

Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil

(Notas a dos discursos)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

SUMARIO: I. *Discurso leído por Ramón María Roca Sastre en su recepción en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia y la contestación al mismo de Rafael Núñez Lagos.*—II. *El tema cuestionado en el Derecho histórico de Castilla:* § 1.º Aspectos en que se mantiene el paralelismo entre la doctrina castellana y la del Derecho romano común: A) La ley 10, Tit. IV, P. 6.ª, aplicó la doctrina de la *lex «Cum avus»*. B) La ley 10, Tit. VI, P. 6.ª, se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria. C) La cláusula *si sine liberis decesserit* en los formularios de los prácticos castellanos. D) Interés de la cláusula expresa a pesar de la ley 10, Tit. IV, Partida Sexta. E) Los fideicomisos *sub conditionem* en la doctrina castellana. El llamamiento del fideicomisario en las sustituciones y la regla *dies incertus in successionem conditionem facit*, según los autores castellanos. F) En Derecho castellano clásico no cupo la institución bajo condición resolutoria ni jamás un post instituido fué considerado como heredero, sino como sustituto fideicomisario, respetándose el principio *semel heres semper heres*.—§ 2.º La evolución de las sustituciones fideicomisarias en Derecho castellano: A) El tránsito de los bienes fideicomitidos del patrimonio del instituido al del sustituto. B) Transmisión del derecho del sustituto fideicomisario no pendiente de condición, fallecido antes de ser adida la herencia por el heredero gravado. C) Permanencia de la sustitución fideicomisaria, aunque el instituido heredero no llegue a serlo. D) Adquisición por el sustituto de los bienes fideicomitidos cuando el heredero no quiere aceptar la herencia. E) Situación jurídica del sustituto fideicomisario según se le transmitiera la herencia directamente o con intermedicación de un heredero. Respeto de los clásicos castellanos a la regla *semel heres semper heres*. III. *El término y las condiciones en la institución de heredero y en la sustitución fideicomisaria después del Código civil. La cláusula «si falleciere sin hijos».* § 1.º Posición del Código civil con respecto al derecho histórico en la regulación de la sustitución fideicomisaria. Dónde es «cauce» y dónde es «dique». § 2.º La institución del heredero bajo condición resolutoria y a término cierto (desde o hasta). § 3.º La esencia de la sustitución fideicomisaria: el orden sucesivo. Su expresión dispositiva: A) Posición del instituido con gravamen de sustitución fideicomisaria. B) Posición del sustituto fideicomisario. C) Ex-

presión dispositiva de las sustituciones fideicomisarias. § 4.º Los fideicomisos condicionales y a plazo incierto. Su régimen en materia de la transmisión de los eventuales derechos de los sustitutos: A) Estructura de las sustituciones fideicomisarias condicionales. B) Naturaleza de las sustituciones fideicomisarias a término incierto y en especial de las *post mortem instituti* y *post mortem usufructuarii*. C) Naturaleza de las disposiciones de residuo. D) Régimen de transmisión de los eventuales derechos del sustituto fideicomisario condicional que sobreviva al causante y premuera al cumplimiento del evento condicionante. § 5.º La cláusula *si sine liberis decesserit* y los hijos puestos en condición: A) Naturaleza del llamamiento consiguiente. B) Los problemas de los hijos puestos en condición. § 6.º ¿Cabe la condición *si sine liberis decesserit* tácita en el régimen del Código civil como limitación de los fideicomisos impuestos a los descendientes del testador?

I. DISCURSO LEÍDO POR RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, EN SU RECEPCIÓN EN LA REAL ACADEMIA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA Y LA CONTESTACIÓN AL MISMO DE RAFAEL NÚÑEZ LAGOS

El lunes 30 de abril de este año 1956, fué un día grande para la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, porque acogió como Académico de número la figura señera de Ramón M.ª Roca Sastre.

No queremos dejar de expresar nuestra más íntima alegría por esta recepción, que prestigia la justicia y la inteligencia de la Corporación que ha sabido llevar a su seno a este ilustre jurista. En cambio, nos parece innecesario hacer la semblanza del querido maestro; porque sus obras y sus hechos, como expresó con su franca galanura nuestro estimado compañero Rafael Núñez Lagos, habían patentemente por él. Roca Sastre está en plena producción intelectual y sus obras mantienen la mayor actualidad. Su Tratado de Derecho Hipotecario, sus Notas al Derecho Sucesorio de Kipp, los Estudios de Derecho civil, y sus numerosísimos trabajos monográficos, son objeto de constante consulta por todos los profesionales del Derecho y de estudio ininterrumpido por los opositores a Cátedras, a Notarías, entre Notarios... Pero, además, todavía pedimos y esperamos de él bastante más: el Derecho Sucesorio le reclama para revelarnos, por su intermediación, muchos de sus principios más vitales que en los últimos tiempos han ido quedando en el olvido o, por lo menos, difusos entre las nieblas de la confusión.

Otra gran figura de nuestra ciencia jurídica y de nuestro Notariado—fraguada en la forja de las oposiciones, secreto del alto nivel científico de este Cuerpo—, Rafael Núñez Lagos, contestó al discurso de ingreso de Roca Sastre sobre el tema «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil». De ese discurso pudo decir que: «Si la notoriedad de su nombre, la universalidad de su prestigio y el testimonio de probanza segura de sus muchas obras no hubieran llevado a la Corporación a elegirlo por unanimidad, de la

justicia del acuerdo da fe cumplida el discurso que acabamos de escuchar».

Fué tal la diafanidad, el equilibrio, la facilidad con que expuso y desarrolló Roca su difícil tema, que Núñez Lagos tuvo que destacar todas sus dificultades y los obstáculos que se superaban con la ortodoxa doctrina de aquél. Para ello, con el mejor espíritu de colaboración jurídica, asumió esta vez el difícil papel de abogado del diablo, planteando y desenvolviendo la doctrina opuesta para aplicarla hipotéticamente al Derecho Histórico de Castilla y al Código Civil.

Sin perder de vista nuestra pequeñez, ante las figuras ilustres de los dos disertantes, queremos hacer varias acotaciones al tema, para tratar de evitar que alguna inteligencia joven pueda dejarse captar por el talento de Rafael, empleado esta vez en la exposición de una tesis heterodoxa.

Núñez Lagos quiso trazar un claro oscuro con el máximo contraste visual entre el sistema clásico que propone denominemos romano-castellano y el sistema del Derecho castellano histórico y del Código civil español.

«Derecho civil y Derecho romano —resume (pág. 140)— tienen posiciones inversas: en el Código civil, en contraste con el Derecho romano, hay una amplia libertad para la institución del heredero sujeto a condición (art. 790 del C. c.) suspensiva o resolutoria y muy poca libertad y... «vigilada» para las cláusulas fideicomisarias.»

A su juicio, en el Código civil, el fideicomiso no sólo fué limitado en cuanto al número de las sustituciones válidas (nulidad más allá del segundo grado si no tiene lugar a favor de personas que vivieron al fallecer el testador) y a la necesidad de su expresión (abolición de las sustituciones presuntas), sino, además, en cuanto a su contenido, al no acoger más que los fideicomisos a término —únicos conocidos, a su parecer, por los prácticos castellanos— y rechazar los condicionales. «En nuestro Código civil, el problema se presenta claro —dice él—: la única posible disposición fideicomisaria es la sustitución, figura exclusivamente a término y en ella no cabe como hemos visto la condición, ni por tanto la cláusula que ya por su enunciado *si sine liberis decesserit* es enteramente condicional. En cambio las instituciones están admitidas con toda amplitud, sin más límites que los legales en general y en especial los derivados de los números 2 y 3 del artículo 785 del Código civil.»

Pero antes de examinar la dispar exégesis del Código civil, a que se llega con las opuestas tesis de Roca Sastre y de Núñez Lagos, queremos dejar despejada la solución del problema en el ámbito histórico del Derecho que se aplicó en Castilla antes del Código civil.

II. EL TEMA CUESTIONADO EN EL DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA

§ 1.ª Aspectos en que se mantiene el paralelismo entre la doctrina castellana y la del Derecho romano común

Algunas afirmaciones de nuestro querido amigo Rafael Núñez Lagos debemos rectificarlas totalmente. Son éstas:

a) En las fórmulas notariales de sustitución fideicomisaria de los prácticos castellanos—que en todos los formularios observa alejados en su *sedes materiae* de los mayorazgos— asegura él que: «el término aparece siempre. Alguna vez se habla de restitución *in continentia*. Lo que jamás he encontrado es el fideicomiso o la sustitución fideicomisaria *condicional*. Las condiciones suspensivas y resolutorias se aplican sin ambages ni rodeos romanistas en la institución de heredero y en los legados; pero nunca en la llamada sustitución fideicomisaria que podrá ser un fideicomiso a plazo, pero jamás sujeto a condición» (pág. 118).

b) Que si la cláusula «*si sine liberis decesserit*» no la halló en ningún formulario notarial de los por él consultados, es «porque con la ley de Partida era en la práctica totalmente innecesaria.» La ley de referencia es la 10 del Título IV de la Sexta Partida, respecto de la cual estima que: «Es evidente que no estamos en un caso de mera sustitución vulgar, pues las frases señaladas por Gregorio López («heredasse los bienes del muerto» y «los bienes de su padre») revelan que el *dies cedit* para el sustituto sólo adviene con la muerte del sustituido. Pero esto no convierte la sustitución en fideicomisaria» (pág. 139).

Discrepando, intentaremos por nuestra parte demostrar:

1.º Que la ley 10, tit. IV, P. 6.ª no hizo sino aplicar la doctrina del Derecho común derivada de la *lex «Cum avus»*.

2.º Que esta ley de Partidas se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria que condicionó tácitamente *si sine liberis decesserit*.

3.º Que la cláusula expresa «*si sine liberis decesserit*» aparece en las fórmulas de los prácticos castellanos y aplicada precisamente a las sustituciones fideicomisarias, condicionándolas.

4.º Que pese a la ley 10, tit. IV, P. 6.ª, la cláusula expresa en cuestión no resulta la superflua en Castilla, como tampoco lo era en Derecho romano después de la *lex «Cum avus»*.

5.º Que no sólo aparecen en el Derecho castellano histórico supuestos condicionales de sustituciones fideicomisarias, sino que sus autores se ocupan de destacar sus diferencias con respecto de las dispuestas en término; y que las sustituciones ordenadas para después de la muerte del sustituido se consideraron fideicomisarias condicionales por regla general.

6.º Que en Derecho de Castilla—según la doctrina considerada ortodoxa por sus juristas clásicos— toda institución de pos-

terior heredero supuso una sustitución fideicomisaria impuesta al primeramente llamado.

A) *La Ley 10, Tit. IV, P. 6.ª aplicó la doctrina de ley «Cum avus».*

Dice así la referida ley de Partidas :

«Tácita conditio en latín, tanto quiere decir en romance, como callada condición; que es de tal natura, que mangüer non sea puesta señadamente entiéndese en derecho. E esto sería, como si algún testador que ovisse dos fijos, quier amos fuessen legitimos, o naturales, estableciesse en su testamento, que el que muriesse primeramente: que el otro que fincase bibo, heredasse los bienes del muerto. Ca si este que muriesse dexasse fijos, ellos devían heredar los bienes de su padre e non su tyo dellos, a quien avía estabescido el testador por heredero. E esto es, porque siempre se entiende por derecho, mangüer el padre non lo diga pa'adinamente, que muriendo el uno, e dexando fijos, que el otro hermano que finca vivo, non debe heredar lo suyo; más los fijos del muerto lo deven aver. Pero si muriesse sin fijos, estonce el otro hermano heredaría lo suyo, assi como el padre oviesse puesto. Mas si el que faze el testamento, estableciesse a dos homes extraños por sus herederos, so tal condición: que el que muriesse primero, que el otro, que heredasse sus bienes; magüer que este que muriesse primero, dexasse fijos, non heredarían ellos estos bienes atales, mas el otro a quien estableció el testador por su heredero».

Muchos siglos antes Papiniano, en un texto del libro IX de sus Respuestas, emitió un dictamen que pasó a ser en el Digesto (XXV-I, 102) la llamada *lex «Cum avus»*. Se trataba de que un abuelo, que había instituído herederos a un hijo y a un nieto habido de otro hijo, rogó que en el caso de morir el nieto dentro de los treinta años se restituyese su herencia a su tío paterno; el nieto falleció dentro de la indicada edad dejando hijos, y Papiniano respondió que «por conjetura de piedad faltó la condición del fideicomiso», «quod nimis scriptum, quod dictum fuerat inveniretur».

Justiniano aprobó este dictamen, lo extendió a los hijos naturales (Cod. VI-XXV, 6, § 3.º) y explicó que el gravamen de la restitución impuesto a un descendiente para después de su muerte, sólo se debía entender aplicable «nisi hi, qui restitutione onerati sunt, sine filiis vel filibus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis antepone» (Cod. VI-XLII, 30).

La ley de Partidas explica la misma doctrina de conformidad con las glosas de los autores de Derecho común. En tales términos, hace la atinada aclaración de que esa regla sólo es aplicable en el caso de que la restitución haya sido ordenada por un ascen-

diente a un descendiente, mientras que no lo es si hubiera sido ordenada a un extraño.

La única diferencia fundamental que a primera vista parece haber entre los textos romanos y la ley castellana, radica en que aquéllos se limitan a liberar de la restitución al descendiente fallecido con descendencia, mientras literalmente en la de Partidas se ordena que los hijos del sustituido «devian heredar los bienes de su padre e non su tyo dellos, a quien avia establecido el testador por heredero».

Pero esta diferencia, probablemente, sólo fué la consecuencia de que en esa ley de Partidas se expresó la resultante final de la exclusión del fideicomiso ordenado y de la aplicación de la sucesión intestada, o de la sucesión forzosa en un régimen de legítima larga a título de herencia, a favor de los descendientes de hijo premuerto. Es decir, que no se trata de que los hijos se pongan legalmente en sustitución en lugar del sustituto testamentario, sino que al liberarse la sucesión de su padre de esa sustitución, heredan a éste como herederos forzosos y no al fideicomitente como subrogados legales del fideicomisario.

Podemos decir, pues, con Antonio Gómez (1) «quod talis filii vel descendentes succedant ipsi filio gravato jure proprio ab intestato, non vero ex testamento primi testatoris et virtute tacitae substitutionis». Y, con el jesuita Luis de Molina (2), que el heredero

(1) ANTONIO GÓMEZ: *Variae Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*, Lib. I, Cap. V, núm. 42 *ratio* 1 (ed. Lugduni, 1701, pag. 72). Deriva este autor su tesis de la glosa ordinaria de las leyes *Lucus Titius* y final de. II. *De haeredibus instituendis* (Dig., XXVIII-V, 85 [83] y 92 [90]) que contienen opiniones de SCAEVOLA y PAULO, semejantes a la expuesta de PAPINIANO. Se trata, ni más ni menos, del problema de si los hijos puestos en condición (expresa o tácita) se entienden puestos en sustitución, que GÓMEZ (número 42) resuelve negativamente, salvo en los casos en que por alguna conjetura —v. gr., si se impusiera algún gravamen a los hijos puestos en condición (vers. *nono principaliter*)—puede deducirse lo contrario. (En las *Additiones eruditissimae...*, de JUAN AYLLÓN LAYNEZ—ed. Venecia, 1747—ad., T. I, cap. V, número 44, pueden verse varias citas de autores, castellanos en su mayoría, que coinciden con ANTONIO GÓMEZ.)

Conviene no confundir esta cuestión de si los hijos puestos en condición se entienden llamados como sustitutos fideicomisarios de su padre, con la que plantea si esos hijos puestos en condición pueden entenderse como sustitutos vulgares o representantes de su padre en caso de premorir éste. GREGORIO LÓPEZ (gl. II, a las palabras «el otro hermano» de la ley 10, tit. IV, P. 6.º) se inclina por la negativa en los casos generales, citando en igual sentido a PAULO DE CASTRO. COVARRUVIAS (*Practicarum Quaestionem*, cap. XXXVIII, número 12—ver *Omnia opera*—, T. I, ed. Lugduni, 1586, pag. 147), con un planteamiento totalmente distinto, sostiene la opinión contraria tratándose de descendientes del fideicomitente. En este caso coincide el mismo GREGORIO LÓPEZ (gl. 9) por estimar compendiosa la fórmula en cuestión y por deducir que la misma condición tácita deberá entenderse tanto en la fideicomisaria como en la vulgar comprendidas en ellas.

(2) LOUDOVICUS MOLINA, S. J.: *De Justitia*, T. I (Conchae, 1593), Tract. Secund., Disp. 190, col. 1.159, *in fine* y 1.160: «Dubium est quando quis gravat aliquem restituere aliquid alicui sub expressa aut tacita conditione si sine

gravado se entendía liberado del fideicomiso y podía disponer libremente del quinto, e *inter liberos* también del tercio.

B) *La ley 10, Tit. VI, P. 6.^a, se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria.*

No es Gregorio López (3) el único autor castellano que calificó «quod loquitur ista lex in substitutione fideicommissaria» y que señaló su paralelismo con la ley *Cum avus* (4). Habría, por lo tanto, que generalizar demasiado la increpación que le hace Núñez Lagos al asegurar que el ilustre glosador de las Partidas «con una mentalidad deformada por la recepción involucra la cláusula con sus posibles precedentes romanos». Gómez (5), Covarrubias (6), Molina (7), Matienzo (8), Spino (9), Parladorio (10), et cetera, son de igual opinión que Gregorio López. Y, como luego veremos, incluso coinciden con ella los principales prácticos invocados en contra por Núñez Lagos.

liberis decesserit, utrum si cum liberis decedat liberi illi vocati censeantur a testatore ad fideicommissum illud, ita quod substituti fideicommissarii sint haereditis ita gravati quoad ea bona; an vero non, sed eo ipso haeres gravatus perinde disponere possit de eis bonis, atque adeo possit in hoc regno (Portugal) de tertio suorum honorum, sicut et caeterorum disponere ad libitum, et in Regno Castellae de quinto, et inter liberos simul etiam de tertio.»

(3) GREGORIO LÓPEZ: Gl. a las palabras «heredasse los bienes del muerto», número 8 de la citada ley de Partidas.

(4) GREGORIO LÓPEZ: Gl. a las palabras «se entiende por derecho».

(5) ANTONIO GÓMEZ: Op., lib. y cap. cit., núm. 32 (pág. 67).

(6) DIDACUS COVARRUBIAS a LEIVA: *Practicarum Quaest.* cit., cap. XXXVIII, número 3 (pág. 146) «L. X, tit. 4, part. 6: Ex quibus apparet, conditionem ille, si sine liberis decesserit: semper subintelligit, quoties aliquis descendantibus gravatur alteri restituere fideicommissum.»

(7) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y tract. cit., Disp. 190, col. 1.151, donde expone que según las leyes *Cum avus*, *Cum acutissimi*, *Generatiter*, § *Cum autem* v 10 tit. 4, part. 6: «Quare si haeres ita gravatus (es decir: «Quando aliquis ascendentium gravat quempiam suarum descendantium restituere hereditatem aut partem hereditatem post suam mortem alicui alteri») cum libero, aut liberis, masculis, aut feminis discedet, expirat tale fideicommissum.»

(8) JUAN MATIENZO: *Comentariae... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* (Mantuae Carpetanae, 1597), Tit. VI, Lex. V, g'loss. VI, núm. 1 (fo's. 172): «Ex ratione l. cum avus ff. de cond. et demonstr. et l. cum acutissimi C. de fideicom. et l. 10 tit. 4 par. 6 ubi conditio illa sine liberis decesserit, semper subintelligitur in fideicommissio, quo descendens gravatur post mortem alteri restituere, eo quod cum testator primo nominatum praedixisset ita et eius liberos praedixisset intelligitur et eos praetulisse secundo nominato, etiamsi is sit de descendantibus.»

(9) DIDACUS SPINO: *Speculum testamentorum* (Francofurti, 1600), Glos. XVI princip., núm. 120, pág. 597: «Quod ex coniecturata mente testatoris fideicommissi conditionem deceisse quod minus scriptura quam dictum fuerit inveniretur ut intellectus sit, quod tacita conditio...»

(10) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO: *Quotidianorum differentiarum sesqui-centuria...* (Nova ed., Coloniae Allobrogum, 1716), Diff. CXLVII, § 1, núm. 1 (página 280): «Conditio ista, si sine liberis decesserit et si non expressim adjecta fuerit in fideicommissio tacite, id est ipso jure censetur adjecta, quando fideicommissum relinquitur ab ascendente, quia non est praesumendum, alienas successiones voluisse testatorem propriis antepone: l. cum avus ff. de condition et demons, l. cum acutissimi, l. de fideicommiss., C., l. 10, tit. 4, par. 6.»

Notemos, por lo demás, que Gregorio López califica de compendiosa la fórmula de sustitución empleada en la ley que comentamos (11). Es observación suya que, «como en la fideicomisaria comprendida en la compendiosa, se sobreentiende la condición tácita, si falleciere sin hijos, según esta l. de Part. y d. l. 102 (*lex «Cum avus»*) la misma condición deberá suponerse en la vulgar que la compendiosa comprende, para que la resolución sea en iguales términos». Esta calificación de la fórmula nos ayudará para localizarla en seguida en las obras de los prácticos castellanos.

En los cien años que precedieron inmediatamente al Código civil, la llamada condición tácita *si falleciere sin hijos* sigue considerándose al tratar precisamente de la sustitución fideicomisaria. Así lo vemos en las versiones de la obra de Febrero, debidas a Joseph Márcos Gutiérrez (12), a Tapia (13) y a García Goyena, Aguirre, Montalbán y de Vicente y Caravantes (14), en Domingo de Morató (15) y en los *Diccionarios* de Escriche (16) y de Gonzalo de las Casas (17).

C) *La cláusula «si sine liberis decesserit» en los formularios de los prácticos castellanos.*

En los formularios de los prácticos castellanos aparece esta cláusula situada entre las fórmulas de la sustitución compendiosa. Es sabido que ésta comprendía, por lo menos, la vulgar y la fideicomisaria. Como expresó Covarrubias (18): «Haec substitutio plura tempos contineat: nempe, ante aditam haereditatem, et post

(11) GREGORIO LÓPEZ: Gl. 8.ª a la ley citada

(12) JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ: *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*, Parte I, T. I (3.ª ed., Madrid, 1805), Cap. 1, § III, núm. 105, página 69.

(13) EUGENIO DE TAPIA: «Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas», T. I (nueva ed., 1837). Lib. II, Tit. II, Cap. X, núms. 27 y 28, pág. 437

(14) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, JOAQUÍN AGUIRRE, JUAN MANUEL MONTALBÁN y JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES: *Febrero reformado* (4.ª ed., Madrid, 1852), T. I, núm. 1.443, pág. 347.

(15) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: *Derecho civil de España con las correspondencias del romano*, T. II (Valladolid, 1868), núm. 1.211, pág. 119.

(16) JOAQUÍN ESCRICHE: «Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia», T. II (3.ª ed., Madrid, 1847), loc. *Sustitución fideicomisaria*, pág. 871.

(17) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS: «Diccionario General del Notariado de España y Ultramar», T. V (Madrid, 1865), loc. *Sustitución fideicomisaria*, página 452.

(18) COVARRUBIAS: *In titulum, De testamentis interpretatio*, Cap. *Rainuius*, 16, § *Nonus*, núm. 1 (*Omnia opera*, T. III, Lugduni, 1584, pág. 85). Ver, v. gr., en igual sentido: LUIS DE MOLINA, S. J.: *Op. cit.*, Disp. 102, col. 1.172; D. SPINO: *Op. cit.*, glos. XXIV, *princ.*, núms. 1 al 4, págs. 890 y ss. y JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: *Assertionis Juris*, al fin del tratado *De Usufructu*, en «*Quotidianarum Controversiarum Juris*», lib. I (ed. Lugduni, 1667), Assert. LXXIV (pág. 294).

eius additionem, et sic vulgarem ac fideicommissaria substitutionem.»

Pues bien, Gabriel de Monterroso (19), al ocuparse de la sustitución compendiosa, plantea la hipótesis de que se disponga «que quando quiera que muera sin dexar hijos, suceda el sustituto». Juan de la Ripia (20) también incluye en la sustitución compendiosa la cláusula: «Instituyo por mi heredero a mi hijo, y en cualquier tiempo que muera sin hijos sea su heredero fulano.»

Pedro de Sigüenza (21), apoyándose en la doctrina de la ley 10, Tít. IV, Part. sexta, a su vez dedica una rúbrica a: «Condición *si sine liberis decesserit*, quando ha lugar y se puede verificar y si ha lugar quando los dichos fideicommissos son dexados entre extraños y por tales de Derecho se reputan.»

Creemos que estas tres citas de los principales prácticos en que Núñez Lagos apoyó su tesis bastan para comprobar la necesidad de revisarla (22). Ni hay que decir que los autores se ocupan detenidamente de su estudio, como hemos visto o veremos luego en algunos de ellos (23).

D) *Interés de la cláusula expresa, a pesar de la ley 10, Tít. IV, Partida Sexta.*

Lo mismo que en Derecho romano la *lex «Cum avus»* no hizo innecesario el empleo de la cláusula expresa *si sine liberis decesserit* la ley 10, tít. IV, de la Sexta Partida tampoco eliminó en Castilla la utilidad de expresarla.

En primer lugar, la condición tácita sólo se sobrentendió interpuesta en los fideicomisos que los ascendientes imponían a algunos de sus descendientes. La misma ley excluye su aplicación a los fideicomisos que gravaren a un extraño. Y los autores tampoco la estimaban aplicable cuando la restitución se imponía al

(19) GABRIEL DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal e Instrucción de Escribanos* (Madrid, 1609), fol. 166 vto.

(20) JUAN DE LA RÍPIA: *Práctica de testamentos y modos de suceder* (Cuenca, 1676), *Sustituciones*, núm. 9, pág. 88.

(21) PEDRO DE SIGÜENZA: *Tratado de cláusulas instrumentales* (Madrid, 1767), Lib. II, Cap. VI, pág. 313.

(22) La circunstancia de que en las definiciones, que NÚÑEZ LAGOS reproduce, no se comprenda la sustitución fideicomisaria condicional poco aduce frente a las realidades expuestas. Lo normal al definir una institución es referirla a sus formas puras. Así vemos cómo PEDRO MELGAREJO (*Compendio de contratos públicos*, Madrid, 1704, pág. 78), además de definir la fideicomisaria—conforme transcribe NÚÑEZ LAGOS—, define las otras diferentes maneras que «hay de señalar herederos», como la ordinaria, la sustitución vulgar, etc., en las que tampoco define más que las hipótesis puras, sin incluir supuestos condicionales.

(23) Se pueden consultar los números 40 y sigs del Cap. V de las *Addiciones...* de AYLÓN LAYNEZ (págs. 42 y ss.) para hallar una nutrida lista de autores castellanos que se ocupan de la cláusula expresa *si sine liberis decesserit*.

cónyuge, a ascendientes o hermanos (24), ni a los hijos adoptivos (25).

En segundo lugar, aun tratándose de sustituciones fideicomisarias ordenadas por un ascendiente a su descendiente (26), hay que tener presente que dicha condición tácita no debía considerarse como una ficción de la ley, sino como presunción de derecho. Cuestión de interés, pues, como expuso Gregorio López (27), las consecuencias eran de consideración: de tratarse de una ficción legal no sería posible la prueba en contrario, mientras que ésta cabría si aquélla fuera una mera presunción *iuris tantum*. Por ello era recomendable la cláusula expresa, aunque sólo fuera para evitar cualquier duda y excluir todo posible equívoco de conjeturas.

Además, los efectos y la amplitud de la cláusula expresa y la tácita no coincidían, ya que el ámbito y la eficacia de aquélla excedía de los de ésta. Para comprobarlo basta consultar a los principales autores que se ocuparon de esta cuestión (28). Especialmente fué admitido por la opinión dominante que la condición tácita sólo se sobreentendía si los hijos del descendiente gravado no habían nacido aún en el momento de disponer el ascendiente la restitución (29). Antonio Gómez (30), después de debatir ampliamente este tema y de sopesar los argumentos en pro y en contra, sentenció: «Quia loquitur in casu dubio quando filii non erant nati, et dubitatur an testador voluit eos excludere vel non. Secus vero in casu certo et claro ut isto, in quo sumus quando filii jam erant nati». Criterio que hemos visto confirmado por

(24) Ver GREGORIO LÓPEZ: Glosa a la palabra «fijos», tercera de dicha ley; ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cits., núm. 35 (pág. 69); SIGÜENZA: Op., lib. y cap. cits., núm. 6 (pág. 320); LUIS DE MOLINA, S. J., Disp. 190, col. 1.151 C y D y col. 1.152 A.

(25) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «legítimos o naturales», cuarta de la misma ley.

(26) En las sustituciones fideicomisarias ordenadas por un ascendiente a sus descendientes o a alguno de ellos—al amparo de la ley 23 de Toro—sobre el tercio, a favor de otro u otros descendientes, o respecto al quinto, en beneficio de cualquier persona, también se entendió tácitamente adicionada la condición *si sine liberis decesserit*. Ver ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cits., número 32 vers. «Ex quo infero singu'arem» (pág. 67, *in fine* y sigs.); MATIENZO: Op. cit., Tit. VI, lex XI. Gl. IV, núm. 7 (fol. 159 vto.); ACEVEDO: Op. y vol. cits., Lib. V, Tit. VI, ley 11, núm. 27 (pág. 196); ANDREA ANGULO: *Commentarium ad leges Regias meliorationum* (Matriti, 1592), lex XI, Gloss. III, números 20 y 21 (pág. 590), y AYLLÓN: Op. y cap. cits., núm. 34 (pág. 40).

(27) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «se entiende por derecho», 10.^a de la referida ley.

(28) A. GÓMEZ: Op. y cap. cits., núms. 37 y 40 (pág. 70 y sigs.); LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 190, col. 1.152 D; MATIENZO: Op. cit., Lib. VI, g.^a IV, ley XI Tauri 27, núm. 29 (pág. 196); AYLLÓN: Loc. cit. números 38 y 42 (págs. 41 y sigs.).

(29) Ver AYLLÓN: Loc. cit., núm. 38 (pág. 41).

(30) ANTONIO GÓMEZ: Cap. cit., núm. 36 (págs. 69 y sigs.).

Luis de Molina, S. J. (31), Spino (32) y Castillo Sotomayor (33) y, posteriormente, en las versiones de la obra de Febrero (34) y en el *Diccionario* de Gonzalo de las Casas (35).

La cláusula expresa *si sine liberis decesserit* no fué, por tanto, innecesaria en Castilla después de la ley 10, Tít. IV, Part. sexta.

E) *Los fideicomisos «sub condicione» en la doctrina castellana.—El llamamiento del fideicomisario en las sustituciones y la regla «dies incertus in successionem conditionem facit», según los autores castellanos.*

Cuanto llevamos expuesto bastaría para desechar como insostenible la afirmación de que en el Derecho de Castilla las sustituciones fideicomisarias sólo pudieron ser puras o a término. Pero queremos profundizar más y examinar las diferencias más sustanciales que los autores hallaron entre las establecidas a término y las dispuestas bajo condición. Especialmente nos interesan las diferencias relativas a la transmisibilidad o no del llamado derecho del fideicomisario en el caso de premoriencia del sustituto con respecto a la llegada del término o al cumplimiento de la condición.

El heredero gravado con fideicomiso—puro, a término o condicional—quedaba libre del gravamen de sustitución si el fideicomisario premoría al testador, tanto en Derecho romano como en Derecho real de Castilla (36).

Si el fideicomisario sobrevivía al *de cuius*, distinguíase en Derecho romano, en líneas generales, según la herencia hubiera sido aceptada o no por el heredero gravado. Pero esta circunstancia—según luego veremos—dejó de tener interés en el Derecho de Castilla a partir del Ordenamiento de Alcalá, ley única del Título XIX. Excluida esta distinción se aplicó el Derecho común en lo demás, distinguiéndose según el fideicomiso hubiera sido ordenado a término o bajo condición. Los autores clásicos de Castilla así lo expresaron.

(31) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y vol. cit., Disp. 190, col. 1.158 *in fine* v 1.159 A. «Ratio est—explica— quoniam conditio illa ex sola praesumpta voluntate testatoris vim habet: quando autem testator sciens haereden liberos haeret, cum absoúté gravavit restituere aliquid alicui censetur voluisse praefere substitutum liberis talis haeredis.»

(32) SPINO: Op. cit., glos. XIV *in fine*, núm. 120. Explica: «Quia tunc per nativitatem filiorum deficit illa conditio.»

(33) CASTILLO SOTOMAYOR: Asserti CNCVIII (loc. cit., pág. 300): «Liberi iam nati donationis tempore, non excludent fideicommissum, licet multi diverso ferantur.»

(34) Versiones de MARCOS GUTIÉRREZ: Op. y loc. cit., núm. 105, pág. 70; de TAPIA: Op. y loc. cit., núm. 27, pág. 477, y de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y de VICENTE y CARAVANTES: Op. y loc. cit., núm. 1.444, pág. 439.

(35) GONZALO DE LAS CASAS: Loc. últ. cit.

(36) Como expuso el jesuita LUIS DE MOLINA (Op. cit., Dis. 189, fol. 1.147 D): «Si fideicommissarius e vita ante testatorem discedat, dubitandum non est expirate fideicommissarium, neque transmitit ad haeres fideicommissarii.»

Gregorio López (37) expuso la regla general de que si el sustituto «ha fallecido habiéndole deferido el fideicomiso, sus herederos podrán reclamarlo». E igualmente indica que: «El fideicomiso condicional no se transmitirá a los herederos a no ser que la condición se haya cumplido en vida del fideicomisario». Añadiendo que era común opinión que aunque el fideicomiso fuera «de hijos a hijos» tampoco tenía lugar la transmisión a los herederos del fideicomisario muerto antes de cumplirse la condición.

Antonio Gómez (38) expresó iguales reglas: a) «Si talis substitutio fideicommissaria fiat et relinquatur sub conditione, non transmittitur ad haeredes substituti fideicommissarii»... «quod extendit ut procedat et habeat locum etiam si fideicommissarius sit de liberis descenditibus quia etiam ex potentia sanguinis non transmittitur»; b) «... si vero talis substitutio fideicommissaria fiat et relinquatur pure et simpliciter, et fideicommissarius decedat ante restitutionem sibi factam, bene transmittit ad haeres suis praedictae substitutionis fideicommissariae, quia si haeres gravatus jam adivit, competit ipsi substituto fideicommissario actio ex testamento pro restitutione sibi facienda et illam transmittit ad haeredes.»

Idéntica doctrina hemos constatado en Covarrubias (39), el jesuita Luis de Molina (40), Matienzo (41) y Castillo Sotomayor (42) y, más modernamente, en las versiones de Febrero (43),

(37) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «al otro», 10.ª de la ley 14. Tit. V. Partida sexta. En cambio—como observa el propio comentarista en la glosa 8.ª a las palabras «es rogado» de la misma ley—, la muerte del heredero gravado antes del cumplimiento de la condición no libera a los herederos de éste, si la condición llega a cumplirse, de la restitución al sustituto».

(38) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 9. c) y f) (pág. 52).

(39) COVARRUBIAS: *De testamentis*..., Cap. Raynaldus, § *Primus*, núms. 2 y 3 (*Omnia operum*, T. II cit., pág. 100): «... fideicommissum conditionale mortuo fideicommissario ante conditionis eventum, non transmitti ad haeredes etiam suos etiam a testatore descendentes» (n. 2). «Sed si fideicommissum durum sit moriente fideicommissario ante restitutionem fideicommissi imo ante additionem haereditas transmittitur ius illud fideicommissi ad proprios haeredes fideicommissarii... ubi dies legatorum et fideicommissorum quo ad transmissionem credit a morte testatoris...»

(40) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 189, col. 1.148 A: «Si namque haeres sub conditione gravatus est restituere fideicommissum, aut in diem incertum ita ut... conditionem efficiant; tunc si fideicommissarius e vita descendat ante diem illum, vel conditionem impletam, expirat ius fideicommissarii neque illud transmittit ad haeredes. Si vero e vita descendat post diem, aut conditionem impletam illud transmittit. Quod si haeres sine ulla conditione fuit gravatus restituere, aut in diem certum: tunc fideicommissarius transmittit ius quod habebat, ad ipsius haeredes, idque sive e vita descendat ante quam haeres gravatus haereditatem adierit sive post.»

(41) MATIENZO: Op. cit. Tit. IV, lex I, gl. XVI, núms. 4 y 6 (fol. 96 vto.).

(42) CASTILLO SOTOMAYOR: *Quotidionorum Controvers...* cit., vol IV, *De conjecturis in interpretatione ultimarum voluntate*, Cap. LV, núms 57 a 60 (ed. Coloniae Allobrogum, 1752, T. IV, págs. 555 y sigs.). Con mayor precisión técnica expone que por regla general «conditionalem spem substitutionem cujus libet, aut fideicommissi, vel legati in ultimarum voluntate tractatu,

en Escriche (44), Domingo de Morató (45) y Gonzalo de las Casas (46).

No obstante, Castillo de Sotomayor (47) hizo notar que el testador pudo disponer lo contrario o deducirse por argumentos, conjeturas y presunciones, «quod coniecturae transmissionis sumuntur, quando colligi potest testatorem voluisse providere illis, ad quos intendimus relictum conditionale debere transmitti». Dichas conjeturas, de las cuales el propio Castillo Sotomayor enumera las principales (48), no significan realmente verdaderas excepciones a la regla, sino sustituciones vulgares tácitas o presuntas del fideicomisario v, en algún caso, lo que realmente determina la conjetura es que no está condicionada la sustitución, sino su eficacia. Hipótesis para la que el mismo Sotomayor había proclamado (49): «Legatum non efficit conditionale, quemadmodum enim, quando conditio non apponitur dispositioni sed executioni, tunc dispositio, non dicitur conditionale»

La misma regla de intransmisibilidad de la expectativa condicional de los fideicomisarios v de los legatarios condicionales se aplicó a los sustitutos llamados para el tiempo de la muerte del gravado o en otro plazo incierto. Fué aplicación de la regla «dies incertus pro conditione habetur», deducida de las leyes *Dies incertus v Haeres meus*, del tít. «De conditiones et demonstratione» (Dig. XXXV-I, 73 y 78, § 1.º (50).

non transmitti ed haeres substituti aut vocate praemortis» (núm. 57). Acaró, según el enunciado del núm. 58: «Et intelligitur active (ut dictum est) id est ex parte vocati; passive tamen id est ea parte gravatur, transmittitur» (es decir, que la premoriencia del gravado de restitución condicionada no la extingüía, sino que el mismo gravamen de restitución igualmente condicionado se transmite a sus herederos, como expresó GREGORIO LÓPEZ en su glosa 8.ª antes citada en nuestra nota 37). Y ratificó que la regla general de intransmisibilidad activa afecta a los hijos y descendientes del fideicomisario lo mismo que a los extraños.

(42) Vers. MARCOS GUTIÉRREZ: Op. y vol. y cap. cit., § III, núm. 102, página 60; vers. GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y DE VICENTE y CARAVANTES: Op. y vol. cit., núm. 1.410, pág. 348.

(44) ESCRICHE: Op., vol. y loc. cit., pág. 871.

(45) DOMINGO DE MORATÓ: Op. y vol. cit., núm. 1.217, pág. 124.

(46) GONZALO DE LAS CASAS: Op., vol. y loc. cit., pág. 442.

(47) CASTILLO SOTOMAYOR: *De coniectur...*, Cap. LV, ult. cit., núms. 62 y sigs. (págs. 556 y sigs.). En el número 64 precisa: «Et hoc si non leves sed urgentes coniecturae mentem declararent: nec eas restringi ad testamentaria dispositione comprehendet, sed etiam admitti extra testamentum apparentes. Quod verius ego existimo, modo sunt multum probabilis, et urgentes, et velut necessariae; ac semper pro boni et discreti Iudicis arbitrio presumptae.» EMANUEL SUÁREZ DE RIBEIRA, en sus anotaciones a GÓMEZ (cap. cit., núm. 8 c, página 75), también observa a la regla de la intransmisibilidad de la expectativa condicional «quod tamen limitabit ut non procedat, cum de contraria testatoris voluntate constabit».

(48) Número 65 a 76 (págs. 557 y sigs.).

(49) CASTILLO SOTOMAYOR: Op. y tít. cit., cap. LVI, núm. 8, pág. 562.

(50) Puede comprobarse esta doctrina en ANTONIO GÓMEZ (Op. y cap. cit., número 9, e), pág. 52, el cual dice de ella que: «Idem est, si talis substitutio legatum et fideicommissum fiat in tempus mortis gravati vel in aliud tempus

No obstante, es de observar que la mejor doctrina distinguió según el día incierto: fuera referido a la sustancia de la disposición o se expresara con palabras que indicasen condición, o bien se refiriera a la prestación o ejecución o se determinara con dicción que principalmente significaba tiempo; v. gr.: *cómo, cuándo* (*cum, quando*).

La cuestión se planteó principalmente en los fideicomisos o legados dispuestos para cierta edad—*in tempus certae aetatis*—. Gregorio López (51) después de exponer la doctrina contradictoria de los autores de Derecho común, advierte que, en caso de duda, se presume que el testador se refirió simplemente a determinado tiempo y no al caso de que el legatario llegara a la edad que se indicaba. Por el contrario, Antonio Gómez (52) y Matienzo (53) consideraron que el fideicomiso o el legado dispuestos *in tempus certae aetatis* debían considerarse condicionales por regla general y, por lo tanto, no se transmitían a los herederos del sustituto o del legatario muertos antes del término. Pero aceptaron las siguientes excepciones: 1.ª Si el *tempus certae aetatis* no se refería a la sustancia de la disposición, sino a la prestación y ejecución. 2.ª Si se señaló en beneficio del propio fideicomisario. 3.ª Si fuera referido a la edad del fideicomisario con palabras que indicasen término principalmente y no condición.

Mas no se detuvo aquí el debate—clásico entre los autores de Derecho común (54)—, sino que alcanzó a los fideicomisos dispuestos para después de la muerte del gravado o de algún tercero (55). Jerónimo de Ceballos (56) estimó que la distinción so-

incertum, quia habetis pro conditione»; COVARRUBIAS (Op. cit., cap. Raynut, XVI, § 1, n. 2, pág. últ. cit.), de los textos romanos que cita, deduce: «Legatum relictum sub mentione mortis haeredis censeris conditionalis»; LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. 189, ed. 189); MATIENZO (loc. y gl. últ. cit. n. 7, fol. 96 vto.): «Sed e si substitutio fideicommissarie fiat in tempus mortis gravati, vel in aliud tempus incertum mortuo fideicommissario ante diem, non fiet transmissio ad eius haeredes: quia dies incertus pro conditione habetur»; CASTILLO SOTOMAYOR (Op. y lib. últ. cit., cap. LVI, n. 70, pág. 572). En contra de esta tesis, con respecto a los legados para después de la muerte de un tercero. JERÓNIMO DE CEVALLOS (*Speculum aureum opinionum comunium contra communes*, Venecia, 1604, Quest. 790, núm. 12, pág. 172), estimó: «Quod tale legatum post mortem alterius, ubi dies non est certus, sed incertus fit legatum in diem et non conditionale» (Ver su razonamiento en los números 13 y sigs.).

(51) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «quando fuere de edad», segunda a la ley 31 del Tit. IX, Partida sexta. La referida respuesta la expresa después de preguntar: «¿Qué diremos si el término afecta a la prestación o ejecución de la manda y no a la sustancia de la misma?»

(52) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., n. 26 (pág. 65).

(53) MATIENZO: Op. y cap. cit., l. 1, gl. XVII, núms. 8 a 12 (fol. 96 vuelto y 97).

(54) Resumen de dicha doctrina y, en especial, las de Marotius y de Menochius, puede verse en JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: *De conjectur...* cit., capítulo LVI, núms. 70 y 72 (gl. últ. cit., págs. 572 y ss.).

(55) Si el fideicomiso o el legado fueren referidos a la muerte del fideicomisario o del legatario, debían entenderse a término cierto. Ver CASTILLO SOTOMAYOR: *De conjectur...*, cap. LVI, núm. 30, vers. *Altera conclusio* (pág. 572).

bre si el término se refería a la sustancia de la disposición o bien sólo a la ejecución o prestación, debía aplicarse a este caso con mayor razón que en el dispuesto para cuando el gravado llegara a cierta edad. A su juicio, *el plazo a cierta edad mayor* era incierto en el *quando* y en el *an*, mientras que el plazo a la muerte de otra persona sólo era incierto en el *quando*. Argumento al que replicó Castillo de Sotomayor (57) que el día de la muerte del heredero, o de un tercero, tenía mayor incertidumbre, pues lo era en el *quando*, según es evidente, y en el *an*, es decir, en si el legatario moriría antes o después del heredero. Por eso este último autor, como Antonio Gómez (58) y Matienzo (59), entendió que el término a la muerte se refería a la disposición y hacía condicional la disposición «in omnem eventum, sive substantiae adiiciatur, sive executione, vel solutioni sive gratia unius, vel alterius, apposita fuerit».

En realidad, tan parcial era el punto de vista de Ceballos como la réplica de Castillo Sotomayor. El primero prejuzga que el término a la muerte del gravado es sólo incierto en el *quando*, olvidando que puede llevar implícita una verdadera condición o, mejor dicho, que no solamente puede significar la determinación del momento de la prestación o de la efectividad, sino también la condicionalidad del llamamiento, con incertidumbre en el *an*. El segundo prejuzga lo contrario, es decir, que el término de la muerte del gravado condiciona siempre el llamamiento sin darse cuenta que el problema es el mismo que en el término a cierta edad y que lo fundamental es ver si se refiere a la efectividad o a la sustancia de la disposición, exactamente lo mismo que en aquel supuesto. Tal vez por esto, como advirtió Castillo de Sotomayor, no fué considerado imposible, según Menchiuso, aunque sí muy difícil (60) excluir la regla de la intransmisibilidad de los fideicomisos dispuestos para el término de la muerte del gravado.

Por tanto, parece más racional la posición del jesuita Luis de Molina (61) que plantea la cuestión en los mismos términos, tanto si el tiempo va referido a cierta edad como a la muerte, sea a la del heredero, a la del fideicomisario o a la del legatario. En todo caso, atiende «tum ex verbis testatoris tum ex caeteris circumstantiis concurrentibus num dies ad executionem solum ac restitutionem statutus sit, an vero tamquam conditio» (62).

(56) HYERONIMUS DE COEVALLOS: Op. cit., quaest. 790, núms. 29 y ss. (página 173).

(57) CASTILLO SOTOMAYOR: Lib. últ. cit., cap. LVI, núm. 71, vers. *Haec quidem* (pág. 574), que atribuye esa réplica al mismo JASON, de quien dice que debió tomar CEVALLOS igualmente el argumento replicado.

(58) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 26, vers. *Ad tamen* (pág. 65).

(59) MATIENZO: Op. y tit. cit., L. 1, flos. XVII, núm. 12, fol. 97.

(60) DEL CASTILLO SOTOMAYOR: Op. lib., cap. últ. cit., núm. 71 (pág. 574). Dice que: *Menochiuso concludit quod difficile esset in foro ab hac communi sententia recedere, et quod retinere debet in iudicando et consulendo.*

(61) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 189, col. 1148 a 1150.

(62) Palabras (*verbis*) que pueden ser las de la disposición u otras agrega-

Consecuente este ilustre jurista (63), estimó incluso que: «Quando tempus appositum est ex parte haeredis et non fideicommissarii aut legatarii adiunctumque est verbum quod principaliter significat tempus, dispositio non censetur condicionalis: quare sive ante id tempus discedat legatarius aut fideicommissarius transmittit legatum aut fideicommissum: expediendum tamen est id tempus ut executio voluntatis testatoris fiat.»

Con ello halla la delimitación de la regla «dies incertus conditionem in testamento iacit». Esta se reduce a significar que cuando la determinación de un plazo incierto—v. gr.: la muerte de heredero gravado—determinare el apazamiento de *dies certus*, deja sometido el llamamiento a la *conditio iuris* de la existencia y capacidad en dicho momento del legatario o fideicomisario, según la *ratio* que expuso la ley *heres meus* (Dig. XXXV-I, 78, § 1.º) y por la consecuente aplicación del célebre texto de los *17ra tempora* de Florentino (Dig. XXVIII-V, 49). Prácticamente, en estos casos, el llamamiento del sustituto quedaba condicionado, sea impropriadamente por una *conditio iuris*, o también, efectivamente, por una condición, más o menos tácita, deducida de las palabras o conjeturada por otras circunstancias del testamento.

El pensamiento de Luis de Molina concuerda, por lo tanto, con la interpretación del texto de Papiniano (Dig. XXXV-I, 75 [731]) que ha nacido modernamente el santo jurista Contardo Ferrini (64) —y que cita Nuñez Lagos—, según el cual «significa simplemente que en el testamento la condición exterioriza su eficacia, incluso si estuviere enmascarada bajo la parvedad o forma de un término».

das después. Circunstancias (*circumstantiis*) entre las que destaca: «*Si gratia consulendi legatario aut fideicommissario id ius electum fuit, ut quo erat filius, aut minor, aut aliunde timor erat, ne fideicommissum aut legatum desseceret, transmittit fideicommissum aut legatum ad ipsius haereds..., et non simul consulendi haeredi gravate...*»

(63) MOLINA, S. J.: Disp., 189 ed., 1150 B. C. D., que ilustra su conclusión con estos ejemplos: *Verbi gratia, si testator gravit Petrum, ut per morient suam restituat hereditatem Joanni, aut quando Petrus ipse ad trigesimum pervenerit; utique si Joannes ante id tempus e vita discedat transmittit fideicommissum: haereds tamen ipsius spectare debent, quosque perveniet ad trigesimum annum; aut (si ante tempus Perus moriatur) quosque tantum defluet tempus; quantum deerat ut ille si praeventus non fuisset morte, ad trigesimum annum deveniret.* Es decir, da por igual tratamiento de plazo a uno y a otro supuesto.

(64) CONTARDO FERRINI: *Sull dies incertus nei legati* (trabajo publicado por primera vez en 1894), en *Opere*, vol. IV (Milano, 1930), págs. 333 a 352, en especial núms. 5 a 9 y págs. 341, 342 y 345. «La regla debería significar que un término de incierta fecha (pero de seguro evento) es asumido en la disposición testamentaria como condicional, en cuanto se sobreentiende que el evento debe realizarse durante la vida del legatario» (pág. 341). «Concretando, diremos que la máxima según la cual el *dies mortis heredis* (*qui, per se, es «dies certus»*) en materia de legados se pone en relación cronológica con la vida del legatario y se transforma así en *dies incertus...*, de donde se deduce que... ni en el mismo derecho romano pudo sin más ni más dársele un carácter general» (pág. 345).

BIONDO BIONDI (*Sucessione testamentaria Donazioni*. Milán, 1943, num. 205, págs. 564 y sig.) estima que más que a la fórmula es necesario atender a la volun-

F) *En Derecho castellano histórico no cupo la institución bajo condición resolutoria ni jamás un post instituido fué considerado como heredero, sino como sustituto fideicomisario respetándose el principio «semel heres semper heres».*

El testimonio de Gregorio López (65), Antonio Gómez (66), el jesuíta Luis de Molina (67) y Pichardo (68) creemos que basta para demostrar cómo entre los clásicos castellanos no se entendió modificado el principio *semel heres semper heres*, aun después de la ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, tanto por lo que se refiere a las instituciones condicionales como a las a término.

Cabía la institución bajo condición suspensiva (69). Mientras no se cumplía, la herencia se hallaba en situación de administración provisional, pendiente de que la condición fuera cumplida o de que decayere (70). En el primer caso, se entendía que desde el instante de fallecer el testador era heredero e instituido con total retroacción de todos los efectos (71). En el segundo caso, a falta de sustituto vulgar, eran los herederos abintestato quienes retrotraían su adquisición, con todos sus efectos, a la fecha del fallecimiento del causante (72).

Era posible que fuesen llamados alternativamente dos herederos con condición cuyo cumplimiento para el uno supusiera incumplimiento para el otro, pero siempre que jugara suspensivamente para los dos. Lo imposible era que para uno jugase resolu-

tad del disponente y distinguir según el testador haya querido subordinar o retardar solamente el efecto de la disposición, examinando caso por caso específicamente.

(65) GREGORIO LÓPEZ: Gls. a las palabras «fasta tal día» y «desde tal tiempo», 1.^o y 2.^o de la ley 15, tit. III, 6.^o Partida.

(66) ANTONIO GÓMEZ: Op. y nd. cit., cap. II, núms. 8 y ss. (págs 12 y ss.).

(67) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y tract. cit., Disp. 150, col. 64 y ss.

(68) PICHARDO: Op. y nd. cit., tit. XIV, § *haeres et pure* (12 páginas 203 y ss.). Ed. e. núm. 1 d.c.c.: *haereditas, et pure, et suo conditione et incerte die relinquí potest, ex certo autem die, vel certum, vel incertum, asque utrum, dare non potest.*

(69) A la condición se asimilaba el plazo incierto, pues como expuso GREGORIO LÓPEZ (g. 2 cit.): «para un día incierto puede concederse la institución de heredero alcahuado que es día incierto es considerado como condicional (igual dicen los demás autores cit.).»

(70) VÉASE ANTONIO GÓMEZ: Op. y lib. cit., cap. II, núms. 13 y 14 (páginas 14 y ss.), que explican cómo el heredero pendiente de condición suspensiva *potest agnoscere bonorum possessionem secundum iudicium*. PERO, CUM ESA, *non consequatur ius, vel dominium hereditatis: sed iudicium bonorum et simpliciter possessionem, et administrationem bonorum et administracionem eorum et potest omnia exercere iudicium curador vultus vultis.*

(71) El mismo ANTONIO GÓMEZ (cap. ult. cit., núm. 12, pág. 13) explica que: *Si vero veniat et purificetur conditio, implementum et existensia ejus retrotraitur ad tempus mortis ipsius defuncti; et per inde ac si a principio pure et simpliciter esset haereditas instituta.* De modo parecido se expresa PICHARDO (§ cit., número 9, pag. 204).

(72) Seguimos a GÓMEZ (núm. 14, pág. 15): *deficiente conditione tenetur haeres (que posea como curador y administrador) haereditatem cum fructibus venientibus ab intestato, vel substituto vulgari ejus.*

toriamente y para el otro suspensivamente. Porque no se admitía que quien hubiera sido heredero dejare de serlo (73), es decir, que la confusión de su patrimonio con el del causante uebera deshacerse retroactivamente.

Por eso mismo tampoco cabía la institución hasta cierto tiempo o desde cierto tiempo (74). La confusión patrimonial que produce el título hereditario repele la posibilidad de que un heredero deje de serlo con las inaceptables complicaciones a que ello daría lugar.

En cambio, será posible imponer al heredero la restitución del patrimonio heredado como masa diferenciada, pero sin resolver la sucesión en las relaciones jurídicas del causante anteriormente operada en la persona de heredero.

Es decir, cabía la transmisión en bloque del conjunto ya liquidado o en trámite de liquidación. Ese camino ya fué seguido por los glosadores, que trataron de adecuar a la lógica jurídica del principio *semel heres semper heres* la intención del testador manifestada en forma incorrecta al llamar a unos herederos a término (75). La restitución fideicomisaria resolvía el problema satisfactoriamente (76).

Así Gregorio Lopez (77), Antonio Gómez (78) y Luis de Molina, S. J. (79), admitiendo la común opinión iniciada por Baldo, entendieron que en caso de que el testador hubiera instituido dos herederos, el primero hasta su muerte o hasta cierto tiempo de heredar y el segundo para después, aquél debía entenderse llamado puramente como heredero, pero gravado de restitución fideicomisaria a favor del segundo (80).

(73) Así dijo GREGORIO LÓPEZ (gl. 1.ª cit.): «porque el que una vez ha sido heredero no puede dejar de serlo por disposición directa del testador».

(74) ANTONIO GÓMEZ (núm. 8, vers. *secundo*, pág. 12) explica: *Quia virtus et natura dies vel temporis certi est ut non suspendat juris effectum, sed tantum executionem... Si ergo haeres institutos in diem vel ex die non possit adire dies vel tempus operaretur contra propriam naturam*. RICHARDO (núm. 14, pág. 204) concreta: *Ideoque cum institutus ex tempora vel ad tempus statim sit haeres; non potest non esse haeres propter tempus*.

(75) GREGORIO LÓPEZ (gl. 1.ª cit.) nos explica la polémica sostenida, de una parte, por BALDO, ANGELO, JUAN DE IMOLA y PAULO DE CASTRO y, de otra, por BARTOLO, SALICETO y ALEJANDRO sobre la hipótesis de haberse llamado dos herederos para tiempos cronológicamente sucesivos.

(76) ANTONIO GÓMEZ (núm. 9, pág. 12) justifica *licet non jure directo propter iuris repugnantiam, tamen conservetur jure obliquo cum alias videmus verba directae quae in sua propria dispositione non possunt conservari obliquari*.

(77) GREGORIO LÓPEZ: Gl. 1.ª, últ. cit.

(78) ANTONIO GÓMEZ: Cap. últ. cit., núm. 9 (pág. 12). acepta esa opinión —*quod primus haeres institutus usque ad tempus sit haeres pleno jure et universaliter usque ad illius tempus, postea teneatur per fideicommissum restituere totam haereditatem secundo*— porque con ello *magis conservatur voluntas defuncti*.

(79) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Dip. 156, cols. 896 C y 897 C y B.

(80) La hipótesis que plantea GREGORIO LÓPEZ en la glosa a las palabras «que el que muriese», cuarta a la ley 10, tit. IV, par. 6.ª, debe entenderse de esta misma forma. Notamos en esa glosa, que por haber sido llamado el segundo descendiente para la muerte del primero *con palabras directas y no oblicuas*, GREGORIO LÓPEZ excluye la aplicación de la norma de dicha ley 10 de las Parti-

Y Antonio Gómez (81), por el mismo camino, llega a dar cauce jurídico a la verdadera voluntad del testador que instituyó heredero a Ticio hasta cierto tiempo y ordenó que en modo alguno pudiera serlo luego y que la herencia se defriese intestada. A su juicio, «*talis instituto erit haeres universaliter et perpetuo et sublato tempore de medio remanet institutio pure*», pero «*hoc casu tenetur talis haeres post illud tempus haereditatem restituere venientibus abintestato in cuius favorem censetur apposita illa clausula prohibitiva*».

Es cierto que Gregorio López (82), Antonio Gómez (83) y Luis de Molina (84) apoyan fundamentalmente la imposibilidad de la institución desde cierto día o hasta cierto día en el principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*». En cambio, Pichardo sostiene aquella misma imposibilidad, a pesar de ser uno de los pocos clásicos castellanos que entendieron derogado ese principio (85) por la ley única tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá (86).

Lo cierto es que la cuestión planteada tiene su auténtica raíz en otro principio, el *semel heres semper heres*, de cuya justificación nos ocuparemos en otra parte del trabajo (87). La regla

das, es decir, la regla de la ley *Cum avus*, por considerarla exorbitante y, por tanto, no aplicable extensivamente. De ninguna manera puede desprenderse de esta glosa que en su supuesto estimara GREGORIO LÓPEZ que existían dos llamamientos directos de herederos válidos como tales, ya que contradeciría lo sostenido por él mismo en su glosa 1.ª a la ley 15, tit. III de la misma Partida.

(81) ANTONIO GÓMEZ: Op. cit., cap. II, núm. 12 (pág. 12 y sig.).

(82) GREGORIO GÓMEZ: Gl. 2.ª cit.

(83) ANTONIO GÓMEZ: Op. cit., cap. II, núm. 8 (pág. 12).

(84) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 156, col. 895 A.

(85) Véase el tit. XIV, op. cit., § Haereditas 8, núm. 36, pág. 277.

(86) En nuestros «Apuntes de Derecho Sucesorio», II, § 1.º, D., b. (páginas 137 y ss., y en «An Dr. Civ.», IV-IV, págs. 1360 y ss.), vimos cómo efectivamente la mayoría de los juristas castellanos del Siglo de Oro estimaron vigente la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Sintetizaremos cuanto allí concluimos: A pesar del Ordenamiento de ALCALÁ, la opinión mayoritaria (GREGORIO LÓPEZ, COVARRUBIAS, ANTONIO GÓMEZ, VÁZQUEZ DE MENCHACA, los dos LUIS DE MOLINA, el fiscal y el jesuita, ACEVEDO y AYLLÓN LAÍNEZ), que continuó hasta FEBRERO, estimaba que la ley en cuestión sólo significó el valor codicilar de todo testamento, que como tal no valiere, sin necesidad de que contuviese la cláusula codicilar expresa. La misma opinión fué la de BURGOS DE PAZ—si bien afirmando inexactamente que con ello se derogaba aquel principio, al poder concurrir legatarios testamentarios con herederos intestados—. Sólo un paso más dió MATIENZO al afirmar la derogación de la ley «*Si ex fundo*» y de la 4, tit. IV, P. 6.ª; pero estimó que ello sólo significó que el heredero *ex re certa* era siempre legatario, y que a falta de verdaderos herederos testamentarios lo serían los intestados pese a aquella institución en cosa cierta. Los únicos autores que estimaron derogada la regla de la incompatibilidad en una misma sucesión de herederos testamentarios e intestados, fueron TELLO FERNÁNDEZ, CEBALLOS y PICHARDO, y aún, según AYLLÓN LAÍNEZ, estos dos últimos acabaron por rectificar (cosa que no hemos podido comprobar en las ediciones consultadas por nosotros). En cambio, entre los autores más próximos a nuestra codificación, se impuso esta última opinión de la que sólo discrepó TAPIA, que sigue con FEBRERO la tesis primeramente referida.

(87) Sólo anticipamos que tiene una justificación puramente lógica e incluso

«*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», superadas viejas razones formalistas, no es sino un corolario de aquel principio y en especial del de la universalidad de la institución. Por ello no debe extenderse más allá de lo que éstos exijan y debe desposeerse a las palabras de valor formal cuando lo contradiga la intención claramente manifestada por el testador a través del contenido de su disposición (88).

ontológica y, por tanto, una razón de ser más fundada que la de representar el título de heredero una investidura civil y la de tener en la vieja Roma una significación religiosa, como para quitar toda actualidad a los viejos principios expuesto de VICENTE y CARAVANTES («Febrero, reformados, ed. cit., núm. 1127, pág. 343).

(88) El título de *heres* es espacialmente universal y cronológicamente perpetuo. Por eso, instituido un heredero no se entendía posible que con el mismo concurriesen otro u otros intestados. Si el *concursum* de varios herederos testamentarios limitaba espacialmente la efectividad universal del título, la cesación de esta limitación dejaba libre su fuerza expansiva. El *ius acrecendi* clásico, verdadero derecho de no decrecer, era una consecuencia lógica de la universalidad. La *lex si ex fundo*, en un pueblo repleto de sentido jurídico, tuvo que plantearse ante el supuesto de que el testador pensara en el *fundo* como contenido central de su haber. Cuando los romanos contemplan personas que no dan a las palabras su exacto valor, rectifican su acatamiento formal al *nomen*. Un bárbaro, un militar extranjero, enrolado en las legiones imperiales, podía emplear las palabras sin medir exactamente su sentido, cosa que no era concebible en un romano. Por eso, el rigor del valor formal tuvo que ceder en el testamento militar, como cedió en ley *Quotiens certi quidem* entre los mismos romanos, por la evidencia del supuesto. Entre los militares se concebía que se nombrara a una persona heredera de una cosa cuando, en realidad, si bien el testador quería dejársela, era sin perjuicio de que le sucedieran como verdaderos herederos los que legalmente debían serlo. *Propter nimiam imperitiam* (Inst. II-II pr.), porque *ius ignorare potest* (Dig. XXII-VI, 9 § 1) y *propter simplicitatem militarem* (Cod. VI-XXI, 3), debió prescindirse del valor formal de las palabras y, por lo tanto, del rigor lógico de los principios. Como, siguiendo a BONFANTE y a PEROZZI explica HERNÁNDEZ GIL («El testamento militar en torno a un sistema hereditario militar romano.» Madrid, 1936, pág. 154), «porque el ejército romano estaba formado de individuos pertenecientes a los más variados países, donde dominaban Derechos nacionales distintos entre sí y del romano, y de los cuales, por ello, no se podía admitir que tuviesen la conciencia jurídica nacional romana, especialmente en orden a las sucesiones».

Pues bien, el Derecho romano en el Medioevo y en el Renacimiento se aplicó a países barbarizados, a pueblos desromanizados —exceptuada una minoría de doctores en Derecho— y fué necesario buscar la intención del testador, claramente expresada aunque de modo técnicamente incorrecto. La equidad canónica, espiritualista, tuvo que romper para ello con las formas petrificadas, faltas de aliento vital y con las palabras mal valoradas.

Pero esta corrección del sentido de las palabras y esa sincrónica comprensión de que se dispusiera sólo de parte de la herencia, contando con que la ley completaría la disposición del testador, no supone modificación de unas figuras lógicas. Así lo habían entendido los autores clásicos de Castilla y, en cambio, no lo supieron comprender los autores del siglo pasado ni acaban de entenderlo muchos de los actuales.

Cierto que los clásicos castellanos, algunas veces, se quedaron cortos en su interpretación espiritualista. Especialmente por cerrarse en la incompreensión de que el testador pudiera querer la coparticipación en su herencia de los designados testamentariamente en una cuota y los herederos intestados en el resto. Con esa comprensión hubieran captado que no son incompatibles los principios de la universalidad (en potencia) y la perpetuidad de la institución con la concurrencia simultánea de llamados testamentariamente y de herederos abintestato.

Pero el abuso de aquella fórmula—"nemo pro parte..."—utilizada como parapeto por los clásicos, dió lugar a que los autores de fines del siglo XVIII y los del XIX, al manejar los conceptos con menos rigor lógico y por rechazar el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada o intestada, declarasen abolida desde el Ordenamiento la prohibición de instituir herederos hasta cierto tiempo o desde cierto tiempo. Sólo Eugenio de Tapia (89) se mantuvo fiel al respeto de Febrero por la tesis que fué ortodoxa entre los clásicos castellanos. Los demás, sin otra excepción, estimaron posible la coexistencia intertemporal de varios herederos testamentarios con otro u otros intestados. Si se llamaba a una persona hasta cierto día, sin designar a nadie para después, debían entenderse llamados llegado el día los herederos abintestato. Viceversa, si era llamada una persona desde cierto día, sin prevenir el testador nada a este respecto para antes de comenzar el término, debían entrar a heredar hasta aquel día aquellos a quienes abintestato les correspondiere (90).

Solución equitativa, pero incorrectamente expresada—como luego veremos—, porque ontológicamente, en uno y otro caso, sólo el que adquiera en primer término será heredero, gravado de restitución a favor de segundo, y éste adquirirá la masa herencial como sustituto fideicomisario universal. No se crea que se trata de una mera cuestión de palabras como intentaremos demostrar.

De la institución bajo condición resolutoria, en cambio, siguen sin ocuparse en absoluto los autores consultados a excepción de

La exacta cuestión sólo radicaba en determinar la verdadera condición jurídica de unos y otros en su intersección cronológica como supieron hacer GREGORIO LÓPEZ y ANTONIO GÓMEZ en los casos antes expuestos, y como no llegaron a resolver satisfactoriamente en otros supuestos. (V. gr., en la determinación de heredero a término sin especial especificación para lo sucesivo o en el nombramiento de heredero desde un día cierto sin prevención previa a dicho término inicial, etc.)

(89) EUGENIO DE TAPIA: Op. y vol. cit., Lib. II, tit. II, cap. II, núm. 9, página 385. Por esa fidelidad le increparon ESCRICHE y de VICENTE CARAVANTES, acusándole de llevar trescientos años de retraso. Notemos que GONZALO DE LAS CASAS (op. cit., loc. *Heredero*, T. V. Madrid, 1856, pág. 443) habla de que la institución puede ser pura o condicional, sin plantear si podía ser a término.

(90) VER JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, nota I al cap. II de su «Compendio de las Varias Resoluciones de ANTONIO GÓMEZ» (Madrid, 1789), pág. 10, y en su versión del *Febrero Reformado...*, P. I, C. I, § II, nota I al núm. 41, pág. 29; JUAN SALA, *Ilustración de Derecho Real de España*, T. I (2.ª ed., Madrid, 1820), lib. II, tit. V, núm. 6, pág. 153; MARTÍ DE EIXALÁ, nota adicional a la 77 de la Ley 15, tit. III, part. 6.ª, pág. 452 de *Las Siete Partidas del Rei don Alfonso el X* (Barcelona, 1843); JOAQUÍN ESCRICHE: Op. y vol. út. cit., loc. *Heredero extraño o voluntario*, VIII, pág. 17; GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y de VICENTE y CARAVANTES: Op. y vol. cit., núms. 1127, pág. 343 y número 1374, pág. 426; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Código o Estudios fundamentales sobre Derecho civil Español*, T. III (Madrid, 1867), lib. II, cap. IV, § II, artículo 4, pág. 254; GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, T. II (13ª edición, Madrid, 1881), núm. 43, pág. 47; DOMINGO DE MORATÓ: Op. y vol. cit.,

Domingo de Morató (91), que caracteriza la institución bajo esta condición por la retroacción a que su deficiencia deba dar lugar, según su criterio. Gómez de la Serna y Montalbán (92) definieron la condición en materia sucesoria como «circunstancia que suspende», concepto que es antitético con la condición resolutoria.

§ 2. *La evolución de las sustituciones fideicomisarias en Derecho castellano*

Al estudiar a los autores clásicos de Castilla hemos visto que su doctrina, sus citas de textos y de autores coinciden con las obras de los comentaristas del Derecho común. La doctrina castellana de los fideicomisos no difería de la del derecho romano según su elaboración por glosadores y comentaristas, excepto en algún extremo como el modificado por la Ley única, tít XIX del Ordenamiento de Alcalá, según vamos a ver. Tampoco difería la doctrina de la condición y del término incierto. No existió, pues, antítesis entre Derecho común y Derecho real en la esencia de estas instituciones. No olvidemos que el Derecho romano fué el fondo jurídico común del Occidente europeo, sin perjuicio de las divergencias de los Estatutos, Fueros y disposiciones reales hasta que las codificaciones nacionales perpetraron la confusión de lenguas jurídicas. Napoleón, que con sus sueños de grandeza pensó en imponer al mundo su Derecho, conquistándolo también jurídicamente con su Código, fué precisamente quien dió un tajo mortal a la única unidad sustancial que aún quedaba de la madre Roma. Entonces el latín dejó de ser el idioma común de los hombres de Derecho, y la doctrina se adentró en una nueva Babel de terminología y de conceptos jurídicos.

Pero, dejando estas divagaciones y ciñéndonos al tema, vamos a ver la única diferencia fundamental que el Derecho de Castilla introdujo respecto al Derecho común en materia de fideicomisos, que se centra en la citada ley única del título XIX del Ordenamiento de Alcalá (93), que retocada en su redacción fué compilada como ley 1.ª, Título II del Libro V del Ordenamiento de Montalvo (94), que pasó a ser ley 1.ª, Título IV, Libro V de la Nueva Recopilación y ley 1.ª, Título XVIII, Libro X de la Novísima.

De la polémica sostenida por los clásicos castellanos sobre la

núm. 1094, pág. 56, núms. 1113 y 1114, pág. 61, y NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, T. II (Madrid, 1880), art. 1.044, págs. 526 y sig.

(91) MORATÓ: Op. y vol. cits., núm. 1116, pág. 63.

(92) LA SERNA y MONTALBÁN: Op. y vol. cits., núm. 44, pág. 48.

(93) *Et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad heredar o manda o mandare que la den, o que la haya otro, e aquel primer a quien fuere dejada non quisiere, mandamos que el otro e otros que la puedan tomar e aver.*

(94) *Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero o la legare o mandare alguna cosa para que la de a otro alguno, a quien sustituye en la herencia o manda: si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia o legado: el sustituto o sustitutos lo puedan haber todo.*

interpretación de esta ley nos hemos ocupado en otra ocasión (95). Ahora nos interesa contemplar su reflejo en aquellos aspectos de las sustituciones fideicomisarias en los que pudo influir de modo principal. Concretamente: *a)* En la transmisión de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del sustituido al del sustituto. *b)* En la transmisión del derecho de los fideicomisarios a sus herederos en los fideicomisos puros a término o condicionales purificados, en caso de fallecer aquéllos antes de la aceptación del heredero gravado. *c)* En la eficacia del fideicomiso, si el heredero fallece antes de adir la herencia. *d)* En el modo de adquirir el fideicomiso cuando el heredero no aceptare la herencia; y *e)* En la posición jurídica del sustituto fideicomisario según obtenga la herencia de modo inmediato o mediato.

A) El tránsito de los bienes fideicomitidos del patrimonio del instituido al del sustituto.

Como explica certeramente Roca Sastre (pág. 36 y sigs.) en el Derecho intermedio común la *obligación de restituir* pasó a ser un *gravamen restitutorio*. La evolución fué general y a ella obedeció la ley del Ordenamiento. Gregorio López (96) ya advirtió que, «por equidad canónica», así que cede el fideicomiso, pasa de derecho la herencia al sustituto fideicomisario, sin necesidad de restitución real ni verbal (97). Sin embargo, para la transmisión de la posesión, según el mismo comentarista (98), era necesario la entrega, a diferencia de lo que sucedió en los mayorazgos a partir de que la ley 45 de Toro (99) aplicó a su transmisión la doctrina de la *possessio civilissima* (100).

B) Transmisión del derecho del sustituto fideicomisario no pendiente de condición fallecido antes de ser adida la herencia por el heredero gravado.

Matienzo (101) estimó que el Derecho real había rectificado

(95) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II, § 1.º A) D), pág. 123 y ss., y notas 15 a 23, en especial ésta (ver también An. Dr. Civ. IV-IV, págs. 135 y ss.).

(96) GREGORIO LÓPEZ glos. a las palabras El otro, 10 de la ley 14, tit. V, parte 6.ª.

(97) MATIENZO: Op. y tit., cits. lex. 1, gl. XVIII, núm. 3, reputa: *De aequitate tamen canonica opus non est verbali; vel actuali restitutione fideicomissi, imo eius die cedente haereditas transit ipso iure in fideicommissario* (fol. 97 vto.).

(98) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras «puedele apremiar al juzgador», duodécima de la cit. l. últ., h. t. Ver la opinión de MATIENZO en la glos. XVII, l. cit., núm. 9 (fol. 97 vto.) y en la glos. XVIII, l. cit., núm. 8 (fol. 98), y la de LUIS DE MOLINA, S. J., op. cit., Disp. 186, col. 1128 C.

(99) Ley 8, tit. VII, lib. V de la Nueva Recopilación y 1.ª, tit. XXIV, lib. XI de la Novísima: *mandamos que... muerto el tenedor del mayorazgo luego sin otro acto de aprehensión de posesión se traspasse la posesión civil y natural en el siguiente grado que según la disposición del mayorazgo deviere suceder en él aunque ayo otro tomado la posesión dellas en vida del tenedor del mayorazgo o el muerto o el dicho tenedor le aya dado la posesión dellas.*

(100) De la transmisión civilísima de la posesión y de las opiniones de los

el Derecho romano al permitir que el fideicomisario premuerto a la adición del heredero gravado pudiera transmitir su derecho a sus herederos.

Pero sin salirse del Derecho romano, Antonio Gómez (102) sostuvo la misma solución. Comoquiera que a todo fideicomisario no pendiente de condición le competía la posibilidad de exigir judicialmente la adición al heredero, después de la delación y antes de la aceptación de éste, transmitía ese derecho en caso de fallecer en este tiempo.

Ante la aparente paradoja de que mientras el heredero premuerto a su adición nada transmitía, en cambio, el fideicomisario muerto antes de la adición del heredero sí que transmitía su derecho, opuso Gómez un argumento teleológico. En el heredero «videtur esse in culpa non acceptando illud ius addeundi facilissimum, quod est in sua mente et voluntate... sed fideicommissarius cui est fiende restitutio, non est in tanta culpa cum ite faciliter non possit adire, sed oportere via juris ordinaria petere et implorare solemniter officium iudicis ut sibi fiat restitutio».

De esta misma opinión fueron Covarruvias (103) y Pichardo (104) que resolvieron favorablemente la transmisión sin apartarse de los textos romanos.

C) *Permanencia de la sustitución fideicomisaria, aunque el heredero instituido no llegue a serlo.*

Sabido es que en Derecho romano si el heredero instituido no llegaba a serlo caducaban los fideicomisos, los legados y las demás disposiciones contenidas en el testamento.

No obstante, cuando el instituido que hubiese muerto sin adir hubiera sobrevivido al testador, los autores de Derecho común advirtieron tres excepciones a dicha regla. A saber: 1.ª Si la muerte del heredero gravado acaeció después de ser apremiado para su aceptación. 2.ª Si el heredero gravado hubiera adquirido la herencia «ex potentia suitatis vel potentia sanguinis» o si usare del beneficio del *juris deliberandi*. 3.ª Si el testamento que ordenó el gravamen contenía la cláusula codicilar, «quia tunc fideicommissum

clásicos castellanos acerca de la ley 45 de Toro nos hemos ocupado en nuestros apuntes de *Derecho Sucesorio*, II, 5.º C., págs. 287 y ss., y notas 530, 533 c y 541 (ver también en An. Dr. Civ. V-III, págs. 805 y ss.).

(101) MATIENZO: Op. cit., tít. IV, ley I, gl. XVII núm. 3 (fol. 96 y vto.).

(102) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 9, pág. 52. *Si vero nondum advenit competit iudicis officium ut adeat et restituat et illud similiter transmittit.*

(103) COVARRUVIAS: *De testam...*, cap. *Raynutius* XVI, § *Primo*, núm. 3, páginas 100, que apoyándose en textos romanos afirmó que *si fideicommissum pure sit morientes fideicommissario ante restitutionem fideicommissi imo ante aditionem haereditates transmittitur ius illud fideicommissi ad proprios haeredes fideicommissarii*; pues: *dies legatorum et fideicommissorum quo ad transmissionem cedam a morte testatoris.*

(104) PICHARDO DE VIKUESA: *Lib. II Institutionum*, tit. XXIII, § *Restituta* 2, núms. 37 y 38, vol. cit., pág. 364.

universale transit contra haeredes ab intestato, et possunt agi et compelli haereditatem restituere fideicommissario» (105).

Pero si las causas por las que el instituido no llegara a heredar fueran las de premorir al causante o de ser incapaz, tan sólo permanecían vigentes los gravámenes ordenados en el testamento, cuando en éste se expresó la cláusula codicilar, en virtud de la cual dichos gravámenes debían ser cumplidos por los herederos abintestato.

En Castilla, después de la Ley 1, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, no fué necesario disponer esta cláusula para que en aquellos casos no caducaran los fideicomisos, los legados ni las demás disposiciones del testamento.

No vamos ahora a discutir si fué por que dicha ley dió valor codicilar subsidiario a todos los testamentos castellanos—tesis de Covarrubias (106)—o si fué otra la razón determinativa de este progreso. Lo que por el momento nos interesa es que—como dijo Antonio Gómez (107)—«indistincte modo haeres gravatus decaat ante aditam haereditatem modo post, et modo in casibus in quibus transmittitur haereditas modo non, semper durabit ista substitutio fideicommissaria».

Por eso el jesuíta Luis de Molina (108) proclamó que: «In regno vero Castellé universium fideicommissum non expirat propter haereditatem non aditan sed quicumque haeredes etiam ab intestato successerint restituere tenetur fideicommissum» (109).

A igual resultado práctico a que llegó el Ordenamiento de Alcalá en 1348, en cuanto a este punto, habían llegado ya los Derechos de las ciudades de Barcelona, pocos años antes, y de Tortosa, en pleno siglo XII, en virtud, respectivamente, del Privilegio dado por Pedro el Ceremonioso en 1339 a la ciudad Condal y de la *Costum* 2, § 2.º, rubr. 4, lib. V del *Codi de las costum.* De hecho también se consigue en todo Cataluña por la utilización de la fórmula codicilar como cláusula notarial de estilo.

D) *Adquisición por el sustituto de los bienes fideicomitidos cuando el heredero no quiere aceptar la herencia.*

Son conocidos los remedios que el Derecho romano arbitró en los Senadoconsultos *Trebelliano* y *Pegasiano* para contrarrestar la falta de adición por el heredero gravado. Antonio Gómez (110)

(105) VER ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 8, pág. 51; MATIENZO: Op. y loc. ult. cit., gl. XVIII, núm. 1, fol. 97; MOLINA, S. J.: Disp. 189, col. 1.147 B. C. D.

(106) COVARRUBIAS: Op. y cap. ult. cit. § *Tertio*, núm. 8, pág. 106.

(107) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 8, *Quarto*, pág. 51.

(108) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y vol. cit., Disp. 189, vers. *Ius Cast.*, col. 1.147 C.

(109) Ver también PICHARDO DE VINUESA, op. y lib. cit., tit. XXIII § *In primis*, núm. 19, pág. 359 y § *Praeterae* 10, núm. 1, pág. 377.

(110) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 3, pág. 50.

enumera que «quinque sunt remedia Trebellianum», El primero y fundamental, «quod heres gravatus cogetur adire et restituere». El segundo, «quod facta restitutione re vel verbo transeat in fideicommissarium actiones utiles tam activae quam pasivae».

El jesuita Luis de Molina (111), al explicar la ley penúltima, párrafo último del título *Ad Trebel.* del *Codex* (Cod. VI-XLIX, 7, § 1.º), precisa que: «Si haeres gravatus requisitus noluerit adire haereditatem, et vel ante litem contestatam, vel post contumaciter se absconderit, vel postquam est requisitus e vita descenderit, censetur ipso iure facta restitutio haereditatis.»

Después de la ley castellana de la que nos ocupamos, se discutió por los autores si el fideicomisario seguía facultado para exigir al heredero que aceptara la herencia y que se la restituyera. Problema que plantearon y discutieron Palacios Ruvios (112) y Burgos de Paz (113). Este estimó que la palabras «*sino quisiere heredar*» y «*si el tal heredero o legatario no quisiere heredar*» no podían interpretarse en el sentido de que la ley regia prohibiera la coacción al heredero.

Antonio Gómez (114) parece que opinó que si el heredero, testamento o abintestato (115), no verificaba la adición, debía designarse un curador de la herencia yacente encargado de cumplir lo dispuesto en el testamento.

Gregorio López (116), Matienzo (117), Tello Fernández (118) y Pichardo (119) impusieron un criterio más progresivo. El pri-

(111) LUIS DE MOLINA, S. J., Disp. 187, col. 1.129 A.

(112) JUAN LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS: Glosemata: *legum Tauri* (Salamanca, 1542, lex XXXI, núms. 5 y ss. (fol. 85 vto. y ss.).

(113) *Doctoris Burgensis Marci Solon de Pace ad legem Taurinas insignes comentarii* (Pinciae, 1568); *Primae partis, Legis tertiae, Octava conclusio*, número 1.001, fol. 304.

(114) A. GÓMEZ: Op. y cap. cits., núm. 8, vers. *Sed respondeo*, pág. 51.

(115) BURGOS DE PAZ: Op. cit. *Primae partis, legis tertiae, septima conclusio*, núm. 909 y ss. (fol. 295); ACEVEDO: Op. cit., lib. V, tit. V, ley I, número 141 (pág. 111); SPINO: Op. cit., glos. XXVII, princip., núm. 38, página 938 y PICHARDO: Op. cit., lib. III, tit. XII, *De eo cui libert. caus. bon. addic.*, *Principium totalis*, núm. 37, pág. 110, estiman extensiva al Fisco la sujeción a los fideicomisos y demás gravámenes testamentarios, aunque estrictamente no suceda como heredero, sino en virtud de la vacante de la herencia. De esta misma opinión fué FRAY JUAN GARCÍA DE SAAVEDRA (*Tractatus de tacito fideicommissio*, ed ult Amstalaedami, 1648, núm. 32, pág. 52) respecto a la transmisión de la herencia al Fisco «cum onere legatorum et fideicommissorum».

(116) GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras «puedele apremiar el juzgador», 12.ª a la ley 14, tit. V, 6.ª partida, vers. *Hodie vero in regno isto*.

(117) MATIENZO: Op. y tit. cits., ley I, gl. XVIII, núm. 4, fol. 97 vto.: *Ut cessent hodie in hoc regno subtilitates, ambages et anfractus iuris communis Romanorum super coactionem adire notentium et circuitus in ello inanes frustratorii*. Derogación del formalismo romano verificada *ad exemplum iuris et aequitatis canonicae*.

(118) TELLO FERNÁNDEZ: *Prima pars comentariorum constitutionem Taurinas*. Granatae, 1566, ley III, parte 3.ª, núm. 4, fol. 21 vto.

(119) PICHARDO: Op. cit., lib. II, tit. XXIII, § *Sed si recusabat* 6, número 9, pág. 373.

mero explicó que la ley castellana, al prevenir «que repudiando o no queriendo adir el heredero se defiere la herencia al sustituto fideicomisario», «ha hecho desaparecer ese aparato de sutilezas o vanos rodeos, hijos del Derecho romano: esta ley va de acuerdo con la equidad canónica, lo que en este punto sirve de norma al Parlamento de Tolosa». El último autor citado insiste en que con esa ley regia se evitó el *ineptus circuitus* del Derecho romano.

Sin embargo, quizá tanto a más que esta interpretación, ha influido la práctica jurídica en la determinación de que el sustituto fideicomisario heredase en lugar del instituido lo mismo que si hubiera sido llamado como sustituto vulgar, con la elaboración de la figura de la sustitución compendiosa, es decir, la que «plures quod diversa tempore compleccitur substitutionem e verbis saltem generalibus expresas» (120).

Con ello, usando esas palabras generales que abarcaban sus respectivos tiempos, en la sustitución fideicomisaria se comprendía la vulgar en forma que específicamente no podía decirse expresa ni tácita, sino «tacitae specialiter quia expresse vel specificae non sunt per testatorem declaratae sed generice vel effective sunt expresae, quia sub generalitate verborum comprehendantur» (121).

Por ese camino de que el llamado como fideicomisario también se entiende llamado como sustituto vulgar, pero fuera de la literalidad interpretativa de la teoría de la institución compendiosa, avanza la doctrina catalana. Borrell y Soler (122) ha llegado a sostener que si el heredero instituido fallece después que el testador, pero ignorándolo éste, el fideicomisario debe entenderse—en derecho aplicable a Cataluña apoyado en textos del Corpus—como sustituto vulgar (123).

(120) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y Tract. cits., Disp. 192, col. 1, 172 A.

(121) ANTONIO GÓMEZ: Op. y lib. cits., cap. VII, núm. 3, pág. 81.

(122) ANTONI M. BORRELL, SOLER: *Dret civil vigent a Catalunya*, t. V, 1.º, Barcelona 1923, § 454, núms. 41 a 43, pág. 135.

Desiderio Canals, en una consulta publicada en «Rev. Jur. de Cat.», II, 1896, págs. 543 y ss., nos muestra una tendencia favorable a esa solución, progresando hacia ella sin apartarse de los textos romanos.

(123) Los anteproyectos de Apéndices de Derecho catalán al Código civil han alevado a regla jurídica la afirmación de que la sustitución fideicomisaria comprende la vulgar. Así el artículo 501 que redactó la Comisión especial, presidida por Francisco Romani Puigdemongas y de la que era secretario Juan de Dios Trias y Giró, decía que: «La sustitución fideicomisaria no va incluida en las demás sustituciones, pero éstas van incluidas dentro de la fideicomisaria, salvo siempre intención contraria del testador.» (Véase en la ed. de la «Revista Jur. de Cat.», Barcelona, 1903, pág. 209.) Declaración que es elogiada por SAGUER OLIVET: *Els fideicomisos amb relació a la futura codificació catalana*, en «Rev. Jur. de Cat.», XIX, año 1913, pág. 116. Igualmente, el artículo 292 del anteproyecto formulado antes de la promulgación del Código por DURÁN Y BAS, que fué revisado y completado por la Comisión que integraron Juan Maluquer y Viladot, Fernando de Querol, Raimundo d'Abadal, Amadeo Hurtado, Antonio M.º Borrell y Soler, Francisco de P. Maspons y Anglasesell, Juan Martí Miralles y Oriol Anguera de Sojo y publicado en 1930, dispuso en su apartado segundo que: Las sustituciones pupilar y fideicomisaria expresas compren-

E) *Situación jurídica del sustituto fideicomisario según se le transmitiera la herencia directamente o con intermediación de un heredero. Respeto de los clásicos castellanos a la regla "semel heres semper heres"*.

De lo dicho resulta que en el Derecho clásico castellano, en cuanto a la situación jurídica del sustituto fideicomisario deben distinguirse tres hipótesis: a) Si el sustituto obtuvo la restitución después de haber sido aceptada la herencia por el heredero gravado o bien por alguno de sus sustitutos vulgares o por los herederos abintestato (éstos en los casos de no haberse instituido heredero alguno, de no ser válida la institución, o de haber premuerto o ser incapaz el instituido y, en su caso, sus sustitutos vulgares). b) Si el sustituto fideicomisario fué llamado también como sustituto vulgar o en forma compendiosa y no hubiese heredado el instituido. c) Si el heredero instituido o el intestado a quien en primer lugar correspondiera no aceptaren la herencia o si se faltare todo heredero testamentario o abintestato (atendido a que el Fisco no adquiere como verdadero heredero, sino en virtud de quedar la herencia vacante y, por lo tanto, no puede excluir la adquisición directa del fideicomisario).

En el segundo supuesto no ofrecía duda que el fideicomisario, llamado expresa o compendiosamente como sustituto vulgar, heredaba al causante si el instituido en primer lugar no llegaba a serlo. La tercera hipótesis es más discutible como hemos visto. En efecto: mientras para unos el fideicomisario siempre recibía la herencia restituida—voluntaria o forzosamente—del heredero instituido o de alguno de los intestados o, en último término, del Fisco (Acevedo, García de Saavedra), o bien del executor testamentario, para otros si no lo recibía del heredero aceptante o del executor testamentario, los obtendría del curador que debía de designarse para la herencia yacente (Antonio Gómez), y, según la opinión preponderante, los recibía directamente como heredero (Gregorio López, Matienzo, Tello Fernández, Pichardo). Este criterio se impuso en el siglo pasado, como puede verse en Marcos Gutiérrez (124), García Goyena, Aguirre, Montalbán y de Vicente y Caravantes (125), Pe-

den siempre la vulgar tácita.» El Anteproyecto de 1953, obra de la Comisión de Juristas nombrada por Orden de 10 de febrero de 1848, repite esta misma previsión en el apartado segundo del artículo 307. Y el Proyecto de la misma Comisión del pasado año 1955, en el apartado segundo del artículo 326, dice que: «Las sustituciones pupilar y fideicomisaria implican siempre la vulgar tácita; pero en cuanto a la pupilar, sólo respecto a los bienes procedentes de la herencia del instituyente.»

(124) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, nota II de la pág. 27 del «Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez», cit., cap. V, núm. 1: «No adiendo el grabado, sino es solamente heredero el fideicomisario.»

(125) GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y DE VICENTE Y CARAVANTES: Op. y vol. cit., núm. 1.146, pág. 43.

dro Gómez de la Serna (126) y Domingo de Morató (127), (128).

En cambio, en el primer supuesto el fideicomisario no era considerado nunca como heredero, ni siquiera cuando recobraba los bienes, y el heredero gravado no dejaba de serlo ni aun después de restituir la herencia. La afirmación de Roca Sastre (págs. 63 y siguientes) de que no se estima infringida la regla *semel heres semper heres* con las sustituciones fideicomisarias aparece confirmada en los clásicos castellanos. Así lo hemos visto antes al ocuparnos de la imposibilidad de la institución, a término o desde un término cierto. Los textos de Gregorio López, Antonio Gómez y Luis de Molina, S. J. (129), que propugnan la solución de estimar que el llamado hasta término cierto es un heredero gravado de restitución fideicomisaria a favor del llamado para después del mismo, y los razonamientos con que justifican esta solución demuestran lo que decimos. Añadiremos ahora un texto de Pichardo (131), que ocupándose de la sustitución fideicomisaria escribió: «directur enim haeres ex die certo, vel ex certa temporis portione nequit institui... fideicommissario autem nihil vetat eo modo relinquere, quoniam nullo casu haereditatis ius et defuncti repraesentatio in suspenso est, cum semper scriptus haeres qui restituit haeres maneat, et apud eum directae actiones et haereditas nomen resideat». Por eso Luis de Molina, S. J. (132) atribuyó al heredero aun después de la restitución de la herencia el *iura sepulcri* y el *ius patronatus*, ya que «fideicommissarius haeres non est, haeres autem gravatus etiam haereditate restituito haeres dicitur ac est».

Sólo en el siglo pasado se habla por algunos autores (133) de

(126) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: Op. y vol. cit., pág. 58.

(127) MORATÓ: Op. y vol. cit., núm. 1.215, pág. 122, que proclama que ésta es la única derogación de alguna importancia que vemos en las leyes recopiladas, comparándolas con las de Partidas, en materia de fideicomisos.

(128) Incluso refiriéndose a Cataluña, la sentencia de 29 de noviembre de 1917 declaró incidentalmente en uno de sus considerandos, que de faltar la aceptación del fiduciario, el fideicomisario vendrá a ser heredero directo.

(129) ANTONIO GÓMEZ: Op. cit., cap. V, núm. 1, vers. *Pulchrum dubium*, página 50, aún sostuvo que al sustituto fideicomisario sólo pasa el dominio útil conservando el instituido el dominio directo.

(130) Ver notas 77, 78, 79, 80 y 81 con su texto correspondiente.

(131) PICHARDO: Op. y lib. cit., tit. XXII, § *In primis* 1, núm. 23, página 359.

(132) LUIS DE MOLINA, S. J.: *Disp.* 156, cols. 896 y 897. La afirmación de GARCÍA DE SAAVEDRA (Op. cit., núm. 35, pág. 60) de que mientras «legata aequiparantur fideicommissis particularibus, non vero universalibus» «unde fideicommissarius universalis est heres», parte de otro punto de vista, a saber: «At vero hereditas ipsumque fideicommissum universale continent universalitatem iuris»; «et in fideicommissis universale unum iudicium sufficit pro toto fideicommissio universalis». Razonamiento que no atiende a la esencia del fenómeno sucesorio y, en cambio, sobrevalora una similitud dogmática, utilizada para resolver un supuesto concreto planteado específicamente.

(133) Así vemos cómo PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: Op. y vol. cit., núm. 66, pág. 58, hablan de heredero fiduciario y heredero fideicomisario.

heredero fideicomisario, con evidente inexactitud técnica si se refiere a los supuestos en que el fiduciario llega a ser heredero (134).

III. EL TÉRMINO Y LAS CONDICIONES EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DESPUÉS DEL CÓDIGO CIVIL. LA CLÁUSULA «SI FALLECIERE SIN HIJOS».

§ 1.º *Posición del Código civil con respecto al Derecho histórico en la regulación de la sustitución fideicomisaria. Dónde es «cauce» y dónde es «dique».*

Es preciso recordar ante todo que ni la Ley de 11 de octubre de 1822 ni el Decreto de 31 de agosto de 1836, que restableció la vigencia de aquélla, ni la Ley de 23 de mayo de 1843, llegaron a suprimir los fideicomisos temporales. Así lo entendió la doctrina (135), lo ratificó reiteradamente el Tribunal Supremo y lo sancionaron la Ley Hipotecaria de 1869 y varias leyes fiscales. Por todo ello, se mantuvo viva hasta la vigencia del Código civil la regulación de las Partidas con su armazón romano. Sin otra derogación de importancia—al decir de Morató (136)—que la establecida por la Ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, de espiritualista inspiración canónica, transmitida por los Ordenamientos hasta la Ley 1, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación e interpretada en el sentido de que si no hubiere heredero o no quisiera adir la herencia pudiesen el sustituto o sustitutos adirla directamente y percibirla íntegramente.

Roca Sastre, en su discurso de ingreso, destacó la serena ponderación de España ante la orientación política, nacida de la Revolución francesa, que se enseñoreó de la Europa burguesa, contraría a las vinculaciones. Nuestros legisladores del siglo XIX supieron distinguir entre la institución y los abusos que de la misma se habían realizado. Sin duda, los juristas de las regiones forales, en las que su uso era racional, lograron contrarrestar la tendencia afrancesada que tanto arraigó entre los políticos y juristas del pasado siglo residentes en la capital. Lo cierto es que, como magníficamente explicó Roca Sastre: «Lo que hizo España fué simplemente no dejarse arrastrar por dicho huracán, absteniéndose de adoptar simplísticamente la radical medida de prohibir en absoluto las sustituciones fideicomisarias, y en lugar de proceder ciegamente como otras naciones hicieron, el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos y concretarse a suprimir únicamente los de tipo de mayorazgo o vinculación perpetuos. En el uso de la sustitución fideicomisaria no vió nada execrable, sino en el abuso de ella, principalmente en la forma que,

(134) Esta impropiedad terminológica la observamos incluso entre autores catalanes, como BORRELL Y SOLER: *Op.* y vol. cit. § 124, núm. 17, pág. 124, y, alguna vez, en trabajos anteriores, en el mismo ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1948, vol. II, pág. 57.

(135) Ver DOMINGO DE MORATÓ: *Op.* y vol. cit., nota 1, páginas 122 y 123, en el núm. 1.215.

(136) DOMINGO DE MORATÓ: *Op.* y vol. cit., núm. 1.215, pág. 122.

aprovechando la dosis de vinculación que el fideicomiso por sí contiene, los transformaba en una vinculación de carácter perpetuo.»

La base 16 de la Ley de 11 de mayo de 1888, en su párrafo primero, aludiendo a la base 15, dispuso que «materia de las reformas indicadas serán: en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán ni aun en línea directa de la segunda generación a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador». La base 15 se remitía a los acuerdos que la Comisión general de codificación, «reunida en pleno con asistencia de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882». De estas reuniones, en las que trataron de ponerse de acuerdo los juristas centrales con los representantes de las regiones forales, se ha ocupado insistentemente nuestro querido amigo Jerónimo López (137), que nos brinda importante bibliografía y segura documentación sobre dichas reuniones. Las principales cuestiones debatidas se concretaron en torno de la admisión y el límite de las sustituciones fideicomisarias (138) y en la determinación de la prohibición de disponer de los bienes fideicomitidos.

La regulación de los artículos 781 a 789 de nuestro Código civil—que reglamenta de modo demasiado somero la sustitución fideicomisaria—muestra en el aspecto limitativo tan sólo estas preocupaciones: 1.ª La de señalar un límite de grado a las sustituciones fideicomisarias (arts. 781, 785, núms. 2 y 3, y 787); 2.ª La de no admitir fideicomisos que no sean expresos (arts. 783 y 785, núm. 1); 3.ª La inadmisión del heredero de confianza, y 4.ª La de salvaguardar las legítimas de todo fideicomiso, con la autorización para gravar el tercio de mejora limitada solamente a favor de los descendientes (art. 782 en rel. 813, § 2.º y 824).

Por lo tanto, nada permite afirmar, como lo hace Núñez Lagos, que en el Código civil la regulación del fideicomiso es *digue* y no *cauce*. Ni los datos que nos han llegado de las reuniones de noviembre de 1882, ni el texto de la Ley de Bases, ni la discusión en ambas Cámaras legislativas, ni el texto del Código civil autorizan para afirmar que en el articulado del Código la transacción entre los representantes centrales y los de las provincias forales «había causado estado dejándonos una tipicidad rígida».

(137) JERÓNIMO LÓPEZ Y LÓPEZ: *Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal*, «An. Dr. Civ.», III-II, pág. 510 y siguientes; *La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil*, «An. Dr. Civ.», IV-V, pág. 189, y *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, «An. Dr. Civ.», VIII-III, págs. 677 y siguientes.

(138) El significado de la palabra *grado* del art. 781, la S. de 6 de junio de 1905 lo equiparó a *generación* y en las sentencias de 23 de junio de 1940 y 6 de marzo de 1944 se consideró sinónima a *llamamiento*. Estima ROCA SASTRE, página 80, que debe asimilarse a *generación*, en los fideicomisos familiares, y a *llamamiento*, en los no familiares, o entre extraños. JERÓNIMO LÓPEZ (*La regulación del fideicomiso de residuo*, en «An. Dr. Civ.», cit., nota 137, páginas 780 y ss.) nos promete un estudio sobre este tema, que cree no resuelto de modo

Deben rechazarse las afirmaciones de que: «En materia de sustituciones fideicomisarias todo es de interpretación restrictiva, lo mismo la norma legal que la cláusula testamentaria. Ni analogías, injertos ni conjeturas. Y no sólo con respecto al metro (segundo grado), sino con respecto al tipo» (Núñez Lagos, pág. 114).

Son siempre peligrosas las generalizaciones, y en esta ocasión no están refrendadas por ningún dato serio. Lo imperativo y lo meramente declarativo debe deslindarse cuidadosamente en cada caso. Y las fuentes del río deben buscarse siempre que el dique legal no lo impida. Si hoy no pueden admitirse fideicomisos basados en meras conjeturas, tampoco es lícito presuponer interpretaciones legales restrictivas donde la propia ley, explícitamente, no las imponga (139).

No es aceptable afirmar del Código civil que: «En la sustitución fideicomisaria el término está aislado sin su par simétrico, la condición; y esto, a nuestro juicio (*el de Núñez Lagos*, página 125), no es un azar ni un descuido, por lo que es procedente la aplicación del principio *inclusio unius, exclusio alterius*.»

Contra esta afirmación de nuestro admirado amigo y compañero, son decisivas las siguientes razones:

1.^a El artículo 790 declara: «Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.» Por lo tanto, no excluye las sustituciones fideicomisarias entre las disposiciones testamentarias que declara susceptibles de condición.

2.^a Si en el Derecho anterior fué admitida sin la menor duda la sustitución fideicomisaria condicional—como cumplidamente hemos visto—, a falta de exclusión patente de la misma por el Código civil, debe aceptarse que su posibilidad continúa. No vaciló en entenderlo así el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de julio de 1910.

definitivo, anticipando que tal vez «grado» signifique «grado de parentesco, pero no computado con relación al testador, sino respecto al primer llamado o fiduciario».

(139) Más que nunca en esta ocasión resultan oportunas las observaciones de JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.» (t. V, págs. 918 y ss.), que no resistimos la tentación de reproducir: «En términos de defensa tengo que decir que en este asunto no se juega limpio. Contra la sustitución fideicomisaria se admiten todos los medios de combate, incluso los golpes bajos. Se admiten los indicios, las conjeturas, las interpretaciones más complicadas. En su favor sólo nos permite el árbitro el uso canónico de los dos sacramentos con toda clase de limitaciones.»

El mismo PALOMINO, en otro trabajo anterior, *Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario*, «Anales Ac. Matr. del Not.», pág. 457, afirmó que: «En derecho sucesorio, salvo las normas de capacidad, forma y legítimas (en tesis general), todo es derecho positivo. «La voluntad del testador, expresa o tácita, es ley suprema. En materia de sustituciones fideicomisarias también. Aquí no hay *ius cogens* más que en los límites de los llamamientos posibles. En lo demás, el testador es soberano.»

Si se diferencia el adjetivo *tácito* del otro calificativo *presunto*, puede aceptarse esta afirmación.

3.ª Es evidente que el Código civil al regular la mayor parte de las instituciones sólo reglamenta sus formas puras, porque la condición y el plazo—así como el modo—son determinaciones que los disponentes o contratantes pueden añadir a su disposición o contrato allí donde la ley o la propia naturaleza del acto no los prohiban o repelan. En materia sucesoria el propio Código, literalmente, prohíbe la condición con referencia a la disposición de las legítimas (art. 813, § 2.º) y rechaza expresamente el plazo y la condición en la aceptación y en la repudiación de la herencia (artículo 990). En cambio, al regular las sustituciones fideicomisarias, donde el testador tan diligente ha sido en señalar prohibiciones, no excluye la posibilidad de someterlas a condición.

4.ª El artículo 785, que señala las sustituciones, vinculaciones y prohibiciones de disponer que no surten efecto, nada dice de las dispuestas condicionalmente dentro de los límites o formas autorizados. El criterio restrictivo de los fideicomisos no puede racionalmente extenderse tanto como para prohibir que se dispongan bajo condición. Al contrario, como la condición supone precisamente una limitación del fideicomiso al cual se impone, no puede estimarse contradictoria de la tendencia restrictiva.

El Tribunal Supremo ha aceptado reiteradamente las sustituciones fideicomisarias condicionales, v. gr., en las Sentencias de 1 febrero 1910, 9 julio 1910, 21 diciembre 1917, 9 abril 1928, 29 junio 1930, 4 marzo 1952 y 20 octubre 1954. Las de julio 1910 y abril 1928 se refieren expresamente a la reglamentación clásica anterior al Código, que estiman vigente mediante el injerto del artículo 759 como excepción del 784 del Código civil. Cuestión de la que luego nos ocuparemos de modo especial.

§ 2.º *La institución de heredero bajo condición resolutoria y a término cierto (desde o hasta).*

Volvemos a adentrarnos en un problema que mayormente requiere un exacto planteamiento de las diversas facetas que presenta. Su deslinde es, sobre todo, necesario si queremos confrontar el sistema romano y el del Código civil.

Ambos ofrecen una antítesis con varias perspectivas, que pueden clarearse si extendemos el panorama hasta abarcar el testamento militar romano y la doctrina de los autores de Derecho intermedio que, según antes hemos repasado, recogen Gregorio López y Antonio Gómez.

Las facetas de la cuestión se refieren: de una parte, al valor formal de las palabras o al predominio de la voluntad del testador, prescindiendo de la exactitud técnica de sus expresiones; y de otra, al concepto institucional científico, abstracción hecha de la nomenclatura testamentaria o legal, que no siempre son rigurosamente técnicas.

a) Bajo el primer aspecto el Derecho romano diferenció: de una parte, a sus ciudadanos, a los que estimó perfectos cono-

dores del valor formal de la palabra «heres»; y de otra, a los militares, a los que excusó—como antes recordábamos—por su ignorancia o impericia. Al aplicarse el Derecho romano, después de su recepción en el Occidente europeo, se olvidó la razón romana del dualismo entre militares y paisanos. El error estribó en mantenerla en sus términos literales sin adentrarse en su *ratio*. El olvido del auténtico sentido jurídico romano, el desconocimiento de la trascendencia formal de las palabras técnicas, se había generalizado en los pueblos bárbaros o barbarizados, es decir, desromanizados. Por ello también debiera haberse hecho general la doctrina romana del testamento militar.

En definitiva, la tendencia espiritualista de inspiración canónica, como recordó Gregorio López, tuvo que desformalizar los principios romanos comunes, que no respondían al sentido jurídico de los pueblos a los que llegó su recepción. A esta orientación respondieron en España la Costumbre 2, § 2, rubr. 4, libro V del Código de las Costumbres escritas en Tortosa en pleno siglo XII, el privilegio dado a Barcelona por el rey Pedro el Ceremonioso en 1339 y la Ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá en 1348.

b) A la segunda vertiente corresponde el rigor lógico de los conceptos jurídicos.

¿Es verdaderamente una institución de heredero bajo condición resolutoria la dispuesta en estos términos? ¿El heredero instituido hasta un término cierto tiene limitada temporalmente su institución propiamente dicha? ¿El instituido heredero desde un término posterior al fallecimiento del causante es verdaderamente heredero?

He ahí otra serie de cuestiones completamente distinta de la anterior. En ellas hay un problema de fondo, no sólo jurídico, sino incluso ontológico, y no como el primero, de valoración de las expresiones formales.

Los principios romanos de la universalidad y de la perpetuidad de la institución de heredero tenían su raíz ontológica en este segundo aspecto y a la vez estaban influidos en cuanto al primero por el valor formal dado al sustantivo «heredero» y al verbo «instituir». Para aclarar nuestro tema debemos insistir en distinguirlos cuidadosamente.

También debemos fijar y separar el valor ontológico y el valor meramente formal del viejo principio de la incompatibilidad entre las sucesiones testadas e intestadas. Regla supervalorada por los clásicos castellanos y despreciada por los juristas más próximos al Código civil. Antes expusimos que superado el formalismo inicial quedó reducida a ser corolario de los principios de la universalidad y de la perpetuidad de la institución.

Como ha dicho Biondi (140), la regla tuvo su base formal en

(140) BIONDI BIONDI: *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milán, 1954), núm. 61, pág. 161 y ss.

aquella disposición de las XII Tablas, que tan sólo defería la herencia legítima *si intestato morietur*. Pero prácticamente la perdió cuando en tiempo de Augusto fué admitido el codicilo, que si formalmente no era testamento, sustancialmente era acto de disposición mortis causa. Entonces quedó reducida la incompatibilidad de herederos testamentarios e intestados—fuera del supuesto de ejercicio pro parte de la querella *inofficiosi testamenti* (141)—a ser un corolario de la universalidad del título, que justificaba el acrecimiento o mejor no decrecimiento del llamamiento testado.

La diferencia fundamental entre el régimen romano común y el del testamento militar estriba precisamente en que en aquél se concede al *nomen* más valor que a la *assignatio*, e inversamente ocurre en el testamento militar romano. En aquél el *nomen* lleva implícito una universalidad de la que dimana un acrecimiento por encima de la *assignatio*. En el testamento militar no se pudo valorar en esa forma el empleo, quizá incorrecto, de la palabra *heres*, y se subordina la valoración del *nomen* al contenido de la *assignatio*. De ese modo asoma la posibilidad de instituir un heredero *pro parte* que deba coparticipar el *as* con los herederos legítimos (142).

(141) Ver *Apuntes de Derecho sucesorio*, I, § 5, págs. 45 y ss. o en «Anuario Dr. Civ.», IV-II, págs. 461. y ss.

(142) Según el sentido jurídico de los miembros de una comunidad, cabe plantear desde posiciones opuestas los problemas que pueden derivarse, según las circunstancias de hecho, de las disposiciones testamentarias que no agoten el caudal. Una posición, que parte de la plenitud dispositiva del testamento, considera imposible la hipótesis de que conscientemente un testador teste sólo en parte. Corresponde a pueblos de elevado sentido jurídico y de tradición predominantemente testamentaria. Si el «*cas*» no se agotó en el testamento, se estima que debió ser por error de cálculo si se repartía por onzas, o por omisión, si fué distribuido por cosas ciertas. A los herederos se les llama *in universum ius*; por eso si alguno de los llamados premuere, no acepta o es incapaz, su parte deja de comprimir la de los demás, que acrecen.

Otra posición arranca de que el testamento es una mera corrección o rectificación de lo que la ley previene ab intestato. Admite, por tanto, como cosa lógica, el testamento *ex parte*. Por eso, mientras el testamento no agote el «*cas*», emergen del transfondo las disposiciones ab intestato, llenando los espacios vacíos, y si falla alguno de los instituidos, sin sustituto nombrado, ocurre lo mismo, las disposiciones legales de la sucesión intestada cubren la vacante. No hay, en este segundo sistema, acrecimiento derivado de la universalidad conceptual del título de heredero—no hay *no decrecimiento*—, sino, en su caso, el dimanante de la conjunción en el llamamiento, por la valoración legal de la voluntad del causante a través de ese dato.

Entre ambas posiciones extremas caben términos medios. Sea buscando caústicamente, sin arrancar de ninguna de las posiciones opuestas, la determinación de cuál debió ser la verdadera voluntad del causante. O bien, aislando el supuesto de disposición incompleta y el de vacante: aplicando al primero la doctrina de la compatibilidad de la sucesión testada e intestada, y al segundo las de la universalidad de la institución y del consiguiente derecho de no decrecer, o acrecimiento derivado de la universalidad, sin necesidad de conjunción en el llamamiento.

Finalmente, cabe armonizar la coexistencia de la sucesión intestada con las disposiciones testadas incompletas y el principio de la universalidad de la institución de herederos, reduciendo a la categoría de legatarios o fideicomisarios a los llamados testamentariamente como herederos, cuando entre todos no ago-

En el ámbito temporal ocurrió algo parecido que en el espacial. El *heres ad tempus* era un absurdo formal y lógico: por eso se prescindía de la nota temporal que la perpetuidad del título rechazaba. En cambio, en el testamento militar se atendía a la determinación cronológica, porque al *nomen* no se le concedió valor formal. Pueden los militares designar heredero desde o hasta cierto día. Y como se admite la posibilidad de que el testamento de un militar sea incompleto, tanto espacial como temporalmente, se acepta que la sucesión intestada lo complete (143).

En el Derecho romano intermedio siguió prevaleciendo el *nomen* sobre el *tempus*, pero tan sólo cuando el testador no expresó—reforzando su limitación temporal—que no quería que aquél se sobrepasara o no ordenó el tránsito a otro llamado. La glosa de Baldo—según hemos visto antes—en estos casos quiso amparar la evidente voluntad del testador y mantener la limitación temporal a través de la restitución fideicomisaria. De ese modo, en estos casos, el *tempus* afectaba a la *assignatio*, pero no al *nomen* del llamado en primer lugar, y, en cambio, cancelaba el *nomen* del llamado legal o testamentariamente en ulterior lugar. Así quedaba a salvo la intención expresa del testador, se respetaba el *nomen* si dogmáticamente se sostenía el concepto y se prescindía del mismo cuando la determinación temporal, reiterada en su expresión, lo desmentía conceptualmente.

El cotejo del régimen romano del testamento común con el sistema del testamento militar y con la rectificación del régimen civil común por la doctrina de los autores de Derecho intermedio nos ofrece estas perspectivas:

A) *En cuanto a la atribución:*

a) El *nomen* se impone al *tempus* (sistema del testamento civil romano).

b) El *tempus* solamente se impone al *nomen* cuando expresamente lo reiteraba el testador designado, otro heredero cronológicamente posterior o prohibiendo la continuación del instituido después del tiempo fijado (sistema predominante entre los autores de Derecho común).

ten el caso. Esta solución es la que dió Matienzo al estimar que la ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, consideró que los *heres ex re certa* eran siempre legatarios, ya que necesariamente concurrían con *heres ex asse*, aunque testamentariamente estos no hubieran sido designados. Porque en este caso lo serían aquellos a quienes correspondiera *ab intestato*, con derogación de la ley *Si ex fundo*, pero con respeto a la universalidad de la institución.

(143) Ese doble aspecto formal y ontológico lo confunden los autores, como ERNEST ROGUIN: *Traité de Droit civil comparé*, IV, París, 1912, núm. 1.634, página 1, que invocan el testamento militar para sostener que la regla *semel heres semper heres* no derivaba esencialmente de la naturaleza de las cosas. En realidad, lo característico de la regulación del testamento militar era que se desentendía del valor formal del *nomen* de heredero.

c) El *tempus* se impone siempre al *nomen* (sistema militar romano).

B) *En cuanto al concepto*:

Ahí se presenta otra interrogante: La subordinación del *nomen* al *tempus* ¿afecta al concepto representado por el *nomen*?, o ¿sólo desvirtúa el *nomen*, pero sin afectar al concepto, que, por tanto, en tales supuestos deja de estar bien designado por dicha denominación que resulta impropia? Es decir, ¿cabe realmente un *heres ad tempus*, o bien se cumple la limitación temporal a través de otra vía jurídica?

La posición del Ordenamiento de Alcalá en la primera perspectiva, según los autores castellanos próximos al Código civil—exceptuando Tapia—significó el tránsito del predominio del *nomen* a su subordinación al *tempus*. Los clásicos castellanos no lo habían apreciado así. Pero estos autores fundamentaron el predominio del *nomen* en el principio de la incompatibilidad—espacial y cronológica—de la sucesión testada y la intestada a título de herederos. Y como los prolegómenos del Código civil estimaron derogada esa incompatibilidad por el Ordenamiento, no es de extrañar la dispar opinión de unos y otros, estimando los modernos que cabría ingerir de *temporalidad* la institución de heredero.

Lo cierto es que el Código civil declara que: «Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. En ambos casos, hasta que llegue el término señalado o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso no entrará éste en posesión de los bienes, sino después de prestar caución suficiente con intervención del instituido» (art. 805).

Y que: «Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales» (art. 791). (Con lo cual parece autorizar la institución, tanto bajo condición suspensiva como bajo condición resolutoria.)

A la vista de estos preceptos debemos fijar la posición del Código civil, apreciada desde cada una de las perspectivas antes señaladas.

A) Desde la primera perspectiva no ofrece duda que aun cuando se llame heredero a una persona puede serle limitada temporalmente su adquisición. El *tempus* se impone al *nomen*.

Pueden alternar intertemporalmente en el goce de los bienes relictos por el causante, unos llamados por testamento, otros *ab intestato*. Para determinar la verdadera intención del testador, más que el *nomen* pesan la *assignatio* (arts. 668, § 2.º, y 768) y la determinación del *tempus* (art. 805).

B) Pero el problema fundamental es el correspondiente a la segunda perspectiva: ¿el llamado *heres ad tempus* es verdadera-

mente un heredero temporal? ; ¿el designado heredero bajo condición resolutoria es realmente bajo condición resolutoria?

La respuesta a estas preguntas exige, ante todo, que clarifiquemos el concepto de heredero.

El Código civil lo descompone en dos artículos. En el uno examina la posición del heredero en el fenómeno sucesorio: la *successio in ius*; en el otro observa la universalidad de esa sucesión: la *adquisitio per universitatem*.

Bajo el primer aspecto dice el artículo 661: «*Los herederos suceden al difunto, por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.*»

Desde el segundo, el artículo 660 define: «*Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular.*»

No se trata de conceptos antagónicos derivados de sistemas conceptuales diferentes. Uno y otro sólo suponen dos visuales diversas de un mismo fenómeno. Entre ambos su examen se complementa como con la observación de sus diversas dimensiones se completa de modo total el examen de un cuerpo físico.

Las ideas de Bonfante (144) han sido revisadas en este sentido por Biondi (145). Para este autor: «La tradicional frase *successio in universum ius*, lejos de ser pleonástica resulta apropiada en cuanto indica el modo y el objeto de la *successio*: indica, en suma, que se trata de la esfera jurídica concebida como unidad compleja.»

La *successio in ius* significa la subrogación del heredero en la situación jurídica del *de cuius* (146): es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. La *hereditas* como *universitas* no es sino la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; unidad que no existe ni con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio (147).

(144) FIETRO BONFANTE: «La *successio in universum ius de l'universitas* y La *firmazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en «*Scritti Giuridici Varii*». Torino, 1926, págs. 276 y ss. y 307 y ss., estimó que el concepto de *universitas* fué extraño a la jurisprudencia clásica y se formó en la época postclásica, llegando a la compilación justiniana a través de numerosas interpolaciones.

(145) BIONDO BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., núm. 26, páginas 62 y ss.

(146) BIONDI: Op. últ. cit., núm. 15, págs. 31 y ss. Precisa este autor que el heredero no sólo se subroga en los derechos y obligaciones del causante, sino en situaciones que no pueden concretarse en estas categorías, como la *conditio usucapiendi*, la buena o mala fe, etc. A juicio de este autor, la idea de la *successio in loco ius*, se explica sin necesidad de recurrir—como hizo BONFANTE—a la idea de la sucesión en el grupo familiar (*Diritto ereditario...*, cit., números 20 a 22, págs. 41 y ss.).

(147) BIONDI: Op. últ. cit., núm. 24, pág. 52.

La relatividad y momentaneidad (prorrogable en determinadas situaciones muy particulares, como la imagen de una cinta cinematográfica que se detiene en la pantalla, conservándose en ella hasta que la película vuelve a continuar en su rotación) de esa contemplación *in universitatem* (como la fotografía de un solo instante de un fenómeno dinámico), que retrata en su preciso momento la situación jurídica objeto de la *successio*, es peligroso quererla hacer perdurar como realidad más allá de ese su momento, fosilizándola como un objeto estático (148).

Hereda la persona a cuyo favor se opera este fenómeno sucesorio. Heredero es aquel en quien se produce o en quien se ha producido, es decir, la persona que hereda o ha heredado.

Del mismo modo que quien nace y reúne las condiciones exigidas para ser persona no puede dejar nunca de haber sido persona, el que ha sucedido *in locu ius* tampoco puede dejar nunca de haber sido heredero. Ese es el sentido del principio *semel heres semper heres*: el que ha sido heredero no puede deshacer su *successio in ius*, como el nacido no puede destruir su nacimiento.

La cualidad de heredero deriva de la actuación del sujeto como entrante en un fenómeno sucesorio. Si este fenómeno no puede destruirse no se puede perder aquella cualidad. No se trata de una posición, de un estar (que puede sufrir cambios), sino de una cualidad derivada de un hecho dinámico que—aunque se agota en un momento—imprime carácter perpetuo a sus sujetos (149).

A primera vista todo cuanto decimos puede parecer muy especulativo, demasiado teórico. Pero no es así. Obedece a una lógica y a una ontología llenas de trascendencia empíricas.

El que hereda no puede dejar de ser heredero de su causante, porque no puede dejar de haberle heredado (150).

Por eso, no es posible heredar bajo condición resolutoria, que presupondría la posibilidad de la retroacción del fenómeno sucesorio; es decir: la vuelta al difunto *universum ius*, más difícil si cabe que el regreso del parto al claustro materno. Regreso que no es admisible ni siquiera limitándolo al momento de yacencia de

(148) Muchos errores resultan de esa equívoca transformación en un patrimonio estático. La herencia no es sino un conjunto de relaciones jurídicas de tránsito, es decir, en momento dinámico. Sin incurrir en dicha confusión quedan nitidamente diferenciados los conceptos de heredero y de legatario de parte alicuota. Aquél sucede *in universum ius*; éste sólo adquiere unos bienes correspondientes a una cuota líquida de la herencia que debe entregársele como resultado de su liquidación.

(149) No puede dejar de serlo el heredero aparente, porque en realidad no lo fué nunca. La eficacia de alguno de los actos del heredero aparente no deriva más que del valor que se concede a algunas apariencias jurídicas.

(150) La titularidad de un derecho—como la propiedad—es un estado actual que por eso puede concluir; la cualidad de heredero como derivada de un hecho que ya ha sido no puede perderse, porque el hecho que la motivó no puede dejar de haber ocurrido.

la herencia, porque presupondría la posibilidad de retrotraerla otra vez al momento de la apertura de la sucesión, borrando de la historia lo que por haber ocurrido no puede dejar de haber sido. Los efectos de esa retroacción no se limitarían tan sólo a la invalidación de los actos de disposición formalizados por el heredero que la sufriera, ni a plantear la cuestión de si éste debe o no devolver los frutos percibidos, sino que afectaría incluso a todos los actos particionales, así como al pago de las deudas hereditarias y al cobro de sus créditos. Teleológicamente, aunque sólo fuera por esta razón, debería rechazarse como fenómeno jurídico normal.

Por igual razón, el que ha heredado no puede dejar de ser heredero en un término final, cierto o incierto—es decir, pendiente de condición extintiva (no retroactiva)—. Ni es heredero el instituido para después del término, es decir, desde el día de la cesación del derecho del primeramente llamado a los bienes que heredó. Porque, si la sucesión ya se había operado en la persona del primer instituido, el llamado para después del heredero ya no puede suceder en el *universum ius defuncti*.

Lo contrario ocurre en la institución bajo condición suspensiva porque ésta únicamente retarda el fenómeno sucesorio abriendo un período interino de pendencia, con administración de la herencia que, como tal, se prolonga temporalmente. Esa condición afectará a quien en definitiva sea heredero, en virtud de la doble retroacción del cumplimiento de la condición suspensiva y de la aceptación de la herencia, de modo que el administrador de la herencia habrá sido en definitiva el administrador de quien resulte ser en definitiva el heredero.

No cabe, por tanto, la concurrencia complementaria de un heredero bajo condición suspensiva y otro bajo condición resolutoria (151). Contrariamente, en todo caso de institución bajo condición suspensiva habrá en pendencia, por lo menos, dos posibles herederos: el instituido bajo condición y su sustituto, si se hubiere designado o, en otro caso, el que lo sería *abintestato* de no cumplirse la condición. Los artículos 801, 802, 803 y 804 del C. c. confirman esa construcción.

C) Ante la divergencia de las dos perspectivas que hemos contemplado no tenemos más remedio que buscar su síntesis armónica.

La adecuada conjunción de ambas realidades, la *ius* positiva y la lógica-ontológica, sólo es posible admitiendo que la primera sólo persigue un fin práctico que el texto legal expresa con terminología técnicamente incorrecta o inexacta, recogiendo la que es usual en el léxico de aquellos testadores que dan lugar al problema por emplear sin precisión científica ciertas denominaciones para expresar su voluntad práctica.

(151) GONZÁLEZ PALOMINO (Op. últ. cit., pág. 903) ha señalado certeramente el error que supone la creencia de la solidaridad recíproca como cara y cruz de una misma moneda de las condicionalidades suspensiva y resolutoria.

Por eso, para hallar la solución ajustada debemos arrancar de la raíz de esa impropiedad. Es decir, hay que buscar la intención empírica perseguida por quien instituye *ad tempus* o bajo condición resolutoria.

El Derecho romano hizo todo lo contrario y estimó no puesta aquella determinación de tiempo o aquella condición resolutoria incompatibles con la perpetuidad del carácter de heredero. Desde Baldo, los autores de Derecho común—como hemos visto—empezaron a rectificar esa solución, inclinándose a dar preferencia sobre la expresión formal del título de heredero a la determinación empírica de la voluntad del testador, aunque nada más que cuando éste la reforzaba y reiteraba prohibiendo que el heredero lo fuese pasado el tiempo fijado o designando otro heredero para ese momento, con expresiones impropias en uno y otro caso. Hoy, en todo caso, debe atenderse a la voluntad expresa del testador, imponiéndola sobre la expresión incorrecta del *nomen*.

¿Cuál es la intención empírica de quien instituye a una persona desde o hasta cierto tiempo o bajo condición resolutoria?

Evidentemente, en el primer caso el disponente quiere limitar el tiempo de goce de los bienes hereditarios y en el segundo pretende establecer la misma limitación al instituido para el solo caso de que la condición impuesta dé lugar a ello. En esta segunda hipótesis, el causante puede incluso pretender que el instituido devuelva los frutos percibidos. Lo que no resulta concebible es la pretensión de que la sucesión se deshaga, ni la de que se invaliden todos los actos realizados por el instituido, es decir, que se repitan sus cobros y pagos, y que se deba volver a verificar la partición en la cual intervino. Ni tampoco que el fenómeno sucesorio ocurrido entre el causante y el heredero se repita en una nueva persona. Esta, aunque traiga su causa del propio causante, no le sucede directamente, sino que si recibe—más o menos modificada—la masa de los bienes, total o parcialmente integrantes de aquella sucesión, es después de haber pasado por el patrimonio del que fué instituido y la recibió al momento de abrirse la sucesión. Por lo tanto:

a) El instituido hasta cierto tiempo debe estimarse como heredero gravado de restitución—para cuando llegue aquel día—a favor del llamado para entonces o, de no haberse designado, a favor de los sucesores abintestato (152).

(152) Así lo entiende el Derecho alemán vigente § 2.104 B. G. B. Ver: THEODOR KIPP: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, trad. de la 8.ª ed. alemana, con notas de ROCA SASTRE, Barcelona, 1951, § 45, II, pág. 266; JULIUS BENDER: *Derecho de Sucesiones*, trad. esp. y notas de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, § 11, II, pág. 110. Así lo entiende, en sus notas a esta última obra, LACRUZ, pág. 11 e.

b) Al instituido bajo condición resolutoria hay que entenderlo como heredero gravado de restitución condicionada al cumplimiento de la condición resolutoria a favor o bien del instituido para dicho evento o de los sucesores abintestato (153).

c) Los llamados para después de cierto tiempo o para el caso de haber lugar la condición resolutoria impuesta al primer instituido deben ser considerados como sustitutos fideicomisarios a plazo (sin perjuicio de que a su vez puedan estar condicionadas las sustituciones) o bajo condición, respectivamente (154).

La posibilidad de la institución de heredero bajo una verdadera condición resolutoria ha sido muy discutida en Francia e Italia, después de la abolición de los fideicomisos. Luego, al tratar específicamente la cláusula *si sine liberis decesserit*, nos ocuparemos de esta discusión, que indudablemente ha venido forzada en estos dos países por la necesidad de hallar un cauce que supliera las más elementales soluciones cegadas con la abrogación de las sustituciones fideicomisarias.

El doble llamamiento a término ha sido contemplado en la doctrina española por Díaz Cobeña y por Jerónimo López. El primero (155) consideró que implicaba sustitución fideicomisaria la cláusula por la que el testador «dejaba heredera de todos sus bienes a su legítima esposa doña M. A. y M. y después del fallecimiento de ésta a la hermana del testador doña L.» El segundo (156), critica esta opinión y afirma que «en el supuesto antedicho se trata meramente de herederos a término».

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 24 de octubre de 1954 se enfrentó con una cláusula testamentaria del tenor siguiente: «Declaro y constituyo heredera universal de todos mis bienes existentes... a mi criada M. C. G. T., y al fallecimiento de ésta a los cuatro sobrinos de ésta mancomunadamente que la sobrevivan y en la actualidad habitan en mi compañía J. G. M., J. M. E. y E. M. G.» Al juicio de nuestro más Alto Tribunal en esta disposición testamentaria se cumplían los requisitos exigidos para que pudiese tener lugar la sustitución fideicomisaria, ya que había un doble llamamiento dispuesto sucesivamente a favor de personas distintas y que llevaba implícito la obligación de conservar.

(153) Lo mismo se entiende en Derecho alemán. Ver KIPP y BINDER, locs. cit. En cambio, LACRUZ, pág. cit., estima que en este caso no ocurre así, tal vez por valorar nuestro docto amigo la expresión técnica «condición resolutoria», por encima de las consideraciones antes expuestas.

(154) Concuere da con esta doctrina el § 2.105 del B. G. B. Ver KIPP: Op., vol y § cit., págs. 265 y ss. y BINDER: Loc. cit. LACRUZ: Loc. cit., acepta esta tesis para nuestro derecho.

(155) LUIS DÍAZ COBEÑA: *Sustitución fideicomisaria*. Art. 781 del Código civil—16 noviembre 1916—en *Dictámenes*. Madrid, 1919, págs. 181 y ss. El punto central del dictamen se concretaba a determinar si la instituida en primer lugar podía disponer o no de los bienes heredados, o si, por el contrario, la segunda institución implicaba fideicomiso con la consecuente vinculación de los bienes.

(156) JERÓNIMO LÓPEZ: *La regulación del fideicomiso de residuo*, loc. cit., nota 120, pág. 777.

Hemos expresado nuestra opinión coincidente con el dictamen de Díaz Cobeña y con lo declarado en la referida Sentencia. Para completar el panorama nos falta analizar la verdadera fisonomía de la disposición, es decir, lo que son en nuestro Código las sustituciones fideicomisarias, y por observar la repercusión práctica que pueda tener la forma directa y no oblicua del segundo llamamiento.

De momento anticipamos que el Derecho italiano, tanto en el *Código civil* de 1865, en su artículo 851, como el vigente artículo 637, ha mantenido y mantiene la inacceptabilidad de la institución de heredero a término inicial o final, que ordena se considere como no impuesto.

Ruggiero (157) explica que con el término inicial pugna la continuidad ininterrumpida de las relaciones del difunto mediante la sucesión, y que el término final contradice los principios de la perpetuidad del título y de la irrevocabilidad de la aceptación y—en Italia—la prohibición de las sustituciones fideicomisarias (que impiden esa resolución práctica, posible en nuestro Código y en el alemán sin contradicción ontológica alguna). De esto—según el propio Ruggiero—«puede extraerse otro argumento para probar la improcedencia de la condición resolutoria, que funciona analógicamente al término final, ya que si la ley prohíbe éste de modo expreso, tal prohibición debe aplicarse a aquélla». Como luego veremos, la doctrina italiana (158) quiere eludir esa contradicción apoyándose en la retroactividad de la condición resolutoria (lo cual estimamos pura ficción incompatible con la realidad fenomenológica y con su limitada eficacia fáctica).

§ 3.º *La esencia de la sustitución fideicomisaria: el orden sucesivo. Su expresión dispositiva.*

Suele decirse por la doctrina nacional (159) y por la extranjera (160) que la sustitución fideicomisaria se caracteriza por: 1.º el llamamiento múltiple; 2.º la obligación de conservar y restituir,

(157) ROBERTO DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II (traducción española de la 4.ª ed. italiana, anotada por Ramón Serrano Súñer y José Santa Cruz Teijeiro), Madrid, 1931, § 147, pág. 1159.

(158) Ver BARASSI: Op. cit., núm. 142, pág. 407, que estima que la retroactividad hace compatible esa condición con la perpetuidad de la institución de heredero; y AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 266, pág. 473, en rel. número 285, pág. 502, quienes entienden que esa retroactividad *ex tunc*, excluye la prohibición de la sustitución fideicomisaria.

(159) Ver FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho romano*, Madrid 1925, pág. 38 y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. II, Madrid, 1939, pág. 240 y ss.

(160) Ver ERNEST ROGUIN: Op. y vol. cit., núm. 1.760, págs. 107 y ss.; ROBERTO DE RUGGIERO: Op. cit., § 147, pág. 1165; LODOVICO BARASSI: *Le successione per causa di morte*, 3.ª ed. Milán, 1947, núm. 155, pág. 450; FRANCESCO SAVERIO AZZARITI, GIOVANNI MARTÍNEZ y GIUSEPPE AZZARITI: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed., Padova, 1948, núm. 285, págs. 501 y siguientes; FRANCESCO MESSINEO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, III-II, 8.ª ed., Milán, 1952, § 184, 2.ª ter, págs. 125 y ss.

o mejor dicho, la sujeción de los bienes a la restitución, y 3.º el orden sucesivo.

Pero, como ha subrayado Roca Sastre en su discurso (pág. 29), es el orden sucesivo impuesto por el testador la nota característica y típica de la sustitución fideicomisaria. Jerónimo López (161) recientemente ha demostrado cumplidamente que la llamada obligación de conservar—es decir, la sujeción intervivos a la restitución mortis causa—no es esencial en la sustitución fideicomisaria, dentro de la cual queda incluido el llamado fideicomisario de residuo. Podemos precisar que dicha sujeción es una característica natural de la sustitución. Es decir, que se debe sobreentender en toda sustitución fideicomisaria si no ha sido dispensada por el fideicomitente.

Caracterizan, por lo tanto, la sustitución fideicomisaria estos dos datos: el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo, como nota esencial, y la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, como característica natural que el disponente puede dispensar.

Pero para precisar la esencia y efectos de la institución es necesario examinar la posición jurídica de sus sujetos. Trataremos de bosquejarla partiendo de la hipótesis normal de que no se haya excluido la sujeción del instituido a la restitución total de los bienes fideicomitidos.

A) *Posición del instituido con gravamen de sustitución fideicomisaria.*

Roca Sastre (págs. 31 y ss. y 63 y ss.) ha expresado perfectamente que el fiduciario, o primer llamado gravado con una sustitución fideicomisaria, es heredero y no deja de serlo por la restitución. (Tampoco dejan de serlo el heredero vendedor de su herencia o el que debe entregar todo su contenido agotado en legados de parte alícuota o de otra clase.) Lo que el fiduciario tiene limitada, en cuanto al tiempo, es la propiedad de los bienes heredados, salvo en el caso del fideicomiso de residuo. De esa calificación derivan interesantísimas consecuencias. Trataremos brevemente de las principales:

a) *Si la sustitución fideicomisaria resulta ineficaz, por cualquier causa, el gravado por ella queda liberado del gravamen, lo mismo que el heredero gravado con legados o cargas que caduquen.*

Núñez Lagos (pág. 131) cree lo contrario. Conceptúa que el fiduciario está *instituido heredero a término resolutorio* si su situación no resulta afectada *ex re* (v gr., por haber sido instituido *ex re certa*, en cuyo caso lo califica de legatario a término resolutorio) o *ex persona* (por la situación de los fideicomisarios. v. gr., si la sustitución se ha establecido sobre una finca). Esta concepción como heredero temporal a término resolutorio le arrastra a Núñez Lagos a considerar que, a la inversa que en el fideicomiso ro-

(161) JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ: *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español*, en «An. Dr. Civ.», VIII-III, págs. 743 y ss.

mano y catalán, en el Código civil, por aplicación de los artículos 805 y 764, el instituido con gravamen de sustitución fideicomisaria, «como el legatario, como el usufructuario, como el titular de derecho real en cosa ajena, no purifica nunca su condición y no adquiere jamás *iure fideicommissi* el derecho del fideicomisario». Y que a falta de éste y de los sucesores del mismo, cuando el término concluye, se entenderán llamados los sucesores legítimos del fideicomitente.

He ahí una consecuencia heterodoxa derivada, con lógica perfecta, de una calificación dogmática inexacta. Ello nos demuestra la importancia que tienen las matizaciones perfectas para evitar que una imperceptible desviación en el diagnóstico nos lleve a resultados no sólo dispares, sino incluso opuestos. En este caso la falsedad del resultado a que llega nuestro querido amigo queda probado sin necesidad de salir de la regulación de la sustitución fideicomisaria en el Código civil.

En el artículo 786 C. c. contempla precisamente un supuesto en el cual las sustituciones fideicomisarias no pueden tener efecto por nulidad de la sustitución, y lo soluciona así: «*La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento. Sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.*»

Si no llega a tener efectividad la cláusula fideicomisaria queda purificada la institución y el heredero liberado del fideicomiso. Esta norma responde a la tradición jurídica castellana y ha llegado al Código civil a través del artículo 637 del Proyecto de 1851 (162). Con la doctrina romano-común aplicada por los clásicos castellanos se llegaba a esta solución. El Derecho dado por Carlos III el 28 de abril de 1789 y la Cédula del Consejo, de 14 de mayo del mismo año, que pasó a ser ley 13 del título XVII, libro X de la Novísima Recopilación al decretar nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren sin real facultad, expresó el derecho de «los parientes inmediatos del fiador o testador para recamaras y suceder libremente». Al comentar el artículo 637 del Proyecto de 1851, precedente del 786 C. c., García Goyena (163) explicó que a la vista de la imprecisión de las expresiones *parientes inmediatos* de la citada ley 13 y *parientes que según derecho sean herederos ab intestato* del Decreto de 30 mayo 1840 (que, subrayémoslo, se referían a los herederos del primer llamado y no a los del disponente): el artículo del Proyecto no recogió estas expresiones y buscó otra fórmula para expresar que la sucesión (del primer llamado) habría de regirse por las disposiciones de la sección anterior, que se ocupaba de la institución de heredero. Es decir, que al primer llamado le sucederían quienes fueran sus propios herederos, testamen-

(162) Ver JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ: *Carácter de la nulidad de la sucesión fideicomisaria...*, en «AN. DR. CIV.», III-II, cit., págs. 507 y ss.

(163) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, moitos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, art. 647, págs. 851 y ss.

tarios o *ab intestato*, en su caso respectivo, y nunca los del disponente (164). Respectivamente, González Palomino (165) y Díez Pastor (166) coinciden en decir: «Si el fiduciario tiene la obligación de entregar los bienes, de «transmitir» los bienes al segundo, en el momento en que no haya segundo y no tenga a quien «transmitir» ni entregar habrá desaparecido su obligación», y «Que el fiduciario sea heredero no me ofrece duda; supuesto que el segundo llamamiento haga defecto, la herencia se purifica en él, no pasa a los herederos abintestato».

Ahora bien, como la voluntad del testador es la ley de la sucesión, en caso de duda debe atenderse a su intención según el tenor del mismo testamento (art. 675 C. c.). De las propias palabras del testador o de su intención podrá deducirse si no quiso liberar de la restitución al instituido para el caso de no resultar efectiva (por nulidad o por otra causa) la sustitución fideicomisaria. Esta intención deberá resultar del mismo testamento (167) y no podrá

(164) Notemos que la ley 13 antes citada, se refería a un supuesto de nulidad total de la vinculación mientras que el artículo 637 del Proyecto de 1851, así como el 786 C. c., sólo se ocupan de la nulidad de la sustitución de un solo grado. Por eso estamos completamente de acuerdo con JERÓNIMO LÓPEZ: *Op. últ. cit.*, en su crítica a la desafortunada sentencia de 29 de octubre de 1949, la cual, partiendo de la nulidad de las sustituciones de más del segundo grado, invalidó los llamamientos de los sustitutos comprendidos en los grados permitidos y sólo mantuvo la institución.

(165) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, cit., pág. 901.

(166) DíEZ PASTOR: *Las disposiciones...*, cit., pág. 565.

(167) Un supuesto interesante es el que se plantea en la hipótesis de designación de usufructuario vitalicio con llamamiento de herederos *post mortem* de aquél. Se trata de una secuela de un viejo problema (ver JOAN MARTÍ MIRAY LLES: *Principis del Dret Successori*, Barcelona 1925, 5.ª lectura, 3.ª y 4.ª fórmulas, págs. 194 y ss.), que fué resucitado por nuestro querido compañero JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario*, en «Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio», «Anales Ac. Matr. del Not.», vol II, págs. 547 y ss., y dió lugar a su polémica con otro querido compañero, JOSÉ LUIS DíEZ PASTOR: *Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos y Apéndice pseudo polémico*, en «Anales Ac. Matr. del Not.», vol. VI, págs. 543 y ss.

Nuestra opinión es la de que no cabe una solución unitaria, sino que debe resolverse en cada caso interpretando la voluntad del disponente, según el tenor de su testamento. Eso es lo que hizo la sentencia de 6 de marzo de 1944. Si en ella se consideró a la usufructuaria como heredera fiduciaria y a los instituidos *post mortem* como sustitutos fideicomisarios condicionales y no como nudo propietarios, no fué por el camino lógico dogmático seguido por GONZÁLEZ PALOMINO, sino porque en aquel caso de la expresión testamentaria se deducía que aquella era la voluntad del testador. Así, aquella disposición, determinaba que si uno de los instituidos en usufructo en segundo grado fallecía sin sobrevivirle hijos, su derecho acrecería al de su hermano, y a su muerte lo heredarían los descendientes legítimos de éste. Con lo que si el primero dejaba descendencia, se cortaba el camino a toda posible transmisión de los derechos de los llamados *post mortem* del segundo. A falta de alguna circunstancia clara, como la indicada, creemos que lo correcto y normalmente lo más conforme con la voluntad del causante, será considerar al llamado como usufructuario, meramente como tal, y que la nuda propiedad está transitoriamente incierta hasta el fallecimiento del usufructuario. Por tanto, sólo en caso de darse aquellas cir-

presumirse nunca, no sólo porque la regla general es la expresada, sino, además, por la prohibición de los fideicomisos conjeturados (art. 785, núm. 1 C. c.). Evidentemente la restitución a los herederos *ab intestato* del fiduciante a la muerte del fiduciario, significaría una sustitución fideicomisaria que, de no resultar del mismo testamento, como presunta debe ser rechazada.

En cambio, el problema se agudiza en los casos en que el fideicomiso no haya sido dispuesto imponiendo textualmente al heredero dicha restitución u ordenándosele con palabras comunes, sino impropriamente designando un segundo heredero cronológicamente ulterior, es decir, usando la fórmula de designar dos herederos a términos sucesivos (168). ¿Puede deducirse de este modo de expresión que fué intención del testador no liberar de restitución al heredero, que llamó hasta un tiempo cierto, aunque aquél a quien designó para después no pudiera o no quisiera suceder? La cuestión debe ser resuelta subdistinguiendo, según la hipótesis de que se trate, conforme al contenido de la disposición testamentaria.

Instituidos un heredero hasta cierto día y otra persona para después, si resultare nulo ese segundo llamamiento, no aceptare el llamado o éste premuriese sin dar lugar a la transmisión de su derecho por falta de herederos (recordemos que el Estado sucede en los bienes *tamquam vacantia* no *tamquam heres*) (169): ¿deberá entenderse que el heredero primeramente llamado queda liberado del término por aplicación de las reglas de la sustitución fideicomisaria, o por el contrario, habrá que aplicar el artículo 805 del Código civil y entrarán al llegar el día los herederos abintestato del

cunstances de haber premuerto al usufructuario todos los llamados *post mortem usufructuarii*, la herencia en cuestión, al fallecer, aquél, pasaría a los herederos del pseudousufructuario. De no darse, los bienes pasarían a los herederos abintestato del causante.

Como acertadamente expuso Díez PASTOR: *Las disposiciones...*, cit., página 573, «habrá sustitución fideicomisaria, aunque se le llame usufructo, cuando el testador haya querido hacer heredero al llamado usufructuario, pero no cuando le haya querido dar sólo el usufructo. Claro es que toda la cuestión no pasaría de ser un juego de palabras si en su contenido se identificasen ambas situaciones. Para mí, el contenido de facultades del fiduciario no puede ser sino muy distinto de las del mero usufructuario».

(168) En Derecho alemán se entiende, según explica KIPP: *Op. cit.*, volumen I, § 45, II, al comentar el § 2.104 del B. G. B., que: «Si el causante ha instituido para un caso herederos fideicomisarios y para otro no, de ello no hay que concluir sin más que en este último caso los herederos legales han de ser fideicomisarios. Únicamente lo son cuando el causante ha dado a entender que tampoco en este caso el primer heredero debe conservar la herencia.

(169) En el § 2.105, *Op. 2.º* del B. G. B. excluye expresamente al Fisco a efectos de la disposición de dicho § de su calidad de heredero legítimo. ROCA SASTRE, notas a KIPP, § 45, pág. 268, vol. cit., y LACRUZ BERDEJO (notas a BINDER, cits. § 11, pág. 113), creen que en España, a falta de disposición expresa en igual sentido, el Estado tendrá, a efectos del 805, la condición de heredero legítimo.

Estimamos más convincentes las razones de los prácticos castellanos que sostuvieron la tesis que recordamos en el texto.

testador? El artículo 805 se refiere sólo al caso de que se instituya un heredero hasta o desde cierto tiempo sin prever para el resto del tiempo, con lo que implica la vocación como fideicomisario, en el primer caso, o como heredero gravado de restitución, en el segundo, de los herederos intestados; o, también comprende los supuestos de doble llamamiento para tiempos cronológicamente sucesivos si falla por cualquier causa alguno de los llamados? (170). Nos inclinamos por la primera hipótesis siempre que la intención del testador no resulte ser otra, según el tenor de su testamento. La Sentencia de 12 de febrero de 1915 confirma, en esencia, esa opinión. En un supuesto de sustitución del instituido por los hijos que dejare a su fallecimiento y anulada en otro litigio la institución por incapacidad de aquél, resolvió que en el tiempo que mediara entre la apertura de la sucesión y la muerte del instituido en primer lugar, cuya institución fué declarada nula, no debía aplicarse al artículo 805, sino que los sustitutos ya nacidos debían heredar directamente al causante (sin perjuicio de que si dejase al morir aquél más hijos legítimos también heredarían éstos, lo que sólo daría lugar a la consiguiente corrección en la determinación de la cuantía correspondiente a los ya nacidos al abrirse la sucesión), aún cuando no hubiere fallecido el primer instituido.

b) *El heredero gravado de restitución responde ilimitadamente de las deudas del causante si no ha aceptado su herencia a beneficio de inventario y puede cobrar sus créditos (171), sin perjuicio de imputar el importe de unas y otros a la cuenta de la masa a restituir (art. 83, § 2.º).*

La opinión opuesta, respecto a la responsabilidad personal e ilimitada de fiduciario, fué defendida por Roca Sastre (172). El razonamiento de nuestro maestro y amigo, parte de una exacta explicación del doble fenómeno de la sucesión y la restitución del

(170) ¿En qué momento deberían determinarse los herederos abintestato? ¿En el de la muerte del causante o en el del día fijado?

En hipótesis, de instituirse heredero desde cierto día y deber entrar previamente los legítimos, conforme al artículo 805, ¿qué ocurriría si fallare aquél?, ¿quién entraría al llegar ese día?, ¿continuarían los actuales causahabientes, o entrarían los que fueron al fallecer el causante sus herederos abintestato?, ¿o su lugar deberían ocuparlo aquellos que hubieren sido los herederos legítimos del causante al llegar el día? (v. gr.: al morir A., causante, le sucedieron hasta el día en que debe entrar B. los herederos legítimos del propio A., sus hermanos C. y D. Estos premueren a B., heredándose a su vez, testamentariamente, sus esposas M. y N. Llega el día y B. repudia, ¿continuarán M. y N. en el goce de los bienes heredados de A. o deberán pasar a X, Y y Z, primos de A. y que en el día cierto fijado para la entrada de B. serían los herederos abintestato de aquél?). Las normas de la sustitución fideicomisaria abonarían la primera solución—por la que nos inclinamos—, mientras que la aplicación extensiva del artículo 805—que rechazamos en el texto—nos llevaría a la contraria.

(171) Puede incluso cobrar créditos garantizados con hipoteca y cancelar éstas (Res. 12 mayo 1903) recogida en el artículo 178 R. H.

(172) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, vol. II (Madrid, 1948), pág. 48.

heredero gravado de fideicomiso: «Una vez ha aceptado la sucesión el fiduciario, se produce una confusión entre su patrimonio y el hereditario; pero esta confusión es provisoria o interina, pues una vez llegue el momento de la restitución desaparece esta confusión y el fiduciario o sus herederos pueden reclamar los créditos que aquél tenía contra la herencia y que mientras aquél era heredero se hallaban bloqueados o congelados por causa de confusión de titular.» Pero, la conclusión que después formula, de que sería absurdo que el fiduciario tuviera que pagar deudas hereditarias no siendo los bienes completamente suyos por no adquirir efectivamente un valor libre, ya no nos parece del todo aceptable. La responsabilidad *ultra vires* o *intra vires*, frente a los acreedores del causante, afecta a éstos que son terceras personas respecto la relación entre fiduciario y fideicomisario. La respetabilidad de los derechos de aquellos reclama las debidas garantías para que no sean defraudados (173). Para esto se halla establecida la aceptación a beneficio de inventario con su reglamentación legal a la que puede acogerse el heredero gravado de restitución. No olvidemos que sin tomar el debido inventario el sustituido ni siquiera podría detraer al sustituto la cuarta trebeliánica, ni puede hacerlo en las legislaciones que la admiten (174).

c) *El gravado de restitución puede realizar con sus coherederos la partición de la herencia afectando a sus sustitutos.*

La cualidad de heredero autoriza para realizar la partición. Esa facultad no puede ser contrarrestada por la limitación temporal de su titularidad de los bienes, que no puede hacernos confundir el heredero gravado de fideicomiso con un usufructuario ni con un mero administrador.

Esa fué la doctrina aceptada en Derecho común (175) y creemos que sigue siendo la correcta en el régimen del Código civil. Sin perjuicio de las facultades de control que puedan corresponder a los fideicomisarios, a tenor del artículo 1.054 o, incluso, a base del artículo 1.121 a través del 791 del Código civil. Y sin obstar,

(173) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (Op. cit., § 28, pág. 246) estima también que si el fiduciario acepta sin beneficio de inventario responde ilimitadamente y, en este caso, observa que: «Surge la duda de si los débitos heredados continúan gravando además a la apertura de la sustitución su propio patrimonio, o si al suprimirse la confusión dejan absolutamente de afectarle.» A su juicio, «la primera solución corresponde mejor al concepto de responsabilidad ilimitada y favorece los intereses del tráfico, además de evitar que la garantía patrimonial de los acreedores pueda disminuir con los herederos sucesivos. Mas es preciso reconocer que, al desaparecer la confusión de patrimonios, desaparece el motivo fundamental en el derecho vigente, de la responsabilidad por deudas hereditarias».

(174) BORRELL Y SOLER (Op. y vol. cit., § 461, núm. 5, pág. 176) dice que para detraer la cuarta trebeliánica el fiduciario universal debe tomar inventario «en tiempo y forma legal, o sea, como si lo tomase para gozar del beneficio de inventario».

(175) Ver ANTONIUS PEREGRINUS: *Tractatus de Fideicommissis* (edit. novísima, Lugduni, 1670), art. LIII, núm. 18, pág. 765.

la ulterior posibilidad de impugnar las particiones verificadas en fraude de sus derechos.

Creemos que la resolución de 10 de junio de 1916 confirma nuestra opinión. No la contradice la Resolución de 22 de mayo de 1944, ya que en el supuesto de hecho que la motivó, quienes verificaron la partición no eran verdaderos herederos gravados de restitución (aunque los nudo propietarios estuvieran testamentariamente indeterminados) sino meros usufructuarios vitalicios.

La tesis opuesta ha sido defendida por nuestro querido amigo y compañero, Manuel de la Cámara (176), que basó su conclusión en las premisas de que la partición es un acto dispositivo o traslativo y de que, como tal, no puede verificarla el fiduciario.

No aceptamos ninguna de las dos premisas.

Falla la mayor (177): Porque sobre cada bien hereditario no hay sino una titularidad transitoriamente indeterminada (178) o sólo alternativamente determinada entre los herederos, y el acto particional —conforme nos enseñó nuestro querido compañero José Martín López (179)—sólo tiene carácter determinativo o especificativo.

Y, también rechazamos la premisa menor: Por que el heredero gravado de fideicomiso no deja de ser propietario aunque sujeto a restitución (180).

Por estas razones históricas y dogmáticas tampoco estamos de

(176) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, en «Rev. Der. Priv.», XXXII (julio-agosto 1948), págs. 639 y sigs.

(177) CÁMARA (Loc. cit., nota 27, pág. 651) se apoya en las palabras del artículo 1.068 C. c. («La partición legalmente hecha *confiere* a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados») y en la obligación recíproca de evicción y saneamiento (art. 1.069 C. c.) que a su juicio sólo tiene explicación clara en un sistema traslativo. Pero la palabra *confiere*, en la que especialmente se fija nuestro amigo, va referida a *propiedad exclusiva* y no simplemente a *propiedad*. Y la obligación recíproca de evicción y saneamiento —que ciertamente, por regla general, presupone un contrato conmutativo y traslativo del dominio—sigue aplicándose en las particiones verificadas por el comisario e incluso por el mismo testador—si aparece o racionalmente puede presumirse ser ésta la voluntad del propio testador (art. 1.070, núm. 1)—en las que no puede decirse haya traslación recíproca de cuota alguna (ver MANUEL ALBALADEJO: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en «An. Dcho. Civ.», I-III, pág. 978).

(178) Ver FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, tomo I, páginas 653 y sigs.

(179) JOSÉ MARTÍN LÓPEZ: *Carácter y efectos de la partición de herencia*, en «Rev. Der. Priv.», XXIII (marzo 1936), págs. 94 y ss.

(180) No olvidemos que los términos «disposición» (opuesto a «administración») y «enajenación» no coinciden entre sí. A veces porque un mero administrador sin poder de disposición puede realizar enajenaciones (verbigracia: un administrador puede vender frutos; el gerente de una Sociedad que tenga por fin la compraventa de inmuebles puede realizar la enajenación de bienes de esta clase) y otras, porque un titular puede tener limitada sin excluirla totalmente la facultad de enajenar sus bienes por la sujeción de los mismos a determinado destino (como en nuestro caso ocurre).

acuerdo con otro querido amigo, Lacruz Berdejo (181), que si bien cree que los fiduciarios tienen derecho a que la partición se practique, estima que de no concurrir los fideicomisarios o de no hacerse aplicación, cuando éstos no sean conocidos, del régimen de representación del ausente, dicha partición queda resuelta a la muerte del fiduciario, señalando al efecto el artículo 1.054. Pero este precepto se refiere a la partición practicada por los herederos llamados bajo condición suspensiva (puesto que habla de que no podrán pedir la partición hasta que aquélla *se cumpla*) hipótesis muy diversa y a tono con el artículo 801. Teleológicamente, la seguridad jurídica repele esa solución por la incertidumbre a que incluso somete las adjudicaciones verificadas a favor de los coherederos instituidos sin gravamen de restitución (182).

d) *Como propietario—aunque lo sea temporal—le corresponde ejercitar las pertinentes acciones dominicales; tiene derecho a hacer mejoras y a cobrarlas en caso de restitución* (art. 783, § 2).

Incluso desde este punto de vista parece que con respecto a las minas, caza, tesoro oculto, debe considerársele propietario (183). Y el derecho de preferente suscripción de las acciones fideicomitidas puede plantearse en términos distintos que el de las usufructuadas.

e) *Pero, como propietario temporal, el heredero sujeto a sustitución fideicomisaria no puede disponer de los bienes fideicomitidos en perjuicio de su restitución, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa* (art. 783, § 2.).

Como sujeto a restitución tiene un *dominium ad tempus*, sus actos de enajenación no pueden rebasar ese ámbito temporal, a no

(181) LACRUZ BERDEJO: *Notas cit.*, § 29, pág. 240.

(182) En caso de que no haya más que un solo heredero en parte libre y en parte gravado con fideicomiso, estando en juego intereses contrapuestos el problema de la autocontratación se suma al que hemos resuelto.

Para la hipótesis de que sea heredero único totalmente gravado de restitución el cónyuge viudo, propone GONZÁLEZ PALOMINO (*loc. cit.* últ., págs. 470 v ss.) para la liquidación de la sociedad conyugal, la solución resultante de la remisión que hace el artículo 1.428 a la sec. V, cap. V, Tit. III, lib. III, relativa a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. «Y una vez formado el inventario—explica PALOMINO—que es lo más difícil y vidioso de cualquier operación particional (relación de bienes, tasaciones, bajas, etc.) lo demás no tiene en nuestro caso gran importancia, no cabe que el viudo haga manejos fraudulentos ni perjudique a los eventuales herederos, ni se beneficie él mismo inmoral ni ilegalmente... *hecho el inventario judicial* puede el viudo por sí sólo establecer las adjudicaciones de bienes por todos los conceptos y terminar la liquidación de la sociedad conyugal *unilateralmente*».

Creemos que esta solución cabría extenderla en nuestro caso a la partición cuando el único heredero lo sea en parte libremente y en parte sujeto a sustitución fideicomisaria.

(183) Dice ROCA SASTRE (*Estudios...*, pág. 29) que en materia de tesoros, minas y caza el fiduciario tiene la condición de propietario. Otro criterio es el que sostiene LACRUZ (*Notas cit.*, § 28, pág. 238): «En materia de tesoros y minas—dice—tiene la condición de propietario, aunque la propiedad de lo adquirido en cuanto no puede calificarse de fruto, es tan resoluble como la de masa de la herencia (no parece que proceda aquí la aplicación del art. 1.632).»

ser que el testador lo haya autorizado (según ocurre en los fideicomisos de residuo).

Ha dicho certeramente Manuel de la Cámara (184) que admitida «la posibilidad de una propiedad a plazo, no hace falta imponer una prohibición de disponer, al primer llamado, para conseguir los fines propios de la sustitución fideicomisaria, aunque imponiéndola se logren indirectamente parecidos fines. Percibe este matiz con toda claridad el número 2 del artículo 0785 del Código civil. La sujeción de los bienes a su restitución es la verdadera causa de esa limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto exceda de aquella sujeción» (185).

Como ha dicho Díez Pastor (186), «La tendencia contraria a la trayectoria histórica que intenta reducir su posición (*la del fiduciario*) a la de mero usufructuario a través de una supuesta prohibición absoluta de disponer anquilosa la función conservativa del fiduciario, dificulta la solución del problema siempre grave de la responsabilidad hereditaria y contribuye al movimiento, que

(184) MANUEL DE LA CÁMARA: *Loc. cit.*, pág. 648.

(185) En este sentido GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación...*, *loc. cit.*, págs. 923 y ss.) y JERÓNIMO LÓPEZ (*La regulación del fideicomiso de residuo...*, *loc. cit.*, nota 151, pág. 787). Por eso admiten que el fiduciario pueda enajenar con fines conservativos. Y por esa misma razón los autores de Derecho común, apoyándose en la ley *Ita constante* (Dig. XXIII-III, 26) aceptaron la posibilidad de enajenación por causa de permuta o de convertir por conmutación del precio de las cosas fideicomitidas en otras más útiles y cómodas y productivas (véase PEREGRINUS: *Op. cit.*, art. XL, núm. 32, pág. 552: «Permittitur alienatio de rebus subiacentibus fideicommissio universalis; ex causa permutatio nis, seu commutationis precii, in aliis res utiliores aut magis commodas, et proficuas»).

Posibilidad que expresa ROCA SASTRE (*La subrogación real*, «Revista de Derecho Privado», XXXII, abril 1949, pág. 298) denominándola facultad de subrogar. Esta facultad es la causa legitimadora de la posibilidad de enajenar como libres los bienes que deban ser subrogados. (En contra de este orden causal, que quiere invertir, ver PALOMINO nota 69, *loc. cit.*, págs. 888 y sigs.).

Sobre los requisitos formales para la enajenación como libres de los bienes fideicomitidos pueden consultarse los trabajos citados en estas notas, de CÁMARA (págs. 658 y s.), GONZÁLEZ PALOMINO (págs. 931 y ss.) y ROCA SASTRE (págs. 299 y siguientes).

En todo caso creemos que es necesario examinar cuál fué el contenido de la sujeción restitutoria ordenada y cuál la persona en cuya utilidad se dispuso (es decir, si fué en interés de los fideicomisarios o del propio fiduciario, de cuyas cualidades se desconfía). El contenido de la sujeción restitutoria lo integran los bienes, pero éstos pueden ser considerados como masa de valor o individualmente, es decir, específicamente determinados. En este segundo caso, la subrogación no puede aceptarse nunca; al contrario que en el primero. Así, si el fideicomiso afecta a una masía, un caserío, una casa solariega, con las tierras que constituyen la explotación agrícola familiar, no podrá admitirse nunca la enajenación de sus elementos básicos y sólo la de los elementos accesorios en caso de evidente utilidad (permuta de parcelas para mejorar la explotación racional de la finca) o necesidad (venta de una parcela para cancelar una hipoteca vencida y exigida que grave la finca básica del fideicomiso). En cambio, es aceptable que se autorice, con las debidas garantías, la enajenación para subrogarlos por otros si los bienes están considerados en la disposición del fideicomiso meramente como valor sujeto a restitución.

(186) Díez PASTOR: *Op. cit.*, pág. 565

me parece regresivo, que visiblemente tiende a limitar las posibilidades creadoras de nuestro magnífico Registro de la Propiedad.»

B) *Posición del sustituto fideicomisario.*

Para captar la posición del sustituto fideicomisario debemos distinguir la hipótesis de que quien fué instituido heredero con dicho gravamen llegue a adquirir la herencia y la de que por cualquier causa no llegue a heredar:

a) *Si el instituido heredero gravado de restitución no llega a heredar ni hay designado sustituto vulgar, el sustituto fideicomisario ¿hereda directamente o sigue siendo sustituto fideicomisario de los herederos intestados?*

En el estudio histórico que brevísimamente hemos bosquejado en la primera parte de este trabajo hemos percibido la evolución que llevó a permitir que el sustituto fideicomisario universal adquiriera directamente—sin rodeo ni circuito inútiles—cuando el instituido no aceptaba la herencia. Menos claro resultaba si de premorir el instituido se producía automáticamente el mismo resultado o bien si eran los sucesores abintestato quienes heredaban, aunque gravados igual como lo hubiese estado el premuerto por la sustitución fideicomisaria. La última fase de la evolución tendía hacia la primera solución—que ya habían propugnado Gregorio López, Matienzo, Tello Fernández y otros clásicos—es decir, a que el sustituto fideicomisario adquiriese directamente como heredero, siempre y cuando el instituido no llegara a heredar, bien fuese por incapacidad, repudiación o premoriencia.

El artículo 785 del Código civil determina el momento de adquisición de su derecho por el fideicomisario y de su transmisibilidad. Pero, en cambio, no trata directamente la cuestión que ahora planteamos. Es decir, no aclara específicamente, para el caso de que el instituido no heredase por premorir, repudiar la herencia o ser incapaz, si el sustituto debía heredar directamente como si hubiese sido nombrado sustituto vulgar de aquél, o bien si debe seguir siendo sustituto fideicomisario, en tal caso de los herederos abintestato.

La sentencia de 13 de febrero de 1943 declaró que la doctrina científica ni la jurisprudencia patrocinan de una manera general y decidida la solución de que en la sustitución fideicomisaria, cuando el testador no haya empleado una fórmula de las llamadas compendiosas, deba considerarse sobrentendida la sustitución vulgar.

En cambio, la sentencia de 13 de noviembre de 1948 afirmó que el llamado en segundo lugar en la sustitución fideicomisaria adquiere la herencia a la muerte del testador, porque en ese momento su derecho hereditario quedó perfeccionado cual si hubiera sido llamado por sustitución vulgar. (Al contrario de lo que declaró para el sustituto de residuo, si otra cosa no resultara de la vo-

luntad del testador expresa o sobrentendida, como, v. gr., por el uso de una fórmula compendiosa.)

De Buen (187) expresó su creencia de que en nuestro Derecho como en el Código alemán (§ 2.012) «si el fiduciario premuere al testador el fideicomisario debe heredar como si fuera un sustituto vulgar» Nuestro querido amigo Albaladejo se inclina por admitir el mismo resultado (188).

González Palomino (189) aboga decididamente por la consideración del segundo llamado como sustituto vulgar del primero: «Si el primer llamado renuncia o no puede adquirir por cualquier causa desaparece el obstáculo que cerraba o dificultaba el camino del fideicomisario y entrará derecho en la propiedad de los bienes. A no ser que exista alguna otra dificultad».

Díez Pastor (190) estima que no cabe otra solución sin atropellar al mismo tiempo la voluntad del testador, el artículo 675 y la esencia misma de la sucesión voluntaria.

Compartimos la tesis de nuestros admirados amigos. A ella ineludiblemente nos lleva la línea evolutiva y progresiva que hemos observado en nuestra breve excursión a través de la historia.

Y la entendemos aplicable tanto a los supuestos en que la sustitución fideicomisaria es pura como cuando sea condicionada (191). Si la sustitución fideicomisaria es pura, la sustitución vulgar subsidiaria también será pura; si aquella era condicional, será igualmente condicional la sustitución vulgar subsiguiente.

No vemos obstáculo para ello en el artículo 805 del Código civil. Como tampoco lo vimos al examinar la hipótesis inversa de consolidación de la titularidad del gravado por el fideicomiso. La aplicación rigurosa del artículo 805 sólo puede referirse al supuesto literalmente previsto en el mismo. Es decir, a la institución *desde o hasta* cierto tiempo sin previsión para el otro tiempo. Esa imprevisión para el resto del tiempo, es lo que supone un explícito llamamiento a los herederos legítimos. En cambio, en los llamamientos sucesivos parece más lógico entender que la determinación de tiempo es un recíproco límite puesto exclusivamente por la concurrencia temporal, querida tan sólo entre los

(187) DEMÓFILO DE BUEN: Notas al «Curso elemental de Derecho civil de Colín y Capitan» (Madrid, 1928), vol. VIII, pág. 309.

(188) MÁNUEL ALBALADEJO: *La sustitución vulgar*, en «Rev. Der. Not.», página 179 y en *Sustituciones hereditarias* (Oviedo, 1858), pág. 106. «Para mí —concluye— y salvo disposición del testador en contrario, parece más acorde con la presumible voluntad del causante que el fideicomisario sea llamado, sino llega a ser heredero el fiduciario. Esto, tanto si se cree que la sustitución fideicomisaria encierra lo vulgar, como si no. Porque en este caso igual resultado práctico cabe obtener, bien mediante una conversión de negocio jurídico, bien sosteniendo que fué realmente—y no hipotéticamente—querida en defecto de la otra.»

(189) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación de bienes pseudosufructuados*, loc. cit. pág. 901

(190) DÍEZ PASTOR: Loc. cit. pág. 562. Ver también pág. 558.

(191) Ver DÍEZ PASTOR: Loc. y pág. últ. cit., pág. 566, que afirma la aplicación del art. 801 C. c., mientras la condición no se verifique.

llamados para *hasta* o para *después* del término. Límites que deben desaparecer al faltar dicha concurrencia limitativa. A esa solución nos acompaña la sentencia antes referida de 12 de febrero de 1915, que rechazó la aplicación del artículo 805 en un caso de nulidad de la institución por incapacidad del llamado y de llamamiento como sustitutos de los hijos legítimos *que al fallecer aquél dejare*, y admitió que heredasen directamente al causante aquellos de dichos sustitutos que ya habían nacido al causarse la sucesión sin perjuicio del derecho de los que nacieren después (aun cuando esta sentencia se apoyó en considerar el supuesto en cuestión como una condición comprendida en el artículo 799 que no afectaba a la preexistencia de los derechos de los sustitutos).

Cuando el sustituto fideicomisario condicional deba entenderse llamado como sustituto vulgar condicionalmente, deberá aplicarse lo dispuesto en los artículos 801 a 804 del Código civil, en cuanto no contradigan la voluntad del causante.

Hay que observar que en aquellos supuestos en los que la intención del causante, según el tenor del testamento, resulta ser meramente la de aplazar—aun sin condicionar su llamamiento—la libre disposición del llamado como sustituto, habrá de respetarse esa voluntad y la herencia deberá ponerse en administración conforme a los artículos últimamente citados, que estimamos aplicables por analogía a esta hipótesis.

En todo caso, hay que tener presente que la voluntad del testador, donde no choque con leyes imperativas, es la ley de la sucesión, y que debemos interpretarla siempre a tenor del artículo 675 del Código civil.

b) *Si el heredero gravado de restitución llega a heredar, el sustituto fideicomisario, aunque lo sea universal, no será nunca heredero del causante, sino que su posición jurídica se aproximará más bien a la del legatario de una parte alicuota o de una universalidad de derecho.*

Anteriormente hemos sostenido que heredero de una persona es aquél en quien se opera o se ha operado el fenómeno sucesorio: la *successio in universum ius*. Añadiremos que esa cualidad, que acompaña siempre al sujeto en quien se produce dicha sucesión, continúa en los herederos de éste, lo cual concuerda con el hecho de que el heredero del heredero debe responder *ultra vires* de las obligaciones del causante. Por eso en Derecho romano—como ha observado Biondi (192)— en las herencias sucesivas los patrimonios de todos los causantes quedan confundidos con y en el patrimonio del que resulte ser el último heredero de toda la serie de sus predecesores (193).

Eso ocurre así, pese a que no es inmediata la causa que el últi-

(192) BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., núm. 142, págs. 437 y ss.

(193) Ver Dig. V-III, 3; XXVIII-VI, 10, § 2.º, 7, § 2.º y L-XVII, 194.

mo heredero trae del primer causante, ya que ambos están concatenadas por la mediación de todas y cada una de las sucesiones intermedias (194). En cambio, a pesar de que el sustituto fideicomisario—aunque reciba los bienes oblicuamente a través del gravado de restitución—trae directamente su causa del fideicomitente, no puede estimarse como heredero suyo (195). En el primer caso hay una concatenación de causas sucesivas que arrastran las cualidades de heredero correspondientes a sus titulares; en el segundo hay una causa directa e inmediata—pese a la transmisión oblicua de los bienes—, pero esa misma causa directa—que no es una *successio in loco ius*—excluye la concatenación causal a través del heredero entre el causante y el sustituto. Este adquiere, aunque oblicuamente, con causa directa del causante; pero no le sucede como heredero suyo—porque el fenómeno sucesorio no se operó en él—; ni sucede a su heredero, el fiduciario, del que recibe los bienes, pero de quien no trae causa.

El sustituto fideicomisario no es heredero directamente del fideicomitente, ni por intermediación del sustituido porque tampoco es heredero de éste (como tal sustituto). La causa jurídica que trae del causante es distinta, por lo tanto, de la que acompaña al título de heredero.

El fenómeno restitutorio es muy diferente del fenómeno sucesorio. Por lo menos, en los regímenes de raíz romana. El heredero se subroga en la posición jurídica del causante—bien él solo o bien en comunidad—; el sustituto fideicomisario adquiere una universalidad diferenciada. La universalidad en la sucesión sólo significa la contemplación unitaria del fenómeno—por eso en ella tiene un sentido relativo y transitorio—. En cambio, en la restitución supone la objetivización como masa patrimonial individualizada del complejo fideicomitido, que no llega a confundirse con el patrimonio del sustituto mientras no sea totalmente líquida aquella masa—por lo que tiene un sentido absoluto mientras se mantiene como un complejo de derechos y obligaciones.

(194) Así expuso GAYO: «Si hemos sido hechos herederos de Ticio, que fué heredero de Seyo, así como podemos sostener que es nuestra la herencia de Ticio, así también la de Seyo» (Dig., V-III, 3). Y PAULO dijo: «En todas las sucesiones, el que fué heredero de quien fué heredero de Ticio, se considera que es heredero también de Ticio, y no puede dejar de aceptar la herencia de Ticio.»

(195) No puede confundirnos el texto de ULPIANO (Dig. XXVIII-VI, 10, § 2.º) que refiriéndose al sustituto pupilar dice que éste no puede separar la herencia del hijo impúber y la del padre «sed ut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius». Este texto contempla la hipótesis de una sustitución pupilar y examina un supuesto de herencias verdaderamente sucesivas y concatenadas, pues el pupilo heredó a su padre y el sustituto pupilar al pupilo, ya que el padre testó por él. En la sustitución pupilar romana el padre no actuaba como fideicomitente del hijo impúber, sino que testaba por él (Dig. XXVIII-VI, 2)

Incluso en los regímenes jurídicos en los que predomina la idea de la *adquisitio per universitatem* (196) se ha discutido por algunos autores (Helwig, Grosse), si el sustituto fideicomisario era heredero del disponente. Binder (197) reconoce que «la herencia no se transmite al postheredero tal como se encontraba al salir de manos del causante.» Pero ante el absurdo, a su juicio, «de estimar al preheredero como predecesor jurídico del postheredero» y estimando que «la situación de heredero tiene su fundamento en la situación del causante y por objeto el patrimonio de éste», concluye que puede ser considerado el que llama postheredero como heredero del causante. Kipp (198) también reconoce que el fideicomisario: «Es cierto que recibe el patrimonio de la manera que se ha configurado en poder del fiduciario, en cuanto éste haya podido disponer del mismo con eficacia contra él y en este sentido también es completamente exacto que el heredero fideicomisario es *sucesor jurídico del fiduciario*. Pero lo uno no se opone nada a lo otro, pues es muy frecuente que, con respecto a una misma situación jurídica, alguien resulte por sucesor jurídico de varios causantes en derecho... Con respecto al heredero fideicomisario, esto es cierto tanto respecto del testador como del fiduciario...».

Los raciocinios—no coincidentes en todo—de ambos ilustres juristas germanos parten de un concepto de la sucesión hereditaria diferente del que creemos corresponde a nuestro sistema. Suceder en una universalidad y suceder a título universal no es lo mismo (199). Objetivizar la herencia u observarla como fenómeno sucesorio universal son cosas harto diversas. El sustituto fideicomisario no hay duda de que trae causa del disponente y no del heredero sustituido, pero esto, si bien basta para no considerarlo heredero de éste, no implica que necesariamente haya de ser heredero de aquél (200).

La adquisición del sustituto fideicomisario se asemeja más a

(196) Basta comparar el artículo 661 del C. c. y el § 1.922 del B. G. B. Este dice: «*Con la muerte de una persona, pasa su patrimonio como un todo a otra u otras.*»

(197) JULIUS BINDER: Op. cit., § 28, IV. págs. 243 y sigs.

(198) THEODOR KIPP: Op. cit. vol. II, § 92, II. págs. 85 y sigs.

(199) Ver cómo resalta esa diferencia ARNOLDO VINNIO (*Cuestiones selectas*, trad. castellana, Barcelona, 1847, T. II del *Comentario...*, cap. XXIII, página 617) que distingue la alegación del título universal—o *pro haerede*—o de un título singular y, en este caso, referido a la universalidad, o sea a la herencia, o a la parte de ella, o a una cosa singular.

(200) En este extremo—por las razones ontológicas, antes expuestas—discrepamos de quienes, como, v. gr., nuestro buen amigo JERÓNIMO LÓPEZ (op. ult. cit., págs. 754 y sigs. y pág. 780), califican de herederos a los sustitutos fideicomisarios universales, estimando esa asimilación como fruto de una larga y complicada evolución. Anteriormente hemos examinado esa evolución que creemos no puede llevar sino a dos resultados fundamentales: 1.º La consideración del sustituto fideicomisario como sustituto vulgar del heredero (salvo exclusión de esa conversión por el causante). 2.º El automatismo de la adquisición o restitución independizada de la voluntad del heredero. El hecho de que haya autores que llamen heredero fideicomisario al sustituto no es

la del legatario de parte alicuota. Incluso de *facto* fenomenológicamente coincide con la de éste cuando recibe totalmente líquidos los bienes fideicomitidos, es decir, cuando recibe el activo liquidado por el heredero, diferenciándose por la adquisición automática de los bienes—como en los legados vindicatorios—al contrario que en los legados de herencia (201). Pero puede recibir la masa sin estar aún totalmente liquidada—v. gr., por haber muerto el sustituido antes de concluir dicha liquidación del pasivo—y entonces se asemeja al legatario de una universalidad (v. gr., de un patrimonio mercantil con su activo y su pasivo), que recibe como masa unitaria—o patrimonio autónomo—que se mantiene como tal y no se confunde totalmente en el patrimonio del sustituto mientras no quede completamente liquidado de su pasivo.

La herencia del fideicomitente ni la del heredero fideicomitido (a no ser que sea por otro título) no se confunden en el patrimonio del sustituto fideicomisario. A diferencia de lo que ocurre en el patrimonio del heredero con las herencias de su causante y del causante de éste, que se confunden en él a falta de aceptación a beneficio de inventario, de modo que el heredero del heredero responde personal e ilimitadamente *ultra vires hereditatis* de las obligaciones de su causante y de las del causante de su causante. El sustituto fideicomisario no responde personalmente, sino sólo *cum viribus*, de las deudas del fideicomitente (202), y en modo alguno (a no ser que directamente, por otro título, sea heredero suyo), de las del heredero sustituido, salvo de las mejoras (art. 783, § 2.º) por subrogación (art. 1.111) (203).

Ontológicamente, la naturaleza de las cosas e históricamente los precedentes que desembocan en el Código civil, y que éste no excluye, nos llevan a estas conclusiones, que no se pueden considerar como meramente teóricas por su riqueza en consecuencias. Frente a ellas no puede oponerse la expresión del artículo 785, número 1 del Código civil, que considera fideicomisaria la sustitución que se haga «imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un *segundo heredero*». La falta de rigor técnico-jurídico en la terminología del Código civil impide

sino fruto de una errónea objetivización y petrificación de la contemplación *per universitatem* del fenómeno sucesorio con olvido de que sólo con referencia a la *successio in ius* debe enfocarse ese especial modo unitario de contemplarlo.

(201) Sobre el legado de parte alicuota expusimos nuestra opinión en *Apuntes de Derecho sucesorio...*, II, § 4.º, págs. 247 y ss. y en «An. Der. Civ.», V-III, págs. 255 y ss.

(202) En contra LACRUZ BERDEJO (Notas a Binder, § 28, pág. 246) que entiende que el fideicomisario tiene una responsabilidad sucesiva, pero ilimitada, si no acepta a beneficio de inventario.

(203) LACRUZ BERDEJO (loc. ult. cit.) dice que: «Las deudas de herencia (posteriores a la apertura de la sucesión), son, sino han sido directamente imputadas a otro por la ley, deudas personales del heredero y no pasan al fideicomisario, puesto que en ellas no cabe la sucesión universal. Pero en la relación interna deben ser abonadas—limitada o ilimitadamente—por el fideicomisario en la medida determinada en el artículo 783 C. c.»

valorar dicha expresión por encima de las anteriores consideraciones. Además, en este caso, el precepto en cuestión se concretó a señalar el sentido de una forma de expresión haciéndola equivalente a la expresa disposición de una sustitución fideicomisaria, pero sin tener la pretensión de definir la condición jurídica del sustituto fideicomisario.

C) *Expresión dispositiva de las sustituciones fideicomisarias.*

De lo dicho resulta confirmada la afirmación de que la sustitución fideicomisaria se caracteriza por el orden sucesivo en el llamamiento al disfrute de bienes hereditarios, bien sean determinados en masa, *per universitatem* (fideicomiso universal), o específicamente (fideicomiso singular). Es característica natural de la sustitución fideicomisaria la sujeción restitutoria de los bienes fideicomitidos. Y, en cambio, la cualidad de heredero no es esencial en el primer llamado (cabe gravar con fideicomiso universal a un legatario de cuota y de fideicomiso singular a cualquier legatario) y no es posible en los designados para sucesión ulterior (salvo en el caso de que por sustitución vulgar ocupen el lugar del primer llamado).

Formalmente, la manera de expresar la disposición de sustituciones fideicomisarias suele acompañarse con el carácter que fácticamente tienen. Causalmente todos los llamamientos dimanar del disponente, pero de hecho las transmisiones se realizan indirectamente con intermediación del llamado con prioridad cronológica. Esa realidad fáctica ha hecho que la forma normal de disponer sustituciones fideicomisarias fuera la *oblicua*, a diferencia de la forma *directa* de expresión de la institución de heredero y de la disposición de legados. Pero esa forma oblicua puede manifestarse correctamente, sea con palabras comunes o bien con sintetismo técnico, o, por el contrario, con incorrección técnica, aceptada por la ley que da cauce jurídico a la intención empírica del disponente prescindiendo de la impropiedad de su expresión terminológica jurídica.

Por ello podemos distinguir tres formas de disposición de las sustituciones fideicomisarias, a saber:

a) *En forma oblicua expresada con palabras comunes*: imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo llamado (art. 785, núm. 1, forma segunda). Esta obligación terminante de entregar puede sustituirse con otras expresiones comunes que signifiquen un resultado igual, como, verbi gracia, expresando que los bienes, llegado el día o cumplido el evento, «*pasarán a otro u otros llamados*».

b) *En forma oblicua expresada sintéticamente con términos técnicos*: es decir, llamando a una o varias personas como sustitutos fideicomisarios dándoles esta denominación técnica (art. 781, número 1, forma primera).

c) *En forma directa, pero sucesiva: llamando incorrectamente como herederos «ad tempus» con carácter sucesivo a varias personas, bien sea de modo puramente temporal o condicionado resolutoriamente al primero o suspensivamente al segundo llamados*

(artículos 805 en rel. 790 y 791 C. c.). Antes hemos visto que implicaban sustitución fideicomisaria—como traducción técnico-jurídica de la intención empírica que las partes expresaron incorrectamente. Expresión incorrecta que no puede confundirse con las meras conjeturas que el Código civil ha querido desterrar (arts. 783 y 785, número 1). No obstante, se discutió si estos llamamientos sucesivos suponían la sujeción de los bienes, es decir, lo que el Código llama encargo y obligación de conservar y restituir. El dictamen de Díaz Cobeña y la Sentencia de 25 de octubre de 1954, antes referidos, son consecuencia de esa duda, resuelta por uno y otra de modo afirmativo. Podemos decir que el llamamiento sucesivo y temporalmente limitado de varios herederos *equivale* (art. 805, párrafo 1.º) a la imposición terminante—es decir, que es un modo de expresarla— que exige el artículo 785, núm. 1.º, forma segunda, para que las sustituciones fideicomisarias surtan efecto (204).

En cambio, el llamamiento de varios sujetos como primeros herederos bajo condición suspensiva, de modo que el cumplimiento o incumplimiento de ésta determine cuál de ellos deba serlo, no supone sustitución fideicomisaria (205). El carácter retroactivo del cumplimiento de la condición puesta a la institución (artículo 791, en rel. 1.120 y 800 C. c.), cuando no va unida a una determinación de tiempo inicial (como en cambio presupone la puesta al sustituto fideicomisario), impide que haya efectivamente el orden sucesivo característico de la sustitución fideicomisaria. Ni siquiera habrá sustitución fideicomisaria condicional cuando se imponga al primer llamado una condición potestativa, sino que habrá dos llamamientos bajo condición suspensiva, aunque la administración corresponda al sujeto de quien dependa el cumplimiento de la condición (art. 800).

§ 4.º *Dos fideicomisos condicionales y a plazo incierto. Su régimen en materia de la transmisión de los eventuales derechos de los sustitutos.*

Hemos visto anteriormente la posibilidad de someter a condición las sustituciones fideicomisarias. E incluso, que el llamamiento inmediato de un heredero sometido a condición resoluto-

(204) Muy certeramente trata esta cuestión GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación de bienes pseudosufructuados*, loc. cit., pág. 918 y ss.). Al examinar el número 1 del artículo 785 (pág. 920) dice: «*Si se suprime la interpretación extensiva, pero no la interpretación de voluntad del testador* (art. 675) y con ella se niega eficacia a las sustituciones fideicomisarias tácitas es natural que las válidas deban hacerse de una manera expresa en el sentido de ser claramente establecidas. La claridad se patentiza por el empleo del nombre o por el empleo de la cosa. La cosa es el paso de los bienes de uno a otro heredero por voluntad del testador y no del heredero y la obligación terminante de entregar los bienes no es tanto una obligación como necesidad jurídica, esencial de la obligación según la definición romana.»

(205) En este mismo sentido, ver LACRUZ BERDEJO (Notas cit., § 11, página 113).

ria implicaba una sustitución fideicomisaria condicional, como única traducción jurídica correcta de la intención empírica del disponente (206) expresada técnicamente de modo incorrecto. Ahora debemos examinar sucesivamente la estructura jurídica de las sustituciones fideicomisarias condicionales, la asimilación o no a ellas de las dispuestas bajo término incierto y de las disposiciones del residuo, y el régimen de transmisión de los eventuales derechos de los sustitutos condicionales.

A) *Estructura de las sustituciones fideicomisarias condicionales.*

Tres tesis explican la sustitución fideicomisaria condicional:

a) *Tesis que estructura la institución del primer llamado como la de un heredero bajo condición resolutoria y la del segundo como un heredero bajo condición suspensiva.*

Se trata de una explicación elemental que, como veremos, ha sido desechada por la certera crítica de nuestro compañero José González Palomino. Ya Manuel de la Cámara (207), observó «que, o la sustitución fideicomisaria condicional no contiene una institución hecha bajo condición resolutoria en favor del fiduciario o que, si la contiene, la condición resolutoria no surte efectos retroactivos.» «Si se dota de fuerza retroactiva a estas condiciones, una vez cumplidas, se alteran los fines propios de la sustitución fideicomisaria y los perseguidos normalmente por el testador, pudiendo en muchísimas ocasiones (siempre que los eventualmente llamados no estén concebidos al morir el causante) quedar frustrada la última voluntad de aquél» (208).

González Palomino (209) señala con toda precisión la incompatibilidad entre la sustitución fideicomisaria y la institución bajo condición resolutoria del primer llamado: «Si el fiduciario hubiera sido instituido bajo condición resolutoria, una vez cumplida ésta, resultaría que no habría habido restitución. La retroacción de efectos borraría hasta el recuerdo de que alguna vez hubo en el mundo tal fiduciario. En vez del escalonamiento (estructural) de grados tendríamos un grado sólo. No un heredero *después* de otro, sino un heredero *en vez* de otro.» Y explica que: «El error en que ha incurrido a veces la doctrina, y no menos nuestra Dirección General, se debe a la creencia de que las dos condicionalidades: suspensiva y resolutoria, son solidariamente recíprocas y constituyen como la cara y la cruz de una misma moneda.»

(206) Ha dicho con exactitud MANUEL DE LA CÁMARA (op. y loc. cit., página 648) que: «Quien dispone que sus bienes los herede cierta persona y que a la muerte de ésta pasen, si se cumple determinado evento, a terceros, persigue fines para cuya consecución el instrumento adecuado es la sustitución fideicomisaria.»

(207) MANUEL DE LA CÁMARA: Op. y loc. cit., pág. 647.

(208) Página 648

(209) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...* loc. cit., pág. 903.

b) *Tesis que estima el llamamiento del instituido como hecho a término final (cierto o incierto) y el segundo llamamiento como una ulterior institución de heredero hecha bajo condición suspensiva para el momento de extinguirse aquel término.*

González Palomino (210) llega a ella desde el punto de vista realista de la interpretación de la voluntad del testador. «Lo que suelen querer los testadores es esto otro: Beneficiar *en todo caso e irrevocablemente* al instituido, con el goce de la herencia, pero no atribuirle la propiedad definitiva de la herencia *sino en el caso de morir con hijos* (la condición, en el caso examinado por Palomino, era *si sine liberis decesserit*). Respecto la propiedad de la herencia no sólo entra en juego una condición sino también un término final. Hay una institución conectada con ella para después del momento en que el término final se cumpla, que es condicional, doblemente condicional, y *con doble condición suspensiva*: una a favor del instituido y otra a favor del *otro* para el caso de incumplirse la primera. Y no hay retroacción de efectos. O si no se quiere prescindir de la retroacción hay que retrotraerlos no al día de la muerte del causante, sino al día del cumplimiento del término.»

Esta explicación podría formularse con iguales resultados prácticos estimando un juego híbrido de condiciones y términos que actuara sobre el llamamiento como herederos de sustituido y sustituto (211).

La objeción fundamental que hay que oponer a esa construcción, deriva de un tema que ya hemos debatido. A saber: Que la institución de heredero no puede ser sometida a plazo ni condicionada a término final ni resolutoriamente; que el fenómeno sucesorio *in loco ius*, operado entre causante y heredero, no se repite en la restitución entre causante y sustituto fideicomisario; y que la restitución tiene por causa la voluntad del causante, pero no equivale a una sucesión del sustituto en las relaciones jurídicas del causante transmitidas a su muerte, sino a la adquisición por aquél de una masa de bienes procedente de éste.

c) *Tesis que considera que lo que únicamente se halla condicionado (y condicionado suspensivamente) es la restitución o tránsito de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del heredero instituido al del sustituto fideicomisario condicional.*

Hemos visto que ésta es la doctrina clásica, la que expusieron los juristas castellanos de la época áurea, y la que únicamente cabe desde un punto de vista ontológico. Es, además, la que fenomenológicamente y teleológicamente responde más perfectamente a la realidad.

La *successio in loco ius* se verifica a favor del primer llamado.

(210) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, loc. cit., pág. 916.

(211) La posibilidad del mestizaje de condición y plazo la explican ENNECERUS-NIPPERDEY: (*Tratado de Derecho civil*, vol. I-2. Barcelona, 1944, párrafo 180, pág. 312).

Pero éste, aunque heredero, se halla gravado condicionalmente de restitución de la universalidad adquirida en virtud de su sucesión hereditaria, mas no tal como la recibió del causante sino liquidada (pagadas deudas, cobrados créditos) o en el estado de liquidación en que se halle al llegar el día de su restitución y con las mejoras y deterioros producidos y sin perjuicio del derecho del fiduciario, o de sus herederos, a su reintegro o a que se deduzca a su favor al realizarse la restitución lo que le corresponda «por gastos legítimos, créditos y mejoras.» (Entre los créditos, deben comprenderse tanto los correspondientes al fiduciario por pago de deudas hereditarias como los que tuviere contra el causante que, sin duda, forman parte del pasivo de la masa a restituir.) Esta restitución es la que se condiciona suspensivamente a la realización del evento previsto.

Como dice Roca Sastre (pág. 57) «en caso de cumplirse la condición, todo se reduce a que el fideicomiso eventual se convierta en actual a partir de este momento».

Lo único que se condiciona resolutoriamente es la eficacia, después del día de la restitución, de las enajenaciones verificadas por el heredero gravado de restitución (cuando éste no esté facultado —por la causa que fuere— para realizarlas con eficacia definitiva).

El sustituto fideicomisario no es heredero bajo condición suspensiva, salvo en el caso de que no llegue a heredar el heredero gravado ni sus sustitutos vulgares si los hubiere. Si aquél o éstos llegan a heredar, el sustituto sólo tiene en pendencia la restitución de la masa o de los bienes fideicomitidos.

B) *Naturaleza de las sustituciones fideicomisarias a término incierto y en especial de las «post mortem instituti» y «post mortem usufructuarii».*

El problema enunciado no ha variado su planteamiento de como lo vimos debatido por los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.

Núñez Lagos (pág. 127) nos dice: «La muerte del fiduciario es un evento cierto en el *an* aunque se ignore *cuando*, por lo que en el Código civil es término y no condición.»

Pero González Palomino (212) había precisado —con la misma perspicacia que hemos observado, v. gr., en Luis de Molina— que el testador ha podido «diferir no sólo el ejercicio de los derechos del fideicomisario sino la propia adquisición sometiendo su llamamiento a una condicionalidad suspensiva». «El momento de la muerte de una persona, por muy sana que esté, es un *día cierto* que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuándo, porque todos somos mortales... Ese *día cierto* debería ejercer las funciones de su cargo (art. 1.125, párrafo primero), que es de *término propio*. Pero en nuestro caso no puede ejercerlas, ya que la incerti-

(212) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, loc. cit. pág. 911.

dumbre del día (de la llegada del día) está desvirtuada por la incertidumbre de la adquisición. El fideicomisario, en nuestro caso, es un señor que no se sabe ni quién será, ni si será.»

La sentencia de 20 de octubre de 1954, en este sentido, distingue claramente: *a*) el hecho de la muerte del sustituido como término cierto en el *an*; y *b*) la sobrevivencia del sustituido, como «suceso causal y no de los que necesariamente han de venir», establecido como una verdadera condición.

Y Lacruz Bernejo—con la mejor ortodoxia—explica que «No hay que considerar como condición o término a los designados como tales en la declaración testamentaria sino a los que realmente lo son, para lo cual resulta decisiva la voluntad del causante. Incluso habrá casos en los cuales una modalidad que ordinariamente juega como condición, según la real intención del testador, deba constituir simplemente un término que, como tal, no hace incierta la disposición, y si sólo difiere el momento de ejecutarla. Por ejemplo, el tiempo que tarda una persona en alcanzar cierta edad funcionará por lo general como condición—se subordina la eficacia de la disposición a la supervivencia de la persona hasta la edad señalada—pero puede funcionar como plazo si, lo que no ha de presumirse, el testador ha querido, con sus palabras, simplemente señalar un período de tiempo. Inversamente el señalamiento de un número de años de plazo puede funcionar como condición si el testador ha pretendido subordinar la efectividad de la institución o el legado a que el favorecido viva al término fijado (la S. 14 de diciembre 1944 admite esto con excesiva facilidad).»

La voluntad del testador deberá resultar del tenor del testamento (art. 675 C. c.). Como hicieron los autores clásicos, habrá que examinar si las palabras con que se expresa la disposición tienen significación condicional o meramente dilatoria y, en especial, si la intención del testador fué la de condicionar la sustitución o meramente la de suspender su efectividad.

C) *Naturaleza de las disposiciones de residuo.*

No nos ofrece duda de que las disposiciones del residuo son sustituciones fideicomisarias—pese a la reiteración en contra de nuestro Tribunal Supremo—. E incluso creemos que—por las razones expuestas en el epígrafe anterior—éstas pueden ser condicionales o meramente a plazo. Serán a plazo si la sobrevivencia del sustituto o la muerte del instituido no se señaló como evento condicionante de la sustitución, sino que se configuraron simplemente como términos suspensivos de la efectividad de la restitución del residuo que hubiere.

Las dudas de Clemente de Diego (214) inspiradas en la bi-

(213) LACRUZ BERDEJO: *Notas cit.*, § 8, pág. 75

(214) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Naturaleza de las disposiciones y cláusulas de residuos* (Madrid, 1926), págs. 68 y sigs.

bliografía extranjera, que entró en ellas para escapar de las fronteras de la prohibición de los fideicomisos (215) han sido sin duda la fuente—falseada por plantear un problema extranjero que nosotros no tenemos—de la desorientación de nuestra jurisprudencia (216).

Como observó certeramente González Palomino (217): «En nuestro Código civil la cláusula de residuo aparece instalada por las buenas en medio de las normas de la sustitución fideicomisaria (art. 783, frase final) con domicilio comfortable Su intrínquilis consiste en que el testador flexibiliza la obligación del fiduciario en cuanto a su contenido permitiéndole consumir o disponer del todo o parte de los bienes.» «El segundo llamado adquiere *su derecho al residuo eventual* desde la muerte del causante, porque su sustitución no está condicionada en sí misma, sino en su contenido (salvo que también se condicione la propia adquisición).»

Lacruz Berdejo (218), en igual dirección, piensa que «no es su calidad de sustituto lo condicionado sino sólo el *quantum* de los bienes que debe percibir, cuya ausencia no es obstáculo para ser segundo heredero».

El pretendido obstáculo de la obligación de conservar y restituir—que como ya hemos dicho es elemento natural, pero no esencial, de las sustituciones fideicomisarias—ha quedado demostrado que no lo es para la consideración como sustituto fideicomisario del llamado en el residuo, lo que ha probado exhaustivamente Jerónimo López en su magnífico trabajo sobre este tema (219).

D) *Régimen de transmisión de los eventuales derechos del sustituto fideicomisario condicional que sobreviva al causante y premuera al cumplimiento del evento condicionante.*

Aceptado que en el régimen del Código civil español caben las sustituciones fideicomisarias condicionadas debe plantearse si la regla del artículo 784 es aplicable a esas sustituciones condicionales.

Dice así el artículo 784: «*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.*»

Como dijo González Palomino (220): «En las sustituciones *puras* (o con segundo llamamiento *a término*) el fideicomisario ad-

(215) Ver GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...* págs. 912 y sigs.

(216) Sentencias de 13 de noviembre de 1942, 13 de febrero de 1943, 18 de junio de 1947 y 10 de julio de 1947. (Véase la breve nota crítica que nuestro compañero DOMINGO IRURZUN dedica a este último fallo en «An. Der. Civ.», VII-IV, páginas 1.208 y sigs.).

(217) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, loc. cit., págs. 913 y 914.

(218) LACRUZ BERDEJO: *Notas cit.*, § 28, pág. 241.

(219) JERÓNIMO LÓPEZ: *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, «An. Der. Civ.», VII-III, págs. 764 a 777 en especial

(220) GONZÁLEZ-PALOMINO: *Enajenación...*, pág. 910.

quiere su derecho en el momento de la apertura de la sucesión (*dies venit*).»

Pero este precepto se refiere a la sustitución fideicomisaria del mismo modo que el artículo 661 a la institución de heredero. Ambos determinan el *dies cedit* en los casos de que la respectiva figura jurídica no esté condicionada. De igual modo que el artículo 758, párrafo tercero, y el artículo 759 retrasan el *dies cedit* de la institución condicional al momento de cumplirse la condición—pese al artículo 661—, lo mismo debemos entender en la sustitución fideicomisaria condicional—no obstante el artículo 784.

«El testador ha podido —como dice G. Palomino (221)—no limitarse a la estructura mínima y normal de la sustitución y añadirle algún otro adorno que la haga más atractiva y complicada. Ha podido no sólo diferir el ejercicio de los derechos del fideicomisario sino la propia adquisición del fideicomisario sometiendo su llamamiento a una condicionalidad suspensiva.» Y entonces la solución del artículo 784—que «es la adecuada para el término»—resultaría «inadecuada e incompatible con el juego de la condición suspensiva e inaplicable a los casos de sustituciones con segundo llamamiento suspensivamente condicionado» (222).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha entendido así en las sentencias de 9 de julio de 1910, 17 de marzo de 1934, 4 de marzo de 1952 y 20 de octubre de 1954.

Ahora bien, la proximidad visual que aparentemente pueden presentar en Derecho sucesorio el término y la condición, al entrecruzarse las incertidumbres en el *an* y en el *quando* con la suspensión de la eficacia y el condicionamiento del llamamiento, ha complicado aquella distinción—que en principio pareció fácil—entre los principios del artículo 784 y los del 759, diferencia que la existencia del artículo 799 ayuda a enturbiar aún más.

A los llamamientos con término incierto en el *quando*, pero cierto en el *an*, el Tribunal Supremo aplica el artículo 799 del Código civil en sentencias de 22 de marzo de 1890, 12 de febrero de 1915, y 11 de febrero de 1928.

Las sustituciones *post mortem* son las que principalmente se hallan en la encrucijada.

Pero la solución debemos buscarla, como hemos visto antes, examinando si juega como una condición o un término. Sin olvidar que cabe un término incierto enmascarado de condición y una verdadera condición encubierta en un término incierto (223).

Volvemos a insistir en que el tema sigue planteado en iguales términos que entre los autores de Derecho común. Los antecedentes que hemos estudiado pueden ayudarnos mucho a resolverlo y a

(221) Página 911.

(222) Página 910.

(223) Ver el párrafo antes transcrito de las Notas de LACRUZ BERDEJO, § 8, página 75.

hallar el *quid* de la aparente antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil.

Nuestro querido maestro Federico de Castro (224) distingue al efecto «La heredabilidad de la titularidad del heredero instituído bajo condición suspensiva depende de la naturaleza que haya dado el testador a la condición: si la establece como condicionante de la cualidad de heredero (capacidad) habrá de darse antes de su muerte y no será, por tanto, heredable; si simplemente ha de depender de ella la apropiación de los derechos, será posible la herencia de la titularidad condicionada; compárense artículos 759 y 799 de Código civil...»

Sapena Tomás (225) señala que la clave de la cuestión se halla en la averiguación de si la voluntad del testador era la de ordenar la condición como supuesto simple o como supuesto doble, entendiéndose, como supuesto doble la exigencia de la vida del llamado al cumplirse la condición.

La sentencia de 20 de octubre de 1954, para salvar la contradicción literal entre los artículos 799 y 759 del Código civil, dijo que: «ha de entenderse que el primero de dichos artículos no emplea la palabra condición, en sentido estricto, sino que hace referencia a un término o plazo cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignore cuándo, y cuyo efecto mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución, pero sin impedir la creación de derechos a favor del instituído, transmisibles a sus herederos desde la muerte del testador».

En definitiva, más que la terminología, que puede ser engañosa (226), hay que atender a la verdadera intención del testador, según resulte de una cuidadosa interpretación de su testamento. Hay que atender a si se trata de condicionar el llamamiento exigiendo la existencia de la persona en el momento de cumplirse el evento, o bien si sólo se ha pretendido suspender su efectividad queriendo que llegado el momento beneficie no sólo al sustituto, sino, a falta de éste, a sus herederos. En la condición, la regla general es la intransmisibilidad, pero—como vimos en del Castillo Sotomayor—la transmisibilidad puede y debe tener lugar si el testador así lo ordenó expresamente o si resulta de la interpretación del testamento (hipótesis de verdadera sustitución vulgar del sustituto por sus herederos). En el término incierto la regla general es la de la transmisibilidad, pero puede excluirse si de la inten-

(224) Op. y vols., págs., 685 y sig., nota 6.

(225) SAPENA TOMÁS: *La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 192, julio-agosto 1954, páginas 48 y sigs.

(226) No nos dejemos seducir por la simplicidad de la afirmación de que mientras la condición suspende el nacimiento del derecho, el término sólo suspende su ejercicio (ver CASTRO: Op. y vol. cita., págs. 680 y ss., en cuanto al plazo, y nuestro trabajo *Donación, condición y conversión jurídica material*, en «An. Der. Civ.», V-IV, págs. 1254 y ss., en cuanto a la condición).

ción del testador, resultante de su testamento, se deduce que la existencia del sustituto a la llegada del término fué configurada como requisito esencial (condicionante) del llamamiento.

«Como ha dicho Díez Pastor (227): «Nadie discute que el testador puede impedir la transmisión del llamamiento de fideicomisario, contra lo dispuesto en el artículo 784, como puede ordenar que transmita el heredero condicional, contra lo dispuesto en el 759. El técnico dirá que en el primer caso ha transformado el plazo en condición; en el segundo, ha hecho una sustitución en el llamamiento sin alterar su naturaleza. Pero todo eso entra en las facultades del testador.»

«Ahora bien—prosigue—para que estos efectos se produzcan, ¿será forzoso que la voluntad del testador se exprese en ciertos términos o bastará que conforme a las normas espiritualistas de todo nuestro Derecho se pueda de algún modo conocer? Concretamente: ¿entenderemos que el testador quiere que funcione el llamado *jus transmissionis* de modo distinto según la fecha de nacimiento de los fideicomisarios o pensaremos que si no dice otra cosa expresamente les otorga el mismo trato? Mi opinión va implícita a la pregunta. Como dice Ennecerus, la condición y el plazo no son sino instrumento de la voluntad, recursos mediante los cuales adaptamos nuestros negocios a las eventualidades del porvenir y por eso la intención racionalmente conocible del que los pone debe prevalecer sobre su mecanismo, que es dispositivo y no coactivo» (228).

No debe confundirse la transmisión del eventual derecho del sustituto con su *representación* en la sustitución por sus descendientes. La *transmisión* opera a favor de los herederos del sustituto muerto antes del *dies venit* pero después del *dies cedit* (229). La *representación*, de ser factible, actuaría en beneficio de sus descendientes, que por ser stirpes, conforme a las reglas de la sucesión intestada, ocuparían su lugar (230). Pero precisamente cuando tenga lugar, conforme al artículo 784, la transmisión del derecho del sustituto fideicomisario a sus herederos, holgará siempre la representación, que presupone la falta del representado al tener lu-

(227) Díez PASTOR: Loc. cit., pág. 582.

(228) Díez PASTOR: Págs. 582 y sigs.

(229) Sobre el *jus transmissionis* ver MANUEL ALBALADEJO: *La sucesión a iure transmissionis*, «Anuario de Derecho Civil», V-III, págs. 912 y ss. y en *Estudios de Derecho civil* (Barcelona, 1955), págs. 257 y ss.

(230) Enlaza lo dicho con el problema de la representación en la sucesión testamentaria. Estamos de acuerdo en este punto con nuestro compañero MANUEL DE LA CÁMARA (*El Derecho de representación en la herencia testada y la preferencia de herederos forzosos*, en «Rev. de Der. Notarial», VII, enero-marzo 1955, págs. 14 y ss.) en estimar improcedente querer trasplantar a la sucesión testada la representación que tiene su asiento adecuado en la sucesión intestada. Como acertadamente explica (págs. 20 y sigs.), la cuestión en realidad debe ser referida a la posibilidad de entender establecida en ciertos casos una sustitución vulgar tácita a favor de quienes serían herederos abintestato del sustituido.

gar la delación (231). Y si la condicionalidad de la sustitución retrasa el *dies cedit* del sustituto, no es posible la transmisión (conforme al art. 759 del Código civil) mientras dicho día no ceda (es decir, mientras la delación no tenga lugar). Pero tampoco cabe hablar con propiedad de *representación*, sino de la posibilidad o no de entender *tácitamente dispuesta la sustitución vulgar* a favor de quienes sean los herederos intestados del sustituto fideicomisario muerto antes de purificarse la condición (232). Sólo en estos términos, si se dan los suficientes datos interpretativos y con las salvedades dichas, puede aceptarse que quepa la sustitución vulgar tácita a favor de los descendientes del fideicomisario premuerto y a los que *ab intestato* correspondería representarle (233).

§ 5.º *La cláusula «si sine liberis decesserit» y los hijos puestos en condición.*

A) *Naturaleza del llamamiento consiguiente.*

Históricamente nadie había dudado—como hemos visto—de que la cláusula *si sine liberis decesserit* entrañaba la imposición condicionada de una sustitución fideicomisaria dispuesta a favor de la segunda persona a la que se llamaba para dicha eventualidad. Hoy día, al cerrarse el cauce jurídico del fideicomiso en algunas legislaciones extranjeras, se ha tratado en ellas de dar pasaporte jurídico a esa cláusula por otras vías. Pero lo notable del caso es que innecesariamente nos hemos hecho eco de estas cuestiones, que fuera de nuestras fronteras intentan enmascarar la realidad para dar salida a justas aspiraciones allí donde se les niega su paso natural.

Lo cierto es que se ha sostenido su configuración de las siguientes estructuras:

a) Como doble institución bajo condición suspensiva, positiva para uno (el llamado si fallece con hijos) y negativa para el otro (el llamado para el caso de que aquél fallezca sin hijos). De Diego (234) explica así esa forma de disponerla: «instituyendo a

(231) Como ha dicho ALBALADEJO (*La sustitución vulgar*, en «Revista de Derecho Notarial», VII, enero-marzo 1955, págs. 174 y sigs., y en *Sustituciones hereditarias*, Oviedo 1956, pág. 101): «En la denominada representación no hay delación a favor del representado, sino solamente a favor del representante.»

(232) Dicha sustitución vulgar tácita deberá deducirse de la interpretación de la voluntad del testador según el tenor del testamento. El tema es de interés cuando un ascendiente sustituya a algún hijo por los hijos o los hermanos que al fallecer tenga el propio instituido. ¿Cuándo podrá estimarse que los descendientes del hijo o hermano premuertos del instituido han sido tácitamente llamados como sustitutos vulgares de su ascendiente fideicomisario premuerto al *dies cedit*?

(233) Este sentido deberá darse a la referencia que hace NÚÑEZ LAGOS (páginas 135 a 137) al derecho de representación a favor de los descendientes—en los límites del art. 925 C. c.—del sustituto fideicomisario premuerto.

(234) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Naturaleza jurídica de...*, pág. 68.

uno si muere con hijos, pero llamando a otro si esta condición no se realiza».

León Michel (235) opinó que sólo en este caso no se incurre en sustitución fideicomisaria.

En esta hipótesis, conforme al Código civil español, los bienes deberían ponerse en administración hasta fallecer el designado para el caso de morir sin hijos (art. 801, § 1.º); sería administrador el coheredero instituido puramente si hubiere derecho de acrecer entre él y los llamados condicionalmente (art. 802); de no haber coherederos instituidos puramente, o de no haber derecho de acrecer entre éstos y los condicionales, correspondería la administración bajo fianza al heredero condicional, y, si no la prestase, al heredero presunto también bajo fianza (art. 803); corresponderán a estos administradores los mismos derechos y obligaciones que los que lo sean de los bienes de un ausente (art. 804). Para la aplicación del artículo 803 existiría en este caso la dificultad de que hay dos herederos recíproca e inversamente condicionados bajo la misma condición suspensiva que juega contrariamente para uno y para el otro. No obstante, parece que deba darse prioridad como administrador a aquel a quien se refiere la circunstancia de fallecer con hijos (*suyos, de él mismo*).

Ahora bien, dudamos de que la intención del testador pueda justificar ese resultado. Por eso nos parece inaceptable esa solución de la doble institución bajo condición suspensiva, recíproca e inversamente impuesta, fuera de los casos en que claramente resulta ser ésta la intención del testador.

b) Como institución bajo condición resolutoria del primer llamamiento y con condición suspensiva para el segundo llamamiento,

Es la tesis defendida en su contestación por Rafael Núñez Lagos (pág. 141 y sig.). También la había aceptado De Diego (236), que señala la formulación de la misma: «instituyendo a uno, pero llamando a otro si muere sin descendencia».

Esa fórmula ha sido y es muy discutida en Italia. Para unos autores y según varios fallos de la jurisprudencia, es perfectamente viable y es inconfundible su resultado con el de las sustituciones fideicomisarias (237). Para otros es inaceptable en cualquier caso, y no faltan quienes distinguen, según las circunstancias del caso, para apreciar si incide o no en la prohibición de las sustituciones fideicomisarias (238).

(235) Citado por MANUEL DE LA CÁMARA: *Partición...*, cit., nota 19, página 647.

(236) DE DIEGO: *Op.* y pag. últ. cit.

(237) Véase especialmente la defensa de esta tesis por ANTONIO BUTERA: *La cláusula «si heres cum liberis vel sine liberis decesserit» e la sostituzione fideicommissaria vietata*, en «El Foro Italiano», vol. LIV (1929), págs. 130 y ss. Ver también MESSINEO: *Op.* y vol. cit., § 184, 2.ª ter., pág. 124.

(238) Consúltese la síntesis que ALFREDO ASCOLI hace de la posición de la doctrina, clasificada según la triple distinción que hemos recogido en el texto,

c) Como sustitución fideicomisaria condicionalmente impuesta (*si sine liberis decesserit*) al instituido.

Aunque se emplee la fórmula de una primera institución bajo condición resolutoria y una segunda bajo la condición suspensiva de que aquélla se resuelva, implicará necesariamente, en Derecho alemán, una sustitución fideicomisaria condicional por aplicación de los §§ 2.104 y 2.105 del B. G. B.

La misma opinión con respecto al Derecho francés la vemos expresada por Savatier (239), que estima inconciliable su pretendido desgajamiento de las sustituciones fideicomisarias con la historia de estas sustituciones y con la voluntad del disponente. «Lo que éste pretende disponer es *designar un sucesor*, por causa de muerte—dice Savatier—a la persona que instituye directamente, haciendo indisponibles los bienes así reservados para el llamado.»

También entre los autores italianos abundan los que hacen desembocar necesariamente esa fórmula en una sustitución fideicomisaria condicional y, por tanto, prohibida por su *Codice civile*. Para De Ruggiero (240) la implica «la institución de heredero y sustitución por otro en el caso de que el primero muera sin hijos, pues en esta hipótesis se daría en el primer llamado la obligación de conservar y retransmitir hasta su muerte, oculta dicha obligación bajo la apariencia de una condición *si sine liberis decesserit*». Asimismo otros autores, como Polacco (241), Barassi (242) y Azzariti y Martínez (243), han estimado que bajo la condición que deba cumplirse o incumplirse coincidiendo precisamente con la muerte del instituido, como necesariamente ocurre en la impuesta *si sine liberis decesserit*, o si se hubiera dispuesto que al tener lugar la resolución no deban devolverse los frutos percibidos, se oculta un fideicomiso.

Butera (244) defendió contra esta calificación la eficacia de su disposición como condición resolutoria, aunque su cumplimiento no debiera dar lugar a la restitución de los frutos percibidos. La retroactividad de la condición—dice—«es una ficción y la plenitud de sus efectos puede ser modificada por el disponente»; pero—añade—que «basta que uno cualquiera de los efectos persista para que la disposición deba tenerse por condicional».

La alegación de Butera sería certera si la objeción a la que replica se centrara en la médula de la cuestión. Para nosotros, la restitución o no de los frutos percibidos carece de transcendencia para la calificación jurídica de la institución (245). Mas no en

en su nota 2 a la página 394 de la segunda edición (Milán, 1937) de la obra de VITTORIO POLACCO, *Della successioni*, vol. I.

(239) RENÉ SAVATIER: Op. y vol. cit., núm. 929, pág. 471.

(240) ROBERTO DE RUGGIERO: Op. y vol. cit., § 147, pág. 1.166.

(241) VITTORIO POLACCO: Op. y vol. cit., págs. 394 y sigs.

(242) LODOVICO BARASSI: Op. y vol. cit., § 155, pág. 450.

(243) AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., § 285, pág. 502.

(244) BUTERA: Loc. cit., pág. 143.

(245) Así ULPIANO en el Libro XV de sus Comentarios a Sabino (Dig. XXXVI-I, 18 pr.), señala que si bien en la restitución de la herencia por

el sentido alegado por dicho autor, sino en el contrario. O la retroacción se acepta como una realidad plena—lo que no admite Butera—y, en tal supuesto, se admite el imposible de deshacer la *sucesio*, ya operada entre el finado y el instituido bajo condición resolutoria, y la inaceptable transformación en pagos y cobros de lo indebido de los realizados por el primer llamado de las deudas y créditos del causante. O bien, la mal llamada retroacción se conceptúa simplemente como un ficción—y así la estima Butera—, para explicar la ineficacia respecto al llamado suspensivamente de las disposiciones realizadas por el que fué instituido bajo la condición resolutoria cumplida. Y, en este caso, como antes hemos visto, lo que realmente ocurre es únicamente que se impone al que fué instituido bajo dicha condición la restitución de la masa de bienes heredados. Es decir, el efecto real característico de las sustituciones fideicomisarias.

d) Indistintamente, según la voluntad del disponente y los términos de la disposición, con una u otra de las configuraciones antes expresadas.

Así, De Diego (246) admite que se emplee tanto como condición suspensiva como condición resolutoria.

Y Roca Sastre, en su discurso de ingreso (págs. 56 y sig.), acepta como fórmulas distintas, pero posibles ambas, la institución de heredero bajo condición resolutoria *si sine liberis decesserit* y la institución de heredero con gravamen de fideicomiso condicional *si sine liberis decesserit*.

A su juicio (pág. 57), la diferencia consiste en que «así como en el primer caso la condición es resolutoria y retroactiva y afecta a la institución hereditaria en sí, de suerte que, una vez se cumpla, destruye la institución misma, así como destruye el tiempo intermedio; en cambio, en la segunda, o sea, en el fideicomiso *sine liberis*, la condición no es de tipo resolutorio y retroactivo ni afecta a la institución hereditaria, sino tan sólo a la sustitución fideicomisaria como tal, de manera que en caso de cumplirse la condición, todo se reduce a que el fideicomiso eventual se convierta en actual a partir de este momento».

Discrepa Roca (pág. 59) de quienes dicen «que esta diferencia de efectos proviene de que en la sustitución fideicomisaria la condición *sine liberis* actúa *ex nunc*, o sea, a partir del momento de fallecer el fiduciario sin hijos, mientras que en el otro caso opera *ex tunc*, o sea, retroactivamente; pero hay que destacar que aquella actuación *ex nunc* del fideicomiso condicional no es consecuencia de una cancelación de los efectos retroactivos de la condición cumplida, sino más bien mera secuela de la circunstancia de afectar la condición no a la existencia de la institución here-

fideicomiso no se comprenden los frutos, debían devolverse cuando «quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere».

(246) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Naturaleza...*, págs. 68 y sigs.

ditaria, sino tan sólo a la del fideicomiso que eventualmente la gravaba».

Además—prosigue—«la retroacción no es una constante de toda condición cumplida y la voluntad puede excluirla, así como ha dejado de ser necesaria en varias legislaciones modernas (Código federal suizo de obligaciones y Código civil alemán). Pero es que en las sustituciones fideicomisarias condicionales la propia estructura de las mismas repele toda idea de retroacción destructora de la fase de propiedad realmente ejercida *medio tempore* por el fiduciario sobre los bienes hereditarios».

Cuanto hemos afirmado con anterioridad nos excusa de detallar por qué razón no aceptamos la posibilidad de ese dualismo.

Insistimos en que no cabe ontológicamente ni jurídicamente una condición resolutoria que deshaga la *successio in loco ius* ni cancele la condición de heredero obtenida por un hecho pretérito (la sucesión) que si acaeció no puede dejar de haber acontecido. Y en que teleológicamente tampoco puede admitirse por los resultados inadmisibles a que daría lugar, Cámara (247) aludió en este sentido a que el efecto retroactivo aplicado resolutoriamente a la institución del primer llamado y constitutivamente al llamamiento del segundo daría lugar a que los llamados suspensivamente no podrían heredar, precisamente en virtud de dicha retroacción, cuando en la fecha de la sucesión (es decir, al morir el causante) fuera *noudum concepti*. Nosotros hemos insistido en la repercusión que tendría su aplicación rigurosa en los pagos y cobros de deudas y créditos hereditarios verificados por el primer llamado en caso de operarse una verdadera resolución de su institución (248).

A juicio nuestro, fuera de la hipótesis improbable y no presumible de doble institución bajo condición suspensiva de sentido contrario para cada llamado, que hemos analizado en primer lugar, no cabe otra vía jurídica posible para la institución con la cláusula *si sine liberis decesserit* que la de configurarla como la disposición de una institución gravada con sustitución fideicomisaria condicional.

El origen de las dudas no se halla precisamente en razones puramente dogmáticas, sino en otras diferentes.

González Palomino (249) lo vió con su característica agudeza y lo expresó con su inconfundible y agresiva claridad:

«Los juristas súbditos de potencias extranjeras enemigas de la sustitución fideicomisaria se distribuyen en dos bandos: a) Los gubernamentales, que la ven con malos ojos, y b) Los de la oposición, que hacen lo posible por que circule, aunque sea con pasaporte falso. Frente a una cláusula testamentaria sospechosa, los

(247) MANUEL DE LA CÁMARA: *Partición*..., loc. cit., pág. 647.

(248) Véase la certera crítica que dedica GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación*..., loc. cit., pág. 916, a las tesis que configuran la cláusula en cuestión como meros supuestos de condición suspensiva y de condición resolutoria puestas a la institución.

(249) GONZÁLEZ PALOMINO: Loc. últ. cit., pág. 912.

primeros se esfuerzan en declararla incurso en la condena legal; los otros se ingenian para declararla válida, eficaz y exenta de pecado original. Tanto los unos como los otros, sobre todo los segundos, más que argumentos lógicos emplean argumentos tácticos. Los juristas españoles, que no tienen necesidad de andar con tapujos para dar validez a las cláusulas de sustitución, porque están legalmente admitidas, toman al pie de la letra las disertaciones forasteras y por argumentos lógicos los tácticos. O sea, toman por razonamientos jurídicos los que no lo son; navegan en conserva, por no decir van de reata, y caminan por los vericuetos que los juristas extranjeros les llevan con los ojos, ya que no cerrados, si entornados graciosamente.»

Desde el punto de vista realista de la interpretación de la voluntad del testador, dice el mismo Palomino: «Lo que suelen querer los testadores es esto otro: beneficiar *en todo caso e irrevocablemente* al instituido con el goce de la herencia, pero no atribuirle la propiedad definitiva de la herencia *sino en el caso de morir con hijos*» (250). «En nuestro supuesto la institución es pura con término final; la sustitución es condicional» (251).

B). *Los problemas de los hijos puestos en condición.*

Nótese que hablamos en plural de problemas, porque fundamentalmente cabe contemplar dos series de cuestiones totalmente diversas. Son: a) el problema de si los hijos puestos en condición deben entenderse llamados como sustitutos vulgares del instituido (o del sustituto, al que también condicionen su adquisición definitiva o su sucesiva restitución), y b) el problema de si los hijos puestos en condición deben entenderse puestos en sustitución fideicomisaria del instituido (252).

Roca Sastre en su discurso (pág. 76 y ss.) y Núñez Lagos en su respuesta (pág. 250) se ocuparon de esta segunda cuestión, y el mismo Núñez Lagos en su respuesta (págs. 136 y ss.) se ocupa de materia entroncada en la primera. Someramente bosquejaremos ambos temas.

a) *¿Puede entenderse o no que los hijos puestos en condición son llamados como sustitutos vulgares del sujeto a que se refiere la condición?*

(250) Pág. 916.

(251) Pág. 917. Destaca PALOMINO que esa solución es la que señala de DIEGO para el supuesto de que la restitución se ordene bajo una condición negativa que sólo se podrá saber si se ha sido cumplida al fallecer el instituido (como, v. gr., la condición de no casarse). Y comenta que no tiene justificación ese diverso criterio del sabio profesor, en uno y en otro caso, sino porque el verbo *restituir* en el último le aclara la verdadera esencia de la disposición.

(252) Véase el planteamiento de estas cuestiones en BORRELL I SOLER: (Op. y vol. cit., § 455, págs. 140 y sigs.), así como la bibliografía que cita en la nota 2, y en ROCA SASTRE: *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*. Barcelona, 1948, págs. 8 a 10.

El profesor Juan Iglesias Santos (jurista no catalán que ha sabido captar la realidad del sistema sucesorio usual en Cataluña) (253), plantea este problema enfocado certeramente en el panorama del Derecho catalán.

La cuestión es ésta: Si el instituido premuere, ¿debe estimarse como sustituto vulgar suyo al nombrado sustituto fideicomisario? o ¿deben preferirse a éste los hijos del instituido puestos en condición de la sustitución fideicomisaria?

Iglesias (254) vió claro que la finalidad fundamental del fideicomiso familiar catalán es la de que el patrimonio de la familia, concebido como *unidad*, se mantenga en un heredero *único*. Por eso razona que: «si se admitiese que los *positi in condicione* lo eran *in dispositioe* se contrariaría tal finalidad. El patrimonio, en efecto, se fraccionaría. Se fraccionaría también si se admitiera un derecho de representación, una sustitución legal que tampoco se vislumbra en la voluntad del testador (255). Se fraccionaría, en fin, por la premoriencia, y en este sentido, cuando no hay previsión respecto a ella, creemos que el legislador debe ordenar la transmisión al sustituto».

Por eso, en Derecho catalán, los hijos puestos en condición no deben entenderse llamados como sustitutos vulgares del instituido bajo esa condición, si no resulta ser otra la voluntad—expresa o conjeturada—del testador (256).

Cierto que primero la ley 2, título XV de la Partida segunda y después la ley 40 de Toro para la mayorazgos—es decir, también para un régimen de transmisión unitaria—formularon una solución que parece más justa—aunque tal vez resultara menos útil

(253) JUAN IGLESIAS SANTOS *Sobre fideicomisos y substitutiones fideicomisarias* en «Rev. Jur. de Cat.» XLVII, marzo-abril 1949, págs. 133 y ss.

(254) Pág. 135.

(255) El propio IGLESIAS (págs. 133 *in fine* y sig.) aclara que: «La representación en la sucesión testamentaria —y hablamos así para ajustarnos a la terminología moderna no bien precisa— es contraria, evidentemente, a la libertad de testar y mucho más cuando el testador ha ordenado expresamente el propio régimen de una sustitución.»

(256) BORRELL y SOLER (op. vol. y § últ. cits., pág. 141), MARTÍ MIRALLES (*Cuestiones fideicomisarias* en «Rev. Jur. de Cat.» XI, pág. 676) y ROCA SASTRE (*El problema fideicomisario...*, cits., págs. 12 y sigs.) señalan que este problema no puede confundirse con los del *derecho de transmisión*, del *derecho de representación*, ni con el significado de la palabra hijos.

La cláusula examinada por la Sent. del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1942 y más recientemente por la de 28 octubre 1953 del Juzgado de Primera Instancia de Igualada (publicada en «An. Dr. Cv.» IX-II, págs. 547 y ss.), en la que se instituye al heredero universal *libremente* si falleciere con hijos legítimos sucesores *pero a favor de los mismos* (copiamos del supuesto de la Sentencia del Juzgado de Igualada), nos parece más bien un supuesto de fideicomiso de residuo, es decir, que no limita la libre disposición a título oneroso, y dispuesto a favor del descendiente que el propio testador elija (parece que así se compaginan mejor las dos expresiones subrayadas que a primera vista parecen contradictorias). Pero lo que nos parece totalmente inaceptable del fallo del Juzgado de Igualada es que compute en el montante de su cuarta trebeliánica la donación hecha por el pretendido fiduciario a una de las hijas (págs. 553 y

para la conservación de una casa labradora cuando incluso el mayor de los hijos del sustituido fuere menor de edad—. Consistía en preferir los hijos del primogénito al segundogénito, pero prefiriendo aquéllos no conjuntamente, sino uno a uno por el orden de sucesión de la Corona. Régimen que, por cláusula expresa—en éste u otro orden parecido—, suelen disponer expresamente muchos testadores catalanes para compaginar la conservación unitaria de la casa y su preferencia por los hijos del primogénito, que muchas veces ya había dejado en la casa sus sudores, mientras con los frutos de los esfuerzos de éste y del causante se habían situado en otras actividades los segundones (*cabalers*) ventajosamente preparados.

Ahora bien, el régimen normal de las provincias de Derecho común—exceptuamos Galicia, Asturias y Guipúzcoa—, incluso en el agro, no es el de conservación unitaria, sino el de distribución y división. El problema, por lo tanto, debe plantearse en términos muy diversos de los anteriormente observados certeramente para Cataluña.

Núñez Lagos ha dicho (pág. 137) que: «Los premuertos antes del *dies cedit* y con más razón antes del *dies venit*, en toda sucesión legal compartida por ficción de la representación, se consideran vivos en su estirpe, sucediéndoles «en todos los derechos que tendría si viviera (art. 924 C. c.) dentro de los límites del artículo 925 del Código civil.» Pero resulta difícil hallar apoyo legal para la aplicación a la sucesión voluntaria *in fideicommissio* de una norma referente a la sucesión legal *ab intestato*. Sólo la intención del testador, deducida del tenor del testamento—inducida con criterio más favorable en régimen de división que en los regímenes de conservación unitaria—, puede servir para entender llamados como sustitutos vulgares a los hijos puestos en condición con preferencia al sustituto fideicomisario y en el orden y proporción resultantes de aplicar—como supletorias—las reglas de la sucesión intestada.

b) *Los hijos puesto en condición no deben estimarse llamados como sustitutos fideicomisarios si del testamento no resulta ser otra la voluntad del testador.*

Según Roca Sastre (pág. 8) el Código civil ha seguido con ca-

559). Hay en ello una aplicación indebida de la *Authentica Res quae*, pues si en este caso el causante podía disponer libremente entre los hijos, la donación hecha a uno de ellos, no debía, en modo alguno, disminuir la trebeliánica, a la cual, por lo menos, tenía derecho el fiduciario en el caso de que el fideicomiso no se conceptuara de residuo. El error del fallo estriba en aplicar una norma que amplía las facultades del fiduciario, haciéndola jugar restrictivamente —*contra natura*— como limitación de su más amplia facultad dispositiva. *La Authentica Res quae* autoriza para disponer a cuenta anticipada de la trebeliánica al fiduciario que no puede disponer de las otras tres cuartas partes, mientras que en el caso cuestionado el título de la disposición del fideicomiso autorizaba al fiduciario para disponer, por lo menos a favor de los hijos, es decir, *extra quartae*.

rácter general el criterio histórico de no entender en principio llamados como sustitutos fideicomisarios a los hijos puestos en condición. He ahí su razonamiento:

«En su artículo 783 dispone que «para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos». Por consiguiente, según el Código, los hijos puestos en condición no se entenderán nunca llamados por conjeturas que existan. Como declara la Resolución de 11 de junio de 1923, dicho precepto ha rechazado, en materia de fideicomisos, los llamamientos conjeturables.»

En cambio, Núñez Lagos (pág. 141) es de otra opinión, que también razona como sigue:

«El problema de si los hijos puestos en condición están instituidos o no, resuelto de plano por la transcrita Ley de Partidas, en el Código civil se centra, dentro del párrafo primero del artículo 675, como una mera cuestión de interpretación de voluntad. Ya no rige aquí el número primero del 785 del Código civil, sino el párrafo segundo del 772. Al margen de todo enrevesado mecanismo de conjeturas, la cuestión se limita al modo, forma o manera de designar heredero, para lo cual, como recurso técnico y precedente de autoridad (puede ser que incluso como principio de derecho contenido en fuente formal histórica), se puede y se debe invocar la indiscutible autoridad de las Partidas.»

La ley de Partidas a que se refiere Núñez Lagos es la 10 del Tít. IV, Partida Sexta. Pero, como hemos visto anteriormente (257), no se interpretó esa ley, ni debe interpretarse, con la literalidad con que lo ha hecho Rafael, sino en el mismo sentido de la *lex Cum avus*. Esto destruye el fundamento histórico de su opinión. Dogmáticamente, por las razones que hemos visto antes, tampoco puede sostenerse la remisión al artículo 772, sino que queda en pie el escollo de los artículos 783, § 1 y 785, número 1.º.

§ 6.º ¿Cabe la condición «*si sine liberis decesserit*» tácita en el régimen del Código civil como limitación de los fideicomisos impuestos a los descendientes del testador?

Se trata de la resolución de la ley *Cum avus* y de la ley 10, título IV, Partida 6.ª. Es decir, de convertir los fideicomisos a término impuestos a descendientes del disponente en fideicomisos *si sine liberis decesserit*.

Roca Sastre, en otro trabajo (258), expresó su creencia de que la cuestión, a pesar del sentido humano de la misma, debía contestarse negativamente en el régimen del Código civil.

Núñez Lagos (pág. 140) también opina que: «Como condición tácita extratestamentaria no nos parece posible su admisión dentro del Código civil, a no ser que se entendiera, por alguna razón que

(257) Ver antes, II, § 1, A.

(258) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., pág. 47.

se nos escapa, dado el artículo 1.796 del Código civil, que la antes invocada Ley de Partidas tenía de algún modo vigencia. Mas dentro del Código civil la voluntad del testador se puede investigar «según el tenor del mismo testamento». Habría de dar pie la relación de unas cláusulas con otras para llegar al resultado de la Ley de Partidas, que puede regir como regla de interpretación.»

Coincidimos con Rafael en que la voluntad del testador, según el tenor del testamento, es decir, con el criterio interpretativo que señala el artículo 675 del Código civil, debe darnos en cada caso la solución. Con la diferencia, con respecto al régimen anterior, que esa conjetura de piedad no puede *sobrentenderse*, sino que debe *deducirse*.

CONCLUSION

Estas son las acotaciones que nos sugirieron el solidísimo discurso de nuestro querido maestro y amigo Ramón María Roca Sastre y la brillante, sugestiva y sugerente contestación de nuestro querido amigo y compañero Rafael Núñez Lagos, al escucharlas atentamente, releerlas y cotejarlas con la doctrina de los más conocidos clásicos catellanos y los más recientes escritos de los autores que se han ocupado de este tema ya bajo el régimen del Código civil español.

Como resumen, diremos que nos parece probado que no existen verdaderas diferencias fundamentales en materia de disposiciones fideicomisarias entre el sistema romano, evolucionado por influencias canónicas, que rige en Cataluña y el sistema recogido por el Código civil. Las hay de carácter secundario (v. gr., respecto al fideicomiso de residuo, a la cuarta trebeliánica y a los límites de llamamientos posibles). Pero, en especial, lo que a primera vista destaca en una y otra reglamentación es lo completa que es la primera, como elaboración a través de los siglos de una institución constantemente vivida, y la breve e incompleta visión del Código civil, como obra de una época en que las modas extranjeras eran contrarias a las instituciones fideicomisarias y de unos juristas de la capital de una nación cuyo agro no foral salía, en su mayor parte, de la desamortización o de la desvinculación y en la que, por tanto, el pueblo humilde carecía del sentido jurídico que forja la idea de la continuidad secular de la explotación agrícola familiar y de la función social de la casa solariega de labradores. De ahí que muchas soluciones de detalle puedan diferir por no haberse recogido excepciones y limitaciones expresas del Derecho anterior o por la diversidad de la estructura general del régimen sucesorio usual de las regiones forales y del Código civil (v. gr., por el segundo motivo, en el problema de la preferencia de los hijos puestos en condición respecto al sustituto fideicomisario, o por el primero, en la interpretación de la exclusión del fideicomiso en caso de nacimiento ulterior y sobrevivencia de hijos del sustituido).