó los fondos del 3 por 100 consolidado que le pertenecían en Inglaterra y Francia, y los que pudieran pertenecerle en dichos países o en cualquier otro, a sus dos hermanos, don Vicente y don Francisco Fraile O'Sullivan, y a sus dos sobrinos, don Manuel y don José Fraile y Aparaci, hijos de su hermano don Manuel, dividiéndolo en cuatro partes iguales dejó a su hermano mayor, don Vicente, la hacienda que poseía en la villa de Valtierra y Arquedasa y en el cuarto bajo con su buhardilla de la casa sita en la calle de Atocha, número 68, que habitaba la otorgante; entendiéndose bajo la precisa condición de que si falleciese sin tener sucesión legítima, tanto dicho cuarto bajo y su buhardilla como la referida hacienda y fondos extranjeros, pasarían a los dos sobrinos de la testadora, don Manuel y don José Fraile y Aparaci, exceptuando únicamente los 10.000 duros efectivos, procedentes de dichos fondos, de que podría disponer su citado hermano según mejor le pareciera; y, por último, nombró heredero único y universal a su mencionado hermano, don Francisco Fraile, con la precisa condición de que si falleciera sin sucesión legítima, pasarían a sus dos citados sobrinos, don Manuel y don José Fraile y Aparaci las fincas que eran el cuarto principal y demás dependencias de la casa de la calle de Atocha, número 68, de que no había dispuesto, y la hacienda de Villarejo de Salvanes, con todas sus pertenencias, así como lo que le correspondiera en los fondos del 3 por 100 de Inglaterra y Francia, pudiendo disponer de ellos hasta la cuantía de 10.000 duros, y nada más.

El esquema que puede servir de base a esta sentencia es el siguiente:



Los demandantes promueven un primer pleito, dentro del que se produce una sucesión procesal a favor de su heredero Antonio Herrero. No habiendo llegado durante su vida el caso a que se refería la condición, pero sobrevenido se produce la siguiente sentencia:

Considerando que tanto las *instituciones de heredero como las sustituciones a día cierto, o que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuándo, son legales, se equiparan a las puras y crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos, y a los sustitutos, desde el fallecimiento de los testadores:*

Considerando que la institución de heredero hecha por doña Juana Fraile y O'Sullivan en su hermano don Francisco *contiene una condición tácita modal en favor de sus sobrinos, don Manuel y don José, para el caso de fallecer aquél sin sucesión legítima:*

Considerando que en el caso concreto de estos autos, refiriéndose cómo se refiere la testadora, o a un día cuya existencia es cierta, cual es el del fallecimiento de su hermano, *su disposición no tiene fuerza condicional o suspensiva, y si sólo dilatoria; y que, por tanto, el sustituto adquirió un derecho desde la muerte de aquélla, que transmitió a sus herederos:*

Considerando que, aun cuando la locución de la testadora, de que *en el caso de morir sin sucesión legítima pudiera calificarse condicional, ésta no se refiere a la sustitución que quedó perfecta en sus efectos legales desde el fallecimiento de aquélla, sino a los derechos que de su cumplimiento nacían en favor de los hijos de don Francisco, no habiéndolos éstos dejado, debe considerarse como no puesta:*

Considerando que en este supuesto no se ha infringido la Ley 34, título 9.º, Partida 6.ª, que se refiere a la eficacia o ineficacia de los

legados, en virtud de cuya disposición legal se transmite a los herederos del legatario el derecho a percibirlos cuando son incondicionales o a día cierto:

Considerando que tampoco lo ha sido la voluntad de la testadora, ni la Ley 5.^a, título 33, partida 6.^a, porque *en su disposición testamentaria predomina la idea de que sus bienes no salgan de la familia, y la de favorecer, en cuanto el cariño fraternal lo permitiera, a sus sobrinos carnales:*

Considerando que la doctrina sentada en la sentencia de este Supremo Tribunal de 24 de marzo de 1857 no tiene aplicación al presente pleito, por referirse a un precepto en propiedad y para siempre, aun en el supuesto de que las sustituciones pudieran regirse por las mismas reglas que los legados, carece el que actualmente se disputa, según tiene reconocido el causante del demandado al pedir la consolidación del dominio directo con el útil, que disfrutaba como heredero usufructuario de su difunta hermana:

Considerando, finalmente, que las leyes con más o menos oportunidad en la parte expositiva de las sentencias no pueden servir de fundamento para un recurso de casación, como lo tiene declarado este Supremo Tribunal, y que en este supuesto no es atendible la de la Ley 10, título 4.^o, Partida 6.^a.

23.—OTRAS CUESTIONES JURISPRUDENCIALES RELACIONADAS CON LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DEL HEREDERO GRAVADO CON UN LEGADO VIDUAL.

La dificultad de encaje y de dar mayor extensión a estos temas, que por otra parte no conviene omitir, aconseja reunir una serie de cuestiones dispersas en la Colección legislativa.

a) *Descalificación de la «condición» testamentaria.*—Precisamente procedente de Barcelona, se dicta la sentencia de 15 de enero de 1909, en la que no se da efectos condicionales a la cláusula: «que en otro caso quedará la dicha viña y la predicha casa de la libre disposición de mi consorte», en virtud de los siguientes:

Considerando que, dado el sentido y finalidad del legado hecho por don Francisco Sabater en favor de su sobrino don Antonio Valls y Sabater, así como de los antecedentes que le explican, es

visto que no se puede estimar tal legado como propiamente condicionado para los efectos de las leyes que como infringidas se citan en los motivos del recurso, pues el hecho de que *el testador impusiera*, para su efectividad, *al legatario la condición potestativa de no exigir a la heredera parte de frutos, o sea, censo alguno por razón de la viña que con la casa fué objeto del legado*, a lo que obligaba aquélla era aceptarla o no, para cumplir en su caso y, desde luego, tal obligación, que tenía que producir efectos inmediatos, y una vez aceptado así, como aparece reconocido en autos, *es manifiesto el carácter puro y perfecto del legado, ya que el cumplimiento de la obligación referida a semejanza de lo que acontece en los contratos no desvirtúa la verdadera naturaleza del legado, y la infracción de aquélla sólo podría producir su efecto meramente resolutorio*:

Considerando que por lo expuesto y porque la carga, gravamen y renuncia de su derecho impuesta a don Antonio Valls, aceptada por éste, es un verdadero e insuperable obstáculo para aplicar en su integridad las leyes que se refieren a las condiciones suspensivas, puesto que en un caso como el actual, aun cuando don Antonio Valls no pudiera entrar a disfrutar del legado hasta después de la muerte de la heredera, ya en vida de ésta, y, por consecuencia del mismo, tenía que cumplir para con ella obligaciones de lucro o provecho que efectivamente cumplió, es manifiesto que, atendidas tales consideraciones, no son de estimar por su notoria inaplicación las disposiciones legales invocadas en el cuarto motivo del recurso, y esto con tanto mayor motivo cuanto que la interpretación restringida respecto de las condiciones meramente suspensivas, se impone a tenor de la doctrina derivada del precepto del artículo 799 del Código:

Considerando, respecto a los tres primeros motivos del recurso, que cualquiera que sea la equivocación cometida por la Audiencia de Barcelona, en cuanto al alcance y significación del concepto *representante legal* de don Antonio Valls, al reconocer el derecho de éste a transmitir a sus herederos el legado de que se trata, no por ello se quebranta la ley del testamento y la voluntad del testador, explicado como queda la verdadera naturaleza de dicho legado.

b) *Cancelación de un crédito hipotecario*.—La resolución de 19 de diciembre de 1901, viene a sentar la cancelación de un crédito

hipotecario, sobre la siguiente disposición de bienes. «Usufructuaria su esposa... Seguida su muerte, a ella sustituyo y a mis herederos universales instituyo a Vicente y a Isidro Plantada, mis sobrinos, por iguales partes y porciones de su libre voluntad». Se trataba de un matrimonio entre viudos, sin hijos comunes, el Salvador murió, y le sucedió su hijo Salvador, hijo de Isidro, muriendo Vicente sin sucesión, diciendo la Dirección General de Registros:

Considerando que el expresado recurso ha sido interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una escritura de relación de bienes y la transmisión de un crédito hipotecario, por lo que, tratándose de dos diversas calificaciones recaídas sobre documentos también distintos, procede examinar los fundamentos legales de una y otra con la debida separación:

Considerando respecto al defecto en que se funda la nota de negatoria de inscripción del primero de dichos documentos, que según lo declarado por el Tribunal Supremo en las sentencias anteriormente citadas, *las instituciones de heredero a día cierto, o que indudablemente ha de venir*, aunque se ignore cuándo, como el fallecimiento de una persona, crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos desde el fallecimiento de los testadores, y, consiguientemente, que *cuando estos herederos fallezcan antes que el instituido como usufructuario, transmiten el derecho a sus sucesores*:

Considerando que, con arreglo a esa doctrina, es indudable que aunque Isidro Plantada y Valls, padre del recurrente Salvador Plantada y Riera, falleció antes que la usufructuaria Rosa Lluch, adquirió derecho a la herencia del causante don Vicente Valls, y ha podido transmitirlo a su citado hijo y heredero, al cual ha correspondido, en su virtud, dicha herencia al ocurrir el fallecimiento de la referida usufructuaria:

Considerando que, en este supuesto, al otorgar Salvador Plantada la escritura de descripción de los bienes que constituyen la expresada herencia, lo ha hecho con la debida capacidad legal, no adoleciendo, por consiguiente, aquel documento del defecto que le atribuye el Registrador, siendo de apreciar para este fin la circunstancia de que su derecho hereditario le ha sido reconocido expresamente por las causahabientes de la usufructuaria Rosa Lluch en la escritura de transacción convenida entre los mismos

y el recurrente, o sea, que las únicas personas que en su caso podían haberse opuesto a dicha reclamación:

Considerando en cuanto a la calificación del segundo documento, o sea, la referente a la transmisión del crédito hipotecario, que si bien se ha respetado durante la sustanciación del recurso el certificado de actos de última voluntad, que, a juicio del Registrador, era necesario para poder practicar la inscripción, es indudable que la falta existió, y que tal documento debe ser sometido nuevamente a su calificación:

Considerando respecto del defecto de no acreditarse del defecto que Vicente Valls falleció sin descendencia, que *esta Dirección ha sentado en diferentes Resoluciones la doctrina de que en general no es necesario justificar las circunstancias de carácter negativo para la inscripción de los derechos hereditarios*, bastando que en tales casos no aparezca en el Registro nada en contra de los mismos, por lo que debe estimarse perfecto el derecho de Rosa Lluch para disponer de la cantidad que le fué donada por su marido para el caso de morir no sobreviniéndole hijos de su matrimonio, sin necesidad, por tanto, de acreditar, como exige el Registrador, que dicha testadora falleció concurriendo esta circunstancia (sin hijos comunes):

Considerando que siendo los otorgantes de la escritura de transmisión antes indicada Salvador Plantada, Angela Maymón, legataria de la Rosa Lluch y la heredera de ésta, que era su hija Antonia Masache y Lluch, y habiéndose consignado en aquel documento el verdadero concepto del crédito legado a la primera, en el sentido de ser el mismo que Vicente Valls garantizó una hipoteca especial a la referida Rosa Lluch por su dote y esponsalicio, no cabe suponer se trate sólo de un crédito personal, ni que sea distinto del que con aquel carácter consta inscrito en el Registro, puesto que cualquier duda que pudiera haber sobre este particular ha quedado desvanecida por la declaración de las personas a quienes interesa y a quienes podría perjudicar:

Considerando que, tanto la legataria como la heredera de Rosa Lluch, se dan en la propia escritura por completamente pagadas de los créditos que tenían contra la testamentaria de Vicente Valls, cancelando y anulando la hipoteca que éste constituyó a favor de la causante de aquéllas en la escritura de capitulaciones que pre-

cedió a su matrimonio con éste, y, por consiguiente, aun en el supuesto de no estimarse a la legataria como dueña del expresado crédito hipotecario, correspondería éste a la heredera, por lo que, conviniendo una y otra en cancelarlo, es indudable que lo ha sido por quienes tienen la capacidad y personalidad necesarias para ello, y no puede denegarse la inscripción previa, solicitada para el efecto de poderse tomar razón luego de dicha cancelación.

c) *Diferentes efectos del usufructo o sustitución sobre cuarta trebeliánica y mejoras.*—Un esposo otorga a favor de la causante testamento, en el que dice: «Instituyó a su dicha esposa heredera universal de todos sus bienes, con la obligación de continuar satisfaciendo... la suscripción... al fallecimiento de su heredera la indicada..., su esposa, quería que los bienes pasaran en perpetuidad a su muy amada hermana...», distribuyendo los bienes en tercios y nominalmente una finca a favor de sus sobrinos a la muerte de ésta. Premuerto el testador, la viuda contrajo terceras nupcias e instituyó a su último cónyuge heredero, que pierde los derechos que reclama, en la sentencia de 10 de noviembre de 1897, diciendo:

Considerando que la Audiencia de Valencia no ha cometido ninguna de las infracciones que se le atribuyen en los cuatro primeros motivos del recurso, porque, relacionada la cláusula 6.^a del testamento de don Ambrosio Garcés Marcilla con la 7.^a, no ofrece duda que la institución de heredera hecha por éste a favor de su esposa, doña Consuelo Inglada, fué sólo en el concepto de mera usufructuaria, según reconoció esta misma en documentos posteriores, y, consiguientemente, que los bienes que constituían la herencia del testador deben pasar a las personas llamadas por éste para después de la muerte de aquélla, sin que, esto supuesto, *haya tenido nunca derecho* doña Consuelo *para detraer la cuarta trebeliánica*, ni para disponer de dichos bienes, aun cuando doña Manuela Garcés de Marcilla haya fallecido antes que ella, ya por haber otros herederos llamados, ya porque no podía ostentar sobre éstos mayor derecho que el que por voluntad del testador le fué otorgado:

Considerando que el Tribunal sentenciador no estima probado la *realidad de las mejoras y su importe*, pues lo que dice es que el demandado sólo se había cuidado de determinar la diferencia

de valor de las fincas en una y otra época, sin que contra esta apreciación de hecho se haya recurrido en la forma y manera que prescribe el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuya razón caen por su base en tal sentido los motivos 5.º y 6.º del recurso, por faltar el supuesto en que descansan, ni se han infringido las leyes que en este último se citan respecto del importe que los censos que los recurridos tienen que abonar al demandado, por ser reciproca e igual la obligación impuesta a uno y otros de cumplirla definitivamente, resuelto dentro del término de nueve días:

Considerando, en cuanto al séptimo motivo del recurso, que la ley que en él se cita se refiere a los poseedores de buena fe, cuya estimación implica una afirmación de hecho, y la Audiencia de Valencia aprecia que don Juan García del Pozo no es un poseedor de buena fe de los bienes que se le reclaman, sino un mero detentador, sin que se haya intentado siquiera alegar en forma error alguno de hecho o de derecho respecto a tal estimación.

d) *El usufructo vital y los bienes fideicomitidos.*—La resolución de 19 de julio de 1922 plantea varios problemas en una sustitución a favor de los hijos del fiduciario, que se calificó de usufructuario en el cuaderno particional en atención a las particulares «condiciones» a que se sujetó su propiedad, pero a su vez asoma uno de los problemas en que prolifera el usufructo, particularmente en las regiones forales, sobre los bienes «vinculados», en su más amplio sentido, en relación con la fijación e inclusión en el haber del premuerto. Baste la indicación y las reservas a la conclusión final de la siguiente resolución:

Considerando que para resolver la cuestión principal propuesta en este recurso es necesario atender a tres elementos que surgen claros y distintos del estudio de los antecedentes suministrados, a saber:

1.º El testamento que otorgó en 15 de mayo de 1889 don Emilio Santillán y Herrera ante el Notario de Madrid, don José García Lastra, tal como consta inscrito en el Registro, con las consecuencias legales que debió producir el hecho de la aceptación por su hijo y heredero, don Félix, de la condición impuesta para que éste pudiera adquirir los bienes que en virtud de dicho instrumento se le transmitía.

2.º El sentido, alcance o determinación que en la escritura de 20 de febrero de 1897, que otorgaron los albaceas y el heredero para adjudicar a éste los bienes de la herencia, se dió a la institución hereditaria, también conforme a lo que resulta de los asientos del Registro.

3.º Las declaraciones contenidas en la escritura de 10 de marzo de 1921, cuya inscripción fué denegada, produciendo la interposición de este recurso, en virtud de la cual los hijos y herederos *ab intestato* de don Félix Santillán y Herrera, con la viuda, doña Mercedes Galarza, liquidaron la sociedad conyugal y adjudicaron los bienes relictos procedentes de la sucesión de don Emilio Santillán:

Considerando, en cuanto al primer punto, que don Emilio Santillán y Herrera, por su referido testamento, y en las cláusulas 5.ª y 7.ª, *instituyó heredero a su hijo don Félix en la tercera parte de sus bienes, con arreglo al artículo 842 del Código Civil, y en la nuda propiedad de las dos terceras partes restantes, cuyo usufructo mandó el testador, a su esposa, doña Mercedes de Aranda y Escobedo, por muerte de la cual debía consolidarse en el heredero el dominio de esa porción, con la sola circunstancia previa de que aquél aceptara, como aceptó, la condición impuesta en los apartados a) y e) de la referida cláusula 7.ª, consistente en pasar por que los administradores que el causante nombró en la cláusula 10 le entregaran el producto líquido total de los bienes pertenecientes a la misma administración:*

Considerando que ni el testamento de don Emilio Santillán y Herrera, ley fundamental para resolver el caso, ni los actos posteriores del heredero don Félix y todavía menos en éstos, puede inferirse otra cosa, sino que, muerto el testador, aceptada por el heredero la condición impuesta, y fallecido también la usufructuaria, el don Félix Santillán quedó dueño de la herencia de su padre, don Emilio, a saber: de un tercio de su legítima, conforme al artículo 842 del Código Civil y de los otros dos tercios, por su institución en esa parte y por el pacto de consentir que todo el caudal de la herencia, así el de transmisión forzosa como el de régimen libre, fuera designado por las personas que el testador designó, sin que esta última circunstancia, a pesar de la intensidad con que afectaba a la intensidad de disposición de los bienes,

pues naturalmente supone la prohibición de enajenarlos por actos *inter vivos*, pueda decirse que constituye en todo lo demás un dominio condicionado o sometido al derecho coetáneo sobre los mismos bienes, sino una propiedad adquirida por derecho sucesorio y pacto contractual, regida por las disposiciones especiales que la originaron y que puede transmitirse, no siendo por el medio prohibido, por todos los demás:

Considerando, en cuanto al segundo punto, que si bien los albaceas de la referida escritura de 20 de febrero de 1897, al discutir sobre la naturaleza del derecho de don Félix Santillán en la herencia de su padre don Emilio, afirmaron en uno de los supuestos no ser el heredero otra cosa sino usufructuario de los bienes, correspondiendo la propiedad de ellos a los hijos—nietos del testador—que le sobrevivieran, dicho concepto, que no tiene otro valor que el meramente doctrinal y explicativo de la reforma de adjudicación que se hacia después, sobre oponerse a los términos claros del testamento de don Emilio Santillán, contiene error jurídico, pues el heredero don Félix, no tan sólo *no era usufructuario* de los bienes del testador, con las notas esenciales que requiere la existencia de tal derecho, de las cuales, y no del nombre, surge su verdadera naturaleza, sino que, por lo antes visto, ni aun administrador podía ser de los mismos bienes, quedando, como quedaba, confiada la administración a otras personas:

Considerando que, quizá advertidos después *los albaceas* de aquella flagrante incongruencia, en la parte que pudiera decirse dispositiva de su determinación, y de acuerdo con el heredero don Félix, manifestaron en la misma escritura que *adjudicaban los bienes a dicho heredero, pero con la obligación de conservarlos para los hijos que le sobrevivieran*, y, por consiguiente, con la prohibición de venderlos, gravarlos, ni enajenarlos en ninguna forma ni manera, debiendo expresarse así en las respectivas inscripciones del Registro, como efectivamente se hizo; con lo cual, si no fué del todo bien significada la voluntad del testador, se expresó, en cambio, con exactitud la verdadera naturaleza del derecho del heredero en cuanto a la transmisibilidad, por su muerte, de los bienes hereditarios a sus hijos o descendientes, por testamento o sin él, acontecimiento en esta última forma realizado, según la citada escritura de 20 de febrero de 1897:

Considerando que dando al testamento de don Emilio Santillán esta misma interpretación, la viuda de don Félix, doña Mercedes San Juan Galarza, y sus hijos y herederos declarados judicialmente tales, por falta de testamento del mismo, don Félix Santillán, otorgaron la escritura pública, cuya inscripción ha sido denegada, en las que aprobaron las operaciones de inventario, avalúo, división y adjudicación de los bienes relictos a la muerte del don Félix, *liquidando la sociedad conyugal* de ésta doña Mercedes San Juan Galarza, *y todo esto lo hicieron derivando inmediatamente su derecho como en una sucesión común, no del testamento de don Emilio Santillán, sino del «ab intestato» de su hijo don Félix*; con lo que dicho testamento quedó auténticamente interpretado por las personas interesadas en él, cuya circunstancia, si no fueran suficientes las demás, le dan un valor legal bastante para la inscripción de la referida escritura, conforme a la jurisprudencia de este Centro directivo:

Considerando que, siendo esto así, no es de estimar la resolución del presidente de la Audiencia en la parte que dispone que, una vez inscritos los bienes en el Registro a favor de los recurrentes, nietos del testador, don Emilio Santillán, *se inscriba el usufructo a favor de la viuda de don Félix, doña Mercedes San Juan Galarza, pues tal operación significaría proclamar indebidamente que los hijos de don Félix no derivan su derecho de la declaración judicial de herederos de éste, sino del testamento de don Emilio, lo cual, como parece haberse demostrado, no es cierto.*

e) *La transmisibilidad en el usufructo con facultad de disposición.*—Aunque el tema está agotado, y fundamentalmente la parte instrumental se inicia con la promulgación del Código Civil, resulta que la remisión de la jurisprudencia a sentencias anteriores a su vigencia se viene refiriendo a las dos siguientes, que, por consiguiente, conviene reproducir.

La sentencia de 10 de enero de 1878 anula la institución de heredero de la legataria del testador a favor del demandante, venciendo en el pleito la madre del instituyente del legado en virtud de los siguientes:

Considerando que, con arreglo a la Ley 5.^a, título 35 de la Partida 7.^a, las palabras del «facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como suenan, o no se debe el juzgador

partir del entendimiento de ellas; fuera ende, cuando pareciere ciertamente que la voluntad del testador fuera otra que no como suenan las palabras que están escritas:

Considerando que las empleadas por el marqués de Valparaíso en la redacción de la cláusula 4.^a del testamento, bajo el cual falleció, demuestran claramente que el legado del tercio de todos sus bienes, derechos y acciones que hizo a doña Josefa Guillén y Calatrava fué sólo en usufructo vitalicio de los mismos, y que la facultad que al propio tiempo le concedió de disponer de ellos libremente a su fallecimiento no alteró ni modificó la naturaleza y condición jurídica, de la servidumbre personal que sobre dichos bienes estableció el testador a favor de la legataria, y *no la transmitió, por consiguiente, la propiedad o dominio:*

Considerando que si bien es cierto que la expresada doña Josefa podía disponer libremente por testamento de los bienes en que consistía el referido legado, no lo es menos que *para que se entendiera que aquélla quería hacer y hacía uso de la indicada facultad o derecho era necesario o indispensable que así lo expresara en su disposición testamentaria*, lo cual no se verificó, puesto que las palabras con que escribió e hizo la institución de heredero a favor de don Francisco Puigbó, entendidas como manda la Ley de Partidas, no pueden referirse a otros bienes que a los pertenecientes en pleno dominio a la testadora, en cuyo caso no se encontraban los que en usufructo le había legado el marqués de Valparaíso:

Considerando, en virtud de lo expuesto, que la sentencia objeto del presente recurso al declarar que los bienes del referido legado corresponden a don Francisco Puigbó, como heredero de doña Josefa Guillén, ha dado a las cláusulas y disposiciones testamentarias mencionadas una inteligencia opuesta a la que ordena la Ley 5.^a, título 33 de la Partida 7.^a, alegada en apoyo del recurso, y resulta, por consiguiente, infringida, como, asimismo, la voluntad de la testadora.

La sentencia de 7 de marzo de 1876, sienta la doctrina conocida de adquisición y transmisión de derechos entre unas sobrinas y tías instituidas como posterioridad al marido, facultando a éste para disponer, de la que no hizo uso, diciendo:

Considerando que los testadores adquieren todo su valor y efi-

cacia desde la muerte del testador, y que las palabras de éste deben entenderse llanamente como suenan, según lo dispone la Ley 5.^a, título 33, Partida 7.^a, que sirve de fundamento al recurso:

Considerando que doña Vicenta Sánchez Fernández dejó en su testamento el usufructo de todos sus bienes a su marido, don Francisco Bartolomé, con facultad de disponer de ello si lo necesitase, mandando a su fallecimiento lo que quedase se partiese entre sus hermanas por iguales partes:

Considerando que esta cláusula, entendida llanamente, establece a favor del marido la servidumbre personal de usufructo de todos los bienes de la testadora, pasando la propiedad a las hermanas de una manera directa, y sin ninguna clase de sustitución de las conocidas en Derecho; sin que altere la naturaleza de la institución, la facultad concedida al marido para disponer de los bienes si lo necesitase, caso que no llegó a realizarse, y porque *el usufructo no se concibe sino sobre cosa ajena*:

Considerando que viviendo al fallecimiento del testador la madre de los recurrentes, pasó a ésta como a las otras dos hermanas la parte proporcional de la herencia, y deben entregarse a aquéllos, en representación de su madre, como sus herederos forzosos;

Considerando, por lo expuesto, que al revocar el fallo de primera instancia y absolver de la demanda infringe la sentencia la ley referida, entendiéndolo equivocadamente las palabras del testamento, y negando a los recurrentes la parte proporcional de los bienes que dejó a su madre con sus otras hermanas la testadora.

24.—LA ADQUISICIÓN SIMULTÁNEA DEL HEREDERO Y USUFRUCTUARIO Y LA TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE AQUÉL.

Aun en el propio Derecho romano, dos textos citados por SAVIGNY, conceden este carácter, que puede servir de precedente para la jurisprudencia foral, donde está vigente aquél y se produce el mismo fenómeno.

D. 35, 1, 1, párrafo 1.º—Cuando fué señalado un término cierto, pueden ser pagados, aunque todavía no hubiere vencido el término, porque es cierto que se habrán de deber.

D. 35, 1, 79, pr.—«Cuando muera Ticio dele ciento mi heredero»;

el legado es puro, porque se suspende no por una condición, sino por una demora; porque la condición no puede no cumplirse.

La sentencia de 4 de julio de 1896, viene a repetir la doctrina conocida, consolidando el criterio de transmisibilidad, sobre una institución a favor de una hermana en usufructo, según dice: «para que los disfrute por los días de su vida, y a su defunción serán herederos en propiedad sus sobrinos...», nominalmente designados, muere uno de ellos antes que la usufructuaria, y entonces sus hijos demandan la participación en la nuda propiedad que consiguen a través de los argumentos siguientes:

Considerando que ya se entiendan llanamente y tal como ellas suenan las palabras usadas por doña Eulalia González al hacer la institución de herederos en la cláusula 7.^a de su testamento, otorgado en 19 de julio de 1878, conforme a lo prevenido en la Ley 5.^a, título 33, Partida 7.^a, ya se acuda a la interpretación de la voluntad de la testadora, relacionada aquella cláusula con la segunda, en que legó a su hermana, doña Andrea González y Perera, una casa y sitio con los muebles, objetos y todo lo demás que existiera en la de su habitación, con la prohibición expresa de que los hijos que intervinieran, bajo ningún concepto, en lo relativo a este legado, no puede desconocerse que el citado testamento, después de establecer varias mandas, contiene una institución de heredero usufructuaria del remanente de todos los bienes a favor de dicha hermana doña Andrea, para que los disfrute por los días de su vida, y otra en propiedad a favor de los sobrinos de la testadora, don Domingo, don Félix, *doña María de la Concepción* y doña Josefa Hernández y González, a quienes a la muerte de doña Eulalia, ocurrida en 29 de mayo de 1879, debía transmitirse la nuda propiedad, y más tarde, al fallecimiento de la usufructuaria, el dominio pleno de los bienes, a cuya sucesión fueron llamados por aquel título universal:

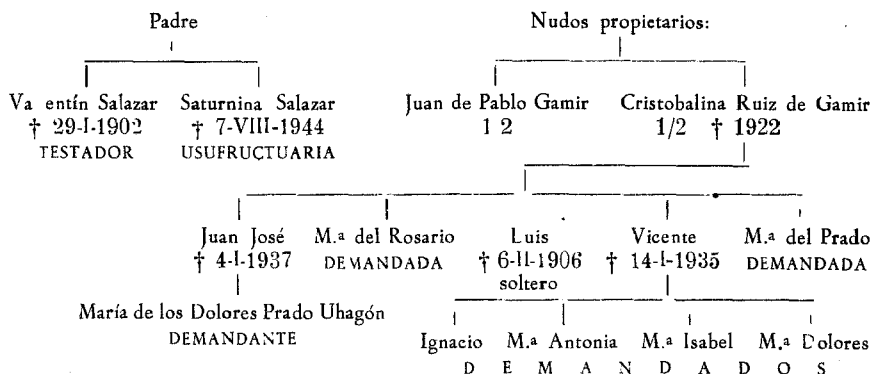
Considerando que *los sobrinos instituidos en propiedad de aquellos bienes, que sobrevivieron a la testadora, adquirieron por su muerte los derechos que el testamento les otorgaba y los transmitieron a sus sucesores, aun antes del fallecimiento de la usufructuaria; y que encontrándose en este caso la recurrente, una de las hijas y herederas de doña María de la Concepción Fernández*

y González, que sobrevivió a la doña Eulalia, es evidente el derecho que le asiste para reclamar la división de la herencia según el testamento, toda vez que las instituciones de heredero a día cierto, o que indudablemente ha de venir, aunque se ignora cuándo, como el fallecimiento de una persona, crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos desde el fallecimiento de los testadores, según tiene declarado este Supremo Tribunal, derecho que reconoce la sentencia recurrida al absolver de la segunda parte de la demanda a doña Josefa Hernández y González, única de los instituidos que sobrevivió a la usufructuaria, con infracción de las disposiciones y doctrina legal que citan en los motivos del recurso.

Una particularidad que tiene amplio desarrollo en las sustituciones es en los llamamientos a favor de los *hijos* de determinadas personas, y aquí, desde el Derecho Romano, se entiende «hijo», en el sentido de descendientes, ocupando los nietos, o los de grado más remoto el lugar de los que le hayan premuerto. Sirva de ejemplo, como anticipo de este importante capítulo la sentencia de 7 de junio de 1950, sobre las siguientes cláusulas testamentarias:

«Instituye heredera en usufructo de todos sus bienes, durante su vida, a su citada hermana de un solo vínculo, por parte de padre, doña Saturnina Salazar y Leiva, para que lo goce y disfrute mientras viva, por ser así mi voluntad», e «Instituyó por únicos y universales herederos de la plena propiedad de todos sus bienes a don Juan Pablo Ruiz de Gamir y Zulueta, residente en Madrid (España) y a los hijos que tenga su prima carnal, doña Cristobalina Ruiz de Zulueta, residente en San Sebastián (España), al tiempo de la heredera usufructuaria, entendiéndose que, cuando esto ocurra, habrán de dividirse los referidos bienes de la siguiente forma: una mitad de todo el caudal hereditario, para don Juan Pablo de Gamir y Zulueta, y la otra mitad, respectivamente, por partes iguales, *entre los hijos que entonces tuviere* su citada prima carnal, doña Cristobalina Ruiz de Gamir y Zulueta».

En el momento de iniciarse el proceso, la situación familiar queda esquematizada en el siguiente cuadro:



Se declara el derecho de los sobrinos segundos nietos, en virtud de las siguientes razones:

Considerando que con arreglo a la doctrina establecida en las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1896 y 12 de febrero de 1915, las instituciones de heredero a día cierto o que indudablemente ha de venir como la muerte de una persona—en el caso del litigio la usufructuaria designada en el testamento—crean derechos transmisibles a los herederos instituidos desde el fallecimiento del testador; y según declaró igualmente la sentencia de 14 de febrero de 1914—confirmando el criterio sentado en las de 10 de octubre de 1899 y 31 de diciembre de 1895—es también doctrina de esta Sala, conforme a lo dispuesto entre otras leyes, en la 5.ª, título 33 de la Partida 7.ª, y no contradicha por el artículo 675 y demás preceptos del Código Civil, que en materia de sucesiones las palabras del testador, deben entenderse en el sentido que aparezca más conforme con su intención, y en la palabra «hijos», aunque se trata de herederos voluntarios, están comprendidos los nietos a no hallarse expresamente excluidos.

Considerando que fallecidos con posterioridad al testador dos hijos de doña Cristobalina R. de G., llamados don Vicente y don Juan José P. R. de G., dejando, tanto el uno como el otro, *hijos que vivían al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria designada, el llamamiento hecho a favor de aquéllos no puede menos de extenderse a estos hijos, en estricta aplicación de la doctrina expuesta, no por virtud de las normas reguladoras del derecho de representación, pues, contra lo que afirma el motivo 3.º del re-*

curso, las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada, no tienen lugar propiamente en las de carácter voluntario sino en la de carácter legal, o sea, en lo concerniente a las legítimas.

Por último, la sentencia de 29 de enero de 1955, fundándose más que en el automatismo de la adquisición, en el llamamiento expreso de los descendientes de los hermanos constituidos nudo propietarios, contra el sucesor del usufructuario, que pierde el derecho y ratifica en virtud de los siguientes:

Considerando que al conocer del recurso de casación contenido en los presentes autos, y examinar los puntos de vista que sostienen las partes impugnando los dos, la resolución pronunciada por el Tribunal sentenciador, interesando una, la demandante, doña Antonia F. F., entre otras peticiones la nulidad de ciertas adjudicaciones hechas a la adversa en la partición del causante, y oponiéndose la otra el demandado, don José G. G. a la pretensión deducida, se hace preciso la fijación de una norma para el estudio de las materias que han sido objeto del debate, norma que no debe ser otra que aquella que resulta de los hechos de la demanda, contenidos en el súplico de la misma, y encaminados a obtener la nulidad de la cláusula 2.^a del testamento, contraída al pago de limosnas, misas y sufragios, cuya cuantía dejó a la libre disposición del citado heredero; la de las adjudicaciones hechas a éste, en la partición, para indemnizarle de los gastos o pago de deudas de la herencia con la consiguiente cancelación de las inscripciones realizadas en el Registro de la Propiedad y la devolución a la herencia de los bienes todos entregados en usufructo, con los frutos pendientes en 24 de enero de 1946 y los producidos posteriormente, así como de aquellos que le fueron adjudicados para los gastos y pago de las deudas de la herencia, todo previo reconocimiento a la demandante de su cualidad de heredera de don Vicente V. G., y que tal condición le corresponde, no desde el día del fallecimiento de éste, sino desde la muerte de don José G. F., primer llamado a la muerte de él, ocurrida el 24 de enero de 1946, que fué el heredero universal usufructuario de los bienes de aquél; para terminar después, con el examen de la materia que figura en la demanda reconventional, contenida en el súplico del escrito de contestación, dirigida a que se declare que pertenece en plena propiedad y domi-

nio a don José G. G., los bienes que fueron adjudicados a su causante, el citado usufructuario en pago de deudas e indemnización de gastos de la testamentaria de don Vicente V. G., y que se declara también, que la demandante, doña Antonia F. F., ha perdido su derecho a la participación que pueda corresponderle en la herencia de que se trata, debido a la interpretación judicial que se ha producido por la cláusula 5.^a del testamento:

Considerando que la declaración de heredera a favor de doña Antonia F. F., que resulta de la sentencia recurrida que se impugna en los motivos 1.^o y 2.^o del recurso interpuesto por don José G. G., ambos al amparo del número 1.^o del artículo 1.692, estimando en aquél que tal declaración infringe, por inaplicación, los artículos 774 en relación con los 657, 659 y 661, y éste, el 1.114 en relación con el 1.125, todos del Código Civil, uno y otro motivo deben ser desestimados, pues aparte de que el demandado reconoció en los autos—escrito de contestación a la demanda y acto de conciliación de 24 de abril de 1948—que a la actora corresponde la expresada cualidad, ello es consecuencia derivada e inexcusable de la redacción de la cláusula 5.^a *del testamento*, de la que *se infiere que la institución de heredero a favor de sus hermanos, e hijos y descendientes de éstos, se encuentra subordinada, en su efectividad al evento condicional de que sobrevivan al fallecimiento del heredero usufructuario instituido primeramente, razón por la que, unos u otros, tanto los primeros como los últimos, han de suceder por sí, sin previa formalidad o declaración anterior, al causante, al estar todos ellos llamados a la herencia en virtud de la designación expresa que el testador hace en la cláusula 5.^a del testamento;* y por esto, la actora, al acreditar, con las certificaciones del Registro Civil acompañadas, su filiación y parentesco con don Vicente V. G., al ser hijo de José F., que a la vez lo era de Manuela, hermana de aquél, ambos ya fallecidos, a su sucesión es llamada, y precisamente desde la fecha que murió el testador y por aplicación de los mismos preceptos que se invocan como infringidos, ya que los derechos sucesorios se transmiten desde la muerte del causante y han de hacerlos suyos los herederos, así como sus obligaciones, desde tal momento; y entendiéndolo así, los causahabientes de uno y otros fueron llamados, en aquel entonces, y tuvieron intervención en el inventario y en la partición realizada; razones

que sirven también para rehusar el primer motivo del recurso de la parte demandante, ya que la infracción que se invoca del artículo 805 del Código Civil no es así, por referirse este precepto al caso de la doctrina legal del día o tiempo en que comienza o cesa el efecto de la institución de heredero o legatario, extremo distinto al que se contempla en la cuestión que se decide, donde se trata de la división del derecho de propiedad, concediéndose a uno el usufructo de los bienes que constituyen la herencia, y otorgando a otros el dominio directo, naciendo el titular de la nuda propiedad del momento mismo en que se establece citada distinción jurídica dominical, ya que, como se indica en la sentencia de 17 de abril de 1953, no puede quedar en el aire este derecho, aun cuando en forma nominal no resulte designada la persona en quien se ha de consolidar el dominio pleno, pues si expresamente no se menciona —y aquí sí aparece— ha de suplirse dicha omisión, ya que los derechos no pueden existir sin que recaigan o sean atribuidos a una persona, como se dice en la aludida resolución; llegándose a igual desestimación cuando se alega en el mismo motivo y al amparo del número 7.º de igual artículo 1.692, la infracción del artículo 675 del Código Civil, y por los mismos fundamentos antes citados, al no existir error de hecho deducido de los documentos que señala los que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora, dándole la interpretación adecuada, sin que sea dable al recurrente, con su criterio particular, sustituir el del Tribunal *a quo*; y sin que la petición al Juzgado, por el demandado, de la autorización para lograr el cobro de los créditos adjudicados, signifique otra cosa que el cumplimiento del deber contenido en el artículo 507 del Código Civil —aun cuando desnaturalizando los hechos—, al estar relevado aquél por el testador, de la constitución de la fianza, autorización, concedida en 28 de octubre de 1914, que le fué revocada después, en sentencia de 13 de marzo de 1924 a petición de don Jesús B. F., actuando como heredero de don Sergio, otro de los cuatro hermanos del testador:

Considerando que al ser desestimado el primer motivo del recurso deducido por doña Antonia F. F., lleva consigo igual pronunciamiento el segundo, pues si bien su acceso a la herencia fué en defecto de su ascendente, su padre, José F. F., cuyo fallecimiento tuvo lugar el 24 de enero de 1946, los derechos a los bienes que

constituyen el as hereditario, cuya nuda propiedad hay que relacionarlo con el mismo día que ocurrió la muerte del testador, el 14 de noviembre de 1912, independientemente de la fecha de extinción del usufructo, y esta determinación obliga a reputar prescritas cuantas acciones pudiera ejercitar para pretender se rescinda, por lesión, la partición verificada al haber transcurrido el lapso de tiempo que se establece en el artículo 1.076; desestimación que igualmente se impone de los motivos 3.º y 4.º del citado recurrente, propuesto aquél *ad cautelam* y como subsidiario del anterior, amparado en el número 7.º del artículo 1.692, debido, primero, a que la interpretación de las cláusulas testamentarias, tiene reiteradamente declarado esta Sala, que sólo pueden hacerse por el cauce del número 1.º de este artículo; y segundo, a que no pueden ser admitidos valores consignados por un perito en un informe que no ha sido aceptado por la Autoridad ante la cual había de surtir efecto, sobre el cual no se había aún pronunciado—los autos fueron después declarados caducados—y la tasación pudo ser discutida; y tampoco el otro motivo, el cuarto, invocado bajo el número 1.º del artículo 1.692, y fundado en la inaplicación del artículo 510 del Código Civil, en méritos y en razón que la facultad que concede dicho artículo al usufructuario para anticipar el pago de las deudas hereditarias, no es imperativa y sí sólo potestativa, al exponer que «podrá», locución ésta, que impide estimar vulnerado este precepto.

La resolución de 5 de enero de 1959 rectifica la nota del Registrador, excepto en cuanto a la falta de facultades del albacea, para hacer la partición de los nudo propietarios llamamos *post mortem usufructuari*, en virtud de los razonamientos siguientes:

Considerando que el testamento otorgado por doña Elisa C., y en especial su cláusula 4.ª, plantea como principales cuestiones a resolver en este recurso: 1.º Si la Comunidad de Padres Franciscanos puede estimarse instituida heredera en nuda propiedad en los bienes de la herencia desde el momento de la muerte de la causante, o es una simple legataria después de la muerte de la usufructuaria. 2.º Si el albacea y contador partidador puede intervenir exclusivamente y se halla facultado para cumplir su misión antes de que fallezca la usufructuaria instituida:

Considerando que la técnica civil y la jurisprudencia estima

que junto al usufructo se debe reconocer un derecho correlativo de nuda propiedad, puesto que las figuras jurídicas constituyen unidades intrínsecamente inseparables y no existen sin titulares determinados, por lo que al haber instituido la testadora heredera usufructuaria a su hermana y *no haber dispuesto de la nuda propiedad, como consecuencia de la desmembración del dominio ha de suponerse implícitamente atribuido, bien a los herederos «ab intestato», bien a aquellas personas que en su día adquirirán el pleno dominio de los bienes usufructuarios:*

Considerando que por ser la voluntad del testador ley de la sucesión, cuando el sentido literal de las palabras no sea claro habrá de observarse lo que aparezca más conforme con su intención, a tenor del mismo testamento y del conjunto de las disposiciones testamentarias para deducir de este examen cuál sea la voluntad que deba cumplirse y al aplicar esta norma interpretativa, contenida en el artículo 675 del Código Civil, al caso discutido es forzoso reconocer que por virtud de la cláusula 2.^a de la disposición testamentaria, la causante instituyó heredera usufructuaria a su hermana, y ordenó que cuando ésta falleciese se distribuyeran determinados bienes entre diversos legatarios y que el resto de la herencia lo adquiriese la Comunidad de Padres Franciscanos, con lo cual *deben estimarse éstos instituidos herederos, aunque la testadora no usare materialmente esta palabra en el llamamiento hecho a su favor, toda vez que no han de rescindirse en absoluto de los términos de generalidad empleados en la cláusula de institución universal en usufructo:*

Considerando que *los favorecidos por las instituciones o legados a término, adquieren su derecho desde la muerte del causante, y si fallecieren antes del cumplimiento del plazo establecido los transmiten a sus sucesores, aunque se trata de plazo suspensivo incierto, como es la muerte de una persona, pues el Código Civil, en su artículo 799, se ha separado de sus precedentes romanos que equiparaban término y condición, terminus in testamento conditionem facit y somete al mismo tratamiento al plazo, sea cierto o incierto, por lo que hay que reconocer que tanto la Comunidad de Padres Franciscanos como los legatarios adquirieron su derecho desde el momento de la muerte de la testadora:*

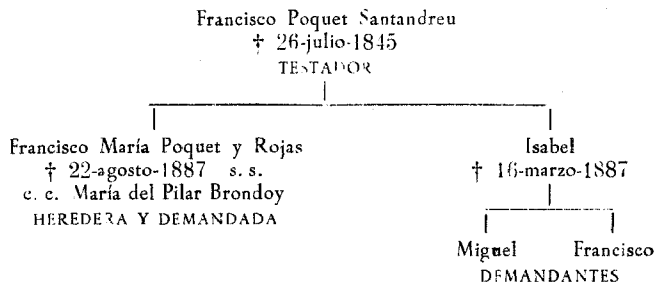
Considerando que la indivisibilidad de la aceptación heredita-

ria puesta de relieve en el artículo 990 del Código Civil, no permite estimar correcta la distribución de bienes realizados en la escritura calificada, porque de una parte se anticipa la efectividad de la institución hecha a favor de la Comunidad y de otra se deja en suspenso la entrega de los legados ordenados por la causante, desvirtuándose con ello el alcance y efectos de la institución, *aparte de que el albacea carece de facultades para intervenir al no haberse realizado el evento a partir del cual la testadora le encargó el cumplimiento de su misión.*

25.—LA TRANSMISIBILIDAD DE LOS DERECHOS EN LA CLÁUSULA
«SI FALLECIERE SIN HIJOS».

Puede aplicarse esta «condición» al usufructuario, o a uno de los nudos propietarios, nombrándole en este caso un sustituto, que actúa de sustituto fideicomisario.

a) *Cuando fallece sin hijos el usufructuario.*—Este es el supuesto de la sentencia de 6 de mayo de 1891, procedente de Palma de Mallorca, en que la nuda propietaria fallece meses antes que su hermano, usufructuario, muerto con testamento a favor de su esposa, como se ve en el siguiente diagrama:



Los fundamentos del fallo son los siguientes:

Considerando que don Francisco P., en el testamento bajo el que falleció en 26 de julio de 1845, después de dejar la porción legítima a sus hijos don Francisco y doña Isabel P., los cuales la percibieron, en efecto, instituyó heredero usufructuario de sus bienes a su citado *hijo, a la sazón soltero*, y herederos propietarios a

los hijos por orden de primogenitura, que el mismo su hijo pudiera tener, *facultándole para disponer de los bienes si tuviera prole*, y nombró en igual concepto de heredera propietaria, a sus libres voluntades, en sustitución de los hijos del usufructuario, nietos del testador, o, *en el caso de que éstos muriesen sin descendencia, a la referida hija doña Isabel, que falleció en 16 de marzo de 1887, y cuya representación ostentan sus dos hijos*, los demandantes, hoy recurridos, así como la de Francisco P., que murió en 22 de junio siguiente corresponde a su mujer y heredera la recurrente doña María del Pilar B.:

Considerando que la sentencia no infringe el testamento de don Francisco P. ni las doctrinas citadas en el motivo 1.º del recurso, toda vez que, con arreglo, no ya *al espíritu en que se halla redactada aquella disposición testamentaria*, es indudable que al fallecimiento del testador se abrió la sucesión y que en este día, por persona que entonces tenía el carácter de heredera propietaria, adquirió el derecho a los bienes, que siquiera fuese eventual, se transmite por defunción a los hijos los demandantes y que *definitivamente se resolvió en favor de éstos al morir el usufructuario sin haber dejado hijos*, con tanto más motivo, cuando que *el derecho de doña Isabel únicamente podría haberse extinguido por la existencia de algún nieto del testador, que hubiera tenido prole, pues en otro caso dicho nieto, hijo del usufructuario, tampoco había suyos los bienes*.

b) *La doble «condición» de fallecer el usufructuario con hijos o sin hijos*.—El concepto ontológico de condición, supone siempre un fondo de incerteza, pero ésta se cancela cuando el testador previene los dos eventos contradictorios, que determinan la doble trayectoria de los bienes testamentarios, por eso para distinguir esta cláusula de la genuina *si sine liberis decesserit*, por su bilateralidad la llamó doble, clasificación que puede ser fecunda en la ordenación del sistema sustitutorio, entrando en la exposición de tres supuestos, no únicos, que a la materia se refieren.

La sentencia de 12 de octubre de 1895, en que una de las instituidas, sin sucesión, reclama la purificación de su derecho, contra el derecho expectante de los hijos de una hermana muerta, pronunciándose así el Tribunal Supremo:

Considerando que el Tribunal sentenciador no ha cometido

ninguna de las infracciones alegadas en los tres primeros motivos del recurso interpuesto por la representación de doña Patrocinio Sancho Miñano al declarar que éste no es más que heredera vitalicia de los bienes procedentes de don Juan y don José Casasola, porque, según el codicilo otorgado por éstos y su hermano don Ildefonso, hay después del llamamiento de doña Patrocinio otros para el caso que esta señora, que estuvo casada con don Antonio Casasola, *falleciese sin hijos respecto a cuyos llamamientos podría quedar defraudada en absoluto la voluntad* de los testadores, si se entendiese, como pretende la parte recurrente, que estaba autorizada para disponer libremente de los bienes de la comunidad por actos *inter vivos* y dejar o no a su muerte los que le parecieren, por referirse esta parte del codicilo a *los bienes que quedaren a la muerte de doña Patrocinio*, como antes se había referido a los que resultasen del fallecimiento de los otorgantes, siendo así que cualquiera que sea la estricta significación del verbo *quedar* y el alcance que se haya dado en otros casos, en el actual supuesto los términos y sentido general del codicilo, no se puede creer racionalmente, sin otro fundamento, que se empleó por los testadores en oposición al verbo *resultar*, usaron al hablar del fallecimiento de éstos, por atribuir a doña Patrocinio diferente carácter que a los demás herederos anteriores, con perjuicio de los ulteriormente llamados, no concediéndola, como no se le conceden facultades especiales y distintas de las reconocidas a aquéllos:

Considerando que, aparte de que la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1890 no podría producir la excepción de cosa juzgada, por ser distinto el carácter o títulos en que se litigan en este pleito los recurridos, ni ser alegada en casación por no haberse invocado a su tiempo, es evidente que lo resuelto en dicha sentencia, no sólo no contradice la interpretación dada al codicilo en este pleito al determinar la cualidad de heredero usufructuario de don Ildefonso Casasola, no sólo con relación a don Antonio y a su esposa, la recurrente, sino recordando los demás llamamientos y sustituciones que se expresan en dicho codicilo, por lo que ningún fundamento tiene la infracción alegada en el cuarto motivo:

Considerando que al condenar la Sala sentenciadora a doña Patrocinio Sancho Miñano a que inscriba en el Registro de la

Propiedad los bienes procedentes de la mancomunidad con el codicilo, no infringe ninguno de los artículos de la Ley Hipotecaria, que se citan en el quinto motivo, porque siendo, como es, pertinente la inscripción de los derechos declarados en la expresada disposición testamentaria, semejante condena no solo no impide, sino que requiere y supone el cumplimiento de todas aquellas condiciones legales que fueran necesarias para poder hacer la inscripción, sin que, por otra parte, dicha supuesta infracción afecte al carácter de heredera usufructuaria, que la sentencia atribuye a la recurrente;

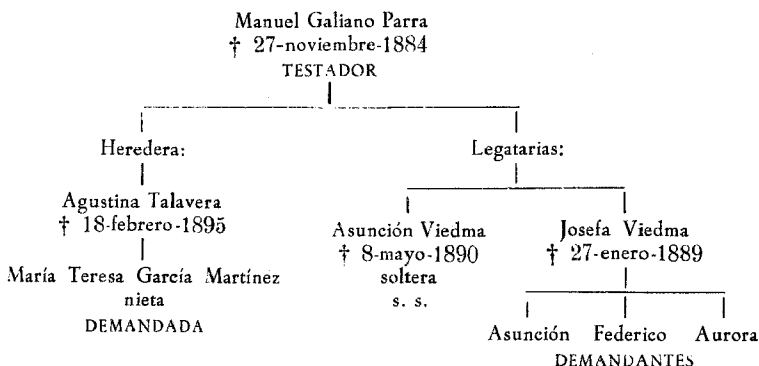
Considerando que tampoco se han cometido las infracciones del sexto motivo por supuesta incongruencia del fallo con las pretensiones deducidas por las partes, porque todas las declaraciones que en aquél se hacen se ajustan a lo pedido y debatido, cual se evidencia cotejadas las súplicas de la demanda y contestación con lo resuelto por la sentencia, pues el decir que doña Patrocinio Sancho no es más que heredera vitalicia, es lo mismo que si hubiera dicho usufructuaria, según la califica en los Considerandos, y para que así conste es para lo que manda inscribir el codicilo, sin que la denegación de la inscripción de la nuda propiedad en favor de los demandantes por las razones consignadas en el sexto Considerando, constituya caso de incongruencia, porque tan congruente es un fallo que otorga todo lo que se pide, como el que lo deniega o sólo en parte lo concede.

El pleito referido fué rematado anulando unas anteriores enajenaciones de la usufructuaria. Tiene el particularismo esta sentencia de la transmutación de los términos usufructuario y fiduciario, cosa que también se manifiesta en la sentencia de 14 de mayo de 1900, sobre la siguiente disposición testamentaria:

Resultando que al fallecer en Sevilla el 27 de noviembre de 1884 don Manuel Galiano Parra, dejé consignada su última voluntad en testamento de 17 de septiembre del propio año, en el que, además de nombrar única y universal heredera de sus bienes a doña Agustina Talavera Vizcaíno, ordenó en la cláusula 2.^a lo siguiente: «Lego y mando a mi sobrina política doña Asunción Viedma, de estado soltera, vecina, hoy, de la villa de Dos Hermanas, la casa que tengo en esta capital (Sevilla), calle del Amparo, número 12, ... de dicha casa *no podrá disponer la citada mi sobrina mientras esté soltera*

o casada sin tener hijos; mas si muriese antes o después que yo y dejado descendientes, recaería en éstos la expresada casa en plena propiedad; pero si la repetida mi sobrina muriese sin dejar sucesión, pasará la finca a su hermana doña Josefa Viedma, mujer legítima de Esteban Calvo, en propiedad, posesión y usufructo; y tanto la doña Josefa como la doña Asunción, en su caso, o aquellas personas que poseyeran la repetida casa, han de dar una peseta diaria a su prima Sor Pascuala, de Santo Domingo Chacón, religiosa en el convento de Santa Ana, de esta ciudad, durante la vida de dicha religiosa.»

La heredera inscribió a su favor la casa, sucediéndole su nieta en 18 de febrero de 1895, fijándose de esta forma la posición de las partes:



Se acuerda la transmisibilidad en virtud de los siguientes:

Considerando que la voluntad del testador es la ley 1.^a, que debe cumplirse en materia de testamentificación y herencia, mientras no fueren contra ley y buena costumbre, según claramente se consigna en la Ley 5.^a, título 33 de la Partida 7.^a, debiendo, por tanto, subordinarse las reglas establecidas, para la destrucción de los derechos sucesorios, a las que el testador haya querido establecer con la referida condición; y que esto supuesto, la que invoca la Sala sentenciadora como fundamento de su fallo, derivada de la Ley 34, título 9.^o de la Partida 6.^a, en tanto sería aplicable, en cuanto a la cláusula del testamento de don Manuel Galiano, referente al legado de la casa de la calle del Amparo, no autori-

zase para entender que su voluntad fuera otra distinta que lo que en el fallo recurrido se resuelve;

Considerando que, dado el texto y sentido general de la expresada cláusula, aparece claramente que nombrada doña Agustina Talavera heredera universal de don Manuel Galiano, quiso éste reservar la casa de la calle del Amparo como legado para doña Asunción Viedma en primer término, sin otro carácter que el de usufructuaria, mientras no llegase a tener descendencia, y para doña Josefa Viedma en plena propiedad cuando aquélla muriese, si moría sin hijos; y habiendo fallecido el testador antes que las legatarias, *no porque doña Asunción muriese después que doña Josefa se puede desconocer a los recurrentes, hijos de ésta, el derecho de reclamar la entrega del legado*, ya porque no cabe negar en absoluto que doña Josefa Viedma no adquiere derecho ninguno sobre la casa a la muerte del testador, dado el restrictivo que sobre la misma tenía doña Asunción en oposición al de doña Josefa, ya principalmente porque si la voluntad de don Manuel Galiano fué el preferir a doña Asunción y a su descendencia sobre doña Josefa y la suya, *no aparece menos notorio que después de aquélla quiso que ésta y sus hijos la disfrutasen antes que su heredera*, doña Agustina, cual lo demuestra los términos con que se adjudica el legado, voluntad ante la que no puede invocarse una regla, sólo aplicable cuando aquélla fuese desconocida o dudosa;

Considerando que la Audiencia de Sevilla, al negar el derecho de los recurrentes ha cometido, según lo antes expuesto, las infracciones alegadas en los dos primeros motivos del recurso, así como su relación con ellas, la de la Audiencia derivada de la sentencia de 4 de abril de 1886, invocada en el séptimo; y que procediendo la casación de la sentencia recurrida por dichos motivos, es innecesario ocuparse de los demás del recurso.

Para terminar, la sentencia de 23 de noviembre de 1956, se pronuncia en idéntico sentido, pues la hija legataria dejó heredero a su esposo, que es demandado y vencido por los causahabientes de los hermanos, en atención a los siguientes:

Considerando que al someter el recurrente a la apreciación de este Tribunal, la existencia de un error en la interpretación del testamento que da motivo el procedimiento a que el recurso se refiere, entra en sus facultades fijar el sentido y alcance de la dis-

posición testamentaria, cuando se invoca en apoyo del pretendido error el apartado 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se señala como infringido el artículo 675 del Código sustantivo civil, como en el caso de autos sucede, lo que aconseja que se transmute el orden de análisis de los motivos del recurso, y se examine en primer término lo concerniente al motivo 3.º, porque la interpretación que se da a las cláusulas pertinentes del testamento ha de proyectar sobre los motivos 1.º y 2.º si otras razones no se opusieran a ello:

Considerando que al argumentar el recurrente en el expresado tercer motivo acerca de la última voluntad de la testadora consignadas en las cláusulas de su testamento, a cuya interpretación atribuye el error padecido por la Sala de instancia, parte en primer término de la inexactitud de que aquélla quiso distribuir en dos partes los bienes que dejaba a su hija Clara P. V., una, en legados de cosa específica—cuestión no argüida en el procedimiento, y, por tanto, de matiz nuevo en el recurso impediendo de que sea en él examinada—, y otra parte, los bienes procedentes de libre disposición y mejora que, se entenderían dejados a su nombrada hija en usufructo vitalicio si ésta, al fallecer, no dejaba descendencia; hay que examinar tales cláusulas, de cuyo contenido se infiere que, por la undécima, la testadora lega a su mencionada hija determinados bienes muebles e inmuebles; que, por la décimosexta dispone que todos los legados que instituye en el testamento, serán imputables al tercio de libre disposición, y si excediere de éste al de mejora; y por la cláusula vigésima ordena que, lo que corresponda a su hija Clara P. V., en los tercios de libre disposición y de mejora se entendiera dejado en usufructo vitalicio por carecer a la sazón de descendencia, mas si llegare a tenerla y la sobreviven, lo recibirá en pleno dominio como los demás hermanos:

Considerando que armonizando el contenido de tales cláusulas se deduce de manera inequívoca que la institución de legado hecho por la testadora a su hija Clara, era voluntad de la primera que, lo recibiera en usufructo vitalicio, de no tener hijos que le sobrevivieran, cual los demás bienes hereditarios que hubieran de adjudicársele con cargo a los tercios de libre disposición y de mejora, pues de no ser tal el deseo de la instituyente, no habría apostillado el establecimiento del legado con la significación o

singularidad distintiva, e innecesaria por ser legal; de que los legados se detrajeran de los tercios de libre disposición, y, en su caso, del de mejora, con la que indudablemente quiso destacar su voluntad de que los bienes legados quedasen afectos a la limitación dominical del usufructo vitalicio a que se sujetaban los demás bienes que a título de herencia recibiera la propia legataria con cargo a los tercios, por lo que es de estimar que el Tribunal *a quo* no ha incidido en el error que se le atribuye, puesto que al surgir duda acerca de cuál fuera el verdadero deseo de la testadora al instituir el legado que se combate, hay que tener en cuenta para decidirlo, cuál era el sentido que impulsara la voluntad de la persona que disponía de los bienes, que debe de ser el que está más conforme con la intención de la otorgante, cual en el caso de autos se patentiza era que los bienes legados no salieran en su día, y caso del patrimonio familiar, y al ser así hay que rechazar el motivo 3.º del recurso:

Considerando que interpretadas de tal suerte las cláusulas del testamento de doña Filomena V. G., atinentes a cuanto fué objeto del debate judicial, han de decaer también el motivo 1.º y 2.º del recurso, formulado éste con carácter subsidiario, y amparados ambos en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuyen respectivamente a la Sala sentenciadora error de hecho en la apreciación de las pruebas, derivado del contenido del aludido testamento, del de las operaciones particionales practicadas al óbito de la causante y de la certificación del Registro de la Propiedad; y error de derecho, por infracción de los artículos 1.216 y 1.218 del Código y 596 y 597 de la Ley rrituarial civil; mas la sentencia recurrida, teniendo en cuenta precisamente tales documentos, y después de rechazar que los bienes en litigio fueran donados a doña Clara P. por su madre, como se sostuvo en la instancia por el demandado, actual recurrente, llega a la conclusión de que lo que fué objeto del legado, y lo adjudicado en usufructo a dicha persona como heredera, *en tanto no se cumpliera la condición resolutoria de que falleciera con hijos*, como no se cumplió, debe revestir todo ello a los causahabientes de los hermanos de la legataria y heredera, al ser detraídos los bienes legados de los tercios de libre disposición, y en su caso, de mejora, por expresa voluntad de la testadora, a integrar los bienes here-

ditarios, los procedentes de tales tercios; sin que sea atendible la objeción que en el recurso se formula principalmente respecto de la finca denominada «S. de la S.», por cuanto la certificación del Registro de la Propiedad de Sequeros, atribuye a la heredera, doña Clara P., en la cuarta parte en proindiviso con sus hermanos la porción ideal de 3.929,29 pesetas, en plena propiedad, y en usufructo vitalicio el resto de dicha cuarta parte, apareciendo así de la inscripción registral practicada, y como en la demanda sólo se reclama la posesión en usufructo por la usufructuaria respecto a todas y cada una de las fincas que se relacionan en el hecho quinto de la demanda, y la sentencia sólo otorga lo que se solicita, no se puede sostener fundadamente que, por la misma se condena a la devolución de todos aquellos que, tanto por el testamento, como por las operaciones particionales se hallan afectos al usufructo vitalicio impuesto por la testadora, y como lo concedido por el Tribunal *a quo* no está en pugna con ningún precepto sobre valoración de pruebas, al tener en cuenta el contenido de los documentos públicos invocados, es notorio que aquél no ha incidido en los errores de hecho y de derecho que se le atribuye, y en consecuencia, carecen de viabilidad los dos motivos precedentemente citados:

Considerando que el cuarto y último motivo del recurso tiene su apoyo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y cita como infringido el 348 del Código Civil, por no cumplirse, a entender del recurrente, los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para el éxito de la acción reivindicatoria, mas el motivo de tal suerte propuesto, hay que rechazarlo también, en atención a que, siendo de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, si se ha de justificar el dominio, la identidad y la detentación de los efectos o bienes que son objeto de dicha acción, por ella hay que pasar mientras que como cuestión de hecho que es, no se combata por la vía del número 7.º del propio precepto rituario, y como en el presente caso estima el Tribunal *a quo*, que están cumplidos tales requisitos, a su juicio hay que estar en casación como cuando ahora ocurre, no se combata adecuadamente la declaración impugnada.

26.—LAS INSCRIPCIONES CORRECTAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
DE LOS USUFRUCTUARIOS VINCULARES.

El Registro de la Propiedad atiende a la función de dar firmeza, estabilidad y seguridades a la contratación. La dificultad de la materia vincular es notoria, y es precisamente en la fase documental, donde las discrepancias se han manifestado, brillando a gran altura las polémicas y constituyendo un cuerpo de doctrina, que se debe a la Dirección. Terminada la exposición de las sentencias del Supremo, en cuanto a los pleitos sobre adquisición y transmisión de derechos en sus formas más simples, por estudiar por separado las que se agrupan bajo los llamados derechos de «representación» y de «acrecer» en la sucesión testada, conviene, sin embargo, por el menor número, agrupar la doctrina administrativa, a excepción de la muy importante, que se refiere a las facultades de disposición, pues iniciado el estudio por el usufructo, se ha incidido excesivamente en la sustitución fideicomisaria, y por ello, en lo sucesivo, el trabajo tomará un carácter descriptivo. Esta jurisprudencia no sirve más que de introducción al siguiente capítulo.

Ante la institución de heredero del hermano, y si éste hubiere fallecido a la muerte de la esposa nombrada usufructuaria, a los hijos de aquél declara la resolución de 9 de enero de 1918, lo siguiente:

Considerando que los llamados contadores partidores, don Antonio Granado Sánchez y don Antonio Jaime Fabregat, lejos de interpretar por sí, en funciones de Comisarios y como órganos de la voluntad del testador, el texto de las cláusulas discutidas, han otorgado en unión de alguno de los interesados de la herencia una escritura de partición, admitiendo dos situaciones jurídicas posibles, derivadas de los términos en que aquélla aparece redactada, y esta sustitución de un acto unilateral realizable bajo la exclusiva responsabilidad de los Comisarios y de característico alcance, por un convenio plurilateral en el que se transige y conviene sin representar a todos los interesados, impide conceder a las declaraciones y supuestos particionales, la decisiva influencia sobre la que el Presidente de la Audiencia apoya su resolución;

Considerando que la simple transcripción de la cláusula de institución de heredero para hacer constar en el Registro las limitaciones de enajenar impuestas a los llamados, el establecimiento de un fideicomiso condicionado por la supervivencia de los presuntos fideicomisarios respecto al fiduciario o *descomposición del derecho sobre los bienes hereditarios en usufructo a favor de la esposa del testador y nuda propiedad sujeta a condición resolutoria a favor de don Felipe Gómez*, pudieran ser discutidos como soluciones conciliatorias de los diferentes intereses en juego; pero al adjudicar al mismo don Felipe la nuda propiedad incondicionada, va contra la expresa voluntad del testador, que subordina el paso de los bienes a la condición de que su heredero viva luego que su dicha esposa falleciere, y puede perjudicar a los llamados en segundo y ulterior lugar:

Considerando que *contra la enunciada afirmación carece de probabilidad jurídica la construcción de una sustitución vulgar referente a la nuda propiedad: primero, porque establece arbitrariamente como momento definitivo el de la muerte del testador, cuando únicamente es originario de derechos; segundo, porque no se compadece con la frase, pasarán en propiedad y libre dominio a su hermano don Felipe, y si éste hubiera fallecido, a sus hijos, si los hubiere; y, en fin, porque en la vida práctica suelen desenvolverse figuras análogas a las sustituciones fideicomisarias mediante la separación del usufructo y de la nuda propiedad, como lo reconoce implícitamente el artículo 787:*

Considerando, por último, que en nada se opone la doctrina anteriormente expuesta a la sustentada por el Tribunal Supremo y esta Dirección General, multitud de sentencias y resoluciones, respectivamente, puesto que reconoce que *el derecho del repetido don Felipe Gómez arranca de la muerte del testador, no de la de su esposa, pero está en su contenido, subordinada a la condición de sobrevivencia de la misma, de forma que las transmisiones inscribibles de su derecho no perjudicarán a quienes ostenten en su día legítimas pretensiones.*

La resolución del 17 de abril de 1920 resuelve el siempre espinoso problema, de disposición de los bienes pendientes de consolidación por la llegada del término. Se trata de un legado a favor de una sobrina carnal, como usufructuaria, e instituidos nudo pro-

pietarios los tres sobrinos segundos, con la cláusula acostumbrada de derecho de representación y acrecer, y prohibición expresa de enajenar. Viene a declarar inscribible, después de un expediente laborioso, con criterios encontrados, en el que la Audiencia, en pugna con el del Registrador, se apoya en la sentencia de 20 de marzo de 1916, viniendo a sentarse:

Considerando que, por no haber apelado el Registrador calificador la decisión del Presidente de la Audiencia, ha de discutirse en este recurso únicamente el extremo que ha sido reconocido como existente por dicha Autoridad, o sea, si la solicitud de inscripción presentada por el recurrente va contra lo válidamente convenido en las operaciones particionales otorgadas al fallecimiento de doña María de la Concepción Chacón y Romero-Cisneros:

Considerando que la facultad concedida por el número 3.º del artículo 103 del Reglamento Hipotecario al acreedor, cuando el dueño o su representante en el procedimiento se niegan a verificar la inscripción omitida, para solicitar que el Juez o Tribunal lo acuerde así, no puede traspasar los límites de la representación forzosa, y debe desenvolverse dentro del ambiente propio a los derechos del representado; y como el mandamiento del Juez de primera instancia de Badajoz, origen de este recurso, autoriza al acreedor don Manuel Torralba para realizar la inscripción de los derechos hereditarios en la forma determinada por el testamento y operaciones particionales de los bienes de la expresada doña María de la Concepción, es indudable que aquél debe sujetarse a las condiciones prefijadas en la escritura de partición otorgadas el 23 de febrero de 1907, antes de solicitar la anotación preventiva de embargo:

Considerando que si lo que se pretende en la actualidad es el embargo del derecho hereditario correspondiente a don Juan de Dios Pareja Obregón, abstracción hecha de los compromisos contraídos por la representación del mismo en la partición de referencia, es necesario que el mandamiento judicial lo ordene con claridad, fijando los bienes dentro de los que el acreedor ha de solicitar la inscripción, toda vez que los requisitos y preceptos establecidos para estos casos por los artículos 71, en su párrafo 3.º, 141 del párrafo 2.º de la regla 3.ª, y número 1.º del artículo 164 del

Reglamento Hipotecario, separan a estas anotaciones preventivas de las que se solicitan sobre bienes determinados del deudor:

Considerando que el informe pedido por el Presidente de la Audiencia al Notario autorizante, en vista de que la nota recurrida atribuye a un instrumento público defectos de redacción o autorización constituyen a este último funcionario en la obligación de sostener en lo que proceda que la escritura pública, pues no se trata de un acta—discutida en el recurso—, se halla extendida con arreglo a las formalidades legales, uniendo solidariamente su interés propio profesional al de los particulares que en aquélla pierden sus derechos, máxime si ha figurado como asesor en las operaciones particionales previas a la escritura de aprobación e incorporación al protocolo del cuaderno respectivo.

En otra de análogo con un contenido sustitutorio, en caso de fallecer con o sin hijos, vienen a fijarse los términos de la inscripción, como resulta del siguiente texto de la resolución de 19 de junio de 1929:

Considerando que, a tenor de la cláusula 7.^a del testamento otorgado por don Adolfo Vázquez Alvar en 19 de junio de 1928, *es su expresa voluntad que a su sobrino don Florentino Fernández Vázquez se adjudique en pago de parte de su porción hereditaria, en nuda propiedad, cuyo dominio pleno adquirirá a la muerte de la heredera usufructuaria, la casa*, objeto de este recurso, y tanto de la letra de esta disposición, como de su espíritu, que informa también la siguiente cláusula de institución, se desprende que don Florentino resulta, en primer lugar, instituido heredero, por lo que se refiere a la nuda propiedad y que, en pago de sus derechos hereditarios, ha de adjudicársele el aludido inmueble:

Considerando que, por la íntima unión que existe entra la cláusula de adjudicación en pago y la de la institución hereditaria, debe afirmarse que la sustitución establecida para el caso de que alguno de los herederos falleciese antes de la usufructuaria sin sucesión, y para el supuesto de que el fallecido dejare descendencia, sin duda alguna, a don Florentino como nominalmente instituido, y en su virtud, *la adjudicación que haya de hacerse en pago parcial de su derecho hereditario ha de quedar sujeta a las vicisitudes de la condición o condiciones implícitas en la sustitución claramente determinada al final de la cláusula 8.^a:*

Considerando que el problema relativo a la esfera de aplicación de los artículos 759 y 799 del Código Civil es independiente por completo del discutido en este recurso, toda vez que *el hecho de inscribir la finca a favor de don Florentino Fernández Vázquez como actual titular, no es una expectativa en el sentido técnico de esta palabra, sino del Derecho real de nuda propiedad sujeto a condición resolutoria*, cae fuera del enunciado del último artículo, y *nada prejuzga sobre la posibilidad de que el heredero transmita su derecho, antes de que se cumpla la condición, a sus propios herederos*:

Considerando que, por igual motivo, *no es absurdo ni erróneo que el repetido don Florentino acepte derechos hereditarios sujetos a condición*, pues lo que prohíbe nuestro Código Civil, en su artículo 990, es la aceptación condicional de la herencia, no la aceptación de la herencia sujeta a condición, aparte de que las particiones formalizadas por Comisarios, según doctrina reiteradamente sentada por este Centro, pueden ser inscritas sin necesidad del requisito de la aceptación hereditaria.

27.—LA INSCRIPCIÓN DE LAS ADJUDICACIONES A FAVOR DE LOS HIJOS
QUE SOBREVIVAN AL USUFRUCTUARIO.

Dentro de las disposiciones a favor de los *nasciturus* vienen a ser establecidas con frecuencia las de este tipo, y tiene su importancia, pues la resolución piloto que se aprende en los manuales es la de 23 de julio de 1924, que conviene reproducir en sus dos partes:

Resultando que el 11 de agosto de 1912 falleció en Santander doña Emilia Pérez de la Torre, bajo testamento otorgado en la misma población el 20 de mayo del mismo año ante el Notario don Manuel Alicia López, en cuyo instrumento público y entre otras mandas y legados, se halla una cláusula que dice así: *Lega a su sobrino don Francisco Benavides Lewis, en usufructo vitalicio, 15.000 duros, o sea, 75.000 pesetas; y lega al mismo don Francisco, también en usufructo vitalicio, el piso tercero de la casa número 21 de la calle de Calderón, en esta ciudad de Santander, con su correspondiente buhardilla. La propiedad de dichos 15.000 duros y*

piso de la casa se le lega y manda a los hijos legítimos del referido don Francisco Benavides Lewis, por partes iguales a todos ellos, los mismos a los que exista cuando la testadora fallezca que a los nacidos después, ya que la voluntad de la testadora es que todos los hijos legítimos del don Francisco Benavides participen de dicho beneficio. Ordena la testadora que los 15.000 duros se empleen por los albaceas en valores del 4 por 100 interior perpetuo y se depositen en el Banco de España, de donde no podrán ser extraídos bajo ningún pretexto en vida del usufructuario. Prohíbe expresamente la venta y pignoración de esos valores y piso durante la vida del usufructuario, y sólo cuando éste fallezca podrán disponer sus hijos del legado del pleno y absoluto dominio.

Concedida autorización por el Juzgado para la enajenación, se deniega la inscripción, por el Registrador de la Propiedad, criterio que viene a confirmar la Dirección sentando:

Considerando que *para que pueda transmitir* doña Juana Fernández Benavides y Guardado la llamada *nuda propiedad* del piso en cuestión, *exige el artículo 20 de la Ley Hipotecaria que figure inscrito a su nombre*, y como en el Registro de la Propiedad tan sólo existe en una mención a favor de los hijos legítimos del usufructuario «que tenga o tuviere», se impone la justificación de que el aludido es el único llamado, o asume todos los derechos de los instituidos como nudo propietario, con lo cual se plantea de nuevo de forma inexcusable y perentoria el problema que el Registrador ha suscitado en el segundo extremo y no ha querido recoger en el informe:

Considerando que si bien *la opinión* dominante entre los juriconsultos del pasado siglo afirmaba con relación al Derecho romano *que la existencia del heredero en el momento de morir el causante era condición general de la sucesión hereditaria*, sin más excepción que la del póstumo, esta regla jurídica ni tiene claros precedentes en los textos fundamentales, ni corresponde a la moderna concepción hereditaria, ni, sobre todo, pueden aplicarse indistintamente para llenar lagunas de Códigos civiles, que como el nuestro, conceden a la voluntad del testador en las sustituciones de tipo fideicomisario admitidas y en los legados asimilables un valor preponderante:

Considerando que la disposición en que el testador deja a una

persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo, se halla regulada por el artículo 787 del Código Civil, dentro de la sección destinada a las sustituciones y a continuación de las fideicomisarias, para las cuales *no rige la mencionada regla, conforme lo demuestra la redacción del artículo 781 que contrapone las sustituciones fideicomisarias que se hagan en favor de personas que «vivan al tiempo de fallecer el testador», y a las que no presenten estas características surten efectos tan sólo cuando no pasen del segundo grado:*

Considerando que doña Emilia Pérez de la Torre, en la cláusula 3.^a del testamento discutido, después de legar a don Francisco Benavides Lewis, en usufructo vitalicio, el piso tercero de la repetida casa, con su buhardilla, lega la propiedad correspondiente a los hijos legítimos del usufructuario, por partes iguales a todos ellos lo mismo a los que existen cuando la testadora fallezca que a los nacidos después, ya que su voluntad era que todos los hijos legítimos del don Francisco participen de dicho beneficio, y contra estas precisas y claras manifestaciones de voluntad no puede alegarse ningún texto legal que prohíba instituir en segundo lugar al no nacido ni concebido cuando el testador fallezca, y, antes, al contrario, la ley prevé el caso de que entren en el goce del patrimonio sucesivamente, dos personas, de las cuales la última no exista en dicho momento:

Considerando que *todavía aparece con mayor claridad, si cabe, la voluntad de la testadora, al establecer inmediatamente después la prohibición de vender y pignorar el piso durante la vida del usufructuario*, y que «sólo cuando éste fallezca podrán disponer los hijos del legado en pleno y absoluto dominio», puesto que tales declaraciones armonizan su deseo a los nacidos, a los póstumos y a los no concebidos, con el precepto legal que abre la sucesión en el momento de morir el de *cujus*:

Considerando que para invalidar la prohibición de enajenar, sobre la que centra el Registrador el tercer defecto, y que hace referencia al poder de disposición por ella limitado, más que a la capacidad de las personas, es innecesario el procedimiento seguido, así como para enajenar bienes de los hijos no nacidos ni concebidos, es insuficiente el auto recaído en el expediente de juris-

dicción voluntaria, según ha declarado este Centro en 10 de septiembre de 1918.

De igual sentido era la disposición que sirvió de precedente a la anterior resolución, la de 8 de julio de aquel referido año de 1924, basada en la siguiente cláusula:

Del remanente que quedare de todos sus bienes, acciones y derechos instituye y nombra por su única y universal heredera, con el carácter de usufructuaria, a su querida hermana doña Antonia Ramos y Caballero; pero no obstante tal carácter, la facultad para enajenar los bienes inmuebles sin limitación y en el precio que crea más conveniente, destinando el capital que obtenga en papel del Estado para acrecentar su haber y percibir la renta de todo; al fallecimiento de ésta nombra herederos, también usufructuarios a sus sobrinos, don Diego, don Enrique y don Luis de León y Ramos, y al fallecimiento de sus mencionados sobrinos serán herederos propietarios los hijos de éstos por estirpes; si alguno de ellos, como sucede a su sobrino Enrique, careciere de hijos a su fallecimiento, podrá disponer de una tercera parte de su porción hereditaria, y de las otras dos serán herederos los hijos de sus hermanos.

Se solicita la inscripción de la nuda propiedad, de acuerdo con el testamento y recae la siguiente nota: «Denegada la inscripción que se solicita en la precedente instancia por no constar especial y determinadamente las personas a cuyo favor ha de efectuarse, ni, por tanto, la extensión del derecho que a cada una de ellas corresponda, como disponen los artículos 9.º y 21 de la Ley Hipotecaria y el 61 y 71 del Reglamento para su ejecución», viniendo a ser la posición la siguiente:

Testadora: Dolores Ramos Caballero
† 8-enero-1912

1.ª usufructuaria: Antonia Ramos Caballero

2.ª usufructuarios: Diego Enrique † Luis León Ramos

Juan Dolores Luis
NUDO PROPIETARIOS

Apoyándose en los siguientes:

Considerando que, en general, los derechos reales garantizados en su existencia y extensión por los libros hipotecarios han de aparecer consignados a favor de las personas que de ellos pueden disponer, con determinación precisa de su contenido, cuantitativo y cualitativo, y así lo exigen los números segundo y siguientes del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, pero por excepción y habida cuenta de situaciones jurídicas de abolengo o conveniencia indudables, se ha dado cabida en los asientos a condiciones, reservas, menciones, limitaciones de enajenar, expectativas jurídicas y verdaderos derechos reales a favor de personas indeterminadas o desconocidas, futuros poseedores de títulos o entidades, que acaso no tengan viabilidad:

Considerando que uno de los casos más frecuentes en *las legislaciones común o forales*, que admiten *sustituciones fideicomisarias a favor de personas no nacidas al fallecimiento de los hijos herederos del instituido*, tanto de los engendrados al abrirse la sucesión (*postumi*), como de los *no concebidos en tal momento (nondum concepti)*, con la particularidad de que si bien la situación del póstumo encuentra en algunos supuestos un tratamiento legal específico, *faltan las normas de tutela y representación para proteger la más o menos probable personalidad de los hijos que pudiera tener en el futuro un matrimonio o una persona que todavía no lo ha contraído*, o, como en el documento que ha originado este recurso, los hijos que pudieran tener los sobrinos del testador:

Considerando que no corresponde a la estricta doctrina hipotecaria el decidir bajo qué rúbricas 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 sólo la existencia de expectativas de consistencia variable, y basta que el título presentado modifique, desde luego, o en el futuro, alguna 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:

Considerando que para llenar, por lo menos, las más elemen-

tales 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, permita en su día la legitimación del beneficiado y el indiscutible ejercicio de su derecho:

Considerando que, según se desprende de la certificación reclamada por este Centro, para mejor proveer, no consta todavía en el Registro de la Propiedad de una manera explícita el derecho de don Enrique y don Diego de León a la nuda propiedad, condicionada con la cláusula testamentaria de referencia, ni el de los hijos que en la actualidad tiene el segundo, a recibir en su día, si existieran solos o con otros llamados la porción correspondiente:

Considerando que en la cláusula 4.^a del testamento otorgado por doña María de los Dolores Ramos y Caballero en 8 de enero de 1912, no establece que al fallecimiento de la primer llamada heredaran, como usufructuarios, sus sobrinos don Diego, don Enrique y don Luis de León y Ramos, y al fallecimiento de ellos serán herederos propietarios los hijos, por estirpes, añadiendo que si alguno de ellos, como sucedía a su sobrino Enrique, careciera de hijos, a su fallecimiento podría disponer libremente de una tercera parte de su porción hereditaria; mientras en la solicitud firmada por don Maximino Hernández Velázquez, en nombre de don Diego y de don Enrique, se prescinde, sin justificar el motivo, de esta particularidad para declarar sujeta al fideicomiso condicional la totalidad de la respectiva cuota.

Dentro de una cláusula de esta índole, adopta la resolución de 25 de abril de 1931 una interpretación particular que permite la cancelación de una hipoteca. La cláusula testamentaria decía:

Cuarta. Instituye heredera del remanente de sus bienes, derechos y acciones presentes y futuras a su hermana doña Purificación Molina Calvo en usufructo vitalicio, y serán herederos mero propietarios sus sobrinos carnales doña María Teresa, doña Carmen, don Antonio, don José, doña María del Pilar y don Juan Barea Molina, con la condición de que los bienes que dejare el que falleciere sin descendencia, procedentes de esta herencia, pasarán a los que vivan de los sobrinos carnales mencionados e hijos que les

representen, y al que premuriese a la testadora, le sustituirán los hijos que dejare el fallecido.

Cambiando la doctrina admitida, aunque aquí se trata de cancelación de un crédito hipotecario exigía el cumplimiento del artículo 507 del Código Civil, la Dirección se pronuncia de la siguiente forma:

Considerando que para valorar el primer defecto de la nota recurrida hay que atenerse, de conformidad con el artículo 675 del Código Civil, al sentido literal de las palabras empleadas por el testador, si no aparece ser otra la voluntad, y observar, en caso de duda, lo que aparezca más conforme a la intención del mismo, según el tenor del testamento:

Considerando que en la cláusula 4.^a del testamento origen de este recurso la testadora, después de instituir heredera en usufructo vitalicio a doña Purificación Molina Calvo, y en nuda propiedad a sus sobrinos carnales doña María Teresa, doña Carmen, don Antonio, don José, doña María del Pilar y don Juan Barea Molina, distingue implícitamente el caso de premoriencia de éstos, para el que ordena que sustituyan al fallecido sus hijos, del supuesto de postmoriencia que ahora se discute, disponiendo que *los bienes que dejare el que falleciere sin descendencia, procedentes de esta herencia, pasarán a los que vivan de los sobrinos carnales, mencionados e hijos que les representen:*

Considerando que la frase *pasarán a los que vivan*, referida a un periodo posterior a la muerte de la testadora, y que con términos parecidos vuelve a consignarse en la cláusula 6.^a, para el caso de que la heredera usufructuaria falleciese antes que su hermana, la testadora, equivale a una sustitución fideicomisaria, en cuanto instituye un primer grupo de herederos en la nuda propiedad, y establece imperativamente el paso de los bienes a terceras personas, que en su día pueden ser ciertas y determinadas; pero no decide expresa y claramente si todos los bienes adjudicados a uno de los sobrinos han de ser objeto de la sustitución, o si, por el contrario, *se trata de un fideicomiso de residuo* que autoriza al llamado en lugar preferente para disponer *inter vivos* sin necesidad de la concurrencia de los últimos llamados:

Considerando que el verbo *dejar*, según lo pone de relieve el auto apelado, parece circunscribirse en el testamento discutido al

desamparo de cosas respecto de las cuales se tiene el poder dispositivo, pues si bien en los artículos 810, 836 y 837 del Código Civil, y aun en el final de las cláusulas transcritas tienen distinta significación gramatical, y pone de relieve un hecho independiente de la voluntad del causante, debe tenerse presente que, en tales casos, se trata de personas, no de bienes, derechos y acciones, y que la testadora instituye herederos mero propietarios a sus sobrinos carnales, con la condición implícita de que no pueden disponer *mortis causa* de lo adjudicado a cada uno:

Considerando que los artículos 783 y 785 del mismo texto niegan validez a las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero y que la prohibición absoluta de enajenar bienes, como contraria a la total libertad de las cosas, ni puede presumirse y ampliarse, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro, por cuyos motivos ha de desestimarse el primer defecto de la nota calificadora:

Considerando que *una vez admitida la posibilidad de que los sobrinos carnales, a cuyo favor se había adjudicado el crédito discutido en las particiones de doña Juana Molina Calvo, dispusieran inter vivos como titulares incondicionales del mismo, y cancelaran la hipoteca constituida en su garantía, caen por su base los defectos señalados en segundo y tercer lugar por el Registrador, que, según sus propias palabras, no niega efectos legales a las inscripciones ya practicadas, sino la facultad en los herederos condicionales de cancelar la hipoteca sin la concurrencia de las personas que pudieran ostentar algún derecho contra los mismos, o en su defecto, de la autoridad judicial, para cuidar así de la conservación de un capital que equivocadamente creía colocado al amparo de los preceptos desenvueltos en el artículo 507 del Código Civil.*

Se puede consultar el artículo 176 del vigente Reglamento Hipotecario.

Aunque directamente afecta a la enajenación y disposición de los bienes, el cuerpo de la doctrina de la resolución de 12 de enero de 1944, se contrae a una institución de usufructo a favor de una hija, y nuda propiedad a favor de los nietos que le sobrevivan, diciéndose:

Considerando que la mayor parte de los problemas planteados con tal motivo, y entre ellos, el carácter de las condiciones propiamente dichas que el testador implícita o explícitamente imponga, tienen por objeto principal la interpretación de las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias, cuyo alcance depende, en primer término, de lo querido y manifestado por el testador que se halla autorizado por la ley para nombrar y sustituir herederos, bien de una manera simple o vulgar, bien fideicomisariamente, bien con modalidades que mezclan los efectos de estas sustituciones:

Considerando que, con arreglo al criterio sentado, los llamamientos de tipo condicional no siempre engendran, respectivamente, una mera esperanza o la entrada inmediata en el goce de la herencia si el nacimiento del derecho o su extinción pendiente de un suceso determinado, ni la forma negativa o positiva del hecho futuro basta por sí sola para proveer el rígido mecanismo de la incapacidad a que se refiere el artículo 759 del Código Civil; *pues por encima de los términos técnicos en que se tratan de encerrar las consecuencias ordinarias de la institución, se halla la voluntad del testador que puede conceder a los hijos o herederos del llamado bajo condición suspensiva el puesto que a su padre hubiera correspondido, de la misma suerte que puede negar a los herederos del fideicomisario la facultad de suceder en los bienes gravados que les atribuye el apartado último del artículo 784 del Código Civil:*

Considerando que por estos motivos, y aun a riesgo de parecer a veces contradictoria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro entran, cuando en la ley no exige términos expresos, en el examen, no sólo de las palabras empleadas o de la intención manifestada, sino de la valoración de las sustituciones, alcance de la representación y fijación de las estirpes llamadas, así como en la determinación de los momentos decisivos para la adquisición de expectativas tuteladas, en el análisis de las prohibiciones impuestas y en la apreciación de otras presunciones hermenéuticas:

Considerando que en la cláusula origen de este recurso se instituye única y universal heredera a doña María B. D. en usufructo vitalicio, y por su muerte «pasarán los bienes a los hijos de ella, por partes iguales, en propiedad», y aunque con esta fórmula no

se llega a la conclusión romanista, de que la primeramente instituida se entendía llamada plena e incondicionalmente durante su vida, y, después de su muerte, gravada de restitución a favor de los instituidos en segundo lugar, puede afirmarse, de conformidad con la doctrina de sustituciones de heredero *post mortem alterius*, apoyada en la Ley 15, título 3.º de la Partida 6.ª con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sostenida desde las sentencias de 3 de abril de 1866 y 27 de abril de 1888 hasta la de 20 de marzo de 1916, con el espíritu y contenido de los artículos 784 y 799 del Código Civil, y, sobre todo, con los términos categóricos de la doctrina del Tribunal Supremo sobre *el valor de los términos herederos en usufructo y herederos en pleno dominio que las personas ciertas sobrevivientes al testador, con la discutida capacidad legal e incluidas en el último llamamiento, adquieren una situación legal protegida por la ley y casi siempre transmisible a sus herederos*:

Considerando que *las dudas que pudieran surgir respecto del alcance de los aludidos llamamientos, por no hacerse constar si los hijos han de ser únicamente los existentes al abrirse la sucesión o todos los que nazcan de la misma madre o tan sólo los que la sobrevivan*, así como por las diferencias entre el momento de la renuncia y el momento de la muerte del primer heredero *quedan cubiertas en el documento discutido por haber sido hecha la adjudicación bajo condición resolutoria*, que anuncia a los terceros los peligros de contratar con los indicados sucesores y de adquirir los bienes relictos mientras no se acredite el incumplimiento de aquella condición.

Más pura es la doctrina que cierra este apartado, sentándose en la resolución de 22 de diciembre de 1950:

Considerando que constituye el factor primordial y básico para apreciar el poder dispositivo de doña Trinidad S. R., vendedora de una participación proindivisa de 12.483,50 pesetas, en la casa número 62 de la Alameda de Hércules, de Sevilla, la inscripción hecha en el testamento, otorgado el 14 de julio de 1930 por don Ramón O. N., que autorizó el Notario de dicha capital, don F. M. R., en virtud del cual adquirió la transmitente el usufructo de dicha participación, conforme a lo dispuesto en la cláusula 5.ª, en la que *el causante, después de instituir heredera universal en usufructo*

vitalicio a su esposa, doña Trinidad R. G., ordenó que al fallecimiento de ella se transmitieran los bienes de la herencia, también en usufructo vitalicio, a su sobrina política, doña Trinidad B., de trece años de edad, y que al fallecer ésta «pasará el pleno dominio de los bienes objeto del usufructo a los hijos y descendientes legítimos que dejare, o, en su defecto, a los herederos testamentarios o legítimos de la misma, a todos los cuales instituye desde luego nudo propietarios:

Considerando que constituye regla general en el ordenamiento jurídico vigente, aunque carece de la formulación expresa que tiene en otras legislaciones civiles extranjeras, la de que el heredero ha de existir en el momento de la apertura de la sucesión, porque entonces es cuando debe apreciarse su capacidad para suceder al *de cuius*, y este criterio que goza de unánime aceptación en la dogmática civil, se halla también reconocido por la jurisprudencia patria, viene a ser *conditio iuris* del llamamiento, y obliga en principio a examinar con cautela los llamamientos a favor de los *nasciturus nondum concepti* que no revistan la forma expresamente consignada en el artículo 781 del Código Civil:

Considerando que la necesidad de que al operarse la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios existe una persona que pueda hacerse cargo de ellos, y que la determinación de la capacidad presupone la personalidad y las razones prácticas que aconsejan que los bienes no permanezcan durante largo tiempo en manos ajenas, han motivado la exigencia aludida, cuyo rigor fué atemperado en diversos sistemas legislativos, tanto por la facultad reconocida a los padres para legar o donar a los hijos bienes, con la carga de que los transmitan a los que tengan nacidos o por nacer, solamente en primer grado, como por *atribución del carácter de sustitución fideicomisaria a todas las instituciones hechas a favor de los no concebidos al abrirse la sucesión*, y lo mismo se prohíba o se admita la atribución fideicomisaria, *mediante la facultad de que puedan adquirir por testamento los no concebidos que nacieren de persona viva al morir el testador:*

Considerando que este mismo sentido de flexibilidad puede inferirse en los supuestos de delación retardada de la herencia, reproducida o deferida, cuando se estime la institución de los nacidos hecha bajo condición suspensiva, sistema que por la la-

guna de nuestro ordenamiento jurídico para la tutela y protección de tales situaciones requeriría de ser admitido decidir afirmativamente la licitud de tal condición, *convirtiendo el elemento accidental de negocio jurídico en esencial, para concluir que el sujeto del derecho subjetivo no es un requisito fundamental cuando el derecho sea condicional:*

Considerando que planteada la cuestión debatida en tan concretos términos, puesto que la calificación registral se limita a denegar la inscripción de la nuda propiedad, por estimar inciertas las personas a quienes en su día corresponde el pleno dominio, es decir, no hallarse inscrito el derecho que se transmite, de conformidad con lo prevenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria cabría estimar creada por la indeterminación temporal en los sujetos una situación jurídica de pendencia durante la cual se evitaría la indefensión y abandono de los bienes e intereses de los *concepturus*, mediante una titularidad interina conferida al usufructuario, que salvaría la anómala concesión de pleno poderes dispositivos a la misma y el obstáculo que implica extender la representación a personas inexistentes:

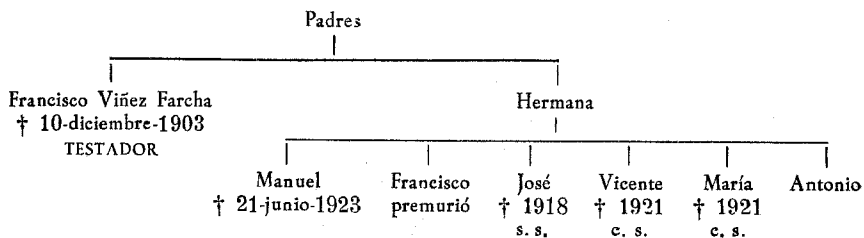
Considerando, por último, que, aunque se prescindiera del valor que es necesario atribuir a la voluntad del testador, ley de la sucesión, y en virtud de una anomalía, más o menos forzada, se consintiera que la usufructuaria como administradora de los bienes de la herencia tenía facultades dispositivas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 804 del Código Civil, en relación con el 186, que preceptúa los requisitos de la enajenación por el representante legítimo del ausente en este expediente concurren las siguientes circunstancias de trascendencia decisiva para su resolución: a), que la sobrina y heredera del causante, doña Trinidad B. R., menor de edad, emancipada, soltera, usufructuaria de una participación de la casa de referencia acompañada de su madre, como presunta nudo propietario, acudió al Juzgado y alegó que había sido requerida por los demás coparticipes en la finca para que se aviniera en la división, y a fin de evitar el juicio declarativo correspondiente solicitó autorización para enajenar, que concedió el Juzgado en una resolución que tal y como se transcribe en el testimonio del autor, inscrito en la escritura, impide conocer los fundamentos legales; b), que se ratificaron en el expediente, tanto

la menor como su madre, doña Carmen R. G., quien prestó también el consentimiento y licencia necesaria para poder llevar a cabo la enajenación; c), que cinco años después de haberse obtenido la autorización judicial se formalizó la enajenación, hallándose entonces casada la usufructuaria, y en tan largo lapso de tiempo es muy razonable presumir que puedan haberse alterado sustancialmente las circunstancias en que se fundó el Juez, *aunque sea de carácter permanente la alegada indivisión de la finca, que por sí sola no puede motivar el derecho de disposición* por la mera probabilidad de la *actio comuni dividundo*, y d), haberse verificado la venta sin la pública subasta y previo avalúo preceptuados por el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número 1.º del 2.011 y 2.046, de conveniente aplicación para operar en tan delicados supuestos con las mayores garantías, alejar toda sospecha de acuerdo fraudulento y evitar perjuicios a los interesados.

28.—LA IRREVERSIBILIDAD DE LA INSCRIPCIÓN.

Para terminar la adquisición de derechos, siguiendo la doctrina de la Dirección General, tan sólo quedan por reproducir dos resoluciones, cuyo sentido tendrá más adelante especial desarrollo por referirse a las sustituciones múltiples y recíprocas, que determinan una doctrina particular sobre el llamado derecho de «representación» y «acrecer» en la sucesión testada, en el particular fideicomisario con previo usufructo que se viene desarrollando.

La concurrencia o prioridad de los tíos y los sobrinos viene a ser el objetivo de la resolución de 8 de mayo de 1924, sobre al siguiente árbol:



Antonio solicita la inscripción de su derecho, mientras que los herederos de Manuel, consiguen la declaración de herederos de los tíos (hermanos) y sobrinos por auto de 24 de junio de 1923, demandado a aquél, y sobre este asiento debía anotarse la demanda, en virtud de los siguientes razonamientos:

Considerando que Viñez Parcha, en la disposición testamentaria discutida, instituyó por sus únicos y universales herederos a sus sobrinos carnales *con expresa condición de que si alguno de ellos falleciere sin hijos la parte al mismo correspondiente la acrecerán los demás coherederos, y el que muera con sucesión, éste heredera la parte que al mismo pertenezca en propiedad absoluta*, y de tales palabras se deduce con evidencia que el testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional que *sólo en términos generales puede asimilarse a la descomposición del derecho de dominio en usufructo y nuda propiedad*, conforme lo ha reconocido en un caso análogo la resolución de este Centro de 12 de mayo de 1920 (Se trataba de enajenación de bienes, en un fideicomiso, en Cataluña).

Considerando que los sobrinos carnales del testador don Manuel, don Francisco, don José, don Vicente, doña María y don Antonio Rovira Vives aparecen designados nominalmente con cláusula expresa de sustitución recíproca para el caso de que falleciesen sin hijos, existiendo respecto de ellos, los elementos que caracterizan a la sustitución fideicomisaria, o sea, en primer lugar, están instituidos herederos; en segundo, se les encarga la transmisión de la herencia a los hermanos supérstites si se cumpliera la indicada condición, y en fin, se hallan facultados para recoger, como fideicomisarios, las porciones hereditarias de los hermanos que mueran sin hijos por virtud de una especie de derecho de acrecer:

Considerando que el contenido del testamento en cuestión, no aparece con claridad el derecho de los hijos de cada uno de los expresados hubieran dejado a su fallecimiento a concurrir con sus tíos en la porción vacante por muerte de uno de éstos, pues si bien es cierto que *tales hijos son llamados a recoger la parte que a su padre le pertenezca, no puede asegurarse lo mismo de la porción que a éste hubiera pertenecido por virtud del mencionado derecho de acrecer*, caso de sobrevivir a sus hermanos, *ni tampoco cabe fingir un derecho de representación para colocar a los hijos*

relictos en lugar del padre, cuando precisamente ha de entenderse, en cierto modo, liquidado respecto de ello la herencia que han recibido en propiedad absoluta, ni mucho menos es lícito aplicar el artículo 784 del Código Civil para conceder a los herederos en general del primer fallecido bienes de otro hermano que, por el hecho de la muerte de ambos, quedaban subordinados a un segundo llamamiento a favor de los sobrevivientes:

Considerando que las razones de equidad, que pudieran servir de apoyo a la opinión contraria y las no menos poderosas que sobre el destino familiar de los bienes pudieran desenvolverse en un sistema de conjeturas, se estrellan contra las disposiciones del Código Civil, cuyo artículo 783 exige para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria que sean expresos, así como el 785, *en su número 1.º, declara ineficaces las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa*, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero:

Considerando que las resoluciones que se adopten en un recurso gubernativo sobre el alcance y efectos de un documento inscribible, como limitadas a los fines del Registro de la Propiedad y pronunciados en un procedimiento hipotecario de prueba tasada, no impide que por los Tribunales de Justicia y en el juicio correspondiente se declare con mayores elementos probatorios y con garantía de la contradictoria actuación de los interesados la verdadera situación jurídica; antes, al contrario, *la inscripción que en el caso actual se conceda a don Antonio Rovira y Viñez, servirá para anotar preventivamente la demanda que contra él ha interpuesto la representación de doña Concepción Blay Rovira reclamando parte de los bienes objeto de este recurso*.

La resolución de 20 de octubre de 1926, contempla la disposición anterior de un heredero, antes del *dies venies* y que fallece sin cumplir la recíproca condición de fallecer sin hijos, diciéndose sobre la inclusión en la partición de los bienes enajenados:

Considerando que el principio de publicidad de nuestro sistema hipotecario impone a los terceros que contratan sobre la fe del Registro las cargas y condiciones que del mismo resultan con claridad, o en otros términos, los actos ejecutados con personas que aparezcan con derecho para ello no gozan de plena protección

del artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando se resuelve el derecho del otorgante en virtud del título anterior inscrito o de causas que resulten «claramente» del mismo Registro:

Considerando que por Registro ha de entenderse en estos supuestos no sólo el último asiento de propiedad relativo a una finca de derecho, sino todos los vigentes en el mismo folio o bajo el mismo número, y aun los extremos y declaraciones de fuerza real que por exigencias legales se hayan hecho constar en una inscripción extensa, cuyo contenido parezca formalmente relacionado con el asiento conciso por medio de las referencias reglamentarias:

Considerando que según la certificación unida a este expediente para mejor proveer, en la segunda instancia extensa, practicada sobre la finca número 4.077, a que se refieren las correspondientes a los inmuebles vendidos, aparece con toda claridad *la condición testamentaria impuesta por don José Rovira Roig de que si alguno de sus sobrinos José María, Gerardo, etc. premuriesen sin sucesión a la usufructuaria Amalia Climent Donat, la parte que en su herencia corresponda al que fallezca antes que ésta, se distribuirá entre los demás expresados sobrinos sobrevivientes por porciones iguales; pero si deja descendientes, heredarán éstos, en su representación, la expresada parte:*

Considerando que la constancia en el Registro y los naturales efectos de *la cláusula reversional transcrita limitaban las facultades de los nudos propietarios e norden a la incondicionalidad, transmisión de las fincas objeto del recurso y dejaban el derecho de los adquirentes por compraventa pendiente de una condición, cuyo cumplimiento, siempre que se haya demostrado auténticamente abre las puertas del Registro a los herederos llamados en último lugar:*

Considerando que si bien *la cláusula transcrita llama en último lugar a los descendientes del sobrino que premuera a la usufructuaria, «en representación», de su padre, con lo cual claramente da a entender que no los pone «en condición», es decir, como acontecimiento que haya de suceder para perfeccionar la transferencia a favor del premuerto, sino «en sustitución», o sea, como subrogación en el puesto correspondiente al mismo, es lo cierto que las livianas dudas que pudieran suscitarse sobre la particularidad de que al suceder, como dice el artículo 924 del Código Civil, los*

hijos a su padre en todos los derechos que tendria si viviera, han asumido también las responsabilidades por él mismo contraidas, se hallan agravadas en el caso presente por la circunstancia de haberse inscrito la nuda propiedad a favor de don Gerardo Durá Climent sin condición alguna, de tal suerte que la calificación hipotecaria ha de ser deferida a los Tribunales de Justicia, que con mayores elementos de juicio podrán decidir sobre la validez de las ventas por aquél otorgadas y sobre la repercusión de las mismas en el patrimonio respectivo de los interesados.

Al enunciarse aquí la doctrina escolástica de la glosa sobre las conjeturas, dentro de la moderna tendencia normatizada por el Código Civil italiano, entiendo que aquélla se derivaba de la interpretación psíquica de la voluntad presunta del testador, pero los actuales progresos jurídicos permiten objetizar y esquematizar determinadas instituciones. La fosilización de los Códigos hace que la filosofía busque la nueva savia en la jurisprudencia, y precisamente el filósofo LARENZ dice en su introducción a la *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*: «Si queremos tener presente el problema en toda su extensión y variedad, hemos de dirigirnos a la región de la jurisprudencia, que es donde aparece siempre lo nuevo. Esta nos suministra el material que tenemos que examinar con atención a fin de saber qué casos han de considerarse, a causa de su reiteración, típicos, y qué soluciones se tienen por justas respecto a los mismos en las distintas ocasiones. Nosotros seguiremos, por consiguiente, el método del «análisis comparativo de los casos». En parte, a fin de ampliar los materiales, en parte a fin de mostrar cómo la «naturaleza de las cosas», se impone hasta cierto punto con independencia de los ordenamientos respectivos.»

JOSÉ LATOUR BROTONS.

Fiscal y Letrado del Ministerio de Justicia.

(Continuará.)

La nueva regulación del Registro Mercantil

(Continuación.)

CAPÍTULO V

DE LA INSCRIPCION DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL

Como advertencia preliminar al desarrollo del contenido del presente capítulo, hemos de indicar que dejamos para el final del mismo el estudio de todo lo referente a la mujer casada en el orden mercantil, tanto si se trata de la mujer del comerciante, como si es ella misma la que ejerce el comercio, ya que por la especialidad de las normas jurídicas referentes a ella, tanto en uno como en el otro supuesto, conviene estudiarlas desglosadas de las referentes a los comerciantes en general. Por ello, el estudio general que sigue lo realizamos sin tenerla en cuenta, sino solo al comerciante individual, si bien con las especialidades que en cuanto al mismo se derivan de su condición de extranjero, o de las circunstancias de minoría de edad o incapacidad.

CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN.

El Reglamento había de continuar en este extremo la tónica marcada por nuestro vigente Código de Comercio, el cual introdujo al respecto un criterio distinto al mantenido por el anterior de 1829.

Dispone aquél, en sus artículos 17 y 18, que la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes particulares, si bien su falta producirá el efecto, de que el comerciante no inscrito no podrá pedir la inscripción en el Registro Mercantil de ningún documento que sea susceptible de ella.

El contenido de esos artículos ha sido recogido a su vez por el 69 del Reglamento, por el que se dispone que, «conforme a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Código de Comercio, la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes o empresarios mercantiles individuales; pero los no inscritos no podrán pedir la inscripción de documento alguno en dicho Registro, ni aprovecharse de los efectos legales de éste». Y siguiendo ese criterio, se llega a exigir por el artículo 71, el que la solicitud de inscripción del comerciante individual esté firmada por él, e incluso el que esa firma aparezca legalizada. Con todo ello se lleva a sus últimas consecuencias el principio de voluntariedad, aun cuando la referida disposición tenga a su vez otra finalidad distinta a la ya apuntada de recoger aquel principio.

Vemos, por tanto, que la potestatividad de la inscripción constituye el principio fundamental en cuanto a las inscripciones de que nos ocupamos en el presente capítulo, pero sin que obste a esa primacía, el que haya habido necesidad de fijársele algunas excepciones, de las cuales, unas comprenden aquellos casos en que la inscripción adquiere el carácter de obligatoria, en tanto que otras se refieren a supuestos en los que la inscripción resulta forzosa, o mejor dicho, supuestos en los que la inscripción se solicita por persona distinta del comerciante, sin tener en cuenta su voluntad respecto a ese extremo.

Dentro del primer grupo de excepciones, o sea, en aquel en que la inscripción pasa de voluntaria a obligatoria, nos encontramos en primer lugar con la recogida por el párrafo 2.º del artículo 69 del Reglamento, por el que se dispone que, «sin embargo, será obligatoria la del naviero». Quien, por tanto, tendrá que inscribirse como comerciante en el correspondiente Registro Mercantil.

La originalidad de ese párrafo no radica en haber regulado una excepción al criterio general de voluntariedad de la inscripción, sino precisamente en las vicisitudes legislativas por las que ha pasado y con las cuales ha llegado a convertirse en una «cu-

riosidad» técnica, ya que ha dejado en bastante mal lugar el contenido del artículo 5.º del Código Civil, referente a la forma en que pueden ser derogadas las leyes.

Efectivamente, en la forma en que fué redactado dicho párrafo al publicarse el Reglamento, establecía la obligatoriedad de la inscripción para un número mayor de comerciantes individuales, del que ahora se comprenden. Pero por un Decreto de la misma fecha que el Reglamento, aunque publicado dos meses después en el *Boletín Oficial del Estado*; Decreto dictado con la declarada finalidad de salvar los «errores de su texto», se suprimió la mayor parte del contenido del aludido párrafo, a la vez que se modificaba la redacción del primero del mismo artículo, dejando a éste en la forma actual. Y esta manera de proceder es con toda evidencia algo más que el simple hecho de salvar errores de redacción, aunque se diga otra cosa por la disposición.

Verdaderamente podemos concebir que en el texto de una Ley se deslicen errores de palabras, sílabas o letras, los cuales puedan oscurecerlo de forma que resulte incorrecta cualquier interpretación que de él se realice, en relación con el pensamiento que se pretendió expresar por el legislador, ¡pero pretender que el error consistía en haberle añadido casi todo un párrafo, no puede ser aceptado! Podrá pensarse de ello cualquier otra explicación, menos la que, como motivo de la reforma, se alega por el Decreto rectificador.

Con todo ello resulta, en definitiva, que se ha creado una nueva forma de derogación de las leyes, la cual, si quizá podría estimarse incluida dentro de una interpretación exageradamente literal del contenido del artículo 5.º del Código Civil, se encuentra realmente bastante alejada de su verdadero sentido jurídico.

Otra excepción que, como la anterior, convierte en obligatoria a la inscripción, es la derivada de aquellos casos en los que el comerciante individual emita obligaciones hipotecarias y desee el que éstas sean admitidas a cotización oficial. Ya que se exige para ello por el artículo 247 del Reglamento Hipotecario, el que previamente se inscriba el comerciante como tal en el Registro Mercantil que corresponda.

El segundo grupo de excepciones es aquel en que, como dijimos, la inscripción resulta forzosa para el comerciante, pues puede

solicitar y realizarse sin su conocimiento, e incluso contra su voluntad al efecto. Este grupo está formado por tres casos recogidos explícitamente por el mismo Reglamento y por otro más, cuya vigencia se recoge implícitamente en varios preceptos del mismo y del Código de Comercio.

Al tratar el Reglamento de la inscripción de los bienes parafernales y dotales de la mujer del comerciante, y con la finalidad de protegerlos de las incidencias derivadas del ejercicio del comercio por el marido, prevé el supuesto de que dicho comerciante no hubiera solicitado su inscripción como tal. Con lo cual, al no existir esa inscripción, que es la que abre la hoja registral, no podría realizarse ninguna otra, resultando así ilusoria la protección que se pretendiera en cuanto a aquellos bienes.

Para obviar ese inconveniente, se ha dispuesto por el artículo 79, el cual no hace otra cosa que desarrollar el contenido del 28 del Código de Comercio, que: «Para hacer efectivo en favor de la mujer casada con comerciante el derecho reconocido en el artículo 28 del Código de Comercio, si aquél no estuviere inscrito en el Registro Mercantil y se presentare para ser inscrita alguna escritura de dote, de capitulaciones matrimoniales o de bienes parafernales, se hará la previa inscripción del comerciante en virtud de la instancia prevista en el artículo 71, firmada por la misma persona legalmente autorizada para pedir la inscripción y comprensiva de las circunstancias prevenidas en dicho artículo». Sin que sea necesario advertir que el firmante de la solicitud a que se refiere el apartado final del artículo, no es otro que la persona que puede pedir la de los bienes dotales, parafernales, etcétera. Y a los que se refiere el artículo 28 del Código de Comercio, del que trataremos con más detalle al final del presente capítulo.

El segundo caso de inscripción forzosa, es el recogido por el artículo 83, en el que se expresa por su párrafo 1.º:

«Los Jueces ante quienes se tramiten autos de suspensión de pagos o quiebra de un comerciante individual librarán mandamiento al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del comerciante, para la práctica de la anotación preventiva ordenada en el artículo 4.º de la Ley de 26 de julio de 1922, 2.º de la Ley Hipotecaria y demás preceptos legales concordantes.»

Estableciendo a su vez en el 3.º: «Si el comerciante no estuviere inscrito, se hará la previa inscripción del mismo, en virtud del mandamiento judicial que deberá contener las circunstancias necesarias para dicha inscripción, según el artículo 71.»

Como una modalidad de la excepción expuesta, se establece por el párrafo 3.º del repetido artículo 83, que: «Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se aplicará, asimismo, según los casos, cuando se trate de condena a pena de interdicción civil.»

Aún nos encontramos con otra excepción en el artículo 82, la cual, por referirse al tutor del comerciante menor de edad o incapacitado, no constituye propiamente tal excepción en el sentido literal de la palabra, sino más bien en el terreno de los principios. De ella trataremos con más extensión, en el epígrafe del presente capítulo que dedicamos a los documentos necesarios para solicitar la inscripción.

Finalmente, como caso dudoso en cuanto a la no voluntariedad de la inscripción del comerciante individual, continúa teniendo actualidad el recogido por la Resolución de 29 de diciembre de 1914. Esta resolución se refería a un supuesto, en el que la inscripción del comerciante se solicitaba, con posterioridad a su fallecimiento, por un factor nombrado por el mismo y al que los herederos no habían revocado sus poderes, con la finalidad de solicitarse precisamente la inscripción de los referidos poderes. El criterio seguido en cuanto a este extremo por la Dirección General, fué el de admitir la práctica de aquella inscripción, aun cuando la misma resultaba pedida por persona distinta a la que se trataba de inscribir como comerciante. Para ello se basó: en la autorización concedida al factor por el artículo 290 del Código de Comercio, de continuar las operaciones mercantiles que tuviese encomendadas, pese al fallecimiento de su principal y hasta tanto que los poderes no le hubiesen sido revocados expresamente por los herederos; y en que no sería justo, el que la penalidad establecida para los poderes no inscritos por el artículo 29 del mismo Código, alcanzase a los herederos del comerciante, máxime, cuando de lo que se trataba era de ponerse al amparo de la Ley.

Es evidente que el artículo 35 del Reglamento de 1885, vigente en la fecha de la resolución, autorizaba el que pudiese realizarse la inscripción del comerciante mediante solicitud firmada por ter-

ceras personas; en tanto que en el artículo 71 del actual, se exige para ello el que la solicitud esté firmada por el mismo comerciante y el que su firma esté legitimada. Pero también lo es, que una vez fallecido el comerciante no es viable en el presente caso la solución adoptada por el vigente Reglamento, en el cual no se ha previsto el problema.

Como esta cuestión ha de ser conectada con el contenido de los artículos 29 y 290 del Código de Comercio, la solución a que se llega por la resolución comentada es eminentemente lógica y puede fundamentarse, desde un punto de vista jurídico, en la aplicación analógica al presente caso de lo dispuesto en cuanto a la protección de los bienes parafernales y dotales por el artículo 79 del Reglamento, o a los acreedores de la quiebra o suspensión de pagos por el 83 del mismo cuerpo legal.

QUIÉNES SON COMERCIANTES O EMPRESARIOS INDIVIDUALES A ESTOS EFECTOS.

Normas generales.—Determina el Reglamento quiénes tienen el concepto de comerciantes a los efectos de poder solicitar su inscripción como tales en el Registro Mercantil, y así enumera en el artículo 70:

- 1.º Los varones mayores de edad.
- 2.º Los menores o incapacitados que, debidamente representados por sus tutores y previa autorización del Consejo de familia, continúen el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes.
- 3.º Los extranjeros que, teniendo capacidad para contratar con sujeción a las leyes de su país, ejerzan el comercio en España.
- 4.º Las mujeres solteras o viudas, mayores de edad con plena capacidad civil.
- 5.º Las mujeres casadas, incluso las separadas legalmente de sus maridos, en la forma y condiciones que expresamos al final del presente.

Menores representados por sus padres.—Un somero análisis del anterior precepto, nos pone de relieve que ha omitido la posibili-

dad de que pueda obtenerse la inscripción como comerciante de aquellos menores de edad, sujetos a la patria potestad, que continúen al través de sus padres, que ostentan su representación legal el comercio que les haya sido transmitido por un causante. Cuyo problema presupone el de determinar, previamente, si dichos menores pueden o no ejercer el comercio al través de sus padres, cuando sean éstos sus representantes legales, que será el caso más frecuente.

El estudio detallado de la cuestión queda fuera del marco del presente trabajo, pero no por ello podemos eximirnos de exponer los rasgos más salientes de las distintas opiniones sobre la materia, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia.

GAY DE MONTELLÁ (*Tratado de legislación comercial española*, página 23 del tomo I) ha manifestado al respecto, que el Derecho Civil no es sólo una fuente de derecho en nuestro Código de Comercio (art. 2.º), sino que constituye la reglamentación jurídica de las relaciones comerciales como relaciones privadas. Que, según ese derecho, es evidente la capacidad del padre para ejercer el comercio en nombre del hijo sometido a su patria potestad, superior en todo a la de un tutor, por ser de carácter más amplio y requerir en menos casos que él el complemento de capacidad, que al tratarse del padre lo es la autorización judicial, en vez del Consejo de familia. Y que el contenido del artículo 5.º del Código de Comercio, por lo anticuado y vago de su redacción, permite incluir el caso de la representación paterna en el mismo caso que la tutelar.

HERNÁNDEZ BORONDO (*Derecho Mercantil*. Reus, 1930), dice al efecto: «El criterio de analogía sustentado por algunos mercantilistas, y en virtud del cual consideran aplicable el artículo 5.º (del Código de Comercio) a los menores o incapacitados sujetos a la patria potestad, apoyándose para ello en el artículo 159 del Código Civil, lo encontramos muy acertado, y lógicamente se comprende que estará sujeto a publicidad en el Registro de autorización judicial concedida al padre, o en su defecto a la madre, para continuar el comercio del hijo, así como también la revocación de la misma en su caso.»

Podría parecer, en contra de esas opiniones, que nuestro legislador había seguido en este punto la opinión de Thaller, estima-

tiva, de que como el usufructuario es el único que se beneficia con las ganancias y es el que soporta las pérdidas del negocio, debería estimarse que es él el comerciante, produciéndose la suspensión como tal del nudo propietario, mientras subsistiese aquel usufructo.

No obstante, esa consideración es inaplicable al punto que nos ocupa. En primer lugar, en el mal llamado usufructo legal del padre o madre, no puede hablarse de usufructo y nuda propiedad. No es el derecho de los padres un derecho real en cosa ajena, tal como considera al usufructo el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 1958; sino una administración de bienes ajenos con la obligación de invertir sus productos en la satisfacción de determinadas necesidades, en la cual no se exige la rendición de cuentas, ni la determinación de las necesidades a que se destinan. Pero aún hay más, si admitiésemos aquella opinión, nos encontraríamos aún con que en los casos en que conforme al artículo 162 del Código Civil pertenezca al hijo la propiedad y el usufructo de determinados bienes, cuya administración corresponda a los padres, si entre ellos se encontrase un negocio mercantil, surgiría nuevo el problema y no nos cabría otra solución que la apuntada. En consecuencia, siendo improcedente la solución, desde el punto de vista legal, y existiendo casos en los que, aún admitiéndola nos haría surgir el problema, no podemos inclinarnos en favor de tan menguados resultados, afirmándonos en la expuesta al principio.

La jurisprudencia es escasísima en este extremo, pero, no obstante, tenemos una resolución que se refiere expresamente a esta materia, y en la cual se sigue el criterio de la admisión del ejercicio del comercio por el padre o madre en nombre del menor sujeto a su patria potestad.

Determinó la Dirección General en resolución de 26 de mayo de 1945, la que, aun refiriéndose al Reglamento anterior, es perfectamente aplicable al presente, que el menor representado por su madre podía continuar la empresa mercantil a que estaba dedicado su ascendiente. Y para sostener esa opinión, se fundó el Centro Directivo; en el sentido del artículo 5.º del Código de Comercio; en el precedente de su redacción en el de 1829, y «singularmente, el detallado informe emitido por el Consejo Superior Bancario».

El concorde resultado a que llegan esas opiniones doctrinales

y jurisprudenciales en la resolución del problema, hace surgir a su vez la cuestión derivada de ellas, de la inscribibilidad de esos menores en el Registro Mercantil, representados por el padre o madre que en su nombre ejercite el comercio. Y en este extremo, es perfectamente aplicable la resolución antes citada, pues si bien fué dada durante la vigencia del Reglamento anterior, el contenido del presente no ha sido modificado en cuanto a ese punto.

Resulta, por tanto, que si bien el actual artículo 70 no se refiere, ni directa, ni indirectamente a la cuestión, pues al utilizar la frase de que «sólo serán inscribibles en el Registro Mercantil en el concepto de comerciantes» los que en él enumera, no da margen para una interpretación algo amplia que permitiese la inclusión de los que tratamos; no puede ello inducirnos a estimar que un Reglamento pueda derogar criterios jurídicos apoyados en los Códigos, Civil y de Comercio, máxime, cuando esa derogación habría que basarla, no en una referencia expresa, sino en un silencio. Surge así una laguna legislativa, que queda solucionada por aquella resolución, mediante un criterio de analogía, y en la cual sería muy conveniente que pudiese manifestarse de nuevo dicho Centro, confirmando su postura y reparando con ello el descuido del legislador del Reglamento vigente, que parece haber desconocido la existencia misma del problema.

Menor de edad emancipado.—El sostener que el menor de edad, mayor de dieciocho años, que haya obtenido su emancipación por cualquiera de las formas determinadas por el Código Civil no puede ejercer el comercio, ni obtener su inscripción como comerciante en el Registro Mercantil, nos parece que es absurdo desde un punto de vista lógico, y contrario a la ley desde el punto de vista jurídico. Es cierto que no puede significar nada en pro de la cuestión el acuerdo del Tribunal Gubernativo de Hacienda de 13 de diciembre de 1907, pues éste se limitó a declarar que carecía de competencia la Administración para determinar si podía o no ejercer el comercio un menor emancipado de conformidad con el número 3.º del artículo 314 del Código Civil, y, por tanto, no podía negársele el alta en la contribución Industrial; pero también lo es que la solución del problema no corresponde a la legislación mercantil, sino a la civil.

Ha sido la redacción de los artículos 4.º y 5.º del Código de Comercio los que han podido dar lugar a la opinión de que para el ejercicio del comercio se requería el tener al menos veintiún años. Pero esto es ver solamente la parte externa, sin ahondar en el verdadero contenido y finalidad del precepto.

El contenido de esos artículos del Código de Comercio no constituía una minoración de facultades, sino, por el contrario, una ampliación del período de tiempo durante el cual una persona era estimada con plena capacidad para el ejercicio del comercio, aunque fuese anticipando la edad que para ello se señalaba por el Código Civil. Y si ese era el espíritu informador de los dos preceptos mercantiles, no puede desvirtuarse ahora su significado, por el hecho, de que el Código Civil haya sido reformado para rebajar la mayoría de edad a los veintiún años.

Desechada, pues, toda interpretación que se base en el tenor literal del artículo 4.º del Código de Comercio, nos quedan sólo como únicas normas para resolver esta cuestión, las del Código Civil referentes a la emancipación, en sus tres formas, dentro de las cuales hemos de situarla. Y con toda evidencia, ni en el artículo 59, ni en el 317 se establecen limitaciones que puedan entrañar la imposibilidad del ejercicio del comercio para el mayor de dieciocho años que haya obtenido la emancipación por matrimonio, concesión del padre o de la madre, o habilitación de edad. Por lo que hemos de concederle esa facultad, e inscribirlo como los casos normales.

Usufructuario de establecimiento mercantil.—No vamos a entrar en la discusión sobre la posibilidad o imposibilidad de éste usufructo. Creemos con Borrel Macia y Roca, disintiendo con ello de Garrigués, que es posible la configuración de estos usufructos en nuestra legislación; con lo que también está conforme Thaller, entre otros muchos extranjeros.

Admitido ese usufructo, hemos de concluir con el último de los tratadistas citados, en que siendo el usufructuario el único que se beneficia con las ganancias y soporta las pérdidas del negocio, deberá estimarse que es él el comerciante y no el nudo propietario. Por lo cual, la inscripción procedente en el Registro Mercantil será la del usufructuario como tal comerciante, pero indicando precisamente que obra con ese carácter.

Pese a la corrección legal de esta postura, no podemos desconocer lo inapropiado de la actual regulación legal para recoger los matices de esta manera especial de ejercer el comercio. Y es que aquí tropezamos con el defecto fundamental de nuestro actual sistema de Registro Mercantil: el de considerar a los comerciantes como el objeto de la inscripción, en lugar de serlo los establecimientos mercantiles.

Si estimamos que el usufructo es un Derecho real de naturaleza temporal, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar de una cosa ajena, sin que sufra menoscabo que la imposibilite para la finalidad a que natural o convenientemente esté dedicada, esta retribución requerirá la oportuna garantía, que, según el artículo 491 del Código Civil, consistirá en el inventario y la fianza. Y precisamente en este punto tan fundamental es en el que nos falla la regulación del Registro Mercantil, pues no encontramos términos hábiles dentro de su articulado, ni en el del Código de Comercio, que nos autoricen para admitir una inscripción en favor del nudo propietario, en la que constasen sus derechos, y la naturaleza y el alcance de la garantía que se haya adoptado en cada caso.

La licitud de esas inscripciones no puede ser objeto de controversia; pero su admisión no es factible en la actual regulación de este Registro. Queda, pues, como única posibilidad de evitar el que sea burlada la garantía, el sentido jurídico de los Registradores mercantiles, que, basándose en que, según el artículo 491 del Código Civil el usufructuario estará obligado a formar inventario y prestar fianza, «antes de entrar en el goce de los bienes», podrán denegar la inscripción del usufructuario como comerciante, hasta tanto que no se les haya acreditado el cumplimiento de esos requisitos, o su exoneración, en los casos previstos en el artículo 492 del mismo cuerpo legal.

CIRCUNSTANCIAS DE LAS INSCRIPCIONES.

Inscripciones que abren folio.—El contenido de las inscripciones consiste fundamentalmente en el que se deriva de su objeto, según del que en cada caso se trate, teniéndose que transcribir literalmente las facultades conferidas en los poderes, licencias a

las mujeres casadas para comerciar y revocación de unos y otras, según expresa el art. 77 del Reglamento. Sin embargo, los requisitos de la inscripción inicial del comerciante individual están recogidos con minuciosidad por el Reglamento y ellos constituyen la tónica general para las demás inscripciones, con las variaciones que se deriven de su objeto respectivo.

Según los artículos 71 y 75 del Reglamento y 13 y 14 del Código de Comercio, en la inscripción del comerciante individual deberán contenerse las circunstancias siguientes:

- 1.^a Nombre, apellidos, edad, estado civil y nacionalidad.
- 2.^a La clase de comercio a que se dedique o haya de dedicarse.
- 3.^a El nombre comercial y, en su caso, el rótulo que tenga o haya de tener el establecimiento.

Este número contiene una variación substancial respecto al correspondiente del artículo 93 del Reglamento precedente (de 1919). Conforme a aquél, tanto el nombre comercial como el rótulo, sólo se hacían constar en la inscripción cuando resultaren de la solicitud presentada. En el vigente, parece que habrá de consignarse «necesariamente» el nombre comercial, resultando solamente potestativa la consignación del rótulo, ya que es a él únicamente al que se refiere la frase «y en su caso», que se utiliza por la nueva redacción del artículo.

La conclusión anterior parece inadmisibile en principio, pues no es el Reglamento el que puede determinar por sí el que todo comerciante o empresario individual tenga que operar necesariamente bajo un nombre comercial, máxime cuando el Código de Comercio no alude a este requisito al señalar los que considera indispensables para el ejercicio del comercio. Seguir en este punto el criterio del Reglamento, equivaldría a privar del beneficio de la inscripción a todos aquellos comerciantes que careciesen de un nombre comercial, y éstos constituyen la gran mayoría.

Desde luego, la cuestión no es ni mucho menos insoluble desde el punto de vista de una interpretación literal del precepto. El no consignar en la solicitud de inscripción un nombre comercial, equivale a manifestar que no se le tiene específico y que, por tanto, sus operaciones mercantiles se realizan bajo el suyo propio, que queda así confundido con el comercial. Pero el que la cues-

tión pueda ser resuelta de esta forma, no es óbice para que deje de merecernos censuras la actual redacción de este número por el Reglamento, el cual no debió dar ocasión para que pudiese plantearse el problema.

4.^a La calle y número o lugar de situación del establecimiento y de las sucursales y agencias si las tuviese, ya sean dentro o fuera de la provincia.

En este número es de alabar, por el contrario, el acierto que supone el suprimir la mención del domicilio que se exigía por el anterior, pues la determinación del domicilio mercantil es bastante complicada desde el punto de vista jurídico y su fijación no debía quedar en manos de personas de escasa pericia jurídica, a las cuales no se les podía obligar a tener los conocimientos de derechos necesarios para ello. Aunque esa carencia no fuese obstáculo, para que tomase estado oficial en la inscripción la apreciación que, de su domicilio mercantil, se realizaba por el interesado en la solicitud base del asiento.

Aun saliéndonos un poco del objeto del presente, no podemos menos de manifestar lo poco acertada que nos parece la determinación del domicilio mercantil que se efectúa por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, pues entender con ella que éste será el lugar donde el comerciante tenga el centro de sus operaciones, nos parece que es una solución que carece de la debida precisión. Más científica y plausible nos resulta la opinión en este punto de Endemann, que estima como tal, aquel en que radica el establecimiento y la dirección de las operaciones comerciales y al que retorna el resultado de ellas. Con esto resulta, como comenta Echávarri, que un negocio comercial, por extenso que sea, no podrá tener más que un domicilio, en tanto que una persona natural podrá tener tantos domicilios comerciales como negocios de esta clase ejerza.

5.^a La fecha del comienzo de las operaciones.

6.^a La circunstancia de no estar comprendido en ninguna de las incapacidades expresadas por los artículos 13 y 14 del Código de Comercio.

En cuyos artículos se determina, que:

«No podrán ejercer el comercio, ni tener cargo ni intervención

directa administrativa o económica en Compañías mercantiles o industriales: 1.º Los sentenciados a pena de interdicción civil, mientras no hayan cumplido sus condenas o sido amnistiados o indultados. 2.º Los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido rehabilitación o estén autorizados, en virtud de un convenio aceptado en Junta general de acreedores y aprobado por la Autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento, entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a lo expresado en el convenio. 3.º Los que, por Leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar» (art. 13).

«No podrán ejercer la profesión mercantil por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en Sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos, provincias o pueblos en que desempeñen sus funciones:

1.º Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal en servicio activo.

Esta disposición no será aplicable a los Alcaldes, Jueces y Fiscales municipales, ni a los que accidentalmente desempeñen funciones judiciales o fiscales.

2.º Los jefes gubernativos, económicos o militares de distritos, provincias o plazas.

3.º Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados sus representantes.

4.º Los Agentes de cambio y Corredores de comercio de cualquiera clase que sean.

5.º Los que por Leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar en determinado territorio» (art. 14).

7.º Las circunstancias necesarias para dar a conocer en cada caso el contenido de los documentos presentados; y

8.º Cualesquiera otra circunstancia que el comerciante considere conveniente añadir a la solicitud.

Todas las circunstancias que hemos señalado son las necesarias para cualquier inscripción de comerciante o empresario individual, pero además de ellas se exigen otras varias para casos especiales, las cuales pasamos a exponer, aunque omitiendo las referentes a

las mujeres casadas comerciantes, porque, como dijimos al principio, lo realizaremos posteriormente con más detalle.

a) Cuando se trate de la inscripción del tutor que ejerce el comercio en nombre del menor, se requerirá el consignar en la inscripción las circunstancias expresadas al núm. 1.º, tanto en cuanto al tutor como respecto del representado. Asimismo, el nombre, apellidos, fecha de defunción y último domicilio del caustante de quien proceda el establecimiento mercantil. Debiendo constar también como última circunstancia especial la autorización concedida al tutor por el consejo de familia para proseguir el comercio en nombre del menor; refiriéndose al efecto al documento acreditativo de ella, y a la correspondiente inscripción de la tutela en la Sección de tutelas y demás representaciones legales del correspondiente Registro Civil.

b) La especialidad de la inscripción del comerciante extranjero, consiste sólo en la reseña de los documentos especiales que deberá de presentar para ella y de los que después trataremos.

c) Otra inscripción especial es la del comerciante en suspensión de pagos o quiebra, la cual se solicita como previa para poder anotar esas situaciones. En esa inscripción tendrá que consignarse todo lo referente al Tribunal, al procedimiento y al auto en que se hubiere acordado una u otra.

d) Finalmente, las inscripciones como comerciantes, que se lleven a efecto sin o contra su consentimiento, en los supuestos susceptibles de ello, requerirá el que se haga constar la persona que la haya solicitado, así como el precepto legal que autoriza dicha petición de inscripción por persona distinta al interesado.

INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES SEGUNDAS Y POSTERIORES.

A diferencia de lo que ocurre con los inmuebles en el Registro de la Propiedad, el folio abierto a un comerciante en el Mercantil no es susceptible de recoger inscripciones de transferencia, ya que no es el establecimiento mercantil lo que ha sido inscrito, sino la cualidad de comerciante de una persona. Por esto, el cese de un comerciante en su negocio por transferencia de él a un ter-

cero sólo produce el efecto registral del cierre de su hoja y la apertura de otra nueva al adquirente, si aquél cesare en el ejercicio de toda actividad mercantil y éste la iniciase.

Como consecuencia de todo ello, en la hoja de cada comerciante y a continuación de su inscripción como tal, sólo podrán practicarse inscripciones o anotaciones de hechos o actuaciones jurídicas derivadas de su ejercicio del comercio.

No son muy variadas las inscripciones de este grupo, en el que también omitimos las referentes a la mujer casada comerciante, o a la mujer del comerciante, por las razones antes dichas, y su redacción deberá reflejar la especialidad a que se refiere cada una de ellas. Como tales podemos reseñar:

a) Inscripciones para hacer constar los poderes generales concedidos a los factores, gerentes, dependientes y cualesquiera otros representantes y, en su caso, para hacer constar la revocación de ellos (núm. 1.º, art. 76 del Reglamento). En estas inscripciones tendrá que reseñarse con precisión: que el poder es de carácter general, ya que son únicamente éstos los inscribibles; se copiarán literalmente las facultades concedidas, y se hará constar las circunstancias referentes a su otorgamiento.

b) Inscripción en la que se recoja la cesación de la separación de los cónyuges, en la forma y con los requisitos que se expresan por el art. 1.439 del Código Civil (núm. 4.º, art. 76 del Reglamento).

c) La expresiva de la emisión de obligaciones u otros títulos que se expresan por el artículo 1.439 del Código Civil (núm. 4.º, artículo 76 del Reglamento).

d) Inscripciones para hacer constar los títulos de propiedad industrial, patentes de invención, marcas de fábrica y nombre comercial, o la cancelación de todos ellos. Y cuya inscripción es distinta a la que procede en cada uno de esos casos en el Registro de la Propiedad Intelectual e Industrial, la cual tendrá el carácter de previa a la del Mercantil a que nos referimos (núm. 9.º, art. 76 del Reglamento).

e) Anotación preventiva de la suspensión de pagos o de la quiebra decretada judicialmente, la cual se realizará «transcribiendo la parte dispositiva de la declaración y expresando el nombre

del Juez o Tribunal que la hubiera dictado y su fecha (párrafo 2.º, artículo 83 del Reglamento).

f) Inscripciones para recoger las resoluciones judiciales que impongan al comerciante la pena de interdicción civil. Con las mismas circunstancias consignadas para las anotaciones de quiebra o de suspensión de pagos en la letra anterior (párrafo 4.º, art. 83 del Reglamento).

g) Finalmente, según el art. 73 del Reglamento, los comerciantes inscritos deberán solicitar, acompañando, en su caso, los documentos justificativos correspondientes, que se haga constar en el Registro cualquiera alteración de las circunstancias enumeradas en el art. 71, o sea las relativas a sus circunstancias personales, a la clase de comercio, al nombre comercial, al rótulo del establecimiento, y a la calle y número de él, o de las sucursales en su caso, o al cierre de éstas.

DOCUMENTOS NECESARIOS PARA EFECTUARLA.

El documento fundamental para poder realizar la inscripción del comerciante o empresario individual es, como hemos visto, la solicitud firmada por el mismo y con la firma debidamente legitimada, y salvo las excepciones de que antes hemos tratado. Su contenido ha de reflejar los requisitos que deberá contener la inscripción y por ello omitimos su repetición (art. 71 del Reglamento).

La referida solicitud no es, sin embargo, el único documento que deberá presentar el interesado para que pueda procederse a la inscripción, sino que deberá acompañar a la misma: una copia simple, firmada también por el interesado, que quedará archivada en el Registro, y que al tiempo de su presentación será cotejada y declarada conforme, poniéndose al efecto la oportuna nota de ello por el Registrador Mercantil. Y el documento acreditativo de haberse dado de alta en la contribución Industrial, o el recibo correspondiente al último trimestre (art. 72), el cual ha sido sustituido hoy por el Impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales y su correspondiente licencia fiscal.

El requisito de la licencia es de carácter análogo a la exigencia de la justificación del pago del de Derechos reales en el Registro

de la Propiedad, pudiendo hacérsele los mismos reproches que a éste; pero, a diferencia de él, no se exige por el Reglamento del Registro Mercantil el que quede archivado en la Oficina, sino que es devuelto al interesado juntamente con el original de la solicitud, una vez que se haya realizado su despacho (art. 72).

Hasta aquí nos hemos referido a los documentos exigibles para los supuestos normales. Pero existiendo varias inscripciones de comerciantes individuales que están dotadas de determinadas especialidades, éstas habrán de reflejarse necesariamente en el número de los documentos exigibles para ellos, que en esos casos, y además de los ya expresados, serán los siguientes:

Cuando se trate de la inscripción de un comerciante extranjero, deberá acompañarse a la solicitud el documento acreditativo de su inscripción en el Consulado de su país, así como el certificado que justifique el que tiene capacidad para contratar con sujeción a su Ley personal (núm. 4.º, art. 74).

En relación con este último certificado, parece existir una contradicción entre los arts. 74 y 9.º del Reglamento en cuanto a los requisitos que el mismo habrá de reunir. Dice al efecto el núm. 4.º del primero de ellos, que el certificado será «expedido por el cónsul o notario». En tanto que se expresa por el segundo: «La capacidad civil de los extranjeros que otorguen o suscriban documentos inscribibles se acreditará por la aseveración de un notario español que asegure conocer la Ley nacional del compareciente o por un certificado del cónsul de su país en España o, en su defecto, de la representación diplomática del mismo país.»

A nuestro juicio, la contradicción es sólo aparente. El artículo fundamental es el 9.º En tanto que el núm. 4.º del 74 sólo puede ser entendido como una referencia al contenido más amplio de aquél y cuya referencia se ha llevado a efecto mediante cita extractada de ese contenido, en vez de en la forma normal de indicación del número del artículo. De no seguirse esta opinión, la aplicación del artículo 9.º sería también necesaria, pero entonces estaría basada en la necesidad de aplicarlo como norma de interpretación del breve e insuficiente art. 74.

Si lo que se pretendiese fuere la inscripción como comerciante de un menor de edad o incapacitado, los documentos especiales que habrán de acompañarse a los normales para todo comerciante son

los reseñados por el núm. 3.º del art. 74. Se dice, al efecto, por ese artículo:

«Los tutores de los menores o incapacitados autorizados por el Consejo de familia para continuar el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes, o los mismos incapacitados antes de ser declarada la incapacidad, expresarán en la instancia de inscripción los nombres y apellidos, edad, estado, domicilio y nacionalidad de las personas a quienes representan; las mismas circunstancias del tutor, y el nombre, apellidos, fecha de defunción y último domicilio del causante. Si el tutor careciere de capacidad legal para comerciar o tuviere alguna incompatibilidad, manifestará en la instancia el nombre, apellidos, edad, estado y domicilio del factor o factores nombrados para que le suplan en el comercio. En todo caso acompañará a la instancia los documentos justificativos de su cualidad de tutor inscrito en el Registro de tutelas y del acuerdo del Consejo de familia en que se le haya autorizado para proseguir el comercio a nombre de las personas a quienes representa.»

Pese a lo detallado del proyecto, no ya sólo en cuanto a los documentos que deben acompañarse, sino incluso respecto a las circunstancias mismas de la solicitud, en lo que ésta tiene de especialidad que la distingue de la de los casos generales, se requiere aún el aclarar algunos extremos, uno de los cuales se realiza por otros preceptos del mismo Reglamento.

La aclaración efectuada por el Reglamento se contiene en el artículo 82, que por su claridad no exige comentario alguno. Dice ese precepto, que «si el tutor de menor o incapacitados a que se refiere el núm. 5.º del art. 70 y el núm. 3.º del art. 74, no hubiere solicitado la inscripción en el Registro Mercantil en el término de treinta días desde el acuerdo concediendo la autorización, podrá solicitar dicha inscripción el protutor, el presidente del Consejo de familia o cualquiera de sus vocales».

La segunda aclaración se refiere al factor, en los casos en que sea necesario su nombramiento por incompatibilidad del tutor. Cuando se dé este supuesto, entendemos que no bastará el que se limite el tutor a hacer constar en la solicitud el nombre y demás circunstancias del factor, así como el que su nombramiento es debido a la incompatibilidad del tutor para el ejercicio del comercio,

sino que se requerirán además otras circunstancias que no han sido aludidas por aquel precepto. Nos fundamos para ello en que uno de los requisitos exigidos para el factor por el art. 282 del Código de Comercio, es el de que «tenga poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico», que el caso presente le será otorgado por el tutor, y en que el art. 77 del Reglamento exprese a su vez que las inscripciones de los poderes, así como las de su revocación, sólo se practicarán en vista de las respectivas escrituras, transcribiéndose «las facultades conferidas». En vista, pues, del contenido de esos dos preceptos, hemos de concluir que, además de los datos que respecto al factor deberán de constar en la solicitud, tendrá que ir acompañada ésta de una copia fehaciente de la correspondiente escritura de poder.

Análogamente al caso del tutor, cuando sea el padre o madre el que ejerza el comercio en nombre de su hijo menor de edad, la solicitud tendrá que recoger las circunstancias personales del representante legal y del representado, así como la fecha de defunción y el último domicilio del causante del negocio comercial a que se refiera. Si el padre tuviese alguna incompatibilidad para el ejercicio del comercio, será la madre la que deberá representar al menor, acreditando esa circunstancia. Y sólo procederá el nombramiento del factor, cuando la incompatibilidad sea de ambos o del único de ellos.

LA MUJER EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DEL COMERCIO.

La especialidad de la mujer frente a la legislación mercantil, no radica en ella misma, sino en su estado civil. Sólo cuando la mujer contrae matrimonio es cuando surgen las disposiciones especiales, bien para protegerla, si se trata de la mujer del comerciante, o bien para completar su capacidad, si es ella misma la que ejerce el comercio.

Al no encontrarse en alguna de esas situaciones, las normas que le son aplicables son las generales referentes a cualquier otro comerciante, y así se limita el Reglamento a recoger entre las personas que pueden solicitar su inscripción como comerciantes, a «las mujeres, solteras o viudas con plena capacidad civil» (núm. 2.º,

artículo 70). Por ello, el estudio de la mujer en relación con el Registro Mercantil no tiene ninguna especialidad, salvo cuando se trata de mujeres casadas, a las que, en virtud de esa consideración, hemos de limitar nuestro comentario.

Mujer casada comerciante.—La mujer casada comerciante puede encontrarse en dos situaciones distintas, según que la de su matrimonio sea normal o anormal. De ambos supuestos, el que constituye una verdadera especialidad, es el primero de ellos, ya que el segundo provoca una situación muy semejante a la de la mujer soltera o viuda.

A) *Situaciones normales del matrimonio.*

En el primer caso, o sea, cuando la mujer casada ejerza el comercio en las situaciones normales de su matrimonio, este ejercicio, así como la inscripción que lo refleja, tiene distintos efectos y requisitos para su inscripción, según la forma en que se le haya concedido la autorización marital para ello, lo cual nos obligará a distinguir dos casos.

a) *Autorización expresa.*—Este es el caso normal y el que se recoge por el artículo 6.º del Código de Comercio. Se dice por ese precepto, que: «La mujer casada, mayor de veintiún años, podrá ejercer el comercio con autorización de su marido, consignada en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil.» Y añadiéndose por el artículo 9.º, que también necesitará esa licencia la mujer casada, cuando continuase en el ejercicio del comercio a que venía dedicándose con anterioridad a su matrimonio.

En armonía con esas normas, se dispone por el número 3.º del artículo 70 del Reglamento, que podrá obtener su inscripción como comerciante o empresario individual, la mujer casada, mayor de edad, que tenga el consentimiento expreso de su marido para ese ejercicio. Requiriéndose para ésa esta inscripción y además de los documentos exigibles en general para todo comerciante, «la escritura pública en que conste el consentimiento de su marido para ejercer el comercio» (número 1.º, artículo 74 del Reglamento), de la

cual se transcribirán en la inscripción «las facultades conferidas» (artículo 77 del Reglamento).

Parece innecesario advertir que todas las normas expuestas se refieren a los supuestos de que la mujer casada ejerza el comercio en nombre propio, que es cuando adquiere la cualidad de comerciante, y no cuando lo realice en nombre de otro, como en el de un hijo menor de edad, ya que en estos casos no es ella la comerciante, ni la que podrá inscribirse como tal, sino que lo es su representado. Ello no es obstáculo para que pueda la mujer casada solicitar en estos casos su inscripción como representante legal, factor, etc., del verdadero comerciante, con los mismos requisitos y documentos que para todos ellos se ha expresado.

El problema de más envergadura que se plantea por los preceptos antes comentados; aquel que justifica plenamente la exigencia del artículo 77 del Reglamento de que se transcriben literalmente las facultades conferidas en la licencia marital; es el de la determinación del alcance de estas facultades conferidas a la mujer casada comerciante, en cuanto a los bienes que quedarán afectos a las responsabilidades dimanantes de su ejercicio del comercio.

Que estos bienes sean, los parafernales de la mujer, los de la sociedad conyugal, e incluso los propios del marido, será cuestión que dependerá de los términos en que haya sido redactada la licencia marital, o de las normas señaladas por el artículo 10 del Código de Comercio como supletorias. Por ello, no resulta nunca excesivo el encarecer un meticuloso cuidado al trasladar a la inscripción las facultades que consten en la licencia; ni el recordar, que aun después de concedida dicha licencia, pueden ser ampliadas o disminuídas las facultades de que en cada caso trate, debiendo reflejarse estas alteraciones en la hoja abierta a la mujer casada comerciante, al través de la oportuna inscripción, en armonía con lo dispuesto por los artículos 8.º y 10 del Código de Comercio y 73, 76 y 81 del Reglamento del Registro Mercantil.

b) *Autorización tácita.*—Se admite por el Código de Comercio el que la autorización marital para el ejercicio del comercio por la mujer casada pueda serle concedida tácitamente por su marido. Estableciendo al efecto dos presunciones de muy distinta naturaleza jurídica.

Dice el artículo 7.º de dicho Cuerpo legal, que «se presumirá igualmente autorizada para comerciar la mujer casada que, con conocimiento de su marido, ejerciere el comercio». Y establece a su vez el párrafo 2.º del artículo 9.º, que cuando la mujer casada continuare el comercio que venía ejerciendo antes de su matrimonio y el marido no le nubiese concedido licencia expresa para ello, «esta licencia se presumirá concedida ínterin el marido no publique, en la forma prescrita en el artículo anterior, la cesación de su mujer en el ejercicio del comercio».

Las dos situaciones son completamente distintas. En la primera, el comercio se inicia por una mujer ya casada, y el que con ella contrate, deberá asegurarse de la existencia de la licencia marital, ya sea ésta expresa o tácita, pues no podrá ignorar el que las facultades dispositivas de la mujer casada son de un carácter bastante limitado. En consecuencia, la presunción del artículo 7.º será una presunción *juris tantum*, debiendo quedar al arbitrio judicial la determinación de si el marido tenía o no conocimiento de que su mujer ejercía el comercio.

En la segunda, la situación es completamente distinta. Una mujer comerciante, que ejercía el comercio con plena capacidad y cuyas relaciones mercantiles venían desarrollándose bajo ese postulado; ejecuta con posterioridad un acto de índole netamente privada, que lleva aparejado un cambio en cuanto a su capacidad dispositiva, y el cual, si bien puede ser conocido por parte de los terceros que con ella contratan, es menos probable que el conocimiento por parte del marido de que su cónyuge ejercía el comercio, como asimismo de que continuó en el mismo ejercicio después de contraído el matrimonio. Ante esas consideraciones, la presunción establecida en el párrafo 2.º del artículo 9.º no podrá ser del mismo signo que la anterior, como ya se pone de relieve en los términos que se utilizan por ese artículo al establecerla, pues en ese caso quedaría vulnerado el principio de la buena fe; sino que tendrá que ser una presunción *juris et de jure*, en la que una vez probado el hecho del matrimonio, no se admitirá contra su eficacia nada más que la revocación expresa de la licencia, y aun esto, porque esa revocación es un derecho que en nuestra legislación, y a diferencia de otras extranjeras, se concede al marido libremente, sin tenerse en cuenta el que con su ejercicio pueda deshacerse un negocio mer-

cantil de gran prosperidad, como se apunta con acierto por algún sector de nuestra doctrina.

El Reglamento parece que sigue esta misma tónica. Así se dice por el número 3.º del artículo 70, que podrán inscribirse como comerciantes individuales, «las mujeres casadas mayores de edad, con el consentimiento expreso o presunto de su marido». Y se perfila la distinción entre las dos clases de presunciones en el artículo 74, al establecer como documentos especiales que deberán de presentarse por la mujer casada comerciante, además de los generales exigibles a cualquier otro, la escritura en la que conste el consentimiento del marido para ejercer el comercio, o, «en su defecto, cualquier otro documento por el que se acredite que lo ejerce con consentimiento del marido o que lo ejercía antes de su matrimonio».

La forma en que está redactado este último, revela la idea de que debe de acreditar el consentimiento presunto mediante cualquier documento, salvo cuando se trate de continuar el comercio que ejercía con anterioridad a su matrimonio, en cuyo caso, bastará con acreditar ese hecho, para que sin más requisito entre en vigor la presunción. De esta forma, la presunción obra sobre la prueba que se aporta del conocimiento por parte del marido, en el primer caso; en tanto que en el segundo, lo es sobre el hecho de ejercer el comercio antes del matrimonio, que si constase ya por una inscripción, eximirá de toda prueba, dado el carácter público de la institución.

Esas circunstancias tan diversas pueden originar en el Registro Mercantil tres situaciones distintas:

1.ª Mujer casada que solicita su inscripción como comerciante. Si la licencia marital fuere expresa, bastará acompañar a la solicitud exigida para cualquier comerciante, la copia de la escritura en la que ella conste, procediéndose a su inscripción en la forma ordinaria, si bien con la salvedad de tenerse que adiccionar las circunstancias generales de la inscripción, con las especiales que se derivan de este comerciante, también especial y con la transcripción de las facultades que se expresen en la escritura de licencia, en la forma que antes se ha indicado.

Si la licencia marital fuese tácita, el caso es similar al anterior; pero con la especialidad de que es el Registrador Mercantil el primer funcionario público que califica las pruebas documentales que

se aporten con la finalidad de justificarla y sin que para ello tenga ninguna pauta legal que pueda servirle de guía en esa función calificadora.

Del contenido del número 1.º del artículo 74 del Reglamento, no pueden hacerse más deducciones que la de que el documento o documentos justificativos de esa licencia tácita puede ser de cualquier clase: públicos o privados, judiciales, notariales, o administrativos; pero nada que pueda relacionarse con su contenido. Quedando así la cuestión al libre arbitrio del Registrador, éste sólo deberá tener en cuenta al calificar, la repercusión que su decisión va a producir respecto a las facultades dispositivas de la mujer casada, y a que su decisión quede reflejada con claridad en el asiento de inscripción que la motiva.

2.^a Mujer casada, e inscrita como comerciante, que presenta con posterioridad la escritura de licencia marital. A esta situación se refiere expresamente el número 2.º del artículo 76 del Reglamento, al disponer que se inscribirán en la hoja abierta a cada comerciante o empresario individual, «la autorización del marido para que su mujer ejerza el comercio».

3.^a Mujer inscrita como comerciante, que haya contraído matrimonio con posterioridad a la inscripción. En este caso, si el marido le concediese licencia para ello, nos encontraríamos en el supuesto anterior, con la misma solución allí indicada; pero si no existiese esta autorización expresa, ni tampoco la oposición del marido para que su mujer ejerza el comercio, oposición realizada en la misma forma que una revocación (párrafo 2.º, artículo 9.º del Código), podrá convenir a ésta la notoriedad de ese hecho, para poder gozar de la presunción especial que se le atribuye por el artículo 9.º del Código de Comercio.

La constancia registral de esta situación tendrá que efectuarse, al través de una inscripción extendida en la hoja que tuviese abierta la interesada en el Registro Mercantil que proceda. En cuya inscripción se expresará como única circunstancia el cambio del estado civil de la comerciante inscrita, de conformidad con lo ordenado por el artículo 73 del Reglamento, en relación con el número 1.º del 71 del mismo. En armonía con el objeto de esta inscripción, no se requerirá presentar más documento para originarla que la solicitud al efecto, acompañada del certificado del matrimonio

expedido por el encargado del Registro Civil correspondiente, ya que la presunción de la licencia marital tácita, en este supuesto especial, no requiere ninguna justificación, según pone de relieve los términos en que se expresa el número 1.º del artículo 74 del Reglamento, que antes hemos transcrito.

c) *Inscripciones posteriores.*—En la hoja abierta a este comerciante, serán inscribibles los mismos actos, contratos y hechos que lo son respecto a cualquier otro: como los poderes generales, la emisión de obligaciones, etc.; pero además, y dada su especial situación jurídica, lo serán también los siguientes:

La posterior autorización del marido para comerciar, a que nos hemos referido en el apartado anterior y en la forma allí expresada.

La escritura de capitulaciones matrimoniales y las que justifiquen su dote, o la propiedad de sus parafernales, como indica el párrafo 1.º del artículo 81 del Reglamento, en relación con el número 7.º del 76.

La revocación de la licencia marital para ejercer el comercio. Puesto que el artículo 8.º del Código de Comercio le concede libremente al marido este derecho, siempre que lo lleve a efecto por escritura pública, que se inscriba en el Registro Mercantil y que se le dé a la revocación la publicidad especial que en el mismo artículo se detalla. Si bien tendrá que respetar los derechos adquiridos antes de su publicación en el periódico oficial, por exigirlo así el citado precepto.

El Reglamento es muy parco en materia de revocación, pues se limita a recoger por el artículo 77 el contenido del de el Código de Comercio antes aludido, determinando, al efecto, que la inscripción de revocación de la licencia marital se practicará en virtud de la correspondiente escritura pública. Si bien entendemos que no existe obstáculo legal alguno, para que pueda hacerse constar también en esa inscripción el cumplimiento de la publicación efectuada en el periódico oficial, si se acreditare este extremo en el momento en que sea solicitada.

Por último, si con posterioridad a la inscripción como comerciante de la mujer casada surgiesen alguna de las situaciones especiales de su matrimonio, deberán reflejarse en la correspondiente hoja registral, mediante las oportunas inscripciones. Así lo serán,

conforme al párrafo 2.º del artículo 81 del Reglamento, la habilitación legal o judicial para administrar en los casos de separación de bienes; la escritura de haber cesado esta separación, y la de transferencia a la mujer de la administración de su dote, en los supuestos previstos por el artículo 1.443 del Código Civil.

B) Situaciones anormales del matrimonio.

No podía desconocer el Código de Comercio la existencia de situaciones anormales en el matrimonio, ni dejar de prever el que en esos casos pudiese ejercerse el comercio por la mujer. En consecuencia, ha dedicado a ello su artículo 11, que más modernizado en su terminología ha pasado el número 4.º del artículo 70 del Reglamento. Según éste, podrán solicitar su inscripción como comerciantes, «las mujeres casadas, mayores de edad, separadas del marido por sentencia firme, y aquellas cuyo esposo esté sujeto a tutela, declarado ausente o sufriendo pena de interdicción civil». Sin que nos interese determinar a los efectos del presente, el alcance de las facultades de la mujer comerciante en todos estos supuestos, lo cual se lleva a cabo por el artículo 12 del referido Código.

Como documento especial, que además de los generales, deberá presentarse en todos los casos de que tratamos, se señala por el artículo 74 del Reglamento, en su número 2.º, al decir que «las mujeres casadas, mayores de edad, separadas de su marido por sentencia firme y aquellas cuyo esposo se halle sujeto a tutela por alguna incapacidad de las que dan lugar a ella o por estar sufriendo la pena de interdicción civil, o declarado ausente, deberán acompañar a su instancia el documento en que conste la resolución judicial correspondiente».

Huelga añadir que en la hoja abierta a estas mujeres comerciantes se inscribirán, como en el caso de situación normal del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, dote y parafernales, según proceda y con carácter especial, la cesación de la separación de los cónyuges.

Mujer del comerciante.—No merecería ésta una consideración especial, si no fuese porque, dada la especialidad de su situación, en lo referente a la gestión de los bienes del matrimonio, le es más

necesaria una protección eficaz de sus derechos en ese complejo económico, y con mayor razón, cuando el marido se dedique al ejercicio del comercio. Por ello, las disposiciones legales que a ella se refieren son únicamente medidas de protección, para cuya plena eficacia se requiere el que sean inscritas en el Registro Mercantil y precisamente en la hoja dedicada al marido comerciante. A esta materia ha dedicado el Reglamento varios preceptos, que son perfectamente congruente con aquella finalidad.

Los aludidos preceptos reglamentarios se limitan a desarrollar el contenido del número 9.º del artículo 21 del Código de Comercio, que determina la inscripción en la hoja abierta al comerciante, de «las escrituras dotaless, las capitulaciones matrimoniales y los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres de los comerciantes». El cual se transcribe literalmente, salvo una pequeña alteración en el orden de la enumeración, en el número 7.º del artículo 76 del Reglamento.

Como documentos necesarios para la inscripción, se establece por el artículo 78 del último, que «para practicar la inscripción en los casos a que se refiere el número 9.º del artículo 21 del Código de Comercio, será necesario que se presenten las respectivas escrituras, con nota de haber sido inscritas en el Registro de la Propiedad, si entre los bienes dotaless o parafernales existiesen inmuebles o Derechos reales».

Finalmente, se dice por el artículo 80 del Reglamento, que: «En la inscripción de bienes parafernales se expresará necesariamente su importe y clase, según resulte del título y la circunstancia de haber sido o no entregados al marido para su administración. En la de bienes dotaless se indicará, además, si la dote es estimada o inestimada, la clase de bienes en que consiste el nombre y apellidos de la persona que la constituyó y si ha sido entregada al marido bajo fe de Notario o prometida o confesada por el mismo marido, sin que conste la entrega.»

Todas estas medidas de protección, aunque tengan sólo una utilidad parcial, como luego veremos, quedarían inoperantes en bastantes casos si no se designasen las personas que, además de la mujer, pueden solicitarlas y si no se obligase al marido remiso en su inscripción como comerciante, que es el presupuesto necesario para la inscripción de protección, a realizarla, o mejor dicho, a que

la pida en su nombre un tercero. Supuesto de excepción al carácter personal de la solicitud de inscripción del comerciante, como hemos expuesto anteriormente.

El Código de Comercio dedica a ese punto su artículo 28. Y así se dice por el mismo: «Si el comerciante omitiere hacer en el Registro la inscripción de los bienes dotales o parafernales de su mujer, podrá ésta pedirla por sí o podrán hacerlo por ella sus padres, hermanos o tíos carnales, así como los que ejerzan o hayan ejercido los cargos de tutores o curadores de la interesada o constituyan o hayan constituido la dote.» Con lo cual amplía el número de los que pueden solicitar la inscripción proteccionista, con la finalidad de asegurarse esta petición.

A la finalidad de evitar la segunda de las posibles causas de no inscripción de esos bienes y capitulaciones matrimoniales, se dedica el artículo 79 del Reglamento. Conforme a él: «Para hacer efectivo en favor de la mujer casada con comerciante el derecho reconocido en el artículo 28 del Código de Comercio, si aquél no estuviere inscrito en el Registro Mercantil y se presentare para ser inscrita alguna escritura de dote, de capitulaciones matrimoniales o de bienes parafernales, se hará la previa inscripción del comerciante, en virtud de la instancia prevista en el artículo 71, firmada por la misma persona legalmente autorizada para pedir la inscripción y comprensiva de las circunstancias previstas en dicho artículo.»

Como ya apuntábamos antes, estas medidas de protección sólo son indispensables respecto a los bienes muebles en que consista la dote o los parafernales y no para los inmuebles, ya que al determinar los efectos de esas inscripciones en el Código de Comercio, se dice por su artículo 27:

«Las escrituras dotales y las referentes a bienes parafernales de la mujer del comerciante, no inscritas en el Registro Mercantil, no tendrán derecho de prelación sobre los demás créditos.

Exceptúanse los bienes inmuebles y Derechos reales inscritos a favor de la mujer en el Registro de la Propiedad con anterioridad al nacimiento de los créditos concurrentes.»

Vemos que en cuanto a esta prelación, se desentiende siempre el Registro Mercantil de los bienes inmuebles y Derechos reales, por quedar mejor asegurada la finalidad perseguida mediante su inscripción en el de la Propiedad. Y decimos siempre, porque basta

el mero hecho de la inscripción en este último, para que se produzcan aquellos beneficios y como según el artículo 78 del Reglamento, que antes hemos transcrito, es necesaria la inscripción en el de la Propiedad para llevarse a efecto la del Registro Mercantil, es evidente la inutilidad de esta última. En prueba de ello, y con lo cual huelga ya todo comentario ulterior, se dijo por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1936, que lo prevenido en el párrafo 2.º del artículo 27 del Código de Comercio conducía a la conclusión de que era improcedente inscribir en el Registro Mercantil los títulos relativos a los inmuebles parafernales, ya que dichos bienes gozan, en ciertos casos, de preferencia sobre los demás créditos, cuando se inscriben en el Registro de la Propiedad.

Parece que con lo expuesto quedan agotadas las medidas de protección en favor de la mujer del comerciante, pero hoy no es ello cierto. La reciente reforma de nuestro Código Civil, no pensando sólo en la mujer del comerciante, sino moviéndose en una esfera más amplia, ha ampliado la protección respecto incluso a bienes que tienen la consideración de gananciales. Y así ha determinado en el artículo 1.413, que el marido necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, la autorización judicial o solicitud fundada del marido, para los actos de disposición de los establecimientos mercantiles.

No podemos entrar en una exégesis detallada del precepto, y, sobre todo, en cuanto a la legitimación pasiva, que es el problema fundamental que el mismo plantea, debido a que no se han concordado con él los correspondientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, máxime, cuando ya se ha tratado de hacerlo mediante la reforma realizada con posterioridad en el Reglamento Hipotecario, que no podemos olvidar el que es supletorio del presente. Pero sí hemos de indicar, que al ejercitar cualquier acción que pueda involucrar la enajenación de un establecimiento mercantil, será indispensable la notificación a la mujer de la acción entablada contra el marido, con la finalidad de obtener después su consentimiento para la enajenación, o la actuación en su nombre del Juez, si no se aviniese a ella. Postura ésta que coloca a la mujer en una posición muy similar a la de un tercer poseedor, y la cual no puede ser criticada como mero formulismo carente de contenido, ya que en virtud de esa notificación, le será posible a la mujer personarse

en el procedimiento para ejercitar diversas acciones, como, por ejemplo, la de nulidad del crédito en cuya virtud se proceda, e incluso para iniciar las medidas cautelares a que se refiere el párrafo 2.º del mismo artículo 1.413 del Código Civil.

Esperamos que esa falta de desarrollo será suplida por la jurisprudencia que no dejará de surgir con rapidez en cuestión de tanta importancia, y de la que hasta ahora tenemos la Resolución de 23 de octubre de 1959 de la Dirección General de los Registros, que precisando lo que debe entenderse por establecimiento mercantil, a los efectos de la aplicación de ese precepto, ha determinado que no se considerará como tal, quedando por ello en libertad de enajenación por parte del marido, la maquinaria industrial que tenga el carácter de ganancial, siempre que se considere aislada del establecimiento. A la vez que ha sentado el criterio de que al contenido del nuevo precepto no deberá dársele «mayor alcance del querido por el legislador en su moderada reforma, la cual, respetuosa con el sistema general del Código, por estimarlo acomodado a la realidad social española, ha de ser interpretada con la misma deseada ponderación».

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE.

Registrador de la Propiedad.

La autorización administrativa en los Contratos y el Reglamento Hipotecario reformado

Aunque el presente trabajo esté polarizado hacia la Ley de Minas, y más especialmente hacia su Reglamento, es aplicable lo que se va a decir, en general a los ordenamientos que en una u otra forma, con una u otra denominación, requieren la conformidad administrativa en los contratos de índole civil, pues a toda conformidad administrativa se refiere el Reglamento Hipotecario en uno de sus nuevos preceptos sobre tal punto.

Nos ha movido a la producción de este ensayo el del señor Martín Retortillo en el *Anuario del Derecho Civil*, núm. 20, enero-marzo de 1959, donde asegura son nulas, y deben serlo, las ventas de las minas, si no se ve ha obtenido previamente la autorización ministerial, justificada por la clase especial de aquellos bienes, pero en realidad las razones que expone pueden justificar la necesidad de la autorización, no la necesidad de que precisamente haya de ser previa, pues no evidencian el daño que sufriría el interés público si la autorización es posterior al convenio de los particulares. El mismo efecto tienen, en definitiva, las autorizaciones, antecedan o sucedan a los contratos: imposibilidad de cumplirlos mientras la Administración no hable autorizándolos.

Con copiosa cita de autores, el que comentamos intenta fijar el

carácter del acto administrativo llamado autorización, y comienza el respectivo capítulo reconociendo que los conceptos autorización, permisos y licencias, no están suficientemente diferenciados en nuestro derecho positivo, para reiterar poco después esta apreciación con la concluyente en las siguientes palabras: «Ciertamente que no está en nuestro derecho definido con la debida precisión el contenido jurídico de la autorización... Ni siquiera hay unidad de criterio, pues varía su estimación en las Leyes de una y otra rama.»

Concretándose al ordenamiento minero, objeto de su estudio, se funda en el artículo 35 de la Ley y en el 119 del Reglamento, para afirmar que la autorización debe ser previa al contrato. Veámoslos.

El artículo 35 de la Ley de Minas dice: «las transmisiones por actos «intervivos» habrán de ser autorizadas por el Ministerio de Industria y Comercio». He aquí el precepto; nada más. O sea que se exige una autorización, y éste no es un vocablo técnico, preciso, que indique antelación; es sinónimo de confirmación, aprobación, dar valor o eficacia; actos y acciones posteriores a algo, último requisito, bien comprobados y censurados los necesarios para el nacimiento del acto que se concluye y valora así.

Contrasta con la Ley, a cuyo tenor aparece siempre oportuno el beneplácito ministerial, su Reglamento, en cuanto ordena para la transmisión «inter vivos» solicitar la autorización de la Dirección General de Minas y Combustibles, entregando tres ejemplares del proyecto de contrato a relizar, la que dictará orden y la comunicará al interesado, que sólo entonces, y en caso de su autorización, podrá formalizar el contrato de un modo válido». Vemos, pues, que nuestro 119 deja a un lado a la Ley, a despecho de la jerarquía, pero el intérprete debe atenerse a la norma primera de la escala, y no dar oídos al Reglamento, que la vulnera y atenta contra la autonomía de la voluntad, aquí en España un sentir natural no ya solo un dogma.

No se funda únicamente el señor Martín Retortillo en el ordenamiento de minas, formado al respecto por la Ley y su Reglamento; en defensa de su tesis trae también jurisprudencia, jurisprudencia hipotecaria, la Resolución de la Dirección de los Registros del 23 de marzo de 1957, en contra, a su entender, de la validez de la enajenación de la mina sin autorización previa ministerial.

Pero lejos de poder servirle el fallo citado, le es adverso y cons-

tituye el antecedente jurisprudencial del precepto reglamentario, que luego estudiaremos. En efecto: en el Registro de la Propiedad no se denegó la inscripción de la transmisión realizada sin la previa autorización ministerial. Fué suspendida tan sólo, por falta de la «justificación de la previa autorización de la Dirección General de Minas y Combustibles, necesaria, según la Ley de Minas y artículo 119 del Reglamento general de la misma». Así reza la nota de calificación, que termina estimando subsanable el defecto. Podría parecer de lo entrecomillado que reclamaba el Registro la justificación de haberse obtenido una autorización previa al contrato, pero como en la escritura expresamente se subordinaba la eficacia de la transmisión a la obtención de la autorización administrativa que estaba en trámites, no cabe duda de que, calificado el defecto de subsanable, entendía el Registrador factible y lícita, por indiferente, la transmutación de una autorización previa en una autorización posterior al contrato presentado. Y se tomó anotación preventiva a la espera de la autorización del Ministerio, no obstante el artículo 119 del Reglamento de Minas, habiendo sido confirmada la calificación registral en definitiva por la Dirección de los Registros, con un Considerando, es cierto, que dice no podrá el Notario legalmente autorizar la escritura en tanto no se cumple el requisito en cuestión, pero sin extraer consecuencia alguna de su omisión, si no es la tácita de no empecer ello a la inscripción, a juzgar por el fallo dictado,

Con una doctrina no pacífica entre los autores, simultáneamente con el notable trabajo del señor Martín Retortillo, aparece la adición al art. 98 del Reglamento Hipotecario, dando solución, en la repercusión hipotecaria, al problema que tratamos, acorde con la opinión defendida aquí y no discorde con el fallo visto, de dos años antes.

El precepto acabado de aludir permite la inscripción de un título para cuyo otorgamiento o inscripción se imponga por las leyes u otras disposiciones, como requisito, la autorización de una autoridad u organismo administrativo, si no se acredita su cumplimiento, a menos que una ley sancione expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción. He aquí un precepto contundente, si bien atemperado principalmente por la sumisión a la Ley expresa de nulidad y luego por la

caducidad y cancelación del asiento si a los dos años de su fecha no se ha presentado el documento justificativo del cumplimiento de dicho requisito.

El precepto por sí mismo demuestra no ser obstáculo para la inscripción del contrato la circunstancia de que se exijan como previos al otorgamiento los requisitos administrativos. Lo demuestra:

a) La cita de la «autorización» y de la «aprobación», pues siendo estos términos sinónimos en el lenguaje vulgar y careciendo de significación propia intransferible en el jurídico, si se toma la aprobación como autorización posterior, la autorización será la previa, y viceversa, o sea que con una u otra de las citadas habrá quedado el precepto referirse a una intervención previa.

b) La cita expresa a la «comunicación previa»; trámite previo que, sin embargo, no detiene la inscripción.

c) La suma generalidad de la frase «cualesquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo», fórmula amplia en cautela previsor, comprensiva, por tanto, de las intervenciones requeridas como previas.

d) El considerar el otorgamiento del artículo como posiblemente afectado por el requisito administrativo, da a entender cabe la inscripción antes de su cumplimiento, serle aplicable la transcrita fórmula total.

e) El último párrafo, excepción del anterior, dice: «la omisión del requisito», y como el requisito puede afectar al título, si no se ha cumplido, pero no está sancionada la omisión con la nulidad conforme pide el precepto, es inscribible.

A partir del Decreto de 17 marzo 1959, con el Reglamento Hipotecario a la vista, ninguna conexión administrativa de la clase expresada, llámese como se la llame y se adjetive de un modo u otro, podrá entenderse haya de ser forzosamente previa al contrato, del cual no es elemento constitutivo y si una «conditio juris» de eficacia, por razones especiales, a veces transitorias, de interés público distinto del de los particulares, quienes perfeccionan el convenio y no lo ejecutan mientras la Administración no lo aprueba si no está aprobado ya con anticipación.

De no ser la mentada en el párrafo anterior la intención del

Reglamento Hipotecario, jamás hubiera tolerado la inscripción del título defectuoso, a la espera —durante dos largos años— de la autorización subsanante; la regla se establece a base de la equivalencia entre la autorización confirmatoria de lo hecho y la permisiva de lo que se va a hacer.

De lo contrario, donosa burla la del art. 98, inscribiendo en el caso contemplado, a sabiendas de que el ya titular perderá el tiempo y el dinero viniéndose todo abajo, por serle imposible obtener en sazón aquel requisito.

Criterio igual al acogido aquí sustenta La Rica (Comentarios a la reforma) en no más de dos líneas; el ilustre miembro de la Comisión claramente dice que las normas contenidas en el art. 98, favorecen a los interesados, que contarán con tiempo suficiente para cumplir sin peligrosas demoras lo que la Administración pública les exige (pág. 112).

El 98 del Reglamento Hipotecario ha dejado fuera de combate al 119 del Reglamento minero, principal apoyo de la tesis contraria a la nuestra, y a todos los preceptos análogos dictados en otras materias, y en su virtud la función notarial podrá desenvolverse normalmente en su propio terreno, confiada en la inscripción sucesiva de los títulos sin necesidad de condicionarlos a la autorización administrativa, como proponía Giménez Arnau —simultáneamente también a la aparición de la Reforma— se hiciera explícitamente en las escrituras de aportación de capital extranjero a ciertas sociedades y en otras parecidas, frente al criterio hostil del Instituto Español de la Moneda Extranjera al otorgamiento anterior a su correspondiente permiso.

Más intervenciones administrativas de interés frecuente para el Notario podrían recordarse; por ejemplo, las requeridas en las adquisiciones de fincas por residentes en el extranjero, de diversa interpretación en la práctica, con motivo de las cuales aborda la cuestión el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de abril de 1958, a pesar de no haberse planteado en los tribunales de instancia, y le dedica dos Considerandos doctrinales, dignos de ser releídos enteros, en los que hay las siguientes afirmaciones: «Para sancionar con nulidad la compraventa sería necesario precepto claro y terminante que no aparece dentro de la legislación que regula esta materia» y «sin que se deduzca claramente que el propósito del legisla-

dor haya sido sancionar con la nulidad de pleno derecho el negocio civil».

El Reglamento Hipotecario ha hecho todo lo que estaba a su alcance para mantenerse en el papel que el *Anuario de Derecho Civil*, en sus primeras palabras, asignaba a éste, dedique frente al tremendo empuje agostador de la intervención administrativa, e invocadas un año después por el ilustre Notario Castrillo Santos, poniéndose a tono aquel Reglamento con la doctrina que parece más aceptada por los tratadistas, con el fallo de la Dirección General en 1957 y acorde también con la sentencia del Tribunal Supremo de 1958 (ponente, señor Bonet); posición ortodoxa, pues, y natural y lógica, al no ser cualquiera de las intervenciones referidas más que una «conditio juris» de la eficacia del contrato privado, no de su existencia, mientras no la reclame como tal una Ley expresamente, so pena de nulidad absoluta.

Vista la carencia de trato especial en el derecho hipotecario a la autorización administrativa previa, tampoco debe dársele en el resto del Derecho, puesto que la admisión del Registro es una consecuencia del concepto de la autorización administrativa en sí misma considerada en general. Es de esperar, por tanto, respondan los múltiples órganos administrativos en acción, aceptando de buen grado en todo el círculo de su competencia, no sólo en el sector inmobiliario, la dilatada oportunidad que brinda la nueva norma para la satisfacción de dichas intervenciones, contenida en un Reglamento que «ha tenido siempre una gran trascendencia jurídica», según dice el preámbulo de la reforma.

ENRIQUE MOLINA RAVELLO,
Notario.

Los extranjeros y la inscripción obligatoria

(Ley de 12 de mayo de 1960)

La Ley de 12 de mayo de 1960 establece la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos que atribuyan a extranjeros el dominio u otros Derechos reales sobre inmuebles, sitos en determinadas zonas del territorio nacional.

Leída la disposición aislada, no es posible darse cuenta de su verdadero alcance, por eso he creído conveniente estudiarla poniéndola en relación con las disposiciones que cita. El problema interesa por igual a Notarios y Registradores; a los primeros, porque en todas las Notarías de España pueden presentarse escrituras de esta clase, y a los Registradores de las zonas afectadas, porque forzosamente han de tener en cuenta y aplicar esta legislación especial.

La escasa trascendencia que según Ogáyar ofrece la condición de extranjero o español en cuanto a la capacidad de Derecho privado, es, en cambio, de suma importancia en lo que respecta al Derecho público, lo que justifica que algunos códigos, como el alemán, italiano, francés y suizo prescindan de la nacionalidad, que es regulada por leyes especiales. Modernamente la condición del extranjero sufre importantes restricciones en orden a su capacidad, que en el terreno mercantil han sido estudiadas por Simarro en su conferencia del Colegio Notarial de Barcelona.

Volviendo a la Ley de 12 de mayo leemos en el preámbulo que

las obligadas prevenciones en orden a la seguridad del territorio nacional dieron lugar a la Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos de 28 de febrero de 1936 y 21 de marzo de 1958, respecto a la propiedad de extranjeros sobre bienes inmuebles situados en las zonas señaladas en las disposiciones mencionadas.

Examinemos en primer lugar la Ley de 23 de octubre de 1935. Consta de cuatro artículos; el primero establece que la extensión total de las propiedades pertenecientes a entidades o individuos de nacionalidad extranjera, en todas las islas que forman parte del territorio nacional, no podrá exceder en cada una de ellas del 25 por 100 de su superficie.

El artículo 2.º requiere autorización del Ministerio de la Guerra para la adquisición por parte de individuos o entidades de nacionalidad extranjera de obras de cualquier clase, fincas y terrenos enclavados en las zonas que indica, las que vamos a enumerar muy someramente, porque su conocimiento es fundamental para comprender el alcance de la Ley que comentamos.

Zona de Baleares: abarca la totalidad del archipiélago. Zona de Gibraltar: está limitada al Sur por el Estrecho, al Este por el curso del río Guadiaro, al Oeste por una línea recta que une la punta de Caramiñal con el extremo suroeste de la laguna de La Janda, y al Norte por una línea sensiblemente paralela a la costa y situada a veinte kilómetros de la misma.

Galicia: comprende la totalidad de las costas gallegas e islas del litoral correspondiente, estando limitada hacia el interior por una línea que, partiendo del punto en que el río Miño deja de ser frontera con Portugal, sigue por la línea férrea de Vigo a Orense hasta Ribadavia, y desde aquí por las carreteras de Ribadavia a Carballino, Carballino a La Estrada, La Estrada a Santiago, Santiago a Lugo, Lugo a Fonsagrada, Fonsagrada a La Garganta, hasta el límite con la provincia de Asturias. El Ministro de la Guerra podrá aplicar los preceptos de este artículo a cualquier otra zona del litoral español.

El artículo 3.º hace extensiva la autorización a los gravámenes impuestos sobre dichas fincas, a la construcción de obras en las mismas y a la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, siempre que los peticionarios sean extranjeros o entidades extranjeras.

El artículo 4.º se limita a dejar subsistentes las demás disposiciones relativas a la zona militar de costas y fronteras, anunciando la publicación del oportuno Reglamento.

El Reglamento es de 28 de febrero de 1936; consta de 20 artículos, desarrolla de modo muy completo los diversos extremos de la Ley que amplía de manera notable, y advierte en el artículo 17 la responsabilidad de Notarios y Registradores por la infracción de sus preceptos y de los de la Ley de 23 de octubre de 1935.

La gran extensión de la disposición hace inadecuada la reproducción íntegra en este lugar; a su articulado remitimos al lector, no sin añadir que incluye la zona norte y posesiones de Africa y las Canarias en su totalidad.

El Decreto de 21 de marzo de 1958 considera zona militar a los efectos prevenidos en la Ley de 23 de octubre de 1935 y Decreto de 28 de febrero de 1936, la totalidad del territorio comprendido en los límites de las plazas de soberanía del norte de Africa, incluidas las Chafarinas, Alhucemas y el Peñón de Vélez. También—agrega—le serán de aplicación el Real Decreto de 14 de diciembre de 1916, Decretos de 15 de febrero de 1933 y 9 de marzo de 1936 y Real Decreto de 26 de febrero de 1913 sobre zonas polémicas.

Vamos ahora a examinar brevemente la Ley de 12 de mayo de 1960, que en su artículo 1.º dice así:

«Deberán, necesariamente, inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan en favor de extranjeros el dominio u otros Derechos reales sobre inmuebles sitos en las zonas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos de 28 de febrero de 1936 y 21 de marzo de 1958. Deberán también inscribirse las concesiones administrativas sobre los bienes citados, otorgados a favor de extranjeros.»

«La falta de inscripción determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones.»

La consecuencia inmediata de lo establecido en el artículo copiado es la obligatoriedad de la inscripción de los actos y contratos a que el mismo se refiere, con la especial sanción de la «nulidad de pleno derecho» de unos y otros, si la inscripción no se efectúa.

Nos encontramos frente a un nuevo caso de nulidad de términos bastante imprecisos, porque mientras la inscripción no se rea-

lice, los actos o contratos se hallan simplemente amenazados de muerte. Viene ahora a mi memoria el trabajo de Traviesas «Sobre nulidad jurídica», en el que dice que los actos jurídicos sirven o no sirven para la finalidad de que son medios. Sirven, son válidos, no sirven, son inválidos. Los actos que pueden ser privados de su validez—agrega—podrían ser anulados o rescindibles, porque lo nulo es jurídicamente inexistente, como el matrimonio de Nerón con el esclavo Pitágoras.

No es mi propósito adentrarme ahora en el terreno de la nulidad, pero sí me permito opinar que en el caso que nos ocupa, me parece que la situación de interinidad del acto o contrato no inscrito, se hubiera podido salvar de manera mejor mediante el juego de las condiciones con un plazo determinado para dar lugar al cumplimiento de lo ordenado. Al no hacerse así, la nulidad en potencia sólo surge con toda pujanza cuando se intente hacer valer el contenido del documento y éste aparezca sin inscribir.

«Artículo 2.º. Los títulos no inscritos anteriores a la presente Ley y comprendidos en los supuestos del artículo 1.º, deberán serlo en el plazo de un año, contado desde su vigencia. Transcurrido éste, la contribución territorial de los inmuebles que no hayan sido objeto de inscripción se incrementará en un 10 por 100 cada año, hasta que se cumpla lo dispuesto en la misma.»

Este precepto se refiere a los títulos anteriores a la Ley de mayo de 1960, que, comprendidos en el artículo 1.º de la misma, no hayan sido inscritos. La legislación anterior no exigía de manera coactiva la inscripción; el nuevo ordenamiento, para ser consecuente con la finalidad que le guía, quiere llevar al Registro todos los actos y contratos de este tipo para que nada quede en la sombra del protocolo notarial o de la Oficina liquidadora. La sanción que establece este artículo 2.º es más lógica y seguramente más eficaz que la del 1.º, puesto que sin perjuicio de considerar válidos los títulos, aunque no lo diga expresamente, les impone, no la pena de muerte, sino un aumento en la contribución territorial.

«Artículo 3.º. Para determinar los porcentajes a que se refieren las disposiciones que limitan la facultad de adquirir bienes inmuebles por extranjeros, se computará la extensión de los respectivos términos municipales o demarcaciones administrativas en su caso.»

La redacción de este precepto es tan diáfana que no requiere aclaraciones ni comentarios.

«Artículo 4.º. Caducarán las inscripciones de los actos y contratos a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley, que cuenta con más de treinta años de antigüedad, si dentro del plazo de otros dos no se hace constar en el Registro, a petición del interesado y mediante el documento pertinente, que el derecho inscrito subsiste a favor del titular. Transcurridos los dos años indicados, el Registrador cancelará por nota marginal la inscripción correspondiente.»

Este artículo 4.º se refiere a las inscripciones de actos y contratos comprendidos en el artículo 1.º, que a su vez se remite a la Ley de 1935 y Decretos de 1936 y 1958, cuando los interesados son extranjeros o entidades extranjeras. Para tales inscripciones se pide que el titular se persone en el Registro a fin de convalidar la inscripción si ésta cuenta con más de treinta años de antigüedad, lo que hará dentro del plazo de dos años. Es de suponer que este plazo de dos años se contará a partir de la vigencia de la Ley para las inscripciones que en esa fecha tuvieran ya treinta años de vida. Las inscripciones que no hayan cumplido los treinta años deberán seguir un sistema análogo, es decir, el titular tendrá dos años para la convalidación, una vez cumplidos dichos treinta años. El procedimiento es sencillo, bastará una instancia del interesado y la presentación del documento pertinente; este doble requisito permitirá la subsistencia de la inscripción.

Transcurridos los dos años indicados sin haberse llenado la formalidad exigida, el Registrador cancelará por nota la inscripción correspondiente.

Incumbe al Registrador examinar una por una todas las inscripciones referentes a fincas afectadas por esta legislación especial, para seleccionar aquellas que hayan cumplido los treinta años y proceder a su cancelación si dentro de dos años no son «estampilladas». Ha de llevar, además, un registro o fichero completo de las demás inscripciones vigentes, pero que no hayan cumplido aún los treinta años, para proceder a la cancelación a medida que se vayan cumpliendo los plazos previstos, el de treinta años por un lado, y el de dos años para el «estampillado».

«Artículo 5.º. Los Juzgados y Tribunales y las oficinas públicas, bajo la responsabilidad del funcionario a cuyo cargo se en-

cuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta Ley sin que conste su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tampoco admitirán dichos documentos los Notarios que en vista de ellos hubieran de autorizar cualesquiera otros, salvo que sea para la inscripción de aquéllos, debiendo consignar siempre los datos del Registro.»

La prohibición del artículo 5.º, copiado, dirigida a Juzgados y Tribunales, se refiere a los actos y contratos que en lo sucesivo se otorguen y estén comprendidos en el área del artículo 1.º de esta Ley, lo que quiere decir que no se podrá admitir demanda, ni prueba de cualquier índole o documentos y títulos comprendidos en la prohibición expresada sin que lleven la nota de inscripción. Lógicamente, tampoco deberán ser admitidos los documentos del artículo 2.º, a pesar de que el peso de la legislación fiscal ya haya caído sobre ellos en forma de recargo, ni mucho menos los del artículo 4.º, en el caso improbable que se presenten sin haber sido convalidadas las inscripciones de más de treinta años.

La prohibición afecta a los Notarios cuando tengan que servirse de dichos documentos para la autorización de actos o contratos incluidos en la Ley, la que únicamente prevé el supuesto de que ello sea necesario precisamente para llegar a la inscripción.

La Ley termina con dos disposiciones transitorias encaminadas a dar efectividad a lo dispuesto en su articulado. A tal fin los Delegados de Hacienda remitirán a los Registradores relación de los contribuyentes por territorial y descriptiva de las fincas, para que los Registradores comprueben si están inscritas; en caso afirmativo lo harán constar al margen de las respectivas inscripciones, y si no estuvieran inscritas o fuera otro el titular, lo comunicarán al Delegado para el recargo correspondiente. Finalmente, dispone que lo establecido en el artículo 4.º será aplicable a las inscripciones practicadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

Antes de terminar esta brevísima exposición y de formular las pertinentes conclusiones, me parece oportuno recordar que el Decreto de 25 de junio de 1956 regula la adquisición de bienes de los comprendidos en la Ley de 1935, por título hereditario universal o singular o por cualquier otro que no permita obtener previamente la autorización del Ministerio del Ejército y obliga a los adquirentes

a solicitar la autorización dentro del plazo de dos meses o proceder a la enajenación en el término de un año, pues en otro caso se procederá a la expropiación forzosa con arreglo a la Ley de 16 de diciembre de 1954.

Como resumen de cuanto queda expuesto podríamos sentar las siguientes conclusiones:

1.^a Los actos y contratos comprendidos en el artículo 1.º de la Ley de 12 de mayo de 1960 deberán ser inscritos, puesto que la falta de inscripción determina su nulidad.

2.^a Los extranjeros y entidades extranjeras deberán inscribir los actos y contratos anteriores a la Ley citada en el plazo de un año, pues en caso contrario la contribución será aumentada.

3.^a Los Registradores habrán de cancelar los actos y contratos referentes a fincas comprendidas en la repetida Ley cuando la inscripción haya cumplido treinta años, si dentro de los dos años siguientes a la fecha de vigencia de la misma los interesados no han comparecido a convalidar el asiento.

4.^a Los Notarios no podrán utilizar como base o antecedente de cualquier acto o contrato que se refiera a fincas comprendidas en esta legislación especial, los documentos que debiendo ser inscritos no lo estuvieran, salvo que ello sea necesario para llegar a la inscripción.

ENRIQUE TAULET.

Notario de Valencia.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

FORMALIZADA LA DIVISIÓN POR PISOS DE DETERMINADA FINCA, AL TRANSMITIRSE UNO DE ELLOS, SE INSCRIBIÓ EN FOLIO ABIERTO A OTRO, QUE HABÍA SIDO VENDIDO A DISTINTA PERSONA, LO QUE DIÓ LUGAR A UNA INEXACTITUD REGISTRAL QUE DEBE SER RECTIFICADA, CONFORME A LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL TÍTULO VII DE LA LEY HIPOTECARIA, Y ESPECIALMENTE EN EL ARTÍCULO 320 DE SU REGLAMENTO, QUE AUTORIZA AL PROPIO FUNCIONARIO CALIFICADOR PARA PROCEDER A LA RECTIFICACIÓN, SIEMPRE QUE EL TÍTULO QUE MOTIVARE LA INSCRIPCIÓN SE CONSERVE EN EL REGISTRO.

Resolución de 18 de junio de 1960 («B. O.» de 2 de julio).

Quedan claramente expuestos los hechos en el encabezamiento. Del mismo se desprende que presentada la escritura de venta del piso en cuyo folio se había inscrito equivocadamente la de transmisión de otro, fué denegada por constar ya inscrito a nombre de distintas personas.

Entablado recurso por el Notario autorizante, don Alberto Campo Porrata, contra la nota calificadora (del Registrador de San Feliú de Llobregat), la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que la había revocado, por los razonamientos en extracto del citado encabezamiento (aducidos igualmente por el Nota-

rio), y, además, porque de los antecedentes que obran en el expediente se pone de relieve que el Registrador pudo y debió subsanar el error padecido mediante la presentación de los documentos necesarios, toda vez que el asiento (1.º) fué indebidamente practicado, y en tanto no se cancele constituía un obstáculo para poder inscribir la escritura (2.ª) calificada, aparte de que por la escasa trascendencia de la cuestión debatida no parece adecuado el procedimiento empleado.

Añadiéndose que en el escrito de apelación manifiesta el Registrador que se había subsanado el defecto, por lo que debe estimarse cumplida la finalidad perseguida en el recurso.

CANCELADA UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA, NO PUEDE DE NUEVO PONERSE EN VIGOR Y PRODUCIR EFECTOS RESPECTO DE LA FINCA ANOTADA, QUE APARECE INSCRITA A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEMANDADO.

Resolución de 23 de junio de 1960 («B. O.» de 9 de julio).

Don J. de Z. y A. demandó a don F. A. y B. para el cumplimiento de un contrato de compraventa y consiguiente otorgamiento de escritura pública de una casa, sita en Bilbao. En virtud de providencia de 5 de noviembre de 1957 se anotó la demanda. La anterior providencia fué repuesta por auto apelado de 22 de noviembre, en el sentido de no haber lugar a la expresada anotación, que se canceló el 30 de abril de 1958; y en virtud de escrito presentado al Juzgado por la parte demandante se dictó la siguiente providencia:

«Juez, señor Guerra San Martín.—Bilbao a 25 de marzo de 1959. Como lo tiene solicitado la representación actora en su escrito de fecha 23 del actual en orden a lo resuelto por la excelentísima Audiencia Territorial de Burgos, en auto firme de fecha 9 de julio de 1958, que deja vigente la providencia recurrida de fecha 5 de noviembre de 1957, que decretó la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, revocando el auto apelado del 22 de noviembre del mismo año, que reponía aquella providencia declarando no haber lugar a la anotación preventiva de la

demanda; líbrese mandamiento por duplicado al señor Registrador de la Propiedad del distrito de Occidente de esta capital, para que se mantenga la anotación preventiva de la demanda que se dispuso por la aludida providencia de 5 de noviembre de 1957, con remisión y efecto a la fecha en que dicha anotación se produjo, o sea, el 3 de diciembre de 1957, con cancelación de tal anotación que se practicó el 30 de abril de 1958.»

Presentado en el Registro mandamiento duplicado de la anterior providencia, causó la siguiente nota: «No se practica la cancelación de la cancelación de la anotación de demanda ordenada en el precedente mandamiento, por observarse el defecto, al parecer insubsanable, de constar inscrita la finca a que el mismo mandamiento se refiere a favor de don J. A. L. y don J., don J., doña R. y doña G. A. G., personas distintas del demandado, no procediendo la anotación preventiva de suspensión aunque se solicitase.» Recurrida en el Juzgado la citada providencia, se dictó auto de 28 de abril de 1959, cuyo mandamiento, presentado por duplicado en el Registro, fué calificado con la siguiente nota: «No se practica la reposición de la anotación preventiva de demanda ordenada en el precedente mandamiento, por observarse los siguientes defectos: 1.º No ser firme la Resolución en que se ordena tal reposición. 2.º Por aparecer inscrita la finca a que se refiere dicho mandamiento a nombre de don J. A. L. y don J., don J., doña R. y doña G. A. G., personas distintas del demandado; y siendo al parecer insubsanable este último defecto, no procede tampoco la anotación preventiva de suspensión.»

Interpuesto recurso por los herederos del demandante, continuadores del procedimiento, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, que había rechazado la nota del Registrador, por la fundamental razón alegada por los recurrentes de que dicho funcionario canceló en virtud de una Resolución judicial no firme, confirmando por ende la expresada nota calificadora en méritos de la ajustada doctrina siguiente:

Que las resoluciones judiciales en cuya virtud se practiquen asientos en el Registro deben ser firmes, no susceptibles de recurso, excepto del de apelación en un solo efecto, que al no suspender la fuerza ejecutiva del fallo no impide que se cumpla lo ordenado y

obliga al Registrador, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a cumplir lo establecido en el mandamiento.

Que la renovación de eficacia de la anotación solicitada no puede llevarse a cabo después de haberse practicado la cancelación, porque la transmisión realizada e inscrita del inmueble quedó libre de los efectos de la anotación y constituye un obstáculo en el Registro al aparecer la finca inscrita a nombre de persona distinta del demandado que impide cumplir el mandamiento presentado, dado que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, mientras no se declare su inexactitud y aunque el adquirente del inmueble hubiera obrado de mala fe, esta circunstancia no puede ser apreciada en un recurso gubernativo.

Que la finalidad de la anotación preventiva de demanda de garantizar las resultas de un juicio, autoriza que se reflejen en el Registro las diversas posiciones adoptadas durante la tramitación del proceso, siempre con sujeción a los principios del sistema registral, puesto que ni provoca el cierre del Registro ni impide, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la ley fundamental, la transmisión o gravamen de los bienes anotados, doctrina que en el supuesto de este expediente no puede prevalecer como consecuencia de haber sido cancelada la anotación.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III.—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1959.—*Resolución de arrendamiento urbano porque la arrendataria, Sociedad de Responsabilidad Limitada, se transformó en Anónima.*

La demandante pidió la resolución del contrato porque la Sociedad arrendataria se había transformado de Limitada en Anónima y entendía que había existido una cesión o traspaso ilegal.

El Juzgado desestimó la demanda y condenó en costas a la parte actora. La Audiencia revocó la sentencia y declaró resuelto el contrato de arrendamiento con condena en costas de la Primera Instancia para la parte demandada. Interpuesto recurso de Injusticia Notoria, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ello, fundándose principalmente en que la ocupación de la cosa arrendada por quien no concurrió como parte a la perfección del contrato de arrendamiento sin consentimiento del arrendador y con el de la arrendataria, constituye una transmisión ilícita determinante de la resolución de la relación arrendaticia en cuanto que el demandado actor del acto traslativo no pruebe si se trata del arrendamiento de un local de negocio, que tal es de traspaso con todos los requisitos que, según la Ley, han de observarse para que tenga la eficacia, único entre los *inter vivos*, que las personas jurídicas son capaces de emitir legitimador de la transferencia definitiva, del uso temporal y oneroso por título personal.

No es de estimar la infracción del artículo 140 de la Ley de 17 de julio de 1951 en méritos a que cualquiera que sea el alcance y contenido que se atribuya a dicha norma, es indudable no puede extenderse a las relaciones arrendaticias preexistentes a su publicación gobernadas por la Ley especial de 1947 y la doctrina legal en su interpretación formada, las cuales, si bien

amparan los derechos de los arrendatarios, protegen a su vez los del arrendador propietario mediante la puntual determinación de las limitaciones del dominio de aplicación estricta por su naturaleza, cuyo perfilado contorno no es dable rebasar. Por ello, resulta ilícito toda ampliación de las mismas y mucho más la que comparta la aplicación rígida de aquel precepto, pues la simple prórroga forzosa de la duración de una relación personal, cual la del uso temporal y oneroso, acarrearía o podría conllevar la desmembración a perpetuidad de la facultad de uso integrante del derecho real de dominio, si se tiene en cuenta que las Compañías mercantiles no caducan físicamente como las personas naturales sometidas a la muerte, ni jurídicamente más que por la voluntad de sus socios. De modo que si a esta voluntad se la atribuye la facultad de perdurar, seciente de la de poder mudar libremente de forma, de capital, de socio y de objeto, sin pérdida de su cualidad de arrendataria, y, por tanto, sin perder su facultad de prorrogar a su voluntad la relación arrendaticia, el dominio de la arrendadora quedaría restringido en término de permanencia definitiva, que no autoriza la mencionada Ley especial. Por lo que no es lícita ni correcta la aplicación inflexible a dichas relaciones arrendaticias, de la declaración de continuidad de la personalidad jurídica de las Compañías mercantiles a pesar del cambio de su forma jurídica, como no es jurídica la interpretación que puede conducir a crear una nueva clase de mano muerta, titular del uso de cosa ajena a virtud de un vínculo obligacional que por definición ha de ser por tiempo determinado, con desmembración irredimible del derecho de dominio, de cuya facultad de uso dispuso el dueño sólo temporalmente. Puede agregarse que es principio clave del derecho, el de que ninguna relación jurídica voluntaria puede alterarse ni en su menor detalle, a menos que expresamente lo imponga la Ley, por la unilateral voluntad del deudor o por actos de éste, en los que el acreedor no ha intervenido, principio que mantiene el artículo 141 de la mentada Ley de Sociedades Anónimas. Además, no hay que olvidar que las sociedades de responsabilidad limitada, en 21 de noviembre de 1947, cuando se operó una de las transmisiones, tenía el concepto según la jurisprudencia de sociedad personalista, y, en consecuencia, el cambio de las personas de sus socios por medio distinto del de transmisión de sus preexistentes participaciones determinaba la extinción de una y la creación de otra diferente, a la que se transmitió el patrimonio de la anterior en el que se hallaba la relación arrendaticia, que a instancia del arrendador, debe quedar resuelta, en cuanto no se realizó en la forma tasada por la Ley.

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1960.—*Daños y perjuicios causados por incendio de almacén de películas, instalado conforme a las disposiciones legales. Diligencia exigible. Culpa.*

El almacén de películas estaba instalado conforme a las disposiciones pertinentes. Se incendiaron las películas, y el incendio produjo daños y perjuicios a tercero. Un perjudicado demandó sobre indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado absolvió a los demandados y la Audiencia confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo casó la sentencia de segunda instancia y dictó otra condenando al pago de los daños.

El problema principal que se planteó en la litis fué el de si puede existir culpa extracontractual cuando el almacén estaba instalado conforme a las

disposiciones de carácter formal prescritas para los de tal clase y haberse producido el incendio por ignición espontánea de las películas.

El Tribunal Supremo, apartándose del criterio de las dos sentencias de instancia, se pronuncia por la afirmativa. Rechaza la teoría de que no incurre en responsabilidad derivada de culpa o negligencia quien se haya respaldado por una legalidad y su actuación se conforma con el derecho establecido, porque tal tesis permitiría, olvidando el carácter subjetivo de esta responsabilidad y contra los más elementales principios de la moral y del Derecho, amparar actos u omisiones productores de un daño de los que se tiene plena conciencia de su resultado, y que por ello, al ser previsibles, el artículo 1.902 del Código Civil los considera generadores de una responsabilidad, para cuya exigencia no es necesaria, conforme a su texto, su previa ilicitud.

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda por lo imprevisible del suceso, mas—añade el Tribunal Supremo—si se observa que lo que se estima desconocido y, por consiguiente, imprevisible, no es «la posibilidad de inflamación espontánea ni la peligrosidad del almacenamiento de películas» reconocida en el tercer considerando de la sentencia del Juzgado, plenamente aceptado por la de la Audiencia, sino las causas de la auto ignición, estimando intranscendente, a los efectos de la responsabilidad, cuanto supone conocimiento por parte de la sociedad demandada, de la fácil inflamación de las películas almacenadas, por entender que el exacto cumplimiento de la legalidad formal vigente a la sazón es suficiente a eximir de responsabilidad, tesis que ha de reputarse equivocada, como se expone en el precedente, por cuanto ella pugna con lo dispuesto en el artículo 1.902, aplicable también a los actos u omisiones previsibles o como el discutido, y que aun lícitos, no por ello puede dejar de responderse en el caso de concurrir negligencias, y acerca de cuya posible existencia ha de enjuiciar el Tribunal de Instancia, no obstante el cumplimiento por la demandada de las disposiciones pertinentes, lo que al haber sido desconocido por la Sala sentenciadora, no obstante la previsibilidad del caso, constituye la infracción por inaplicación del artículo 1.902 del Código Civil de que a la misma se acusa en el segundo motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciar, así como la aplicación indebida del 1.405, denunciada en el primero del mismo Código substantivo, al entender imprevisible lo que considera conocido y, por consecuencia, de previstos resultados, cuya evitación, por perfecta y naturalmente posible, revela que por la sociedad recurrida se «dejó de hacer cuanto era debido», tendente a que no se produjeran los siniestros de la naturaleza del ocurrido, dejación constitutiva de la falta de diligencia suficiente al encuadre y aplicación del artículo 1.902, todo lo que determina la estimación de los dos motivos, primeros del recurso, que hace innecesario el examen del tercero.

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1960.—*Embargo de derecho de traspaso. Nulidad del mismo cuando se extingue el arrendamiento.*

Se embargó el derecho de traspaso que tenía el arrendatario de un local de negocio el 1 de febrero de 1949, en procedimiento en el que no tuvo intervención alguna la propiedad del inmueble. El 28 de abril se dictó sentencia en juicio de desahucio, que quedó firme, por falta de pago, de los locales a que se refería dicho derecho de traspaso. El 3 de mayo se subastó lo embargado: el derecho de traspaso, por consiguiente.

La cuestión que se planteó en este pleito fué la de la subsistencia o valor de ese derecho de traspaso, una vez que antes de la subasta se había extinguido, por desahucio, el arrendamiento que le servía de razón de ser.

El Juzgado de Primera Instancia declaró nula la subasta por no poder ser ya el traspaso objeto de cesión judicial ni extrajudicial. La Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia; entendió que la sentencia de desahucio no afectaba a los derechos de los embargantes, que podía ejercitarlos cuando tuvieron por conveniente. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar a él, y pronunció segunda sentencia, en la que resolvió que el arrendatario no ostentaba en la actualidad—cuando se verificó la subasta—derecho alguno sobre el inmueble, y que había de tenerse por excluido el tan aludido derecho de traspaso de la subasta.

Todo ello, lógicamente fundado en las siguientes razones:

Que la enajenación voluntaria o forzosa del valor económico que supone todo establecimiento mercantil o industrial instalado en local arrendado como bien incorporado al patrimonio del dueño del negocio y que con la denominación de traspaso regula la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 aplicable, no puede concebirse sin la vigencia del arrendamiento del local en que él se asienta, ya que es la cesión del uso y disfrute de éste lo que, en esencia, constituye el traspaso que quedaría convertido en mera entelequia—en el sentido vulgar de la palabra—y sin posible efectividad ni trascendencia jurídica si se admitiere realizado en fecha en la que por haberse resuelto el arrendamiento con el que es consustancial, se encontraba extinguido el uso y disfrute de los locales como en el caso discutido acontece. A esta extinción no es obstáculo la preexistencia de un embargo anterior, mera traba de los derechos susceptibles de valoración económica perteneciente al patrimonio del embargado, sin mayor alcance que el de substraerlos de su disposición y sujetarlos al cumplimiento de sus obligaciones, pero sin coartar ni privar a tercero, como son los propietarios de los locales arrendados, del ejercicio de los suyos, ni supeditarlos al cumplimiento de extrañas y desconocidas obligaciones que para nada les afectan, a cuyo resultado se llegaría estabilizando una relación arrendaticia a pretexto de haberse embargado un posible derecho de traspaso, impidiendo la resolución por falta de pago, con olvido de la esencial obligación impuesta a todo arrendatario.

Admitida por la Sala sentenciadora la eficacia de un traspaso verificado cuando se hallaba resuelto por sentencia firme el contrato de arrendamiento por conceder al embargo de aquel posible derecho un rango del que carece, ya que la prioridad en el tiempo sólo puede conjugarse cuando en la colisión pervive en derecho, mas no cuando el que se dice embargado carece de realidad, por haberse extinguido legítimamente el arrendamiento que su existencia requiere, es obvio, por consiguiente, que al no haberlo reconocido así la sentencia de instancia ha infringido el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos citada y de cuya infracción se acusa en el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en cuanto estima la posibilidad de traspasar, no obstante la resolución del arrendamiento, por sentencia firme, dictada en procedimiento de desahucio por falta de pago, por lo que debe ser estimado dicho motivo.

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1960.—*Tercero hipotecario. Aplicación de los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria. Cancelaciones de anotaciones preventivas por caducidad.*

En síntesis, lo acaecido fué así: Se vendió una casa con pacto de retro y el comprador la hipotecó en 500.000 pesetas. Después, por sentencia, fué estimada nula dicha venta por estimarse que, en realidad, lo que encubrió la supuesta transmisión fué un préstamo hipotecario.

Iniciado el procedimiento judicial sumario para hacer efectiva la hipoteca, el vendedor—titular otra vez de la finca por la sentencia referida—entabló tercera de dominio al amparo del número 2 del artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Pretendía que se declarase ineficaz el título de los ejecutantes: la hipoteca.

Alegaba que, mediante la hipoteca, los acreedores hipotecarios intentaban hacerse dueños de la casa, puesto que la carga era de 500.000 pesetas, y cuando se vendió dicha casa lo fué en doscientas mil y pico.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados y declaró que el derecho de hipoteca tenía plena eficacia, fallo que fué confirmado por la Audiencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto, fundándose en el siguiente razonamiento principal:

Que debe rechazarse el tercer motivo del recurso, en el que se invoca la violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que, como queda expuesto, lejos de vulnerar el precepto esgrimido se ha aplicado rectamente en cuanto sienta la sentencia impugnada, que los señores V. son terceros hipotecarios, adquirieron su derecho garantizado con la hipoteca a título oneroso de buena fe y del señor R., que en el Registro aparecía entonces con facultades y derecho para ello, como titular del dominio de la finca, y como quiera que tales declaraciones no han sido combatidas por el cauce procesal adecuado, en casación procede mantenerlos en su derecho inscrito, aun cuando después se resolviera o anulara el del otorgante señor R., por causas que no constaban en el mismo Registro por haberse cancelado la anotación en contrario; sin que tampoco sea de aplicación al párrafo 3.º del artículo 38, puesto que éste se refiere a embargos, juicios ejecutivos o vías de apremio por causas que no tengan su origen en inscripciones registrales y afecten a bienes matriculados a favor de persona distinta al deudor, premisas que no concurren al presente.

Pero la doctrina más interesante de esta sentencia, para los Registradores especialmente, está en el considerando referente a la cancelación de las anotaciones, cuestión también debatida en el pleito, porque se había practicado una cancelación por caducidad que no agradó a una de las partes.

No hay duda de que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria está claro, y claramente lo ha interpretado la Dirección General de los Registros (Véase, por ejemplo, la Resolución de 9 de noviembre de 1955). Se trata de un supuesto de caducidad independiente del contemplado en el artículo 83. No obstante, no ha faltado quien haya querido ver una contradicción entre ambos preceptos, y a más de un Registrador habrá producido cierta preocupación, siquiera pasajera, la aplicación del repetido artículo 86.

Ahora el Tribunal Supremo mantiene y refuerza el claro sentido legal, cuando dice que el recurrente ha creado un problema artificial, al enfrentar el artículo 83 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento con el artículo 86

de la misma Ley, y al sostener que la anotación preventiva de demanda hecha por orden judicial sólo podía ser cancelada por otra orden del mismo rango. No existe contradicción alguna entre ambos preceptos, añade el Tribunal Supremo, puesto que el artículo 83 regula una cancelación procesal de las anotaciones preventivas, en tanto que el 86 establece un plazo de caducidad, y por ende, la cancelación de derecho para todas las anotaciones, cualquiera que sea su origen, a los cuatro años de su fecha. Buena prueba de ello, sigue diciendo nuestro más alto Tribunal, es que exige la prórroga para evitar la caducidad en las decretadas por Autoridad, y que el 174 del Reglamento aducido en el recurso, al regular la cancelación de las anotaciones tomadas en virtud de mandamiento judicial y exigir para ello resolución del mismo grado, exceptúa expresamente el caso de caducidad por Ministerio de la Ley. Es evidente, sigue añadiendo, que no concurren las infracciones denunciadas, sobre todo si se tiene en cuenta que el recurrente pudo y debió solicitar la prórroga de la anotación de referencia, como autoriza tan citado artículo 86, y al no hacerlo tiene que soportar las consecuencias de su inacción; y es más, y aun cuando así no fuera, siempre resultaría que cuando los señores V. inscribieron su derecho real de hipoteca, la anotación estaba cancelada en el Registro y estuviera bien o mal hecha la cancelación, a ella habían de atenerse como terceros hipotecarios que son; sus derechos quedaban garantizados por la Ley, y al recurrente podrían caberle otras acciones, pero nunca la de nulidad de la inscripción de hipoteca.

Hemos de congratularnos de ver aplicados en esta sentencia, con sencilla lógica, fundamentales preceptos hipotecarios que dan seguridad y claridad al diario tráfico de la propiedad inmueble.

MERCANTIL

V.—Derecho marítimo.

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1960.—*Compraventa por el Mayordomo del buque de víveres para avituallarlo. Es responsable la empresa propietaria del buque.*

El Mayordomo del buque compró víveres para su avituallamiento. No se pagaron. Demandada la Sociedad propietaria de la nave alegó tener un contrato con el Mayordomo por el cual éste se comprometía a abastecer el barco, y por ello no se consideraba responsable de las compras de aquél.

El Juzgado y la Audiencia condenaron al pago a la entidad demandada, propietaria del buque. Interpuesto recurso de casación, fué desestimado, porque el Tribunal Supremo mantiene la doctrina de que si bien es cierto que el artículo 586 del Código de Comercio, al sentar el principio de responsabilidad civil del propietario del buque y del naviero, respecto de las obligaciones contraídas por el Capitán, para reparar, habilitar y avituallar el buque, siempre que el acreedor justifique que la cantidad reclamada se invirtió en beneficio del mismo, parece concretarse a los actos del Capitán y no de ningún otro; este principio ha sido ampliado, dada su insuficiencia, por la doctrina científica, que admite que la responsabilidad del naviero propietario se extiende a obli-

gaciones contraídas por servidores del buque, sin vínculo de mandato, con conocimiento del mismo, y cita como ejemplo, las compras de vituallas, en un puerto de escala, por el Mayordomo para la alimentación de la tripulación y de los pasajeros; y este conocimiento, en este caso, es evidente, pues era necesaria la autorización del suministro, dada su condición, por los organismos interventores, que tenía que concederse para la nave y no a una persona que no estuviera facultada para contratar o en su provecho, y está refrendado ese conocimiento por la presencia del Sobrecargo que presenció el peso de la mercancía y examinó su calidad, actuación que puede tener, al reconocerle el Código como dependiente del naviero, con cuyo carácter sustituye al Capitán en sus funciones puramente administrativas, conforme al párrafo 2.º del artículo 649, pasando a ser un representante del naviero para lo que se refiera a la contratación marítima. Tampoco puede alegar ignorancia el Capitán, no sólo por cuanto queda expuesto, sino también por las obligaciones que le impone el artículo 612 del repetido Código, y con mayor razón, cuando no se impugna la realidad de la compra, la entrada de las vituallas en la nave ni su destino.

PROCESAL

II.—*Jurisdicción contenciosa.*

SENTENCIAS DE 20 Y 27 DE ENERO DE 1960.—*Pago o consignación de rentas en Arrendamientos Urbanos para apelar.*

Reiteran la doctrina de que es requisito indispensable para que los inquilinos arrendatarios o subarrendatarios puedan interponer los recursos del capítulo XII de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que el recurrente pague o consigne la renta que hubiere venido abonando a la iniciación del litigio en el plazo y modo previstos en el contrato, de cuyos términos se infiere claramente que el Juzgador ante quien el recurso haya sido interpuesto, necesita saber si el pago o consignación han sido hechos dentro del término establecido para interponer el recurso a fin de resolver si puede o no admitirlo, sin que pueda deducirlos del silencio de la contraparte al no protestar contra la admisión, no solamente porque ello constituye una actitud *a posteriori* de la resolución dictada, sino porque se trata de un precepto de derecho necesario que está fuera del poder dispositivo de la parte a quien tal admisión perjudica.

La finalidad esencial de la Ley es la de evitar que el demandado pueda prolongar a su arbitrio su permanencia en la cosa arrendada sin cumplir la correspondiente prestación del pago de la renta.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

Registrador de la Propiedad.