

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXV

Julio - Agosto 1959

Núms. 374-375

Los fideicomisos en el proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña

El proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña elaborado por la Comisión de juristas nombrada por la Orden de 10 de febrero de 1948, en cumplimiento del Decreto de 23 de mayo de 1947, es sin duda alguna el intento más afortunado para reunir en un Cuerpo legal orgánico y sistemático, al estilo de los Códigos modernos, los elementos dispersos en los Derechos canónico y romano, *Constitucions y altres drets de Catalunya* y demás fuentes de la legislación civil vigente en dicho territorio.

Destaca en dicho proyecto la parte dedicada a los fideicomisos por la amplitud con que se regula esta institución, a la que se dedican cerca de 100 artículos de los 554 que comprende, por la claridad y precisión con que aparecen redactados, por su correcta nomenclatura y porque en ellos se da solución a la mayor parte de las dudas que planteaba esta árdua y confusa materia.

Por esto no creemos del todo inútil el contribuir a su divulgación, intentado una exposición ordenada de los fideicomisos, siguiendo la pauta de dicho proyecto, aunque sin omitir nuestra modesta opinión en aquellos pocos puntos en que no se halle de acuerdo con el mismo.

I

EL CONCEPTO.

Hay fideicomiso—dice el art. 337 del proyecto—, cuando el testador o fideicomitente, designa un segundo o ulterior heredero o fideicomisario, para que lo sea en la actualidad o en una cuota de la herencia después de haber sido heredero o fiduciario, otro primeramente instituido.

Tenemos, en primer lugar, bien delimitados los *elementos personales* del fideicomiso: 1.º Un testador o fideicomitente. La partícula disyuntiva no denota aquí simplemente similitud o equivalencia, sino que tiene además otra significación más amplia. Aunque, por lo general, el ordenador del fideicomiso es un testador, puede también disponerse en los heredamientos y donaciones, por lo cual la palabra fideicomitente tiene un mayor alcance; pero para simplificar la terminología se añade en el último párrafo del artículo que nos ocupa que el concepto de testador empleado en el sentido de fideicomitente en la Compilación, se entenderá también referido a quien haya dispuesto fideicomiso en heredamiento o en donación. 2.º Un heredero, o fiduciario, primeramente instituido. Este primer instituido es heredero; a nuestro juicio, el único heredero del fideicomitente. Se le designa con el nombre de fiduciario para distinguirlo del fideicomisario, que es el segundo o ulterior llamado. 3.º Un segundo o ulterior heredero o fideicomisario. Como se ve, la Comisión redactora del proyecto atribuye al fideicomisario la condición de heredero. Así es de ver también en el art. 398 de la Compilación, al decir que «la delación a favor del fideicomisario le atribuye la cualidad de heredero o legatario, y con este carácter hace suya la herencia o legado o cuota de ellos.» Igualmente, el art. 402, al hacer responsable al heredero fideicomisario, desde que adquiera el fideicomiso, de las deudas y cargas hereditarias que no se hayan pagado con bienes hereditarios.

Así, pues, la Comisión introduce aquí una excepción, y muy ca-

lificada, por cierto, al principio general del art. 246 del proyecto, cuando dice: «El que es heredero lo es siempre» y declara en este mismo artículo que en las instituciones de heredero la condición resolutoria se tendrá por no puesta.

Nosotros, aun reconociendo que la cuestión tiene escasa importancia práctica, disentimos del criterio sustentado por el proyecto y creemos que la Comisión se ha desviado aquí de la doctrina más generalmente admitida. Así leemos en Peregrinus: «... proinde substitutio fideicommissaria, quia confertur in casum post aditam haereditatem... obliqua est, quia haereditas non vacat, sed est in manu alterius, qui illam agnovit, de cujus manu capi debet, et ab eo actiones haereditariae per restitutionem haereditatis transferri debent in fideicommissarium. Et licet quando que actiones haereditariae et jura, rerumque dominia, ipso jure, in nonnullis casibus transferantur ab herede in fideicommissarium, non tamen haereditas vacat, nec nomen haeredis, immo quaedam sunt, quae in fideicommissarium universalem transponi nequeunt: ac idcirco non potest fideicommissarius directo effici haeres, quia ejusdem tituli duo in solidum respectu ejusdem rei compotes esse nequeunt» (1). (*De Fideicommissis praesertim universalibus*. Art. I, 4). Igualmente en Mantica (*De conjecturis ultimarum voluntatum*. Lib. IV, tit. V, 3-4): «Illud vero in primis admonendi sumus, duos haeredes ejusdem haereditatis in solidum constitui non posse, quoniam nec duo ejusdem rei domini in solidum esse possunt. Unde si quis fuerit haeres scriptus, donec vixerit, et alius post ejus mortem sit institutus, primus in perpetuam haeres erit; nam qui semel est haeres, non potest desinere esse haeres. Et licet quis fuerit haeres institutus donec vixerit, tunc post mortem etiam transmittit haereditatem ad haeredes

(1) «... de donde la sustitución fideicomisaria, deferida después de haber sido aceptada la herencia..., es oblicua, porque la herencia no está vacante, sino que se halla en poder de otra persona que la ha disfrutado, de cuya mano la adquiere el fideicomisario con las acciones hereditarias anejas a la restitución. Y aunque se transmitan de pleno derecho por el heredero fideicomisario las acciones hereditarias, con los derechos y la propiedad de los bienes, no por esto la herencia queda vacante ni el nombre y título de heredero; por el contrario quedan otras cualidades o títulos que no pueden transferirse al fideicomisario universal, por lo que no puede éste ostentar la condición de heredero, porque no puede una misma cosa en su unidad o integridad pertenecer a la vez y por el mismo título a dos personas».

suos» (2). Y entre los jurisconsultos clásicos del Derecho catalán baste citar a Cancr, del cual es el texto siguiente: «Estque hoc sine difficultate, hinc substitutus vulgariter, dicitur secundus haeres, et proprie est haeres, cum assumat in omnibus et per omnia, tanquam subrogatus, omnia jura instituti, cujus locum obtinet; quod secus est in fideicommissario, qui haeres verus non est, licet quoad effectum haereditatem consequatur» (3). (*Variae resolutiones*. Cap. I, 287-288). Entre los pocos autores catalanes modernos que rozan esta cuestión, Borrell y Soler disiente de esta opinión al decir que «restituida la herencia, el fideicomisario adquiere la efectividad del título de heredero» (*Dret civil vigent a Catalunya*, tomo V, cap. V, sección 4.^a, subsección 5.^a. Barcelona, 1923). En su apoyo cita un texto del *Codex* (Lib. VI, tit. XLVIII, 7-1); pero a nosotros nos parece dudosa la aplicación al caso debatido de dicho texto, que dice así, según la traducción de García del Corral: «... mandamos, que, ora si por contumacia hubiere estado ausente aquel a quien se le impuso la restitución, ora si hubiere sido sorprendido por la muerte sin haber dejado ningún sucesor, ora si se mandó que la transferencia se le hiciera por el primer fideicomisario al segundo, se transfieran de derecho las acciones útiles.» Como se ve, aparte el alcance que tenga esta transferencia de las acciones útiles, que seguramente se refiere a las acciones específicas dirigidas a obtener la posesión de los bienes fideicomitidos al margen de la titularidad hereditaria, el texto no se refiere a un caso normal de delación de fideicomiso, sino al supuesto excepcional y anómalo de ocultación maliciosa del fiduciario o fallecimiento del mismo sin sucesor o entrega del fideicomiso por un segundo fideicomisario. Por contra, Roca Sastre defiende la doctrina tradicional antes expuesta, como resulta de las siguientes

(2) «Hemos de advertir, ante todo, que no pueden darse dos herederos de una misma herencia cada uno sobre toda ella, como no pueden darse dos dueños de una misma cosa cada uno de ellos en su totalidad. De donde, si alguien fuere instituido heredero vitalicio y se designare a otro para después de su muerte, el primero será siempre heredero, porque quien ha sido una vez heredero no puede dejar de serlo. Y aunque haya sido instituido vitaliciamente, al morir transmite a los suyos su condición de heredero.»

(3) «Con toda razón el sustituto vulgar es llamado segundo heredero, porque lo es en realidad, ya que asume en todo y por todo, como subrogado, todos los derechos del instituido, cuyo lugar ocupa; al contrario de lo que sucede con el fideicomisario, que en realidad no es heredero, aunque consiga la adquisición efectiva de la herencia.»

palabras de su luminoso discurso sobre El Fideicomiso *si sine liberis decesserit*, pronunciado en el acto de su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: «... la sustitución, una vez operada, solamente origina un cambio de titularidad del patrimonio hereditario, pero el heredero fiduciario conserva su título de tal, con todos los derechos y prerrogativas emanadas del mismo» (Edición oficial del *Discurso*, pág. 64).

La excepción al principio *semel haeres, semper haeres*, nos parece justificada únicamente en el fideicomiso puro, en el que, como es sabido, el primer instituido tiene la obligación de entregar al fideicomisario inmediatamente o dentro del plazo previsto en interés de éste la herencia o legado, sin que pueda el fiduciario hacer suyos los frutos, salvo autorización del testador. En el primitivo fideicomiso romano, la cualidad de heredero tenía que recaer forzosamente en el fiduciario, porque precisamente dicho fideicomiso se arbitró para favorecer con el patrimonio hereditario a personas que no gozaban de la *testamenti factio* pasiva. Pero habiendo desaparecido dicha motivación, y no teniendo el fiduciario en el fideicomiso puro más tarea que la de entregar inmediatamente después de la delación o en un plazo seguramente brevísimo los bienes al fideicomisario, se comprende que, por excepción, en este caso se relaje el rigor del principio *semel haeres, semper haeres*, para que al realizarse dicha transmisión vaya también implícita la titularidad de heredero.

El *elemento real* del fideicomiso es la *haereditas* o una cuota de ella en el fideicomiso universal, o una cosa específica—*singula res* en el fideicomiso singular. Puede serlo también un patrimonio que el testador haya adquirido de otra persona como heredero.

Es condición del fideicomiso, sea universal o singular, que el objeto, herencia, o cosa legada, hayan de hacer tránsito en su unidad o integridad al fideicomisario o fideicomisarios llamados, pues en cuanto éstos sean llamados únicamente a bienes o derechos singulares de la herencia o a una parte del legado, el sedicente fideicomiso se convierte en legado o sublegado, debiendo regirse por las reglas de éstos. Así, en la fórmula «instituyo por mi heredero universal a B, y a su fallecimiento pasará a C la casa número 15 de la calle de Caspe»; o si dijere «lego a B la casa número 15 de la calle de Caspe, y a su fallecimiento deberá entregarse

a C el piso tercero de la casa legada», en el primer caso se ordena un legado y en el segundo un sublegado a favor de C. Así lo determina el artículo 341 del proyecto.

Se comprende que, dada la equiparación que hizo Justiniano entre legados y fideicomisos (lib. VI, tit. XLIII, 2, Cod.), si la disposición se opone a la naturaleza del fideicomiso, que exige, como se ha dicho, que los bienes fideicomitidos pasen al fideicomisario en su unidad o integridad, tenga el carácter de legado. En las fórmulas expuestas, el legado o sublegado están sujetos a término suspensivo incierto, el fallecimiento de B, y como quiera que el artículo 428, en relación con el 427 del proyecto, con referencia a los legados, siguiendo las normas romanas (Lib. XXXV, I, 1 Dig.), se apartan del criterio seguido en los artículos 262 y 342 relativos al término suspensivo incierto en las substituciones fideicomisarias y en la institución de heredero, disponiendo respecto a estos que dicho término implica condición, mientras que en los legados el *dies incertus quando* no constituye condición y si sólo actúa para retrasar su efectividad, tendremos que si C premuere a B transmite el legado a sus sucesores, lo que no ocurriría si las cláusulas expuestas implicaran fideicomiso. Esta es una consecuencia, la más importante sin duda, que se deriva de la distinción entre el legado y el fideicomiso singular en nuestro derecho.

La *relación jurídica* que se establece entre el fiduciario y fideicomisario y los bienes fideicomitidos es una auténtica relación dominical. Así dice el artículo 365 que los herederos y legatarios fiduciarios que acepten la herencia o no repudien el legado, adquirirán con este carácter la propiedad de los bienes fideicomisos, con las limitaciones derivadas de la existencia de fideicomiso. Para el fideicomisario, esta atribución dominical se hace efectiva al vencimiento del término o cumplirse la condición. Todo esto se entiende con referencia a la sustitución fideicomisaria. En cuanto al fideicomiso puro, dice el citado artículo 365 que la adquisición de propiedad por el fiduciario actuará de medio para que el fideicomisario haga suya la herencia o legado fideicomitidos.

La propiedad en el fideicomiso de sustitución es *de factu* una propiedad plena, integral, sin otro límite que su temporalidad derivada de la misma noción de fideicomiso. Por esto, un gran sector doctrinal entre el que se encuentra Gangi, Barbero, Messineo

y otros más, configuran la sustitución fideicomisaria como una combinación de dos adquisiciones de propiedad a término, una a favor del fiduciario, que es una propiedad a término final, y la otra a favor del fideicomisario, que es una propiedad a término inicial, ambas coincidentes en el momento de la apertura de la sustitución» (V. Roca Sastre en el Discurso citado, pág. 42).

La propiedad atribuida al fiduciario es una propiedad a término, cierto o incierto, que no conviene confundir con el dominio sujeto a condición resolutoria, aunque el fideicomiso sea condicional, lo cual equivale a decir que es cosa distinta la institución de heredero bajo condición resolutoria de la sustitución fideicomisaria condicional. Claro que en Derecho catalán huelga hablar de institución de heredero bajo condición resolutoria, la cual no se admite, en virtud del repetido principio *semel haeres, semper haeres* (art. 246 del proyecto). Pero es que tampoco el cumplimiento de la condición en la sustitución fideicomisaria condicional tiene el carácter de condición resolutoria desde el punto de vista del dominio ostentado por el fiduciario, sino que simplemente se limita a señalar el momento en que el dominio hace tránsito de uno a otro titular, del fiduciario al fideicomisario. Si no fuera así, es decir, si el cumplimiento de la condición en el fideicomiso de esta clase tuviera el carácter de condición resolutoria del dominio del fiduciario, dados los efectos retroactivos de la resolución del derecho, resultaría que el fiduciario nunca habría sido dueño, con todas las consecuencias de esta situación y contra lo que es inherente a la misma naturaleza jurídica del fideicomiso de sustitución.

II

LAS VARIEDADES.

1. *Fideicomiso puro y de sustitución.*

Conforme al derecho tradicional y con una nomenclatura más correcta clasifica el proyecto los fideicomisos en puros y de sustitución, llamados también estos últimos sustituciones fideicomi-

sarias, las cuales pueden ser a término o bajo condición. Las características diferenciales más acusadas entre unos y otros son:

- 1.º En el fideicomiso puro bastará que el fideicomisario sobreviva al testador, aunque premuera al fiduciario, para adquirir el derecho al mismo, y, en su caso, transmitirlo a sus herederos como formando parte de la herencia del mismo fideicomisario; en la sustitución fideicomisaria a término, para que el fideicomisario adquiera los bienes fideicomitados y pueda en su caso transmitirlos a sus herederos, salvo disposición contraria del testador, es preciso que viva al deferirse la herencia o legado al primer fiduciario, aunque fallezca antes del vencimiento del término; en la sustitución fideicomisaria, bajo condición, si el fideicomisario fallece antes de cumplirse ésta, aunque haya sobrevivido al testador, queda extinguido su derecho al fideicomiso (art. 343).
- 2.º En el fideicomiso de sustitución, conforme se ha dicho ya, el fiduciario adquiere con el carácter de heredero o legatario la propiedad de los bienes del fideicomiso con las limitaciones derivadas de esta institución, mientras que en el fideicomiso puro esta adquisición de propiedad actúa de medio para que el fideicomisario haga suya la herencia o legado fideicomitados (art. 365).
- 3.º En la sustitución fideicomisaria condicional, salvo prohibición expresa del testador, el fiduciario podrá enajenar o gravar los bienes fideicomitados, mientras que en los fideicomisos puros y en las sustituciones fideicomisarias a término el fiduciario carece de esta facultad (art. 373).
- 4.º En las sustituciones fideicomisarias, condicionales o a término, el fiduciario, sin más limitaciones que las del fideicomiso, tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitados, así como de sus subrogaciones y accesiones y gozará de los demás derechos que la ley atribuye al propietario, si bien lo que adquiera por accesiones y demás conceptos que no sean frutos o rentas quedará incorporado al fideicomiso (art. 369).
- 5.º En las sustituciones fideicomisarias, los gastos ordinarios de conservación y administración de los bienes sujetos a fideicomiso son función obligada del fiduciario, así como el pago de impuestos que no sean los extraordinarios sobre el capital, pensiones de censos, precio de arrendamientos, intereses de deudas hereditarias y cargas análogas. En el fideicomiso puro, los antedichos gastos y pagos son de cargo de la herencia o legado (art. 371).
- 6.º En las sustitu-

ciones fideicomisarias, el fiduciario, aparte la facultad de enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso los bienes necesarios para hacerse pago de la legítima y trebeliánica, pagar legados así como las deudas y cargas de la herencia y satisfacer los gastos extraordinarios de conservación que ésta exija, podrá también realizar los mismos actos de enajenación y gravamen para dotarse en contemplación a sus primeras nupcias la mujer fiduciaria y para constituir esponsalicio o *escreix* el fiduciario a su esposa en compensación de la dote aportada por ésta, así como también para otorgar el fiduciario donación dotal a sus hijas y para constituir y pagar esponsalicio o *escreix* en consideración al matrimonio de sus hijos que reciban dote de la esposa. En el fideicomiso puro, el fiduciario no podrá realizar estas enajenaciones o gravámenes destinadas a las expresadas donaciones por razón de matrimonio (art. 374).

Los autores del proyecto han querido conservar el fideicomiso romano primitivo con el nombre de fideicomiso puro, en el que el fiduciario tiene la obligación inmediatamente o dentro del plazo que en interés del fideicomisario haya sido fijado de transmitir a éste la herencia o legado. Puede, por consiguiente, ordenarse este fideicomiso a término, si el aplazamiento redunde en interés del fideicomisario. Esta circunstancia, la de que el plazo establecido por el testador para la entrega de los bienes lo haya sido en interés del fideicomisario, será al parecer la única nota que diferencie el fideicomiso puro a plazo de la sustitución fideicomisaria a término. Parece parca esta distinción, comparada con la diferencia que entre una y otra determinan las características que acabamos de enumerar. En algún caso será evidente que el aplazamiento de la entrega redunde en beneficio del fideicomisario; pero, por lo general, a éste le interesará más bien que se adelante el momento de la entrega. En todo caso, se trata de un concepto muy elástico, poco apropiado para que las dos partes estén de acuerdo. De ahí que en el proyecto echemos de menos normas claras y seguras discriminatorias entre el fideicomiso puro a plazo y la sustitución fideicomisaria a término. En muchos casos no habrá duda. Si el testador dice: «Instituyo heredero a X, el cual, una vez transcurridos dos años desde mi muerte, entregará la herencia a Z. Si al término de estos dos años las operaciones liquida-

torias de mi sucesión no se hubieren terminado, se entenderá prorrogado por otros dos años, y por una sola vez el plazo de la entrega», es evidente que se establece un fideicomiso puro, porque ya se comprende que la obligación de la entrega se aplaza para que el fideicomisario adquiera la herencia libre de deudas, legados, impuestos y demás gastos sucesorios. Tampoco habrá duda por estar de acuerdo con las características del fideicomiso puro, si el testador dijere: «Instituyo heredero a X, el cual entregará la herencia a Z al llegar éste a la mayor edad, sin que pueda aquél hacer suyos los frutos y rentas de la misma y si sólo detraer la cuarta trebeliánica». Pero si se dice simplemente: «Instituyo heredero a X, y mi herencia pasará a Z, así que éste, por llegar a la mayor edad o por otra causa se emancipe de la patria potestad», puede dudarse si se establece fideicomiso puro o sustitución fideicomisaria a término. Es probable que el fiduciario entienda esto último y pretenda hacer suyos los frutos y rentas de la herencia; y puede ocurrir que el fideicomisario defienda que el plazo se estableció por su interés, por ejemplo, para evitar que durante su menor edad sea administrada la herencia por un padre menos diligente que el fiduciario. Para evitar posibles colisiones, tal vez lo más sencillo y seguro sería fijar un plazo máximo entre los cinco y los diez años para el fideicomiso puro y disponer que todo fideicomiso ordenado para un plazo mayor constituye una sustitución fideicomisaria a término. Podría en este caso el testador, en interés del fideicomisario, compensar el derecho del fiduciario de hacer suyos los frutos y rentas de la herencia con la prohibición de detraer la trebeliánica.

El artículo 343 del proyecto regula el fideicomiso puro instituido a favor de los hijos nacedores o no concebidos. Por derecho romano, recogido en el artículo 252 del proyecto, son ineficaces los llamamientos de herederos de los que al tiempo de deferirse la herencia no hayan nacido ni se hallen concebidos. Así, pues, si el testador dijere «instituyo heredero al primer hijo que nazca del matrimonio contraído entre A y B», corre el riesgo de hacer una institución ineficaz si muere antes del nacimiento del instituido heredero. Para prevenir ese riesgo puede ordenar un fideicomiso puro, en el que, según el último párrafo del citado artículo, no se requerirá que el fideicomisario haya nacido o se halle concebido

al tiempo de deferirse la herencia o legado al fiduciario. Diciendo, pues, el testador «instituyo heredero a X, con la obligación de entregar la herencia al primer hijo que nazca del matrimonio contraído entre A y B», tendremos una típica fórmula de fideicomiso puro, que será a plazo si el nacimiento del fideicomisario tiene lugar después de la delación de la herencia al fiduciario.

El artículo no dice qué ocurrirá si muere el fiduciario antes de ocurrir dicho nacimiento. Otro artículo del proyecto, el 364, dispone que «en el fideicomiso puro, si el fiduciario no llegare a ser heredero o legatario por cualquier causa, el fideicomisario pasará de derecho a ser heredero o legatario como nombrado directamente por el testador». Creemos que en nuestra hipótesis de fideicomiso a favor de los *nascituri* o *nondum concepti*, este artículo 364, en el párrafo copiado sólo puede tener aplicación en el caso de que el fideicomisario hubiere nacido en vida del testador, pero habiendo nacido después del fallecimiento de éste, ya hemos visto lo que dice el artículo 252. Hemos de considerar que en el supuesto previsto de nacer el fideicomisario después de la muerte sucesiva del testador y del fiduciario, la cláusula del fideicomiso queda ineficaz.

El mismo artículo 343 prevé la contingencia de que el fideicomisario no llegue a nacer y establece que en tal caso ocupará su lugar el sustituto vulgar designado por el testador. En defecto de éste, el derecho del fideicomisario acrecerá a los coherederos o colegatarios, y si no los hubiere o no procediere el derecho de acrecer se entenderán llamados como fideicomisarios por el fideicomitente los parientes de éste, que al fallecer le habrían sucedido abintestato.

Puede ser, pues, que el testador haya previsto la posibilidad de que el fideicomisario no llegue a nacer y haya nombrado un sustituto para este evento, o puede ser también que, a falta de este nombramiento, tenga el fideicomisario no nacido coherederos con derecho de acrecer, caso similar al anterior, pues es sabido que el derecho de acrecer no es más que una sustitución legal, inspirada en la presunta voluntad del causante. Naturalmente, para la existencia de estos coherederos con derecho de acrecer, es necesario que sean llamados también como fideicomisarios a una cuota de la misma herencia o legado. En uno u otro

caso, el sustituto o el coheredero o colegatario ocuparán el lugar del fideicomisario. En rigor, como representantes indiscutibles de éste, han de gozar de sus mismos derechos y prerrogativas, así como han de soportar las limitaciones y cargas impuestas al mismo. Por tanto, siendo así que en el fideicomiso puro, según antes se ha dicho, basta que el fideicomisario sobreviva al testador, aunque premuera al fiduciario para adquirir el derecho al mismo, si el sustituto del fideicomisario o coheredero o colegatario con derecho de acrecer premueren al fiduciario adquieren el derecho al fideicomiso y lo transmiten a sus herederos, que lo adquirirán cuando por la disolución del matrimonio contraído entre A y B sin sucesión, llegue el momento de deferirse el fideicomiso. Esta parece ser la situación derivada de los preceptos legales, pero que no refleja de seguro la voluntad del fideicomitente, muy lejos de suponer que el heredero fiduciario que ha designado haya de esperar a la disolución del matrimonio para a la postre tener que entregar la herencia a personas posiblemente desconocidas del testador.

Convendría, a nuestro juicio, añadir al artículo 343 un nuevo párrafo, en el que se determinara que lo dispuesto en el párrafo anterior inmediato (el último actual), con respecto al fideicomisario premuerto no es aplicable a su sustituto, coheredero o colegatario que también hubieren premuerto. Porque el llamamiento que en el artículo se hace a los parientes abintestato del fideicomitente prevé sólo la hipótesis de que no haya sustitutos, coherederos o colegatarios, pero el supuesto de nuestra duda consiste en que existan y hayan premuerto, con sucesión, al fiduciario.

La sustitución fideicomisaria condicional.—Es la de uso más frecuente y la que, en caso de duda, se presume ordenada por el testador. Así, en el artículo 348 del proyecto, en su último párrafo se dispone que, «en la duda respecto a si un fideicomiso es puro o de sustitución, se entenderá que es de sustitución, y que éste es para después de fallecido el fiduciario, y que es condicional para el caso de fallecer sin hijos».

Como es sabido, la diferencia más acusada entre el fideicomiso de término y el condicional consiste en que en el primero el derecho a la herencia fideicomitida lo adquiere el fideicomisario desde la muerte del testador, mientras que en los condicionales,

el *dies cedit* se produce al cumplirse la condición. De ahí que, según antes se ha dicho, en el fideicomiso a término, el derecho a los bienes forma parte del patrimonio del fideicomisario y lo transmite a sus herederos, aunque premuera al fiduciario con tal que sobreviva al testador; mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario que muera antes de cumplirse la condición, como no ha adquirido ningún derecho sobre el fideicomiso, nada transmite a sus herederos referente al mismo.

En la sustitución fideicomisaria condicional se puede imponer toda clase de condiciones lícitas y posibles, pero las más frecuentes son el término incierto, y la de *si sine liberis decesserit*.

a) En el Derecho romano, el día incierto expresado en el testamento tiene fuerza de condición (Ley 75, tit. I, lib. XXXV, Dig.). El proyecto recoge este principio al hablar de la institución de heredero bajo término suspensivo, y lo declara igualmente aplicable a las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario. Por tanto, implica sustitución fideicomisaria condicional la siguiente sencilla fórmula: «Instituyo heredero a X, y a su fallecimiento pasará mi herencia a Z». Esto se refiere a las sustituciones fideicomisarias ordenadas en testamento, pero no a las que se establezcan en los heredamientos. Es frecuente estipular en éstos que el hijo heredado no entrará en posesión de los bienes hasta el fallecimiento de la esposa del heredante que haya de usufructuar dichos bienes. En tal caso, el heredero, aunque premuera al heredante, transmitirá a sus hijos, en el modo y forma en que le sean herederos, su derecho y cualidad de heredero contractual (art. 130). Esta naturaleza contractual de los heredamientos hace que el *dies cedit* se produzca al perfeccionarse el contrato de capítulos matrimoniales y el fallecimiento de la esposa usufructuaria implique únicamente la llegada del *dies venit*.

b) La condición *si sine liberis decesserit*. Es ésta la condición de uso más frecuente en las sustituciones fideicomisarias de Cataluña. Ya Cancr, después de afirmar que la materia de las sustituciones es *alta, difficilis et quotidiana* (*Variae resolutiones, pars prima*, cap. I, 1), al hablar de los hijos puestos en condición (Ibid., número 78), califica el tema de *quadam utili et quotidiana quaestione*. Igualmente Fontanella encabeza su Decisio DXCVII, dicién-

donos que mil veces, si mucho vive, tendrá que ocuparse de esta materia: «*Millies, si multum vivimus veniet nobis in manus pertractanda materia filiorum positum in conditione*».

Por circunstancias históricas o raciales, o las que sean, lo cierto es que en Cataluña no arraigaron los fideicomisos familiares perpetuos, mayorazgos, señoríos u otras formas sucesorias que implicaran vinculación patrimonial. La fórmula que ha prevalecido y que auna de modo admirable esa tendencia innata a la conservación de los patrimonios dentro del círculo familiar con las razones que aconsejan su movilidad cuando así lo exigen conveniencias de economía social o circunstancias de orden individual, es la sustitución fideicomisaria con la condición *si sine liberis decesserit*. Esta fórmula permite, en efecto, asegurar la permanencia de los bienes en los sucesores del testador y evitar que por lo menos en el lapso de la primera generación pasen a manos extrañas, y al mismo tiempo se autoriza al fiduciario o sucesivos fiduciarios para disponer de los elementos del patrimonio, aunque con el gravamen sustitutorio, o subrogarlos con otros cuando las circunstancias lo aconsejen, permitiendo a sus titulares una holgura de movimientos de que se hallarían privados en las sustituciones no sujetas a condición expresa.

Como en toda sustitución fideicomisaria condicional, en la que nos ocupa, *deficiente conditione*, es decir, existiendo hijos, el fideicomiso se extingue y el patrimonio queda libre a favor de los herederos del fiduciario. Es frecuente exigir para que la herencia o legado queden libres del fideicomiso que los hijos puestos en condición alcancen la edad de testar, en cuyo caso, dice el artículo 354 del proyecto, en su último párrafo, que si el fiduciario deja al fallecer sólo algún hijo concebido o varios hijos impúberes, la efectividad de la sustitución quedará en suspenso hasta que cualquiera de ellos llegue a la pubertad, y mientras tanto, administrarán la herencia o legado los herederos del fiduciario.

El problema que más dudas y controversias ha provocado la condición *si sine liberis decesserit* atañe a los efectos que la existencia de tales hijos produce en orden a la sustitución fideicomisaria en sí misma. En otros términos, se han preguntado los comentaristas si estos hijos constituyen pura y simple condición para que su existencia produzca la extinción del fideicomiso o si

ellos mismos se consideran también llamados como sustitutos. La carencia o escasez de textos en que apoyar afirmación alguna categórica, dió lugar, al parecer, a tales controversias. Sagner, en su obra *Institución de los Fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, cap. VII, par. 28, se refiere a esta falta de textos, y dice que, leyendo y releendo en el *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, se encontró con el párrafo 13, título único, libro 30 del Digesto, que literalmente dice: «Cuando a uno se le hubiese rogado, que, si hubiere fallecido sin hijos, restituya por fideicomiso una cosa, se considerará que faltó la condición, si los hijos hubiesen sobrevivido al padre; y no se pregunta si hayan quedado herederos.» De todas formas esta discusión se halla hoy día superada, y lo mismo la jurisprudencia que la común opinión de los autores, afirma que los hijos puestos en condición no se consideran llamados a la sustitución fideicomisaria, salvo algunos casos de excepción derivados de evidente presunción de la voluntad del testador. Porque no hay que olvidar nunca que la voluntad del causante es suprema ley en las sucesiones. «Nulla est regula utilior in ultimis voluntatibus—dice Cancr—quam quae a verosimili mente testatoris ducitur» (Ibid., núm. 69).

El artículo 356 del proyecto enumera los casos en que los hijos puestos en condición se entenderán llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso. Son los siguientes: 1.º Cuando con palabras claras y expresas, el testador imponga al hijo puesto en condición una carga u obligación que no podría cumplir si no tuviera el carácter de sustituto. 2.º Cuando el testador llame a la sustitución a los hijos del fiduciario o del sustituto fideicomisario más remoto, en cuyos casos se entenderán llamados los hijos de los fideicomisarios o los del primer fiduciario o de los fideicomisarios anteriores. 3.º Cuando el testador, después de llamar como fideicomisarios a sus hijos, llame como último fideicomisario a otra persona. 4.º Cuando el testador instituya herederos u ordene legados a sus hijos, sin designar a ninguno de ellos por sus nombres o por otra circunstancia particular que los individualice. Maspons y Anglasesell, en su obra *Nostre Dret Familiar*, añade a las anteriores excepciones las siguientes, tomadas de los autores que cita: a) Cuando el causante dispone que en el caso en que el llamado muera sin hijos, tenga los bienes a sus libres voluntades

(Fontanella, *De pactis nuptialibus*, cl. 4, gl. 24, p. I, fr. 14). Se justifica esta excepción así: si el llamado, por morir sin hijos, ha de entenderse dueño libre, al morir con ellos se ha de entender gravado en favor de estos. Es decir, que si la inexistencia de estos hijos era condición para que el llamado se considerara libre, *a sensu contrario*, su existencia ha de ser condición para considerarse gravado de restitución a favor de los mismos. b) Cuando el causante prohíbe la enajenación de los bienes ordenando que queden dentro de la familia (Peguera, *Decisiones aureae*, 1. 1.^a, cap. 102, par. 13); y c) Cuando por las palabras del testador sea manifiesto que su intención era llamarlos (Peguera, *ibid.*, 1. 2, cap. 18, par. 6).

En la condición *si sine liberis decesserit*, aunque estos hijos no se entienden llamados y su supervivencia convierte al fiduciario en heredero libre, es obvio que el testador supone que éste no hará un uso arbitrario de esta libertad, disponiendo sin fundados motivos a favor de personas extrañas. Pero si quiere que en todo caso habiendo nietos del testador, sean éstos preferidos, puede ordenar una sustitución vulgar *in fideicommisso*, mediante la cual dichos nietos pasarán a ocupar el lugar de su padre premuerto, incapaz o renunciante. Esta sustitución vulgar no ofrece particularidad alguna; el hijo o hijos como sustitutos vulgares de su padre, llamado al fideicomiso, que haya premuerto al fiduciario actual, sea incapaz o renuncie, adquieren los bienes fideicomitidos en concepto de libres, como los habría adquirido su padre si en él se hubiese hecho efectiva la sustitución fideicomisaria, dado caso que estos hijos, presuntos sustitutos vulgares, le hubiesen sobrevivido. En términos parecidos a lo expuesto se ocupan de la sustitución vulgar en fideicomiso los artículos 351 y 352 del proyecto.

La condición *si sine liberis* en la sustitución fideicomisaria tiene su reverso en la que podemos llamar *si cum liberis decesserit*, mencionada en el artículo 359 del proyecto. Bien es verdad que en ésta, la existencia de los hijos, más que condición o elemento accidental, es supuesto o elemento esencial del fideicomiso. De todos modos, el artículo habla de sustitución fideicomisaria establecida bajo la condición de fallecer con hijos, y dice que ésta no quedará cumplida si el fiduciario muere sin ellos. En este caso, añade, no tendrá efecto el gravamen fideicomisario, a menos que para tal evento el testador hubiese dispuesto otros llamamientos

al fideicomiso. Y he aquí como a la luz de este artículo se pueden configurar ambas condiciones en una cláusula tan sencilla como ésta: «Instituyo heredero a B, y a su fallecimiento pasará la herencia a sus hijos por partes iguales; si B falleciere sin hijos, la herencia pasará a C». Y si en vez de llamar como sustitutos a los hijos de B. por partes iguales, concediera a éste la facultad de elegir entré sus hijos al fideicomisario, tendríamos, además, otra eventual variedad de fideicomiso que el artículo 347 denomina fideicomiso de elección regulado en el artículo 360, comprensivo de las normas, claras y sencillas, a las que deberá atenerse el fiduciario elector. No debe confundirse la facultad de elegir fideicomisario con la de distribuir la herencia o legado fideicomitidos entre los hijos o personas que el testador haya designado, cosa distinta, aunque algunas reglas de la elección puedan servir para efectuar la distribución, en lo que el testador no haya previsto.

2. *Sustituciones fideicomisarias tácitas.*

Los fideicomisos podrán establecerse de modo expreso y también tácitamente, dice el artículo 344 del proyecto. En otros artículos del mismo se determinan o se contienen implícitos varios casos de fideicomiso tácito que nosotros procuraremos sistematizar.

A) *Sustituciones fideicomisarias, derivadas de la prohibición de disponer.*—La prohibición de disponer, impuesta por el testador, nos proporciona típicos y frecuentes ejemplos de sustitución fideicomisaria tácita, cuando no haya sido llamada persona alguna como fideicomisario, pero haciéndose referencia en el mismo testamento a determinadas personas, presuntas beneficiarias de la prohibición. Así, dice el artículo 345 del proyecto, en su segundo párrafo, que «si el testador, sin llamar a persona alguna como fideicomisario, hiciere referencia a dejar dos o más hijos e impusiera prohibición de disponer a alguno o a todos los que de ellos instituye herederos, se presumirá que a los instituidos a quienes imponga la prohibición los ha gravado de sustitución fideicomisaria, ya sea a favor sucesivamente de los otros hijos del testador, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 353 y prefe-

rencia de masculinidad y primogenitura, si es instituido uno sólo de los hijos, ya sea a favor conjuntamente de todos los demás hijos instituidos, salvo que la prohibición de disponer afectara a todos los instituidos, en cuyo caso se considerarán designados sustitutos fideicomisarios reciprocamente».

La hipótesis básica prevista en el párrafo copiado tiene expresión en la siguiente cláusula: «Declaro hallarme casado en únicas nupcias con Z, de cuyo matrimonio han nacido y viven cinco hijos, dos varones, A y B, y tres hembras, C, D y E. Con la salvedad de la legítima a todos ellos correspondiente, instituyo heredero a mi hijo primogénito, A, el cual no podrá disponer de los bienes de mi herencia por actos *inter vivos* ni *mortis causa*.» Implica, pues, esta cláusula una sustitución fideicomisaria universal a favor de los hermanos de A, no a todos juntos, sino al uno después del otro, con preferencia de masculinidad y primogenitura.

Las variantes implicadas en el párrafo inserto pueden reflejarse en las dos siguientes fórmulas: 1.^a variante: «Declaro ..., instituyo heredero a mi hijo A en dos tercios, y a mi hijo B en el tercio restante de mis bienes, con sustitución fideicomisaria recíproca, no pudiendo ninguno de los dos, antes o después de tener lugar la sustitución, disponer de los bienes de mi herencia por actos *inter vivos* ni *mortis causa*.» Esta cláusula implica dos sustituciones fideicomisarias: una expresa y recíproca entre A y B, el sobreviviente de los cuales quedará instituido en la totalidad de la herencia, y otra tácita a favor de C, D y E., o las que de éstas sobrevivan a dicho instituido.

2.^a variante.—«Declaro que de mi único matrimonio con Z han nacido y viven cinco hijos, A, B, C, D y E, a los cuales instituyo herederos por partes iguales, con prohibición absoluta de disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes hereditarios que se hayan adjudicado.» Esta cláusula implica una sustitución fideicomisaria recíproca entre todos ellos, de modo que a medida que vaya falleciendo cada uno de los instituidos, su parte de bienes hará tránsito a los coherederos sobrevivientes por partes iguales.

Es de advertir que las precedentes sustituciones regirán sólo en el supuesto de que el respectivo fiduciario no deje hijos al ocurrir su fallecimiento, pues, de tenerlos, serán éstos, en la forma que

su padre haya dispuesto o por declaración de intestado, los verdaderos fideicomisarios de la total o parte de la herencia que había adquirido su padre (art. 345, último párrafo). Igualmente hay que tener en cuenta que si la prohibición de disponer lo fuera sólo por acto *mortis causa*, y no por actos *inter vivos*, el fideicomiso será de residuo, es decir, de lo que deje el instituido a su fallecimiento (Id.).

B) *Sustituciones fideicomisarias, derivadas de la incompatibilidad de sucesiones.*—Como quiera que por Derecho romano, vigente en esta materia en Cataluña, son incompatibles la sucesión testamentaria y la intestada, y, por tanto, en una misma sucesión no pueden concurrir a la vez ambas clases de herederos, para el caso de que un testador no haya dispuesto de todos sus bienes cuando los distribuya instituyendo en cosas ciertas, o no agote sus cuotas hereditarias si la institución se hace en el *universum jus*, se entiende que en cuanto a los bienes omitidos o participaciones hereditarias sobrantes hay fideicomiso de sustitución a favor de los que al fallecer los instituidos serían herederos abintestato del causante o de otro coheredero instituido en cosa cierta cuando para los primeros y no para este último ordene el testador que se contenten con los bienes o cuotas asignadas. Así, pues, en la fórmula escueta «instituyo a B y C en un tercio de mis bienes a cada uno», sin disponer del otro tercio, B y C se harán cargo de este tercio como herederos fiduciarios, y al fallecer el último de los dos, este tercio pasará por vía de fideicomiso a favor de los que serían herederos abintestato del causante o testador al momento de fallecer dicho último fiduciario.

C) *Sustituciones fideicomisarias, derivadas de usufructo vitalicio y de herencia vitalicia.*—Sirve de base a este epígrafe el artículo 245 del proyecto de Compilación que dice: «El heredero instituido sólo en usufructo se equipara al heredero instituido en cosa cierta. Por tanto, si no concurre con heredero universal, aunque fuese porque éste no llegare a ser heredero, el instituido en usufructo será heredero universal; pero si concurre con heredero universal, o por llegar éste a serlo, el heredero instituido en usufructo será legatario.

El heredero instituido en usufructo que no deba considerarse legatario, sino heredero, así como el heredero instituido por durante su vida o vitaliciamente, tendrán el carácter de herederos fiduciarios, si para después de su muerte hay instituido otro heredero, el cual tendrá el carácter de heredero sustituto fideicomisario condicional. Si este segundo heredero no llegase a serlo o el testador hubiere dejado de instituirlo, dichos herederos instituidos en usufructo o vitaliciamente serán herederos universales puros o libres.»

Para exponer una síntesis de la doctrina clásica sobre este punto nos bastará partir de la siguiente breve fórmula: «Instituyo heredera usufructuaria a mi esposa X, y para después de su muerte nombro heredero a Z». Siendo Z un extraño, unos autores, entre ellos Cáncer, entienden que hay establecida una sustitución fideicomisaria a favor de este último, y la primera tendrá el carácter de heredera fiduciaria con todas las obligaciones inherentes a todo fiduciario (Cáncer, *Variae resolutiones*, cap. XX, número 225, 3.ª parte). Por el contrario, Mantica sostiene ser la condición de la viuda la de simple usufructuaria, salvo que el heredero instituido *post mortem uxoris* no la haya sobrevivido o repudiar la herencia (*De conjecturis...*, art. VII, tit. V, lib. III). Siendo el heredero nombrado *post mortem uxoris* hijo del testador, y, por tanto, legitimario, la generalidad de los autores considera a tal hijo como instituido heredero puramente en cuanto a la legítima y a la viuda como simple usufructuaria del resto de la herencia (Véase Martí Miralles, *Principis de Dret successori*, 2.ª par., 4.ª lect.).

Como se desprende de su simple lectura, el artículo 245 de la Compilación no distingue entre hijos y extraños y debe considerarse que la misma solución ha de aplicarse a unos y a otros. Así parece confirmarlo el artículo 288 de la misma Compilación.

¿Y si el instituido heredero para después de la muerte de la usufructuaria premuere a ésta o, sobreviviéndola, es incapaz o renuncia a la herencia? En tal caso, así como en el de que no se haya instituido ningún heredero para después de la muerte de la usufructuaria, no había unanimidad de pareceres en los autores, pues mientras unos, Bártolo entre ellos, eran de opinión que la usufructuaria estaba gravada de restitución a favor de los herederos

abintestato del testador, otros, con Mantica, opinaban ser la usufructuaria heredera libre y universal. Como se ha visto, la Compilación acepta este último criterio en el citado artículo 245.

En nuestra hipótesis no hemos considerado la circunstancia de que el testador haya fallecido dejando uno o más hijos. Siendo así, cabe: 1.º Que al hijo o hijos se les haya dejado en el testamento su legítima por vía de legado. 2.º Que se les haya dejado dicha legítima por vía de institución; y 3.º Que se haya omitido nombrarlos. En el primer caso, la solución adoptada no varía. En el segundo, la instituida en usufructo será simple legataria de lo que reste, excluida la legítima, y al hijo o hijos legitimarios corresponderá la nuda propiedad de este resto. El tercero es caso de preterición, con todas las consecuencias que tal situación comporta.

El artículo 245 de la Compilación equipara el supuesto del heredero usufructuario al del heredero vitalicio instituidos en primer lugar, y declara que si el heredero nombrado para después de la muerte de aquél no llegare a serlo o el testador hubiere dejado de instituirlo, los herederos instituidos en usufructo o vitaliciamente serán herederos universales puros o libres.

La doctrina común de los autores no admite esta identificación y otorga trato de preferencia al heredero vitalicio sobre el instituido en usufructo. Aquél tiene el derecho de detraer la cuarta trebeliánica, facultad que no se reconoce al heredero usufructuario; igualmente, según esta doctrina, el heredero vitalicio queda heredero libre en defecto del segundo nombrado, mientras que faltando el sustituto en el instituido usufructuario, éste no quedaba libre de restitución, que había de deferirse, bien a los herederos del fideicomisario premuerto, renunciante o incapaz, bien a los herederos abintestato del testador, configurándose así como una sustitución vulgar tácita en fideicomiso.

Como decimos, el proyecto de compilación no distingue. En este punto a nosotros nos parece más acertada la doctrina tradicional de diferencia de trato, defendida, entre otros, por Fontanella (Decisiones, 575).

D) *Sustituciones fideicomisarias derivadas de codicilo o de la cláusula codicilar.*—No nos referimos a las sustituciones fideicomisarias hechas en codicilo que, naturalmente, han de ser expresas,

sino a las sustituciones tácitas derivadas de codicilo. Las dos variedades de codicilos determinan a su vez dos variedades de sustituciones fideicomisarias tácitas: 1.^a Codicilo que adiciona o reforma parcialmente un testamento anterior. Si se instituye heredero en codicilo contra lo prevenido, se entiende que el instituido es fideicomisario del que se ha instituido en el testamento anterior, el cual queda de esta forma modificado. 2.^a Codicilo de los fallecidos abintestato. El heredero que se haya nombrado en el codicilo lo es como fideicomisario, y los herederos abintestato del causante tendrán el carácter de herederos fiduciarios. Estas normas de derecho vigente en Cataluña están confirmadas en el art. 237 del proyecto de Compilación.

La institución de heredero inválida, pero sostenida en virtud de la cláusula codicilar, se transforma de pleno derecho en fideicomiso universal a cargo de los herederos abintestato o de los instituidos en un testamento anterior (Maynz, *Derecho Romano*, libro 5.º, tit. 2.º, cap. II, pág. 446).

E) *Sustituciones fideicomisarias derivadas de la pupilar*.—Es sabido que en la sustitución pupilar el sustituto designado en el testamento del padre o de la madre del impúber, dándose el supuesto de fallecer éste antes de llegar a la pubertad, adquiere la condición de heredero del impúber en los bienes propios de éste, y el de sustituto de los bienes que al impúber correspondieran por herencia del padre o de la madre que hayan ordenado la sustitución pupilar. Pues bien: si los padres del impúber hubiesen ordenado en sendos testamentos la sustitución pupilar para un mismo hijo impúber, sólo prevalecerá la consignada en el testamento del padre o de la madre sobreviviente y en cuanto a la sustitución ordenada por el premuerto se convertirá en fideicomisaria y sólo sobre los bienes del premuerto que hayan pasado al hijo muerto en la impubertad. Asimismo, la sustitución pupilar perderá su eficacia de tal y se convertirá en fideicomisaria si el testador hubiese ordenado aquélla para un periodo superior a la impubertad y el hijo instituido falleciere púber. Se entiende esto en cuanto a los bienes correspondientes a la herencia del testador, y no es necesario decir que en tal caso caduca toda sustitución referida a los bienes hereditarios propios del pupilo.

Todo esto, que está de acuerdo con el derecho tradicional, ha sido recogido en el proyecto de Compilación (art. 329).

F) *Otras sustituciones fideicomisarias tácitas.*—En la fórmula «Instituyo herederos universales por iguales partes a A, B, C y D y al que de ellos sobreviva», hay sustitución fideicomisaria implícita a favor de los sobrevivientes sobre la parte que correspondía al premuerto. La cuota de los que sucesivamente vayan falleciendo hará tránsito por partes iguales a los que sobrevivan, y el último de ellos habrá recibido la totalidad de la herencia, quedando heredero libre. Esta solución, conforme con el Derecho romano (L. 2.^a, tit. 53, lib. VI Cod.) y antes prevista, aunque para hipótesis distinta, en la segunda variante del apartado A), debe considerarse incluida en la regla general del art. 344 del proyecto de Compilación.

La cláusula «Instituyo heredero a X, con la obligación de nombrar heredero suyo a Z» constituye sustitución fideicomisaria tácita, de forma que Z podrá reclamar en concepto de fideicomisario la herencia del testador, si X muriese intestado o hubiese designado heredero a persona distinta de Z en los bienes que aquél hubiera adquirido del fideicomitente. Cumpliendo X la obligación impuesta, podría dudarse si al adquirir Z los bienes procedentes del autor de la cláusula que consideramos, los adquiere como fideicomisario o como heredero directo de X; pero aunque existe la disposición de X, que en un sentido riguroso podría considerarse como el auténtico título traslativo de la propiedad de los bienes, tal interpretación conduciría al absurdo de tener el segundo heredero designado un trato más favorable que el primero, llamado en primer término y directamente por el testador dueño de los bienes transmitidos, pues en esta hipótesis se trataría de un heredero gravado, sin los beneficios que tal situación comporta (trebeliánica, reembolsos por mejoras, etc.). El art. 247 considera establecida sustitución fideicomisaria sin distinción.

La solución no parece tan fácil, si en vez de una disposición preceptiva, que es el supuesto del artículo 247 se tratara de una simple recomendación o encargo que carece de fuerza de obligar (art. 348). Aun así, fundándonos en textos romanos (L. 39, tit. único, lib. 32 Dig.), podría considerarse establecido fideicomiso tácito.

Omitimos hablar de otras variedades de fideicomisos, tales como los familiares, que se proponen la vinculación de los bienes en la familia y cuyas especiales características se refieren principalmente al orden, modo y forma de sucederse los llamados en la posesión de los bienes fideicomitidos, de lo cual se tratará más adelante; los fideicomisos que el proyecto llama de elección (art. 347), por atribuirse al heredero o legatario la facultad de elegir a la persona o personas llamadas al fideicomiso de acuerdo con las previsiones del testador y a falta de éstas, conforme a normas predefinidas (art. 347); y el llamado fideicomiso de residuo, que como tal fideicomiso no tiene especialidad alguna, consistiendo ésta únicamente en la limitación de su objeto, ya que sólo comprende los bienes de que no haya dispuesto el fiduciario. Del fideicomiso de residuo, así como de la sustitución preventiva de residuo, se tratará, siguiendo el orden del proyecto de compilación, al hablar de las facultades de disposición del fideicomisario.

III

NORMAS GENERALES Y DE INTERPRETACIÓN.

En un trabajo publicado en esta Revista (núm. 282, pág. 801), dedicado a exponer la doctrina del Cardenal Mantica sobre las conjeturas en materia de sustituciones, empezábamos con las siguientes palabras, que ponen de manifiesto las dificultades que encierra este tema de las sustituciones y la necesidad de un sistema de normas aclaratorias y de interpretación: «Si el testador dijere 'Ticio en primer lugar, Seyo en segundo y Cayo en tercero sean herederos', podría dudarse si han sido instituidos en un mismo grado o sustituidos, como si dijere: 'Instituyo a Ticio, después de Sempronio', o 'Ticio después de Sempronio sean herederos', o 'Ticio sea heredero después de Sempronio'. En todos estos casos hay que recurrir a las conjeturas para saber si hay sólo instituciones o instituciones y sustituciones.» Y el Cardenal, tras advertir que

en las sustituciones hay que hacer uso de la más amplia interpretación, sienta como principio que la sustitución ambigua debe interpretarse más como directa que como oblicua o refleja, y, por tanto, en la duda, hay que preferir la vulgar a la fideicomisaria.

Que es lo que hace el proyecto de compilación cuando dice (art. 348): «De existir duda sobre si una sustitución es vulgar o fideicomisaria se entenderá que es vulgar», y refiriéndose a las sustituciones pupilar o ejemplar, sigue diciendo el artículo, que si las palabras empleadas al disponerlas parecen inducir a fideicomiso, se entenderá, en caso de duda, que no lo implican. Y es que, siguiendo a Mantica, en primer lugar, la sustitución directa es más favorable que la refleja, pues ésta comporta gravamen, y el gravamen de por sí ya es odioso, y en asuntos dudosos no sólo por justicia, sino también por seguridad, conviene inclinarse hacia la interpretación más benigna. En segundo lugar, la sustitución directa es más fuerte y poderosa que la fideicomisaria, toda vez que el sustituto directo puede tomar la herencia por derecho propio y por su propia autoridad y sin el menor detrimento, al paso que el sustituto fideicomisario adquiere por mano del heredero o de otro, y mermada la herencia en una cuarta parte. Y en último término, se prefiere la sustitución directa a la indirecta, porque aquélla es más digna y debe interpretarse siempre en el sentido de atribuir a la disposición dudosa su sentido más digno. Así, una sustitución ambigua entre los hijos del testador debe aceptarse en su sentido directo, porque en la duda, por motivos de natural afección, debe presumirse que el padre quiere favorecerles con su disposición, antes que imponerles un gravamen de fideicomiso.

Pasemos a otro punto y consideremos la siguiente hipótesis: «Sea mi heredero A, y a su fallecimiento la herencia pasará a B. No llegando A a ser mi heredero, le sustituyo por C». Tenemos aquí una doble sustitución vulgar: la que según el art. 326 del proyecto va siempre implícita en la sustitución fideicomisaria, y la que establece el testador en favor de C. Como se sabe, las dos no pueden operar conjuntamente, porque un heredero no puede tener dos sustitutos para actuar a la vez sobre la total herencia, como no puede haber dos herederos de una misma persona *in solidum* o dos dueños a la vez de la totalidad de una misma cosa. En la fórmula propuesta hemos de entender una de estas dos cosas: o que

entre los dos sustitutos vulgares hay que elegir uno con preferencia al otro o que las dos sustituciones vulgares se establecen para finalidades o supuestos distintos. El proyecto se decide por lo primero y otorga la preferencia al sustituto vulgar designado por el testador al decir en el art. 364, párrafo primero: «Siempre que el fiduciario llamado no llegue a ser heredero o legatario por cualquier causa, operará en primer término la sustitución vulgar. A falta de ésta, el fideicomisario pasará a ser fiduciario, si existe fideicomisario posterior, y, en defecto de éste, será heredero o legatario libre. No tendrá lugar en este caso el derecho de transmisión a que se refiere el art. 497.» Nosotros creemos desacertada esta solución y preferimos la segunda, considerando a los dos sustitutos vulgares investidos de una misión distinta, y en modo alguno incompatible una de otra.

Como es axiomático, en todas las dudas que se presentan en la materia sucesoria, hay que buscar la presunta voluntad del causante. Por tanto, al dar preferencia el proyecto al sustituto vulgar expreso sobre el tácito implícito en la sustitución fideicomisaria, entiende que esto es lo que quiere el testador. Pero, ¿es esto cierto? Hay en el ejemplo propuesto, que es el tipo de fideicomiso que imaginamos valedero para nuestra tesis, tres personas, además del fideicomitente: un heredero fiduciario, un sustituto fideicomisario que además ostenta la condición de sustituto vulgar tácito, según expresa declaración legal, y un sustituto vulgar expresamente designado. ¿Qué orden hemos de suponer en el afecto que el testador tenga para estas tres personas? En primer lugar, e indiscutiblemente, el heredero. ¿Y después? Si creemos que le sigue el sustituto vulgar expreso, no podemos suponer que le haya reservado un papel que raras veces se representa, ya que lo normal y corriente es que se defiera la herencia al fiduciario y quede inédita la misión del sustituto vulgar designado. Si, por el contrario, creemos que el segundo lugar en el afecto del testador lo ocupa el fideicomisario, ¿podemos suponer que, produciéndose las circunstancias de la sustitución vulgar, haya sido pospuesto el fideicomisario a una persona menos querida y que tenga que contemplar impasiblemente cómo esta persona posea los bienes durante su vida con la posibilidad de heredarlos libremente, si dicho fideicomisario le premuere?

Esta opinión nuestra mira solamente al caso de fiduciario único o instituido como heredero o legatario sobre patrimonio o cosa que constituyan unidad, pues las razones expuestas no rigen si se trata de dos o más herederos fiduciarios instituidos conjuntamente en porciones alicuotas de una misma herencia y legatarios llamados en igual forma a una misma cosa, como si se dijere: «Instituyo herederos por partes iguales a A y B, con sustitución vulgar recíproca entre ellos, y a su fallecimiento pasará la herencia a C.» Aquí la razón afectiva no cuenta, porque habiendo sido designados A y B herederos en primer lugar, se supone que el testador siente por cada uno de ellos mayor predilección que por el fideicomisario; es como si dijera: «... y al fallecimiento del último de los dos, la total herencia pasará a C». Igualmente, en la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* no es aplicable nuestra solución al segundo y ulteriores fideicomisarios, a los que, como se sabe, puede designarse un sustituto vulgar en fideicomiso, porque la razón afectiva tampoco cuenta en este caso.

En el tipo de fideicomiso representado por la hipótesis nuestra, que es el normal y frecuente, nosotros, en contra de la solución adoptada por el proyecto, creemos que la finalidad de las dos sustituciones vulgares presupone dos hipótesis distintas y no incompatibles. Opinamos que cuando el testador haya designado un sustituto vulgar al fiduciario, este sustituto vulgar sólo debe operar cuando por extinguirse el fideicomiso antes de la delación (premoriencia, renuncia o incapacidad del fideicomisario), el fiduciario, que en tal caso se habría convertido en heredero libre, renuncie también o sea incapaz o muera sin haber aceptado la herencia.

Pasando a otra cuestión, veamos las reglas que se han de guardar en la delación fideicomisaria cuando son varias las personas llamadas.

El caso normal puede reducirse a la siguiente fórmula: «Instituyo heredero a mi hijo primogénito A, libremente si muere con hijos, pero falleciendo sin ellos o con tales que no lleguen a la edad de testar, le sustituyo por mi segundo hijo B en las mismas condiciones; a éste por C, y si también fallece sin hijos que lleguen a la pubertad, pasará la herencia a D...». En esta hipótesis, si todos los hijos del testador fallecieren sin tenerlos, la herencia fideicomitida hará tránsito a cada uno de los fideicomisarios llamados

hasta llegar al último, que quedará heredero libre. En otro caso, naturalmente, el fideicomiso se extinguirá en el llamado en quien no se cumpla la condición impuesta de fallecer sin hijos. Si al primer instituido o fiduciario se le impusiere una carga o se le favoreciese con una liberalidad (con exclusión de la trebeliánica), la carga ó la liberalidad se entenderá repetida para todos los llamados sucesivamente al fideicomiso. Así lo dispone *mutatis mutandis* el art. 353 del proyecto.

Fórmula de hijos puestos en condición y llamados a la sustitución como fideicomisarios, después de su padre: «Declaro tener tres hijos: A, B y C, y una hija: D. Instituyo heredero a mi hijo primogénito A libremente si muere con hijos; falleciendo sin ellos o con tales que no lleguen a la edad de testar, le sustituyo por B, y a éste, si muere en las mismas condiciones, por C, mi tercer hijo varón, el cual, si muere con hijos que lleguen a la edad de testar, será sustituido por tales hijos; y si también falleciere sin hijos, los bienes harán tránsito a mi hija D». En esta cláusula, habiendo llamado el testador a los hijos de C como sustitutos fideicomisarios, si B premuriera a A habiendo dejado hijos, se entenderán éstos llamados al fideicomiso (art. 356, núm. 2.º).

Fórmula de sustitución vulgar en fideicomiso: «Instituyo heredero a A libremente si muere con hijos; pero falleciendo sin ellos o con tales que no lleguen a la edad de testar, le sustituyo por mi otro hijo B o por los hijos que éste tuviere, en la misma forma en que los haya llamado a su herencia propia; si también B falleciere sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar, pasará la herencia a mi tercer hijo C, en las mismas condiciones...»

En la primera de estas dos fórmulas, los hijos de B entrarán en la sucesión del fideicomiso por partes iguales, y si alguno de ellos hubiere fallecido antes de la delación, dejando hijos a su vez, éstos entrarán por estirpes, ocupando el lugar de su padre premuerto. En la segunda fórmula se guardará el orden, modo y forma en que B haya llamado a sus hijos a su herencia propia. (arts. 357 y 352 del proyecto).

Finalmente, conforme a la doctrina comúnmente admitida sobre la sucesión intestada de los descendientes en los fideicomisos (V. Cancer, pars 1.ª, cap. V, págs. 13 y sig.), cuando el testador llama a los hijos del fiduciario y a los hijos de estos hijos, y así sucesi-

vamente en línea recta descendente, aunque el referido fiduciario no sea hijo del testador, dichos hijos y descendientes legítimos entrarán en el fideicomiso por orden de proximidad de grado, el uno después del otro, excluyendo el más próximo al más remoto y dentro del mismo grado por partes iguales respecto de lo que a su padre hubiera correspondido, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa (art. 358).

Y vamos ahora con las auténticas normas de interpretación, las que se dirigen a inquirir la verdadera voluntad del testador cuando ésta no se expresa con toda claridad, o a completarla con soluciones o supuestos no previstos, aunque con toda seguridad queridos.

Como dice Borrell (ob. cit., libr. V, cap. V, sec. 3.^a, 455), «sien-do ley la voluntad del testador, ella determina, en cada caso, la extensión y efectos de los fideicomisos, los cuales, por su variedad y por la complicación de palabras, indispensable cuando el testa-dor quiere prever todas las contingencias que cree posibles, muchas veces exigen su interpretación, tarea difícil y que se presta a las más varias opiniones».

Nos hemos ocupado ya de los *hijos puestos en condición*, una de las hipótesis clásicas, como las llama el autorizado tratadista que acabamos de citar, que más abundante literatura jurídica ha motivado. Sigamos ahora con otras hipótesis también previstas en el proyecto.

a) Dice el artículo 350 que «la institución de heredero o el le-gado otorgados por el testador a favor de hijos o descendientes, no a todos juntos, sino guardando un determinado orden de llama-mientos, que resulte de la mera designación nominativa, o de prelaciones como las de sexo, primogenitura u otras análogas, se entenderá sustitución vulgar y no fideicomisaria, salvo que del testamento o codicilo se infiera que la voluntad del testador fué establecer una sustitución fideicomisaria con pluralidad de llama-mientos de fideicomisarios sucesivos».

El antecedente romano de este artículo se halla en la intro-ducción al título XV, libro II, de la *Instituta*, que dice: «Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredem facere, ut puta si ille heres non erit, ille heres esto: et deinceps, in quantum

velit, testator substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere» (4).

Frecuentemente, en las cláusulas testamentarias o pactos establecidos en capítulos matrimoniales, el supuesto del art. 350 se enuncia en estos o parecidos términos: «Instituyo heredero mío universal a X, y si este heredero mío no fuese, sustituto y heredero mío universal, instituyo a sus hijos y descendientes, varones y hembras, de legítimo matrimonio procreados, no a todos juntos, sino al uno después del otro, de grado en grado, siguiendo orden de primogenitura y con preferencia de los varones a las hembras.» Esta expresión *no a todos juntos, sino al uno después del otro* ha hecho dudar sobre la naturaleza de los fideicomisos contenidos en la cláusula. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 26 de febrero de 1896, consideró que una cláusula parecida implica una sustitución fideicomisaria condicional tácita. En contra de esta interpretación, autorizados tratadistas catalanes entienden que no hay fideicomiso, sino sustitución vulgar, aunque reconocen que la expresión es defectuosa. «Tampoco deja de ser vulgar la sustitución, dice Borrell, por el mero hecho de disponer que los hijos sucedan *el uno después del otro*; porque esta fórmula es compatible con la sustitución vulgar, entendiéndose en el sentido de que tales hijos *son llamados a la herencia* por el orden establecido, una sola vez; *no que sean herederos el uno después del otro*; y, por tanto, los que no ocupan el lugar preferente, al deferirse la herencia, a la muerte del testador, ya nunca más son llamados como herederos. Naturalmente, sería más clara la fórmula si dijera *el uno en defecto del otro*; pero, en sustancia, se quiere decir lo mismo» (Ibid.). En parecidos términos se expresa Sagner (Ob. cit., cap. XIII, página 315).

b) *Sobre la significación de ciertas palabras en las sustituciones fideicomisarias dispuestas para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos.*—Si el testador no dispone otra cosa, se entiende que cuando establece la sustitución fideicomisaria, con la condición de fallecer el fiduciario sin hijos, se entiende que se refiere a los

(4) «Mas puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, *si aquél no fuere heredero, sea heredero éste*; y puede el testador instituir así sucesivamente, en cuanto quisiere, y, en último lugar, instituir subsidiariamente heredero necesario hasta a un esclavo.»

legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio. Las expresiones «no dejar hijos», «sin dejar sucesión» y otras análogas se entienden igualmente referidas a la condición *si sine liberis decesserit*, condición que puede también configurarse en sentido inverso al usual, diciendo que el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitidos si fallece con hijos o si deja hijos. Así lo determina el art. 354 de la Compilación.

c) *Caso de la ley «cum avus»*.—El art. 349 del proyecto recoge el sentido de la ley 102, tit. I, libr. XXXV del *Digesto*, que dice: «Habiendo un abuelo instituido herederos a un hijo y a un nieto habido de otro hijo, le pidió al nieto que, si muriese dentro de los treinta años, restituyese la herencia a su tío paterno; el nieto falleció dentro de la mencionada edad habiendo dejado hijos; respondí que por conjetura de piedad faltó la condición del fideicomiso, porque se entendería que se había escrito menos que se había dicho.» Naturalmente, el texto no contiene la condición *si sine liberis decesserit*, sino que se refiere al tránsito de los bienes pura y simplemente, al fideicomisario designado una vez ocurrido el fallecimiento del fiduciario dentro del plazo previsto. El art. 349 de la Compilación contiene dos prevenciones perfectamente justificadas, aunque no figuran en el texto citado: que el instituido o legatario carecieren de descendencia al tiempo de otorgarse el testamento, o que, de tenerla, ignorase su existencia el testador.

d) *Llamamiento del heredero universal o de aquel a quien de derecho corresponda*.—Este llamamiento se ordena de dos distintos modos: o al principio de la cláusula o al final de una serie de sustituciones. Lo primero es frecuente en capítulos matrimoniales, en los que suele hacerse el heredamiento o donación universal, con el siguiente o parecido pacto: «Si el donatario premuere a los donantes sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar, volverán los bienes donados a los donadores, si viven, y si no, a su heredero o legítimo sucesor.»

Propiamente, aquí no se trata de sustitución fideicomisaria, sino de un simple pacto reversional. Según el art. 138 del proyecto, la reversión, no viviendo los donantes, se estimará otorgada a favor de sus herederos testamentarios, o, en su defecto, de los pa-

rientes que en el momento de tener lugar la reversión serían llamados a su herencia, según las normas de la sucesión intestada. Se trataría de una sustitución fideicomisaria y se regiría por las reglas de esta institución si la reversión se ordenara a favor de persona distinta de los heredantes o de sus herederos.

La segunda forma suele disponerse después de una serie de sustituciones testamentarias, ordenando que, después del último sustituto, pasen los bienes a quien por derecho correspondiere. Según Borrell, este caso se resuelve a favor de los que resulten herederos legítimos del testador, al tiempo de deferirse la última sucesión. En cambio, si en vez de la persona a quien por derecho corresponda, se llama a los parientes más próximos como últimos fideicomisarios, se entiende la sustitución a favor de los herederos del último llamado, y no del testador (obra y lugar citados). En el proyecto no se prevé esta segunda forma.

(Continuará.)

JOSÉ SERVAT,

Registrador de la Propiedad jubilado.