

II. DICTAMENES

Dictamen acerca de la interpretación del testamento cerrado
de doña L. X. X.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Se solicita dictamen acerca de la interpretación de la cláusula 16 del testamento cerrado de la finada, doña L. X. X., protocolizado el 19 de abril de 1910 ante el Notario de..., don..., en el cual instituyó heredero a su hermano don F. X. X., y, entre otros legados, dispuso sendos a favor de sus sobrinos, todos ellos hijos del heredero, llamados doña A., don B., don C., don E., doña F. y doña G.

La cláusula 16 puesta a continuación, de las que disponen los indicados legados, dice así: "Quiero, y es mi voluntad, que los legados que dejo hechos a mis sobrinos ya nombrados se entiendan con la cualidad de no poderse enajenar, ni gravar los bienes a que se refieren para que se conserven íntegros y sin menoscabo, y en tal estado vuelvan a mi heredero, o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos, según los casos y según dejo determinado anteriormente, y quedando en igual caso la sucesión de mis dichos sobrinos, siempre que murieren sin dejar sucesión legítima".

El heredero falleció el 16 de noviembre de 1924. De los legatarios, ha fallecido don E., dejando un solo hijo, y también ha fallecido doña F., dejando cuatro hijos. Los demás viven y tienen descendencia, excepto doña G., que es soltera y de edad propecta. Un sobrino, hijo de doña A. ha premuerto, dejando hijos.

Concretamente se desea saber el destino de los bienes dejados a doña G., en el caso de que ésta renunciare a los mismos.

DICTAMEN

La transcrita cláusula 16 tiene una primera parte literalmente clara, que determina una prohibición de disponer y una restitución, *post mortem*, de cada legatario, de los bienes que respectivamente les han sido legados. Se reúnen, por lo tanto, los requisitos de la limitación dispositiva y de la restitución sucesoria preordenada, que son característicos de la sustitución fideicomisaria; institución jurídica que el artículo 781 C. c. expresa como *encargo al heredero de que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia* —que el artículo 789 hace extensivo a los legados— válido, según el artículo 785, núm. 1.º, aunque no se dé el nombre de sustitución fideicomisaria, si se impone al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo llamado.

Pero las dudas asaltan al tratarse de determinar quiénes son los llamados como sustitutos.

La cláusula a interpretar determina, respecto de los bienes que cada legatario debe conservar, que *"en tal estado vuelvan a mi heredero, o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos, según los casos y según dejo determinado anteriormente"*.

I. La primera duda que presenta esta cláusula estriba en dilucidar cómo debe resolverse ese llamamiento alternativo: ¿había prioridad para el heredero de la testadora, en todo caso, si éste sobreviviese a alguno de sus hijos sustituidos?; o bien esa prioridad ¿se debería entender limitada al supuesto de que no dejare descendencia aquél de los hijos del heredero, legatario de la testadora, que premuriere a ésta, de modo que el llamamiento del heredero sería subsidiario?

Sin embargo, por haberse dado la circunstancia ulterior de que el heredero ha premuerto a todos los legatarios, hijos suyos, resulta superfluo buscar la solución de esa duda. Así, del doble llamamiento alternativo (bien fuera subsidiario uno u otro), sólo resta posible el referido *"a los sucesores legítimos de aquéllos, según los casos y según dejo determinado anteriormente"*.

Pero, ¿qué significa esa última expresión *"según los casos y según dejo determinado anteriormente"*? Lo que con relación a los sustituidos dispuso la testadora, en las cláusulas anteriores a la que estudiamos, se circunscribe a una serie de legados dispuestos, respectivamente, cada uno de éstos, a favor de cada uno de sus dichos sobrinos. Por lo cual, parece que su referencia a los *sucesores legítimos de aquéllos*, en cada caso, HA DE CONCRETARSE A LOS DE CADA LEGATARIO CON RESPECTO A LOS BIENES DE SU RESPECTIVO LEGADO.

Vemos, pues, hasta aquí una sustitución *si cum liberis decesserit* dispuesta, precisamente, a favor de éstos. A cada legatario, pues, se le sustituye fideicomisariamente por sus respectivos sucesores legítimos. En el sentido de sus descendientes legítimos, según se desprende del contexto de la cláusula y, en especial, de su inciso final, que dice: *"siempre que muriesen sin dejar sucesión legítima"*.

Pero, ¿no se ha ordenado, por lo contrario, ninguna sustitución *si sine liberis decesserit*? Directamente no la vemos ordenada hasta aquí; pero, en cambio, aparece claramente impuesta en el inciso que aún nos queda por examinar. Veámoslo:

Dice así el último inciso de esa cláusula 16: *"y, quedando en igual caso, la sucesión de mis dichos sobrinos, siempre que muriesen sin dejar sucesión legítima"*.

La exégesis de este último inciso nos lleva a la conclusión de que, además de sustitución fideicomisaria *"si cum liberis decesserit"* que acabamos de constatar al examinar el inciso anterior, la testadora dispuso una sustitución fideicomisaria *"si sine liberis decesserit"*. De la expresión *"quedando en igual caso, la sucesión de mis dichos sobrinos"*, sólo puede referirse *"igual caso"* al gravamen de la sustitución fideicomisaria, que aquí se impone *"siempre que muriesen sin dejar sucesión legítima"*.

Pero, ¿a favor de quién se establece?

Antes, con referencia a la sustitución *si cum liberis decesserit*, se dispone que los bienes “vuelvan a mi heredero o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos”. Como hemos visto, la primera posibilidad no es ya posible, pues el heredero de la testadora premurió a todos sus hijos, los sobrinos llamados por ésta. Queda la segunda posibilidad, y queda por ver si, en esta segunda hipótesis, nos dice algo la aclaración que, a seguido del llamamiento fideicomisario a “los sucesores legítimos de aquéllos”, añade “según los casos y según dejo determinado anteriormente”.

Hay algo, que está determinado evidentemente, a nuestro juicio, para la sustitución *si cum liberis decesserit* y que, en cambio, no puede aplicarse a la *si sine liberis decesserit*. El dato de que la sucesión legítima de cada sobrino sea sustituta fideicomisaria del mismo *si cum liberis decesserit*, en los bienes respectivamente legados a éste, no puede servirnos para dar solución para la sustitución *si sine liberis decesserit*, puesto que ésta presupone la falta de sucesores legítimos del sustituido.

Pero, ¿puede decirnos algo esta expresión en cuanto se refiere a la determinación del modo y proporción cómo deben suceder fideicomisariamente, al sobrino fallecido sin sucesión legítima, los sucesores legítimos de los demás sobrinos?

Concretamente, ¿puede servir para determinar si éstos deben suceder *per capita* o *per stirpes*? y ¿para aclarar si los descendientes de grado más próximo excluyen en todo caso a los de grado más remoto, o bien si con ellos deben concurrir los de grado más remoto que representen a los de grado más próximo premuertos?

Si, en caso de duda—conforme previene el § 1.º del artículo 675 C. c.—, “se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del testamento”, parece que esa referencia literal al supuesto primeramente previsto de sustitución *si cum liberis decesserit*, con las palabras “según dejo determinado anteriormente” y “quedando en igual caso”, inclinan a pensar que si para este supuesto la sustitución se ha dispuesto *per stirpes*, también *per stirpes* ha de entenderse dispuesta para el otro supuesto *si sine liberis decesserit*, con la sola diferencia de no referirse la sustitución a los bienes asignados a la respectiva estirpe, sino a otra que ha quedado sin sucesión.

Por otra parte, es de subrayar que la finalidad de las sustituciones fideicomisarias establecidas, es—según dice la cláusula—, la de que los bienes “vuelvan a mi heredero o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos”. Frustrada la primera finalidad prevista, al haber premuerto el heredero de la testadora, sólo queda la segunda: “o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos”. Y esta expresión evoca la sucesión en línea descendente y por estirpes de cada sobrino, en efecto:

Es cierto que la expresión *sucesores legítimos* tiene un doble significado: uno, *sucesores ab intestato*; otro, *descendientes legítimos*. También lo es, que esta expresión, en la cláusula en cuestión, es empleada en el segundo de estos sentidos, puesto que es el que corresponde mejor a la finalidad familiar evidentemente perseguida, que no se cumpliría en caso de pasar los bienes a algunos de los órdenes de la sucesión intestada. Pero también es cierto

que la expresión *sucesión legítima*, aplicada a la *descendencia legítima*, refiera ésta con un sentido orgánico, análogo al que en la sucesión intestada se aplica al orden de los descendientes legítimos, en el cual concurren todas las líneas descendentes representadas, unas, por los hijos vivos y, otras, por los nietos, hijos de hijos premuertos y sucesivamente... Es decir, expresa una sucesión *per stirpes*, y, siendo así, parece arbitrario aplicar el régimen de estirpes a partir de la sucesión de cada hijo de sobrino, y no aplicarlo ya previamente a la que la testadora denomina *sucesión legítima* de cada sobrino. No parece lógico ordenar la sucesión por estirpes de cada hijo de sobrino y no haberla ordenado, en cambio, por estirpes de cada sobrino.

Notemos que la testadora no llama a todos los hijos de sus sobrinos, sino a la *sucesión legítima* de cada uno de sus sobrinos. En el primer caso, el llamamiento podría haber inclinado a interpretar que se había dispuesto a favor de éstos *per capita*; sin perjuicio de valorar que "en la palabra "hijos", aunque se trate de herederos voluntarios, están incluidos los nietos a no hallarse expresamente excluidos" (S. 9 junio 1950), para entender llamados éstos en lugar de sus padres premuertos. En el segundo caso, parece que, al llamar a los sucesores legítimos de los sobrinos, no se llama *per capita* a los hijos de todos los sobrinos, sino *per stirpes* a los descendientes legítimos de cada sobrino, puesto que la sucesión de cada uno de ellos tiene una unidad orgánica individualizadora de su estirpe.

En contra de esta interpretación podría argüirse la aplicación analógica del artículo 769 del C. c., que previene: "Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: "Instituyo por mis herederos a N. y a N. y a los hijos de N.", los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador". Pero, ¿es correcta esa analogía?

Navarro Amandi ("Cuestionario del Código civil reformado", artículos 767 a 771; Madrid, 1890, T. III, pp. 231 y s.) ya planteó la cuestión: "Cuando el testador nombra diversos herederos, unos y otros colectivamente, ¿qué regla se observará? El artículo 769 decide una hipótesis: la de ser nombrados unos herederos individualmente y otros colectivamente... Mas la hipótesis que proponemos en la cuestión no ha sido especialmente tratada en la ley; ¿qué solución se adoptará?". Y señaló la posibilidad de dos soluciones: una, distribuir la herencia por cabezas entre todas las personas que integran los diversos grupos sin discriminación de si son más los de un grupo que los de otro; otra, la de dividir la herencia en tantas partes como grupos, y entre de cada grupo dividir su parte entre los individuos que respectivamente lo compongan.

Este comentarista no llegó a adoptar una posición decidida. Empezó por citar la opinión del portugués Ferreira, favorable a hacer una parte igual para cada grupo, razonando su opinión "no sólo porque los artículos 1.797 y 1.799 (del Código portugués, correlativos a los 769 y 771 del español) no deben aplicarse a otros casos que los que en ellos se especifican, sino porque la separación en grupos indica que el testador no los quería confundir". Navarro Amandi añadió, por su parte: "Si la interpretación mejor es aquella que más

se conforma con la voluntad del que otorgó el testamento, es preciso convenir en que la solución de Ferreira acomodará, en el mayor número de los casos, a la última voluntad del testador, y deberá, por lo mismo, merecer la preferencia. Sin embargo, a falta de resolución concreta de la ley, se invocará la *analogía* de este caso con los resueltos en los artículos 769 y 771, para apoyar una decisión semejante”.

Como sea que de lo que tratamos es de hallar una solución, debemos profundizar en los dos términos de esa duda: la posibilidad de aplicación analógica del 769, y cuál es la valoración que a la intención del testador debe darse en este caso.

Respecto al primer extremo es de notar que Sánchez Román (“Estudios de Derecho civil”, VI-I, cap. XII, núm. 26, 2.^a ed. Madrid, 1910, pp. 602 y s.) observó que: “Las reglas de los artículos 769 y 771 del Código, expresivas del criterio legal en los casos a que se refieren en cuanto a la *forma* de hacer la institución de heredero, no tienen otro inconveniente que el de ser en extremo particularistas o casuísticas, puesto que resuelven —de manera más o menos caprichosa— las dificultades de interpretación que pueden originar las hipótesis previstas en los indicados artículos, mientras que dejan desamparados de reglas precisas una multitud de casos que pudieran presentarse”.

En cuanto al segundo extremo, no coincide el criterio de este autor y el del comentarista Mucius Scaevola.

Scaevola (“Código civil comentado y concordado”, artículo 769, III, T. XIII, 5.^a ed. Madrid, 1943, pp. 511 y s.) opinó que el adverbio “*claramente*” matizando el hecho de que resulte que ha sido otra la voluntad del testador, “tanto significa como constar de una manera expresa o poco menos; de una manera que no permita duda”, que así “se pone una limitación en el arbitrio de los Tribunales para interpretar las cláusulas dudosas, por todos los medios de derecho, bastando que efectivamente la disposición ofrezca duda, dadas las palabras con que se expresó, para que la discusión judicial no sea posible”. A su parecer, “si para conocer la voluntad del testador pudiera acudir a los elementos de prueba ordinarios, y en todo caso de dificultad cupiese discusión, holgarían, no sólo la regla que se sienta, sino el artículo mismo; puesto que ya se sabe que la intención testamentaria es decisiva cuando la ley no la prohíbe”.

Pero la razón alegada no justifica la opinión sostenida, pues el precepto tendría suficiente razón de ser con servir para los supuestos de duda absoluta; es decir, cuando la duda no pudiera aclararse a tenor del artículo 675, § 1.^o. Y aún podría servir mayormente si la expresión “*de modo claro*” significase *ausencia racional de dudas seriamente fundadas*, aunque no requiriese *constancia expresa*, ni *ausencia de toda duda*.

Sánchez Román (loc. cit., p. 603) opinó que: “la solución en cada caso dependerá de la recta inteligencia de la voluntad del causante, según la forma en que se halle expresada. El Código lo reconoce así, al decir que la regla por él fijada no tendrá aplicación cuando conste de un *modo claro* que fue otra la voluntad del testador”.

Sin embargo, volvió a preguntar cuándo se entenderá que consta de un *modo claro* que ha sido otra la voluntad del testador: “¿Cuando conste así

expresamente? ¿Cuando el libre arbitrio judicial, basado en la apreciación de las pruebas que pudieran aducirse, lo declare? Esta duda deja el supuesto expresado en una indeterminación casi equivalente a la que tendría si no hubiese sido regulado por el Código; a la que tienen otros muchos casos que pueden ocurrir en la práctica; sin ir más lejos, el análogo al presente, de nombrar el testador diversos herederos, haciendo designación colectiva de unos y de otros. Nuestra opinión es, que en todas estas hipótesis se atiende en primer término al testamento, para resolver, según lo que en él aparezca, las dificultades que se originen, y, en caso de duda, se aplique directamente, o por analogía, el precepto del Código". (Notemos que "en caso de duda", aquí parece significar "en caso de no poderse resolver según el testamento").

La jurisprudencia ha resuelto dos recursos de casación en los que se invocó infracción del artículo 769 C. c. A saber:

En el motivo tercero del recurso de casación rechazado en la S. de 1 marzo 1901, se alegó que "por la cláusula 15 del testamento, los herederos han sido individualmente llamados a la herencia sin expresión de grupos, sin embargo, de lo cual la sentencia les adjudica la herencia por grupos estirpes". Notemos que aquí no se discutía, porque estaba expresamente dispuesta, la distribución en tres partes entre los respectivos descendientes de tres parientes, sino la distribución de cada parte entre los integrantes del respectivo grupo que los recurrentes pretendían se hiciese por cabezas, mientras los ejecutores testamentarios la verificaron por estirpes, como confirmó la sentencia recurrida. Y el Tribunal Supremo consideró que carecía de aplicación el artículo 769 entre otros, "para inferir una inteligencia de dichas cláusulas diversa de su letra y de su recto sentido, ley primordial en el cumplimiento de las últimas voluntades".

Y en el segundo motivo del recurso, al que no dio lugar la S. 8 de julio 1904, discutióse una cláusula testamentaria en la que el testador dispuso que los bienes "adquiridos por mi se dividirán por parte iguales entre mis antedichos primos, los señores Carvajales y sobrinos, y mi tío, D. J. M. de U.". Los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo apreciaron la existencia de dos preposiciones "y" y, delante la segunda, de una coma, que determinaban la aplicación de la expresión por partes iguales, no por cabezas, sino de una parte a los primos, señores Carvajales y sobrinos, y de otra parte, al tío D. J. M. de U.". Pero, además, el quinto considerando, señaló "que si el sentido literal de las palabras transcritas ofreciera duda, estaría desvanecida por la segunda oración con que termina el período", y el sexto afirmó que para que pudiera proceder la casación hubiera hecho falta que la cláusula se hubiese interpretado "contradiendo manifiestamente la voluntad del testador, supuesta la claridad de dicha cláusula y la racional inteligencia que debiera dársele relacionándola con las demás.

Criterio que tiene en cuenta, por tanto, elementos no sólo gramaticales, sino lógicos y sistemáticos para interpretar, si consta de *modo claro*, la voluntad del testador, contraria a la previsión del artículo 769, y que, además, deja un amplio margen de apreciación al Tribunal *a quo* y elimina toda aplicación demasiado rígida y rigurosa de la expresión de *modo claro*.

Como resumen de este análisis del artículo 769, creemos que resulta claro que este precepto cede ante una interpretación fundada de la voluntad del testador, apoyada en el tenor de su testamento. Por lo cual, su norma no puede significar de modo alguno un criterio rígido, que, en el caso que dictaminamos, imponga una distribución *per capita*s, aun aceptado a efectos polémicos que dicha norma comprenda, ya sea directamente o bien analógicamente, no sólo—como textualmente regula—el llamamiento de unos herederos designados individualmente y otros colectivamente, sino incluso—lo que estimamos muy discutible—el supuesto de designarse colectivamente en varios grupos a los llamados.

Insistiendo en nuestro criterio interpretativo, es de notar que en nuestro caso la testadora llamó a los *sucesores legítimos* de los sobrinos legatarios. Expresión que designa no individualmente cada uno de los miembros de un grupo estático y amorfo, sino con visión familiar, un grupo dinámico y orgánico. Llamamiento que sucesoriamente se puede traducir mejor con el modo de suceder *per stirpes*, adaptado a la idea familiar, que con el modo de suceder *per capita*s, que o bien exigiría la distribución entre todos los descendientes, prescindiendo de su grado, y de si los de grado primero viven para que también adquirieran sus descendientes, o bien requeriría que se prescindiera de todos los de ulterior grado, aunque hubiesen premuerto algunos de los de primer grado dejando descendientes legítimos.

Si por *estirpes* debe determinarse la distribución de los bienes entre los descendientes de los hijos premuertos de sobrinos, con mayor razón deberá aplicarse a los hijos de sobrinos, a quienes se llama como sucesores legítimos de cada uno de éstos, y a quienes en la sustitución *si cum liberis decesserit* se les llama, precisamente con relación a su respectiva *estirpe*, sólo a los bienes respectivamente legados a aquél de los sobrinos legatarios que fue su progenitor. La disposición de la sucesión *si sine liberis decesserit* se hace con referencia—“y quedando en igual caso”, dice la cláusula— a la sustitución “*si cum liberis decesserit*”, claramente organizada por *estirpes*—“según los casos y según dejo determinado anteriormente”.

No creemos que pueda tomarse en consideración la objeción de que por ser los sustitutos fideicomisarios hijos de sobrinos de la causante, sólo pueden suceder *per capita*s, ya que el derecho de representación no llega en la línea colateral más allá de los sobrinos, hijos de hermanos premuertos.

Este razonamiento falla en su premisa menor, puesto que aquí no se trata de la sucesión intestada de la causante, ni de la aplicación del derecho de representación propiamente dicho, que es pieza de la sucesión legítima y no de la testada.

La testadora no dispuso las sustituciones haciendo referencia a su parentesco con los sustitutos, sino al de éstos con sus sobrinos los sustituidos. Es decir, que aun cuando los sustitutos traigan causa de la testadora, ésta hace su llamamiento con referencia a su condición de sucesores legítimos de los sustituidos. Se trata, pues, de interpretar ese llamamiento, como llamamiento de descendientes legítimos, aunque sea de varias terceras personas; no como sucesión intestada de la testadora. No se trata sino de saber si el lla-

mamiento testamentario referido a los sucesores legítimos de varios sobrinos ha de entenderse como un llamamiento testamentario ordenado *per stirpes* o *per capita*s, problema de interpretación del testamento y no de aplicación de las normas de la sucesión intestada de los colaterales.

II. La segunda cuestión planteada se concreta a saber si en caso de renuncia de una de las sobrinas legatarias, que carece de descendencia y es de edad proveya, los bienes a ella fideicomitados deberían corresponder a los sucesores legítimos de sus hermanos; es decir, de los otros sobrinos legatarios de la testadora, que vivan en el momento de la renuncia, o bien a los que existan el día en que fallezca la renunciante, dándose lugar en el interin a la situación provisoria prevista en los artículos 801 y ss. del Código civil.

Pero aún cabe otra cuestión previa. La de saber si es o no posible renunciar a la situación de heredera fiduciaria, puesto que no sólo implica derechos, sino también el sustancial deber de conservar los bienes hasta el momento de su transmisión a favor de los sustitutos fideicomisarios.

Se trata de una cuestión que repetidamente tratada por el Tribunal Supremo y por la Dirección General de los Registros y el Notariado, generalmente referida a supuestos de institución de herederos usufructuarios e institución de otros herederos en propiedad para después del fallecimiento del usufructuario (es decir, en hipótesis, que José González Palomino ha denominado pseudo-usufructo, por considerarla como un supuesto de institución de heredero fiduciario).

La S. 24 marzo 1930 declaró en su último considerando que "esta modalidad de usufructo vitalicio, que de un modo implícito tiene señalado el día del vencimiento, excluye la posibilidad del ejercicio de los otros motivos de extinción voluntaria por la renuncia del usufructuario, si al término de su derecho, como se ha establecido por el instituyente, viene subordinado por la voluntad del mismo el nacimiento del derecho de nuda propiedad de la cosa usufructuada, porque no se puede realizar la consolidación hasta que cumplida la condición impuesta, que es la muerte del usufructuario, pueda hacer la refundición en el patrimonio del titular de los derechos que constituyen propiamente el dominio pleno y el instituyente había separado por acto de su libérrima voluntad, que así había limitado la eficacia de todo hecho adquisitivo anterior al cumplimiento de la condición impuesta o al vencimiento del término señalado, en cuya estructura o modo de hacer posible la consolidación del dominio viene a constituir la muerte del usufructuario, a un mismo tiempo, momento de expirar el plazo por que se constituye el usufructo y el señalado para discernir el dominio a las personas a quienes correspondiere, según los términos de la postrimera voluntad del instituyente..." Y, líneas después, añade que, si bien tal usufructuaria "tiene facultad para contratar libremente sobre dicho usufructo mientras viva, carece de la indispensable para crear, por su exclusiva voluntad y contra la del testador causante, el momento de la consolidación de los derechos de dominio sobre los bienes, que son la herencia testada de don Patricio, cuya ley es necesario cumplir en todas sus partes, y más por quien aceptó la cualidad de heredera voluntaria".

Hay un hecho que resulta evidente: si la voluntad del testador es llamar a personas que existan en el momento de fallecer la llamada primeramente, sea como usufructuaria vitalicia o como heredera fiduciara, ese momento —en el cual la determinación debe hacerse— no puede ser cambiado por la voluntad esta en contra de lo previsto por el testador.

Veamos cómo lo razonaron los considerandos de la S. 17 marzo 1934:

“... viéndose paulatinamente... que en dicha disposición testamentaria está ordenada, según elementos no equívocos de la voluntad del testador, con la institución de usufructo vitalicio, otra de pleno dominio, cuya eficacia pende de una condición suspensiva fijada en el hecho de existir los designados, para su adquisición, al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria, con fuerza jurídica en el artículo 790 del Código civil, en relación con el párrafo tercero del artículo 758 del propio Cuerpo legal.”

“... siendo de esencia de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho, en tanto pende la realidad del hecho ordenado, en creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquel que no desaparece, sino con la ocurrencia del evento puesto como condición, sin la cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1.114 del Código civil, es por esto por lo que dicho Cuerpo legal, en su artículo 759 dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos; pues no es el presente caso de fijación de un término, ni que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador, sino de la suspensión de la disposición misma, y por ello la aplicación del último citado artículo, y no del 799 del propio Código.”

Acerca de la ineficacia de la renuncia para determinar el nacimiento del derecho de los llamados *post mortem*, la Dirección General mantiene igual criterio.

Así, la Res. de 22 febrero 1943, consideró:

“... que la declaración principal de la escritura objeto del presente recurso en orden a la consolidación, o sea, la de que la renuncia hecha por la fiduciaria equivale a su fallecimiento y provoca el traspaso consiguiente de los derechos a favor de ciertos hijos, establece una equivalencia o ficción que no puede mantenerse sin olvidar que la muerte es un hecho incluido en el juego característico de la condición establecida y cuyo acaecimiento en su día, ha de influir decisivamente en las relaciones jurídicas que ahora se discuten, y en el destino de los bienes relictos.”

“... que si tal renuncia se refiere a la cualidad de heredera, necesaria, para ser válida, que hubiese sido efectuada en tiempo oportuno, no después de transcurridos buen número de años a partir de la aceptación de la herencia y con infracción manifiesta de los artículos 990 y 997 del Código civil, mientras que si se limita a las facultades de orden económico y alcance jurídico que correspondieran al primer llamado sobre parte de los bienes hereditarios, motivaría su traspaso a las personas llamadas en segundo lugar, que en el momento actual son desconocidas o inciertas.”

Como escribió José González Palomino ("Estudios de arte menor de Derecho sucesorio", "Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario", Resumen final, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", vol. II, Madrid, 1943, y en "Estudios jurídicos de arte menor", T. II, página 206, Pamplona, 1964): "En una sustitución fideicomisaria con segundo llamamiento puro (que es a *término*), puede el fiduciario, de acuerdo con todos los fideicomisarios, anticipar el momento de la devolución de la herencia. Pero en una sustitución fideicomisaria cuyo segundo llamamiento esté afectado por una condición de supervivencia referida nada menos que a la determinación de los fideicomisarios, no puede la fiduciaria anticipar la devolución ni desligarse de sus deberes de conservar y restituir, después de haberlos aceptado, ni de tener otro sentido la devolución intentada que el de una cesión (o un abandono) de sus derechos de posesión o disfrute. Los fideicomisarios no se determinan sino por la muerte de la fiduciaria..."

En el supuesto que aquí examinamos, el llamamiento de los sucesores legítimos, de los sobrinos que los tengan, se halla supeditada respecto a la parte de los demás sobrinos, a que éstos "muriesen sin dejar sucesión legítima", momento en que se determina quiénes serán los beneficiados por la sustitución, que serán aquellos que en ese momento reúnan la condición requerida en el testamento, y que hemos examinado en el epígrafe anterior.

La renuncia anticipada de una de las legatarias, que carezca de descendencia, dará, por lo tanto, lugar a una situación interina, de dependencia condicional de las previstas en los artículos 801 y ss C. c.

Al no existir colegatarios llamados sin condición, habría de aplicarse el § 2.º del artículo 803 C. c., correspondiendo interinamente la administración a los herederos presuntos. Su llamamiento, como resulta de los términos del testamento y nos confirma la jurisprudencia, está condicionado suspensivamente, y no resolutoriamente como excepcionalmente había entendido, para su supuesto, la Res. de 12 enero 1944.

En conclusión, creemos que la cláusula objeto de este dictamen contiene alternativamente dos sustituciones fideicomisarias para cada sobrino legatario de la testadora.

a) Una, si *cum liberis decesserit*, a favor de su respectivos descendientes legítimos por estirpes.

b) Otra, si *sine liberis decesserit*, a favor, también por estirpes, de los descendientes legítimos de los demás sobrinos legatarios.

Unos y otros sustitutos sólo quedan determinados en aquel momento al cual se refiere la condición, es decir, el de la muerte de cada sobrino de la testadora, sea con o sin hijos. Determinación que no puede ser anticipada por la renuncia de los sustituidos.

En Madrid, a veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro.