

II. DICTAMENES

D I C T A M E N

acerca de la interpretación y el cumplimiento de lo ordenado en testamento: sustitución fideicomisaria «si sine liberis deceserit» y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional

C O N S U L T A

Don A, conde de la B, otorgó su testamento en 30 de abril de 1900, estableciendo en su cláusula octava un legado en usufructo a su hija doña C, que debería pasar en propiedad a sus nietos, hijos de dicha señora, en la proporción siguiente: la mitad al nieto mayor, don X; dos sextas partes a su nieto, don Y, y la otra sexta parte a su nieta, doña Z, con la condición de que si alguno de ellos falleciere sin descendencia acrecería su parte a la del varón mayor que sobreviviese, en forma que, preferentemente, habría de recaer en aquel que llevase el título de conde de la B.

Fallecida la usufructuaria, se adjudicaron a los referidos nietos, en la proporción expresada, los bienes integrantes del tercio de mejora objeto del legado indicado, entre los que figuraron las fincas de M y N, y comprendidos en ellas los terrenos incluidos en el Plan Turístico de M.

Posteriormente a tal adjudicación proindiviso, dichos hermanos procedieron a la división material de tales fincas. En la escritura por la que efectuaron tal división se insertó literalmente la referida cláusula octava. De ella se hizo mención concreta en las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad de H y no así en el de I, donde radican la mayor parte de dichas fincas divididas, aunque naturalmente resulta de la inscripción principal de la partición del testador que instituyera la mejora.

Anteriormente a tal división material, los tres hermanos habían efectuado algunas ventas de otros terrenos, determinadas por la necesidad de atender a peticiones de corporaciones públicas para fines de interés social.

Se ha mantenido la indivisión respecto a otras fincas comprendidas en dicho tercio de mejora.

En 1951 falleció el nieto, don X, que ostentaba el título de conde de la B, hoy transmitido a su hermano, don Y, y no teniendo descendencia de su único matrimonio, instituyó por su heredero a su dicho hermano, sin perjuicio del usufructo de la mitad de sus bienes legado a su viuda. En la partición de aquel causante se incluyeron los bienes del referido tercio adquirido por don X, inscribiéndose algunos de ellos en el Registro, con la sujeción a tal usufructo viudal.

Don Y tiene tres hijos, mayores de edad.

Doña Z, casada dos veces, y actualmente viuda, sin descendencia, no podrá tenerla por su edad, y por su grave estado de salud.

Por don Y se ha procedido a vender grandes extensiones de terrenos de la finca de M, ya que se considera que él será el único que fallecerá con descendencia.

En julio de 1963, doña Z hizo donación al Instituto Social de la Marina de una parcela para la edificación de casa para marinos, pero dicho Instituto, conocedor de la cláusula testamentaria referida, a virtud de certificación registral, exigió para aceptar tal donación la conformidad del otro nieto sobreviviente, o sea, de don Y, lo que éste efectuó, como único varón superviviente de doña C y como ostentador del título de conde de la B, "en atención a la finalidad a que se ha de destinar la finca de referencia".

Recientemente, doña Z ha efectuado ventas de grandes extensiones de la finca de M, en su mayor parte, a favor de unos sobrinos que no son hijos de los referidos legatarios, y que encubren, de hecho, una herencia anticipada, por las que ha dispuesto de bienes sujetos a las condiciones de aquella cláusula octava.

El actual conde de la B y sus hijos estiman que esas ventas hechas por doña Z son nulas y por ello les interesa conocer opinión autorizada sobre los siguientes extremos:

1.º Sobre la nulidad o validez de tales escrituras de ventas celebradas por la legataria, doña Z, de esos bienes, cuya propiedad está reservada al legatario que sobreviva con descendencia legítima, y dado que al fallecer aquella señora no podrá dejarla;

2.º Sobre si debe intentarse alguna medida preventiva en razón a las posibles ventas que intente realizar la legataria, doña Z;

3.º Sobre posibilidad de demandas de anulación de las ventas ya realizadas:

4.º En su caso, sobre si esas demandas han de ejercitarse desde ahora, o debe esperarse a que se produzca el óbito de la expresada legataria.

A la consulta transcrita se acompañan copias simples del referido testamento del conde de la B y de la escritura, autorizada el 26 de diciembre de 1949 en J por el notario don R, en la cual fue aprobada y protocolizada la división material de las fincas de M y N asignadas conforme el indicado testamento como integrantes del tercio de mejora de la herencia del expresado causante. También se ha aportado una certificación del Registro de la Propiedad de I, de la que resulta que la inscripción, por herencia del conde de la B, de la finca en la que se concretó parte de la mejora se remite a la inscripción extensa de las aguas en la cual se transcribe la cláusula octava del testamento a que venimos haciendo referencia.

Claramente expuesto el supuesto de hecho, y antes de contestar las preguntas formuladas en la consulta, procede valorar jurídicamente la disposición testamentaria que ordenó las mejoras en cuestión.

D I C T A M E N

La cláusula octava del testamento otorgado el 5 de enero de 1901 en J por don A, conde de la B, ante el notario que fue de dicha ciudad, don S, el testador, para después de la muerte de su hija C, nombrada usufructuaria del tercio de la mejora, dispuso de ese tercio a favor de los hijos de ésta y nietos del testador, en la proporción de tres partes al nieto X, dos al nieto Y y una a la nieta Z, *en propiedad de este tercio*, y ordenó literalmente que si alguno de estos tres nietos "*falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor si en lo sucesivo mi hija, doña C, tuviere más hijos, por lo cual se ve ser mi voluntad que para el caso de que el título de conde de la B le corresponda a uno de mis nietos, hijos de mi hija, doña C, sólo el que de éstos lleve el título, o le correspondiere llevarle, es el que tendrá derecho a acrecer a su porción la parte de bienes provenientes de esta mejora que dejare aquel hermano que hubiere fallecido sin la referida sucesión; pues, repito, que mi deseo es que se conserve por todo el más tiempo posible, unido al título de conde de la B, una masa de bienes bastante para que se lleve con el decoro debido*".

I. Se observa, ante todo, que en el texto transcrito el verbo que rige la oración dispone literalmente que la porción del nieto que premuera sin descendencia *acrecerá*. Hay que plantear, por lo tanto, si en tal caso, se trata, jurídicamente hablando, de la actuación de un verdadero derecho de *acrecer*, en su sentido técnico.

Observemos, para contestar esta pregunta, que la actuación de ese llamado derecho de *acrecer* requiere la premoriencia de uno de los llamados. Pero ésta puede tener lugar:

1.º Bien sea respecto del testador.

2.º Bien con relación a la usufructuaria, al ser en nuestro caso el llamamiento *post mortem alterius*, en el que el término fijado—como todo plazo incierto referido al llamamiento—equivale a una condición (SS. 20 octubre 1954 y 3 abril 1965), pues la muerte de la usufructuaria constituye el evento condicionante y determina el momento de la delación a favor de los llamados condicionalmente que no hubieren premuerto (art. 759 C. c. y S. 3 abril 1965).

3.º O, finalmente, con respecto a los otros mejorados, si aquel de ellos que falleciere sin hijos no sólo hubiese sobrevivido al testador, sino también a su nombrada usufructuaria.

Sin duda que los dos primeros supuestos de premoriencia se hallan comprendidos en la disposición que analizamos y que ambos corresponden a hipótesis rigurosamente técnicas de acrecimiento derivado de la voluntad expresa del testador.

Pero, al parecer, en la cláusula que examinamos, con la expresión que nos ocupa se dispone algo más que un acrecimiento en sentido técnico.. En efecto, parece más amplio el supuesto del que se hace depender, en ella, ese resultado de *acrecer*. Obsérvese que se expresa en términos abso-

lutos al prevenir que alguno de los tres nietos *falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio*. Nada indica, pues, que de este supuesto condicionante, ampliamente expresado sin límites de tiempo, hubiera querido el testador excluir las hipótesis de fallecimiento de alguno de sus nietos sin prole en caso de que ocurriera con posterioridad a las muertes del testador y de la nombrada usufructuaria. Y, por el contrario, al señalar que sólo *tendrá derecho a acrecer* aquel de los tres nietos que *lleve el título, o le corresponda llevarlo*, se ve claro que es *naturalmente contemplado* el supuesto de que el fallecimiento de alguno de los nietos ocurra *con posterioridad a las muertes del testador, de su hija primogénita, D, y de la hija usufructuaria, C*, pues para después de muertos los tres hay que referir *normalmente* la hipótesis de que uno de los nietos *lleve el título*.

Siendo así, en este tercer supuesto, las expresiones *acrecentí* y *tendrá derecho de acrecer* no se usan en sentido técnico, sino que, en un sentido usual o común, expresan el resultado querido de que se incremente la porción de mejora asignada de un supérstite con la asignada al premuerto sin descendencia. Y ese efecto, en este caso, sólo cabe que se produzca por el tránsito del caudal vinculado del patrimonio del premuerto al del supérstite. Se trata, pues, técnicamente de una *sustitución fideicomisaria*, aunque expresada con palabras comunes, entre las que es conjugado el verbo *acrecer* en tercera persona del singular del futuro imperfecto. Es decir, que aun cuando tenga un sentido técnico, esa palabra no se usa aquí en tal sentido, sino vulgarmente para este caso. Por lo demás, se trata de una forma de expresión, bastante usada al ordenar sustituciones fideicomisarias recíprocas, que hemos visto corrientemente utilizada para expresarlas en testamentos de la época y lugar geográfico que analizamos.

II. Efectivamente aparecen claros, en este supuesto, los datos característicos de una sustitución fideicomisaria: doble disposición de una misma herencia; la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos (SS. 28 junio 1928, 27 septiembre 1930, 2 marzo 1935, 6 abril 1954). En él observamos un llamamiento múltiple con determinación de orden sucesivo, que implica (S. 25 octubre 1954) el encargo a todo primeramente llamado que muera sin descendencia de que *conservé y transmita el todo o parte de la herencia* (según define el art. 781 C. c.) a los subsiguientes llamados (es decir, aquí, al hijo varón mayor, o en su defecto a la hembra mayor, que lleve el título de conde de la B). Y lo implica, porque, sin esa limitación dispositiva de los primeramente llamados, podría incumplirse la expresa voluntad del testador de que la parte de los premuertos en tales condiciones *acrecentará...*, o sea, *pasará, se transmitirá...* Como dijo la S. de 25 octubre 1954, la determinación del orden sucesivo implica la sujeción a conservar y transmitir, pues "al decir [el testador] que el fallecimiento de la primera heredera instituye herederos de esos mismos bienes, y con el mismo carácter y extensión a los llamados en segundo término, lleva implícita esta obligación de conservar e impide admitir que se le atribuya un poder de disposición que no se consigna en la disposición testamentaria, y al que se opone, por tanto, el artículo 783, párrafo 2.º, sin que conforme a la doctrina de esta Sala se requiera que en la disposición

testamentaria se empleen por el testador las mismas palabras que la disposición legal expresa, bastando con que su voluntad aparezca claramente manifestada, como en este caso ocurre”.

III. El artículo 781 del Código civil admite que: “*Las substituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*”.

En el presente caso, considerando como primeramente llamada a la hija del testador y usufructuaria (o *pseudo usufructuaria*), C: la entrada en el primer grado de sustitución lo constituyó la adquisición por los tres nietos nombrados de las cuotas respectivamente asignadas a cada uno en el testamento; y el segundo grado de sustitución es el que se halla pendiente entre los dos supérstites de ellos. Sin perjuicio de que entre éstos, por haber reunido el requisito de ser *personas que vivían al tiempo de fallecer el testador*, ese límite del segundo grado tampoco se daría.

IV. Pero la sustitución fideicomisaria en cuestión se halla sometida a condición *si sine liberis decesserit*. Sólo se produce si llega el caso de fallecer uno de los nietos mejorados, *sin descendencia de legítimo matrimonio*.

Y aquí surge concretamente una duda.

Viven actualmente dos de los nombrados nietos del testador: el actual conde de la B, con numerosa descendencia de legítimo matrimonio, y su hermana, viuda dos veces, que carece de descendencia y que, según se nos dice, no puede tenerla debido a su edad y estado de salud.

Pero, ¿son, uno y otro, los únicos posibles sujetos activos y pasivos, de la sustitución condicional pendiente? O bien, ¿pueden entrar en juego, como sustitutos, también los hijos del actual conde, para el caso de que, premuriendo éste a su hermana, al fallecer esta última uno de aquéllos llevare a la sazón el mencionado título?

Literalmente la cláusula sólo nombra a los nietos del testador, al señalar éste como destinatarios al *varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor si...*; y al explicar que *para el caso de que el título de conde de la B le corresponda a uno de mis nietos, hijo de mi hija, sólo el que de éstos lleve el título, o le correspondiere llevarlo...*

Pero esta última expresión suscita una duda. Pudo, y aún puede ocurrir, que al fallecer sin sucesión alguno de los nietos nombrados, el título de conde de la B no lo lleve ningún otro de estos nietos, sino un biznieto, hijo de aquel de los nietos premuertos a quien dicho título le hubiese correspondido con prioridad.

Supongamos retrospectivamente que el primogénito, don X, hubiese dejado hijos a su fallecimiento, y sigamos suponiendo que doña Z hubiese fallecido después sin dejar descendencia. El título no lo habría llevado, de haberse dado ese supuesto, el nieto, don Y, sino el hijo varón mayor de don X. Siendo así, la parte de doña Z, ¿a quién hubiese correspondido?: ¿al único nieto supérstite?: ¿al biznieto, hijo del nieto mayor, que hu-

quiera llevado en tal caso el título?, ¿a nadie, puesto que ningún nieto supérstite lo habría llevado ni le habría correspondido llevarlo?

El problema puede hoy plantearse aún de modo real en caso de fallecer primero don Y y después doña Z, acerca de si la parte de ésta deberá corresponder al hijo de aquél que llevare el título, o bien si procedería estimar extinguido el gravamen de restitución y purificado el llamamiento de doña Z al no haberle sobrevivido ninguno de sus hermanos.

Notemos que, aparte de las expresiones dispositivas analizadas, la cláusula estudiada contiene una expresión *enunciativa* que dice así: "*pues repito, mi deseo es que se conserve, por todo el más tiempo posible, unido al título de conde de la B, una masa de bienes bastante para que se lleve con decoro*".

Antes, en la séptima cláusula, también el testador había hecho una manifestación semejante con respecto al tercio de libre disposición. Había legado el usufructo del mismo a su hija primogénita, doña D, y, a su muerte, de no dejar ésta descendencia, a su otra hija, la citada doña C, "*pasando luego, al fallecimiento de mi hija, doña C, o al de doña D, si ésta le sobreviviere, o al de los hijos que ésta tuviere sin dejar sucesión legítima, a ser propiedad de mi nieto, don X, hijo primogénito de doña C, o a falta de éste sin legítima sucesión, a su hermano, don Y, y a falta de éste sin sucesión legítima al varón, o hembra, hijo de mi dicha hija, doña C, que en su día lleve o le corresponda llevar el título de conde de la B, pues es mi deseo que este tercio de mis bienes vaya unido el mayor tiempo posible al título...*", y asignó precisamente, como contenido de este tercio, la finca de la B, de la cual entendía el testador que el título tomó nombre, según explicaba en la propia cláusula.

¿Es verosímil pensar que, respecto a ese tercio libre, de haberse dado la hipótesis de haber premuerto don X a doña D o a doña C, o a los hijos de aquélla muertos sin descendencia, pero habiendo dejado dicho don X algún hijo al que le correspondería el título, que la intención del testador fuera que la sustitución se operara no a favor de este biznieto, sino de don Y, o, en su defecto, de doña Z, aun cuando así el legado de la finca que dio nombre al título se separara de éste, a pesar del expresado deseo del testador de que *vaya unido el mayor tiempo posible al título?* Aun hallándose el biznieto dentro del segundo grado de llamamientos efectivos, y, por tanto, posibles, ¿se les antepondría uno de los nietos designados por el testador a quien no correspondería el título? No lo creemos...

V. Pero, aquí volvemos a tocar una cuestión delicada muy discutida..

Es sabido que, según el párrafo 1.º del artículo 675 del Código civil: "*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*".

A esta cita, en seguida se objetará, en primer lugar, que según uno de los más ilustres tratadistas de Derecho sucesorio y muy querido maestro nuestro: "el artículo 783 (párrafo primero) del Código civil es una excepción que impide la actuación del artículo 675 del mismo, en cuanto a la inter-

pretación constructiva conjetural de la voluntad testamentaria en materia de llamamientos a la sustitución fideicomisaria, y concretamente de llamamientos al fideicomiso de los hijos puestos en condición en los fideicomisos *si sine liberis decesserit*, porque de otro modo aquel artículo quedaría inoperante, sería redundante o superfluo, lo que en todo punto es inadmisibles, pues el legislador en sus preceptos se produce en serio, lo que impide entenderlos en el sentido de que no produzcan efecto”.

A esto replicaremos que—según en otra ocasión intentamos demostrar enfrentados a la misma objeción (“Notas para la interpretación del artículo 783, párrafo 1.º, y 785, núm. 1.º, del Código civil”, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIV-I, enero-marzo 1961, pp. 139 y ss.)—el artículo 783, párrafo 3.º, tiene otra interpretación que no lo hace en modo alguno superfluo, y que, según esta otra interpretación, si bien se excluyen totalmente las llamadas *conjeturas extrínsecas* (o basadas en razones extratestamentarias, sean consideraciones de equidad, de piedad, o bien razones familiares y sociales, cuando su presuposición sea considerada dentro de la intención normal en un ascendiente testador) y si bien, asimismo, se acentúa indudablemente la aplicación del principio *in dubium contra fideicommissum*, en cambio, no se limita la admisión de todo posible esfuerzo interpretativo para concretar la voluntad del testador siempre que se apoye en el tenor del propio testamento.

En segundo lugar, y como réplica a nuestra contestación, se nos lanzará al rostro la S. de 19 octubre 1964. Esta resolvió un supuesto, acerca del cual nosotros habíamos dictaminado en sentido contrario, y cuyo dictamen, ante la discrepancia de otro del ilustre y querido maestro antes nombrado nos impulsó al intento de aclarar el tema de la interpretación de los artículos 675, párrafo 1.º, y 783, párrafo 1.º, en el trabajo a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior. Pero debemos precisar que la S. de 19 octubre 1964 no declaró la inaplicación del artículo 675 a dicho supuesto, sino que, conforme al mismo precepto y a la regla *in dubium contra fideicommissum*, se inclinó por la interpretación contraria a nuestra concreta interpretación de la cláusula entonces en cuestión. Tal vez porque—como dice uno de sus considerandos—, según la “jurisprudencia de esta Sala”, “corresponde al Tribunal de instancia la interpretación, y si bien en casación puede entrarse en la materia es solamente en los casos en que la aceptada en la sentencia fuera desorbitada y en oposición a la voluntad del causante”.

Posiblemente por esta misma razón, el Tribunal Supremo, en S. de 4 marzo 1952, confirmando la Sentencia de la Audiencia de La Coruña que le había sido recurrida, admitió como sustituto fideicomisario *portionem patruí* (es decir, *para el padre*: en la sustitución del tío) a un sobrino del sustituido, a pesar de que en el texto literal no estaba llamado. Como *ratio* consideró el Tribunal Supremo la intención del testador, expresada por éste con las siguientes palabras: que: “no está en su ánimo y deseo que ella [la mejora] llegue a ser propiedad de terceros ajenos a la familia”. Así, su tercer considerando razonó que: “es preciso coordinar el sentido literal de la cláusula con la aspiración y finalidad que presidió toda la formación de los testamentos [eran iguales, los del padre y de la madre], en los que fue

intención fundamental el mantenimiento del quinto, en lo posible, dentro de la familia legítima por sucesión directa, y ante la finalidad bien puede afirmarse que si los testadores hubieran previsto de modo concreto y explícito la situación *de facto* creada al fallecimiento sin descendencia del primer instituido, sobreviviéndole en sucesión directa el demandante en este pleito, sería éste el designado para heredar la mejora del quinto con preferencia a la viuda del hijo primeramente llamado y a los demás parientes que no descendiesen de alguno de los hijos favorecidos con la mejora”.

¿No parecen paralelos este razonamiento y el que nos ha inspirado la lectura de la cláusula en cuestión, para entender que, caso de llegar a producirse su hipotético supuesto cuestionado, el biznieto que entonces llevara el título de conde de la B sería el llamado *portionem patruí*, es decir, a la misma porción de la mejora que disfrutaba su tía fallecida sin hijos, y que hubiese correspondido a su padre de haberla sobrevivido?

VI. Pero, sea cual fuere la correcta solución de esta cuestión, lo evidente es que don Y y doña Z están recíprocamente sustituidos fideicomisariamente, bajo la condición *si sine liberis decesserit*. Sustitución condicional, en pendencia, que difícilmente podrá jugar a favor de doña Z, dada la numerosa descendencia que tiene el actual conde de la B; y que es mucho más probable que se produzca a la inversa, habida cuenta de la falta de descendencia de doña Z.

Siendo así, el nudo de la cuestión radica en la determinación de las facultades dispositivas de los sustituidos fideicomisariamente de modo condicional.

Sabido es que una *característica natural* de las sustituciones fideicomisarias es la obligación de *conservar*, o mejor dicho la *vinculación* que *impide disponer* en contravención de la sustitución impuesta.

Pero, ¿ocurre indistintamente lo mismo en los fideicomisos condicionales, en los cuales la *restitución* se halla sometida a la realización del evento previsto?

En Derecho romano, la ley 3, Codex VI-XLIII, marcó claramente la diferencia, al respecto, entre los fideicomisos puros y los condicionales, en sus §§ 2.º (frag. *sed quia*) y 3.º (frag. *sin autem*). Y así negó poder dispositivo al fiduciario en el § 2.º y, en cambio, admitió en el § 3.º que: “*pero si el legado o el fideicomiso, de la universalidad o especial, hubiere sido dejado bajo condición o desde día incierto, o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor, también si en estos casos se abstuviera de toda venta o hipoteca, no sea que se obligue a cargas más pesadas por razón de la evicción. Mas si por afán de avaricia se hubiere lanzado a vender o a hipotecar con la esperanza de que no se cumplirá la condición, sepa que, cumplida la condición se hará nulo desde un principio el título y que se ha de entenderse de tal modo, como si no hubiera sido escrito ni absolutamente otorgado, de suerte que no proceda contra el legatario o el fideicomisario ni la usucapción, ni la prescripción de largo tiempo. Lo que mandamos que de igual manera tenga lugar en los legados de esta clase, ora bajo condición o desde día incierto. Mas en todos estos casos tenga ciertamente el legatario o el fideicomisario plena facultad para reivindicar*

la cosa y atribuírsela a sí propio, sin que haya de ponerse ningún obstáculo por los detentadores”.

Esta doctrina fue recogida en el § 1.º del artículo 109 de la Ley Hipotecaria de 1861 —conservada en la de 1909— al declarar que: “*El poseedor de bienes sujetos a condiciones resolutorias pendientes, podrá hipotecarlos o enajenarlos, siempre que quede a salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones, haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho*”. Añadiendo el apartado 2.º del § 4.º del mismo artículo que: “*Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los bienes poseídos en Cataluña, con cláusula de sustitución pendiente, a favor de personas que no hayan consentido la hipoteca de dichos bienes*”. Notemos que este último apartado no puede interpretarse a *contrario sensu*, respecto las sustituciones fideicomisarias condicionales regidas por el Código civil, sino que, comprendidas éstas en el § 1.º, el apartado en cuestión no hace sino aclarar la aplicación extensiva del mismo a los fideicomisos condicionales del Derecho catalán.

En la reforma de 1946, el precepto quedó subsumido en el número 10 del artículo 107, el cual, ciñéndose a la materia de su competencia, dispone que también podrán hipotecarse: “*los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante*”. Autorización que, por su expresa limitación, supone el reconocimiento explícito de la regla general antes indicada, de la cual hace aplicación concreta para el supuesto de gravar con hipoteca, que recae en el ámbito de la *sedes materiae* de la Ley Hipotecaria.

La solución es natural y lógica. Si la restitución de los bienes está condicionada, la disposición de esos bienes condicionalmente fideicomitidos sólo debe quedar sometida a tal restitución si la condición se cumple. En ese sentido, puede decirse que la restitución de los bienes enajenados continúa sometida a las resultas de la sustitución condicional y, por tanto, pendiente del mismo evento. En el periodo de pendencia no se sabe si los bienes serán definitivamente de la libre disposición del sustituido o deberán restituirse al sustituto o sustitutos. De ahí que la eficacia definitiva de enajenación, hecha durante ese periodo, penda de la misma incertidumbre de que llegue a cumplirse el evento condicionante de la sustitución.

El Tribunal Supremo, aunque refiriéndose a supuestos de sustituciones fideicomisarias regidas por el Derecho romano aplicable a Cataluña, declaró en términos generales, en la S. 30 abril 1897, que “conforme al artículo 109 de la Ley Hipotecaria, pueden gravarse y enajenarse los bienes sujetos a condiciones resolutorias, quedando a salvo los derechos de los interesados en ellas”. Igual doctrina, respecto a la posibilidad de enajenación de los bienes sometidos a fideicomisos condicionales, pero salvándose los derechos de los fideicomisarios en caso de cumplirse la condición, vemos en las SS. de 26 febrero 1919 y 28 mayo 1965, y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 junio 1903, 12 mayo 1920, 14 noviembre 1933, 10 marzo 1944. Pese a que también éstas fueron referidas a supuestos regidos por el Derecho catalán, es también cierto que las razones determinantes de su resolución son, o por lo menos así lo creemos, perfectamente adecuadas al régimen del Código civil.

VII.—Centrada la cuestión, tenemos ya suficientes elementos de juicio para contestar las preguntas contenidas en la consulta, como seguidamente vamos a hacer:

1.º *Sobre la nulidad o validez de las escrituras de venta celebradas por la legataria, doña Z, de esos bienes, cuya propiedad se halla destinada a pasar al legatario que la sobreviva con descendencia legítima, dado que dicha señora no la tiene ni tampoco podrá tenerla:*

Verificado: 1.º, el dignóstico de que doña Z es plena propietaria de los bienes correspondientes a su participación en el tercio de mejora de la herencia de su abuelo, pero sujeta a una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*; y 2.º conocido que el titular de bienes sometido a una de esas sustituciones condicionales puede enajenar, pero sin perjuicio de la restitución consiguiente, que se operaría al cumplirse la condición de que se hizo pender la sustitución fideicomisaria, tenemos al alcance de la mano la conclusión por la cual se nos pregunta.

En un trabajo que publicamos hace algunos años ("Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil", en AN. DER. CIV. IX-III, 3.º trimestre de 1956, pp 843 y ss., y ed. sep. pp. 63 y ss.) hicimos observar cuál era la estructura de las sustituciones fideicomisarias condicionales. No se trata realmente de un doble llamamiento, uno bajo condición resolutoria y otro bajo condición suspensiva. Tampoco de una primera institución a término final y de otra, superpuesta, bajo condición suspensiva. Realmente, lo que se halla condicionado (y condicionado suspensivamente) es la restitución o tránsito de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del heredero instituido, al del sustituto fideicomisario condicional. Doctrina que fue expuesta por los juristas castellanos de la época áurea (cfr. loc. últ. cit., pp. 786 y ss. y 6 y ss.) y la única que juzgamos correcta desde un punto de vista ontológico (cfr. loc. últ. cit., pp. 815 y ss. y 35 y ss.).

Por eso, aunque el § 3.º de la ley 3 Codex VI-XLIII habló de que cumplida la condición *se hará nulo desde el principio el título* (traslativo), y a pesar de que algún autor y, en algún considerando, el Tribunal Supremo hayan hablado de *anulabilidad*, y de que también se han emitido calificaciones de *revocabilidad* o de *resolución*, creemos que es más exacto decir —como ha hecho Ramón María Roca Sastre ("El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1956, pp. 61 y ss.)—, que "se trata de un caso de cesación, caducidad o extinción de la titularidad por haber llegado a su fin, debido a que, al cumplirse la condición, ha entrado en funciones la sustitución fideicomisaria, cesando la propiedad del fiduciario, para dejar paso a la propiedad del fideicomisario". Y, como sigue explicando el mismo Roca Sastre: "El fiduciario podía enajenar los bienes fideicomitidos, pero como ellos deambulaban llevando la carga del fideicomiso, el tercer adquirente los adquiría en su propia condición de fideicomitidos, o sea, como dominio *enfermo*. Por tanto, si al fallecer el fiduciario sin dejar hijos hay bienes fideicomitidos, que ya no están en su poder, sino en el de un tercero que los compró, el fenómeno de cesación, terminación o extinción de titularidad sobre los mismos es lógico

que se produzca igualmente, por más que se hallen en poder de tercero. Es la simple aplicación de la regla *resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum*, atribuyendo siempre al concepto "resolución" su sentido minimalista de simple cesación, caducidad o extinción. En este sentido hacemos nuestras las palabras de Pothier cuando expresa que el gravado o fiduciario sólo puede transferir su derecho tal como lo tiene, es decir, sujeto a resolverse en provecho del sustituto por la apertura de la sucesión, y agrega que el tercero adquirió el derecho de propiedad tal cual lo tenía entonces el gravado, es decir, un derecho de propiedad *durable* hasta el tiempo del cumplimiento de la condición puesta a la sustitución, y del cual no puede ser despojado antes de ese momento".

"Cumplida la condición, el tercer adquirente de los bienes fideicomitidos queda *ipso iure* simple poseedor sin título de tales bienes, por haberse éste desmoronado, y el fideicomisario podrá desde entonces, mas no antes, reclamar la devolución de la posesión de dichos bienes, así como reivindicarlos de quienes hayan entrado sin título en la posesión de estos u otros bienes hereditarios. Lo que no podrá el fideicomisario será reclamar los frutos percibidos por aquellos terceros adquirentes mientras tanto fueron propietarios, rigiendo, respecto de los frutos percibidos con posterioridad al cumplimiento de la condición, las normas relativas a la posesión de buena o mala fe."

Por consiguiente, en el caso que examinamos, las ventas que doña Z efectúe de los bienes, que ella tiene sometidos a restitución fideicomisaria condicional, serán válidas (salvo el supuesto de simulación) frente a los sustitutos fideicomisarios, pero la eficacia de las mismas quedará sometida a la misma condición de la que pende la restitución de dichos bienes al sustituto a quien corresponda, que en ningún caso puede quedar perjudicado por tales enajenaciones.

Y tales ventas (de ser verdaderas) no solamente son válidas con tales límites, sino que también son inscribibles bajo la misma condición, que debería hacerse constar en el correspondiente asiento registral y que correctamente también debería figurar en el título respectivo (R.R. 25 junio 1903, 12 mayo 1920, 14 noviembre 1933, 10 marzo 1944).

Notemos que tratándose de bienes inmuebles inscritos entra en juego la Ley Hipotecaria, y que, para que la restitución consecuente a la sustitución fideicomisaria condicional, caso de cumplirse ésta, afecte a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, hace falta que la causa de tal restitución conste en el mismo Registro (art. 34 L. H., *a contrario*).

"En nuestro sistema—dice Roca Sastre ("Derecho Hipotecario", 5.ª edición—Barcelona, 1954—, tema X, vol. I, p. 453)—, estas causas que pueden dar lugar a alguna de las indicadas acciones destructoras de la titularidad del transferente, pueden constar en el Registro en una de estas dos formas: a) Como *causa embebida en un asiento*, por constituir una circunstancia integrante o derivada de un acto registrado y estar expresada en el asiento como elemento inherente o reserva autenticada. Así ocurre:; con el gravamen de restitución fideicomisaria;;" etc.

2.º *Sobre si debe intentarse alguna medida preventiva en razón a las posibles ventas que intente realizar la legataria doña Z.*

Admitido que doña Z puede vender, aunque el efecto de las ventas no pueda liberar a los compradores del gravamen fideicomisario, y que, tratándose de inmuebles inscritos, la eficacia de ese gravamen restitutorio requiere la constancia registral de la sustitución fideicomisaria condicionada, sólo debemos examinar si esa constancia, que constituye la única medida precautoria eficaz posible, consta debidamente expresada en los Registros de la Propiedad correspondientes.

Según el artículo 9.º, n.º 2 de la Ley Hipotecaria, en toda inscripción extensa deberá hacerse constar: "*La naturaleza, extensión y condiciones suspensivas y resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscribe...*". Y el artículo 51, regla 6.ª de su Reglamento, expresa que en dichas inscripciones extensas tal requisito se cumplimentará "*copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél*".

Roca Sastre ("*Derecho Hipotecario*", ed. cit., tema XXVI, vol. II, pp. 226 y ss.) observa que "las condiciones no se inscriben, en el sentido de extracto, sino que se *transcriben*, es decir, que se copian o trasladan íntegramente en los asientos. Por esto hablaremos siempre de condición *registrada*. De ningún modo puede calificarse de mención propiamente dicha a la inscripción o consignación registral de una condición; esta puntualización es interesante hoy, debido al régimen de inoperancia y caducidad de menciones establecido por la vigente Ley Hipotecaria".

Y respecto a los efectos de esa constatación, el mismo maestro precisa (tema últ. cit., p. 271) que: "Los efectos específicos de la inscripción de un acto con condición *suspensiva*, y mientras el derecho condicional figure registrado en estado de pendencia, son los adecuados a la índole del referido derecho condicional. En primer lugar, con la inscripción logra este derecho un rango registral, de modo que el mismo se antepone y prevalece a los actos dispositivos que pueda otorgar el enajenante bajo condición, en el intervalo que media entre tal inscripción y el cumplimiento de la condición suspensiva". Y aclara que: "La obtención de un rango registral por parte del derecho condicional inscrito, constituye una firme garantía o medida conservatoria del mismo durante su estado de pendencia, de modo que tal inscripción viene a constituir una especie de *reserva de rango* al derecho definitivo, caso de cumplirse la condición suspensiva, que asegura el juego retroactivo de la condición cumplida".

En el caso que examinamos, tal constancia figura, tanto en el Registro de la Propiedad de H, en éste también con toda clase de referencias en todas las inscripciones practicadas ulteriormente, como en el de I, aunque en éste se circunscriba a la inscripción extensa, en la que se transcribe la cláusula octava del testamento del Conde de la B, y a la que se remite la inscripción de la finca, correspondiente a dicho Registro, que se asignó en pago de la mejora, y aunque no se haya hecho referencia alguna a la pendencia de la sustitución al cancelarse el usufructo de doña C, ni al dividirse la finca en pleno dominio entre los mejorados (pese a que en el título que causó esta inscripción se transcribió dicha cláusula octava literalmente).

No ofrece duda, pues, que están tomadas las medidas preventivas nece-

sarias para asegurar en su día la restitución de los bienes fideicomitidos si se cumple la condición de la que pende la efectividad de la sustitución fideicomisaria ordenada.

3.º y 4.º *Sobre posibilidad de demandas de anulación de las ventas ya realizadas, y, en su caso, sobre si esas demandas han de ejercitarse ahora o debe esperarse a que se produzca el óbito de la expresada legataria.*

Hemos dicho antes que no es cuestión de anulación de las ventas realizadas, puesto que son válidas, aunque de alcance condicionalmente limitado hasta el momento en que se cumpla la condición de que pende la sustitución. Por ello, ni ahora ni después de fallecida doña Z pueden prosperar tales demandas de nulidad.

Se trata, como hemos explicado, de una restitución en pendencia condicionada y, por tanto, si llega a cumplirse su supuesto de hecho y si la restitución no se efectúa voluntariamente por los causahabientes o derechohabientes de doña Z, herederos o compradores, lo que cabrá demandar es la restitución de los bienes sujetos a la sustitución fideicomisaria.

En efecto, llegado el momento de la restitución, el adquirente se hallará en la misma situación en que se hallaría el fiduciario en caso de haber enajenado. El artículo 783, § 2.º C. c., dice que: "*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras...*".

Pero la referencia a *las mejoras* nos plantea otras cuestiones que podrían suscitarse en el caso de que el posible comprador construyere edificaciones en la parcela o parcelas que adquiriere, y complicarse de hecho en el supuesto de que, a su vez, las vendiere, en su totalidad o por pisos o departamentos, a otras personas.

¿*Quid* respecto de estas edificaciones en caso de producirse la restitución fideicomisaria?

Notemos que una de las diferencias que separan al fiduciario del usufructuario es el derecho de aquél al cobro de las mejoras (art. 783, § 2.º C. c.) frente a la falta de tal derecho en el usufructuario (art. 487 C. c.), quien, estando facultado también para mejorar, tiene solamente el *ius tollendi*, pero no el de cobrar las mejoras que no pueda retirar.

Pero, ¿qué norma debe aplicarse al abono al fiduciario de esas mejoras? No creemos que haya otra norma aplicable que la referente al poseedor de buena fe, consignada en el § 2.º del artículo 453 C. c.: "*Los gastos útiles se abonarán al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa*".

¿Gozará de igual derecho el que haya comprado al fiduciario? ¿Podrá considerarse de buena fe, aun conociendo el gravamen fideicomisario que condicionalmente afecta a los bienes comprados? Creemos que sí. La situación del comprador coincide con la del fiduciario que le vendió. Se subroga en su situación, y su buena fe, como constructor, no radica en su desconocimiento de la restitución pendiente, sino en su conocimiento de su derecho derivado del vendedor de mejorar y edificar, aunque sea sometido a la regla

superficie solum cedit, y de su derecho al cobro de tales mejoras, en caso de ser privado de su propiedad como consecuencia de que concurran: 1.º la extinción de su derecho al suelo, por el cumplimiento de la condición de la que pendía su restitución a los sustitutos fideicomisarios, y 2.º la extinción de su derecho a lo construido, por el juego de la accesión de inmuebles.

De este modo el destinatario de la sustitución fideicomisaria que examinamos, al recuperar las fincas que doña Z hubiese vendido, deberá abonar al comprador, primero o ulterior, que con la restitución se vea privado de la cosa, el importe de las edificaciones, *optando por satisfacerle el importe de los gastos de la construcción o el aumento de valor que con ellos haya adquirido la cosa*, como resulta del inciso final del § 2.º del artículo 453 C. c.

Registralmente, llegado el cumplimiento de la condición suspensiva, de la que pende la efectividad de la sustitución, debería hacerse constar su cumplimiento conforme previene el artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Pero una interpretación adecuada de este precepto invita a distinguir —como hace Roca Sastre (loc. cit., pág. 280)— si la titularidad últimamente inscrita se consolida o se extingue, y como en nuestro caso esta titularidad se extingue, a la par que se consolida la titularidad en pendencia, publicada en la *reserva autenticada* que la transcripción de la cláusula testamentaria significó, se requerirá la constancia en asiento principal de ambas correspondientes consecuencias mutatorias.

Para esa constatación registral habrá que presentar, juntamente con el título de adjudicación, el certificado de defunción de la fiduciaria premuerta y el documento que acredite el título de Conde de la B, que ostenta quien en su virtud haya devenido sustituto fideicomisario, además de acreditarse el pago del impuesto de sucesiones correspondiente a dicha sustitución.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO