

## II. DICTAMENES

### Dictamen sobre prohibición de disponer y cláusula penal testamentaria

#### CONSULTA

El 2 de enero de 1885 y el 7 de julio de 1886, respectivamente, antes por tanto de la vigencia del Código civil, don José Víctor Andrade Pazos, Abogado, otorgó su testamento y memoria testamentaria dejando en usufructo su casa llamada «Los Hoyos» y varias fincas sitas en el término municipal de X, en la forma que indican las cláusulas siguientes:

*Cláusula 7.ª del testamento.*—Nombre e instituyo por mis herederos usufructuarios a mis dos hermanas doña Felisa y doña Carmela y a la muerte de la que sobreviva a mi hermano don Julio y a la de éste a los hijos que le sobrevivan, sean los cinco que hoy tiene, sean cuatro, tres, dos o uno, y si todos o alguno de ellos se casasen y tuviesen hijos, a ellos pasará la parte de usufructo que hubiese su padre, nombrando como nombre en esta tercera sucesión, que es la de los hijos del don Julio, por cabeza de usufructo al hijo varón mayor en días que de él quedase, y a falta de varón mayor en días, si aquél falleciese antes, a la hija mayor también en días por el mismo orden que entre los varones, cuyo hijo o hija tendrá la obligación de cuidar y administrar lo en que consiste este usufructo y dar previa cuenta a los demás coherederos usufructuarios la parte que le corresponda, guardándose el mismo orden, preferencia y obligación en las sucesivas sucesiones. Por esta ordenación comprenden perfectamente doña Felisa y doña Carmela, don Julio y los hijos de éste que mi deseo, mi deliberada voluntad, precepto que les impongo, mandato que les obligará siempre y que procurarán transmitir y transmitirán a sus respectivos herederos, en todos quienes confío y bajo tal confianza y seguridad iré tranquilo en este punto a la eternidad, es que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade, la idea, el recuerdo, la memoria de aquel que a través de afanes y venciendo obstáculos la hizo edificar y adquirió, conservándola en tiempo y durante el tiempo en la familia, para lo cual y a mayor abundamiento, prohibo la enajenación, conforme a lo dispuesto en la Ley XLIV, título V, Partida V, cuya cita, que sólo tiende a prevenir escrúpulos que en tiempo un procedimiento dudoso podría levantar, ruego a mis herederos usufructuarios me perdonen, puesto que vivo y moriré firmemente persuadido que demostrado cual queda mi deseo y la razón impulsiva de este deseo, tendrán los herederos que haya a mi muerte y los que de ellos en legítimas y canónicas nupcias provengan, satisfacción, aunque pudiesen, en no quebrantar ni faltar a nada cuanto en este testamento se dispone y ordena y se advierte para lo sucesivo, y que se arredrarán con horror del precipicio de su desobediencia, siendo tal la confianza que me acompaña y aviva mi fe que creo que según las circunstancias se lo permitan aumentarán con adquisiciones que ellos hagan este usufructo, que con el tiempo muy bien podrá llegar a la otra cosa

que omito porque no se me tilde de visionario, por más que está en el curso de la humanidad.

*Cláusula 1.ª de la memoria testamentaria.* Modifico el primer punto de la cláusula séptima de mi testamento en la forma siguiente: A la muerte de doña Felisa, doña Carmela y don Julio Andrade Pazos, nombro y sea heredero usufructuario don Anselmo Andrade Torres, hijo del don Julio, que repartirá entre él y sus hermanos, a partes iguales, los productos de todo lo en que consista este usufructo, acreciendo a la suya la de los hermanos que fallezcan antes que él. A la muerte de don Anselmo, recaerá este usufructo en el hijo varon mayor, preferentemente al menor, que tenga, y a falta de varón recaerá con igual preferencia en sus hijas, y así sucesivamente. Y si se extinguiese la descendencia del don Anselmo, pase este usufructo a don Miguel, su hermano, y a la suya guardándose el mismo orden y preferencia. Lo mismo que se observará si se extinguiese la de éste, en las de sus hermanas doña Amparo, doña Carlota y doña Rafaela y sus descendencias, siendo extensiva a todos, mientras vivan hijos del don Julio, la obligación que se impone al don Anselmo de repartir entre sus hermanos los productos de este usufructo. Encarezco de nuevo todo lo demás que dicha cláusula séptima expresa.

*Cláusula 2.ª de la memoria testamentaria.*—Si cualquiera de los que lleguen a ser cabeza de este usufructo, hijos de mi hermano el don Julio o nietos que por existir alguno o algunos de aquéllos tiene que repartir con ellos o con el que superviva los productos de este usufructo, quisiese habitar o vivir, aunque sea temporalmente en esta casa de «Los Hoyos», entiéndase rebajado el producto de todo lo que en que consiste este usufructo en la parte que a dicha casa con todo lo a ella anexo corresponden: es decir, que esas fincas urbanas y rústicas quedan libres para el cabeza del usufructo si habita, como queda dicho, aunque no sea más que por algún tiempo, pero anualmente dicha casa, entendiéndose esto como dicho queda, mientras vivan hijos del don Julio con quienes hay que repartir este usufructo, pues que fallecidos todos ellos queda integro el usufructo para el que sea cabeza del mismo.

*Cláusula 7.ª de la memoria testamentaria.*—Si en cualquier tiempo alguno o algunos de mis herederos usufructuarios, vendiendo o en otra cualquier forma se opusiesen o reclamasen de nulidad contra la continuidad del estado a que dejo sujeta mi herencia inmueble, acrezca la parte de él o de los rebeldes a la de los que la obedezcan. Y si fuesen todos o si se propusiese la nulidad de lo que dispuesto queda, entiéndanse todos privados de cuanto se les deja en esta Memoria y Testamento. Y nombro, si este acontecimiento ocurriese, por herederos en propiedad a los señores curas de esta parroquia de X, que respetarán y cumplirán si no la estuviere, todo lo dispuesto en esta Memoria y Testamento. Tendrán la obligación de aplicar en sufragio por mi alma, de mis mayores y más personas de mi intención, el valor de la mitad de los productos de mi herencia inmueble que es de la que quedan por herederos, sin olvidarse de decir o mandar se diga una Misa rezada en el día de San José, con repique, no obstante, de campanas anualmente. Y si por esta imposición de sufragios y Misa, o por cualquier otra causa o concepto en algún tiempo el

Gobierno de esta Nación española tratase de expropiar por ley General, de esta mi herencia a los señores curas, al que entonces sea, quiero y es mi voluntad que la venda en subasta privada, pero ante Notario y previos públicos anuncios que la autorice, ponga su precio en el Banco o comercio o en la forma que mejores garantías ofrezca, prefiriendo siempre las de esta estabilidad y seguridad a las de lucro: se utilice la mitad de sus rendimientos y apliquen la otra mitad en los sagrados objetos que dejo dispuestos.

*Cláusula 11.ª de la memoria testamentaria.*—De todo mi mueble, semoviente, derechos y acciones que queden a mi fallecimiento, instituyo por mis únicos y universales herederos en propiedad a mis hermanos doña Felisa, doña Carmela y don Julio, y si fallecieran antes que yo, nombro como tal heredero a mi ya referido sobrino don Anselmo Andrade, hijo del don Julio.

El causante don José Víctor Andrade Pazos falleció en X, soltero, el 3 de marzo de 1905. Al tiempo de su fallecimiento vivían, además de su sobrino don Anselmo Andrade Torres todos los hijos de este, don Julio, don Juan, don Anselmo, doña Esperanza, doña Amparo, doña Rosa, doña Gloria y don Jesús Andrade Soria, los cuales viven actualmente, a excepción de doña Amparo y doña Rosa.

Muerto el causante, pasó este usufructo a su sobrino don Anselmo Andrade Torres, que lo disfrutó hasta el 5 de abril de 1928, en que falleció abintestado. Durante la vida de éste, su única hermana superviviente, doña Carlota, renunció a sus derechos de este usufructo. Y en 14 de julio de 1933, y a medio de escritura notarial, los ya citados hijos del señor Andrade Torres renunciaron a su herencia, así como también su viuda doña Esperanza Soria Andrade, que lo hizo por sí y a nombre de su hijo menor, don Jesús: el único de los hijos no renunciante fué don Anselmo.

A partir de la muerte del señor Andrade Torres entró en posesión de los bienes objeto de la consulta (que figuran actualmente inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del causante don José Víctor) su hijo mayor, don Julio Andrade Soria, el cual desde esta fecha hasta hoy fué vendiendo en ventas privadas toda la fincabilidad rústica perteneciente al dicho usufructo y puso en venta la casa de «Los Hoyos», no obstante las reconvenções primero y amenazas después de sus hermanos don Juan, don Anselmo y don Jesús Andrade Soria, que es el que hace la consulta: por lo cual y creyendo vulnerado el testamento y memoria testamentaria, no sólo por virtud de tales ventas, sino por incumplimiento de la cláusula séptima de la memoria testamentaria, y a fin de reclamar el derecho a tal usufructo—sí es preciso judicialmente—se hacen las preguntas siguientes:

1.ª El Código civil, en el artículo 781, pone un límite a las sustituciones fideicomisarias, que no pasan del segundo grado: ¿Qué límite ponía a estos usufructos temporales la legislación anterior, ya que los perpetuos estaban prohibidos, por ser contrarios a la libertad de las cosas?

2.ª Caso de estar la disposición testamentaria antedicha de acuerdo con la legislación anterior al Código civil, ¿es nulo el contrato o contratos de venta efectuados por el dicho don Julio Andrade Soria?

3.ª En caso de nulidad, ¿debe demandarse solamente al vendedor o también a los comoradores?

Si los hermanos don Juan y don Anselmo se desentienden de este asunto, el hermano menor, don Jesús, ¿debe proceder también contra ellos por no haber reclamado a tiempo o por consentir pasivamente tales ventas?

4.<sup>a</sup> Como quiera que los bienes vendidos radican en X y el vendedor en T, ¿en dónde debe presentarse la demanda?

Lo que más interesa al consultante es el estudio de la cláusula que establece el legado de *usufructo sucesivo* y de sus límites en la legislación anterior al Código civil.

## DICTAMEN

La minuciosa ordenación de la última voluntad objeto de la consulta plantea una serie compleja de problemas jurídicos por una doble circunstancia, muy digna de ser subrayada como criterio sistematizador indispensable: de una parte, surge la duda de si el causante contravino, en su testamento y memoria testamentaria posterior, el régimen legal vigente al tiempo de su otorgamiento, y de otra, ha de tenerse muy en cuenta que la situación jurídica provocada por el «de cuius», por ser de largo tracto, debe ser contemplada a la luz del nuevo régimen jurídico instaurado por el Código civil.

Trátase, pues, ante todo de pronunciarse acerca de la validez de las disposiciones otorgadas por don José Víctor Andrade Pazos—lo cual exige determinar cuidadosamente la naturaleza íntima de las mismas—, y resuelta tal cuestión, conviene examinar el problema de Derecho transitorio ya indicado.

Tras estas necesarias disquisiciones quedará despejado el camino para dar respuesta a las preguntas formuladas por el consultante.

### I

#### VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS

En este punto, debe, desde luego, rechazarse todo escrúpulo acerca de la validez de la última voluntad que pudiera surgir por razón de estar en parte contenida en una memoria testamentaria, toda vez que a tenor de la segunda de las disposiciones transitorias del Código civil han de tenerse por válidas «las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código».

No cabe resolver el problema con igual laconismo y firmeza si se contempla esa última voluntad en su contenido, es decir, como estatuto regulador del destino de los bienes hereditarios.

Un ligero y superficial examen de las cláusulas testamentarias, impresiona el ánimo del intérprete en el sentido de que por ellas el causante estableció una vinculación de las prohibidas al tiempo de dictar aquellas cláusulas. Pero un estudio más detenido de las disposiciones del testador, permite sostener la tesis opuesta.

Si nos fijamos tan sólo en lo que constituye disposición fundamental del causante, parece, sin más, que su voluntad envuelve el establecimiento de un típico fideicomiso familiar.

«Generalmente—nos dice Marín Monroy—el señor que quiere perpetuar el nombre de su estirpe y mantener el brillo y esplendor de su casa, estatuye, en virtud de su amplio poder dominical, una excepción al orden sucesorio legal, en los bienes que afecta al cumplimiento de su deseo, establece un orden sucesorio privilegiado», y así se llega al fideicomiso, caracterizado por el mismo autor como «conjunto de bienes, propiedad de una familia, usufructuado sucesivamente por miembros de la misma, sin facultad de disponer, ni inter vivos, como simples usufructuarios que son, ni mortis causa, como patrimonio transmisible por su orden privilegiado» (MARÍN MONROY, *Fideicomisos. Origen y evolución*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», III, 1927, pág. 730).

Y, en efecto, esos caracteres que al fideicomiso familiar acompañan como notas características, parecen darse en el supuesto que se consulta.

Porque el testador llama a una serie sucesiva de personas, según un orden cuidadosamente determinado, a las que califica de «herederos usufructuarios», y les impone la prohibición de disponer, todo ello con el designio que él mismo expresa de mantener el brillo y esplendor de su casa: «Mi deseo... es que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade, la idea, el recuerdo, la memoria de aquel que al través de afanes y venciendo obstáculos la hizo edificar y adquirió, *conservándola en tiempo y durante el tiempo en la familia.*»

Y ante esa voluntad del testador, procede ahora averiguar si al tiempo de otorgarse el testamento y la memoria que lo contiene, se hallaba vigente alguna norma jurídica condenatoria de la misma.

En los años de 1885 y 1886, encontrábase en vigor la Ley de 11 de octubre de 1820, por la que quedó publicado el Decreto de las Cortes de 27 de septiembre anterior, y que, tras un corto paréntesis en su aplicación, fué restablecida plenamente desde 30 de agosto de 1836.

Esa Ley de 1820 disponía en su artículo 14: «Nadie podrá en lo sucesivo, aun que sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa o indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos u otros fondos extranjeros.»

El tenor literal de la norma transcrita, prohibitiva de las vinculaciones de toda clase, por su oscuridad, hizo necesarias nuevas disposiciones aclaratorias—que no son del caso—y obligó a la jurisprudencia y a la doctrina científica a precisar el alcance de la misma.

El Tribunal Supremo dejó sentado, en numerosas sentencias, que para estimar fundada una vinculación no basta con que se establezca la prohibición de enajenar los bienes, con más la preferencia de línea, de grado, de sexo y de edad, ordenadora de la sucesión entre las personas llamadas a obtenerla, porque, además, es necesario que la institución tenga el carácter de perpetuidad, en que consisten el fin y la naturaleza del mayorazgo (Sentencias de 21 de octubre de 1862, 19 de mayo y 30 de junio de 1863 y 23 de mayo de 1866); que las notas esenciales a la vinculación son la prohibición de enajenar los bienes y la perpetuidad del instituto fundacional, rigiéndose los fideicomisos temporales por el Derecho común, porque la Ley de 11 de octubre de 1820 se refirió a los perpetuos (Sentencias de 22 de abril, 26 de mayo, 12 de junio y 20 de

septiembre de 1865, 3 de octubre y 21 de diciembre de 1867, 10 de enero de 1868, 18 de mayo de 1870, 7 de octubre de 1871, 18 de marzo y 29 de diciembre de 1880, 3 de diciembre de 1890 y 6 de junio de 1905).

La misma tesis defendieron los autores. Bastará, por todos, citar a Gutiérrez, que al referirse a la Ley de 1820 afirma que la sustitución «que se limite a determinado número de llamamientos, no es de las comprendidas en la ley, y subsiste a pesar de su prohibición: de otro modo habríamos de negar la facultad de legar el usufructo durante la vida de una o más personas sucesivamente, si viven al tiempo de constituirse, y la que tienen los pueblos para disfrutar por espacio de cien años el usufructo que se les concede sin designación del tiempo» (GUTIÉRREZ, *Códigos. Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.ª ed., III, Madrid, 1881, págs. 388 y 389).

Abundando en la misma doctrina, merecen recogerse las palabras que pronunciara en el Senado al discutirse la Ley de Bases, preparatoria del Código civil, don Francisco Silvela, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia: «El hecho es que no hay ninguna prohibición expresa en nuestros Códigos, que yo conozca ni que se haya declarado por Tribunales, acerca de la extensión de los fideicomisos» (Sesión del 25 de abril de 1885, *Diario de Sesiones del Senado*, página 2254).

Tras lo expuesto, podría darse ya contestación a la primera de las preguntas que formula el consultante: la legislación anterior del Código civil no ponía límite alguno a los «usufructos temporales», en cuanto que lo único por ella condenado eran las prohibiciones perpetuas de disponer, o dicho con otro nombre, la vinculación de bienes de cualquiera clase que fuera.

Pero semejante contestación deja sin resolver el problema por nosotros planteado—único que interesa, sin duda, al consultante—acerca de la validez del testamento y memoria testamentaria del señor Andrade Pazos.

Y para despejar semejante duda, claro se aprecia que conviene seguir estudiando el fondo de tales disposiciones para ver si contienen o no una *prohibición perpetua de enajenar*.

Y a primera vista parece que sí. De una parte, llama el testador a una serie de personas—que él denomina «herederos usufructuarios»—cuidadosamente determinadas, y añade: «guardándose el mismo orden, preferencia y obligación en las sucesivas generaciones»; lo cual pone de manifiesto el carácter de perpetuidad del instituto fundacional, que el propio causante refuerza al indicar que es su deseo que los bienes por él legados se conserven «en tiempo y durante el tiempo en la familia».

Tal es el designio y propósito del testador, su ardiente deseo.

¿Pero es esa también su única voluntad? ¿No existe en sus mismas disposiciones algún otro elemento digno de especial consideración?

Desde luego que sí: porque—movido justamente por ese deseo, y para el caso de no encontrar eco entre sus sucesores—el testador ordena—con los caracteres de cláusula penal para éstos—una nueva institución.

«Nombre—dice el causante—si este acontecimiento ocurriese (atentado de los herederos usufructuarios contra la *continuidad* del estado a que deja sujeta su herencia inmueble) *por herederos en propiedad* a los señores Curas de esta parroquia de X. que respetarán y cumplirán si no lo estuviese, *todo lo dispuesto en esta Memoria Testamentaria y Testamento*», con el deber, además, de apli-

car en sufragio de su alma y de otras personas, determinados productos de dicha herencia, lo cual constituye un *modus* indudable.

Llama la atención la circunstancia de que el testador emplee terminología distinta al articular esta nueva institución: los Curas de la parroquia de X no son ya «herederos usufructuarios»—como los sucesores familiares—, sino «herederos en propiedad». Pero no debe pasarse por alto que a ellos les impone la obligación de cumplir *todo* lo dispuesto en su Memoria y Testamento. Y entre esas disposiciones figura la prohibición de enajenar conforme a lo establecido en la Ley XLIV, Título V, Partida V, que convendrá recoger y comentar sucintamente:

«En su testamento defendiendo algund ome que su Castillo, o Torre, o Casa, o viña, u otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enagenar: mostrando alguna razón guisada por lo que defendía: Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre mas honrrado, e mas tenido: o si dixesse, que la non enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ydo a otra parte: por cualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si el dixesse simplemente, que la non vendiessen, non mostrando razón guisada por que; o non señalando persona alguna, o cosa cierta, por que lo fazia: si la vendiesse, valdria la vendida, maguer el lo oviese defendido.»

Esta Ley de Partidas—que reproduce un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino: 1.114, párr. 14, D. tib. único del LXXX—permite sólo en determinados casos la prohibición de enajenar impuesta por el testador, que se resume en el requisito de contener una razón «*que fuese guisada*», es decir—como advierte GREGORIO LÓPEZ—una causa buena o razonable (*Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio López*, edición de Berni y Catalá, Partida Quinta, Valencia, 1707, pág. 61, glosa 6).

Pues bien: la prohibición impuesta por el señor Andrade Pazos está basada en una causa razonable, por él mismo expresada: «... que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade».

Por lo que la prohibición derechamente impuesta por el testador a sus parientes llamados en la institución fundamental, puede extenderse también a los Curas de la parroquia de X, al imponerles la obligación de cumplir «*todo lo dispuesto* en la Memoria Testamentaria y Testamento».

Y como quiera que frente a los miembros de su familia la prohibición de enajenar tiene carácter perpetuo, ¿deberá concluirse—de aceptar lo dicho anteriormente—que es también perpetua la prohibición que impone a los Curas de referencia?

Conviene—antes de responder—hacerse cargo de una última previsión del testador: «Y si por esta imposición de sufragios y misa, o por cualquier otra causa o concepto en algún tiempo el Gobierno de esta Nación Española tratase de expropiar por Ley General, de esta mi herencia a los Señores Curas, *al que entonces sea le autorizo y quiero y es mi voluntad que la venda en subasta privada, pero ante Notario y previos públicos anuncios, etc.*»

A la vista de esta nueva disposición del testador, oportuno sera aludir a

una importante sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 1.º de octubre de 1877 con los antecedentes del caso que la motivó.

Un Canónigo de la Catedral de Toledo, fallecido en 1801, nombró en su testamento heredera usufructuaria de todos sus bienes raíces a una hermana suya, religiosa en un convento de Toledo; para después que ella muriese, llamó a una hija de ciertos primos carnales del testador, y a los hijos y nietos de su tal sobrina; para después de esta descendencia, llamó a otra sobrina, hermana de la anterior, a sus hijos y nietos, disponiendo que todos, por el orden y sucesión que dejaba ordenado, los heredasen y disfrutasen por sus respectivas vidas, sin que pudieran enajenarlos, empeñarlos ni disponer de otra cosa que usar de sus frutos y emolumentos, cuidando de su subsistencia y adelantamiento. Para cuando faltasen los así llamados, mandó que los bienes pasasen bajo el patronato y dirección del Deán y Cabildo de la Santa Iglesia primada, para que todos los réditos y rentas que produjeran anualmente se empleasen en ciertos aniversarios; lo que quería que así se cumpliese siempre que en contrario no hubiese alguna disposición real o se juzgase la pudiera haber por justas causas y disposición del Gobierno, en cuyo caso, y no pudiendo tener cumplimiento los aniversarios que dejaba dispuestos, mandaba que todos sus bienes raíces pasaran al Colegio de los Infantes de Toledo, patronato y dirección del Cabildo primado, para que dispusiera seis plazas más de colegiales en el modo y forma que considerase más oportuno.

El indicado causante formalizó además un memorial—integrante de su testamento—por el cual dispuso que—ante la eventualidad de que faltaran sus parientes primeramente llamados—sucediesen otras personas en lugar de aquéllas, y añadió finalmente que, si todos los por él designados faltaran, la justicia declarase adónde debían seguir los bienes, sin olvidar el llamamiento que tenía hecho al Cabildo de la Santa Catedral de Toledo con las cargas que allí señalaba, y por motivo alguno pasaran sus bienes al Colegio de Infantes, lo que revocaba y anulaba por justas causas que para ello tenía.

Planteado litigio sobre la naturaleza de tales disposiciones testamentarias, el Tribunal Supremo declaró, en el Considerando tercero de la sentencia citada, que “no se constituye en un testamento y memoria una verdadera vinculación, ni se perpetúa la prohibición de enajenar bienes, si consta en aquél que el testador designa para sucederle en sus bienes en último término a los que la justicia designase”.

Al subrayar el alcance de la doctrina sentada en la sentencia anterior, decía don Antonio Maura en uno de sus luminosos dictámenes: «Así, pues, con anterioridad al Código, la jurisprudencia del Tribunal Supremo refirió la prohibición de la Ley de 1820 tan sólo a los fideicomisarios, que por contar con indefinidos sucesores, se han de llamar perpetuos, siquiera el vocablo jamás podrá significar que sean imperecederos, no siéndolo de suyo ningunas cosas humanas. Por remoto que esté, si en los términos de los llamamientos se conoce un límite, algún caso en que la serie de sustitutos resulte cortada, estimábase temporal y válido el fideicomiso» (A. MAURA, *Dictamen*, III, Madrid, 1930, página 387).

Pues bien—volviendo al caso de la consulta—, ya tenemos criterio seguro para resolver la duda planteada sobre la validez de la última voluntad del señor Andrade Pazos.

A nuestro juicio, debe estarse por la validez de la misma: el testador—aun que lo deseaba ardientemente—no llegó a constituir sobre sus bienes verdadera vinculación. Y no llegó a crearla porque al llamar a los Curas de X levanta—para cuando se den determinadas circunstancias—la prohibición de enajenar que impone a todos sus herederos.

Podrá objetarse, tal vez, que ese llamamiento tiene carácter supletorio: como cláusula penal contra los herederos familiares—y que, además, la enajenación de los bienes sólo se permite en un caso extremo.

Pero no cabe negar que ésa—y no otra—es la voluntad del propio testador. Y siendo esto así, falta uno de los requisitos de las vinculaciones prohibidas por la Ley de 1820, por cuanto el causante establece un límite (no importa que sea muy remoto) a la prohibición perpetua de enajenar. Por lo cual concluimos que el testamento y memoria testamentaria objeto de la consulta deben considerarse plenamente válidos.

## II

### EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS

Sorteado el peligro que a la validez de la voluntad del testador ofrecía la Ley de 1820, prohibitiva de las vinculaciones, queda aún otro peligro, que ya no afecta a la validez de las mismas, sino a su eficacia o aplicación práctica, y que proviene de los preceptos restrictivos del Código civil en materia de sustituciones fideicomisarias.

Y aquí se ofrece un problema de Derecho transitorio. Porque el causante, que otorgó su testamento antes de regir el Código civil, falleció—y es éste el momento de la apertura de la sucesión—después de promulgado aquél. ¿Por cuál de esas dos legislaciones—antigua y posterior—debe regirse la eficacia y alcance de las disposiciones testamentarias?

El problema parece resuelto en la regla 12 de los transitorios del Código civil, a cuyo tenor «la herencia de los fallecidos después (de) Código se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, *pero cumplido, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias*». Así, pues, serán aplicables las limitaciones que el Código establece en sus normas relativas a las sustituciones fideicomisarias.

Pero téngase en cuenta que—como indica acertadamente MANRESA—«la disposición de esta regla se contrae tan sólo a los derechos de los herederos forzosos» (*Comentarios al Código civil español*, XII, 4.ª ed., Madrid, 1931, página 871) y no a los derechos de las personas llamadas a suceder por la sola voluntad del causante sin concurso con legitimarios, que es, justamente el caso de la consulta.

Pero cabe llegar a igual conclusión por camino diferente, ayudados por la jurisprudencia y la doctrina científica.

Así, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 9 de julio de 1927 establece, en el penúltimo de sus considerandos, con criterio jurídico impecable, que «al decidir el vigente Código civil el problema planteado con motivo de las sustituciones, se encontraba con que, en tanto había legislaciones que las habían suprimido radicalmente, otras habían aceptado íntegramente todas las clases

que admitió el Derecho romano, aún no se habían extirpado en nuestra legislación los peligros que ya señalaba la Ley 12 del Título 17 del Libro 10 de la Novísima Recopilación, y quiso destruir la de 1820, restablecida en 1836, porque al amparo de la 27 de Toro se habían introducido en nuestras costumbres jurídicas, y mantenía la jurisprudencia, sustituciones con evidente apariencia de vinculación que tenían de ella la esencial prohibición de enajenar, como la que ha sido motivo de este pleito, a las cuales se venía atribuyendo valor con tal que no tuvieran caracteres de perpetuidad; y para resolver la duda que criterios tan contradictorios debieron suscitar en el legislador, adoptó un sistema intermedio de eclecticismo, del que es fruto el artículo 781, que declara válidas las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, con la cual fórmula se lograba la armonía entre principios fundamentales de la ciencia económica que había desechado por peligrosa al bien público la inalienabilidad de los bienes y el respeto merecido a la voluntad del testador, que podía tener motivos especialísimos para asegurar de este modo la subsistencia de personas de su inmediata relación con las que tuviera deberes que cumplir y quisiera hacer compatibles con otras que la misma, ya que habían desaparecido otros motivos que dieron origen al nacimiento de los fideicomisos en la legislación romana, y dicho precepto, sin desatender el aspecto público por lo que a la organización de la propiedad se refiere, manteniendo el principio de la libertad del dominio, respeta la voluntad del instituyente dentro de la medida que el legislador estima compatible con aquel otro principio que aconsejaba la radical supresión de las sustituciones fideicomisarias, con tan justificado recelo miradas por las leyes de que antes se ha hecho mérito, y por tanto, si no se habían de frustrar los fines propuestos con esta innovación por el legislador de 1889, era indispensable que desde la publicación de dicho Código quedaran las sustituciones fideicomisarias existentes afectadas de nulidad en cuanto por el grado ya alcanzado en la sustitución gravada, o conforme a la razón de conveniencia entre los favorecidos y el testador, hubieran traspasado los límites fijados por dicho artículo 781, cuyas prescripciones constituyen un derecho nuevo, por vez primera declarados, que debe ser aplicado automáticamente así para limitar la extensión del gravamen opuesto a la disposición de la ley sobre las sustituciones fideicomisarias que antes no tuvieron condiciones de viabilidad jurídica, aunque le fuera el acto originario de su creación, como para no privar del derecho que la nueva ley consagra en favor de aquellos que tuvieran o hubieran de adquirir por acto o condición después de vigente cumplida, a considerar como libre la propiedad gravada».

Y en igual sentido escribe recientemente Federico de Castro: «Cuestión importante es determinar el valor después del Código de disposiciones testamentarias otorgadas antes de su publicación y que contengan sustituciones fideicomisarias o figuras semejantes de vinculación de mayor amplitud que las permitidas por el Código (arts. 781, 785 C. c.). Dado el carácter político prohibitivo de las disposiciones del Código, hay que admitir que después del comienzo de su vigencia no podrán permitirse fuera de los límites por él señalados. El sentido de la regla 4.ª corrobora esta interpretación, pues se trata de determinar la

«duración» de los distintos tipos de vinculaciones y el alcance de la limitación marcada al «ejercicio» de sus deberes hereditarios impuesta al fiduciario, ambas entregadas a la regulación del Código». (*Derecho civil de España*, parte general, tomo I, Valladolid, 1942, pág. 580).

Aplicando la doctrina anterior, deberemos someter la eficacia de las disposiciones testamentarias del señor Andrade Pazos al imperio del Código civil.

Cualquiera que sea la naturaleza que se asigne a los sucesivos llamamientos por él ordenados, siempre será el mismo el límite que debe fijárseles.

Quien vea en ellos una clara sustitución fideicomisaria aplicará el artículo 781 del Código, según el cual dichas sustituciones «surtirán efectos siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

Quien rechace esa naturaleza deberá, al menos, admitir el establecimiento de una prohibición de enajenar, y tendrá que acudir a otro precepto del mismo Código (art. 785, núm. 2.º, que fija como límite de eficacia de tal prohibición el señalado justamente por el artículo 781.

Queda, pues, claro que en todo caso el límite para la práctica aplicación de las disposiciones testamentarias que examinamos se halla establecido por este doble criterio:

- a) Que no pasen del segundo grado.
- b) Que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

La prohibición de enajenar impuesta en el testamento o la sustitución fideicomisaria valdrán siempre y producirán efecto si pueden encajarse en cualquiera de los dos límites anteriores.

Pero si bien el segundo de ellos no ofrece dificultad alguna, por lo que afecta al primero cabe plantear una doble duda de trascendencia para el caso de la consulta.

¿En qué sentido debe tomarse la expresión «segundo grado»? Porque puede significar tanto «segundo grado de parentesco» como «segundo grado de sustitución». Esa dualidad de posibles acepciones dividió a la doctrina científica e hizo incluso vacilar al propio Tribunal Supremo, hasta la sentencia de 25 de junio de 1940, que decididamente se inclina por la segunda, de tal modo que, de acuerdo con ese criterio, se permiten tres llamamientos sucesivos equivalentes a dos fiduciarios (o usufructuarios, en su caso) que reciben para restituir y un fideicomisario que adquiere ya en pleno dominio.

Otro problema digno de tomarse en cuenta es el relativo al modo de computar los grados; problema que encontramos resuelto en Pothier con doctrina aplicable a nuestro Derecho.

«No se cuentan—dice el ilustre jurista francés—más que los grados de sustitución que han tenido efecto. Un grado de sustitución tiene efecto cuando la persona llamada al grado ha recogido efectivamente los bienes sustituidos. El grado de sustitución no ha tenido efecto cuando la persona llamada al grado no ha recogido los bienes sustituidos, sea que haya premuerto antes de la apertura. El primer grado de la sustitución—sigue diciendo Pothier—no es más que el segundo en la disposición; y el primer sustituto supone una persona antes que él, que haya recogido en primer lugar los bienes sustituidos y haya gozado o debido gozar hasta el tiempo de su muerte o de alguna otra condición que haya

dado apertura a la sustitución» (*Ouvres de POTHIER contenant les traités du Droit Français*, Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin, Paris, 1827, tomo VII, pags. 644 y 646).

Tras lo indicado, ya podemos sin vacilaciones determinar el alcance de los llamamientos sucesivos ordenados por el señor Andrade en su disposición testamentaria.

Deberán mantenerse dentro de los límites que señala el Código civil y, en consecuencia, valdrán hasta el segundo grado o hasta el llamamiento del último de los parientes que vivía al tiempo de su muerte.

Y entre uno y otro criterio deberá estarse por el que sea más respetuoso con la voluntad del causante, dirigida a mantener sus bienes en el círculo de la familia durante el mayor tiempo posible.

Pues como indica Gabba: «Sólo cuando se trata de definir si una disposición testamentaria es *válida* o no la cuestión es de derecho puro, no siendo las reglas jurídicas invocadas de interpretación, sino preceptos impuestos al testador mismo; pero cuando no se discute sobre la *validez* dicha, sino sobre el *efecto* de la disposición, y propiamente del mayor o menor efecto de los cánones jurídicos invocables, no pueden ser más que cánones de interpretación del testamento, generales, sin duda, que abarcan un número indefinido de interpretaciones y de decisiones parciales, que de otro modo tendría el jurista que formular en cada caso.» («Sustitución fideicomisaria y sustitución vulgar», en *Cuestiones de Derecho civil*, trad. de POSADA, vol. II, Madrid, La España Moderna, s. a.).

En consecuencia, y como resumen de todo lo anterior, deberán estimarse plenamente eficaces los llamamientos sucesivos hasta el segundo grado o hasta el último de los parientes del causante que viviera al tiempo de su muerte, aceptando como criterio decisivo el que permita mantener por más tiempo la prohibición de disponer.



#### EFICACIA DE LAS COMPRAVENTAS REALIZADAS POR DON JULIO ANDRADE SORIA

Resuelto el primer problema que plantea el consultante, podemos ya abordar el segundo que formula acerca de si deben tenerse por nulas las ventas efectuadas por su hermano don Julio, lo cual es tanto como preguntar—único aspecto digno de consideración—si por virtud de tales contratos adquirieron el dominio los compradores.

La duda se resuelve fácilmente: los compradores no adquirieron la propiedad de los bienes por el solo hecho de la compraventa seguida de tradición. Y no lo adquirieron por hallarse en vigor la prohibición de disponer que impuso a sus sucesores el señor Andrade Pazos, por cuanto el vendedor don Julio Andrade resulta ser el primer sustituto fiduciario, obligado por ello a no transmitir, a conservar los bienes en favor de quien debe sustituirle a su vez en la titularidad de los mismos.

En tal sentido se pronuncia el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros.

Así, la Resolución de 8 de octubre de 1902 declara: «re-establecido en el tes-

tamento que la heredera voluntaria» no podría vender, partir o dividir «la finca que heredaba, es evidente que no pudo enajenarla».

La Sentencia de 5 de enero de 1895 se inclina por igual solución, al decir: «instituido un fideicomiso en un hijo del testador y sus descendientes por orden de primogenitura, la sentencia que *declara nulas las enajenaciones de los bienes fideicomitidos* y manda que se dejen éstos a disposición del heredero de aquél, no infringe la voluntad del testador»; doctrina confirmada por la Dirección General en su Resolución de 11 de julio de 1923: «la voluntad del testador, decisiva para los efectos de que un elemento de su patrimonio pase al de su heredero, no implica que los bienes o derechos relictos hayan de seguir continuamente formando parte del de este último con la misma modalidad fijada en el testamento, y no puede sostenerse que cuando se llama a una persona en concepto de usufructuaria se le imponga el deber de continuar en la posesión y goce de tal derecho durante su vida, sino que *mientras el testador no lo prohíba expresamente* y la ley admita la transmisibilidad o renuncia de los bienes o derecho relictos, *ha de sobreentenderse que el heredero puede disponer de los mismos en los términos fijados por el ordenamiento jurídico normal*».

Los compradores, pues, no pudieron adquirir el dominio de los bienes en virtud de la regla «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*», que rige con carácter general, y de la cual son tan sólo excepciones taxativas las adquisiciones *a non domino*, posibles en nuestro Derecho—tratándose de inmuebles—a virtud de la fuerza legitimadora del Registro de la Propiedad, que no opera en nuestro caso por figurar inscritos los bienes a nombre del causante don José Víctor.

Pero si bien los compradores no pueden ampararse en el Registro (como podrían hacerlo si el transmitente figurase en él como propietario actual de los bienes y no constará la prohibición de enajenar, si tienen a su favor los beneficios de una posible usucapión, ya que tales compraventas constituyen, sin duda alguna, justo título para prescribir.

El Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia—y, entre otras, en sus sentencias de 30 de marzo y 11 de diciembre de 1943—tiene sentado que «el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio *aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente*, pues precisamente para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción que de otro modo sería inútil».

Prescripción adquisitiva que en nuestro caso se completará al cabo de diez años de posesión ininterrumpida de los compradores, causahabientes o terceros que adquieran tales bienes de los mismos, siempre que en todos se den los requisitos de la posesión de buena fe, a los que debemos referirnos más adelante.

#### IV

##### ALCANCE DE LA CLÁUSULA PENAL

En la tercera de sus preguntas plantea el consultante dos problemas, para cuya solución se hace preciso examinar el alcance de la sanción penal ordenada por el testador contra los infractores de su última voluntad, que examinaremos

en este punto, y como consecuencia de su interpretación determinar el llamamiento supletorio a la herencia del señor Andrade Pazos, que reservamos para el siguiente.

La cláusula penal contenida en la séptima de la Memoria testamentaria dice así:

«Si en cualquier tiempo, alguno o algunos de mis herederos usufructuarios, vendiendo o en otra cualquier forma, se opusiesen o reclamasen la nulidad contra la continuidad del estado a que dejo sujeta mi herencia inmueble, acrezca la parte de él o de los rebeldes a la de los que obedezcan. Y si fuesen todos o si se propusiese la nulidad de lo que dispuesto queda, entiéndanse todos privados de cuanto se les deja en esta Memoria y Testamento. Y nombro, si este acontecimiento ocurriese, por herederos en propiedad a los señores curas de esta parroquia de X...»

La simple lectura de la cláusula es bastante para concluir que en todo caso la conducta de cualquiera de los sucesores familiares contraria a la continuidad del estado a que deja sujeta el testador su herencia inmueble, lleva consigo, según la voluntad de éste, la privación de sus derechos hereditarios.

Por lo cual, concluimos que don Julio Andrade Soria perdió los suyos en la herencia que nos ocupa desde el punto y hora que infringió—con las ventas realizadas—la prohibición de enajenar.

Lo que no aparece tan claro, al menos a primera vista, es el destino que deba darse a los bienes, por virtud de la cláusula penal, en el caso de infracción.

El testador ordena escalonadamente dos consecuencias para dos supuestos diferentes. Y si bien las consecuencias resultan claramente determinadas, no lo están de igual modo los supuestos que les sirven de base.

Como efecto de primer grado, establece un derecho de acrecer en perjuicio del heredero o herederos usufructuarios rebeldes y en favor de los que obedezcan la continuidad a que aspira el testador. Derecho de acrecer que si se toma en sentido técnico exige—como supuesto indispensable—pluralidad de herederos simultáneos y que no cabe aplicar en el caso de estar llamado por el testador un heredero único, so pena de entender que con la frase «los que la obedezcan» se alude a los parientes del testador que no son llamados a su herencia conjuntamente con el infractor o infractores, sino, en su lugar, para sustituirles al producirse la contravención. Pero semejante sentido de la cláusula penal violenta demasiado la frase «... acrezca la parte de él o de los rebeldes a la de los que la obedezcan», pues, dada la condición de jurisperito del testador, debe estimarse que el verbo acrecer tiene sentido técnico, sin que pueda aludir al juego de una sustitución vulgar.

Concluimos, pues, que el primer supuesto que contempla la cláusula penal se limita—con esa consecuencia del derecho de acrecer—al supuesto de pluralidad de herederos unos infractores y otros obedientes a la voluntad del testador.

Como efecto del segundo grado, la cláusula penal contiene el llamamiento a la herencia de los curas de la parroquia de X. Pero ¿en qué supuesto?

De nuevo se ofrece dudosa la expresión del testador, pues al decir «... y si fuesen todos o si se propusiese la nulidad de lo que dispuesto queda, entiéndanse todos privados de cuanto se les deja en esta Memoria y Testamento», lo mismo puede entenderse que quiere referirse el testador a todos sus posibles herederos

*jamhuares*, como a solo las que de modo efectivo lo sean en el momento de la infracción, y tanto si existen varios como si existe un heredero único.

Pero este camino de conjeturas nos lleva demasiado lejos. Por eso, bueno será antes de emprender la marcha parar mientes en cierta doctrina sentada por la Dirección General de Registros, de aplicación en el caso presente, según la cual «... cuando las prohibiciones de disponer consignadas en un testamento van unidas a una sanción o a un régimen subsidiario, para el caso de que sean incumplidas, deben entenderse aquéllas en el sentido literal, a no ser que fué otra la voluntad del testador, con arreglo al artículo 675 del Código civil». (Resoluciones de 7, 14 y 21 de mayo de 1929.)

Si aplicamos esta doctrina al supuesto de que infrinja las disposiciones testamentarias que venimos examinando uno solo de los sucesores familiares, deberemos preguntarnos si, cuando no sea posible aplicar el derecho de acrecer (efecto de primer grado de la cláusula penal), por no existir concurso con otros sucesores familiares, puede entenderse que los bienes han de pasar a los curas de X (efecto de segundo grado), o más bien habrá que llamar a la herencia—s existen—a otros parientes del testador que se hallen dispuestos a someterse a su voluntad. Lo cual equivale a tener en cuenta más que el tenor literal de las palabras del testador, el sentido íntimo de todas sus disposiciones.

A nuestro juicio, debe aplicarse este último criterio, por lo ya dicho, y por otra razón de extraordinario peso.

Y es que, si se examina detenidamente la cláusula penal, se llega al convencimiento de que el testador, al ordenarla, se hizo cargo tan sólo del supuesto de pluralidad de sucesores familiares. Entendiéndolo así, resulta sencillo el juego de la doble sanción que escalonadamente establece: para el caso de que unos incumplan y otros observen su voluntad, priva a los primeros de su porción y ordena pase a los otros por el conducto del derecho de acrecer; y ante la hipótesis de que no puedan permanecer establemente en la familia, por haberse rebelado todos sus parientes o por intentarse la impugnación de su última voluntad, les priva también a todos ellos de la herencia y quiere que salga del círculo familiar y sea recogida por los curas de X.

El causante redactó, sin duda, la cláusula penal teniendo a la vista la segunda de su testamento, en la cual se establecía para el primero y sucesivos llamamientos pluralidad de usufructuarios familiares. No se dió cuenta de que con la modificación de la Memoria (cláusula primera) esa pluralidad cesaba a partir del segundo llamamiento y en todas las siguientes. El mismo parece poner de manifiesto su descuido cuando dice: «Modifico el punto primero de la cláusula séptima de mi testamento...», cuando, en realidad, altera además otros puntos, entre ellos el orden de preferencia y las obligaciones de los llamados en segundo y ulteriores grados.

Nos hallamos, pues, ante una *cláusula inexpresiva* en uno de sus extremos: la cláusula penal queda clara por lo que respecta a la sanción del infractor (a quien se priva de su derecho a la herencia), pero calla, por lo que mira al destino de los bienes, cuando aquél sea único sucesor familiar y existan otros parientes que se hallen dispuestos a cumplir la voluntad del testador.

Siendo inexpresiva, se han de utilizar los elementos de interpretación de que habla en tales casos nuestro Tribunal Supremo.

«Cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de

suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el juzgador de atenerse a ese literal con texto; *mas cuando las cláusulas sean oscuras, ambiguas o inexpresivas*, el Juez deberá, como en cualquier otra interpretación, enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador, de conformidad con la supremacía que ha de concederse a la voluntad del disponente». (Sentencia de 3 de junio de 1942.) «Puede nacer el caso de duda a que se refiere el propio artículo (el 675 del Código civil), no sólo de que las cláusulas del testamento sean oscuras o ambiguas, sino también de que sean *en algún punto inexpresivas*, ya que la ley no excluye esta posibilidad y, por consiguiente, admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, pueda ser desenvuelto o integrado por el Juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o lo que es igual, del «tenor del mismo testamento», del cual puede extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente. En todo caso, es incuestionable que los testamentos, como toda clase de negocios jurídicos, no se han de interpretar tomando sólo en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad, como así lo viene reconociendo una jurisprudencia muy reiterada, en la que se ha establecido que para la recta inteligencia de una cláusula testamentaria objeto de controversia es forzoso ponerla en relación con las demás del testamento, para conocer, por el contenido de todas y de cada una, cuál fué en aquéllas la verdadera voluntad del testador». (Sentencia de 6 de marzo de 1944.)

Aplicando el método indicado, debemos averiguar, por el examen de otras cláusulas del testamento y de la Memoria, la completa voluntad del disponente.

Recordemos: «... mi deseo, mi deliberada voluntad... es que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade..., conservándola en tiempo y durante el tiempo en la familia». (Cláusula 7.<sup>a</sup> del Testamento.)

Si tal es la voluntad del testador, resulta en un todo correcto concluir que el llamamiento de los curas de X tiene el alcance y valor de un remedio extremo para el caso que no pueda lograrse el fundamental designio de que los bienes permanezcan unidos a la familia. O dicho de otro modo: los curas de X deberán ser excluidos de la sucesión siempre que, además del infractor, existan otros parientes del causante dispuestos a cumplir sus disposiciones, quienes recibirán la porción hereditaria que aquél deje vacante, o por virtud del derecho de acrecer (de acuerdo con la letra de la cláusula penal), o por el juego de la sustitución vulgar (de acuerdo con el sentido general del testamento). Así queda colmada la laguna a que antes nos hemos referido.

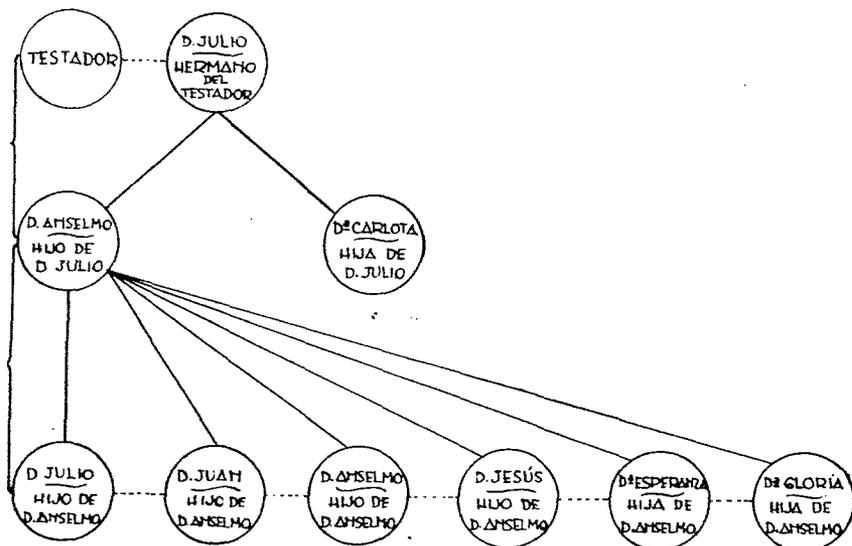
## V

### EL LLAMAMIENTO SUPLETORIO A LA HERENCIA

Ahora debemos preguntarnos, en concreto, quiénes resultan llamados a la herencia del señor Andrade Pazos, a consecuencia de las ventas realizadas por don Julio Andrade Soria.

Y, ante todo, conviene fijar con precisión la naturaleza y alcance del derecho hereditario que correspondía a este último al tiempo de cometer la infracción para averiguar en qué sentido, debe aplicarse la cláusula penal.

La situación de la herencia en tal momento, podría representarse con el siguiente gráfico:



Muerto D. Anselmo Andrade Torres, se hizo cargo de la herencia su hijo don Julio, sin concurso con ningún otro pariente, pues su tía doña Carlota—única que tenía derecho a compartir los productos del usufructo, en virtud de la cláusula primera de la memoria—había renunciado anteriormente a su participación hereditaria.

Con ello, sin embargo, no quedaba purgada la titularidad de don Julio de toda limitación, pues, por lo antes dicho, sobre él pesaba la prohibición de disponer, que le convertía en un heredero bajo condición resolutoria, porque dependía de un acontecimiento futuro e incierto (la enajenación de los bienes) que se exigiera su derecho hereditario.

La condición se cumplió, y ahora trata de averiguarse los efectos de este cumplimiento.

Dos criterios pueden adoptarse ante la resolución del derecho de don Julio:

Por una parte, cabe invocar el artículo 888 del Código civil, y entender que caducó el legado que disfrutaba el testador, con la consecuencia de refundirse en la masa de la herencia. Por este camino sería de aplicación lo dispuesto en la cláusula II.ª de la memoria, refundiéndose el legado en la herencia de don Anselmo Andrade Torres, libre ya de toda prohibición de disponer. Pero tal solución, a más de encontrar un obstáculo en el propio ar-

ticulo 888, en cuanto deja a salvo «los casos de sustitución y derecho de acrecer», contraria claramente la voluntad del testador de que permanezcan sus bienes en la familia afectados de la prohibición de disponer, voluntad que todavía debe cumplirse por no haberse alcanzado el límite que señalan los artículos 781 y 785, número 2 del Código civil.

Rechazada la solución anterior, nos queda otra que permite cumplir fielmente la voluntad del causante.

A nuestro juicio, el cumplimiento de la condición resolutoria determina en el caso de la consulta los efectos de una sustitución vulgar.

Lo entendemos así a la vista de la cláusula 1.ª de la memoria: «A la muerte de don Anselmo, recaerá este usufructo en el hijo varón mayor, preferentemente al menor que tenga, y a falta de varón recaerá con igual preferencia en sus hijas, y así sucesivamente».

El testador establece un orden de preferencia en el llamamiento de los hijos de don Anselmo, fijándose en el doble criterio de sexo y edad. Tal preferencia significa claramente—no cabe la menor duda acerca de este punto—una sustitución vulgar. ¿Para qué supuestos?, cabe preguntar. Porque el testador fué muy parco en este extremo; tan sólo se limitó a señalar que entrarían a suceder las hembras a falta de varón.

No nos dijo si en esa *falta* quedaban comprendidos, a más del caso de muerte, la de renuncia a la herencia, cumplimiento de la condición resolutoria, etc.

Por eso convendrá acudir a las Leyes de Partidas vigentes al ordenar su última voluntad y al Código civil en vigor en el momento de cumplirse la condición resolutoria que venimos examinando.

Decía el proemio del título V de la partida 6.ª: «Establecen sus herederos los omes en los testamentos, e ponen y condiciones, assi como mostramos en el titulo ante deste; e porque puede ser, que aquellos herederos que primeramente son puestos en el testamento mueren ante que ayán fijos, o non cumplan aquellas condiciones o aquellas cosas, que les mandó el que fizó el testamento, tuuvieron por derecho los sabios antiguos, que fizieron las leyes, que en un mismo testamento pudiesse ome establecer herederos de muchas maneras. Porque si los primeros muriessen, o non cumpliesen la condición e la voluntad del testador, entrassen otros en lugar dellos que lo fiziesen. E por ende, pues que de suso fablamos de los primeros herederos queremos aque dezir de los otros a quien llaman latin *substitutos*».

Claro resulta, según este texto, que una de las causas del juego de la sustitución es justamente la infracción del heredero.

De igual modo lo entienden los autores modernos que se ocuparon del tema. Así, por ejemplo, Inocencio Galvão Teles, el cual afirma que se producirá la sustitución vulgar al cumplirse la condición resolutoria que afectaba al llamado en primer término (*Vid.* «Direito de Representação, Substituição Vulgar e Direito de Acrescer». Lisboa, 1943, pág. 189); y en igual sentido, entre los italianos, Coviello, «Diritto delle successioni», II, 1915, pág. 805 y s.

En nuestro Código tenemos un precepto digno de cita: «Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar» (art. 774, apartado 1.º).

Al comentar ese precepto, indica Traviesas que los supuestos de imposibi-

lidad: aparte de la premuerte—no se especifican, pero pueden comprenderse entre ellos «el incumplimiento de condición a que se somete la institución» (TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, en «Revista de Derecho Privado», XIV, 1927, página 406), a cuyo parecer se adhiere MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VI, 6.ª ed., Madrid, 1932, pág. 113).

Si ahora tenemos en cuenta el segundo apartado de dicho artículo 774, a cuyo tenor «la sustitución simple y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior (premuerte, repudiación e imposibilidad), a menos que el testador haya dispuesto lo contrario», queda resuelto el problema planteado.

El causante llama a los hijos varones de don Adolfo sucesivamente y sin expresión de casos y le impone una condición; cumplida ésta entra en juego la sustitución, y los bienes hereditarios pasan en consecuencia, al resolverse el derecho de don Antonio, al mayor de sus hermanos que no repudie la herencia.

Queda todavía una última duda que conviene despejar, originada por la circunstancia de haber renunciado la mayor parte de los hijos de don Anselmo Andrade Torres a la herencia de éste; ¿tal renuncia lleva consigo la pérdida de cualquier derecho que pudiera corresponderles en la herencia de don José Víctor Andrade Pazos?

El problema se resuelve fácilmente, teniendo en cuenta que, como dice Mucius Scaevola, dentro del sistema español «la sucesión del sustituto fideicomisario se relaciona directamente con el fallecimiento del testador a quien hereda, y no con el del sustituido», por cuanto «*el fideicomisario es propiamente un heredero del sustituyente, y sólo en manera impropia del sustituido*». («Código civil comentado», XIII, 5.ª ed. revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1944, páginas 725 y 726).

Así, pues, la renuncia a la herencia de don Anselmo—sucesor sustituido—para nada afecta al derecho de sustituirle, que permanece vivo mientras no renuncien los sustitutos a la herencia del sustituyente, es decir, del señor Andrade Pazos.

En resumen: tras la infracción realizada por don Julio Andrade Soria, resulta llamado en primer término el mayor de sus hermanos varones, y caso de renunciar éste a sus derechos, el siguiente, con preferencia a las hermanas, que sólo pueden suceder en último término y con igual orden de preferencia por razón de su edad.

## VI

### DEFENSA DEL DERECHO DEL SUSTITUTO

Quien de conformidad con lo indicado anteriormente se haga cargo de la herencia del señor Andrade Pazos, cuenta con dos acciones diversas para conseguir la efectividad de su derecho: una contra los terceros que poseen los bienes vendidos por don Julio Andrade Soria, y otra contra este último.

Frente a los terceros, deberá ejercitarse la acción reivindicatoria, porque es la que compete al propietario contra el poseedor cuando entre las partes liti-

gantes no existe ningún vínculo contractual que obligue al demandado a restituir los bienes litigiosos.

Contra la reivindicatoria podrán los terceros oponer, por vía de excepción, la prescripción adquisitiva, que sólo matará la acción del demandante si resulta probada la posesión ininterrumpida durante diez años, con buena fe (artículo 1.957 del Código civil), toda vez que el justo título existe, sin duda, a su favor, según se expuso en uno de los puntos anteriores. Buena fe que consiste «en la creencia de que la persona de quien recibió (el poseedor) la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio» (art. 1.950 del Código civil), y que entraña «desconocimiento de cualquier vicio que pudiera tener el título del causante». (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1912).

Si llegara a demostrarse la mala fe de los terceros, la prescripción adquisitiva no se completaría sino al cabo de treinta años de posesión ininterrumpida (art. 1.959 del Código civil).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la posesión se interrumpe y queda ineficaz el proceso de prescripción comenzado por citación judicial hecha al poseedor con las solemnidades legales, si el actor no desiste de su demanda o deja caducar la instancia (arts. 1.945 y 1.946 del Código civil), e igualmente por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre dominio de la cosa cuestionada (art. 1.947 del Código civil).

Independientemente de la reivindicatoria, puede ejercitarse otra acción—la petición de herencia—contra don Julio Andrade Soria, para pedirle la restitución de los bienes de la herencia que aún posee con sus accesiones y frutos, y el precio de los vendidos. La demanda deberá fundarse en las disposiciones testamentarias del señor Andrade Pazos, alegando la interpretación dada anteriormente, y de modo muy especial las consideraciones relativas al juego de la cláusula penal y de la sustitución vulgar en favor del demandante.

Ambas acciones—reivindicatoria y petición de herencia—deberán ejercitarse—por su carácter real—ante el Juzgado de T., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62, regla 3.ª de la ley de Enjuiciamiento civil.

Téngase además en cuenta que la de petición de herencia no prescribe en cuanto a inmuebles hasta los treinta años; así lo entienden la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 28 de febrero de 1908 y 21 de junio de 1909) y la doctrina científica (MANRESA, *Comentarios*, VII, 6.ª ed., revisado por BONET, Madrid, 1943, pág. 465; SERRANO, *La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», XXVII, 1943, pág. 51).

Finalmente, a la pregunta del consultante de si debe proceder contra sus hermanos don Juan y don Anselmo por no haber reclamado a tiempo o por consentir pasivamente las ventas, se ha de contestar negativamente, por cuanto no se hallaban obligados—sino sólo facultados, cada uno en su caso—para entablar las correspondientes acciones contra el infractor y contra los compradores.

En el supuesto de que se desentiendan del asunto, es aconsejable obtener su renuncia formal a la herencia del señor Andrade Pazos, para que pueda el consultante accionar por su propio derecho en calidad de sustituto.