

Cláusulas testamentarias de residuo⁽¹⁾

Reconsión.

Según habíamos anunciado, al terminar la recensión del discurso inaugural leído en la Universidad Central por el Sr. De Diego, que hemos insertado en el número 23 de esta Revista, el docto catedrático, como Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, nos ha dado en la sesión con que se inauguró el curso de 1926-1927 de la misma, una continuación tan documentada como la primera parte aludida, sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo.

He aquí sus principales afirmaciones y datos.

I

Fórmulas usuales.

«Hallándome sin herederos forzosos, instituyo y nombro por mi única y universal heredera usufructuaria de todos mis bienes, derechos y acciones a mi esposa, doña M. A. R., con la facultad de que pueda enajenarlos, si lo necesita, y con la condición de que no vuelva a contraer matrimonio. Para después del fallecimiento de mi mujer, nombro por heredero en propiedad de los bienes que

(1) Por motivos diversos, no nos ha sido posible publicar hasta ahora este interesante trabajo.

existan a mi sobrino M. S.» (Sentencia de 24 de Octubre de 1860.)

El marido instituyó a su esposa heredera universal de todos los demás bienes raíces, derechos y acciones..., a su voluntad, con la limitación de que lo fuere durante su vida y con la única obligación de que del todo o parte de sus bienes raíces que *conservase en el día de su muerte* hubiera de disponer precisamente a favor de uno o más de sus sobrinos carnales como quisiera. (Sentencia de 1.º de Julio de 1871.)

El sacerdote D. M. S. instituyó heredera universal a su hermana doña M. S., para que los disfrutase en plena propiedad, sin limitación alguna, y del modo y forma que estimase conveniente, y «si al fallecimiento de aquélla existieran bienes procedentes del testador, entiéndase instituídos herederos de los mismos sus hermanos y sobrinos». (Sentencia de 30 de Abril de 1913.)

Don J. T. instituyó por heredera única y universal a su mujer, agregando en la cláusula 7.ª de su testamento: que los bienes que dejase a su muerte, de los así recibidos, serían heredados por tres sobrinos del otorgante. (Sentencia de 21 de Diciembre de 1918.)

B. instituyó a su mujer J. por heredera, disponiendo formalmente: «che essa possa vendere al suo bisogno e suo beneplácito e *depoi la sua morte, voglio, quello che resterà de la possessione de Brusegana vada nel piu prossimo parente che si troverá di Bassanelli: non la potendo metter perragión di quello despensera*».

«J'institue Pierre et le charge de rendre a Paul *ce qui a son décès lui restera de mes biens*». La costumbre de Bretaña, dice Dalloz, que prohibía las sustituciones, permitía, sin embargo, a los esposos donarse recíprocamente sus bienes, a *condición de que lo que quedase a la muerte* del superviviente, retornase a los herederos del premuerto.

Si el testador, dice el 2.137 del Código Civil alemán, ha instituído al heredero posterior *en lo que reste de la herencia* al abrirse la sustitución, esta disposición implica para el instituído o heredero anterior, la liberación de todas las obligaciones y restricciones mencionadas en el anterior, y esto debe entenderse, en caso de duda, cuando el causante haya dispuesto que aquél tenga la libre disposición de los bienes de la sucesión.

Las modalidades de estos llamamientos testamentarios son muchas; al instituído en primer término se le llama, o como heredero,

o como legatario, y se le faculta para disponer sólo *inter vivos*, ya libremente o a voluntad, cuando y como quiera, ya en caso de necesidad o después de consumidos los bienes propios o para su decoroso sostenimiento; a veces se le faculta también para disponer *mortis causa*; a veces se incorpora alguna condición, como si muriese sin hijos el primeramente llamado, o sin sucesión, o sin descendencia, y también se subordina la vocación del segundo a determinadas circunstancias: si no se casa o si desistiere de su matrimonio con tal persona, etc. Llamamientos o vocaciones testamentarias, al fin están sujetos a todas las circunstancias que los testadores quieran incorporar, conforme al orden del Derecho objetivo (artículos 658, 668, 763, 774, 790, 797... Código civil). Y aunque de ordinario el caso se ofrece en el supuesto de matrimonio sin hijos, también puede ofrecerse y se da en otros supuestos.

Ya puede el testador imponer al heredero o legatario primeramente nombrado la obligación de transmitir el *residuo* de la herencia o manda a los en segundo lugar designados o instituidos, y así sucede *ad exemplum* en el caso de la sentencia de 1 de Julio de 1871 y en el de la de 28 de Diciembre de 1923; ya puede no imponerle tal carga y mandarlo u ordenarlo por sí y directamente.

II

Antecedentes.

El fideicomiso de *eo quod supererit* o de residuo, antecedente de estas cláusulas, al nacer y desenvolverse en el seno de los fideicomisos y al participar en algún modo de su naturaleza, parece que implicaba el *deber* de *restituere* o *devolver*, no todo lo que se hubiere recibido hereditariamente, sino lo que quedase de lo recibido a la muerte del primer heredero.

El fideicomiso moderno de residuo no lleva consigo la obligación de conservar, teniendo como tiene el primer llamado ilimitada libertad para disponer de los bienes.

La ley de la sucesión basta en esta hipótesis para obtener el resultado, sin que para nada intervenga ni sea necesario ese fan-

tástico ente de la obligación del primer instituido de transmitir los bienes a los segundos o ulteriores destinatarios.

El fideicomiso de residuo siguió viviendo durante la Edad Media en todos los pueblos donde se extendió el uso del Derecho romano; los testadores recurrían con frecuencia a esta figura jurídica, por donde canalizaban sus deseos de última voluntad, y naturalmente fué tema puesto sobre el tapete de estudio y aplicación del Derecho. No fué tema meramente teórico y erudito, sino práctico y profesional. Los glosadores, siguiendo su enseñanza exegética, característica de su escuela, pudieron leer, no más, y poner en relación y paralelo los textos a él pertenecientes; pero los postglosadores o comentaristas, padres verdaderos del Derecho civil, desplegando su bandera de acomodamiento de los textos escritos a las nuevas condiciones sociales y de la elaboración de las teorías civiles merced al consorcio de la Filosofía con la Jurisprudencia, dieron un paso más trayendo a reflexión, iluminando los aspectos y misterios que ofrecía esta figura jurídica, y así fué ésta recibida por la Escuela histórico-crítica y sus ilustres campeones Zasius, Cuyas, Donello, etc., produciéndose la nutrida literatura de que queda hecha mención en las páginas anteriores; el estudio alternó con las aplicaciones y fué materia de decisiones judiciales, valgan por todas las de la Rota Romana, y hasta llegó a preocupar a los legisladores como revelase *ad exemplum* en los Estatutos italianos y en el Código civil alemán. (Art. 2.137.)

En Richeri, Ritterchutti, De Luca, Peregrini, Fusario, Reichhart, que dedica al argumento una monografía (*De fideicomisso eius quod superfuturum erit*, Jena, 1785)..., pueden leerse las cuestiones más importantes que sugirió la institución antes del período de las codificaciones civiles. El fideicomiso de residuo iba cambiando de carácter porque ya no tenía el límite que la Novela 108 impuso a sus facultades dispositivas; el Derecho romano no tenía, por punto general, la autoridad del Derecho vigente, sino la que le prestaba su racionalidad y lógica interna, y, como ya advierte Pothier, entre el criterio de Justiniano y el que aparecía en los textos de Papiniano, referente a la *bona fides* y al *arbitrium boni viri*, era éste más razonable y, por tanto, preferible.

Como en los Códigos civiles, correspondiendo al movimiento que había surgido anteriormente contra las instituciones fideicomi-

sarias, éstas fueron abolidas, o limitadas a lo menos, en su duración y subsistencia ; el primer problema que suscitó el fideicomiso de residuo fué el de si contenía o no una sustitución fideicomisaria, si era o no un modo lícito de disposición de última voluntad o si envolvía una sustitución prohibida o era contrario a las reglas fundamentales y principios cardinales del derecho sucesorio.

Y como el antecedente preciso de tales cláusulas está en el fideicomiso de *eo quod supererit* de Derecho romano, se venía a confirmar o corroborar esa creencia.

Los escritores en general han consumido sus energías y agotado sus fuerzas inquisitivas en averiguar si contenía o no una sustitución fideicomisaria y han descuidado otros aspectos y apartándose de mirarla frente a frente.

Si se reputa que envuelve una sustitución fideicomisaria, la consecuencia es clara ; en las legislaciones, como la francesa e italiana, en que están enteramente prohibidas las sustituciones fideicomisarias, la cláusula de residuo no podrá permanecer y será nula y sin eficacia (1) ; en otras, como en la nuestra, en que sólo están reglamentadas y limitadas en su duración, habrán de someterse en términos hábiles a las prescripciones de la sustitución fideicomisaria entre nosotros a los artículos 781-789.

III

Características de la sustitución fideicomisaria.

Sustitución, de sub-institutio, es institución puesta debajo de otra y para otros es una institución condicional, consistiendo la condición en que el primeramente llamado no quiera o no pueda ser heredero (*si haeres non erit*).

Sustituir, para los glosadores, era llamar a una persona en lugar de otra para recoger, en su defecto o después de ella, la herencia o el legado.

(1) Esta nulidad lleva consigo la de la institución primera en Francia (en Italia no) por el diferente modo como se concibió la prohibición en una y en otra legislación.

La cuestión de si la sustitución fideicomisaria es o no propiamente una sustitución, *altercatio inter doctores*, que decía Lancelotto Polity, tiene mucho de nominal, porque, aun conviniendo en que lo era, a renglón seguido se exponían las diferencias cardinales que mediaban entre ellas.

«El testador podrá instituir un heredero de tal modo que lo sea solo después que otro lo haya sido», según los términos del Código civil alemán.

En la sustitución vulgar hay gradación, serie de llamamientos (por lo menos dos), pero no en orden sucesivo, sino subsidiario o supletorio, es decir, los llamados después dependen en su vocación de que los llamados antes no quieran o no puedan ser herederos, de modo que en todo caso el heredero efectivo es uno solo, y en vía inmediata con relación al testador (Bruggi); lo contrario pasa en la sustitución fideicomisaria.

Prescindiendo de la cuestión de si la sustitución fideicomisaria es o no una verdadera sustitución, y sin ahondar más en ella, porque legislativa y prácticamente así es tratada por la ley de Partidas y el Código civil, ¿la cláusula de residuo, es o implica una sustitución fideicomisaria?

El artículo 781 de nuestro Código caracteriza las sustituciones fideicomisarias y limita su concepto y reglamentación a aquéllas en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita la herencia o parte de ella a otra persona; anda no muy distante de las fórmulas empleadas en los Códigos civiles de Francia e Italia (artículos 896 y 899, respectivamente), en las cuales aparece también gravado el heredero (o legatario), con la obligación de conservar y restituir la herencia (o legado) a un tercero. Aquel encargo hecho por el testador a su heredero de conservar y transmitir la herencia a un tercero, como fórmula definidora de la sustitución fideicomisaria, exige dos personas llamadas a la misma herencia, una en pos de otra, obligada por ende la primera a conservarla y transmitirla a la última, deteniendo o truncando la trayectoria sucesoria que los bienes seguirían o hubieran seguido de no haber impuesto el testador el gravamen de su restitución o transmisión.

El doble llamamiento a favor de dos distintas personas con respecto al mismo objeto (herencia o legado), y en orden sucesivo, no meramente supletivo o subsidiario, el uno directo en pro del

instituído llamado fiduciario, el otro indirecto u oblicuo, para el sustituto llamado fideicomisario, después, generalmente, de la muerte del primero, constituye característica esencial de la sustitución fideicomisaria.

Sin un primer heredero que disfrute la herencia y esté obligado a restituirla a otro, no hay sustitución fideicomisaria.

En este sentido, el llamamiento de una persona para el usufructo de los bienes y de otra para la propiedad de los mismos, no envuelve sustitución fideicomisaria.

Instituyendo heredero en el usufructo a uno, o dejándole el usufructo de los bienes para que a su muerte pasen éstos a otro, puede dudarse sobre si el testador ha querido constituir un mero usufructo a favor del primero o nombrarle verdadero heredero encargado de la restitución.

¿Y qué diremos en el caso de que el testador autorice al usufructuario para enajenar? Aquí los confines entre esas formas de disposición testamentaria parece que se confunden o esfuman, y el caso en rigor hace tránsito al tipo de cláusula *in id quod supererit* de que estamos tratando. Como no deja de ser usufructo por ese aumento de atribuciones, según se deduce de la definición de nuestro Código del usufructo en el artículo 467, la disposición no cambiará de naturaleza, salvo siempre la voluntad del testador, que es ley en la materia.

En la sustitución fideicomisaria, aun cuando la transmisión del primero al segundo de los llamados se hubiera subordinado a una condición, siempre habría dos instituciones que en orden sucesivo tienen que producir su efecto propio: el llamado segundo término recibe los bienes por el intermedio del primero, y a la muerte de éste comienza para él la sucesión (*ex nunc*).

A pesar de la verdad de esta diferencia fundamental, hay casos en los cuales una sustitución bajo condición resolutoria puede envolver y disimular una sustitución fideicomisaria. En tales casos, es difícil discernir una especie de otra. Los criterios dados por los escritores son: si la condición es de índole potestativa o tiene carácter de penalidad o de decadencia o, en otros términos, si el testador al adjuntar la condición demuestra haberse preocupado principalmente de que el instituído realice o no un cierto hecho (por ejemplo, contraer segundas nupcias tratándose del cónyuge

del causante), entonces la condición es netamente resolutoria; si, por el contrario, parece que el testador se preocupó seriamente de la persona a quien habrían de ir los bienes al realizarse la condición, si ésta se refiere a un hecho que sólo pudiera realizarse a la muerte del primeramente instituído, y en circunstancias semejantes, entonces parece más bien que la condición puesta es un hábil artificio para disimular o enmascarar una sustitución prohibida.

Otras circunstancias pueden ponerse de relieve para llegar a distinguir una de otra especie. Por ejemplo: será condición resolutoria pura y no sustitución fideicomisaria, si al cumplirse la primera se devuelven los bienes a las personas que los hubieran habido en el caso de no haberse hecho la sustitución, como los sucesores abintestato; será más bien sustitución, si el testador designa una persona extraña y constituye preocupación para él por las circunstancias el que a dicha persona extraña se transmitieran los bienes al cumplirse la condición.

La disposición testamentaria que tenga una cláusula penal que implique la decadencia del derecho sucesorio del instituído, y su atribución a otra persona (en el caso de que aquél no cumpla las obligaciones que le impone el testador), no contiene sustitución fideicomisaria, porque el instituído no tiene obligación de conservar y transmitir, y faltan las dos disposiciones distintas sobre los mismos bienes en propiedad que han de aprovechar a dos diversas personas.

Una sustitución fideicomisaria puede estar contenida en una disposición que mire a dar efecto al derecho de acrecer, en favor del coheredero supérstite después de la apertura de la sucesión; por ejemplo: instituyo herederos a Cayo, Ticio y Sempronio, con el derecho de acrecer a favor del último supérstite (Pacifi)ci)... Siendo incierto cuál de ellos será el superviviente y cuál, por tanto, habrá de conseguir toda la herencia, ninguno de ellos podrá enajenar su cuota, y en la especie no se trata propiamente de derecho de acrecer, que tiene lugar solamente por falta de uno de los coherederos al tiempo en que la sucesión se abre.

Si el testador impone al heredero la obligación de nombrar heredero a persona determinada o a una que elija entre varias; por ejemplo, entre los parientes, se supone que el testador dispone de sus bienes encargando de la restitución al instituído.

Como según el artículo 781 de nuestro Código civil, en virtud de la sustitución fideicomisaria, se encarga al heredero que conserve y transmita el todo o parte de la herencia a un tercero, el segundo requisito esencial constitutivo, de referida sustitución, es la obligación de conservar y transmitir los bienes a una tercera persona... El encargo ha de ser productivo de la obligación de conservar y transmitir, y del derecho, por otra parte, del fideicomisario para reclamar la restitución. Por consecuencia del encargo, la herencia tiene en cuanto a su transmisión un gravamen, un modo, el de no ser enajenada y haberse de transmitir a la persona designada por el testador.

El artículo 781 se completa con lo dispuesto en los 783 y 785, toda vez que, según el primero, para que sean válidos los llamamientos de esta sustitución es menester que sean expresos, y, según el segundo, no surtirán efecto aquellas sustituciones que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la *obligación terminante* de entregar los bienes a un segundo heredero.

¿Quid de la prohibición de enajenar impuesta en testamento al heredero? Impuesta tal prohibición en beneficio de una persona determinada (por ejemplo, instituyo heredero a Ticio, y quiero que, en interés de su hijo mayor, no enajene los bienes comprendidos en mi herencia), lleva consigo una sustitución fideicomisaria, pues la prohibición en tal caso, de la enajenación no puede tener otro significado que la conservación de los bienes, y que esta conservación aproveche a la persona designada. El conservar y restituir, dice Pacifici, son inherentes a la prohibición de enajenar establecida en ventaja de una persona determinada. El número 2.º del artículo 785 de nuestro Código civil, contesta suficientemente en el propio sentido; no dice, como en el número 1.º, «las sustituciones fideicomisarias», sino en términos más generales, «las disposiciones que contengan prohibición de enajenar», con lo que parece no atreverse a calificarlas de sustitución; pero somete las temporales al propio límite señalado en el artículo 781.

Si la prohibición de enajenar es genérica e indeterminada y no está impuesta en beneficio de una persona individualmente designada o por designar entre varias determinadas por el testador, no hay términos hábiles de sustitución fideicomisaria; la prohibición

sería un *nudum preceptum* sin carácter obligatorio para el heredero; ¿quién tendría acción para exigir su cumplimiento?

La prohibición de enajenar los bienes hereditarios a personas extrañas a la familia o de enajenarlos a título gratuito o de disponer *mortis causa* de ellos, no implica sustitución fideicomisaria, según el más común sentir de los escritores, porque al fin la enajenación no está impedida de modo absoluto y no se produce el fenómeno de la vinculación.

El Código dice en el artículo 781, encargo de conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia recibida; luego no hay sustitución fideicomisaria cuando el encargo se refiera a otros bienes distintos de los recibidos del fideicomitente por el fiduciario, por ejemplo, bienes propios de éste.

En la obligación de pagar una cierta suma o cantidad, renta o posesión de un tercero, impuesta por el testador al heredero para el momento de la muerte de éste, tampoco se ha visto una verdadera sustitución fideicomisaria, porque el gravado con ella no tiene que conservar y transmitir los bienes recibidos del testador, pudiendo disponer de ellos a su voluntad.

El tercer requisito necesario, según el común sentir de los autores, para que haya sustitución fideicomisaria, es el orden sucesivo, es, a saber, que el heredero primeramente llamado esté obligado a conservar *durante su vida* los bienes recibidos del testador para restituirlos al *tiempo de su muerte* al instituido.

¿Es de necesidad que el momento de la restitución de la herencia sea el de la muerte del fiduciario para que haya sustitución fideicomisaria? En rigor, el Código civil no dice nada a este respecto.

El Sr. Sánchez Román, admitiendo la posibilidad de que ese momento de la restitución pueda caer en vida del instituido, entiende, con razón, que culmina la sustitución fideicomisaria y revela su esencia característica más bien cuando ese momento coincide con el de su muerte.

Aun sustraídas las disposiciones *mortis causa* a término del alcance de las sustituciones fideicomisarias, nadie duda que los plazos pueden estar dispuestos de modo tal que oculten una de éstas, en cuyo caso habrá de aplicárselas la prohibición o limitación de las mismas. Esto pasa en nuestro Código civil con el des-

doblamiento del usufructo y nuda propiedad, siempre posible *mortis causa* e *intervivos* (artículo 787 y 640 del Código civil). Podrá no haber verdadera sustitución fideicomisaria en ese desdoblamiento; así lo creemos nosotros y así lo estiman muchos (García Goyena, Díaz Ferrería y Pacifici...); pero al otorgar el usufructo a varias personas sucesivamente hay peligro de vinculación y de sustitución prohibida, y por eso el legislador español los somete a la propia limitación que impone a las sustituciones fideicomisarias en el artículo 781.

Cuando la restitución se subordine a una condición negativa que no pueda verificarse hasta la muerte del instituido, o cuya realización no se sepa con certeza sino hasta ese momento, se da el orden sucesivo al que nos venimos refiriendo. «Intituyo heredero a Cayo, y, si no se casa, quiero que restituya los bienes a Sempronio». En este supuesto, la institución es pura; la sustitución, condicional; pero como mientras vive el instituido puede casarse, en realidad, hasta el momento de su muerte no puede saberse de cierto si se ha realizado la condición; en ese momento, pues, habrá o podrá tener efecto la obligación de restitución.

IV

Las cláusulas de residuo, ¿implican una sustitución fideicomisaria?

Examinadas las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria, fácil será orientarse respecto a si las cláusulas de residuo que venimos estudiando inciden o no en ellas. Si inciden, serán sustituciones fideicomisarias con todas sus consecuencias; si no, su naturaleza será otra y quedarán libres de éstas.

La sustitución fideicomisaria exige dos llamamientos entre sí, trabados de tal modo que el segundo se hace efectivo después del primero, para lo que sobre éste pesa la carga de conservar y transmitir la herencia a aquél, siguiendo la ley sucesoria trazada por el testador.

Esta urdimbre de los dos llamamientos con la obligación de conservar y restituir en el primer llamado para respetar el orden sucesorio dado por el testador es la que queda rota en la cláusula de re-

siduo, puesto que el llamado en primer término no tiene obligación de conservar, autorizado como está para enajenar.

La disposición testamentaria de residuo no parece estar comprendida en las sustituciones fideicomisarias del artículo 781 y complementarios de nuestro Código civil, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el «todo o parte de la herencia», por la sencilla razón de que en aquélla, lejos de encargar que se conserve, se autoriza para enajenar y consumir; y si se enajena y consume todo lo recibido del testador, no hay residuo, y, por tanto, no hay términos hábiles tampoco de transmisión alguna.

Empero, si el heredero no dispone, los bienes no siguen la normal trayectoria sucesoria que seguirían por derecho común si no hubiere disposición de residuo; con ésta, se cumple el ulterior destino dado a los mismos por el testador, cual si el heredero llamado en primer lugar voluntariamente cumpliera el encargo de conservación y transmisión, colocándose en el lugar de un fiduciario.

Reflexionando sobre los requisitos de la sustitución fideicomisaria para ver si se dan en las cláusulas de residuo, hallamos lo siguiente. Sin duda, en éstas hay dos llamamientos o disposiciones testamentarias sobre los mismos bienes en favor de dos personas distintas en orden correlativo designadas; pero ya muestran su naturaleza peculiar en que el segundo llamamiento será solamente sobre el residuo, que es aquella suma de bienes de que no haya dispuesto el primeramente llamado. El designio del testador en la sustitución fideicomisaria es que ambos tengan efectividad íntegramente y en totalidad; en el residuo, sólo en la parte que quede por no haber dispuesto el primer llamado.

En estas cláusulas de residuo podrá haber el deber de restituir el eventual residuo, si llega a existir, y en la medida en que lo haya, pero de ningún modo la obligación de conservar, con lo que desaparece una nota esencial de la sustitución fideicomisaria, aquella por la que se pone más en contradicción con el sistema general de organización económica de la propiedad, que la estanca, que la inmoviliza, que la deja fuera del comercio.

No es éste, sin embargo, el parecer de muchos escritores; porque, si bien es verdad que en vida el instituido puede consumir toda la liberalidad, también es verdad que en muerte, lo que reste,

no puede dejárselo a otro y tiene que restituirlo (Ruggiero); porque si la sustitución de residuo no impone al gravado la obligación absoluta de conservar los bienes no enajenados, implícitamente le obliga a conservarlos en sentido relativo, esto es, en orden a su destino *mortis causa* (Losana); porque si expresamente no hay obligación de conservar, sí hay obligación de restituir el eventual residuo, y esto implícitamente lleva consigo la obligación de conservar; para las cosas de que se dispuso en vida no hay este deber de conservación; empero, sí para aquellas de que no se dispuso en cuanto que no puede disponer de ellas *mortis causa*, y tiene, por tanto, que restituirlas; esa obligación de conservar, por tanto, no se impone de modo absoluto, sino sólo condicional y limitadamente para el caso en que el instituido no enajene las cosas hereditarias y con respecto a las no enajenadas (Ricci); porque es indudable que el testador no pensó dejar en plena franquía al fiduciario para enajenar las cosas legadas, sino que más bien pensó que cuando a la muerte de éste quedasen en todo o en parte, después de haber usado y dispuesto de ellas en vida, *arbitrio boni viri*, como enseñaban los romanos, se debiese este residuo transmitir al fideicomisario que le hubiere sobrevivido. Y este eventual residuo es precisamente el objeto del fideicomiso y lo que por el primer sucesor nombrado debe ser conservado y transmitido al segundo. Este eventual residuo no comenzará a ser objeto de conservación mas que en el último momento de la vida del fiduciario, con el sólo efecto práctico de prohibir a este último disponer de él por testamento, en provecho de persona distinta del fideicomisario. Todo lo cual quiere decir que el fideicomiso en cuestión, además de ser eventual, difiere aún de los otros en que sus efectos, su jurídica consistencia, comienza no ya a la muerte del testador, sino en el último momento de la vida del fiduciario (Gabba).

Sommariva, apoyándose en Vitali, refuta elocuentemente estas apreciaciones. Decir que el fiduciario está obligado a conservar, en sentido relativo y condicional, los bienes a él dejados con la facultad de enajenarlos, es considerar equivalente el no hacer uso de una cosa, de un derecho, y la obligación de conservarla. La obligación de conservar que es una, por no decir la principal, de las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria, debe entenderse en el sentido de obligación civil, jurídica que se impone a la vo-

Voluntad del gravado, el cual no puede distraer ninguna de las cosas a él llegadas porque todas intactas debe restituirlas al segundo llamado. En la disposición de residuo no hay nada de eso; la restitución tiene lugar si el fiduciario no ha dispuesto de los bienes que ha recibido en herencia o legado y en tanto tiene lugar en cuanto no haya dispuesto, en cuanto no haya querido valerse de la facultad que el testador le concedió; de aquí que el hecho de la restitución no sea consecuencia de la obligación de conservar, sino de la inacción del fiduciario, acto voluntario de éste que supone la facultad de la acción y del uso que excluye toda idea de carga o coercición. Ciertamente que no se puede restituir una cosa si no se la ha conservado, y el residuo, en efecto, no existiría si el fiduciario no le hubiera conservado; mas esto no implica que el fiduciario estuviera obligado a conservarle, y la ley, por otra parte, no prohíbe el hecho voluntario de la conservación, sino la obligación de conservar que lleva consigo imprescindiblemente la prohibición de enajenar, disponer y comerciar con los bienes. La obligación de restituir implica la de conservar, y la mera obligación de restituir expresada puede inducir a veces, sobreentendida, la de conservar e incidirse con eso en sustitución fideicomisaria; mas en el caso de residuo, esta obligación de conservar no puede sobreentenderse, porque expresamente es excluida por la libre facultad de enajenar concedida al fiduciario, y si éste se atempera a la obligación de restituir, lo hace voluntariamente en cuanto ha querido conservar todos o parte de los bienes recibidos.

¿Habrá en las cláusulas de residuo el orden sucesivo, que es el tercero de los caracteres esenciales de las sustituciones fideicomisarias? Sin duda alguna, la doble disposición o el doble llamamiento que hemos visto contiene, trae aparejada la posibilidad de un orden sucesorio especial que discrepa del común o general que rige en las herencias.

Los bienes recibidos del testador no siguen la trayectoria sucesoria de todos sus demás bienes, trayectoria trazada por él en testamento o, en su defecto, por la ley, sino la marcada por el testador.

Mas si esto es cierto, también es verdad que la ley, en las legislaciones abolicionistas de esta institución, ha prohibido el orden sucesivo, en cuanto pudiese implicar la carga imperativa o virtual de conservar y restituir. La ley, dice a este propósito Sommariva, con

sus disposiciones se ha limitado a abolir algunos de los casos que implican orden sucesivo, y como *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, es de presumir que haya querido excluir de la prohibición aquellos otros casos de disposición, aunque impliquen orden sucesivo y puedan aparecer incongruentes con el concepto mismo de testar.

Podrá haber en la disposición de residuo orden sucesivo, pero éste no es bastante a constituir una sustitución prohibida, requiriendo, además, el elemento capital de la obligación de conservar que justamente falta en aquel género de disposiciones.

Para nuestra legislación, que no es enteramente prohibitiva, como lo son la italiana y la francesa, sino sólo limitativa, como se cifra la esencia de la sustitución fideicomisaria en el encargo dado al heredero de conservar y transmitir la herencia a otra persona, no existiendo en la disposición de residuo encargo de conservar ni por ende de transmitir, no puede decirse que caiga en el supuesto de tal sustitución del artículo 781 y concordantes y complementarias del Código civil.

V

Residuo y fiducia.

Empero, si dogmáticamente esta clase de disposiciones de residuo puede haber roto el vínculo que históricamente la ligara con la sustitución fideicomisaria, son muchos los resabios que conserva reveladores de su origen, y por eso no nos extrañaría, lejos de eso, encontraríamos justificado que, cual sucede en el desdoblamiento de la propiedad y el usufructo, en la figura del usufructo sucesivo, este orden sucesorio de la disposición de residuo estuviese afectado por el propio límite del artículo 781 del Código civil.

En este respecto se ha sostenido por algunos escritores, Galdi y Cuturi, entre otros, que el fideicomiso de residuo es una fiducia en el sentido que se ha dado a esta palabra en el Derecho moderno; confiarse en el heredero mediante la obligación moral en éste de disponer del residuo a favor de la persona que le fué indicada por el testador.

En la fiducia, el testador indica secreta y confiadamente al heredero, nombrado en el testamento, la persona a quien quiere favorecer; de fondo, éste es el verdadero heredero en la intención del testador; el otro, el nombrado en el testamento, es un mero intermediario, un vehículo, un ejecutor de la última voluntad y distribuidor de la entera substancia hereditaria; mas a los ojos de la ley, hacia fuera, el único verdadero heredero es el designado en el testamento. Ahora bien; los peligros que llevan consigo estas disposiciones para el orden general de derecho y para la misma voluntad del testador, los principios que dominan en el derecho sucesorio, el de que la voluntad ordenadora de la sucesión es la manifestada *en testamento* (artículo 658 del Código civil español), de donde se deduce que la expresada de otro modo no tiene valor y el de que la expresión de la última voluntad ha de buscarse *dentro del testamento y no fuera* (artículo 675 del Código civil), inspiran el principio prohibitivo del número 4.º del artículo 785 de nuestro Código, negando eficacia a las disposiciones que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta, según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Comparada al fiducia con las disposiciones de residuo, hay evidentes diferencias entre ellas aunque no se niegue, porque sería cerrar los ojos a la luz, que en toda la sustitución fideicomisaria y en todos sus anejos y segregaciones hay siempre un fondo visible de confianza, de buena fe, de fiducia en sentido lato. Esas diferencias son las siguientes: en la disposición de residuo, ambos herederos, el anterior y el posterior, fiduciario y fideicomisario, son designados explícitamente por el testador en el testamento y no hay necesidad de que el primero haga manifestación alguna de fiducia para que el otro adquiera un derecho, garantido por su acción correspondiente, al residuo si existiere; por el contrario, en la fiducia genuina, el verdadero destinatario de los bienes, al que quiera gratificar o beneficiar el testador por el intermedio del fiduciario, no está designado en el testamento, antes bien, está comunicado confidencial y secretamente a aquél, por donde el trámite previo para la efectividad de la voluntad testamentaria suele ser la manifestación del fiduciario, sin lo que generalmente se perdería en el vacío el designio del testador.

De otro lado, en la fiducia, el testador quiere que el fiduciario sea un simple ejecutor de su voluntad, mero instrumento de hacer llegar los bienes al otro, sin concederle ningún derecho de goce sobre los bienes que están destinados a favorecer exclusivamente a la persona secretamente indicada por él; mientras que en la disposición de residuo, el testador instituye heredero o legatario al fiduciario, para que disfrute la herencia, autorizándole, expresamente para enajenarla, pasando sólo lo no enajenado al segundo heredero o fideicomisario.

Claro que el enajenar o no los bienes depende, en buena parte, de la voluntad del fiduciario, en la disposición del residuo, y que si todo lo enajena, el residuo desaparece; pero de aquí no puede deducirse que esa disposición de residuo engendre sólo en el fiduciario una obligación meramente moral de restituir, porque al respecto del residuo es ineludible la obligación jurídica, no meramente moral de transmitirlo al fideicomisario, y éste tiene la acción oportuna para reclamarle de los herederos de aquel. Sin duda, también el testador, al hacer su disposición de residuo, confía en la buena fe del heredero, y se encomienda a su honradez, no creyendo que por capricho o mala intención malbarate su propósito, pero de esto a la fiducia propiamente dicha, hay larga distancia.

VI

Validez y licitud de las cláusulas de residuo.

Cuando se publicaron los Códigos civiles modernos, conteniendo, como contenían, la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, fué cuestión muy debatida la de si el fideicomiso de residuo estaría comprendido entre éstas en aquella prohibición, y por ahí se pasó al examen de su validez y licitud en términos generales, ya que si podía salvarse, estimando que no estaba incluido entre las modalidades fideicomisarias, podría llevar en su seno alguna otra razón de nulidad. En cuanto al problema, tanto la doctrina como la Jurisprudencia, quedaron divididas, pues hay sentencias y opiniones en pro de las dos tesis contrarias, aunque jus-

to es confesar que prevalece la defensora de la validez de este género de disposiciones.

Las disposiciones de residuo, se dice, contienen una contradicción esencial, que las vicia desde el principio. Al llamar el testador al segundo heredero, al fideicomisario le hace concebir esperanzas legítimas de entrar en la sucesión; pero, como autoriza al primeramente llamado para enajenar los bienes y consumir la herencia, y aun a veces para disponer *mortis causa* de ellos, ¿no es verdad que el propio testador quita con una mano lo que había concedido con la otra, otorgando al en primer lugar instituido un medio sencillísimo de burlar y de hacer ineficaz el segundo llamamiento hereditario?

La institución de heredero, o no significa nada, o significa el llamamiento de una persona al señorío y titularidad, a la propiedad, dominio y pertenencia de las relaciones jurídicas, que, siendo transmisibles *mortis causa*, correspondan al testador en vida, y cuando llega a su efectividad significa subrogarse en lugar de éste, al respecto de esas relaciones, llegando a ser dueño o titular de la propiedad y derechos reales de la herencia, acreedor y deudor en el propio concepto en que lo fuera el causante. Y si éste autoriza al primer instituido, no obstante llamar a otro, en segundo término, al goce de la herencia, para el ejercicio de las facultades todas de disposición con respecto a todas las cosas de la herencia, sin limitación alguna, ¿qué queda para el segundo llamamiento? ¿Por dónde podrá entrar el sustituto a participar en la sucesión?

Se contestará que entrará a participar de la sucesión en lo que quede de la herencia a la muerte del primeramente instituido, en el residuo propiamente dicho, de que éste no haya dispuesto en vida ni en muerte si estaba autorizado para testar.

En la autorización para enajenar no va comprendida la de disponer *mortis causa*, como un motivo más de aliento a las esperanzas del fideicomisario, aquélla solamente se refiere a los actos *inter vivos*, quedándole prohibido al fiduciario la facultad de testar sobre aquellos bienes relictos que por voluntad del testador deben pasar al fideicomisario.

Que no se impone heredero a nuestro heredero, ni se dispone de su sucesión, es evidente, porque el testador, con la cláusula de

residuo, no hace mas que disponer de su sucesión y nombrar un heredero para sí.

No para en esto sólo la enemiga contra estas cláusulas; los mismos argumentos contra ellas aparecen bajo mil distintas formas. Si, como antes hemos dicho, estas cláusulas no autorizan al fiduciario para disponer *mortis causa* de los bienes que por voluntad del testador tienen ya un destinatario por él designado (en el supuesto de que aquél no hubiere dispuesto de ellos en vida); entonces, dicen los adversarios, se da el curioso fenómeno, que envuelve una terminante contradicción, de un propietario (el fiduciario, a virtud de su llamamiento y aceptación) que no puede disponer y de un no propietario o que dejó de ser propietario (el testador) que dispone efectivamente de bienes que ya no son suyos. Ricci, Borsari y Cuturi, con Losana, han aceptado la impugnación en este sentido.

VII

Naturaleza jurídica.

Supuesta la validez y licitud de las disposiciones de residuo, *prosigamos* la tarea de escudriñar su *naturaleza jurídica*. De la investigación que precede resulta que no se las puede encajar por completo en el molde de las sustituciones fideicomisarias ni asimilarlas a las aplicaciones de la fiducia propiamente dicha.

Ínútil es insistir en que las cláusulas de residuo contienen una doble disposición, una dualidad de instituciones de heredero o de ordenaciones de legado o donación; ¿cuál es, repetimos, la naturaleza o modalidad propia de ellas?

El primer llamamiento ofrece la apariencia de una institución o llamamiento puro y simple de aquellos que no están afectados por circunstancia alguna que modifique sus anormales afectos. Mas esto no es el caso en las cláusulas de residuo, por el enlace que guarda este primer llamamiento con el segundo, ya que éste recae sobre lo que quede del primero o sobre aquello de que no haya dispuesto el llamado en primer término.

Una sentencia del Tribunal de Génova, anulada por la de 9

de Enero de 1877 de la Corte de la propia ciudad, consideraba la primera vocación como disposición dependiente de condición resolutoria. No puede aceptarse este punto de vista. La condición resolutoria extingue y resuelve el efecto del acto jurídico a que se incorpora en este caso, la institución de heredero, de un modo retroactivo.

De ser condición resolutoria, obra sólo parcialmente sus efectos respecto al residuo, cancelando, sin efecto retroactivo, la cualidad de heredero y propietario, dejando seguir a los bienes residuales el cauce que el testador les trazara.

El fiduciario en la cláusula de residuo es con certeza absoluta heredero o legatario por toda su vida, y la disposición en su favor no está sujeta a ninguna eventualidad que pueda hacerla venir a menos, sino que es pura y simple, atributiva de derechos absolutos y duraderos.

Vitali y Ricci se oponen a considerar que la primera institución esté afectada por condición resolutoria; más bien estiman que afecte a la segunda, o séase a la sustitución. El derecho de fideicomisario es de naturaleza resoluble, dice el primero, ya que se desvanece apenas haya enajenado el fiduciario las cosas de la herencia o del legado. Tampoco merece adhesión esta tesis. El derecho del fideicomisario durante la vida del fiduciario, dice Sommariva, existe, sí, pero en esperanza, no es aun cierto; tanto que no puede hacerlo valer; es eventual en cuanto ofrece la posibilidad de que el derecho adquiriera toda su eficacia hasta el punto de que la ley tiene disposiciones que tienden a salvaguardarle en el intervalo, mas esa eficacia no la adquirirá hasta la muerte del fiduciario si queda algo de los bienes hereditarios, *si quid supererit*, pues de otro modo se esfumará aquel *tantum juris* que tiene el fideicomisario sobre los mismos bienes. Y porque la condición resolutoria no demora ni suspende la adquisición del derecho y sí sólo afecta o amenaza su ulterior subsistencia, si fuera de esa índole la condición implícita en la sustitución o en el segundo llamamiento de las cláusulas de residuo, el fideicomisario llamado a éste, tendría desde la apertura de la sucesión un derecho perfecto, plenamente eficaz, hasta el punto de dar lugar a una acción para hacerlo valer en juicio, lo que ciertamente no corresponde a la posición jurídica del referido fideicomisario.

He aquí por qué estiman muchos que la modalidad a que está sometido el derecho del llamado al residuo es más bien una condición suspensiva. Esta hace depender la *perfección* del acto jurídico, en este caso la disposición testamentaria, de un acontecimiento futuro e incierto, *suspende* la eficacia de la disposición misma.

Nuestra antigua Jurisprudencia anda alrededor de esta concepción. La sentencia de 15 de Junio de 1868 declara que «la disposición testamentaria por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero contiene una especie de sustitución *condicional* en favor del llamado, a la cual son aplicables las leyes y disposiciones que rigen respecto de esta clase de instituciones».

En la sentencia de 10 de Julio de 1878 se trataba de un testamento de mancomún entre esposos, por el que (cláusula 5.^a) en el remanente de todos sus respectivos bienes, derechos y acciones se instituían y nombraban el uno al otro por heredero absoluto, y, muerto el último de ellos, se presacase lo primero la dote de 7.500 pesetas de la... esposa, y, si *resultasen más bienes sobrantes*, se dividiera por mitades iguales el valor del sobrante entre los parientes más inmediatos de cada uno de los otorgantes. Y las declaraciones que hace la sentencia coinciden completamente con las del anterior agregando, que ellas constituían la *jurisprudencia admitida por los Tribunales*. La de 20 de Diciembre de 1866, relativa a otro testamento mancomunado entre cónyuges, por el que se instituían mutuamente herederos, pero haciendo con los bienes que el *último de los dos dejare* a su muerte lo que se disponía en una cédula que, de común acuerdo, habían suscrito como parte integrante del testamento, califica la institución que los cónyuges se hicieron, no de pura e incondicional, sino limitada a cierto tiempo durante la vida del que sobreviviese...

Declaraciones tan netas respecto a la calificación de las dos disposiciones que constituyen la cláusula de residuo, no hallamos en ninguna sentencia ulterior; antes bien, por punto general se prescinde del *dogma jurídico* que sea pertinente, y se aplican e invocan el art. 675 del Código civil y la doctrina establecida por la Jurisprudencia, según los cuales, las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que

aparezca de un modo claro que fuera otra la voluntad del testador, en cuyo caso prevalecerá lo que más conforme a su intención resulte, según el tenor del mismo testamento, el conjunto de sus cláusulas y la relación que entre sí guarden. En este criterio y concepción queda la notabilísima Resolución de la Dirección general de los Registros, de 26 de Mayo de 1925, después de haberse asomado al amplio horizonte doctrinal que surgieren tales cláusulas y de haber trazado por modo magistral, los rasgos capitales históricos y dogmáticos relativos a las mismas.

Esta doctrina de la condición suspensiva inherente a la disposición de residuo en los respectos del fideicomisario, ciertamente muy razonable, no dejará de dar lugar a dificultades poco menos que insuperables por la retroactividad de la misma, por los derechos a ejercitar por el beneficiario pendiente, la condición y luego de su cumplimiento...; además de que comprendiendo y siendo aplicable al mayor número de casos que se ofrezcan en la vida, es difícil afirmar, por no decir imposible, que los comprende todos y a todos, y con respecto a todos, deba encontrar aplicación.

Laurent, cree, que la disposición a favor del fideicomisario, no es condicional, sino a plazo o término en cuanto sujeta a una de aquellas condiciones de que habla el art. 1.401 del Código francés, que suspenden solamente la ejecución de la disposición, según la voluntad del testador.

Nada más preciso y elocuente en contra de esta concepción, que lo expuesto por Sommariva, al que tanto hemos invocado en este trabajo. Basta, dice, mirar a la definición del término, a sus efectos comparados a los de la condición suspensiva, para comprender que esta disposición no es exacta. El efecto del término no es suspender la eficacia de la liberalidad testamentaria a que es inherente, sino marcar desde cuando o hasta cuando tal eficacia puede ser ejercitada. Difiere de la condición, porque mientras en ésta, por la incertidumbre del acontecimiento, es cierta la disposición, por el contrario, en el término, se tiene la certeza de la disposición, la cual deberá, seguramente, comenzar a tener ejecución o cesar el día fijado.

Vitali, en su famosa monografía, (núm. 99 y siguientes), dice, que la disposición de residuo se resuelve sustancialmente en una *disposición modal* que puede ser aún un legado o sublegado a fa-

vor de un tercero, cuyo modo consiste en la obligación del fiduciario, de consignar a éste aquel residuo de bienes subsistentes en el propio matrimonio el día de su muerte. Agrega el distinguido escritor, que esas disposiciones de residuo pertenecen a aquel género de disposiciones modales, cuya ejecución es remitida por el testador al equitativo arbitrio y a la conciencia del instituido, constituyendo para éste una deuda de conciencia, pero que puede hacer surgir en el beneficiado una acción jurídica...

Prescindiendo en esta última apreciación de la obligación de conciencia que hace nacer una acción jurídica, punto muy contradictorio y discutible, la afirmación capital del autor, de envolver la cláusula de residuo una disposición modal, es también muy discutible.

Entendido el modo en sentido muy general, como limitación impuesta a la actividad de una persona, en este caso al ejercicio del derecho adquirido por la liberalidad testamentaria, no hay duda que en la cláusula testamentaria de residuo hay un modo, una limitación para el fiduciario, pues en el caso más favorable sí puede enajenar y disponer *mortis causa*; el residuo no le transmite a sus propios herederos. Mas entendido en sentido técnico y preciso, no creemos que exista en tal disposición de residuo; primero, porque de ella no se deriva carga ni obligación de conservar ni de transmitir para el heredero; segundo, porque el efecto del modo incumplido, amenazando retroactivamente la existencia y efectos de la institución a que se agregue (art. 805 del Código civil), no se ve claro que tenga lugar en la cláusula de residuo; ya que está autorizado el fiduciario para enajenar, y puede enajenarlo todo sin que quede nada para el fideicomisario, ya también que la resistencia de los herederos de aquel a devolver o entregar el residuo no traería aparejada la aniquilación retroactiva de la institución misma.

Por la recensión,
A. DE L.