

SOBRE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE DIFICULTAN EL TRAFICO JURIDICO

Repaso a una vieja cuestión

*Discurso leído el día 11 de noviembre de 1992,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. FRANCISCO SAURA BALLESTER

Y contestación del
EXCMO. SR. D. RICARDO EGEA IBÁÑEZ



MURCIA
1992

**SOBRE LAS DISPOSICIONES
TESTAMENTARIAS QUE DIFICULTAN
EL TRAFICO JURIDICO**

Repaso a una vieja cuestión

SOBRE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE DIFICULTAN EL TRAFICO JURIDICO

Repaso a una vieja cuestión

*Discurso leído el día 11 de noviembre de 1992,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. FRANCISCO SAURA BALLESTER

Y contestación del
EXCMO. SR. D. RICARDO EGEA IBÁÑEZ



MURCIA
1992

Copyright © 1992, by Francisco Saura Ballester
Depósito Legal: MU-2.011-1992
Printed in Spain - Impreso en España
por EL TALLER. Ingramur, S.L.
C/. Escultor Roque López, 3 y 5
30008 Murcia

SUMARIO

I. Justificación del tema.....	13
II. Problema que originan estas disposiciones.....	19
1).— Cómo y cuándo se plantea y quién solicita solución....	19
2).— Motivos actuales de estas cláusulas.....	22
3).— Ambito familiar y social donde aparecen y cobertura jurídica que adoptan.....	23
III. Los recursos de técnica jurídica que al efecto manejan la teoría, la práctica y la jurisprudencia.....	27
1).— Tendencia a buscar solución única para todos los casos.	27
2).— Las situaciones jurídicas de pendencia. Titularidades interinas y titularidades preventivas.....	30
3).— La subrogación real.....	33
4).— El administrador con facultades de disposición..... Consideración especial del usufructuario con nudo pro- pietario indeterminado.....	39 44
5).— La analogía.....	48
IV. Posición de la Jurisprudencia.....	53
1).— Del Tribunal Supremo.....	53
2).— De la Dirección General de los Registros.....	56

V. La cuestión en otros ordenamientos jurídicos.....	67
1).— Derecho extranjero.....	67
2).— Derecho foral.....	70
VI. Conclusiones.....	79
1.)— De lege ferenda. Necesidad de una reforma.....	79
2.)— De lege data.....	83
a) La interpretación integradora. Análisis de la jurisprudencia existente.....	83
b) Jurisprudencia cautelar. Precauciones adoptables...	89

Excmo. Sr. Presidente
Excmos. e Illmos. Sres.
Sras. y Sres.:

Al tener lugar mi incorporación efectiva a esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, mis primeras palabras tienen que ser de emocionada gratitud para los excelentísimos señores académicos, que con gran benevolencia y generosidad han hecho posible este ingreso que para mí constituye un señalado honor.

Mi expresión de gratitud tiene que superar lo que es obligada cortesía y manifestación de reconocimiento por la distinción otorgada, para alcanzar a cuanto para mí personalmente supone.

Mis posibles méritos, siempre escasos en relación con el alto nivel que ostenta esta docta corporación, habría que buscarlos en mi proceder como estudioso del Derecho y en mi práctica jurídica como profesional. En estos dos aspectos he mantenido siempre mi contacto con la Universidad y particularmente con su Seminario de Derecho Privado, desde que se fundó, hace más de cincuenta años. Allí, tanto cuando el estudio era puramente teórico, como cuando se trataba de resolver un problema práctico y real se encontraban elementos y bases de solución. Aquella gran masa de excelentes libros cobraba vida con el consejo bibliográfico y la orientación, siempre afablemente prestada, de su fundador, Dr. Batlle, a quien en estos momentos hago patente mi recuerdo y gratitud, y de quienes le acompañaron y sucedieron en su labor. De ellos contamos en esta Academia con buena representación.

Mi modesta tarea teórica nunca ha tenido como destino la publicación y mi actividad profesional ha terminado hace ya algún tiempo, por eso, teniendo en cuenta el transcurso de éste, tengo que agradecer a los señores

académicos, en primer lugar, su recuerdo; después su interés y bondad al buscar y ver algo de meritorio en mi callada labor, y sobre todo, su decisión de incorporarme a su grupo, para participar con ellos en sus trabajos y en sus nobles afanes. Todo ello prueba indudable de consideración y aprecio sinceros.

Concurren además otras circunstancias personales, entre las que destaca especialmente mi situación de jubilado. Particularidad que no es exclusiva de mi caso, puesto que hay algunos académicos en esta situación, sin embargo creo no equivocarme si digo que soy el primero que ha sido elegido después de haberse producido aquella.

En estos actos de recepción, he podido oír en algunas ocasiones, como se ha hecho referencia a la jubilación, más o menos próxima, del señor Académico que ingresa, como algo que matiza y multiplica la emoción de estos momentos. En mi caso esta circunstancia la contemplo mirando hacia atrás, y cuento ya con la experiencia de haberla vivido y de estar sometido a la complejidad de sus efectos durante los casi tres años transcurridos.

Como acontecimiento natural y previsto asumí perfectamente la jubilación. Sus efectos, que tanto suelen ponderarse (cese brusco en la actividad cotidiana, exceso de tiempo libre, cambio de signo de identidad y de situación corporativa, pasando de activo a pasivo, sin transición) se ven compensados por la absoluta libertad, sosiego y descanso que se vive en la jubilación. No obstante siempre se advierten sentimientos, vacíos y nostalgias. Se teme el posible distanciamiento de algunas relaciones personales, muy apreciadas, que se originaron y alimentaron con el trato profesional. También se va dejando sentir la insatisfacción de un hábito arraigado y que no es otra cosa que la falta de esa obligación que nos ha acompañado inseparablemente durante muchos años, de estudiar, a la busca de solución a un caso en cuestión, lo que calladamente, sin que lo advirtamos, ha ido satisfaciendo nuestra verdadera vocación.

Imposible superar artificialmente este vacío. Es muy difícil conservar como hábito lo que no tiene una finalidad inmediata, lo que no se nos exige como un deber.

Pues bien, cuando ya habían pasado casi dos años desde que apareció en el BOE el anuncio de mi jubilación y desde que recibí el consiguiente oficio ordenándome el cese, aparece otro oficio de esta Academia, inesperado pero muy oportuno, donde se me dice que quedo elegido y que debo preparar un discurso de ingreso, para la toma de posesión como académico de número. Veo así como se me adhiere de nuevo ese deber de estudio del Derecho.

Empieza hoy una nueva etapa en la que estoy obligado a ello, e incluso a interesarme por su aplicación práctica, según resulta de los propios estatutos de esta Real Academia que la definen como Corporación científica para la investigación y estudio de la aplicación práctica del Derecho. Esta función, para los académicos se constituye en deber.

Quedan así contrarrestados, en parte, todos aquellos sentimientos nostálgicos, y al mismo tiempo se da lugar a otros consecuentes efectos, como puede ser el que estas notas, que voy a leer, apartándose de su oscuro destino, hayan salido a la luz.

Por todo ello, muchas gracias, señores académicos.

La primera grata labor que me ha impuesto esta Corporación ha sido la de cumplir este deber reglamentario consistente en preparar un discurso de ingreso. Ha de ser sobre tema de mi libre elección y esta facultad la he aprovechado para volver sobre la práctica, y he afrontado un problema de frecuente aparición, que se presenta en todas las esferas sociales, en todos los lugares y en todas las épocas, y por consiguiente, sobre el que se cuenta con experiencia, y además que se encuentra enclavado en la que fue para mí la más gratificante parcela de mi actividad profesional. Cuando alguien quiere usar de esta especial facultad que le concede la Ley de dejar sentir su voluntad más allá de esta vida, y quiere hacerlo con el especial cuidado de ayudar a quien lo necesite, cumplir con quien está obligado y gratificar a quien lo tiene merecido, y estima que nuestra experiencia, en la que confía, proporcionará cauce adecuado a sus deseos, no hay para nosotros nada más satisfactorio que poder ayudarle, hacernos cargo de sus problemas, estudiarlos e incluso llegar a sentirlos. Y ya en esta labor hemos de tener en cuenta que hay disposiciones protectoras que, si las consignamos en la forma directa y sencilla en que el testador las propone pueden traer efectos perjudiciales, incluso para aquél a quien se quiere especialmente proteger.

Y de eso vamos a tratar, de aquellas disposiciones testamentarias que una vez en vigor pueden crear para todos muchas dificultades, ya que, en el fondo, son limitaciones al siempre natural y necesario tráfico jurídico.

I. JUSTIFICACION DEL TEMA.

Con el indicado título, genérico y por ello poco significativo, hemos agrupado un conjunto de casos, ofrecidos reiteradamente por la práctica, que son efecto de disposiciones testamentarias (sustituciones fideicomisarias, instituciones sine liberis decesserit, usufructos sin nudos propietarios) que dan lugar a que patrimonios y bienes carezcan de momento de un titular con facultades dispositivas, lo que trae como consecuencia una inmovilización de los derechos.

Tratar de inmovilización de la propiedad como efecto de ciertas disposiciones testamentarias no puede presentarse como tema nuevo. Su sola enunciación nos sugiere ideas de problemas arcaicos, propios de tiempos pasados en los que abundaban en la vida jurídica las vinculaciones y los fideicomisos, instituciones hoy ya consideradas como puras reminiscencias con tendencia a la desaparición.

La institución tipo, que fue la sustitución fideicomisaria, se dice que entró en declive a finales del siglo XVIII, con la Revolución Francesa; la inmediatamente posterior legislación desamortizadora en nuestra patria¹; la tendencia abolicionista de los Códigos del siglo XIX (Francés, Italiano de 1865, y nuestro proyecto de 1851).

Esta tendencia limitativa, que en principio pareció definitiva, fue superándose. Las vinculaciones y mayorazgos, causantes de la amortización, se consideraban como inadmisibles, porque producían una amortización perpetua, pero no ocurría así en las sustituciones fideicomisarias, ya que éstas

1. Vid. Sánchez Román. Derecho Civil. Tomo VI. Vol. 1º págs. 657 y sgtes. Puig Peña. Derecho Civil. Tomo IV. Vol. 2.º Edición 1965, págs. 1.391 y sgtes. Legislación desamortizadora, 11 Octubre 1820; Decreto 15 de Mayo 1821; Ley 21 Junio 1821; Decreto 30 Agosto 1836 y Ley 19 Agosto 1841.

solo producían una vinculación temporal. Así esta institución que según el art. 629 del proyecto de 1851 quedaba abolida² pasó al proyecto de 1882 y de aquí al Código Civil, con limitaciones en los llamamientos. Así pues, cuando se estaba preparando su desaparición, se recoge en el Código Civil esta figura jurídica, que no ha sido objeto de ningún retoque posterior a la promulgación de dicho cuerpo legal, y manteniendo la gran laguna que presenta desde un principio, y que es la inexistencia de preceptos reguladores de las facultades del fiduciario durante el periodo de pendencia, que puede ser muy largo.

Las lagunas de la Ley, los términos ambiguos, susceptibles de múltiples interpretaciones, constituyen un reto en la práctica del Derecho. También entra en el caso el envejecimiento de la Ley que se produce con bastante rapidez. Dice Ihering «La Ley queda fija en el momento aquel en que fue escrita, mientras la vida sigue en ininterrumpido movimiento; sin embargo esta última (la vida) deberá someterse a la vieja norma del pasado». El remedio a estas situaciones de dificultad en la aplicación del Derecho hemos de buscarlo en la interpretación y en buena medida en la sensibilidad e intuición del jurista puesto que si ya la ciencia, que tiende al conocimiento de la verdad tiene muchas veces difícil el camino que lleva al logro de la verdad absoluta, esta dificultad se agrava cuando a la ciencia la adjetivamos con el calificativo de jurídica. Si queremos concebir como ciencia pura a la ciencia del Derecho tenemos que centrarla en la idea de lo justo, que es también mutable de unos hombres a otros, de unas épocas a otras y de una a otra civilización, por ello vemos que aún en su concepción más pura nunca podremos llegar a una verdad inmutable.

La ciencia del Derecho, que comunmente se define como conocimiento de las Leyes y de los procedimientos para aplicarlas en la consecución de lo justo, es una ciencia aplicada. Como dice de Castro «no puede tener aspiraciones de pureza o exclusividad metódica... su carácter de ciencia aplicada del Derecho la coloca en la situación de mediadora entre la idea de Justicia y la realidad jurídica»³. Así tendremos, por un lado el sentido de lo

2. El art. 629 de dicho proyecto dice: La sustitución de heredero en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la *única sustitución reconocida por la Ley*, salvo lo dispuesto en el art. 638. Y éste último dice: «No se entiende sustitución prohibida la disposición en que el testador deje la propiedad a uno y el usufructo a otro u otros con la limitación prescrita en el art. 437 (...con tal que existan al tiempo de morir el constituyente). Puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la sustitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario. De concordancias, motivos y comentarios al Código Civil. Florencio García Goyena 1852. Edición de 1973 de Editorial Base.
3. De Castro, Derecho Civil de España, Parte General, tomo I, págs. 71 y 72.

Justo, por otro la Ley, o mejor dicho, el ordenamiento jurídico. La armonía se encuentra en el punto de confluencia de ambos conceptos, y el camino que desde uno y otro lado nos lleva al encuentro, no es único, pueden ser muchos, contando que de una parte la idea de justicia no es inmovible y que de la otra nos encontramos con unas normas interpretables de formas diferentes, sin contar que también puede variar el medio de conexión que utilicemos.

Para conseguir que unas Leyes con más de un siglo de vida, Ley incompleta, Ley desajustada a la realidad social en que ha de aplicarse, pueda llevarnos con la mayor proximidad posible a la idea de lo Justo, tendremos que estar atentos a cuales fueron sus fines y analizarlos, cuáles de ellos y qué aspectos de ellos son lo menos mudable, compararlos con las circunstancias sociales actuales y procurar adaptarlos a éstas.

Todos los procedimientos que para ello utilicemos son loables, pero también susceptibles de rectificación y de mejora. Con todo ello venimos a decir que las conclusiones que podemos sentar no son, ni siquiera intentar parecer afirmaciones científicas, verdades absolutas. Se trata simplemente de exponer unas experiencias, unos recursos de práctica y de técnica jurídica que pretenden encontrar solución a un problema. Sólo el planteamiento del mismo y su enfoque desde esos diversos puntos de vista pudieran constituir una aportación.

Considerando, pues, que nos enfrentamos con un problema resultante de la inclusión en el Código Civil de una institución que un siglo antes estaba destinada a la desaparición. Que tal vez la improvisación produjo como resultado que la regulación general fuera muy breve, reducida a marcar la limitación de llamamientos y pocas normas más, y dejando de regular toda la vida de la institución, mientras están los bienes en poder del fiduciario, podemos llegar a la conclusión de que el problema no ha desaparecido, sino que se ha agravado.

Recién aparecido el Código Civil, el problema que esta laguna legal plantea, y que no es otro que una fuerte limitación al tráfico jurídico, no fue afrontado desde sus muchos inconvenientes por los tratadistas y comentaristas de aquella época, (Sánchez Román, Manresa), y sólo muchos años después, juristas prácticos⁴ propusieron posibles soluciones al problema, en particular fue al final de los años cuarenta cuando se publicaron sus respectivos trabajos

4. Manuel de la Cámara Alvarez. Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria. Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto-1948 págs. 673 y sgtes. José González Palomino: Diagnóstico y tratamiento del Pseudo-usufructo testamentario. Notas a la resolución de 12 de Enero de 1944 y Enajenación de bienes pseudo

que fueron entonces muy comentados. Aparte de ello, salvo el estudio obligado del tema por los tratadistas del Derecho Civil Español, al llegar a estos capítulos, y el de los exégetas del Código Civil al comentar los artículos correspondientes, son escasos los trabajos dedicados a estas cuestiones.

Sin embargo siempre se nos ha ofrecido éste como un tema proteíco, donde son cambiantes, desde las circunstancias sociales y económicas que agravan o atenuan el problema, hasta el talante con que lo afrontan tanto la doctrina científica como la jurisprudencial. Desde los citados trabajos hasta la fecha (más de cuarenta años) se han producido interesantes evoluciones en las escalas de valoración de los intereses en juego, y también en las directrices económicas, políticas y sociales. Por todo ello se nos presenta como provechoso y aconsejables dar un repaso a aquellas cuestiones.

Suspender por plazo indeterminado el ius disponendi, facultad esencial del dominio, no sólo propicia una situación jurídica anormal, sino que va siempre acompañada de nefastas consecuencias económicas. El tráfico jurídico, especialmente el inmobiliario ofrece oportunidades irrepetibles y el dejar al margen de ellas a ciertos bienes es siempre un grave perjuicio. Lo es tanto para el primer llamado (fiduciario, usufructuario) como para el último o titular definitivo (fi dei comisario, nudo propietario) para quien se reservan los bienes. A veces quedan involucrados terceros, totalmente extraños al asunto, como es el caso de los condueños, por títulos que nada tienen que ver con las disposiciones testamentarias causantes del condicionamiento, pero que se encuentran con un cotitular indeterminado, y por consiguiente les falta el sujeto con facultades dispositivas suficientes para practicar la división de comunidad, a la que tienen indudable derecho, según los artículos 400 y 1.054 del Código Civil.

A estos argumentos fundamentales, el transcurso del tiempo ha ido acumulando otros distintos, a saber:

En primer lugar abunda la legislación contraria a la paralización de la propiedad. Ya la Ley de 15 de Mayo de 1945, declaraba en venta solares y edificaciones paralizadas, obligando a los propietarios a vender so pena de expropiación forzosa; Ley de mejora de fincas rústicas y permuta de estas, y toda la legislación del suelo, especialmente la Ley 8/1990 de 25 de Julio.

usufructuados, en Estudios de Arte Menor sobre Derecho Suctorio. págs. 147 y sgtes. y 30 y sgtes. resectivamente.

Ramón M.^a Roca Sastre. La subrogación real. Revista de Derecho Privado. Abril de 1949. Los Registradores Lanzas Galvache y Selva Sánchez, en Sustituciones Fideicomisarias, aproximación a dos problemas. Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo. págs. 806 y sigtes. del volumen II. Junta Decanos Colegio Natoriales. año 1988.

Reforma de la Ley del Suelo y Valoración de los terrenos, Decreto 1/1992 de 26 de Junio.— Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y Ordenación Urbana; que junto con los Decretos de las Autonomías adaptándola y ordenes municipales poniéndolas en marcha, todas inspiradas en la idea de que inmovilización es estrategia de especulación, espera de mejor precio a base de restar oferta al mercado, traducen esa idea en la imposición de plazos perentorios para obtener licencias y para urbanizar y edificar, so penas de expropiación-sanción, elevación progresiva de tributos y rebajas sucesivas en los valores de indemnización a fijar en la expropiación.

En segundo lugar, otra circunstancia que actualiza el estudio del tema es la de la solución que se ha dado al mismo en las legislaciones forales. Cataluña, Navarra y Baleares, han conservado la esencia de sus peculiaridades y el Derecho Romano recibido, pero han introducido innovaciones impuestas por la experiencia y que dejan resuelto el problema, con envidiable criterio práctico.

En tercer lugar se ha observado en la doctrina más reciente ofrecida por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notario, una evolución tendente a la búsqueda de solución, sugiriendo caminos para encontrarla, como más adelante expondremos con más detalle.

En cuarto lugar, la doctrina de los autores que se han ocupado de esta materia, que observan un criterio unánime en cuanto a la importancia del problema y a la necesidad de resolverlo, y las soluciones que se ofrecen son mayoritariamente aceptadas.

Por último tengamos en cuenta que se trata de cuestiones que plantean problemas aislados, graves para quien los sufre, pero que no tienen trascendencia de masas, ni producen por lo común alteraciones económicas de repercusión general, por lo que no son de esperar movimientos populares ni presiones de potestades económicas reivindicantes de soluciones. Esto concede interés al repaso teórico de la cuestión y de ello quedará al menos el testimonio de la preocupación por un problema que se plantea en la práctica con bastante frecuencia, cuya solución no tiene fácil apoyo en la Ley, pero cuyas dificultades pueden allanarse si la misma Ley, en su día, y la Jurisprudencia mientras tanto, atienden a lo que la doctrina ofrece y la práctica jurídica solicita.

II. PROBLEMAS QUE ORIGINAN ESTAS DISPOSICIONES.

1. Cómo y cuándo se plantean y quién solicita solución.

El origen de estas situaciones de obstrucción del tráfico jurídico suele ser, por lo general, una disposición testamentaria en la que se estableció una sustitución fideicomisaria condicional; una institución de heredero de la especie sine liberis decesserit u otra condición resolutoria, acompañada de un correlativo llamamiento con condición suspensiva; o bien la disposición de un usufructo con nudo propietario no mencionado o indeterminado y a veces con modalizaciones de muy variados matices, y con mezcla incluso de prohibiciones de enajenar expresas.

Cualquiera de estas disposiciones nos coloca ante un largo periodo de pendencia que no acabará hasta que se produzca el acontecimiento que constituye la condición determinante del sujeto definitivo y que ofrece dificultades, muchas veces insuperables, para realizar los normalmente naturales actos dispositivos.

La vida de estas situaciones de pendencia puede ser muy larga. Dos llamamientos después del primer llamado, pueden suponer más de un siglo de indeterminación. Conocemos casos en que con testamentos de los años veinte aún estamos en el primer llamamiento.

En tan larga etapa pueden ocurrir muchas cosas, imprevistas por el testador. Desde luego, los presupuestos familiares, sociales, económicos, que informaron la voluntad del testador han variado por completo, y lo mismo suele ocurrir con los bienes. Las fincas rústicas pueden hoy ser solares, los negocios haber quedado desfasados e improductivos⁵ y posiblemente instalados en lugares donde las normas de urbanismo no los permiten.

5. Por ejemplo, en nuestra región (Murcia) las industrias de hilados de esparto; fábricas de hijuela; explotación de ciertas minas, nos han ofrecido ejemplos claros.

Ese movimiento tan normal que consiste en el cambio y renovación de bienes de producción y de uso por otros más apropiados a las circunstancias, no encuentra su salida a través de cauces jurídicos adecuados. En casos semejantes el legislador, a la vez que proclama la situación de hecho (menor edad, incapacidad, ausencia) establece el remedio para estas circunstancias (patria potestad, tutela, representación del ausente). No ocurre así en estos supuestos que estamos tratando. A diferencia de lo previsto en otros ordenamientos jurídicos, como en el Código Civil Italiano, y nuestro derecho foral, Cataluña, Baleares y Navarra, el Código Civil deja a esta materia huérfana de regulación.

Las facultades del fiduciario durante la situación de pendencia no están reguladas. Las procedentes de institución condicional (Arts. 800 a 805) quedan incompletas. En usufructo, en muchos casos (Arts. 511, 517 a 519, concertación de seguros, expropiación forzosa, ruina de edificios) se sientan soluciones contando con acuerdos entre nudo propietario y usufructuario, y quedan sin prever los casos frecuentes de nudos propietarios inexistentes o indeterminados.

El problema que esta laguna legal plantea afecta en primer lugar a los propios bienes, puesto que hay que realizar actos dispositivos encaminados a conservarlos, al menos en su valor, y no hay nadie capacitado para ello. Al perjudicarse los bienes se perjudica también a quien se llama a ellos en segundo lugar, que es el protegido con la limitación impuesta. Pero además hay otra persona a cuyo favor no se dirige ningún precepto legal y esta persona es el llamado, con uno u otro carácter, en primer lugar.

La persistencia de una larga situación de pendencia necesariamente ha de ofrecer épocas en que este primer llamado se encuentre con necesidades propias que no puede atender, y en estas situaciones un cambio de bienes por otros más productivos, podría sacarle del apuro, incluso con beneficio también para los intereses del que espera en el siguiente orden de llamamientos. Todo consiste en la elección de una reinversión adecuada y segura.

No hemos de olvidar que este primer llamado fue la persona a quien el testador quiso ayudar preferentemente, y no solo con prioridad en el sentido cronológico sino en el de primacía en interés y protección. Es normalmente persona a quien conoce (el indeterminado y sus necesidades no le son realmente conocidos). Es quien le preocupa y a quien quiere proveer de medios de subsistencia. Es casi siempre persona de su más absoluta confianza, según resulta normalmente del tenor del mismo testamento, que suele quedar siempre liberada por el propio testador de las obligaciones legales de afianzar, y en muchos casos es la persona que conoce al detalle las intenciones y voluntad

del testador ya que por lo común han otorgado a la vez sus testamentos (casos de cónyuges, hermanos, situaciones análogas) y lo han preparado entre ambos y en el convencimiento mutuo de que el que sobreviva pueda actuar con cierta libertad y son los dos testamentos de idéntico contenido. La frase contenida en la fórmula de testamentos en Navarra de que «el que sobreviva pueda disponer como si lo fueran los dos conjuntamente» no se encuentra con más frecuencia en los testamentos de regiones de derecho común por no admitirse en estas como forma de testar, el testamento mancomunado.

Cuando ésta persona precisa realizar un cambio en el patrimonio poseído, incluso por razones de conservación o de mejora del mismo, es cuando tropezamos con el problema. Viene normalmente acompañada de quien o quienes, de cumplirse en aquel momento la condición supondrían el interés de los posteriormente llamados, son los integrantes actuales de la estirpe llamada en segundo lugar, y acuden convencidos de que pueden preparar entre todos la pretendida enajenación. Se verán sorprendidos cuando se les diga que no es suficiente con ellos, que aún no están determinados como titulares y que hay que esperar el momento en que se produzca la determinación. Y surge la pregunta, ¿cuándo llegará el momento?— Cuando Ud. fallezca... Esta sería nuestra contestación siguiendo a la letra la respuesta dada en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros⁶. No nos gusta esta contestación, no sólo por lo poco adecuado que en el convencionalismo del trato social resulta mencionar al interlocutor su propia muerte, sino porque tampoco es correcta en el aspecto jurídico. Si, para dar una respuesta, buscamos en la Ley, encontraremos en ésta una laguna y la laguna legal no nos da una respuesta positiva, pero tampoco negativa. Aquí está la función del jurista práctico. Cuando no hay Ley que se ajuste literalmente al supuesto, debemos valernos del material con que contamos⁷. El mismo Código Civil, después de imponer en el Art. 1-7 para Jueces y Tribunales, el deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan, dispone como normas de interpretación el contexto de la Ley en relación con los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social *del tiempo en que han de ser aplicadas* atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas. (Art. 3-1).

6. Res. 22 de Mayo de 1944 y 28 Julio de 1917.

7. Pío XII, en 1958, Congreso Internacional del Notariado Lating, en discurso dirigido a los Notarios visitantes destacó esta función «El Notario sabe que ningún enunciado jurídico logra cubrir perfectamente los datos de un caso determinado. ¿Cuántas veces no es llevado el Notario a suplir su silencio o ambigüedad? En algunas ocasiones él sobrepasará francamente la letra, de la Ley para conservar mejor la intención. Porque las Leyes mismas no son un absoluto; ceden el paso a la conciencia recta y bien formada, y precisamente se reconoce al verdadero hombre de Leyes, sea Juez, Abogado o Notario, en la competencia aportada a la interpretación de los textos en relación con el bien superior de los individuos y de la Comunidad».

Aparte de ello contamos con la aplicación analógica (Art. 4-1 del Código Civil); doctrina reiterada que recoja el Tribunal Supremo, o sea Jurisprudencia, no exactamente el fallo del caso concreto, sino los argumentos legales, aunque el fallo no los siga exactamente⁸; el derecho de otros ordenamientos, derecho extranjero o de nuestras legislaciones forales, que el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros tiene en cuenta en muchas cuestiones⁹ y la doctrina de los autores que se cita como de conveniente estudio en algunas sentencias¹⁰.

2. Motivos actuales de estas cláusulas.

Hay la creencia, que se ha ido difundiendo, de que estas disposiciones son reminiscencias con tendencia a la desaparición. Así, para Cataluña, en relación con el fideicomiso, institución connatural con todo su ordenamiento jurídico sucesorio se dice que a las limitaciones que al mismo se imponían de origen legislativo se unió el cambio de la economía. Hoy la sociedad no se funda en la estirpe o en la propiedad, sino en la capacidad de trabajo de los individuos, capacidad productiva. El valor de los bienes no es el valor en uso, sino su valor en cambio, su posibilidad de tráfico jurídico y económico. Aparte de que hoy no se acoge favorablemente, en plan individual la vinculación de los bienes durante largo tiempo. Ese reinar después de morir se ha superado y recientemente no se conocen otros fideicomisos, prácticamente, que los constituidos hace mucho tiempo¹¹.

Todo esto, que es lo que corrientemente se escribe, y que es la verdad, no es sin embargo toda la realidad.

La experiencia, la observación diaria, nos muestra que aparte de la vinculación tradicional, procurando mantener el poder económico de la casa aristocrática, hoy en una más numerosa y extensa esfera social se subordinan unos llamamientos a otros, con el mismo efecto inmovilizador, y obedeciendo a los más diversos motivos como pueden ser:

— Cuando se observa la poca sobriedad, facilidad para el gasto, mala administración del hijo, sobrino o persona a quien se llame como heredero o legatario y se pretende que llegue algo a sus sucesores.

8. Luis Díez Picazo. Comentarios a la Reforma del C.C. 1975. Págs. 133 sgtes. Editorial Tecnos.

9. Sentencia T. S. 29 Noviembre 1935; Res. 22 Marzo 1939 y 3 de Marzo 1953 y otras, como 27 Marzo 1981, que cita artículos de Cataluña, Baleares y Navarra.

10. Sentencia T. S. 14 Mayo 1929, 7 Febrero 1942 y otras.

11. Xavier O'Callaghan Muñoz. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, de Albaladejo. Tomo XXIX, Vol. 1.º pág. 13.

— Cuando no se acoge con agrado *el matrimonio de la hija* y se quiere evitar que el yerno tenga posibilidades de injerencia en la administración o disposición de los bienes de la herencia (cláusula antiyerno, se suele llamar).

— Si el testador vive en un piso propio, probablemente el único que tiene y quiere que continuen en el uso las hijas o hijos solteros, para lo cual deja el usufructo a los mismos, con la nuda propiedad a favor de todos los hermanos o hijos de estos que vivan al fallecimiento del último usufructuario.

— Cuando alguno de los hijos o descendientes tiene una minusvalía o cualquier otra limitación y se le deja el usufructo, con la nuda propiedad para los hermanos o hijos de estos que vivan cuando fallezca el usufructuario.

— Si no habiendo hijos, se quiere dejar a la esposa o esposo toda la herencia, que perderá si contrae ulteriores nupcias, pasando a posteriores llamados, normalmente sobrinos que vivan al fallecer el viudo.

— Cuando se quiere dar continuidad a un negocio familiar, y se quiere que quede vinculado, junto con los elementos que le sirven de base, a quienes se dediquen al mismo, debiendo pasar después a aquellos que lo continúen.

Por consiguiente, el caso de vinculación nobiliaria, que viene a la mente en cuanto se trata de estos temas, va cada vez a menos, y son de una mayor asiduidad los otros casos más propios de quienes tienen un patrimonio menor.

3. Ambito familiar y social donde aparece el problema y cobertura jurídica que suele ofrecer.

Hoy, el que toda familia tenga un pequeño patrimonio inmobiliario, va siendo, afortunadamente cosa común. Este patrimonio tiene como especiales características las siguientes:

a) Es un patrimonio pequeño. b) Se ha ido formando en base al trabajo del propio titular. c) Cumple funciones de asentamiento y seguridad familiar.

La pequeña entidad de este patrimonio trae la consecuencia de que no va a haber herencia para todos, en la medida en que el testador quisiera, y sin embargo, este oye a su conciencia y atiende en primer lugar a los más necesitados, pero sin querer olvidar a los otros, y esto le lleva a señalar llamamientos condicionales y subordinados. Las otras dos características, cuales son, el origen y función familiar que cumple este patrimonio, han hecho surgir motivos que llevan a la consecuencia de que aquello del reinar después de morir, que se dice ya superado se conserve en estas esferas más modestas.

El pequeño patrimonio se ha conseguido a base de trabajo personal y cada uno de los bienes adquiridos lo ha sido a golpe de horas extraordinarias, pluriempleos, ahorros de emigración, privaciones y sacrificios. Se ha formado poco a poco, día a día. Cada elemento patrimonial recuerda una época, un esfuerzo, una ilusión. Así se entreteje de tal modo la personalidad del propietario con sus bienes que le parece lo más lógico y natural que él solo y nadie más pueda disponer de ellos, aún para después de esta vida, sobre todo en aquellos casos en que quisiera prolongarla hasta dejar a la familia en situación segura y estable, especialmente respecto de aquel o aquellos de sus miembros que más lo necesiten, a los que sabe les es precisa protección y que la que les ha prestado en vida es irremplazable y por ello tiende a perpetuarla.

En cuanto a la cobertura jurídica que nos suele ofrecer, pensemos que al margen de la idea de que la abolición del fideicomiso era ya un hecho a partir de las Leyes desamortizadoras y de que el proyecto de Código Civil de 1851 era abrogatorio, permitiendo los llamamientos sucesivos sólo en casos de usufructo¹², lo que ya proporcionaba una ventaja de este sobre aquel, e incluso prescindiendo de la cuestión muy debatida de si el fideicomiso llegó o no a tomar carta de naturaleza en Castilla, nuestra experiencia nos ha revelado que éste término y esta figura jurídica no han calado en el público, el cual en cambio maneja muy familiarmente y con facilidad el término usufructo, y en base a esta idea bosqueja sus disposiciones testamentarias. Incluso sucede así cuando redacta un profesional, pues en las regiones de derecho común, esta preferencia hacia el usufructo se da también, aunque en otra escala, en la esfera profesional. En realidad lo que ocurre es que en ocasiones es muy compleja la voluntad del testador, y la figura sucesoria que se pretende, y muchas disposiciones encuentran su verdadero marco en un usufructo modalizado, con facultades añadidas que no resulta fácil, ni es conveniente encajar en uno u otro tipo de institución sucesoria. Dice Vallet, El Derecho Sucesorio muestra su extraordinaria riqueza en las disposiciones de usufructo, y con ellas demuestra la profundidad de su contenido jurídico, que no puede encerrarse en una serie de figuras tipificadas con cabida en el «paraíso de los conceptos»¹³.

No obstante, quienes han estudiado este problema, inmovilización de propiedad, efecto de estas disposiciones, han elegido como tipo la figura del fiduciario, en la sustitución fideicomisaria condicional, así lo han hecho los autores que han afrontado esta materia¹⁴ y se ha tratado de aproximar el

12. Arts. 638 y 487 de dicho proyecto. Ya citados.

13. Vallet de Goytisolo. Instituciones Sucesorias. págs. 341 y sgtes. del Vol. II.

14. Manuel de la Cámara; Roca Sastre; Lanzas Galvaché y Selva Sánchez, en trabajos antes citados.

usufructo a la sustitución fideicomisaria llamándole pseudo-usufructo, siendo éste un vocablo que ha hecho fortuna y ya aparece en alguna sentencia del Tribunal Supremo y en Resoluciones de la Dirección General de los Registros y en los tratados y artículos que estudian o rozan esta materia¹⁵.

No obstante, insistimos, por una u otra causa es en las situaciones de usufructo donde con mayor frecuencia se plantea este problema. Gran parte de las Resoluciones de la Dirección General que se han enfrentado al mismo versan sobre casos de usufructo y de usufructo se ha tratado en aquellas que se han encontrado más próximas al hallazgo de la solución¹⁶.

Por esto pensamos que tratar de la cuestión, sin incluir estas situaciones de usufructo es dejar pendiente algo fundamental.

15. González Palomino, en el trabajo antes citado, coloca a los usufructuarios con nudo propietario desconocido y llamados para después que se extinga el usufructo en la posición real de fiduciarios y califica a estos usufructos como sustituciones fideicomisarias presentadas como usufructos, y les denomina pseudo-usufructos.

16. Resoluciones de 29 Diciembre 1906; 22 Diciembre 1950 y 29 Enero de 1988.

III. RECURSOS DE TECNICA JURIDICA QUE AL EFECTO MANEJAN LA TEORIA, LA PRACTICA Y LA JURISPRUDENCIA.

1. Tendencia a buscar solución única, aplicable a todos los casos.

Creemos que es posible el tratamiento conjunto de todos los supuestos. La identidad del problema planteado permite superar las diferencias que se aprecian entre unos y otros supuestos.

Entre las diferencias cabe destacar:

1º *La distinta trayectoria que han de seguir los bienes.* En el caso del usufructuario con nudo propietario determinable al fallecimiento del mismo, si no se ha cumplido la condición la propiedad, ya consolidada, recaerá en quien el testador hubiere designado para ese caso y será heredero del testador, no del usufructuario. En cambio en los supuestos de sustitución fideicomisaria condicional o institución de heredero sometida a condición resolutoria, el deficiente condicione purificará la disposición y desaparecida la causa de resolución quedan los llamados en primer lugar como titulares definitivos, los bienes integrarán el patrimonio de estos y seguirán el curso de su herencia. Quienes hereden lo harán del fiduciario o del primer instituido, no del testador.

2º *El carácter de heredero o legatario.* El fiduciario y el instituido con condición resolutoria será heredero o legatario, según determine el testador. En el usufructo, como titular de un derecho real en cosa ajena se le considera siempre como legatario, aunque el testador utilice el término heredero, pues el Art. 768 del Código Civil determina que es legatario el heredero de cosa cierta y determinada y así lo ha entendido normalmente la jurisprudencia.

3º *La titularidad dominical,* que la tienen tanto el fiduciario como el instituido con condición resolutoria, aunque su dominio sea resoluble, pero

en el usufructo, como derecho real en cosa ajena, cualquiera que sea el resultado de la condición, cumplida o no cumplida, el usufructo desaparece, y con él todo asomo de titularidad dominical que efectivamente nunca ha tenido.

4º *El cómputo de llamamientos* presenta también la especialidad de que, según resulta de los Arts. 787 y 781, del Código Civil, hay un cómputo para los llamamientos en usufructo y otro paralelo para la nuda propiedad. Se comienza, a los efectos del Art. 781, dos veces, una para el usufructo y otra para la nuda propiedad.

5º *El diferente juego de la retroactividad*. En la institución con condición resolutoria los efectos del cumplimiento de la condición se producen ex-tunc, mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional no se produce esta retroactividad. Tampoco en el usufructo respecto de este derecho real. En cuanto a la nuda propiedad habrá que estar a lo que resulte de la indagación de la voluntad del testador. Todo esto sometido siempre a la matización que el Código Civil (Arts. 791 y 1.120) impone a esta eficacia retroactiva¹⁷.

Son como vemos diferencias esenciales y que producen efectos también muy dispares, todo lo cual hay que tener en cuenta, pero no lo estimamos obstáculo para que ante el mismo problema se busquen y apliquen semejantes soluciones. Pero es que además la semejanza no se limita al problema común de los efectos inmovilizadores de la propiedad, sino que son comunes el origen y otras muchas circunstancias, como vamos a ver:

1º *El origen*. Se origina el problema, aparte de una laguna de la Ley, en una laguna de las disposiciones testamentarias. Puede surgir tanto de la propia disposición como de una equivocada interpretación o de una inadecuada aplicación en la práctica de la operación particional.

17. Tratando este asunto la Res. de 7 de Mayo de 1960 dice que el primer llamamiento queda *aniquilado*. Excesiva esta expresión usada, que no está de acuerdo con nuestros preceptos legales, pues el art. 1.120 del Código Civil, aplicable según el 791, hace reservas al regular esta retroactividad, que en último extremo deja a la discreción de los Tribunales. Castro Derecho Civil de España, pág. 687 del volumen primero, es también de la opinión de que la retroactividad no es absoluta, en base a los antes citados artículos y a la evolución de este concepto desde el proyecto de 1851 hasta el Código Civil y en doctrinas Windsscheid y Reegelsberger. También Von Thur llega a la conclusión de que no puede ignorarse lo acaecido durante la situación de pendencia y que algunos de los actos realizados, y de las situaciones producidas, quedan como definitivos. (Se citan como ejemplos las renunciaciones hechas por los titulares expectantes y los casos de litigios resueltos con sentencia firme por los Tribunales que en la época de producirse el cumplimiento de la resolutoria ya no sean competentes).

2.º *Dualidad de titularidades*. Así lo ha distinguido, con más o menos depurado tecnicismo, la doctrina. Titularidad interina, gestora del patrimonio con funciones de administración, disfrute, e incluso, de disposición y titularidad preventiva, con su expectativa, posibilidad de cederla y renunciarla, y sobre todo de vigilar la actuación del interino para no ser perjudicado en la misma. *En la primera posición se encuentran* el fiduciario, el instituido con condición resolutoria y el usufructuario. *En la segunda* el fideicomisario, el instituido bajo condición suspensiva y el nudo propietario, aunque a veces alguno de estos pase a la situación de interino, como en otro lugar veremos.

4.º *La temporalidad*, con su juego especial en todos estos casos. Hasta que llegue el momento en que la condición, cumplida o incumplida, lo determine, no se conoce con exactitud quien tiene las plenas facultades dispositivas.

5.º *La subrogación real*. Mecanismo técnico jurídico que se da en todas las situaciones de patrimonios separados, y por consiguiente en todos estos supuestos que estamos tratando¹⁸.

Como el problema que se plantea es el mismo y afecta a instituciones que, aún con las diferencias antes señaladas, tienen contornos tan imprecisos que muchas veces es difícil distinguir, observamos como la jurisprudencia les aplica considerandos muy semejantes. Así en las Resoluciones de la Don General de los Registros, vemos como en la Resolución de 16 de julio de 1991, relativa a condición resolutoria, se cita la de 19 de enero de 1988, relativa a usufructo, y en la de 13 de enero de 1965, que es de usufructo, se cita la de 7 de mayo de 1960, que duda entre fideicomiso o institución condicional, y en ésta última se cita la de 22 de diciembre de 1950, que es de usufructo. Los preceptos citados son siempre los mismos, Arts. 507, 781 y 801 y 804 del Código Civil, y los comentaristas de estas resoluciones también las relacionan, las tratan globalmente destacando en primer plano y como lo más importante de ellas el problema de inmovilización que presentan¹⁹.

También el Reglamento Hipotecario engloba estos problemas. El Art. 17 8-4.º trata por igual a fiduciarios y usufructuarios, donde además de las diferencias antes marcadas se da la de distinta regulación legal, pues el

-
18. La subrogación real ha sido la base justificante de las posibilidades de enajenación en todos estos supuestos y el fundamento de la solución del problema que nos ocupa en el derecho Catalán, Navarro y Balear. Aunque no lo recoja nuestro Código Civil de forma explícita, indudablemente está contenido en el mismo y la doctrina lo ha admitido unánimemente, y en ocasiones lo ha formulado claramente la jurisprudencia, Sentencias de 17 de abril de 1953, 20 de Octubre de 1954, 22 de Diciembre de 1961 y 21 de Octubre de 1991.
19. Ginés Cánovas Coutiño. Comentarios a las Resoluciones de la Don. Gral. de los Registros, en *Anatología Jurídica*, págs. 458, 729, 958 y 1.222.

usufructo tiene en su Art. 507 una solución prevista. Aparte de que el usufructuario está obligado a prestar fianza y el fiduciario no. Pero, no obstante, la identidad del problema ha deparado esta solución conjunta, estimando el legislador que a igualdad de problemas deben adoptarse las mismas soluciones.

VENEZZIAN, bajo el título, «El usufructo, el fideicomiso y las disposiciones condicionales», contempla sus analogías y diferencias desde otro punto de vista, atendiendo a la prohibición entonces impuesta al fideicomiso por el derecho italiano. Señala como origen de todas estas instituciones el servir de medios para disponer de los bienes más allá de la potestad natural. Considera la muy semejante posición económica en que se encuentran los sujetos de estas figuras. En todas ellas «entre los bienes legados y uno de los beneficiarios se establece un vínculo temporal insuficiente para identificar sus intereses personales con el interés de mejorar los bienes, que es un interés social». El nudo propietario, independientemente de que adquiera un derecho cierto simultáneamente con el usufructuario, no puede hacer mucho más que el fideicomisario. Si el legislador, *dice*, lo que quiso hacer al prohibir las sustituciones fue evitar una situación económica, más que una determinada cobertura jurídica, no es fácil averiguar por qué ha conservado la institución del usufructo²⁰.

2. *Situaciones jurídicas de pendencia. Titularidades interinas y preventivas.*

Muy útil ha sido la aportación doctrinal de esta distinción. Aclara ideas, abre caminos a posibles soluciones. Como dice De Castro, aunque la temporalidad de todo lo humano hace que no exista titularidad que no sea pasajera, sí que hay posibilidad de distinguir entre relaciones jurídicas estables y situaciones jurídicas interinas. Las primeras, con cierto sentido de firmeza, cuentan con la completa determinación tanto de su sujeto como de su contenido objetivo, y contrastan con las segundas, en las que siendo una realidad el derecho, éste aparece destinado a ir pasando por vicisitudes, que mediante la producción de ciertos sucesos, irán concretando sus elementos. Esta es la esencialidad de las situaciones jurídicas de pendencia, subespecie de las situaciones jurídicas interinas. De Castro las define como situación de protección jurídica interina, en favor de sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo.

En estas situaciones hay que atender a dos fines. Uno de ellos: que no queden en abandono unos bienes o una masa patrimonial. Encargar a alguien

20. Usufructo, uso y habitación. Biblioteca Revista de Derecho Privado. Madrid 1928. Apartado 3º del Capítulo 1º del libro segundo, Tomo I, págs. 277 y sgtes.

que los conserve, y no en conservación estática, que podría llevarlos, si no al deterioro y a la desaparición, sí a una situación de antigüedad e inadaptación al ambiente. Realización de una administración gestonaria de forma que puedan seguir cumpliendo su función y mejorar en cuanto sea posible su utilidad y su valor. Otro fin: que queden protegidos los intereses del sujeto incierto, de los eventuales titulares, defendiendo la expectativa que les pertenece de llegar a ser titular definitivo.

Aunque la teoría se centra en esta protección del objeto y del sujeto eventual, no olvidemos la existencia de otro interés de tanta importancia como estos. Aquella persona a quién el testador ha llamado en primer lugar, no es sólo el primero en el tiempo, sino las más de las veces el primero en el afecto, y la preocupación del testador, que ha previsto a favor del mismo unos medios de disfrute y subsistencia al menos tan dignos de proteger como los de los llamados en segundo lugar. La doctrina no se ha planteado el problema de protección de este llamado en primer lugar, tal vez pensando en que como poseedor actual, ya cuida por sí mismo de su interés.

El titular interino, que es el clásico curator bonorum, cuida directamente los bienes y conserva el patrimonio mientras dura la situación de pendencia. En el derecho positivo aparece con las denominaciones de administrador, representante, defensor, curador y normalmente tiene amplias facultades de administración, acompañadas de otras de liquidación de bienes, renovación de elementos patrimoniales, disposición, gravamen y las más de las veces disfrute en provecho propio. Encarna la parte activa, de acuerdo con el lenguaje usual donde el término interino designa a aquél que ejerce, sirve, desempeña, detenta o actúa transitoriamente al frente de un cargo u oficio. Es una posición activa.

En cuanto a la naturaleza del cargo hay que huir de encasillarlo en la figura del representante legal, pues efectivamente no lo es. Las personas en cuyo remoto interés actúa no se sabe si existen (caso del ausente) ni quienes serán (caso de estar pendiente de una condición) y a veces lo que se sabe con certeza es que aún no existen (casos del nasciturus y nundum concepti) por todo lo cual llamarle representante es abrir paso fácil a la refutación de la idea. ¿Cómo se va a representar a personas inexistentes? Más que pura representación es un caso de legitimación para actuar protegiendo unos intereses que lo necesitan. Gestor encargado de cuidar y administrar un patrimonio, incluso disponiendo, con sumisión a ciertas formalidades y autorizaciones, actuará por razón del cargo y de confianza concedida (officium). Esta legitimatio ad officium se suele incluir entre los casos de representación legal. De Castro²¹ lo incluye como uno de los supuestos de

21. Temas de Derecho Civil, págs. 59 y 132.

representación legal, aún admitiendo, como la mayor parte de la doctrina, que no se trata de pura representación, pero aún considerándolo así, y estimando que es un supuesto de *legitimatio ad officium*, estima, le son aplicables como complementarias las normas de la representación legal.

Titular preventivo es quien tiene la función de vigilancia y defensa de la expectativa de derecho, suya o de quien corresponda. En casos de indeterminación de sujetos se suple por un curador, así se hace en el Código de Sucesiones de Cataluña, Arts. 219, 221, 225 y 226. Aparte de su función de vigilancia tiene la disposición de su expectativa, renunciándola o cediéndola o incluso delegando el ejercicio de sus facultades²².

La distinción de que sujetos se encuentran en cada una de estas dos posiciones es aparentemente sencilla. Interinos el fiduciario, el instituido con condición resolutoria y el usufructuario, postura activa y contacto inmediato con el patrimonio. Preventivos son los que esperan y vigilan, o sea fidei comisario, heredero beneficiario de la resolutoria y nudo propietario. Esta distinción, clara en teoría, no lo es tanto en la práctica, pues vemos como puede haber varios llamamientos sucesivos, y en la postura del preventivo están todos ellos, aunque es lógico se cuente preferentemente con los más próximos. También, como observa De Castro sobre la base de los Arts. 802 y 803 del CC. se puede pasar de la titularidad preventiva a la interina; el coheredero con derecho a acrecer, el instituido bajo condición suspensiva o el heredero legítimo, pueden pasar de su postura de titulares preventivos, que es la suya en un principio, a la activa de interinos si se les confiere la administración de acuerdo con los citados preceptos²³.

La recepción por la jurisprudencia de esta doctrina, que aparece en algunos de sus considerandos, supone un avance con evidente trascendencia práctica. Ayuda a distinguir unos intereses de otros que le pueden ser opuestos y permite observar cuando son conciliables y cuando no hay lugar a lesión para ninguno de ellos puesto que aparecen todos reunidos. La Dirección General de los

22. Gitrama lo echa de menos en algunos casos de titulares preventivos determinados e incluso que han dado su plena conformidad para la actuación del interino, como el supuesto del cónyuge viudo usufructuario de todo el patrimonio dejado por el causante, lo que es posible si éste lo dispone y los legitimarios lo consienten, y este autor estima que el testador debió prever la existencia de un ad-latre que concurriese a la administración en algunos momentos trascendentales y se encargase en general de la vigilancia. Manuel Gitrama, «La administración de herencia en el Derecho Español», págs. 73 y 74.

23. En la Res. de 29 de Enero de 1988 hay nudos propietarios que viven y que quedan situados en la postura de titulares interinos, mientras que a los nudo-propietarios aún inexistentes los califica de titulares preventivos, y su indeterminación se considera suplida con la autorización judicial, mediante el correspondiente expediente que la propia resolución sugiere y aconseja en aquel caso.

Registros la ha expuesto con todo detalle en algunas Res.²⁴ y el T.S. ofreció una sentencia en que, sin exponer la doctrina en forma tan precisa como lo hace la Dirección General, atribuyó el carácter de titular preventivo a una estirpe, pues si bien no serían determinados los nudos propietario hasta el fallecimiento de la usufructaria dice que «tienen al nacer a la vida jurídica la expresada nuda propiedad 'in stirpe' y están capacitados para ejercitar los derechos que correspondan a la misma durante esa situación de facto»²⁵. Otra Res.²⁶, declara inscribible una operación de cesión de derechos y otra de venta subsiguiente, a pesar de la indeterminación de sujetos, porque, después de examinados todos los supuestos previsibles resulta que han intervenido todos los posibles interesados. Conjunción de todos los eventuales intereses no obstante la indeterminación de los sujetos.

3. *La subrogación real.*

La sustitución en un patrimonio de un bien por otro, de tal modo que el nuevo quede sometido al mismo régimen jurídico que el antiguo, es una noción de mucha importancia en el tema que nos ocupa²⁷.

Que se produzca o no se produzca el juego de la subrogación real es decisivo en el momento de admitir las posibilidades de enajenación de bienes en todos los casos de patrimonios separados, y especialmente en los

24. La Res. de 22 de Diciembre de 1950 ya situó estos supuestos dentro de las situaciones jurídicas de pendencia, con titular interino que pudiera ejercer ciertas facultades dispositivas. De este mismo sentido la de 29 de Enero de 1988.

25. Sentencia del T. S. de 17 de Abril de 1953. Se trataba de un caso en que en pago de un legado de cantidad se habían adjudicado a una viuda el usufructo y a sus hijos y nietos que vivieren cuando ella falleciera la nuda propiedad, que por consolidación sería ya el pleno dominio al producirse la condición de su fallecimiento, de varios bienes, entre ellos una pequeña cuota indivisa de un solar. Junto con los demás comuneros vendieron la usufructuaria y los representantes legales de los hijos y nietos, en un documento privado, la finca referida. Al pedir al comprador el cumplimiento del contrato y el pago del precio mediante la elevación a público del documento privado, se negó éste en base a la falta de capacidad de los vendedores y de la falta de facultades dispositivas en éstos y en la usufructuaria. En el juzgado de instancia se falló favorablemente al comprador, pero en apelación y en casación el falló favoreció a los vendedores con el argumento ya detallado de la titularidad «in stirpe».

26. La Res. de 4 de Febrero de 1980 en que el Registrador denegaba habida cuenta de la indeterminación de los sujetos, y por consiguiente la falta de titulares de disposición y el Notario los daba por determinados por ser aplicable el art.º 794 del C.C. (adquisición del derecho a la sucesión desde el fallecimiento del testador) la Don General sin dar valor a la indeterminación de sujetos se inclinó por la concurrencia de todos los posibles intereses, y admitió la inscripción, entendiendo que ya se tratare de un supuesto o del otro han intervenido todos los posibles intereses, y para llegar a esta conclusión estudia detenidamente las posibles situaciones que pueden darse, distinguiendo por apartados a), Si viven los mismos, b) Si algunos han fallecido, c) si no vive ninguno, para llegar a la conclusión de que reunidos todos los intereses en juego, no hay obstáculo a la inscripción aunque los sujetos disponentes no estén aún determinados.

27. Roca Sastre. «La subrogación real». Revista de Derecho Privado. 1949. págs. 280 y sgtes.

patrimonios con titularidad interina. La subrogación puede ser sincrónica, entrada y salida simultánea, caso de la permuta, o por fases, lo que se suele llamar reemplazo, inversión del precio obtenido en la adquisición de bienes que sustituyan al antiguo, o bien a la inversa, compra del nuevo bien a crédito, y la deuda contraída que pasa a ser la contrapartida pasiva de dicho bien adquirido se elimina con la posterior venta del bien antiguo cuyo precio sirve para pagar la deuda contraída al comprar, con ello se cierra el ciclo subrogatorio. El bien nuevo sustituye al viejo, es su subrogado y sobre él persiste la situación jurídica a que estaba sometido el primero. Las dos formas se ofrecen con frecuencia en la realidad. No aparece este término de subrogación real con frecuencia en los textos legales, e incluso escasea en la jurisprudencia²⁸. Pero que no abunde el uso de este término se debe a que, aunque figura muy antigua en la práctica, la doctrina no la ha sistematizado hasta pasada la mitad del siglo XIX, iniciándose en Aubry y Rau y Flach continuando su elaboración Planiol, Demogue, Capitant, Bonnetas y otros autores. Tal vez por eso no aparece una regulación de carácter general.

28. El término subrogación que en el Código Civil aparece varias veces cuando se trata de subrogación personal (Arts. 1.203, 1.209 a 1.213, 1.521 y 1.839) no se usa en cambio para la subrogación real con tanta frecuencia, sólo aparece en el art. 519, marcando la obligación del propietario, en caso de usufructo de cosa expropiada, de subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones. Sin embargo, aunque no emplee esta palabra, el legislador la admite y la regula, incluso con detalle en muchos supuestos. Así en el caso del patrimonio ganancial, donde obra como principio fundamental y trata con minuciosidad los diferentes casos de adquisiciones y transmisiones determinando cuando se produce la subrogación y cuando queda superada por otros principios como la accesoriedad, pero respetando siempre la subrogación valor en forma de crédito de la sociedad o del partícipe frente a la otra parte, también en los patrimonios de las personas sujetas a patria potestad o tutela, en los casos de ausencia, en los de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, a reserva y reversión, en la herencia aceptada a beneficio de inventario, en la hipoteca y prenda sin desplazamiento de la posesión y se dan las tres especies en que la distingue la doctrina, como son la institucional, en que la lógica natural del supuesto hace que se aplique de pleno derecho sin necesidad de precepto expreso; la legal, impuesta por un precepto determinado; y la voluntaria, impuesta por disposición del testador o donante, en las situaciones de pendencia son, como dice de Castro, de juego imprescindible, ya que se produce la situación de patrimonios separados. Aunque no haya disposición legal expresa, siempre que se observe que se individualizan y se valoran elementos patrimoniales (inventario) que se piden fianzas a los gestores, que se establecen garantías para los actos de enajenación o gravamen, inevitables en una administración gestonaria, nos encontramos con una separación de patrimonios y con el supuesto adecuado para que se produzca el juego de la subrogación real.

De Castro, en *Temas de Derecho Civil*. Reimpresión de 1976, págs. 58 y 59 y sgtes. relaciona la titularidad interina y la subrogación real. Al tratar de los patrimonios separados trata como una de sus características el de adquirir vida propia (subrogación real) dando idea de que la subrogación real es quien infunde esa vida al patrimonio, y a la vez destaca como el más independiente de todos los patrimonios separados, el patrimonio con titular interino, concepto que dice tarda en aparecer, hasta que no se pone en claro la naturaleza de las situaciones de pendencia y se confía a un titular interino la conservación de ese patrimonio con vida propia y en el que la subrogación real permite su unidad, movilidad y persistencia.

La tendencia de la doctrina de la subrogación real, en su evolución, ha sido la de ampliar su ámbito de actuación²⁹.

Rosa Sastre al tratar de las aplicaciones de la técnica de la subrogación real en nuestro Derecho incluye la sustitución fidei comisaria y distingue entre la aplicación *ex necessitate*, (expropiación forzosa, indemnizaciones por pérdida o siniestro) y la aplicación *ex voluntate*, por decisión del fiduciario. En el primer caso la califica de fácil, mientras el segundo lo considera difícil, puesto que la voluntad del fiduciario no es bastante para proceder a la enajenación del bien fideicomitido ya que al menos tiene una prohibición institucional de enajenación, ya que tiene la obligación de conservarlos. No puede enajenarlos en concepto de libres de la sustitución fidei comisaria, libertad que es necesaria para poder ofrecerlos al mercado. La dificultad está en el primer paso, la enajenación o cambio de la cosa sometida a tal limitación. Entonces la subrogación pasa a ser causa legitimadora o posibilitadora de dicho cambio, o sea que este es posible siempre que se invierta la contraprestación en otros bienes o valores igualmente seguros los cuales quedarán sujetos a dicha afección fideicomisaria. Para controlar estas operaciones subrogatorias es necesaria la intervención judicial por medio de autorización en procedimiento de jurisdicción voluntaria³⁰.

29. Los principios donde arrancaban las primeras configuraciones doctrinales eran los de «In iudiciis universalibus, pretium succedit in loco rei et res in loco pretii» - «In iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei nec res loco pretii» - «Subrogatum sapit natura subrogati». Con estos principios la primera teoría general, Aubry y Rau, asentaban la actuación de la subrogación real sobre una ficción jurídica apoyada en la fungibilidad de los elementos del patrimonio y sólo en los casos de *universitas iuris*. Si es singular no se da salvo ley o convenio. Pronto fue superada por Planiol que entiende que no es necesaria en el caso de *universitas iuris* puesto que la fungibilidad es en ella esencial, y sí lo es en los casos en que se trate de conservar el valor de los bienes sometidos a una afectación u obligación de restitución. Fuera de estos casos sólo la Ley o la voluntad pueden establecerla. Capitant al extenderla a la singularidad altera el tradicional principio y dice: In iudiciis universalibus vel singularibus pretium succedit in loco rei. Con esto se superan tanto la idea de ficción como la de limitación a la situación de *universitas iure*. Bonnecasse construye su posterior doctrina fuera de aquellos límites si bien restringe la idea al exigir la sincronía de la mutación objetiva, entendiendo que debe contenerse la subrogación en el mismo título de adquisición. Roca Sastre supera también este condicionamiento con referencias a nuestro derecho positivo, pues el Código Civil lo admite en materia de ganancias sin necesidad de simultaneidad, y también el artículo 812 del Código Civil.

30. Buscando antecedentes históricos recuerda que en el Derecho Romano, en que el fundo dotal era inalienable, en el Corpus y en el desenvolvimiento de la Lex Julia, aunque la mujer consintiera. Pero en la Lex Ita constante, la dote puede permutarse durante el matrimonio si fuera útil a la mujer, y podía llegarse a cambiar dinero por cosa o cosa por dinero. En base a estos textos y a otros varios en que admitía el derecho romano la subrogación real, fue comunis opinio en el derecho intermedio la aplicación de la subrogación real a las sustituciones fideicomisarias y prohibiciones de disponer, siempre que lo justifique una causa de utilidad o de mayor beneficio. También invoca situaciones similares en nuestro derecho positivo, art. 1.361, antes de la reforma de 1981, relativos a la enajenación de bienes de la dote inestimada, admitidas si se cumplen las formalidades y se adoptan las garantías que dicho precepto establece. Desaparecido este art.º del Código Civil podemos

Pronto tuvo dura refutación esta opinión de Roca Sastre, reprochándole que *confunde la consecuencia con la premisa, la subrogación real es una consecuencia, no un principio*³¹. Con muy semejantes palabras la Dirección General ha sustentado esta misma opinión en resoluciones de 2 de marzo de 1956 y 13 de enero de 1965 que la califican de procedimiento técnico que no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición puesto que tal subrogación real más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fluctuación operado.

Esta refutación ha sido criticada por otros autores, que a la vez lo hacían respecto a las referidas resoluciones³² en las que afirman que el Centro Directivo ha dado el *oleo oficial* a las palabras de aquel autor, y señalando como hay jurisprudencia favorable a la tesis de Roca Sastre. Efectivamente se encuentra la sentencia del T.S. de 17 de abril de 1953 en la que se dice que «no pretendían los vendedores destruir la situación jurídica de usufructo y nuda propiedad... sino cambiar su base económica... «tanto la usufructuaria como los nudo-propietarios, por causa de utilidad y necesidad, convienen sustituir aquella porción indivisa adjudicada por otra base económica de igual valor... siempre que por quedar atribuidos en la misma forma que anteriormente estaban los respectivos derechos sobre el nuevo bien que la contraprestación del adquirente en el negocio jurídico ha proporcionado... existe en el caso presente un hecho fundamental, cual es no alterarse por la enajenación concertada la situación jurídica establecida por la institución del legado contenido en la cláusula testamentaria...». También admiten la subrogación real como argumento fundamental la Res. de 29 de Diciembre de 1906 al decir que «... con dicha venta no se lastiman los derechos de los demás hijos que pudiera tener, puesto que se trata de sustituir unos bienes por otros en la forma acordada por el Juzgado», y también la de 12 de enero de 1944 en que en caso de partición con algunos de los sujetos indeterminados estimó suficiente garantía la constatación de la posible resolución de la titularidad a favor de aquellos. Y en otras muchas como la de 22 de diciembre de 1950, y ya más recientemente la de 29 de enero de 1988. El término subrogación real, ya se recibió y sus efectos se tuvieron en cuenta en la Res.

en esta argumentación suplirlo por otros surgidos de la misma reforma que eliminó aquel, son los 1.376, 1.377, 1.387, 1.388 y 1.389 relativos a la sociedad de gananciales y nuevos en cuanto se basan en la necesidad de un consentimiento conjunto de ambos cónyuges para ciertos actos de administración y de disposición, pues en los casos de imposibilidad e incluso de negativa a prestarlo, con las facultades que la Ley directamente confiere para actuar por sí solo o por medio de la autorización judicial podrá realizarlos el otro cónyuge.

31. González Palomino. Enajenaciones de bienes pseudo-usufructuados. Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio. págs. 351.
32. Ginés Cánovas Coutiño. Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de Marzo de 1956. En *Antología Jurídica*, pág. 733.

de 5 de mayo de 1931, con mención del principio *subrogatus sapit naturam subrogatum*, y se trataba de un supuesto de subrogación de unas casas por dinero.

Como vemos la opinión de Roca Sastre no puede refutarse de forma tan somera como aquel autor y las citadas resoluciones lo hacen. Que la subrogación real es sólo un procedimiento técnico que permite la estabilidad dentro de un patrimonio separado pero que no habilita para enajenar ni tampoco atribuye especiales facultades dispositivas son evidencias tenidas en cuenta por todos y también indudablemente ponderadas por el prestigioso autor, quien al decir que la subrogación real pasa a la condición de causa legitimadora y posibilitadora de dicho cambio no dice nunca que *por sí sola* es suficiente sino que viene a decir que la autorización excepcional que para ello se confiere judicialmente tiene en la subrogación real su justificación, su fundamento de derecho, el equivalente de esos motivos de *equidad y técnica jurídica* que para Capitant son la razón de ser de la subrogación real, o la *noción de derecho* en que la fundamenta Bonnet, *noción* que se viene traduciendo por *idea de lo justo* por cuyo efecto la organización jurídica general está interesada en que se produzca la subrogación real. Razones de necesidad o conveniencia, dice Roca, fundamentan el uso de la subrogación real, si al salir un bien de un patrimonio se le deja libre de la afección a que dicho patrimonio está sujeto se comete un fraude para los intereses de los posteriormente llamados, por lo que es precisa la intervención judicial, sin la cual no sería admisible que por sí mismo y sin control alguno pudiera verificarse el cambio o subrogación ya que podría abusarse de tal facultad en detrimento de los definitivos destinatarios de los bienes. El juez examinará, si hay causa de utilidad o necesidad; si son ajustadas las operaciones de avalúo, y si se han seguido las formalidades y garantías precisas para que la subrogación sea efectiva.

No dice por lo expuesto el citado autor que el fiduciario adquiere facultades dispositivas en tanto practique una operación de subrogación real. Interviene como titular actual, como titular interino, pero con muy pocas posibilidades de decisión. El juez, protegiendo a los titulares preventivos, mediante el expediente decide si se vende o no, a qué precio mínimo, y qué ha de hacerse con la contraprestación recibida. Cuanto a estos efectos proponga el fiduciario está sometido a la superior aprobación judicial. En cuanto al procedimiento judicial a seguir, que no está regulado en el Derecho Común, se opta por el de jurisdicción voluntaria, con citación a todos los posibles interesados y el derecho de los mismos a oponerse que podría en su caso convertirlo en contencioso. El contencioso no es el adecuado para oponerse. Por otra parte el Juez se encuentra en el de jurisdicción voluntaria con más libertad de movimientos. La intervención del Ministerio Fiscal, las citaciones, las valoraciones periciales, son garantías suficientes.

Todas estas ideas del referido autor son derecho vigente en Cataluña desde su Compilación de 1960, en cuya gestación intervino como miembro de la comisión jurídica para ello constituida, recoge esta doctrina hoy el Código sucesorio Catalán en el Art. 221³³, pero se llega a más, puesto que también admite la posibilidad de subrogar en los casos en que se ha impuesto una especial prohibición de enajenar. Para que la prohibición de enajenar no sea superada por la subrogación es preciso que el fideicomitente haya prohibido ésta expresamente o que la prohibición de enajenar sea incompatible con la subrogación real. Conjugando este Art. 221 con el 217 vemos como en éste último se permite la enajenación en las sustituciones fideicomisarias condicionales (no en, las sustituciones a término, donde se precisa la intervención de los fideicomisarios), pero con subsistencia de la sustitución o sea de la posible resolubilidad de la disposición y si se adiciona a la sustitución una prohibición especial de enajenar no se puede disponer ni aún con la subsistencia de la referida limitación. Podemos distinguir:

Prohibición institucional. La propia de la sustitución fideicomisaria impuesta a todo fiduciario. La prohibición no es de imposición directa, sino consecuencia del deber de conservar y restituir institucionalmente impuesto al fiduciario. Por ello, con subsistencia de la afección resolutoria se puede enajenar. Sin embargo, en casos de necesidad, utilidad o mayor rendimiento y previa autorización judicial, pueden enajenarse los bienes como libres, con subrogación real de la contraprestación.

Prohibición especial. No cabe pensar en la posibilidad de enajenación con reservas, puesto que no enajenar es de esencia. Pero sí permite la enajenación de los bienes como libres si va acompañada de la subrogación real adoptada con las referidas formalidades.

Prohibición de subrogación real. Aquí la prohibición adquiere plena fuerza. No se puede disponer de los bienes como libres porque la subrogación real está prohibida. Tampoco pueden serlo con subsistencia del gravamen debido a la prohibición especial existente. La prohibición de subrogación real puede ser expresa o tácita. Esta última se produce cuando resulta incompatible la subrogación con las disposiciones testamentarias y esto nos obliga a indagar la voluntad del testador. Muy clara dicha voluntad en muchos casos. Por ejemplo, se prohíbe la enajenación a la persona a quien se le ha dejado *para vivir* una casa, habitualmente el domicilio del propio testador, o se prohíbe la enajenación de un local a la persona que viene ejerciendo en el mismo una industria. En ambos casos serán compatibles con la subrogación real las

33. En su párrafo primero dice este artículo «El fiduciario podrá enajenar como libres bienes sujetos a fideicomiso para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rendimiento o utilidad, a juicio y previa autorización del juez competente».

enajenaciones de dichos bienes para reemplazarlos por otros que cumplen igual función, incluso en mejores condiciones. No será compatible si la subrogación se realiza en dinero u otros bienes que no sirven a los indicados fines.

Hay que buscar los motivos y los fines de la prohibición. Por qué y para qué ha sido dispuesta. Por ello no se puede limitar la compatibilidad de la prohibición con la subrogación real a aquellos casos de sustitución o reposición puramente funcional, sino también a la pura subrogación de valor, pues ésta es perfectamente compatible en aquellas disposiciones hechas con exclusiva contemplación de los valores y las rentas, en las que se busca ante todo una renta para el primer llamado y que reste el capital con semejante valor para los llamados en segundo lugar. De cualquier forma como la subrogación real no puede llevarse a la práctica sino a través del correspondiente procedimiento judicial en que se ponderará la utilidad, necesidad o conveniencia, hay con ello ocasión para que la autoridad judicial conozca a través de la disposición testamentaria, si existe o no existe la indicada incompatibilidad³⁴.

4. El Administrador con facultades de disposición.

Se ha destacado³⁵ la escasa atención que el legislador ha prestado a la administración de la herencia mientras permanece indivisa y algo semejante podríamos decir de la administración de los patrimonios o de los bienes que se encuentran en las situaciones de pendencia a que nos estamos refiriendo. Carecen de regulación específica en nuestro Código Civil y puede pensarse que es natural que así sea puesto que en todos estos casos la administración ya está a cargo del titular interino, y que este será el fiduciario o instituido bajo condición resolutoria, en su calidad de propietarios, y el usufructuario en virtud de las facultades de uso, disfrute y administración que le confiere su derecho real.

En la más característica de las situaciones de pendencia, la ausencia legal, si encontramos una regulación detallada³⁶. También se advierte que el legislador, en situaciones semejantes, como es el caso de la institución de

34. Con la sutileza con que en el derecho catalán se ha afrontado esta distinción entre enajenación y subrogación podría pensarse en una nueva especie que agregar a los actos de disposición y de ordinaria o extraordinaria administración, algo así como los actos conservatorios a que se refiere Gitrama al tratar los actos de administración. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XIX, págs. 480 y 488, basándose en citas de René Verdot y Goldschmidt, pero no llegan a asentarse como independientes, situándose en el escalón más alto de los actos de administración o el más bajo de los de disposición.

35. Gitrama, La Administración de Herencia, pág. 24.

36. Nuestro Código Civil le dedica gran parte del capítulo II del Título VIII del libro primero, a más de la remisión que desde el 185 hace a la tutela.

heredero o legatario sometido a condición suspensiva, no regula específicamente la administración, sino que en su Art. 804 dice «Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente», remitiéndonos, por consiguiente, a esta administración a la que considera sin duda como paradigmática en estas situaciones de pendencia³⁷.

¿Puede este titular interino-administrador ser designado por el testador? La función del titular interino en estas situaciones es la de evitar el abandono de un patrimonio³⁸ y sólo se precisará el nombramiento de un administrador cuando se carezca de persona que tenga ya la administración de ese patrimonio³⁹.

En esta materia, como en otras muchas semejantes (tutela, albaceazgo) el legislador ha adoptado la clasificación tripartita: voluntario, legítimo, dativo. Repetidamente la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que en materia de sucesión, salvo el respeto a las legítimas y otros supuestos excepcionales como son los límites establecidos para prohibiciones de enajenar, todo es ius dispositivum y por consiguiente el testador puede designar para administrador a la persona que tenga por conveniente, a quien conoce y en la que deposita su confianza. A lo que disponga el testador hay que atenerse.

¿Qué fórmula utilizar para designarlo? Lo puede nombrar de forma clara, con la denominación de administrador e incluso especificando sus facultades, que incluso pueden comprender las de disposición.

Lo puede nombrar de forma imprecisa, pues tanto cabrá designar a una persona como administrador o encargarle que cuide, gestione, cobre, pague, conserve bienes, los renueve⁴⁰.

37. El patrimonio del ausente, prototipo de estas situaciones de pendencia tiene según de Castro (Derecho Civil. Volumen 2^a pág. 529 las siguientes características: 1.º Patrimonio en administración, administración necesaria en cuanto se produce una completa desconexión con su verdadero titular. 2.º Patrimonio en situación de pendencia, si bien presenta la peculiaridad de que el titular interino, administrador, queda determinado, pero queda excluida la posibilidad de intervención de los titulares preventivos, el ausente por su situación y los que pudieran ser sus herederos porque carecen de titularidad definitiva ya que habrán de esperar la muerte de aquel o la declaración de fallecimiento, queda por esto como un patrimonio con destino especial, puesto bajo la salvaguardia del Juez y del Ministerio Fiscal y como no es posible como en otros supuestos contar con la confluencia de la titularidad preventiva e interina aquella va siempre suplida por la autorización judicial en los casos en que se precisa como es el previsto en el art. 186. 3.º Patrimonio separado que seguirá funcionando y produciendo todos los efectos propios de una masa patrimonial, especialmente el de la subrogación real. Son estas por lo tanto las características generales propias de todas las situaciones de pendencia.

38. Gitrama, op. cit. pág. 29-95.

39. De Castro. Op. cit. Volumen 1º pág. 684.

40. Gitrama, op. cit., pág. 105.

Y puede haber un nombramiento implícito, cuando se coloca a una persona en una posición que es superior a la de administrador, como el caso del heredero fiduciario o el del que ha sido instituido bajo condición resolutoria o el propio usufructuario, quienes por razón de sus respectivos derechos tienen facultades de disfrute y de administración.

Siguiendo la línea básica en estos supuestos de respetar la voluntad del testador, explícita o implícita, hay que entender que el primer llamamiento está hecho con la integridad de todas las facultades propias del carácter con que se les llama, sin excluir las de administración y que en caso de duda hay que inclinarse a favor del primer llamado, que es la persona a quien conoce el testador, a quien ha querido proveer de determinados medios de subsistencia, y a quien en la mayor parte de los casos ha eximido incluso de la obligación de afianzar. No hay, pues, por qué nombrar otro administrador, puesto que el testador ya lo tiene designado. (Véase Supra II-1).

Reforzamos esta idea con los argumentos siguientes:

1º El legislador sólo recurre al administrador dativo o legítimo en los casos de falta de designación por el testador. Arts. 1.044 y 1.045 de L.E.C.).

2º En el propio caso de ausencia, se dilata la declaración de ausencia cuando el ausente ha dejado apoderado para la administración de todos sus bienes hasta tres años después de la desaparición o de las últimas noticias. (Art. 184 C.C.).

3º Que es doctrina unánime, al tratar de estas situaciones de pendencia, que sólo será preciso nombrar administrador en los casos de patrimonio en situación de abandono, lo que no se da cuando, por una u otra causa, hay una persona que tiene legalmente la administración del mismo patrimonio.

4º Que si bien el Art. 801 emplea el imperativo, (se pondrá los bienes en administración) esta imperatividad está limitada a los supuestos en que los bienes quedaren en situación de abandono. De aparente imperatividad, califica esta frase Gitrama, en algún supuesto en que estima no debe ser aplicable⁴¹.

¿Puede anteponerse el administrador legítimo o dativo al testamentario?

Entendemos que no, pues aparte de los argumentos antes expuestos contamos como más ajustado al supuesto los siguientes:

41. El mismo, o. p. pág. 37.

1.º Esta administración que nace de una titularidad o derecho comprensivo de facultades de administración, sólo se sustituye por el administrador dativo o legítimo en supuestos excepcionales y por causas muy graves, como es el caso en el usufructo de falta de prestación de fianza, cuando se exige, y el mal ejercicio del derecho, únicos supuestos en que se ponen los bienes en administración, privando de ella al usufructuario, (Arts. 494 y 520 del Código Civil).

2.º Si hay preceptos como los Arts. 802 y 803 que van seleccionando sucesivamente para la administración legítima a coherederos con derecho a acrecer, al instituido subcondición, al legítimo, y por último al dativo, siguiendo un orden de intereses que intenta acomodarse a lo querido por el testador. ¿Cómo vamos a anteponerlos, desplazando a quién ha sido designado para ello por el testador a través de la concesión de un derecho que comprende la administración?

3.º Cualquier otra interpretación podría conducirnos a un resultado absurdo. El testador ya ha designado la persona que queda en la conservación y custodia de un patrimonio o de unos bienes, ya sea llamándole como tal o nombrándole fiduciario o usufructuario, y que hasta puede encontrarse relevado de la obligación de prestar fianza. Es absurdo sustituirle por el legítimo o por el dativo, quienes no cuentan con la confianza expresa del testador y sólo tienen la que, a falta de aquella, el legislador ha presumido.

¿Qué facultades tienen estos administradores?

El administrador testamentario tendrá todas las facultades que le haya conferido el testador, sin más límite que el respeto a las legítimas. De la voluntad del testador resultarán los límites, que pueden sobrepasar los legales o ser inferiores a estos. Si no se le han atribuido facultades especiales, ni se la han impuesto limitaciones tendrá al menos las legales, como pueden ser las que el artículo 186, en relación con el 804 le confiere. Son estas las facultades de los administradores legítimos y dativos.

Estas facultades referidas en el artículo 804 no se puede pensar que lo sean exclusivamente para los legítimos y dativos, sino que serán aplicables a quienes ejerzan esa función, aún siendo su nombramiento de otro origen, que sólo puede ser el de designación testamentaria. Si repasamos la letra del artículo 804 comprobamos que no limita su aplicación, pues dice simplemente: «Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes del ausente». No dice, como hace el Art. 802. «La administración de que habla el artículo precedente...», no establece distinción y por consiguiente tampoco hemos de hacerla nosotros que entendemos que

dichas facultades son de todo aquél que, de un origen u otro, ejerza las funciones de administración.

En cuanto al contenido de estas facultades hay que entender que son simplemente las de administrar. Pero nos encontramos con una administración gestonaria en la que los conceptos jurídicos de actos de administración y actos de disposición no coinciden con los conceptos económicos. Nos encontramos en el supuesto en que un administrador suple a un propietario impedido, y pensemos aquí en toda clase de impedimentos, ausencia, inexistencia, indeterminación, y entonces el administrador tiene que superarse en sus funciones, sus atribuciones tienen que ser superiores porque tendrá que realizar todo aquello que el propietario habría de hacer *si pudiera*. El administrador deberá realizar todo lo que sea útil a la gestión de un patrimonio, salvo aquellos actos que por especial disposición de la Ley le estén prohibidos. Así el campo de los actos de administración se hipertrofia, se ensancha, aumenta su número, y contemplados a través de otro prisma incluyen ventas, arrendamientos, recambios. Incluso los actos consistentes en ventas, hipotecas, gravámenes, pignoraciones, pueden encontrarse dentro de la órbita de actuación del administrador, cuando se trate de aquellos que caigan dentro del cotidiano giro y tráfico de un negocio. Sin embargo, entendemos, y especialmente dentro del tema que tratamos, que desde nuestro punto de vista, que es el jurídico, la enajenación y el gravámen son claros actos de disposición, y si por imperativos de una situación se permite que los realice el administrador llevarán siempre, como requisitos necesarios la adopción de las formalidades, requisitos y garantías que la Ley exija, salvo disposición en contrario del testador⁴².

En resumen, en todas estas cuestiones preferimos resolver según el criterio que pudiéramos llamar voluntarista. Un camino exclusivamente conceptualista,

42. Gitrama, Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XIX, pág. 144 año 1978. El acto de administración en el Derecho Civil. En el sentido expresado explica que el jurista ha de fundar su investigación en la persona titular del patrimonio, y caso de dualidad de sujetos, en las relaciones personales en que dicha persona se halla con el administrador cita a, Goldschmidt que distingue tres grupos: A) Administrador de patrimonio ajeno en virtud de negocio jurídico, v. gr. mandato. B) Administrador que suple a un propietario impedido (pensemos en toda clase de impedimentos (incapacidad, ausencia, indeterminación e inexistencia) y C) Administradores de su propio patrimonio, pero con limitaciones (emancipado, pródigo). Pues bien, respecto del grupo B, en que indudablemente se sitúa el supuesto que contemplamos, dice: «Entonces el administrador tiene más atribuciones, realiza todo aquello que el propietario haría *si pudiera*. Es insostenible entonces la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio. El administrador deberá realizar cuanto sea útil a la gestión del patrimonio, salvo aquellos actos que por especial disposición de la Ley le están prohibidos. Cita también a Trasbot, quien no excluye la aplicación correcta de acto de administración con la máxima extensión de facultades, siempre que no haya voluntad formal contraria del legislador. El mejor antídoto contra todo raquitismo legal al respecto.

con las ideas de que donde haya usufructo hay una nuda propiedad y de que quien es administrador no puede ir más allá de los actos de pura administración, y de que sólo es administrador quien aparezca llamado con tal nombre, no siempre conducen a soluciones justas. Hay otro camino más humano, más acorde con las realidades y a la vez más efectivo y que es el de indagar la voluntad del testador, ley fundamental en toda esta materia y de donde debe salir la determinación del titular interino y de sus facultades⁴³.

¿Qué diríamos de aquel usufructuario a quien se le llama como heredero universal en usufructo, y a la vez queda indeterminado el nudo propietario e incluso no se habla de nuda propiedad? En lo primero que se piensa es en que el testador ha querido dejarlo en libertad de gestión fuera de cualquier injerencia. Si nos encontramos con que el testador atribuye un derecho como éste, con facultades de administración «in nómine proprio» ha eliminado la necesidad de buscar titular interino a la vez que ha manifestado su voluntad de depositar en el llamado aquella función⁴⁴. Lo que sí debe estimarse contrario a su voluntad es la privación de dicha administración para colocar a otra persona en su lugar⁴⁵.

Consideración especial del usufructuario con nudo propietario indeterminado.

El fiduciario y el instituido con una condición sine liberis decesserit, son propietarios, con titularidad dominical que les atribuye facultades dispositivas, que están condicionadas, pero las tienen, y no hay duda de que pueden disponer, si bien su disposición estará afectada a la causa resolutoria y a sus resultados.

43. Vallet de Goytisolo. Instituciones Sucesorias, Voll. II págs. 341.

44. Torralba Soriano, comentando los artículos 800 y 801 del Código Civil en «Comentarios al Código Civil, en su centenario», Ministerio de Justicia, pág. 1.956, dice que en los casos de condiciones resolutorias, lo más procedente podría ser que el propio heredero tuviera la herencia en sus manos, bien como administrador o bien, como parece más acertado, lo tuviera en plena propiedad, con garantía de restitución en los términos en que establece el art. 800. En definitiva dice, y en el mismo sentido cita a Albaladejo, que lo que parece más aceptable es que el art. 800 rijan, por analogía, para todas las condiciones resolutorias. O sea que se conserve la administración por el primer llamado, sin perjuicio de las pertinentes medidas de garantía.

45. El Tribunal Supremo, en sentencias de 26 de Mayo de 1981 y 25 de Abril de 1983 se ha mostrado muy restrictivo a este respecto. En la segunda de ellas en que unos sobrinos pedían la puesta en administración de los bienes dejados al usufructuario con facultad de disponer, que era el esposo de la testadora, entendió que no podía aplicarse ninguna medida asegurativa e interventora en cuanto a los bienes relictos, ya que su único titular es el demandado, único heredero en la actualidad, confirmó lo argumentado por la Audiencia donde se dijo que al no tratarse de condiciones suspensivas no pueden decretarse medidas cautelares pedidas al amparo del art. 801 del Código Civil.

El usufructuario es titular de un derecho real en cosa ajena y por la naturaleza de su derecho no tiene facultades de disposición del pleno dominio, pues si hay que disponer de éste serán los nudos propietarios quienes lo hagan y sólo cuando se trate de transmitirlo libre del usufructo será precisa la intervención del usufructuario. Así las cosas es lógico preguntar. ¿Por qué en algunos casos se ve investido de facultades dispositivas y puede enajenar, partir y gravar?

Quienes han tratado de esta materia no se han adentrado en la cuestión. Cámara, en su citado trabajo⁴⁶ no se ocupa del usufructo y se centra en la partición, enajenación y gravamen de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional. Más recientemente Lanzas Galvache y Selva Sánchez estudian la sustitución fideicomisaria condicional y uno de los fundamentos de su trabajo es la calidad de propietario que tiene el fiduciario, merced a la cual puede disponer⁴⁷. González Palomino trata de transmutar el usufructo en sustitución fideicomisaria condicional, y la presenta con la denominación de pseudo-usufructo⁴⁸.

Sin embargo, la experiencia nos tiene demostrado que es en el usufructo donde se plantea el problema con mayor frecuencia. Muchas de las sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros que han tenido que afrontar estas cuestiones han tenido su origen en casos de usufructo o al menos de relaciones jurídicas bautizadas con aquel nombre. En todos estos casos el recelo ante la concesión de facultades dispositivas a un mero titular de un derecho real en cosa ajena se ha convertido en el más difícil obstáculo.

Son muchos los matices que un usufructo, especialmente el de origen testamentario, puede ofrecer. Dejando a un lado los que se presentan en algunas viudedades de derecho foral, y aquellos usufructos constituidos con el carácter de usufructos de gestión, de donde resultan facultades dispositivas amplias y suficientes para el buen funcionamiento y administración de un negocio e incluso aquellos otros que verdaderamente son situaciones de sustitución fideicomisaria donde al fiduciario se le denomina usufructuario y en general todos los supuestos en que indagando la voluntad del testador se puede llegar a entender concedidas facultades dispositivas. Vamos a tratar del supuesto más difícil, simplemente del usufructo normal, como derecho real en cosa ajena y sin más modalizaciones.

46. Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria. *Revista de Derecho Privado*, 1948, Julio-Agosto. Págs. 637 sgtes.

47. Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas. *Homenaje a Vallet*, Vol. II págs. 769 y sgtes.

48. Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario. Enajenación y gravamen de bienes pseudo usufructuados. Obras citadas.

En cualquier especie de usufructo, el usufructuario es administrador. Así resulta de las líneas generales de este derecho real. Tiene el derecho, que a la vez se puede calificar de función, de administrar los bienes usufructuados. En nuestro Código Civil, aunque sólo en uno de sus artículos dedicados al usufructo se utiliza la palabra administración, resulta este carácter de otros preceptos y de la regulación en general⁴⁹.

Esta administración, que como parte de su derecho real le pertenece, sólo puede perderla en los casos en que el propio Código Civil tiene previstos y que son la no prestación de fianza (Art. 494) teniendo el testador la facultad de dispensar de dicha obligación⁵⁰ y el caso de abuso que infiriese graves perjuicios al propietario (Art. 520). Fuera de estos casos no se le puede privar de la administración que tiene por su propio derecho, y a ello se suma en muchos casos el haberle cualificado en dicha función el propio testador.

VENEZIAN trata al usufructuario como algo más que un mero titular de un ius in re aliena, en razón a su deber de custodia, que supone actividad dirigida a mantener la cosa en su destino específico, en aptitudes para producir utilidad. Este deber de custodia patrimonial lo considera semejante al caso del tutor, del padre, de los mandatarios, de los gestores de negocios y también de los representantes del ausente, encajando en el prototipo del curator bonorum, que es en resumen nuestro titular interino⁵¹.

Este carácter natural de administrador que tiene el usufructuario, se encuentra siempre en el espíritu de las leyes reguladoras, y se trasluce nítidamente en algunos casos como es el de la Ley 420 de la Compilación de Navarra, donde de forma directa atribuye esta facultad de administrar, incluso después de extinguido el usufructo y mientras no se determine la persona a quien irán a parar los bienes, al que fue usufructuario o a sus herederos.— (Infra V-2. Derecho especial de Navarra).

También de la Compilación de Navarra, Ley 259 aparecen facultades dispositivas para el viudo, impuestas en su número cinco como consecuencia

49. Son los arts. 491 y 492, necesidad de prestar fianza, consecuencias de su actividad de gestión; art. 487, deber de cuidar las cosas como un buen padre de familia; art. 480 que le faculta para arrendar; 486, facultad de ejercitar acciones en defensa de los bienes 500; facultad de realizar reparaciones. La palabra administrar se utiliza sólo en el art. 490 al decir que el usufructuario de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que corresponden al propietario de ella referentes a la administración...

50. Sentencia del T. S. de 11 Marzo 1911 y otras.

51. Obra citada, Vol. II, pág. 514. El usufructuario de un establecimiento mercantil o industrial ejerce una actividad distinta de la mera custodia para conservar la organización del conjunto y de la que depende su eficacia productiva. Págs. 521, 522, 526 y 527, Vol. II. Esta facultad y a la vez deber de custodia, los encuentra en el Código Civil italiano, entonces vigente, en su artículo 511, semejante en su espíritu al de igual numeración del Código español.

de su deber de pagar con dinero de la herencia las deudas del cónyuge premuerto que fueren exigibles. Si no hubiere dinero suficiente podrá enajenar bienes de la herencia, previo acuerdo, con los nudo -propietarios, y a falta de éste o si aquellos fueren desconocidos o estuvieren ausentes, será necesaria la autorización judicial para enajenar bienes.

Todo esto aparece unido en la legislación de Navarra a la situación de analogía que se mantiene entre usufructo y sustitución fideicomisaria⁵² y a las facultades de disposición con subrogación real y mediante autorización judicial que se conceden al fiduciario.

Los actos de disposición que realiza el usufructuario en todas esas situaciones de pendencia no las realiza en nombre propio, ni en uso de facultades integrantes de su derecho real, sino en su situación de titularidad interina sobre un patrimonio encargado a su custodia y acompañando su actuación con la autorización judicial que suplirá la falta de asistencia de los titulares preventivos.

La Resolución de 22 de Diciembre de 1950 explica esta solución con toda detalle. En un caso de usufructo, llamados después del fallecimiento de la última usufructuaria los hijos o descendientes de ésta, dijo que cabría estimar creada, por la indeterminación temporal de 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 a la usufructuaria* que salvaría la anómala concesión de poderes dispositivos a la misma y el obstáculo que implica la representación de personas inexistentes.

También es de destacar el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Abril de 1953, ya citada, y que considera bien hecha la venta realizada por la usufructuaria y quienes aún no son los nudos propietarios, ni se sabe si llegarán a serlo, pero que en el momento de la disposición integraban la stirpe llamada. Estimando así suficientemente representados los intereses de ésta, considera integradas las titularidades interinas y preventivas y con ello suficientes facultades dispositivas, acompañadas de la subrogación real de la contraprestación.

En resumen, la facultad de disposición que ejerce el usufructuario no es una de las integrantes de su derecho real en cosa ajena, sino consecuencia de su situación de titular interino, legitimado por la función de custodia y conservación de un patrimonio, y a quien, para suplir la falta de los

52. Leyes 410 y 412 que en materia de garantías que debe prestar el usufructuario y de límites de llamamientos se remite a los artículos 231 y 224 relativos a sustituciones fideicomisarias.

indeterminados titulares preventivos se le autoriza judicialmente para que realice la subrogación de bienes que el juez ha estimado necesaria o útil dentro del referido patrimonio.

5. Recurso técnico de la aplicación analógica.

La doctrina que más ha propiciado el camino para la solución de este problema que estamos tratando ha sido la ya recogida y expuesta por la Don. Gral. en varias resoluciones, consistente en calificar la situación como de pendencia y la distinción entre titularidad interina y titularidad preventiva. Pero no es suficiente por sí sola puesto que queda por determinar el procedimiento adecuado a seguir y las garantías a adoptar en los delicados casos de disposición de bienes. Para obtenerlos del propio derecho positivo, los estudiosos de este tema han buscado en el Código Civil preceptos que traten situaciones semejantes y que puedan ser aplicados por analogía.

En uno de estos trabajos⁵³ se prestaba atención al artº 1.428, entonces, remitente a la Sec. 5, Cap. 5, título III del libro tercero, y a la segunda y tercera del capítulo III del título III del libro cuarto del Código Civil, especialmente a la primera remisión relativa a la aceptación de la herencia a beneficio del inventario, arts. 1.010 a 1.034, donde se contiene un procedimiento sencillo y de garantía, con intervención judicial y que sería aplicable a casos de liquidación de sociedades de gananciales con uno de los partícipes indeterminado. Hoy el art. 1.410 hace una remisión más amplia, sin cita de preceptos, pero sometiéndose en lo no previsto respecto a la formación de inventario y reglas sobre tasación y venta de bienes y demás operaciones de división y adjudicación a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia.

Otra tesis⁵⁴ es la que estima que el Código Civil ofrece su solución en los arts. 801 y 804 en su remisión a las facultades del administrador de los bienes del ausente, art. 186, o sea el caso de la administración de la herencia sometida a condición suspensiva. Si bien el fiduciario no es el mismo administrador a que se refieren dichos preceptos, hay que buscar la *coincidencia en la función* de ambos en un determinado momento, suficiente para aplicar, con relación a dicho momento al fiduciario las normas relativas al administrador. Reforzando la argumentación de analogía se destaca el gran paralelismo existente entre condición suspensiva y resolutoria, y el mismo

53. González Palomino. Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario. págs. 147 y sgtes. Enajenación de bienes pseudo usufructuados págs. 30 y siguientes, de Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio.

54. Manuel de la Cámara Alvarez. Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria. Revista Derecho Privado, Julio-Agosto 1948, págs. 637 y sgtes.

trato a que se somete a una y otra (arts. 971 y 1.123 del Código Civil) y estos supuestos de indeterminación estarán siempre dependientes de una condición de una u otra clase.

Recientemente⁵⁵ se ha propuesto aplicar por analogía directamente el art. 186 sin utilizar como puente el 804, el apoyo legal está en el art. 4, con el que antes de la reforma del Código Civil de 1975 no se contaba y que dice: procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón» y se cumplen todos los requisitos, el incuestionable de existencia de laguna legal; la identidad de razón, igualdad jurídica esencial, (el poseedor de bienes del ausente y el fiduciario actúan en interés de un sujeto indeterminado, a la vez que en el propio); e inexistencia de voluntad contraria del legislador, ya que el propio legislador lo ha usado expresamente en otros supuestos, y es para lo que utilizan el artículo 804, como apoyo de este último requisito preciso para la analogía.

Han dado su visto bueno a estas elaboraciones doctrinales otras muchas voces autorizadas, calificándolas de acertadas⁵⁶, utilizándolas como ya asentadas en algunos dictámenes⁵⁷ admitiéndolas y añadiendo algún razonamiento, como puede ser el de que si al amparo del art. 7, (abuso de derecho) en casos de utilidad o necesidad fuera necesario el consentimiento del fideicomisario y por no prestarlo éste se solicitare del juez su autorización supletoria. ¿Por qué no utilizar ésta en los casos de inexistencia o indeterminación?⁵⁸.

La Dirección Gral. de los Registros, en Res. de 22 de Diciembre de 1950 en sus considerandos detallaba: «la usufructuaria como administradora de los bienes de la herencia, tenían 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». Lo entendía como analogía, más o menos forzada, que no rechazaba pero, por especiales circunstancias de aquel expediente, denegaba la inscripción.

No obstante la misma Dirección General, en otra Res. de 7 de Mayo de 1960 decía que los artículos 802 y 803 del Código Civil deben ser

55. Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas. Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, págs. 793 a 808. De los Registradores Joaquín Lanzas Galvache y Luis M. Selva Salchez.

56. Angel Sanz Fernández. Instituciones de Derecho Hipotecario, tomo II págs. 376 y sgtes.

57. Juan Vallet de Goytisolo. Dictámenes de un Notario. 1987, págs. 449 y sgtes.

58. Silvia Díaz Alabart. Comentarios al C. C., Albaladejo, Tomo X, vol. 2.º págs. 332 y sgtes.

interpretados restrictivamente y no consienten en ampliar las facultades a personas distintas de aquellas a las que la Ley se las reconoce. Lo afirma así de forma simple. No aporta, ni siquiera busca, un fundamento a este criterio restrictivo. Una norma jurídica susceptible de aplicación analógica en unos supuestos, puede no serlo en otros. Estos mismos preceptos citados pueden ser aplicados en dos direcciones muy distintas. Una de ellas, función de *intervención fiscalizadora*, puesta en administración y subsiguiente privación de la posesión a las personas que eventualmente la tuvieren. Otra dirección, determinación de *la manera* de administrar, extensión de las facultades del administrador y medidas de garantía que deben acompañar en ciertos casos. En la primera dirección la norma tiene algo de excepcional, de limitativa, de odiosa y ello explica la exclusión de la analogía y la aplicación restrictiva que el T. S. ha recogido en algunas de sus sentencias⁵⁹. Aunque incluso en este aspecto de medidas de intervención fiscalizadora y garantía hay opiniones muy autorizadas que estiman aplicable por analogía a este artículo 801 en otros muchos casos⁶⁰. En la segunda dirección la norma no tiene nada de odiosa ni de restrictiva y no hay impedimento para aplicar por analogía esta forma de administrar a otros supuestos semejantes. Se da coincidencia de situación esencial, administración de un patrimonio que hay que conservar para un titular que aún está pendiente de determinación. Las diferencias que pudiera haber afectan a circunstancias accidentales. Si esencia y circunstancia coincidieran no estaríamos en caso de aplicación analógica, sino de aplicación directa del precepto.

Las citadas resoluciones son anteriores a la reforma del Código Civil de 1975. La jurisprudencia y la doctrina admitían la aplicación analógica en base al principio general de que donde hay la misma razón hay que aplicar el mismo derecho y buscando un soporte de derecho positivo se citaba la disposición transitoria 13 al disponer que «los casos no comprendidos en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento». El T. S. lo recogió en varias sentencias, pero se cita sobre todo la resolución de la Don. Gral. de fecha 20 de Junio de 1904⁶¹ en la cual hay que destacar

59. 26 de Mayo de 1981 y 25 de abril de 1983. En el segundo caso se trataba de un viudo dejado usufructuario por su esposa, y los sobrinos pedían la administración como presuntos titulares para cuando se cumpliera la condición. El T. S., con igual doctrina que la sentada en el caso de la primera citada dijo que al no tratarse de una institución sujeta a condición suspensiva no se puede decretar las medidas cautelares previstas en el art. 801.

60. Manuel Gitrama. La administración de Herencia en el Derecho Español. Cita la administración en caso de institución a plazo, pág. 39; para la herencia a favor de persona jurídica en período de constitución o aún no constituida, págs. 57; en las precauciones a adoptar en el caso de viuda encinta, pag. 43; institución a favor de no concebidos, pags. 52 y 53.

61. Era una donación a un párroco y a quienes le sucediesen como tales, prohibiéndoles la disposición, se aplico el art. 785, dejando sin validez la prohibición de enajenar, y si bien este artículo está en el capítulo de la herencia debe entenderse extensivo a toda disposición que envuelta tal prohibición aunque esté contenida en contrato inter vivos, no sólo porque

el reto que suponía la aplicación analógica de un precepto de carácter sancionador, limitativo, odioso, y por consiguiente poco adecuado para aplicarlo por analogía. Se presentaban contrapuestas dos opciones de signo odioso. O se aplicaba el artículo 785 que dejaba sin efecto la prohibición de enajenar impuesta por el causante, o dejaba de aplicarse, y entonces surgía la prohibición de enajenar perpetua, de signo no menos odioso. Se optó por la aplicación del citado artículo.

Después de la reforma de 1975, regulada ya expresamente la analogía en la forma en que lo hace el artículo 4º del CC, hemos tenido otras resoluciones de la Don General que se refiere a este problema. En la de 1 de Septiembre de 1976, se refiere, sin que sea necesaria, y a la vez sin rechazarla, esta doctrina de la interpretación analógica de los artículos 801 a 804, y también la de 29 de Enero de 1988, donde sin basarse en la analogía se hace una interpretación extensiva de esos artículos, pues si bien parece que se aplican directamente en realidad se extiende su aplicación más allá de la letra estricta, puesto que los administradores, legítimos o dativos, han de ser expresamente designados por la autoridad judicial, y en el caso en cuestión se atribuye sin más este carácter y sus consecuentes facultades a quienes están en posesión actual de dicho estado simplemente de hecho, sin nombramiento judicial⁶².

En realidad no es que pensemos que la regulación expresa de la analogía en nuestro C. Civil haya dado lugar a una nueva orientación, pero si entra dentro de lo lógico que el carácter de funciones sociales que la Constitución da a la propiedad y a la herencia, la legislación administrativa que en base a esa misma función social imponen movilidad a la propiedad, hayan dado nueva orientación interpretativa, sin olvidar el ejemplo dado por las legislaciones forales, que siguiendo un criterio muy semejante al que resulta de dicha interpretación han ofrecido soluciones eficaces.

donde hay la misma razón debe de aplicarse el mismo derecho, sino también porque de lo contrario se eludiría fácilmente el propósito del legislador, inspirado en las leyes desamortizadoras de impedir en lo sucesivo la amortización de la propiedad inmueble.

62. De la Res. de 29 de Enero de 1988, ya tratamos extensamente en otro lugar y respecto del carácter de administradores que en aplicación del art. 802 atribuye a los nietos nudo propietarios existentes ya, recordamos lo que en relación a su nombramiento dice en sus comentarios a estos artículos Torralba Soriano (Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia, págs. 1.963 y sgtes.) donde después de decir que será prioritario el administrador nombrado por el testador y sujeto en cuanto a normas de administración a lo dispuesto por éste, afirma que, en todo caso, (y cita a Albaladejo) el nombramiento de administrador pertenece al juez, y no sólo en el supuesto del dativo (art. 803 segunda parte) sino en los casos de los legítimos, (art. 802 y 803 primera parte) ya que nunca se trata de que la administración corresponda automáticamente.

IV. POSICION DE LA JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección General de los Registros tienen como común y superior fin el logro de la uniformidad en la aplicación del Derecho, pero la función práctica a través de la cual sienta cada uno de ellos su doctrina origina apreciables diferencias entre ambos. Mientras que en el Tribunal Supremo se sentencia después de un largo contencioso, en la Dirección General de los Registros el contencioso no existe. En la primera se decide ya en última instancia, en la segunda es de preveer un posterior procedimiento judicial y hay que cuidar no prejuzgar cuestiones. Así como en la primera se resuelve después de practicadas numerosas pruebas (testimonios, documentos, reconocimiento judicial, citación de todos los interesados) en la segunda sólo se cuenta con el contenido del Registro y la documentación presentada. La primera dispone de potestad para resolver, por lo general, con todos sus efectos, en tanto que la segunda ha de limitar su resolución a inscribir, suspender o denegar su inscripción, sin adentrarse en el fondo del asunto. Sin embargo la de la Dirección General ha ido normalmente de forma más directa, en la materia que nos ocupa, a determinar la validez de los actos relativos a la disposición de bienes que están afectos a estas limitaciones que estamos tratando.

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ha tenido ocasión de fijar la doctrina legal en algunas cuestiones en las que se observaba cierta confusión. Así tenemos:

El examen de la disposición testamentaria para determinar si se trata de una *sustitución fideicomisaria o de un usufructo*.

En esta cuestión, ha prevalecido normalmente la atención primordial a la *voluntad del testador*, comenzando por la interpretación *literal* siguiendo

el art. 675, que pone en primer lugar, a no ser aparezca ser otra la voluntad del testador, *el sentido literal de sus palabras*. De acuerdo con esto ha sentado el principio de que donde hay un usufructuario hay un nudo propietario. En este sentido la sentencia de 25 de Abril de 1963.

Esto no indica un dogmatismo riguroso, que busque necesariamente a un nudo propietario determinado siempre que llame a un usufructuario, ni una literalidad a ultranza, pues en otras sentencias busca la verdadera voluntad del testador superando los términos literales, así en la sentencia de 31 de Diciembre de 1974 examina la declaración de voluntad y aprecia que hay una múltiple vocación, establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición y gravamen de conservar y entregar bienes, y con ello es suficiente para determinar la existencia de sustitución fideicomisaria, y en otra sentencia 4 Diciembre 1975, reafirma el criterio, y dice que «los actos jurídicos son lo que son y no lo que digan las partes».

En otras muchas sentencias (3 de Abril de 1965, 8 de Julio de 1940, 6 de Marzo de 1944, 1 de Junio de 1946, 6 Febrero 1958, 4 Junio 1959, 21 Febrero 1962, 4 de Marzo 1952 y 4 Noviembre 1961) sigue una interpretación teleológica, indagando, preferentemente en la voluntad del testador, que trayectoria quería que siguieran los bienes.

Otra cuestión dudosa afrontada con criterio uniforme por la jurisprudencia del T. S. ha sido la referente a los llamamientos a *nundum concepti* o a sujetos indeterminados. Claro estaba que sí lo podían ser por medio de la sustitución fideicomisaria, ya que cabe en el art. 781. Fuera de ella se solía desechar la posibilidad para los no concebidos e indeterminados por falta de personalidad en el momento de la muerte del testador. El T. S. en sentencias de 17 de Marzo de 1934 y de 29 de Noviembre de 1945 admite la posibilidad, en base a los artículos 749, 29 y 30 del *Código Civil*, especialmente teniendo en cuenta que será al cumplirse la condición cuando se determine el sujeto y cuando ha de tener capacidad para suceder, (en la última de las sentencias (ponente Castán) se afirman los argumentos con cita del art. 754 del *Código italiano*). En la primera de las citadas se dice que no se quebranta con ello la jurisprudencia que dice que donde hay un usufructuario hay un nudo propietario, porque no deja de haberlo, en este caso pendiente condición, ya que durante el tiempo del usufructo la nuda propiedad está en la situación regulada en los arts. 801 a 804 del *Código Civil*, de modo eventual y variable, a favor de quienes serán en el momento de cumplirse la condición, ya sean los llamados o bien los herederos del testador al fallecer el usufructuario, o los legítimos, unos pendientes de condición suspensiva y otros de la resolutoria puesto que la incertidumbre juega para unos en un sentido y para los otros en el opuesto. En semejante sentido la sentencia de 25 de Abril de

1963 que dice que se puede nombrar a personas no nacidas ni concebidas y a personas inciertas siempre que de algún modo sean identificables, y es muy común que se diga, mis descendientes, sin más. Muy semejante a éstas es la de 14 de Mayo de 1975.

En la misma sentencia de 25 de Abril de 1963, se pronunció sobre otra materia de interés y es la relativa a que la *partición practicada por el contador partidor equivale a la hecha por el testador*, ya que en cierto modo es su representante y debe ser respetada por los Tribunales.

También ha matizado el T. S. la cuestión relativa a si el llamamiento es a plazo o condicional. Distingue según la condición sea impuesta para que a su cumplimiento *se adquiera la cualidad de heredero* o si lo que determina es la *entrada en la posesión de los bienes*. En el primer supuesto habrá de ser capaz en el momento de cumplirse la condición, por aplicación del art. 758, y en el segundo habrá de serlo cuando fallezca el causante, aplicando con ello el art. 799 del Código Civil. Así se trató en la *Sentencia de 12 Febrero de 1915*.

En la sentencia de 17 de Abril de 1953, se tratan bastantes puntos de interés, pues se afronta precisamente el problema de disposición realizada por usufructuaria y nudos propietarios aún indeterminados. La usufructuaria y los que pudieran ser, puesto que aún no lo eran, los nudos propietarios pendientes de determinar vendieron, juntamente con otros coparticipes: un inmueble en el que les pertenecía, en dicha forma una pequeña cuota. La venta se hizo en documento privado, y al exigir al comprador el cumplimiento y el pago del precio, éste se negó argumentando que los vendedores no tenían facultades dispositivas, ya que la usufructuaria carece de ellas y los nudos propietarios están aún pendientes de determinación. En primera instancia prosperó el criterio del comprador, pero no en la segunda ni en el recurso que dio lugar a esta sentencia.

Admite, aunque sin utilizar esta terminología, la *conjunción de las titularidades interina y preventiva como suficientes* para disponer al decir «No es antijurídico estimar que si conjuntamente actúan los titulares del usufructo y nuda propiedad pueden enajenar con pleno dominio para el adquirente».

También es de advertir la *fórmula que adopta para concretar la titularidad preventiva*. La considera constituida por *los sujetos que de cumplirse la condición en el día de hoy serían los llamados*, o integren la estirpe de los llamados, aunque el hecho de que lleguen a ser o no ser titulares depende del cumplimiento o no del acontecimiento que constituye la condición. Pues dice: «...por una parte la usufructuaria» y por otra la nuda propiedad atribuida

a los descendientes de ésta, quienes, aunque no logren la consolidación de su derecho hasta el día cierto, si bien no determinado, del fallecimiento de su madre, tienen, al nacer a la vida jurídica la expresada nuda propiedad «in stirpe», la cual, como antes se afirma no puede quedar en el aire y por tanto se hallan capacitados para ejercitar los derechos que correspondan a la misma durante esta situación de facto, situaciones jurídicas éstas que también fueron contempladas por las diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros, 29 de Diciembre 1906 y 12 de Enero 1944».

Toma, además en consideración los *motivos de utilidad y necesidad* al considerar que «...tanto la usufructuaria como los nudos propietarios convienen, por actuales razones de utilidad y necesidad, en sustituir aquella porción indivisa adjudicada, por otra base económica de igual valor...». Se observa como el interés tenido en cuenta no es sólo el del sujeto indeterminado que se espera sino el de la propia usufructuaria.

Y por último se apoya en la *subrogación real*, al explicar como «siempre que por continuar atribuidos en la misma forma que anteriormente lo estaban los respectivos derechos *sobre el nuevo bien que la contraprestación del adquirente* en el negocio jurídico realizado ha proporcionado, ni desaparezca la institución testamentaria condicional preestablecida ni sufran perjuicio los instituidos, tanto presentes como futuros, en aquellos derechos que respectivamente les otorgó la aludida institución»... «No pretendían los vendedores destruir la situación jurídica de usufructo y nuda propiedad que afectaba a lo que se enajenaba... sino cambiar su base económica». O sea que consagra como fundamento de la posibilidad de enajenación a la subrogación real, aunque no utiliza nunca este término.

El legado en principio fue de cantidad, pero se le dio cumplimiento adjudicando en pago del mismo, entre otros bienes, una cuota indivisa de un inmueble, por lo que realizada la adjudicación se concretaba el derecho en una cosa determinada, una cuota del inmueble, la cual sería sustituida por su valor o, mejor dicho, por la contraprestación recibida.

2. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros.

Función principal del conjunto de estas resoluciones es la uniformidad de criterio en las calificaciones registrales. No obstante la natural evolución impuesta por el transcurso del tiempo, el reflejo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las nuevas orientaciones doctrinales, las exigencias de la práctica y las novedades resultantes de la evolución económica y social, alteran bastante esta uniformidad y nos permiten distinguir en su desenvolvimiento

varias etapas, que ciñéndonos a la materia que estamos tratando son las siguientes:

Primera etapa, inmediata a la promulgación de la Ley Hipotecaria, en al que se destacan, en la confusión de los primeros momentos de aplicación de un régimen nuevo, las denegaciones de inscripción que surgen en cuanto aparece una condición resolutoria, por aplicación muy rigurosa de los arts. 37 y 109 de la Ley Hipotecaria⁶³. Hubo lugar a la Resolución de 22 de Febrero de 1864, atendiendo consulta hecha desde Cataluña donde claramente se determina que los bienes afectados a condiciones resolutorias pueden inscribirse, así como sus enajenaciones y gravámenes, expresando en el asiento tal condición; que dichos bienes pueden enajenarse y gravarse o hipotecarse pues la Ley Hipotecaria no ha cambiado el estado del derecho sustantivo y la enajenación o la hipoteca nunca perjudicarán a las personas eventualmente llamadas salvo a quienes hubieran consentido expresamente su enajenación⁶⁴.

Segunda etapa, principios de siglo, con el Código Civil, relativamente reciente y conjugándose con los preceptos hipotecarios ya asimilados en todas las esferas jurídicas. La solución dada por la jurisprudencia anterior, posibilidad de enajenar y disponer con subsistencia del gravamen resolutorio, ya no se recibió por la práctica como suficiente, pues la pretensión era la de enajenar como libres. En los tratadistas de derecho civil de aquella época no se afronta este problema, ni se le busca solución. La práctica utilizó la autorización judicial como medio de garantía para superar la falta de facultades dispositivas. Lo admitió así la resolución de 29 de Diciembre de 1906, en cuyo supuesto de hecho un padre usufructuario, cuyos nudos propietarios son sus hijos nacidos o nacerlos, vende en nombre de ellos, con autorización judicial, justificada la necesidad o utilidad de la enajenación y sustituyendo los bienes vendidos por su subrogado, valores del Estado según lo acordado

63. La resolución de 27 de Octubre de 1863 en que se admitió la enajenación, entendiéndose que el art. 109 sólo se refiere a las resolutorias no a las suspensivas seguidas de otras muchas admitiendo la inscripción, aparte de la citada de consulta de 1864, tenemos las de 26 de Marzo de 1867, Abril de 1868, 28 de Julio de 1887, 21 de Agosto de 1894 y 25 de Junio de 1903. En todas estas resoluciones se insiste en que la Ley Hipotecaria es sólo derecho adjetivo y que siempre hay que estar al C. C. como principal y sustantivo, y se culmina la idea de que en los títulos sucesivos y en las nuevas inscripciones no es preciso repetir la existencia del gravamen resolutorio, puesto que ya figura en las anteriores, y se vuelve a reiterar en las resoluciones de 17 de Octubre de 1919 y 1 de Octubre de 1920.

64. Otras resoluciones de esta época, relativas a esta materia, tratan de vinculaciones y mayorazgos, con gran liberalidad como la de 3 de Julio de 1878, permitiendo que se realicen actos de disposición por el actual poseedor y el inmediato sucesor que reúnen la capacidad legal necesaria para alterar juntos la división y partición de los vínculos, sin autorización judicial que sólo es precisa sin son menores, incapacitados o desconocidos, esta resolución y en otras (3 Julio 1878 y 21 Agosto 1894) se nota el influjo sobre la jurisprudencia en general, de la todavía no muy lejana legislación desamortizadora. En todas se citan las leyes desamortizadoras de 11 de Octubre de 1820; Decreto de 15 de Mayo de 1821; Ley 26 de Junio 1821, Decreto 30 de Agosto 1836 y Ley 9 de Agosto 1841.

por el juzgado. En el recurso se acuerda la inscripción considerando que con dicha venta no se lastiman los derechos de los demás hijos que pudiera tener el referido padre usufructuario, puesto que se trata de sustituir unos bienes por otros en la forma acordada por el juzgado y por otra parte se encuentra cumplido el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ya que se solicita la previa inscripción a favor de las personas en nombre de las cuales se dispone.

Esta solución se siguió por la practica, pero otras muchas resoluciones resolvieron en sentido contrario⁶⁵ con los argumentos de que no es procedimiento adecuado y que la autorización puede ser válida cuando se vende en nombre de los hijos nacidos, pero no de los nacederos.

También se extiende la dificultad a las operaciones de división y partición, pues la resolución de 22 de Mayo de 1944, en cuyo supuesto se trataba de dividir una cosa perteneciente por cuotas a varios titulares, dos tercios de una sexta parte pertenecería a los hijos que pudiera tener la usufructuaria de dicha cuota, se confirmó la denegación en base a que sólo cabría hacer la división *el día del fallecimiento de la usufructuaria*. La disolución de comunidad, aunque no *equivalga a una enajenación se parece mucho a ella*, y es necesario que los bienes pertenezcan a quienes efectúen la división, supuesto inexcusable para llevar a cabo las adjudicaciones individuales de los bienes distribuidos⁶⁶.

La que llamaremos *tercera etapa* la encontramos cuando juristas prácticos, al final de los años cuarenta⁶⁷, resaltan la necesidad de resolver este

65. 10 Septiembre 1918; 23 Julio 1924; 21 Octubre 1924; 16 Septiembre 1929 y otras. Se viene a decir en todas ellas que no vale afirmar que el actual poseedor asume la representación de los hijos futuros, en algunos casos los titulares serían incluso nietos, sobre ellos no tendrá nunca la patria potestad. Esto llevaría a una pluralidad de representaciones condicionadas no contenidas en el art. 164 del C. C. y a una confusión de los derechos de los llamados sucesivamente a la manera de fideicomisarios, tan sólo por la circunstancia de aparecer unidos por los vínculos de paternidad y filiación.

66. En otra resolución anterior, 12 de Enero de 1944. En el testamento se llama a la viuda al usufructo, y a la nuda propiedad a los hijos o a sus descendientes. La viuda renunció al usufructo y se hicieron las adjudicaciones. A pesar de que hasta que no falleciera la viuda no aparecerían determinados los nudos propietarios, se declaró inscribible la adjudicación aún con la duda de si el momento decisivo es el de la renuncia o el del fallecimiento, queda cubiertas dichas dudas ya que la adjudicación ha sido hecha bajo la condición resolutoria constatada que anuncia a los terceros los peligros de contratar con los indicados sucesores. En la misma resolución se destaca que «aun a riesgo de parecer a veces contradictorias» las resoluciones entre sí y con las sentencias del T. S., hay que ponderar en cada caso no sólo las palabras empleadas o la intención manifestadas, sino las valoraciones de las sustituciones, el alcance de la representación y fijación de las estirpes llamadas.

67. José González Palomino. Diagnóstico y tratamiento del Pseudo usufructo testamentario. Notas a la Resolución de 12 de Enero de 1944. Manuel de la Cámara Alvarez, Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria. Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto 1948, págs. 537 y sgtes. Ramón M.ª Roca Sastre. La subrogación real. Revista de Derecho Privado, Abril 1949.

problema y proponen recursos de técnica jurídica para lograr la solución. También de esta época, 22 de Diciembre de 1950, es la Resolución que da nueva orientación al tema. Como nuevas ideas aparecen en ella:

Tratar de las situaciones de pendencia, con la existencia de una titularidad interina y de una titularidad preventiva.

Colocar a la usufructuaria en la posición de titularidad interina con lo cual se evitaría la situación de indefensión y abandono de los bienes e intereses de los concepturus, que salvaría la anómala concesión de plenos poderes dispositivos a la misma y el obstáculo que implica la representación a personas inexistentes.

La usufructuaria, titular interna y administradora de los bienes de la herencia, podría venderlos, en virtud de la analogía, más o menos forzada, de los artículos 804 (administración de la herencia sometido a condición suspensiva) en relación con el 186 que faculta al administrador de los bienes del ausente para disponer con autorización judicial en casos de utilidad o necesidad.

Después de expuesta esta tesis, la propia resolución, por entender que en el expediente concurren circunstancias de trascendencia decisiva, no admite la inscripción, detallando otros defectos, entre ellos deficiencias en la autorización judicial y tiempo excesivo (ocho años) desde que aquella se concedió hasta la fecha de utilización.

Esta resolución, aún siendo denegatoria de la inscripción, se consideró por los comentaristas como un avance, posibilidades de solución basada en los recursos técnicos presentados por los autores. Los comentarios habituales en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario⁶⁸ son francamente optimistas estimando que se ha abierto el camino a la fuerte —por lo necesaria— corriente doctrinal de posible enajenación de los bienes del fideicomiso, y hasta pregunta si no se va más lejos por la Dirección General al eliminar uno de los problemas más graves, la representación de los no concebidos, de los que tanto se ha hablado.

Pero contra a lo esperado, aparecen a partir de entonces las resoluciones más negativas.

La de 2 de Marzo de 1956, caso procedente de Cataluña (aplicando el derecho foral entonces vigente), fundamenta en la subrogación real una

68. Estos comentarios, de Ginés Cánovas Coutiño están recogidos en la obra *Antología Jurídica*, pág. 458.

enajenación de bienes con autorización judicial. La Dirección General denegó en base a que la subrogación real es solo un efecto, y no tiene virtualidad para crear un poder de disposición, puesto que más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo funciona como resultado una vez que se ha llegado a disponer en virtud de facultades recibidas por otra vía. Además señalaba que el procedimiento de enajenación de bienes de menores no es el adecuado.

También sobre la base de la subrogación real y ya en ámbito de derecho común tenemos la Res. de 13 de Enero de 1965. Insiste la Don General en su argumento ya utilizado en la resolución que antes se cita, que la subrogación real no es premisa autorizante sino consecuencia. La autoridad judicial en este supuesto de hecho había intervenido no sólo autorizando sino comprobando que la obra nueva que se había recibido como contraprestación del solar vendido, había sido inscrita sujeta a la afección que el solar tenía y sin perjuicio de los derechos que correspondan a los hijos que puedan nacer.

Los comentarios a estas resoluciones que aparecen en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario⁶⁹ lamentan que no se continúe en la misma línea de la de 22 de Diciembre de 1950, así como el rechazo a la idea de subrogación real que ya había admitido el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Abril de 1953 y en la de 20 de Octubre de 1954, de distinto sentido pero con el mismo fondo, y especialmente el comentarista hace referencia a los preceptos de otras legislaciones que han resuelto el problema, así el art. 694 del Código Italiano, el 189 de la Compilación Catalana, y a la Resolución de 29 de Diciembre de 1906, y además se pregunta: ¿Cómo un Registrador tan respetuoso con aquellas «consecuencias» vulneró el artículo 467 del C. C. y sin respetar el salva rerum substantia, inscribió una declaración de obra nueva sin más consentimiento válido que el del usufructuario, y dejó para los posteriormente llamados la obra nueva y además el trozo segregado que no quiso inscribir para el comprador? Un criterio más generoso y abierto a las exigencias actuales (*¿qué eran las de hace cerca de cuarenta años!*) «podría considerarse superado con la declaración de que la subrogación se ha perfeccionado contenida en el segundo auto del juzgado, resolución no muy técnica, ciertamente, pero más vívida y pragmática»⁷⁰.

Otra resolución denegatoria es la de 7 de Mayo de 1960. Venta con autorización judicial, subrogación, subasta notarial y citación en el procedimiento de los posibles llamados en segundo lugar. Los considerandos de esta resolución distinguían entre la sustitución fideicomisaria condicional

69. Pág. 729 de la citada Antología.

70. Comentarios del mismo autor en la citada Antología, págs. 1.222 a 1.228.

y la condición resolutoria, destacando el efecto retroactivo del cumplimiento de la resolución que *aniquila* el primer llamamiento, y que según el principio *nemo dat quod non habet*, el titular del derecho sometido a condición resolutoria no puede dar más de lo que tiene, que es un derecho resoluble. También corta el paso a la posible aplicación analógica de los artículos 801 a 804 del Código Civil, señalando que los artículos 802 y 803 del Código Civil son de aplicación restrictiva. Y además examinando el expediente de autorización judicial advierte que se solicitó autorización por la aplicación analógica del entonces artículo 164 del Código Civil y el Juez se fundó en el 804, no siendo pues adecuado el procedimiento seguido.

En los comentarios, del mismo citado origen⁷¹ se dice que si la Res. de 1956 hizo temer un cambio de doctrina, ésta desvanece toda ilusión al respecto y que pudo observarse cualquier detalle (la casa la valoró el aparejador en 135.580 pts., y se adjudicó por 22.000 pts.) y no inscribir en aquel caso concreto, pero no arremeter contra la doctrina. Dejar la esperanza abierta. Califica los argumentos utilizados como de un *frío dogmatismo difícil de debelar*.

En otro lugar, al tratar los correspondientes problemas doctrinales (supra III) hemos referido estas resoluciones, especialmente en materia de efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida (II-I-5) llamada (17), de la subrogación real (III-3) y la aplicación restrictiva de los artículos 801 a 804 del Código Civil (III-5).

Ya por último, a partir de los años setenta, entramos en la que pudiéramos llamar *última etapa*, caracterizada por la sucesiva aparición de las Compilaciones Forales, que no se limitan a recoger sus peculiaridades y los principios del Derecho Romano por el que se habían regido, sino que aportan soluciones prácticas que superan las regulaciones clásicas. A la vez las corrientes que tratan la propiedad con el carácter de función social y que acaban recibándose en la Constitución Española y desarrolladas en leyes concretas referentes a la propiedad rústica, a la urbana y a sus formas de ser entendidas y que se traducen en una mayor presión social en contra de la inmovilización de la propiedad. Todo ello llega a trascender a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que con frecuencia invoca dichos principios y por consiguiente también a los criterios de la Dirección General de los Registros.

En la Res. de 1 de Septiembre de 1976 en su considerando octavo se dice: «A excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer que en Nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, e incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca

71. En la misma obra, págs. 958.

de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de sustitución de unos bienes por otros a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de la autorización judicial correspondiente —art. 804 del Código Civil en relación con el 186 del mismo cuerpo legal—, o mediante subasta pública en los casos de abintestatos y juicios de testamentarías —artículos 1.097 en relación con los 1.093 y 1.051 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En este considerando QUE NO ERA PRECISO PARA RESOLVER en el asunto tratado se destaca: Que existe un vacío legal; que las Compilaciones ya lo tienen cubierto y que hay una estimable doctrina que apunta la solución a través de los preceptos que cita.

Y vuelve a esta doctrina, en sentido favorable también, la Res. de 29 de Enero de 1988, diciendo: «Para el supuesto de que el legado esté sujeto a condición suspensiva, tienen aplicación los artículos 801 y siguientes, y *esta solución debe ser también aplicable* al presente supuesto, aunque no sólo dependa del acontecimiento futuro el llamamiento, sino la misma existencia del sujeto llamado. Por tanto, son los mismos nietos colegatarios ya existentes los que conforme al art. 802 tienen la administración del derecho de la parte legada a *todos los nietos*... Expresión que debe entenderse en el amplio sentido que se desprende del art. 804, es decir, que en el concepto de *administradores o titulares interinos* tienen incluso facultades dispositivas, como las que tienen los administrativos de los bienes del ausente, de modo que aún sin contar con el consentimiento de los titulares preventivos —en el presente supuesto imposible— pueden realizarse actos dispositivos plenamente eficaces».

En aquel caso, en base al art. 1.054 del CC se habían practicado unas operaciones particionales adjudicando a los nietos ya existentes la participación que les correspondía con cuotas entre ellos variables para el caso de que aparecieran más nietos, pero en todo caso definitiva para los restantes lotes no afectados por la condición. La Dirección General confirmó la nota, pero no en el sentido que le daba el Registrador de que con un llamamiento condicional no se puede practicar la división, sino añadiendo que puede inscribirse siempre que se obtenga la correspondiente autorización judicial.

Analizando la doctrina contenida en esta resolución, observamos en ellas las orientaciones siguientes:

Se refiere en general a *actos de disposición*, con lo que hay que entender incluidos no solamente los de división, como en el caso se trataba, sino los de enajenación y gravamen.

Sigue la línea sentada por la sentencia de 17 de Abril de 1953, de que los nudo-propietarios ya existentes, llamados *in stirpe*, tienen la representación de la nuda propiedad en la totalidad incluyendo a los hoy indeterminados.

Adopta la cautela de la autorización judicial, defendiendo a los no presentes, titulares preventivos, evitando connivencias con los partícipes ya determinados, incluso con prestaciones en dinero no confesadas, como algún autor ya previno⁷².

No se plantea ninguna exigencia en cuanto al procedimiento a seguir para obtener la autorización judicial, hay que entender que será el mismo que procede en los casos de enajenación de bienes del ausente.

Comparando estas resoluciones más recientes con las de épocas anteriores resulta, que entre los supuestos de hecho de las de 22 de Mayo de 1944 y 29 de Enero 1988 hay gran semejanza y mientras en la de 1944 se dice que sólo cabrá hacer la división el día del fallecimiento de la usufructuaria, por contra la de 1988, argumenta: «El hecho de que la titularidad interina sobre la parte de un derecho parciario esté pendiente de un acontecimiento futuro e incierto no puede tener para toda la herencia unas consecuencias tan perturbadoras como las que pretende en la nota el Registrador» y que era la misma que en la de 1944, o sea no dividir hasta que fallezca la usufructuaria.

Lo mismo ocurre si ésta del 1988 la comparamos con la de 13 Enero 1965, en ambas la indeterminación era puramente cuantitativa, y ésto, que la de 1988 utiliza como obstáculo mínimo salvable con la autorización judicial, en la de 1965 fue obstáculo insuperable, aunque se contaba con autorización judicial y perfecto control de la subrogación real constatada por auto judicial.

En otras resoluciones se observa⁷³ preocupación por resolver el problema, sugiriendo ideas, como son posibles subsanaciones registrales, o se adentra en el fondo del asunto para demostrar que se reúnen todos los posibles intereses en juego, y que es admisible la inscripción. En resumen, ha adquirido sentido práctico, sin el frío dogmatismo y excesivo rigor científico que se censuraba en su día a aquellas resoluciones negativas, y vemos además como no se buscan nuevas doctrinas, ni argumentos teóricos distintos, ni otros recursos de técnica jurídica no utilizados hasta ahora, sino que más bien en esta última etapa se siguen criterios prácticos y se somete a reconsideración lo ya expuesto en anteriores resoluciones, recordando las posiciones favorables de algunas de ellas, y, lo que es más elocuente, olvidando otras negativas.

72. Manuel de la Cámara Álvarez, en el trabajo ya citado.

73. Res. 2 de Diciembre de 1986 y 4 de Febrero de 1980.

La cancelación de hipotecas en los casos de acreedores nudos propietarios o fideicomisarios indeterminados. Las tratamos aparte, pues han sido objeto de jurisprudencia cambiante, hasta desembocar en solución dada reglamentariamente.

Hubo resoluciones de los tres posibles sentidos: Negativa 22-IX-1879 (cancelar es enajenar y el usufructuario no tiene facultades de enajenación). Positiva (12-III-1903) (admitida la inscripción, incluso sin autorización judicial, ponderando la posición de los deudores, que pagan y no obtienen la cancelación de su gravamen y basándose en que cancela quien tiene el derecho inscrito y que el importe recibido queda afecto a la condición pendiente) en igual sentido la de 25-V-1931, que interpretando una frase del testamento, *lo que dejare*, entendió que se consideraba implícita la facultad de disponer. La de 9 de Julio de 1913 impone limitaciones, pues exige la autorización judicial, ello de acuerdo con el art. 507 del Código Civil que así lo dispone para los casos en que el usufructuario no hubiera constituido fianza⁷⁴.

El Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de Febrero de 1947 en su artículo 178-nº 4 resuelve el problema, para el caso de que los nudos propietarios o fideicomisarios no sean conocidos, facultando al usufructuario o fideicomisario para cancelar siempre que se invierta el importe de los derechos reales extinguidos en valores del Estado, depositados en un establecimiento bancario o Caja Oficial a favor de quienes puedan tener derecho a dicho importe.

Sus innovaciones consisten:

En que basta con el usufructuario o el fiduciario para cancelar, pero sólo en el caso de que el nudo propietario o el fideicomisario sean desconocidos, si son conocidos habrá que contar con ellos.

Se opera la subrogación real del crédito por el dinero cobrado, pero no se precisa autorización judicial, cosa explicable puesto que no hay que discernir acerca de la utilidad o necesidad; ni es procedente el avaluo en prestaciones

74. La doctrina de los hipotecaristas no ayudaba mucho, consideraban como indispensable la intervención de nudo propietario e insuficiente la fianza constituida cuando no es hipotecaria. Incluso respecto de las resoluciones favorables que hemos citado las interpretaban en el sentido de que habían prohibido al usufructuario sin fianza la cancelación de la hipoteca pero que no habían autorizado a cancelar al usufructuario con fianza. Admitía como únicos casos posibles, aparte de la concurrencia del nudo propietario, la constitución por el usufructuario de fianza hipotecaria o una orden judicial de cancelación en procedimiento ejecutivo. Así De la Rica, cita entre ellos a Morell, página 174 de los comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario, de Ramón de la Rica Arenal. Madrid 1948.

dinerarias y tampoco tiene que controlar la subrogación, quedando esta función a cargo del registrador.

Este precepto fue muy bien acogido por los comentaristas⁷⁵ que entienden que activa la dinámica registral inmobiliaria y colabora a la adecuación del Registro a la realidad jurídica.

Para nosotros tiene además otro importante valor. Es síntoma de comprensión y de la adecuada aplicación e interpretación de los principios de nuestro derecho positivo que nos pueden conducir a resolver estas situaciones, pues no se limita al caso de usufructo que tiene un apoyo legal en el art. 507, del Código Civil, sino que lo extiende a los fiduciarios que no cuentan con ningún precepto legal aplicable directamente, lo que indica que un precepto dado para el usufructo se aplica a la sustitución fideicomisaria por *analogía*. Ni usufructuario ni fiduciario tienen facultades dispositivas, pues es indudable que cancelar es disponer, y sin embargo se les conceden estas facultades dispositivas. El usufructuario y el fiduciario quedan igualados, admitiendo con ello que hay una analogía innegable en todas las situaciones de sujeto desconocido, inexistente e indeterminado. Y llama, a los últimos, fideicomisarios, y no sustitutos, y pensamos que así lo hizo no sólo en previsión de su aplicación en zonas de derecho foral donde subsiste el fideicomiso puro, sino porque coloca a usufructo y fideicomiso, como polos extremos de toda la gama comprensiva de supuestos de esta índole, y estima procedente utilizar un término genérico que comprenda todas las situaciones de análoga problemática.

Por último es de advertir que las legislaciones de Navarra y Cataluña han resuelto este problema en la regulación de estas instituciones. La Ley 234 de Navarra dice que el fiduciario por sí solo... podrá cancelar por cobro los créditos hipotecarios o pignoratícios. Y en materia de usufructo la Ley 418 en cuanto al cobro de créditos se remite a la 410 que atribuye al

75. De la Rica, op. citado pág. 172 y siguientes encuentra la inspiración del precepto en el párrafo 4.º del art. 15 de la Ley Hipotecaria, en el que en relación en los bienes afectos a la garantía o mención legitimaria arbitra la indicada fórmula para cancelar hipotecas, redimir censos y en general extinguir los derechos reales que recaigan sobre dichos bienes. También en dicha obra señala que queda sin resolver el problema del caso del fideicomisario o nudo propietario conocido cuando el usufructuario o fiduciario hubieren prestado fianza, ya que el art.º se refiere sólo al caso de que sean desconocidos. Tengamos en cuenta que el citado artículo reglamentario no se refiere para nada al caso de fianza prestada o no prestada y que el otro precepto aplicable, artículo 507 del Código Civil no se refiere tampoco al conocimiento o desconocimiento del nudo propietario, por consiguiente en caso de fianza prestada podrá cancelar sin autorización judicial siguiendo lo dispuesto en el artículo 507 del Código Civil. Este precepto está dado para el usufructuario pero habida cuenta del criterio analógico que sigue el Reglamento en su artículo 178. 4.º entendemos puede aplicarse también al fiduciario, que habrá de atenerse a lo dispuesto en el referido 507 del C.C.

usufructuario plena disposición, pero habrá de restituir una cantidad igual en género y cantidad.

El Código de Sucesiones de Cataluña en el art. 220, n° 2° incluye entre los actos que puede realizar por sí solo el fiduciario, bajo su responsabilidad... los de consentir la cancelación de inscripciones de hipoteca constituidas en garantía de créditos hereditarios ya extinguidos o que se satisfagan, siempre que los interesados exijan los respectivos actos. Quedará afecto al gravamen el dinero recibido. La facultad de cobro se admite en el art. 184, siempre que el deudor lo exija⁷⁶.

76. O'Callaghan. Comentarios al Código Civil y Compilaciones. Albaladejo. Tomo XXIX, Vol. 1.º, pág. 296 dice que hay que entender modificado el artículo 178-4.º del Reglamento Hipotecario y aplicar la normativa contenida en este artículo de la compilación, y si el crédito integrante del fideicomiso estaba garantizado con hipoteca y se cobra o se extingue por cualquier otro medio y el interesado lo exige, deberá el fiduciario consentir la cancelación. En realidad nos parece más correcto entender que cada precepto se aplicará con el carácter que tiene, los artículos de la compilación como derecho sustantivo, y los del Reglamento Hipotecario como adjetivo, subordinado a aquel, luego si el reglamento exige algún requisito no mencionado por el precepto sustantivo, se aplicará éste y no aquel y por consiguiente el requisito no será exigible, por contra, si en el derecho sustantivo encontramos una laguna acudiremos al precepto reglamentario para cubrirla, que es lo que se ha operado en el Derecho Común.

V. LA CUESTION EN OTROS ORDENAMIENTOS JURIDICOS.

1. Derecho extranjero.

Hay ordenamientos, como el Francés, que prohíben el fideicomiso y otras figuras análogas, en cuanto implican limitación de las facultades dispositivas. No son estos los más adecuados para obtener orientación acerca de las buscadas soluciones al problema que estamos tratando. Queda subsistente en el usufructo donde se sigue planteando el problema.

En otros sistemas, como en el del Derecho Inglés, con tantas diferencias con el derecho latino, empieza la dificultad al tratar de encontrar instituciones semejantes, en su tratamiento jurídico, al usufructo o a la sustitución fideicomisaria condicional, pero si que encontramos algunas que cubren muy parecidas finalidades económicas. Se cuenta con el fideicomiso comercial (trader's settlement) y con la propiedad temporal o tenencia por vida (estate for life). Estas situaciones pueden originarse por disposición de la Ley o por voluntad de los disponentes de los bienes.

El primero (trader's settlement) de acuerdo con el significado de la palabra settlement supone llamamientos sucesivos; y el otro término, trader, comerciante, da idea de que su objeto patrimonial es una empresa integrada por bienes destinados al cambio, y en ello se funda su especialidad, por razón de su objeto.

El segundo (estate for life) propiedad temporal o vitalicia tiene más bien un fundamento subjetivo y está más bien pensada en consideración a las sucesivas personas que irán disfrutando de los bienes.

Por otra parte el Derecho Inglés ha sido siempre contrario a la vinculación de la propiedad, que ha considerado como algo opuesto a los fines de la misma y de resultados nocivos, incluso para la economía nacional.

También ha sido contrario a imponer limitaciones en los llamamientos. No ha prohibido los llamamientos sucesivos. Ha considerado también improcedente la limitación de los grados a que pueden llegar. Estimando más perjudicial imponer solo un par de llamamientos que establecer unos fines perpetuos a los que queden afectos los bienes. El que se sabe poseedor sin futuro propio atenderá menos los bienes que quien se sabe una de las piezas que a lo largo del tiempo ha de actuar en pro de los fines propuestos.

La solución la ha buscado el Derecho inglés en la concesión de facultades dispositivas a los titulares de los primeros llamamientos. El *tenant for life* era propietario más bien que titular de un derecho real en cosa ajena y se le concedían verdaderos derechos de disposición bajo la vigilancia siempre de la autoridad judicial o administrativa. Se reputaba nula toda cláusula del acto constitutivo que excluya o restrinja estas facultades de disposición. El *tenant for life* podía disponer, enajenar, cambiar, pero nunca emplear en propio beneficio aquello que constituye *valor capital* y que debe entregarse a la persona a quien vayan a parar los bienes después de la tenencia vitalicia (*remain-derman* o *reversioner*).

En ambos casos, en el fideicomiso comercial y en el *tenant for life*, la garantía de los posteriormente llamados estaba en la obligación de restituir del primer llamado, operando la afección de los bienes obtenidos como contraprestación, ejercida la vigilancia en un principio por los trustees, y después conferida ésta, ante la inercia y tendencia a eludir responsabilidades de aquellos, a la autoridad judicial o a la administrativa. (*Land Commissioners*).

En el Derecho Alemán, se admite y se regula la institución, pero con orientaciones distintas a las que sigue nuestro Derecho. Aunque se dice que el B G B es de inspiración romanista, la influencia del Derecho Romano no ha sido suficiente para anular la raíz germánica, reminiscencia de la SALMANN (persona elegida por el causante, a quien se entregaba el caudal relicto, y debía realizar las ofrendas por el difunto) y el propio B G B no regula el fideicomiso, sino la sustitución fideicomisaria, y no se sigue el principio esencialmente romano del *semel heres semper heres*, sino que distingue dos herederos sucesivos para un mismo causante. Heredero previo, preheredero, VORERBE, dueño del caudal relicto mientras dure su calidad de heredero fiduciario, y heredero sucesivo post-heredero, NACHERBE, que es heredero fideicomisario, que empieza a serlo cuando se abre la sucesión fideicomisaria. El B G B, art. 2.100 admite esta sucesión sucesiva de procedencia romana, pero la regula con sistemática, precisión y tecnicismo alemán y con ciertos añadidos y previsiones. Por esto no es fácil encajar sus preceptos en los huecos que nos deja nuestra legislación. En el Derecho

Alemán el primer llamado es indiscutiblemente dueño, sin más límites que el respeto a la expectativa del fideicomisario, por ende sus enajenaciones son válidas, pero son ineficaces *en cuanto perjudiquen* al fideicomisario (art. 2.113). Esta acción de ineficacia no sólo puede ejercitarla el fideicomisario, sino cualquiera, pero esta acción está *objetivamente limitada en su extensión*, pues solo subsiste en cuanto el derecho del fideicomisario resulte perjudicado por la disposición.

El sistema como vemos es distinto al de nuestro Derecho común. Sin embargo extrayendo principios y llegando a través de ellos a la conclusión de que la acción por ineficacia puede ser defendida con una excepción cuando se produzca el adecuado contravalor algún autor extrae del art. 2.111 el juego de la subrogación real y su base para facilitar así los actos dispositivos del fiduciario⁷⁷.

Más próximo a nuestro Derecho se encuentra el Italiano, pues aparte de la semejanza de su regulación con la nuestra, ofrece un cierto paralelismo con ella en cuanto a su evolución histórica. En su Código Civil de 1865 abroga radicalmente las disposiciones fideicomisarias, tal como se proyectaba para el nuestro en 1851. En nuestro Derecho, por entender que la posición equilibrada estaba en su admisión dentro de ciertos límites, se rectifica en este sentido y así pasan al proyecto de 1882 los que después serían los artículos 781, 787 y 789, hoy vigentes. Por la misma causa el Código italiano de 1942 supera aquella prohibición absoluta y admite la sustitución fideicomisaria si se impone a los *hijos*, a favor de *todos sus hijos*, legítimos o no, nacidos o por nacer. También puede imponerse a los hermanos y hermanas a favor de sus hijos nacidos o por nacer y a favor de una entidad. Más allá no se admite.

Pero la experiencia y evolución de ideas operadas dentro de esos casi ochenta años propiciaron la inclusión del texto contenido en el artículo 694 que dice: «La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo la reinversión del precio obtenido. También puede, con las necesarias cautelas, autorizar la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes en garantía de créditos destinados a mejoramientos y transformación de los fondos». Aquí tenemos el precepto añorado por los juristas prácticos que han tratado este tema⁷⁸ y

77. Ramón María Roca Sastre, en sus notas a Ennecerus, Kipp y Wolf, Tomo V: Vol I pgs. 71 y sgtes. y 92 y sgtes. Vid. también Xavier O'Callaghan Muñoz, Comentarios a los artículos 162 a 216 de la Compilación de Cataluña - Tomo XXIX - Vol. 1º de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo, págs. 8 y sgtes. y a Venezian: Usufructo uso y habitación. Madrid 1928; Biblioteca de Derecho Privado, Vol. 1 págs. 64 y sgtes.

78. González Palomino: Estudios de Arte menor sobre Derecho Sucesorio. — Enajenación de bienes pseudo-usufructuados. pág. 301 y sgtes.

que ha sido incluso superado por nuestras legislaciones forales en cuanto a las enajenaciones con subrogación y la concesión de créditos hipotecarios y pignoraticios para la refacción.

La doctrina de los autores italianos llega a más, pues tratando el caso en que el fiduciario enajene sin los requisitos del citado artículo 694, no estando ordenada la publicidad del vínculo fideicomisario, ni estando el sustituto legitimado para perseguir los bienes en terceras manos, el vínculo no tiene carácter real y se resuelve en la mera obligación de no hacer, impuesta el instituido. En atención a ésto podrá solamente obtener la resolución de la enajenación atacando el acto y tendrá las ventajas que resulten de su declaración de nulidad, pero sin efectos reales, por lo que hay muchas posibilidades de no recuperación de bienes, sobre todo si se trata de muebles donde la posesión legitima tan fuertemente⁷⁹.

2. Derecho Foral.

Los ordenamientos jurídicos especiales de Cataluña, Baleares y Navarra, al regular el fideicomiso, han sido respetuosos con sus precedentes romanos y con las especialidades del derecho autóctono, pero han introducido innovaciones que se concretan en un conjunto de medidas necesarias para superar en la práctica las dificultades que las referidas instituciones ofrecen en la vida moderna.

Por nuestra parte encontramos como caracteres dominantes en todas ellas los siguientes:

Uno.— La liberalización de los movimientos del fiduciario. Continuidad del tráfico jurídico mientras el fideicomiso está pendiente. (Práctica de las operaciones particionales del causante aunque estén interesados fideicomisarios, enajenación de bienes como libres del fideicomiso, obtención de créditos refaccionarios con garantía real sobre dichos bienes...).

Otro.— Contrapartida del anterior. Adopción de medidas de garantía en salvaguarda de los derechos de los llamados en segundo lugar. (Obligación del fiduciario de inventariar y afianzar, depósito de los valores y obligación de reinvertir el dinero que se obtenga en valores seguros, constatación en el Registro de la Propiedad de la afección de los bienes al fideicomiso, notificación a fideicomisarios y representantes de los mismos y posibilidad de oponerse o de impugnar de estos...).

79. Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa y América. Buenos Aires 1956.

Entrando muy someramente en el detalle de lo dispuesto en cada una de ella vemos:

Derecho especial de Cataluña.

El reciente Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña⁸⁰, dedica a esta materia todo el Capítulo VII del título III que contiene 67 artículos, de los cuales, más de la tercera parte, 23, integran la sección segunda que trata de «Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente». Allí se tratan y resuelven los más graves problemas que estas situaciones de pendencia han motivado. Es la regulación más detallada y minuciosa de todas las conocidas en vigor acerca de esta materia. Y no es esto novedad de la reciente Ley 40/1991, 30 Diciembre, sino que, como dice el preámbulo de la misma se ha conservado en esta materia casi íntegro el texto de la Compilación de 1960, con lo cual llevan muchas de sus disposiciones más de treinta años de vigencia. Se utilizan para las soluciones prácticas los antes citados recursos técnicos, que para algunos de los que gestaron la referida Compilación (Condomines y Faus) eran auténticas novedades, mientras que el principal inspirador de ellas (Roca Sastre) considera que son actualizaciones de viejas doctrinas⁸¹. En este reciente Código se acentúa el pragmatismo. En el preámbulo de la Ley que lo sanciona se destaca como una de las finalidades de la Ley «la modificación del derecho sucesorio para adaptarlo a la realidad de hoy». Es respetuoso con los grandes principios del Derecho Romano, tan arraigados en el Derecho Sucesorio Catalán, pero queda claro que esto será siempre que no haya «suficientes justificaciones de orden jurídico, social o práctico que hagan aconsejable su modificación, aunque sea parcial». En materia de fideicomiso ha suprimido la figura del fideicomiso puro, «con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución». «Se facilita la disposición de bienes fideicomitidos...» y en general completa la regulación en este mismo sentido con otras novedades que ya estudiaremos con más detalle. En realidad los treinta y dos años de experiencia han reforzado el criterio seguido por la Compilación de 1960⁸².

80. Código de Sucesiones por causa de muerte en Catalunya. — Promulgado por Ley 40/1991 de 30 de Diciembre, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya el 21 Enero 1992. n.º 1.544.

81. Xavier O'Callaghan Muñoz. — Comentarios a la Compilación Catalana — en Comentarios al Código y Compilaciones de Albaladejo, tomo XXIX, vol. I, pgs. 267.

82. El afán de que se extendieran sus soluciones a otros ordenamientos en que se encontraban deficiencias de regulación resultaba ya del preámbulo de la Compilación de 1960 donde se decía «Los artículos, relativamente abundantes, que regulan algunas materias, como la de fideicomisos... está sobradamente justificada por la doble consideración de la importancia primordial de aquellas dentro del Derecho Civil Especial de Cataluña, y de la que puede tener en el futuro su acceso, previa comunicación de los distintos Derechos hispanos al esperado Código General...». Se ha frustrado el intento de un Código General

Entrando en el aspecto práctico de la cuestión encontramos casos en que la solución es muy semejante a la que se puede adoptar en el derecho común, como son los supuestos de enajenación de bienes con subsistencia sobre ellos de la afección fideicomisaria, y también cuando estaba ya prevista la enajenación por el fiduciante, mas aquellos otros en que el propio testador ha realizado la partición, o la realiza el contador partidor nombrado por aquel. Pero hay otros supuestos en que frente a la laguna del derecho común la Ley catalana prevee detalladamente la solución, así tenemos:

Enajenación de bienes como libres del fideicomiso:

a) Sin más requisitos que la notificación al fideicomisario o en su caso al curador del fideicomiso. Lo regula el art. 218, junto con el 219, en un conjunto de supuestos que vienen a ser los previstos por la auténtica Res Que. (Pago de la legítima del fiduciario, pago de deudas y cargas de la herencia, gastos conservación y mejora, refaccionarios). Para ello es preciso que en la herencia no exista dinero y que se realice la notificación referida, dando la nueva Ley la facilidad de que se practique mediante acta notarial.

b) Con subrogación real y previa autorización judicial. La regula el art. 221, se admite en casos de utilidad y necesidad y en los encaminados a obtener un mayor rendimiento de los bienes subrogados. La autorización judicial, en procedimiento de jurisdicción voluntaria y sin que sea preceptiva la subasta, se dará después de practicar pruebas para la justa valoración y las medidas procedentes para la efectiva subrogación con liberación del bien afectado y sujeción del subrogado en el mismo gravamen. Hay que citar en el procedimiento a los fideicomisarios y al curador del fideicomiso en su caso.

c) También con subrogación real, pero sin la intervención judicial, el fiduciario está facultado para, por si solo y bajo su responsabilidad realizar el conjunto de actos previstos en el artículo 220. Cuatro números comprende este artículo, y en ellos se contienen, entre otros, la venta de bienes no conservables, derechos de opción concertados por el fiduciante, convenios de expropiación forzosa, aceptación de indemnizaciones de seguros o de los propios responsables, cancelación de hipotecas en seguridad de créditos ya extinguidos, sustitución de elementos de una empresa agrícola, mercantil o industrial. La finalidad no es propiamente la obtención de mayor beneficio, sino la evitación de un daño o el caracter forzoso del acto a realizar. No se requiere notificación a fideicomisarios ni curadores, simplemente es suficiente la subrogación real, que regula en su último párrafo y la responsabilidad personal del fiduciario.

pero persiste la aspiración de los juristas catalanes de proporcionar un modelo que sirva para suplir las deficiencias del derecho común y de otras legislaciones patrias.

El curador del fideicomiso.

La Compilación de 1960 recogía esta figura. En el Código de Sucesiones se conserva. Aunque pudiera recordar al clásico *curator bonorum*, administrador de patrimonio sin titular determinado, no es esta su naturaleza, pues no administra, ya que lo hace el fiduciario. Tampoco es un ejecutor de disposiciones testamentarias, a pesar de que el artículo 226 dice que se regirá por las normas del albaceazgo, hay que entender ésta como una mera referencia normativa. Estas dos referencias más bien pertenecen al titular interino, y el curador del fideicomiso se encuentra en la posición del titular preventivo. Es el defensor de los intereses del fideicomisario indeterminado, en especial en los casos de los artículos 219, 220 y 221.

El curador cumple muy útiles funciones. Es el destinatario de las notificaciones del fiduciario, bien voluntarias o preceptivas, y que pueden hacerse no solamente en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino según innovación del reciente Código, por acta notarial. Puede oponerse a lo solicitado por el fiduciario en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación y en todo caso y según el artículo 227 puede impugnar los actos de disposición otorgados por el fiduciario pero mientras no se defiera el fideicomiso las sentencias que den lugar a la impugnación únicamente podrán ejecutarse en la medida necesaria para salvaguardar inmediatamente los intereses de los fideicomisarios.

En el artículo 226 del Código de sucesiones se introduce como novedad la de que en los casos de fideicomisarios no nacidos o no concebidos las notificaciones, que antes habían de practicarse a un curador, se harán a los que serían sus más próximos ascendientes que vivan. El curador será el destinatario de la notificación en el caso de que la personalidad de los posibles fideicomisarios sólo fuera determinable por algún acontecimiento futuro.

El nombramiento de curador se puede hacer por el propio testador en testamento o codicilo posterior, a falta de ello, por el juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Prohibición de enajenar.

El Código de sucesiones en el artículo 166 perteneciente al Capítulo V del título III, regula las prohibiciones de disponer y únicamente las admite si son temporales y se encuentran dentro de los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria. En realidad es en la referida sustitución fideicomisaria donde encontramos la esencia de regulación de la misma, permitiéndonos distinguir varias especies⁸³.

83. Ya en la subrogación (Supra III-3) anticipábamos esta distinción.

a) Prohibición institucional.— Es la propia de la situación de fideicomiso que impide la enajenación de los bienes por estar reservados para el fideicomisario, pero no impide la práctica de actos de disposición con subsistencia del gravamen fideicomisario.

b) Prohibición específica.— Esta es a la que indudablemente se refiere el artículo 166, impide la enajenación, incluso con subsistencia del gravamen fideicomisario, así resulta del artículo 217. Sin embargo no impide la enajenación cuando se utiliza el mecanismo de la subrogación real, acompañada la enajenación de las formalidades exigidas por el artículo 221, en cuyo caso podrá disponerse de los bienes como libres del fideicomiso y de la prohibición de enajenar.

c) Prohibición de la subrogación real.— Esta impide cualquier acto de enajenación, incluso con subsistencia del gravamen o con subrogación real. Esta prohibición ha de ser impuesta expresamente con este carácter, si bien también puede resultar como implícitamente impuesta cuando de la propia disposición aparece la incompatibilidad con la subrogación real.

Así resulta conjugando los artículos 166, 217 y 221 del Código sucesiones.

Actos particionales y de división de bienes fideicomitados.

En las operaciones particionales que haya un fiduciario o varios, o una cuota de bienes afectados por un fideicomiso, según el artículo 211 el fiduciario puede pedir la partición y practicarla con los demás herederos, sin intervención de los fideicomisarios, pero si se excedieren de los actos puramente particionales habrán de adoptarse las medidas previstas en el artículo 221, o sea la obtención de la autorización judicial por el procedimiento en dicho precepto desarrollado. En cuanto a la división de bienes poseídos en común, cuando una de las cuotas esté afectada a gravamen fideicomisario se hará aplicación de la misma norma. En todos estos casos el fideicomisario tendrá los derechos que la Ley atribuye a los cesionarios de los partícipes en la división de cosa común.

Concreción del fideicomiso.

El artículo 212 permite que en el caso de que un solo heredero tenga que adjudicarse bienes libres, con otros sujetos a sustitución fideicomisaria puede realizarlo por sí solo con citación de fideicomisarios o curadores. Creemos que de acuerdo con la doctrina seguida en el apartado anterior será preciso que lo que realice sean actos puramente particionales, pues en caso de exceder de estos habrá de recurrir a la autorización judicial que prevée

el artículo 221. El art. 211 cita expresamente el caso de cosa indivisible, adjudicada libre mediante pago de precio a los demás partícipes.

Hipoteca refaccionaria.

Con este nombre trataba la doctrina a las garantías constituidas con carácter real sobre los bienes fideicomitidos para asegurar créditos obtenidos con el fin de evitar deterioros de los mismos. El Código de sucesiones la admite y regula, en los artículos 218-5º y 219, incluídas entre los actos que puede realizar el fiduciario, por ministerio de la ley. Será preciso que no haya dinero en la herencia, y si bien no se requiere la intervención de los fideicomisarios, si que será precisa la notificación a los mismos y al curador; si existe, tal como se regulan estas notificaciones en los artículos 225 y 226. En el Registro de la Propiedad se cancelará la expresión registral del gravamen fideicomisario. La carencia de interés suficiente en el fiduciario para gravar bienes no afectos al fideicomiso con el fin de conservar los fideicomitidos que en el futuro no han de ser suyos eran el fundamental argumento de quienes propugnaban esta reforma, que ya se recogía en la Compilación de 1960. Por consiguiente se puede garantizar con prenda o hipoteca sobre bienes fideicomitidos el préstamo destinado a obras de construcción, ampliación o mejora de fincas rústicas o urbanas, o extinguir una deuda hereditaria más gravosa que el propio préstamo.

La reunión de titularidades interinas y preventivas.

En esta materia ya el artículo 196 de la Compilación, con igual contenido que el 224 del Código de sucesiones vigente, permitía enajenar en concepto de libres del fideicomiso los bienes que estén sujetos al mismo mediante el consentimiento de futuro, de presente o de pretérito de todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo al deferirse el fideicomiso. Este efecto también se podría lograr en el mismo derecho común. En la redacción del Código, además de esta disposición, se ha incorporado una novedad, que es el artículo 222, que dice: «En caso de que ya no pueda haber más fideicomisarios llamados *que los vivientes o sus descendientes*, no será necesaria la autorización judicial prevista en el artículo anterior cuando presten consentimiento, que no implicará renuncia al fideicomiso, todos los posibles fideicomisarios vivientes. Por los menores o incapacitados actuarán sus representantes legales. Podrán adoptarse las medidas de garantía que se crean oportunas». No es simplemente lo ya anteriormente previsto consistente en acumular el consentimiento de todos los posibles llamados para que en el momento en que se defiera el fideicomiso, si se han reunido los consentimientos de todos los que han resultado fideicomisarios, la enajenación sea irresoluble, sino que se trata de algo más.

Se exceptúan de la autorización judicial para disponer, aquellos casos en que, aún estando indeterminados individualmente los llamados hay certeza en cuanto a la stirpe. Contando con quien en este momento es la cabeza de stirpe es suficiente con su consentimiento.

Algo de esto hemos tenido en algunas Resoluciones de la Dirección General y en sentencias de T. S. para el derecho común. En la resolución del 4 de Febrero de 1980, aún pendiente la determinación de la condición suspensiva del fallecimiento de la llamada en primer lugar, ya no podía haber otros fideicomisarios, y aunque por estar sujetos a condición suspensiva no podían transmitir ningún derecho a sus herederos, al darse entre ellos un derecho de acrecer, se consideraron reunidos todos los posibles interesados y válido el acto dispositivo. En la sentencia de 17 de Abril de 1953, se decía que «aunque no logren la consolidación de su derecho hasta el día cierto, si no bien determinado, del fallecimiento de su madre, tienen... su derecho *in stirpe*... y se hallan capacitados para ejercitar los derechos de la misma (la stirpe) durante esta situación de facto.

Tanto en este artículo 222 como en el 224 se tiene el cuidado de detallar que se trata de consentimiento a la enajenación pero nunca renuncia al fideicomiso. Este subsistirá sobre el subrogado.

Obsérvese la tendencia a facilitar la disposición por el fiduciario que ya se adelanta en el preámbulo de la Ley.

Compilación de Derecho especial de Baleares⁸⁴.

Afronta estos problemas con menos extensión pero en esencia en forma muy semejante a la del Derecho Catalán. Como garantías se regulan las de inventario y fianza a más de otras que podrán adoptarse por acuerdo previo de los interesados o en su defecto por decisión judicial. En cuanto a inmuebles será suficiente la constancia del fideicomiso en la inscripción registral.

Los bienes fideicomitidos podrán enajenarse como libres con el consentimiento de los fideicomisarios y también sin la concurrencia de estos y sin ningún otro requisito en casos semejantes a los señalados por el Derecho Catalán, como son los de pago de Trebeliánica y de legítimas, de las deudas de la herencia y gastos extraordinarios de conservación y de refacción de bienes fideicomitidos. En todo caso podrán enajenarse como libres del fideicomiso, con autorización judicial siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente para invertir su contravalor en otros de mayor rentabilidad o

84. Es de 19 de Abril de 1961, revisada por la Ley 8/1990 de 28 de Junio del Parlamento de Baleares.

utilidad. (Art. 34). Respecto de la específica prohibición de enajenar no establece las sutiles diferencias que marcan los artículos 166, 221 y 217 del Código de sucesiones de Cataluña.

La subrogación real queda admitida, pues, aunque no utiliza este término queda incluida indudablemente en la frase *inversión de su contravalor*. No aparece la figura del curador del fideicomiso pero se acude a la representación del Ministerio Fiscal para el caso de fideicomisos a favor de desconocidos o no comparecientes.

***Compilación de Derecho especial de Navarra*⁸⁵.**

Aparte alguna peculiaridad, como la de permitir los llamamientos hasta el cuarto grado, y el diferente trato de las conjeturas en el caso de los hijos puestos en condición, en el tema que nos ocupa se aparta muy poco del sentido de las antes referidas legislaciones especiales. En materia de garantías regula las de inscripción de la existencia del fideicomiso para los inmuebles, depósito bancario de los títulos valores con constancia del fideicomiso en los resguardos y la caución que el juez estime suficiente cuando se trate de otros bienes (Ley 231).

Puede el fiduciario, sin consentimiento del fideicomisario y sin ningún otro requisito cancelar los créditos hipotecarios y pignoraticios; retrovender en caso de venta con carta de gracia o con pacto de retro; realizar enajenaciones a que estuviere obligado el fiduciante y cualesquiera otros actos de cumplimiento de deberes inherentes a la propiedad y anteriores a la adquisición por el fiduciario; dar dinero a préstamo respondiendo de la solvencia del deudor y sustituir los bienes consumibles o que se deterioren por el uso (Ley 234). También puede hacerlo cuando así lo haya autorizado el disponente ajustándose a sus disposiciones.

Puede enajenar con el consentimiento de todos los fideicomisarios, siempre que no lo haya prohibido el disponente.

Puede enajenar con autorización judicial, siempre que tampoco lo haya prohibido el disponente, en defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios, o cuando alguno de estos sea persona indeterminada, incierta o futura, en casos de necesidad o utilidad evidente, en actos de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación.

En cuanto a los actos particionales puede el fiduciario por sí solo según el número uno de la Ley 234 pedir y practicar la partición de herencia, división

85. Compilación 1 de Marzo de 1973. Reformada por Ley Foral 5/1987, de 1 de Abril.

de cosa común, deslinde y amojonamiento, siempre que se trate de puros actos de partición, división y deslinde, de no ser así, precisará el consentimiento de todos los fideicomisarios o la autorización judicial, conforme establece la Ley 233.

El concepto de subrogación real aparece bien definido y regulado, en la Ley 235, regla general, que determina que quedarán afectos el dinero y los bienes que sustituyan a los enajenados, por subrogación, y lo reitera en la Ley 233 números 1 y 2, con especial disposición en éste de que el Juez adoptará las medidas oportunas para asegurar la subrogación.

No aparece la figura del curador del fideicomiso, ni tampoco la especial regulación de las prohibiciones de disponer que ofrece el Derecho Catalán.

En materia de usufructo conviene subrayar el criterio de analogía entre este y la sustitución fideicomisaria, con remisiones recíprocas, la Ley 410 se remite al fideicomiso al tratar de las garantías a prestar por el usufructuario, especialmente la fianza. También es de destacar la Ley 420, relativa al caso de indeterminación del nudo propietario, que dice: «Al extinguirse el usufructo sobre bienes que deban recaer o revertir en favor de persona no determinada, el usufructuario o sus herederos habrán de continuar como administradores de aquellos bienes hasta que se determine la persona a quien deban de entregarse los mismos, y podrán cobrarse los gastos con cargo a los frutos percibidos, así como retener la posesión hasta el total abono».

Se atribuye al que ha dejado de ser usufructuario e incluso a sus descendientes una titularidad interina con facultades de administración de un patrimonio con titular indeterminado. Es obvio que también considera como titular interino al usufructuario mientras lo es, puesto que la situación posterior a la extinción del usufructo la considera como *continuación* de la que ya tenía como usufructuario.

VI. CONCLUSIONES.

Sintetizando diremos:

1) Hay una laguna legal y por consiguiente es necesaria una adecuada regulación de esta materia.— Problema de lege ferenda.

2) De lege data, con la actual regulación, afectada por la referida laguna, es preciso: a) Realizar una interpretación integradora de la Ley. La jurisprudencia existente, analizada con detalle, no es opuesta a que se utilicen los antes indicados recursos de técnica jurídica.

b) En la practica hay que adoptar precauciones que eviten la aparición del problema y que caso de que éste se presentare sirvan de ayuda para resolverlo. Jurisprudencia cautelar.

1. De lege ferenda.

La jurisprudencia, al afrontar esta materia destaca la existencia de un vacío legal, señala los perjuicios que la paralización del tráfico jurídico causa, no solo a quienes están llamados a los bienes en primer lugar y los detentan en el momento, sino a los definitivos destinatarios para quienes se reservan, e incluso se hacen referencias a los perjuicios que pueden trascender hasta la economía nacional, llegándose a afirmar que todo ello se agudiza en determinadas situaciones y expresamente se citan las de concentración parcelaria, obligación de edificar en un determinado solar, etc.)⁸⁶.

86. Res. de 7 de Mayo de 1960 «inconvenientes y perjuicios para el propietario individual, para la economía nacional, por excluir los bienes del tráfico, por no servir de base al crédito, no ser mejorados dichos bienes y su consiguiente desvalorización, y para los propios posibles

También se admite que el problema está resuelto en otros ordenamientos jurídicos y especialmente en la legislación especial de nuestros territorios donde rige derecho foral⁸⁷. Siendo esto así lo procedente sería cubrir esta laguna legal mediante la reforma del Código Civil, el cual, en su disposición adicional tercera tiene prevista una reforma decenal, para la cual se han de tener en cuenta «los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro».

Todos sabemos que las referidas reformas decenales no se han producido. Cuando el Código Civil se ha reformado ha sido siempre a impulsos de situaciones excepcionales. Las de 1939, especialmente la ausencia, por la aparición de muchos casos durante la guerra que entonces acababa; en 1958 recogiendo tendencias feministas después de una campaña periodística en este sentido; la de 1975, coordinación con las legislaciones forales. 1981 y siguientes adaptación a principios constitucionales... Pero la materia de que tratamos no cuenta con unos impulsos motores que provoquen presiones sociales u otras que procedan del campo del derecho público, y no es muy de esperar su reforma.

Una esperanza en este sentido podría estar basada en la necesidad de mantener el Derecho Común a semejantes alturas de eficacia y perfección que las alcanzadas por el Derecho foral. Así ha sucedido en algunos temas, recientemente hemos visto como la materia de los requisitos formales del testamento, especialmente la intervención de testigos, ha sido tratada con sentido práctico por los derechos de Aragón y Baleares, y unos años después el legislador del Derecho Común ha sacado adelante su Ley reformadora de 20 de Diciembre de 1991, siguiendo el mismo camino el Derecho de Cataluña.

Otra esperanza puede fundarse en que la reforma llegue por la vía reglamentaria, ya que a veces la jurisprudencia registral acaba cristalizando

destinatarios que en su día habrían de recibir en lugar de la finca enajenada los bienes que ocuparon su lugar». Res. de 13 de Enero de 1965. «La situación de inmovilización de la propiedad es perjudicial incluso para los *nundum concepti*, llamados y esto se agudiza cuando se puede llegar a una situación de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, concentración parcelaria en la zona o imposición por la administración de la obligación de construir en un determinado solar».

87. Res. 1 de Septiembre de 1976.— «...a excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer que en nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, o incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende —no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de enajenación para reemplazar unos bienes por otros—, a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de la autorización judicial correspondiente— art. 804 CC en relación con el 186 del mismo cuerpo legal —o mediante subasta pública en los casos de ab-intestatos y juicios de testamentarías— art. 1.097 en relación con el 1.093 y 1.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

en preceptos reglamentarios, caso de las prohibiciones de disponer⁸⁸ o de la constatación registral del carácter reservable de los inmuebles⁸⁹ o la escritura de manifestación de bienes inmuebles específicamente legados, caso de inexistencia de legitimarios, donde el reglamento ha admitido la posibilidad de que la otorgue el propio legatario facultado expresamente por el testador para posesionarse de los bienes legados⁹⁰.

Otras veces la reforma reglamentaria se basa en situaciones de analogía de regulación legal, así fue el caso del art. 178-4º del Reglamento Hipotecario de 1947, que según sus comentaristas⁹¹ se inspiró en algunas situaciones previstas en el art. 15 de la Ley Hipotecaria 1944-46, y en cuyo precepto se resolvió el problema de cancelación de hipotecas por cobro, en casos de acreedores fideicomisarios o nudos propietarios indeterminados, con solución adoptada por igual para ambos supuestos. Otro tanto puede decirse del trato analógico con el dispensado a otras especies de gravámenes que se da en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, reforma de 12 de Noviembre de 1981, que aparte de admitir como medio adecuado el acta de notoriedad para la determinación de los sustitutos no designados nominativamente y para hacer constar la extinción o ineficacia del llamamiento sustitutorio, concede al adquirente de bienes sujetos a sustitución fidicomisaria facultades para obtener, en su caso, a través del expediente de liberalización de cargas y gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria, la cancelación de gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes, sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios.

No puede pensarse, como sin duda tampoco lo hizo el legislador del siglo pasado, en una reforma-copia de preceptos extraños basados en unas peculiaridades que no siempre encajan en nuestro ordenamiento, sino en estudiar aquellas fórmulas por ellas adoptadas para resolver problemas

88. La prohibición de disponer y su acceso al Registro de la Propiedad fue tratada en Res. 15 Enero 1918; 14 Abril 1924; 27 Noviembre 1929; 14 Abril 1931; 25 Noviembre 1935; 25 Febrero 1943, que perfilaron el problema de registración que en su esencia fue recogido en los arts. 26 y 27 Ley 1944-46.

89. El art. 265 del Reglamento 1947 recogió doctrina de Res. 5 de Marzo 1910 y otras.

90. La Res. 19 Mayo 1947 decía que sería de desear un procedimiento más flexible que, impidiera posibles perjuicios cuando los herederos carecen de interés para aceptar la herencia y dificultan con su actitud la entrega, el art. 1.005 no es solución eficaz, y añadía que estas anomalías sólo pueden ser corregidas mediante una reforma legislativa, para casos de inexistencia de legitimarios. En Res. de 19 Noviembre 1952, destacaba como finalidad fundamental de la entrega de legados la intangibilidad de la legítima y aconsejaba, de lege ferenda, en casos especiales una fórmula más sencilla que armonizase los derechos de legatarios y herederos. La reforma del 17 de Marzo de 1959 ya tocó el problema y se perfiló mejor en el art. 81 reformado en 12 Noviembre 1981.

91. Ramón de la Rica Arenal, Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario.— Innovaciones.— Madrid 1948. pgs. 174.

análogos y adaptarlas a nuestras propias instituciones, sin llegar a desnaturalizarlas. Por ejemplo, la figura del curador del fideicomiso, cabe encajarla en la que en nuestro Derecho aparece con la denominación de defensor judicial para supuestos análogos. La institución del defensor judicial, aún estando solo regulada en sede de patria potestad, se utilizaba por los juristas prácticos como cajón de sastre a emplear en cuantos casos surgiera la necesidad de protección a quien faltare representante idóneo, por la no existencia del mismo o por contraposición de intereses. Esta posible extensión de la misma ha adquirido perspectivas y esperanzas de futuro bien fundadas a partir de la Ley 24 de Octubre de 1983, al dar a esta figura una regulación aparte, general y unitaria, diferente de la anterior, que sólo la refería a los casos de patria potestad⁹². Ya en el art. 299-3º del Código Civil dice: «...en todos los demás casos previstos en el Código Civil», lo que ha creado la opinión⁹³ de que esta regulación unitaria y general invita a extenderla a cualquiera otros que vayan apareciendo.

Esta figura sería tan útil en los casos de fideicomisario indeterminado como en los de usufructuario en igual situación, puesto que en el usufructo hay muchas situaciones, como las contenidas en los arts. 507, 509, 510, 517, 518, 519, que suponen la existencia de acuerdos, comunicaciones y en general colaboración entre usufructuario y nudo propietario, que en la situación de indeterminación no puede darse, si no es a través de un medio supletorio como el que esta figura nos proporcionaría.

También colocándolos en el lugar más adecuado, y sometidos a nuestra propia técnica habrían de incluirse las garantías y afianzamientos que debe prestar el fiduciario, las facultades de éste, tanto en la administración como en la disposición, y detalle de los actos que pueda realizar por sí solo o con otras garantías, como puede ser la autorización judicial. A más de la regulación de los supuestos de subrogación real, especialmente de los producidos ex voluntate.

Como la regulación no debe ser reiterativa, habría que colocarla en el lugar más adecuado, sea el supuesto de sustitución fideicomisaria, usufructo o institución condicional, al que se remitirían en lo aplicable los restantes, y dejando la puerta abierta a la interpretación analógica en cuanto fuere posible. Así ocurre en nuestras legislaciones forales, donde encontramos que la Ley 410 de Navarra, que en materias de garantías del usufructuario se remite a la Ley 231, de la sustitución fideicomisaria. O en Cataluña en cuya Compilación, art. 112, se atribuye al usufructuario, no legatario, el carácter

92. El Código Civil dedica a esta figura, después de la citada Ley, todo el Capítulo IV del título X del libro primero, artículos 299, 299 bis, 300, 301 y 302.

93. Florenza i Tomas: El Defensor judicial, pgs. 131, 237 y 231. Cuadernos Civitas 1990.

de heredero fiduciario, o el 420 de la Compilación de Navarra, cuando caso de extinción del usufructo de bienes destinados a persona indeterminada, dice continuaran en la administración del usufructuario o sus herederos. Estableciendo así una correlación y semejanza entre los diversos supuestos que facilita la aplicación analógica entre ellos.

2. De lege data

Si comparamos el derecho extranjero, y también especialmente el contenido de nuestra legislación foral con los preceptos del Código Civil observamos como en éste faltan unos cuantos artículos reguladores de las referidas situaciones de pendencia. «Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente» es el epígrafe de la sección 2ª del Capítulo VII del Título III del Código de Sucesiones por causa de muerte de Catalunya. Tiene 23 artículos. Hay otros equivalentes en las legislaciones de Navarra y Baleares.

El Código Civil carece por completo de la regulación de esta situación de pendencia. El artículo 783, refiriéndose al momento de extinción del fideicomiso y consiguiente entrega de la herencia al fideicomisario, admite deducciones por gastos legítimos, créditos y mejoras, lo que implica la consideración de la situación como un supuesto de administración gestionaria, pero la deja sin regular. Nos encontramos por lo tanto en un supuesto innegable de laguna legal.

a) La interpretación integradora. Análisis de la jurisprudencia existente.

Habida cuenta de ello, las soluciones habrá que buscarlas a través de la actuación jurisprudencial que suplirá el vacío de la Ley mediante la aplicación analógica de otros preceptos del mismo Código Civil, o de sus principios, y con la utilización de los recursos técnicos valederos cuando es precisa una interpretación integradora.

La jurisprudencia referente a este tema ha sido adjetivada por algún autor como «contradictoria, vacilante y desorientadora»⁹⁴ y no se puede negar la existencia de una opinión común tendente a considerarla como prohibitiva de cualquier acto dispositivo. No obstante, examinándola con más detenimiento, en su conjunto, no en un caso aislado ni en una etapa determinada, y dispuestos de diferente ánimo crítico, buscando en ella lo que haya de positivo, vemos que no están las posiciones tan cerradas.

La procedente del Tribunal Supremo no se centra exclusivamente en el problema de la limitación del tráfico jurídico, sino que trata otros múltiples

94. González Palomino. — Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario. Ya citado.

aspectos de la cuestión, próximos y relacionados, como son la posibilidad de llamar a concepturus, cuestión del nudo propietario no designado ni siquiera aludido, estado de los bienes en estas situaciones de pendencia; pero sin que sus conclusiones en materia de actos de disposición pueden considerarse cerradas en uno u otro sentido. En la sentencia del 17 de Abril de 1953⁹⁵. No sólo acoge doctrinas favorables a la solución (como subrogación real, y otras) sino que falla favorablemente estimando válida la venta realizada por una usufructuaria y los actuales miembros del la stirpe en la que recaerá la nuda propiedad cuando aquella fallezca.

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros, que van más directamente encaminadas a determinar si un acto de disposición está o no autorizado con arreglo a la Ley, para admitir o denegar su inscripción, no se pueden calificar sin más como de sentido negativo, en su conjunto. Hay fallos denegatorios, pero se llega a ellos las más de las veces concretando defectos en el procedimiento utilizado, o falta de algún requisito, pero sin cerrar el paso a ninguna doctrina. Por contra se encuentran Resoluciones (29 Diciembre 1960, 1 Septiembre 1976, 4 Febrero 1980 y 29 Enero 1988) donde es favorable no sólo la doctrina, sino el acuerdo para aquel caso concreto.

Conforme a su función de orientación y de unificación de criterios, la Dirección General encuentra en los considerandos de sus resoluciones el cauce adecuado para que, rebasando los límites del caso concreto, discurran sus doctrinas de carácter general. Así vimos como los problemas de la autocontratación encontraron sus guías en las resoluciones de 29 Diciembre 1922, 30 de Mayo de 1930 y otras; y como las sociedades de responsabilidad limitada, huérfanas de regulación, vieron soluciones en la de 15 de Abril de 1945, 2 de Agosto de 1950, 10 de Mayo de 1946, 21 de Marzo de 1947, 11 de Agosto de 1943 y otras, y también el problema de la retroactividad de la ratificación y su posible perjuicio a terceros fue expuesto en la de 3 de Marzo de 1953. Si buscamos alguna construcción doctrinal acerca de la materia que aquí tratamos, la encontraremos en la resolución de 22 de Diciembre de 1950, en cuyos considerandos 5º y 6º está recogida su doctrina referente a la posible solución de estas situaciones de pendencia, titularidades interinas y preventivas, posibilidad de disponer con autorización judicial mediante aplicación analógica de los artículos 801 al 804 del Código Civil, que ya hemos detallado en otro lugar⁹⁶. Hubo comentarios muy favorables y a pesar de su acuerdo denegatorio fue recibida con optimismo⁹⁷.

95. Ya estudiada, supra IV-1. pág. 55.

96. Ver supra IV-2 - *tercera etapa* pág. 59.

97. Cánovas Coutiño, Op. cit., págs. 458 y sgtes.

La calificación registral sólo tiene como pruebas básicas el contenido de los libros registrales y lo que resulte de la documentación aportada, por esto se tratan con extrema prudencia aquellos casos en que no resulta fehacientemente probado el consentimiento de todos los interesados y se evita prejuzgar los asuntos y crear los fuertes efectos de la inscripción registral y del juego de los principios hipotecarios. Pero esta falta de elementos probatorios resultantes de los documentos que contienen los actos registrables se ha resuelto mediante la aportación de expedientes y autorizaciones, complementarias de los documentos aportados. Así resuelve, nuestro Derecho en casos semejantes, como menor edad y ausencia, valiéndose de la autorización judicial, que ha sido también el recurso utilizado por parte del derecho extranjero y por nuestras legislaciones forales.

Por eso la doctrina expuesta por los considerandos de la resolución del 22 de Diciembre de 1950, que más que provocada por los informes de los interesados fue ofrecida espontáneamente por la Dirección, fue bien acogida por los autores que ya habían orientado la solución en este sentido y por otros que luego se sumaron a la corriente⁹⁸, y también por la práctica, que ya contaba con la experiencia de que la autoridad judicial actuaba cautelosamente en casos semejantes, no siendo nunca pródiga a la hora de conceder estas autorizaciones, y que dicta su auto de autorización después de obtener total conocimiento de los asuntos, de practicar cuantas pruebas se le ofrecen y todas las que ella misma solicita, de recibir el informe del Ministerio Fiscal y de la citación y la comparecencia en su caso de cuantos pudieran tener interés en el asunto, y termina con la adopción de todas las garantías precisas para evitar perjuicios a cualquiera que pudiera estar directamente interesado y a los terceros.

La misma autoridad judicial, en instancias superiores a quien concedió la autorización, la ha estimado como correcta y suficiente. Así ha ocurrido en numerosas ocasiones. (Res. 10 Septiembre 1918, 23 Julio 1924, 22 diciembre 1950, 13 Enero 1965) en que interpuesto el recurso contra la denegación de inscripción, el Juez Delegado, o el Presidente de la Audiencia Territorial (según la época a que pertenezca el recurso) se han mostrado conformes con la autorización.

La propia Dirección General de los Registros, cuando ha estimado suficiente esta autorización judicial ha antepuesto la seriedad y solvencia de la autoridad que interviene a cualquiera otra consideración. «Sólo se trata de sustituir unos bienes por otros *en la forma acordada por el Juzgado*». Dice Res. 29 Diciembre 1906.

98. Supra, notas 68-69-70 y 71 de Supra IV-2, págs. 59, 60 y 61.

Cuando en resoluciones posteriores a la dicha de 1950 no se confirmaba aquella doctrina, los comentaristas lamentaban que se hubiesen rebuscado argumentos de un frío dogmatismo y no se siguiesen criterios interpretativos de mayor flexibilidad y más acordes con las necesidades de la vida moderna⁹⁹. Esto se pensaba hace más de treinta años, cuando en algunas de nuestras leyes (de protección a la vivienda, de colonización) ya se ensayaba la idea de la función de la propiedad, con sus inmediatas consecuencias en el derecho privado y en el ejercicio de los derechos subjetivos¹⁰⁰. Más tarde, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1973, en su artículo 2º se dedican varios apartados a detallar a cuanto *obliga* el cumplimiento de la *función social de la propiedad* de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular.

Esta consecuencia natural de la evolución económica y social la recoge la Constitución Española en su artículo 33, donde se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia pero a la vez se indica que la función social de estos derechos delimitará su contenido. Las posturas teóricas, en nuestra patria, acerca de hasta donde trasciende esta función en la naturaleza de los derechos subjetivos se puede resumir en las siguientes: a) Simple indicación programática o adjetiva, sin repercusión inmediata en la naturaleza jurídica de estos derechos. b) Límite externo, de acuerdo con las palabras utilizadas en el precepto, pero que no altera la esencia del derecho subjetivo. *Tiene* función social, pero *no* es función social. c) Estos derechos comportan en sí mismos una función social, con sus facultades y deberes. No han dejado de ser derechos subjetivos pero la categoría de los derechos subjetivos ha sufrido una profunda transformación. Esta última orientación es la que se considera como predominante por gran parte de nuestro tratadistas y se deduce de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, en las que conjugando, al interpretar, los tres apartados del artículo 33 llega a la conclusión de que es un derecho debilitado que por interés social debe ceder para convertirse en su equivalente económico¹⁰¹.

Esta última posición, que pudiéramos llamar fuerte, acerca de la función social de la propiedad, ha sido informante de algunas leyes, como la 8/1990, 25 de Julio de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

99. Cánovas Coutiño, Op. Cit. pgs. 958 y sgtes.

100. Ley de Expropiación forzosa de 1954, arts. 71 a 75, incumplimiento de la función social de la propiedad. Ley de Montes 1957.

101. Ver. A.E. Pérez Luño. En Comentarios a las Leyes Políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga.— Constitución Española de 1978. págs. 418 y sgtes. Edersa 1983 y J. Baenes Vazquezla propiedad Constitucional.— Estatuto jurídico del Suelo Agrario págs. 52-53.— A. M. López López.— La disciplina constitucional de la propiedad privada. pág. 47, 1988, y sentencias del Tribunal Constitucional: 25/14 de Julio 1981, 111 1983 2 de Diciembre 485/1985 14 Octubre; 23/1987, 27 de Febrero 37/1987-26 de Marzo y 29 de Noviembre de 1988.

Sin embargo el referido principio constitucional, en cualquiera de sus tres posiciones teóricas, todas respetuosas con las ideas de conservación y aprovechamiento adecuado de la riqueza, puede servir de base a criterios de interpretación acordes con la economía moderna, la actual dinámica de los derechos y las exigencias del tráfico jurídico.

La base para interpretar con tales criterios no es preciso buscarla en la dudosa aplicación del art. 53 de la Constitución, en cuanto atribuye a determinados preceptos el carácter de informantes de la práctica judicial, sino que nos bastará invocar el propio Código Civil, que en su artículo 3-1 en materia de interpretación dispone que se debe tener en cuenta la *realidad social del tiempo* en que deben ser aplicadas.

Hay resoluciones, de resultado negativo¹⁰² que mencionan los perjuicios que se causan al propietario individual y a la economía nacional, al apartar los bienes del crédito, y desvalorizarlos, y que señalan¹⁰³ una contraposición entre la disposición testamentaria y la actual situación, que para conservar el patrimonio a favor de los titulares futuros, cumpliendo así la voluntad del testador, exigiría la enajenación de todo o parte de los bienes, lo que se agudiza en casos de concentración parcelaria o imposición administrativa de la obligación de construir. Situándonos en el ambiente y concepciones actuales de estos derechos subjetivos, mal se avienen estos considerandos, reveladores del contenido de la situación de hecho, con una solución denegatoria que se ha fundado en rebuscados argumentos dogmáticos.

Más que todo lo expuesto, ayudan a una interpretación favorable, las soluciones ofrecidas en las ordenamientos afines al nuestro y especialmente en las legislaciones forales.

No ha estado ausente de las Resoluciones de la Dirección General la referencia al Derecho extranjero cuando se ha tratado de cubrir lagunas de la Ley, así en la misma antes citada de 15 de Abril de 1946, relativa a sociedades de responsabilidad limitada, después de hacer referencia a «un Estado ligado a nuestra patria por estrechos vínculos» y de agregar que «examinados el derecho científico, las legislaciones extranjeras y la respectiva jurisprudencia que tanto contribuye a poner de manifiesto la realidad jurídica, a provocar la reforma de las Leyes y suplir sus deficiencias...» termina citando las aludidas normas y las orientaciones científicas. En otras se citan, no ya orientaciones, sino artículos en concreto (184 del Código Alemán y 1.399 del

102. 7 de Mayo de 1960. Ver supra IV-2 - *tercera etapa* pág. 60, línea 34.

103. 13 de Enero de 1965. Ver supra IV-2 *tercera etapa* pág. 60, línea 8.

Italiano Res. de 3 de Marzo 1953)¹⁰⁴. Sin embargo *nunca* para cubrir la laguna legal que estamos tratando ha hecho referencia a legislaciones ni orientaciones científicas extranjeras.

Este aparente trato discriminatorio tiende a desaparecer a partir de la entrada en vigor de las compilaciones forales. Ya en la Res. de 1 de Septiembre de 1976 se empieza a sentir el influjo de las soluciones adoptadas por aquellas, se reconoce en un caso de prohibición de enajenar, la existencia de laguna legal en nuestro Derecho y se advierte como en las legislaciones forales se ha dado salida al problema. En otra de 27 de Marzo de 1981, relativa a si la sustitución fideicomisaria comprende la vulgar, se da solución al problema que plantea la laguna legal adoptando la solución acogida por el Derecho Comparado y por las legislaciones forales citando los artículos 155 de Cataluña, 25 de la Compilación Balear y 226-1º de la de Navarra. Como es lógico, no las cita como directos fundamentos legales del acuerdo, pero sí acepta el criterio que las inspira y lo utiliza en forma de ayuda a la interpretación integradora de nuestra Ley. Es lógico que así se haga al ser este Derecho el más próximo al nuestro y que habrá de aplicarse en ocasiones conjugándolo con él y sometidos ambos a las mismas leyes de carácter general, como la Hipotecaria y de Enjuiciamiento Civil, y desde luego, sometidos ambos a la misma norma superior constitucional.

Aquella citada Resolución de 22 de Diciembre de 1950, que no recibió la aquiescencia de sus inmediatas en el tiempo (2 de Marzo de 1956-7, Mayo 1960 y 13 Enero 1965) se vuelve a recordar, con evocación favorable, en otras que tenemos mucho más recientes. En la mencionada de 1 de Septiembre de 1976, donde a nuestro parecer no era necesaria su alegación, se le cita. En otra más reciente de 29 de Enero de 1988. Se expone su doctrina detalladamente, y es un caso que más bien entraba de lleno en el artículo 1.054, y la expone con carácter general, y sin ceñirse al supuesto de división material que allí se discutía. Trata de actos de disposición en términos genéricos, no se adentra en el discutido tema de la aplicación analógica de los artículos 801 a 804 del Código Civil, no precisa el procedimiento contencioso para la autorización judicial, ni la necesidad de subasta, ni presenta ninguna de las cuestiones que fueron obstáculos en otros supuestos para la admisión de su doctrina, sino que simplemente recuerda la posibilidad de utilizar el procedimiento de venta de bienes del ausente, con el uso de la correspondiente autorización judicial, que para aquel caso *aconseja* como solución.

104. En esta Res. se trataba de cubrir el vacío legal que se advierte acerca de si la retroacción de una ratificación puede afectar a terceros, y se utilizaron para resolver los criterios orientadores de dichos preceptos.

De las resoluciones citadas, y de alguna otra¹⁰⁵, trasciende la aspiración de no someterse a un estrecho rigor científico inmovilizador, y de ir dando entrada a aquellas interpretaciones y doctrinas que reporten pragmatismo y que sean molde adecuado para recoger nuevas orientaciones y tendencias y llegar a través de ellas a alcanzar soluciones prácticas.

Utilizando palabras de nuestro Tribunal Supremo decía de Castro¹⁰⁶: «La jurisprudencia no es estática, tiene que ser dinámica como las propias leyes, con la necesidad de cambiarla cuando se entienda equivocada, exagerada o rigurosa la interpretación dada hasta entonces a los preceptos legales».

Efectivamente la jurisprudencia cambia, no sólo en el sentido de sus fallos, sino en sus fundamentos. Una sentencia reciente¹⁰⁷ referente a problemática muy próxima a la que estamos tratando, ha aplicado una analogía reiteradamente rechazada por una jurisprudencia anterior, y fundamenta este cambio radical en una aplicación restrictiva de las leyes que limitan las facultades de disposición, en el especial juego de la subrogación real y en el nuevo sentido que para el Tribunal Constitucional tiene la noción de seguridad jurídica.

Ya hemos visto como las resoluciones de la Dirección General de los Registros, en la materia que estamos tratando, han vuelto a exponer, recordar y detallar una doctrina que, transcurridos más de cuarenta años, podría considerarse ya olvidada, pero esta repetición, este recuerdo nos revela, al menos, que no hay intención de olvidarla, sino más bien de mantenerla viva dejándola allí expuestas, como recurso valioso a utilizar cuando se crea oportuno y procedente, a tenor de las circunstancias del caso en cuestión.

b) Jurisprudencia cautelar. Precauciones adoptables.

La llamada jurisprudencia cautelar o justicia preventiva está constituida por aquellas medidas de técnica jurídica con las que se da certeza a las relaciones de derecho y aseguran su efectivo cumplimiento, evitando lleguen a hacerse contenciosas o a provocar situaciones de paralización o ineficacia, siempre en armonía con la seguridad jurídica.

105. 4 de Febrero de 1980.— En esta se trataba de discernir si la sustitución era a término o condicional, para conocer si los fideicomisarios estaban ya determinados o habían de esperar el fallecimiento de la fiduciaria, examina el supuesto fáctico, y, sin darle valor a la situación de posible indeterminación que pudiera presentarse si se opta por la segunda, estima suficiente la intervención de todos los interesados posibles. Vemos como antepone el problema práctico, de la imposibilidad de perjuicios para los interesados, a las precisiones dogmáticas.

106. Derecho Civil de España, pág. 571.

107. T.S. 21-10-91. Relativa a la posibilidad de que el reservista mejore, en la reserva lineal.

En la cuestión que estamos tratando se ofrecen ocasiones propicias para utilizar estas medidas. Tengamos en cuenta:

— Que el jurista práctico cuenta con varias oportunidades de intervención, como asesor, autorizante, intérprete y ejecutor de disposiciones testamentarias.

— Que la materia está regulada por normas en su mayor parte de *ius dispositivum*, salvo el respeto a la legítimas, límites en los llamamientos en sustitución fideicomisaria y algún otro supuesto aislado, por lo cual no es difícil adoptar las referidas medidas a través de la voluntad del testador y de su interpretación.

— Que existen abundantes lagunas legales y se brinda la oportunidad de prevenirlas.

En la intervención del jurista práctico hay que destacar en especial tres momentos: El del otorgamiento del testamento; el de su interpretación y el de aplicación de sus disposiciones al practicar las operaciones particionales.

a) Momento del otorgamiento. El autorizante aquí realiza una primera interpretación directa de la voluntad del testador. La recibe y la plasma en el contenido literal del testamento. Su primera función consiste en oír al testador atentamente. Analizar cuales son sus deseos y los fines que pretende conseguir; cual es la trayectoria que quiere que sigan sus bienes, si muestra intenciones de hacer sucesivos llamamientos y cuales son las facultades que quiere que tengan cada uno de los sucesivamente llamados en cuanto a administración, disposición y disfrute de dichos bienes, y garantías y precauciones a adoptar en defensa de los derechos de unos u otros. Si se ve que esta voluntad encaja en cualquiera de los tipos regulados o se ve predisposición del testador a utilizarlos hay que explicarle el contenido de la figura que se propone y todas sus posibles consecuencias, para que después de ello decida completamente enterado, evitando con ello que por efecto natural del tipo institucional adoptado se produzcan consecuencias en ningún momento deseadas por el testador.

No es que debemos proscribir estas disposiciones, pero si evitar su utilización peligrosa. No existe fórmula jurídica sustancialmente mala, pero hay que evitar la atracción que todo lo estereotipado ejerce. Dice Roca Sastre refiriéndose a la sustitución fideicomisaria, que es fórmula de repercusiones tan intensas que de ella debe hacerse un uso racional «es como una droga que en determinadas ocasiones proporciona ventajas, pero de la que no se puede abusar».

También hay que hacerle saber al testador que lo que ahora dispone ha de producir su juego en circunstancias que no son exactamente las actuales, que él conoce, y las futuras que pueda preveer, sino en otras muchas inesperadas e imprevisibles y que han de presentarse en el largo período de pendencia que se tiene que abrir y a través del cual puede darse por seguro que aparecerán. Pueden ser radicalmente distintas de las que actualmente está viviendo el testado y que son las que más o menos directamente han contribuido a formar su decisión. Dice González Palomino, la sustitución fideicomisaria y todas sus figuras afines son como un mecanismo de explosión retardada, que no se sabe qué circunstancias se estarán viviendo en el momento de su explosión. También se refiere a esta dificultad de predicción Ennecerus y lo expone muy gráficamente diciendo que para evitarla tendría que haber designado en todos los Estados un adivinador infalible para que nos asesorará en el momento de la regulación de esas situaciones de pendencia.

Tenemos observado que informado adecuadamente el testador, suele desistir. Creemos que esta actuación de asesores y autorizantes ha motivado que disminuyan considerablemente los casos. No obstante, si es deseo definitivo del testador imponer las limitaciones deben redactarse las disposiciones con cuidado de acompañarlas de cuanto pueda ayudar, en su día, a resolver posibles problemas.

Como complementarias de esas disposiciones limitativas se pueden sugerir al testador las siguientes:

Nombrar una persona que sea de la confianza del testador que con su intervención permita la realización de actos dispositivos, por ejemplo al imponer una prohibición de enajenar, dejar a salvo la posibilidad de realizar la enajenación o el gravamen con la asistencia de dicha persona. Puede ser el cónyuge del testador, un amigo, pariente o cualquier otra persona que por su experiencia o por su relación familiar no ofrezca duda en cuanto a la salvaguarda de los intereses de unos y otros. El riesgo de que esta persona no exista cuando sea necesaria se puede obviar utilizando recursos cuantitativos, o sea designando a varios por un orden, o con otros cualitativos, designándola por una posición familiar en aquellos momentos, como el mayor de los descendientes, el menor de los ascendientes, o por referencia a cualquier cargo, posición o jerarquía, procurando siempre que se den circunstancias de conocimiento del asunto e imparcialidad.

También es aconsejable dejar señalado el procedimiento a seguir en actos de enajenación o gravamen, forma de avaluo, determinación de trámites, con subasta o sin ella, todo lo cual se puede prevenir con el correspondiente detalle

o bien con referencia a los trámites ya establecidos en la Ley para situaciones afines como la tutela o la ausencia.

Siempre es recomendable el nombramiento de contador-partidor. Son muy amplias las facultades que éste tiene, reconocidas por reiterada jurisprudencia¹⁰⁸. Según ésta es como si la hubiere realizado el propio testador. Puede ser la solución para partir en los casos de indeterminación de sujetos... Las facultades nacen de la Ley¹⁰⁹ pero es conveniente detallar algunas de ellas como entrega de legados, liquidación de sociedades conyugales e incluso las naturales de interpretar es muy útil detallarlas y ampliarlas expresamente, las frases «interpretar y decidir con arreglo a su leal saber y entender... las cláusulas dudosas del testamento...» han sido base para que la Jurisprudencia se manifieste en el sentido de que «las facultades concedidas... al contador... son tanto ejecutivas y periciales como declarativas... por lo que las manifestaciones hechas en el ejercicio de tales funciones crean un estado de derecho, según repetida jurisprudencia...»¹¹⁰. En alguna de sus sentencias el T. S. estimó que la decisión del contador-partidor no podía en aquel caso ser impugnada ante los tribunales¹¹¹. También en la legislación de Cataluña se da igual trato a la partición practicada por el propio causante que a la verificada por el contador partidor que aquel designó y surtirá efectos incluso para los fideicomisarios¹¹².

b) Momento de la interpretación.— A este respecto se presentan dos supuestos. En casos de testamentos ológrafos, cerrados o redactados con arreglo a minuta, que por lo general contienen la expresión de la voluntad directamente expuesta por el testador, sin intervención de asesoría jurídica, la que realizan los albaceas, herederos y contadores partidores es una primera interpretación. Es análoga a la que hace el autorizante del testamento abierto y hay que tener en cuenta, por lo tanto todo lo dicho con anterioridad, que le será aplicable si la expresión que de su voluntad ha hecho el testador lo permite por su flexibilidad, su ausencia de términos técnicos y de tipificación de situaciones, sobre todo podrá realizarse con más holgura si se conceden expresamente facultades de interpretación.

En el segundo supuesto, que es el caso del testamento abierto o de otra clase pero en el que ya ha intervenido asesor-autorizante, la primera interpretación ya la realizó éste y ha redactado el testamento plasmando en letra aquella voluntad según él la hubo entendido. La función del intérprete

108. Sentencias 26 Mayo 1976, 20 Marzo 1918; 24 Junio 1940 y Resoluciones 26 Febrero 1906, 22 Agosto 1914 y 11 Septiembre 1907.

109. Arts. 901 y 902 del Código Civil.

110. Res. 9 Marzo 1921 y 23 Julio 1925.

111. Sentencia del T. S. de 26 de Mayo de 1976.

112. Art. 190 de la Compilación de Cataluña hoy del Código de Sucesiones.

ha sido en gran parte asumida por el asesor redactor. No obstante aún pueden quedar posibilidades de indagación de la verdadera voluntad del testador, de valorar las palabras en las que quedó plasmada su voluntad, e incluso, siguiendo el tenor del mismo testamento, integrar sus disposiciones cubriendo sus lagunas. Es también momento de discernir si el testador quiso realmente disponer o tan solo dar consejo o manifestar un ruego, y consiguientemente es también el momento de aplicar el principio, in dubio contra fideicomiso recogido en los arts. 783 y 785 del Código Civil.

En cualquier caso los albaceas, herederos, contador partidor deben tener en cuenta que su interpretación causa estado y que en lo sucesivo va a ser decisiva, figurará en las inscripciones registrales y en principio, y mientras no prospere impugnación en contra, la tendrán preferentemente en cuenta los tribunales.

También hay posibilidades de subsanarla. En Rs. de 2 de Diciembre de 1986, denegada la inscripción de un acto dispositivo porque no se ajustaba a la titularidad atribuida al disponente por la interpretación que del testamento hicieron los albaceas y herederos, en un último considerando se dejaba la puerta abierta a una nueva y diferente calificación para el caso de que *todos* los herederos y albaceas rectifiquen su anterior interpretación, ya constante en el Registro, o bien que los Tribunales lo dispongan en el procedimiento adecuado. Lo que equivale a decir, que los albaceas y herederos tanto pudieron interpretar en uno como en otro sentido, que el momento de la interpretación decidió, pero que con el consentimiento de todos los que intervinieron se puede deshacer el error y subsanar.

c) Momento de la partición.— Cuando llega el momento de realizar las operaciones particionales éstas, aún sometidas a la interpretación que del testamento se haya hecho, ofrecen nueva oportunidad para que, sin apartarse de la voluntad del testador, las limitaciones resultantes de aquellas disposiciones restrictivas de las facultades de disposición, recaigan sobre aquellos bienes a los que correspondan exclusivamente y sobre los que sean menos perjudiciales sus efectos inmovilizadores.

La misma complejidad de las operaciones particionales (que por lo común comprende previa liquidación de sociedades conyugales, fijación de legítimas, colaciones, determinación de deudas, adjudicaciones para pago de ellas, entrega de legados, formación de hijuelas), nos sitúa en la alternativa de propiciar la solución o agravar seriamente el problema según se haya optado por uno u otro camino, al realizar las adjudicaciones. En este aspecto es recomendable:

— No practicar adjudicaciones generales cubriendo varios conceptos del haber del mismo heredero. Huir del llamado *totum revolutum*, contrario a la nitidez de las situaciones y al propio principio de especialidad registral. La partición cuidadosamente hecha debe distinguir claramente unas adjudicaciones de otras evitando que queden impregnados por la limitación aquellos bienes que no debían ser afectados por ellas.

— Usar de las facultades que el testador, expresa o tácitamente, haya concedido para elegir qué bienes deben ser sometidos a la inmovilización. En aquellos casos en que el testador no haya indicado determinados bienes para dejarlos afectados por la sustitución o el gravamen de que se trate, quedan los partidores con libertad para formar los respectivos lotes y en el propio patrimonio relicto pueden encontrar sectores muy poco aptos para la inmovilización, mientras que otros serán más adecuados para sufrir dicha limitación.

— Tener en cuenta, en el llamado cuerpo general de bienes, aquellas parcelas en las que el testador no tenía plenas facultades dispositivas, como son las integrantes del patrimonio ganancial o las afectadas por la legítima. Los bienes que se destinen a cubrir estos haberes quedarán enteramente libres de las afecciones impuestas por el testador. Es conveniente jugar adecuadamente con estas posibilidades, para tratar de conseguir el resultado más acorde con la voluntad del testador y a la vez el menos limitador de facultades de disposición.

El cuidado y habilidad en el momento de partir pueden ser decisivos. Veamos unos ejemplos:

Un testador, sin hijos, deja heredera en pleno dominio a su esposa, con resolución para el caso de que contraiga ulteriores nupcias, y designa un contador partidor con las máximas facultades. Determinado el haber de su viuda, integrado por sus gananciales, su legítima viudal, y herencia de su esposo, como única interesada se le hace una adjudicación global sin distinguir entre sus respectivos haberes. Cuando quiere disponer de unos solares, originariamente gananciales, encuentra que la resolubilidad pesaba sobre ellos.

Por contra: Los testamentos gemelos de unos cónyuges contienen un legado a favor de la hija soltera, consistente en la casa domicilio conyugal, de naturaleza ganancial, pero si fallece sin hijos pasará la casa a sus hermanos y sobrinos que en ese momento vivan. Fallece la madre testadora y transcurridos varios años una inmobiliaria pretende adquirir la casa, de una sola planta y obra vieja, para sobre el solar construir nuevas viviendas, a cambio de un piso en el nuevo edificio y parte de los bajos. El segundo

llamamiento condicionado deja indeterminados los definitivos titulares y no se puede llevar a efecto la conveniente operación. Se resolvió solicitando el viudo la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de la casa de acuerdo con el artículo 1.406-4º del Código Civil. Pudo ver así realizada la operación y asimismo comprobar lo peligroso y contraproducente de su disposición condicionada. El cambio de circunstancias que orientó su voluntad en sentido contrario se había operado en menos de veinte años.

Comprobamos pues, como las operaciones particionales pueden tener consecuencias en la solución de estos problemas.

Por último hay que señalar, como posible elemento coadyuvante a utilizar la reforma del Código Civil de 13 de Mayo de 1981 en cuanto agregó al artículo 1.057 su segundo párrafo donde se dispone que a falta de testamento, contador partidor en el designado o vacante el cargo, el juez, a petición de los herederos y legatarios que representen al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario podrá nombrar un contador partidor dativo. La partición habrá de ser aprobada judicialmente, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Esta innovación elimina la necesidad de unanimidad en la partición. Si bien se afirma que estudiando el proceso de elaboración legislativa, se penso en este contador partidor como medio para facilitar las operaciones particionales en los casos de coincidencia de familia matrimonial con no matrimonial, esta finalidad no aparece ni resulta de su letra, ni de forma expresa ni deducida, y por consiguiente es aplicable a cualquier otro supuesto, entre los cuales cabe perfectamente el que puede resultar de esta indeterminación de sujetos¹¹³.

Ya hemos expuesto antes lo muy eficaz que resulta en estos supuestos la existencia de un contador partidor testamentario. La eficacia debe ser la misma en el caso del dativo, ya que el legislador lo ha previsto para suplir la falta de contador partidor testamentario, como resulta de la propia letra del precepto.

113. Los autores que tratan esta materia no suelen oponer reparo a que se le aplique al supuesto de fideicomisarios u otros llamamientos posteriores, incluso a favor de los sujetos aún no determinados, partiendo del principio de que todo lo que pudiera hacer un contador-partidor testamentario lo puede hacer el dativo. Puig Ferriol (El contador-partidor dativo —A D C 1988— pág. 682) parece exigir como requisito el que todos los herederos estén determinados, pero entendemos que ésto será a lo sumo en cuanto a los llamados en primer lugar, nunca a los posteriores. Si los actuales determinados superan el tanto por ciento preciso para solicitar el nombramiento de contador partidor dativo, no vemos inconveniente.

Será preciso para obtener el nombramiento contar con la mayoría que el art. 1.057 exige. Una vez nombrado practicará las operaciones particionales y si no se obtiene la confirmación de las mismas, que en este caso puede quedar a falta de la correspondiente a los indeterminados, la aprobación judicial es suficiente para suplirla.

Al ver incluido en este artículo 1.057 el referido segundo párrafo, pensamos en la posibilidad de aplicarlo a las situaciones de difícil unanimidad ya existentes antes de la fecha de entrada en vigor de este precepto, pero al parecer la doctrina ha estimado que no puede tener efectos retroactivos, y por consiguiente no puede aplicarse a las herencias causadas antes de su entrada en vigor. Ahora, transcurridos cerca de doce años ha comenzado el tema a perder importancia. De todas formas nunca quedamos convencidos por completo de los razonamientos utilizados a favor de esta irretroactividad. Recordamos una situación similar, la de la aplicación del art. 1.413 del código civil (retocado en 1958) a los casos de matrimonios anteriores, que se resolvió doctrinalmente en sentido favorable a su retroactividad, por razones prácticas, que pusieron a su lado a lo más autorizado de nuestra doctrina que para encontrar fundamento apeló a los más rebuscados argumentos¹¹⁴.

Resumiendo diremos que de todas estas medidas de precaución que hemos enumerado extraemos como consejo capital el que tanto al redactar el testamento, como luego al interpretarlo y al aplicarlo después, quien actúe en cualquiera de estas posiciones ha de tener presente que cada palabra que se utilice debe ser meditada, su inclusión puede tener enorme trascendencia, y que una denominación imprecisa puede traer en el futuro efectos contraproducentes, en muchas ocasiones más perjudiciales que beneficiosos para aquellos a quienes el testador con sus disposiciones quiso favorecer.

La voluntad del testador, Ley de la sucesión, respetada extremadamente por la legislación y la jurisprudencia, debe ser en cada una de las referidas etapas, objeto de cuidadoso análisis. Ese sacrosanto respeto que se le otorga está conferido a la voluntad auténtica, probada, acorde con sus fines, ponderada, y no a la que se llega a fijar, causando estado, mediante improvisaciones, falsas apreciaciones y rutinarias calificaciones técnicas.

114. El profesor Federico de Castro, en su apéndice del Compendio de Derecho Civil, pág. 20 (Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1958) tratando este problema del artº 1.413 del entonces reformado Código Civil, utiliza, al afrontar su aplicación retroactiva, argumentos que *mutatis mutandis*, podían ser válidos en los casos de aplicación del párrafo segundo del artº 1.057 actual a las herencias causadas antes de la reforma y aún pendientes de practica de las operaciones particionales.

CONTESTACION
DEL
EXCELENTISIMO SEÑOR
DON RICARDO EGEA IBÁÑEZ

Excmos. Srs. Presidente y Académicos
Excmos. e Ilmos. Señores
Señoras y señores:

El nuevo académico, don Francisco Saura Ballester, estudia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, donde obtiene el título de Licenciado en 1944. Pertenece al Cuerpo de Contadores del Estado del Ministerio de Hacienda. Ingresa en el Notariado en 1953, y el 21 de marzo de 1954, toma posesión de su primera notaría en Boal (Asturias). Posteriormente es notario de Canjayar, Cuevas de Almanzora y Abanilla. Por oposición entre notarios es nombrado para una notaría de Cehegín, y posteriormente ejerce su profesión en Cieza, Callosa y Murcia. Es notario de Murcia desde abril de 1979 hasta el 27 de enero de 1990, fecha de su jubilación.

Francisco Saura permanece siempre cercano a la Universidad de Murcia. Aprueba los cursillos del Doctorado con los siguientes temas: Teoría General de la Responsabilidad Civil. El problema del daño, y su evaluación en la Responsabilidad Civil. Y problemas de Responsabilidad Civil, con el Dr. Batlle. También aprueba los temas sobre la reciente reforma del Código Civil Español y la nueva ordenación de la Propiedad Rústica, con el Dr. Espín. E igualmente, La Ciudad y su régimen en la Historia y en el Derecho Comparado, con el Dr. Cerdá.

Posteriormente, continúa su contacto con lo que para él como para mí ha sido el lugar donde se ha desarrollado parte de nuestra vocación jurídica, el seminario de Derecho Privado de la Universidad de Murcia. Prepara y escribe una serie de trabajos, aunque inéditos, han servido de base para los estudios de las oposiciones entre notarios, entre estos están: Las formas atípicas e indirectas de garantía. La regularización de balances en las sociedades mercantiles y la devaluación monetaria. La ineficacia del negocio jurídico.

El artículo 1.805 del c.c. y la resolución del Contrato de Renta Vitalicia. Normas imperativas y dispositivas en la Ley de Propiedad Horizontal. Y la cancelación de derechos inscritos a favor del Estado. En fechas más recientes, requerido por el departamento de Derecho Civil, colabora en los seminarios semanales sobre la Reforma del Derecho de Familia que se inician en diciembre de 1981, hasta la terminación de los mismos.

El tema objeto de este discurso ha puesto de relieve las dificultades que en el tráfico jurídico plantea la existencia de las sustituciones fideicomisarias. Pero su experiencia y conocimiento del tema han resaltado una cuestión muy importante, la gravedad para el patrimonio de muchas personas de no poder disponer de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria. El nuevo académico ha señalado, que como éste no es un problema de masas, como no produce alteraciones sociales, y como no tiene lo que ahora se llama, agentes sociales a su favor, difícilmente puede tener soluciones legislativas, de ahí el esfuerzo de la doctrina y de la práctica que aparece a lo largo de este trabajo para solucionar este problema, que en parte ha sido regulado con una solución más práctica por la Ley 10/1991 del 30 de diciembre. Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, y especialmente de los artículos 217 al 228.

Pero veamos como se desarrolla todo el proceso de la sustitución fideicomisaria. Su historia viene como siempre del Derecho Romano, y sobre su origen y su desarrollo podemos señalar dos libros clásicos: El de BIONDI, Sucesión testamentaria y donación. 1960, pág. 511. Y el de CONTARDO FERRINI. Teoria Generale dei Legati e Feddecommessi. Milán, 1889, págs. 77 y 81. El fideicomiso nace como un ruego o una recomendación hecha por el testador al heredero, para dar o hacer alguna cosa. En principio la rogatio no tenía sanción legal y su ejecución quedaba bajo la confianza del testador en el heredero. En tiempo de AUGUSTO, el instituto adquiere eficacia jurídica, pues exige al rogatus que ejecute el fideicomiso. Esta exigencia actúa extra ordinem, es decir, fuera de lo que podía llamarse la jurisdicción ordinaria. En tiempo de CLAUDIO, se constituyen dos pretores extraordinarios, llamados fideicommissari, que tenían competencia en esta materia, es decir, exigían que se cumpliera por el heredero la obligación que le había impuesto el causante en favor de tercera persona. De esta forma, el fideicomiso abre nuevas perspectivas al sistema tradicional de la herencia en el Derecho Romano y rompe los moldes de una institución tradicional.

Las dificultades de prueba en el fideicomiso ya fueron conocidas por HEINECCIO en sus Recitaciones del Derecho Civil. Madrid, 1835. Tomo II, pág. 246. Este autor se refiere al modo de dejar el fideicomiso. Los legados, dice, no pueden dejarse si no es en presencia de cinco testigos, y en los

fideicomisos no se requiere ningún testigo, si el testador ruega al heredero, estando presente, que cumpla con el fideicomiso. Se pregunta cómo puede probarse que el testador dejó el fideicomiso si no lo presenció ningún testigo. La respuesta puede tomarse de la Ley.

Se puede exigir juramento al heredero, de si se le ha dejado encargado algo, y de no querer jurar, tendrá que cumplir el fideicomiso. ¿Y si jura en falso?, entonces no hay nada que responder. No hay otro remedio de averiguar la verdad, el juramento, como dice el apóstol, es el final de todo pleito.

Pero en el Derecho Romano ya aparece el fideicomiso de familia. En virtud de esta disposición, se ordena, que el heredero haga entrega de los bienes al primer fideicomisario, y muerto éste, pasarán los bienes a un segundo fideicomisario, y después a un tercero, y sucesivamente a otros fideicomisarios, conservándose siempre los bienes dentro de la misma familia. Este fideicomiso de familia, dice BIONDI, tuvo su desarrollo en el Derecho Intermedio, y cuya principal finalidad era conservar los bienes dentro de una estirpe familiar. Esta disposición también podía hacerse de tal manera que los bienes pasaran de primogénito a primogénito, constituyendo el mayorazgo. Este fideicomiso aparece en el DIGESTO en dos textos que vamos a examinar.

MODESTINO. D-31-32-6, donde se regula el fideicomiso que se deja dentro de la familia. Se admite la petición de los designados individualmente, y una vez que hayan fallecido estos, la voluntad testamentaria hace que los bienes pasen dentro de la familia a otros grados ulteriores de herederos.

Otro texto, es el de PAPINIANO. D-31-69-4, que también se refiere al fideicomiso de familia, cuando dice, que si algunos de la familia son emancipados posteriormente, pueden pedir el fideicomiso, y que dentro del concepto de familia se entiendan esta clase de personas.

Posteriormente, JUSTINIANO dispone que bajo la denominación de la familia se comprendan los hijos, los libertos, los patronos y los esclavos. Pero ya empieza una reacción en contra de esa prolongación de los bienes dentro de la sustitución fideicomisaria, y JUSTINIANO, en LA NOVELA-159, establece que los bienes quedan libres después de la cuarta generación, cuando el penúltimo fiduciario muere impuber.

El Libro de BUSSI. La formazione dei dogma de Diritto Privato nel Diritto Comune. Tomo I, pág. 215. Señala la tesis de PFAF y HOFFMAN, que considera que el fideicomiso de familia participa de un doble carácter, por una parte está sujeto al derecho público y por otra parte está sujeto al

derecho privado. Para este autor tiene su origen en España, y pasa a Italia en los siglos XVII y XVIII.

Pero no sólo es en Italia donde aparece el fideicomiso de familia, sino también en Francia, BRISSAUD. Manuel D'Histoire de Droit Privé. 1908, pág. 69. Recoge el tema de las sustituciones fideicomisarias o fideicomisos de familia, como disposiciones contenidas en testamento, en virtud de los cuales se encarga al heredero la obligación de conservar los bienes para que posteriormente pasen a otra persona, y éste a su vez tiene la misma obligación de conservar los bienes para que pasen a otro, y así sucesivamente. Cuando esta sustitución fideicomisaria se hace siguiendo el orden de la primogenitura, se constituyen unos fideicomisos perpetuos, donde los bienes se transmiten dentro de la familia y solamente a favor del primogénito, a esto, este mismo autor le llama los mayorazgos. Pero esta cuestión crea graves problemas jurídicos, y he aquí la ofensiva del derecho francés contra las sustituciones fideicomisarias. GUY COQUILLE deplora el abuso que se comete con los acreedores. La Ordenanza de Orleans de 1560, en su artículo 59, limita las sustituciones a dos grados. La Ordenanza de MOULINS de 1566, en su artículo 57 organiza la publicidad de las sustituciones fideicomisarias, y es D'AGUESSON el que considera que la derogación de todas estas leyes referentes a las sustituciones fideicomisarias, sería la mejor ley.

La revolución francesa suprime simplemente las sustituciones por ser contrarias al derecho de igualdad en la sucesión y además impedir la circulación de los bienes. Posteriormente, los redactores del Código Civil Francés hacen un texto intermedio. El artículo 896-1 del c.c. francés, dice tajantemente que las sustituciones son prohibidas, pero a su vez crean una serie de excepciones que aparecen reguladas en los artículos 1.048 a 1.076 del c.c. de Francia.

Curiosamente, NAPOLEON vuelve a establecer las antiguas sustituciones familiares en favor de la nueva nobleza, y además le da el nombre de mayorazgos, esto en 1806. Pero estas disposiciones fueron derogadas en 1835 y 1845, y se vuelve al sistema del c.c. Los últimos mayorazgos son rescatados por el Estado en 1905. Este es el resumen que hace MAZEAUD. 1986, pág. 640. L. DROIT CIVIL.

DERECHO ESPAÑOL.

ROMERO, en el libro SALA NOVISIMO O NUEVA ILUSTRACION DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA. Tomo II. Madrid, 1841, pág. 116. Al hablar sobre el origen de los mayorazgos y su definición, dice que los

mayorazgos son célebres, por los muchos que hay y por las cuestiones que suscitan. Dice que los romanos no lo conocieron, pero han tenido los fideicomisos familiares que se asemejan bastante, como ha quedado expuesto en los textos de MODESTINO y PAPINIANO del DIGESTO ya citados. Por lo que tiene de semejanza con los fideicomisos, muchas de las cuestiones que se suscitan sobre ellos, son solucionadas por las normas de las sustituciones fideicomisarias.

GONZALEZ PALOMINO, en su trabajo sobre LA ENAJENACION DE LOS BIENES PSEUDO-USUFRUCTUADOS. ESTUDIO JURIDICO DE ARTE MENOR. Tomo II, pág. 323, dice que no hubo en Castilla sustitución fideicomisaria tal como la entendemos ahora, porque no hacía falta alguna. La sustitución fideicomisaria en Castilla está realmente contenida en el mayorazgo que ocupaba su sitio y cumplía su función. El mayorazgo era la sustitución fideicomisaria de Castilla. Antes de las Leyes de Toro, los mayorazgos eran de Derecho Público fundado sobre la licencia real para su constitución. Las Leyes de Toro regularon esta institución y la colocaron bajo la normativa del Derecho Privado.

El problema se va a plantear respecto a los mayorazgos y las sustituciones fideicomisarias con motivo de la reforma de la Propiedad Agraria, en virtud del cual queda disuelto el régimen señorial de propiedad. Respecto a los mayorazgos, quedaron abolidos por la Ley de 11 de octubre de 1820.

Pero el texto de esta Ley, nos revela, que cerca estaban los mayorazgos de las sustituciones fideicomisarias. El artículo 1º de la Ley citada, dice: —quedan suprimidos todos los mayorazgos-fideicomisos-patronatos y cualquier otra vinculación de bienes, raíces, censos, foros, juro, o cualesquiera de otra naturaleza— que se restituyen a la clase de los absolutamente libres.

Como vemos en el texto del artículo I de la Ley de 11 de Oct. de 1820, trata de la misma forma a los mayorazgos y a los fideicomisos, prueba de lo cerca que estaban los unos de los otros.

Un libro clásico, EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL de RAMON DE MORATO. 1868, Pág. 123., después de señalar la relación entre sustitución fideicomisaria y mayorazgo, y de decir que éstos se podían llamar sustituciones fideicomisarias perpetuas, pone de relieve el problema al publicarse la Ley citada de 1820, de si los fideicomisos temporales han sido derogados por la citada Ley de 1820 en su artículo I. Parece a primera vista que sí, dice MORATO, ya que dicha Ley se refiere a mayorazgos y a fideicomisos, pero MORATO entiende que es una cosa admitida que la Ley de 1820 en su artículo

I, cuando habla de fideicomiso se refiere a los fideicomisos perpetuos, que son auténticas vinculaciones de la propiedad privada, y no se refiere a los fideicomisos temporales. El texto de la Ley, dice MORATO, tiene por finalidad, que en ninguna de las provincias de España pudiera quedar propiedad vinculada de ninguna clase, ya fuera conocida con el nombre de mayorazgo o de fideicomiso, y prueba de esto es la Ley de 23-mayo-1845, que trata de los fideicomisos temporales como institución existente en el derecho, y declara la obligación de pago del impuesto al tesoro en razón de su existencia. De una forma más clara BENITO GUTIERREZ, en su obra CODIGOS O ESTUDIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL. 1881. Tomo III, pág. 389, dice, que las sustituciones fideicomisarias temporales se rigen por el Derecho Común, y que el artículo I de la Ley de 11 de octubre de 1820 se aplica exclusivamente a los fideicomisos perpetuos.

Como ejemplo de mayorazgo o sustitución fideicomisaria perpetua, y además, por ser un testamento estrictamente jurídico, voy a hacer lectura de parte del testamento de GARCILASO DE LA VEGA.

Empieza diciendo: En nombre de Dios Amén, sepan cuantos esta carta de testamento y última voluntad vieren como yo, Garcilaso de la Vega y de Guzmán, vecino de ésta muy noble Ciudad de Toledo, digo que por cuanto si la voluntad de Dios Nuestro Señor fuere, tengo deliberado y determinado de ir a pasar con la Majestad del Emperador Rey don Carlos, Nuestro Señor en Italia, y en las otras partes donde él fuera servido de quererse de mi servir, y porque la muerte es natural a los hombres y es cosa cierta, y la hora y día en que ha de ser es incierta, y de las buenas obras que hubiéramos hecho daremos cuenta en el día temeroso del juicio, y por ende teniendo y creyendo firmemente en nuestra Santa Fe Católica, como bueno y fiel cristiano, a la salvación de mi alma y descargo de mi conciencia, ordeno éste mi testamento en la forma y manera siguiente: Primero, encomiendo mi ánima a Dios Nuestro Señor para cuando fuere su voluntad de elevar mi ánima a su Gloria, donde los fieles cristianos deseamos ir y estar.

Hay que tener en cuenta que el testamento para muchas personas es un acto religioso, y tanto el nuevo académico como el que lee este discurso, somos testigos de que el primer artículo de muchos testamentos suponía la profesión de fe, no sólo de toda su vida, sino a la hora de su muerte, y además el ruego a sus herederos en los funerales y sufragios para bien de su alma.

Pero siguiendo el testamento de Garcilaso, he aquí un ejemplo de sustitución fideicomisaria o mayorazgo. Dice dicho testamento que lo que montare el dicho tercio y remanente de quinto y legítima, lo tenga o posea el dicho Garcilaso mi hijo, por todos los días de su vida, y después de su muerte, lo tenga o disfrute su hijo mayor de dicho Garcilaso mi hijo, siendo

legítimo y habido de legítimo matrimonio, y después su hijo, y nieto mayor de dicho Garcilaso mi hijo, y sus descendientes sucesivamente, uno en pos de otro, por línea recta, prefiriendo siempre por la dicha línea, los varones a las hembras, y defecto de hijos, hija mayor, llamándose siempre el que hubiera de suceder en la dicha mejoría y legítima, mi apellido de la Vega y de Guzmán, trayendo las insignias y armas de la Vega y Guzmán; y si dicho Garcilaso falleciera antes de casar, o después de casado no dejara hijos legítimos, esta mejoría y legítima la tenga don Iñigo de Zúñiga, mi hijo segundo y de la dicha doña Elena, así como su hijo mayor y descendiente por la dicha línea legítima, y así sucesivamente deja los bienes vinculados a la familia, determinando al final que toda aquella persona que sucediere, lo sea para que todo se junte e incorpore bajo las condiciones y vínculos en dicho mayorazgo contenidos.

Pero sigue diciendo, que es condición de estos bienes, que el dicho tercio remanente de quinto y legítima no se pueda vender, ni donar, ni trocar, ni cambiar, ni atributar, ni obligar en dote, ni obligación de rey por ninguna causa, y que si en contrario algo se hiciere, que dichos bienes quedan libres para el sucesor que viniese a ellos.

El testamento está hecho en la Ciudad de Barcelona, el día 25 del mes de julio de 1529, lleva la firma rubricada de Garcilaso, y a continuación se encuentra escrita en letra notarial diferente, la legalización de Francisco de Barrera, Escribano y Notario Público, firmada también el 25 de julio de 1529; a continuación están los nombres de los testigos, siendo el primero de ellos Juan Boscán, vecino de Barcelona.

Las sustituciones fideicomisarias pasaron al c.c. en la forma que determinan los artículos 781 a 789. Las dificultades y los problemas en su aplicación práctica han sido ya expuestas por el nuevo académico. Las soluciones a las dificultades expuestas, revelan en parte la aplicación por los notarios, de lo que llama FEDERICO DE CASTRO, la Jurisprudencia cautelar. En el libro de LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, la PRUDENCIA POLITICA, habla de los linajes del saber, distingue entre los saberes teóricos y prácticos, y considera como uno de los linajes del saber, la practicidad atenuada, en el cual el descubrimiento de la verdad, no es objeto de un conocimiento especulativo, sino que una vez conocida, queda convertida por obra de la voluntad en un texto escrito o en una obra práctica terminada. Es un conocimiento que va dirigido a la realización de una obra fundada en una verdad conocida, en el caso del notario, pero lleva consigo la creación de un texto que la función notarial convierte en testamento o escritura pública.

Francisco Saura Ballester, nuevo académico, bienvenido. He terminado. Muchas gracias.

