

# El fideicomiso de residuo

(RECENSIÓN)

El eminente civilista y catedrático de la Universidad Central D. Felipe Clemente de Diego ha leído en la solemne inauguración del curso académico de 1826 a 1927 un magnífico discurso sobre el fideicomiso *de eo quod supererit* en el Derecho romano.

Ante el temor de que tan sabias investigaciones no alcancen la publicidad que merecen, voy a intentar un resumen del trabajo con sus mismas palabras y a reproducir unas cuantas notas sobre la misma institución en el Derecho moderno, que ha recogido hace algún tiempo y explicado en la Real Academia de Jurisprudencia.

## I

### *Fijación del tema.*

Se trata de un caso tipo de cláusula testamentaria de remotísimo abolengo en la historia del Derecho y de frecuente aplicación en la actualidad en los principales pueblos cultos; también en el nuestro. Su tratamiento jurídico entre nosotros hállase encomendado, más que a la técnica, a la intuición o al sentimiento de justicia o a la norma fundamental y suprema de las sucesiones testamentarias, que se vincula en la voluntad del testador o su interpretación (artículo 675 del Código civil). Disciplinado en las leyes romanas, atendido en las costumbres, parece hallarse ausente del Código civil, y cuando se le encuentra en la vida, la falta

de análisis técnico del mismo conduce a que se le crea huérfano ed regla propia y congruente, o se le busca ésta en instituciones semejantes, o a lo menos en apariencia (substitución fideicomisaria), o en norma general y vaga, común a todas las organizaciones de su género.

El más frecuente modo de este caso se da en matrimonios sin hijos, pero con sobrinos o parientes inmediatos. Los cónyuges quieren organizar su sucesión y se otorgan la cualidad de herederos de por vida o de herederos usufructuarios con facultad de disponer en vida: la unidad de afecto y persona, de medios y de fines, la quieren continuar (mientras uno de ellos viva, invistiéndole con plena potestad dispositiva intervivos sobre los bienes. Mas a seguida se limita y condiciona la institución, llamando para los bienes que quedasen a la muerte del supérstite de la procedencia del premuerto, a sus sobrinos o a sus parientes más próximos, designándoles nominalmente o no. En cuyo momento la herencia se desdobra como por principio de troncalidad: los bienes del supérstite siguen su trayectoria, y los del premuerto, la trazada entre los parientes de origen (1).

No hace falta que se trate de matrimonios de cónyuges; el más solitario de los testadores puede hacerlo así también, porque esa cláusula se presta maravillosamente a distribuir los bienes entre varias personas, según el grado de los afectos, y a circunscribir en definitiva la sucesión a las personas a quienes realmente se quiere favorecer.

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 intervivos, ya libremente o a voluntad, cuando y como quiera (sentencias de 27 de Septiembre de 1904 y 3 de Abril de 1913), ya en caso de necesidad o después de consumidos los bienes propios o para su decoroso sostenimiento (sentencias de 21 de Mayo de 1889, 10 de Julio de 1903 y 14 de Abril de 1905); a veces se le faculta también

(1) La cláusula, reducida a su mayor simplicidad, es esta: instituyo heredero de por vida a mi esposo A, o le instituyo heredero usufructuario de todos mis bienes y derechos, con libre facultad de disponer de los mismos durante su vida; de los bienes que quedasen a su muerte serán herederos mis sobrinos B, C y D.

para disponer *mortis causa* (sentencias de 22 de Abril de 1910, 10 de Enero de 1915); 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 del Código civil). Y ya hemos dicho antes que aunque de ordinario el caso se ofrece en el supuesto de matrimonios sin hijos, también puede ofrecerse y se da en otros supuestos (sentencias de 1 de Febrero de 1871, 1 de Julio de 1871, 7 de Marzo de 1876, 19 de Noviembre de 1893, 27 de Septiembre de 1904, 14 de Abril de 1905, 24 de Noviembre de 1911, 30 de Abril de 1913, 24 de Julio de 1915, 16 de Febrero de 1922, Reales órdenes de 9 de Marzo de 1893, 21 de Marzo de 1901, 5 de Noviembre de 1919 y 26 de Mayo de 1925).

Trayendo a cifra y compendio lo más general y común que encontramos en esas fórmulas y que constituye su esencia, podemos decir que en ellas se trata de disposiciones testamentarias a título singular o universal por las que, llamando a una persona en primer término al libre goce y disposición de los bienes, se ordena, sin embargo, que a la muerte de ésta pasen aquellos de que no hubiese dispuesto a otra, que en definitiva y último término recogerá la sucesión. Tal suele ser el fondo común de aquellas cláusulas; tal su idea fundamental y primera, que provisionalmente y para la mejor inteligencia del resto dejamos aquí formulada.

## II

### *Fideicomiso.*

Este, etimológicamente *fidei-commisum*, encomendado a la fe, a la lealtad de alguien, significa el encargo cuya ejecución encomendamos a la conciencia de una persona. En materia de últimas voluntades es el ruego dirigido a un amigo para que transmita

nuestros bienes a otra persona. Ofrece todo el aire de un recurso extralegal, utilizado para conseguir indirectamente que los bienes llegaran a una persona cuando el hombre no quería o no podía expresar su voluntad con las solemnidades prescritas. Mediaban, pues, tres personas en todo fideicomiso: la que le constituye: fideicomitente; la que debe cumplirlo: fiduciario; la que debe recibir los bienes: fideicomisario. El objeto del fideicomiso tanto puede ser todo el patrimonio del difunto o parte alícuota de él (fideicomiso universal o herencia fideicomisaria), como una o varias cosas determinadas del patrimonio (fideicomismo singular).

Para eludir el rigor del Derecho civil, dice un escritor (Costa), se ideó un medio indirecto: disponer en favor de una persona capaz y rogarle en el testamento, o bien reservadamente de palabra, o por escritos privados, que restituyese (esto es, que entregase) la herencia o el legado a la persona que el testador le designaba. Era una liberalidad indirecta, confiada al honor y a la buena fe del instituido y dependiente por entero de su voluntad, no de la ley; de donde vino el llamarse fideicomisos: *fideicommissa appellata sunt quia nullo vinculo juris sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur* (1).

El ciudadano que por la situación en que se encontrase y por las circunstancias que le rodeasen no pudiera o no le fuese fácil cumplir todas las solemnidades del testamento, el que le hubiera ya otorgado y no quisiera derogarle para incluir en el nuevo una ligera adición o modificación, y el que quisiera agraciarse a una persona de las muchas incapacitadas para recibir liberalidades *mortis causa*, tuvieron necesidad de acudir a su heredero manifestándole cuáles eran sus deseos y confiando su ejecución a la buena fe y a la lealtad del mismo. Esto era confiarle su última voluntad (*fideicommittere*), consignada en instrucciones verbales o en papeles privados, su forma era la de ruego (*rogo, peto...*) dirigida al heredero o legatario y aun al heredero abintestato, y su objeto era toda la herencia, una parte alícuota o algún objeto o cosas determinadas de la misma.

El fideicomiso vivió en la costumbre, pugnando con las rígidas formas del *jus civile strictum*, aunque no desapareciera por

(1) Ins. Just., párrafo I, título 23, libro II.

ompleto su antiguo empleo en pro de las personas incapacitadas, empleo a que se prestó el llamado fideicomiso tácito (1); Padelletti lo ha dicho en su *Storia del Diritto Romano* (segunda edición, página 504), el fideicomiso era una brecha abierta en el exclusivismo y en el formalismo del derecho de los testamentos y legados.

Son muchos los ejemplos que el *Corpus juris* nos ofrece de las combinaciones a que se presta el fideicomiso, respondiendo a los íntimos deseos del difunto. Es, por ejemplo, un cónyuge que quiere dejar su sucesión al consorte sin despojar definitivamente de ella a la familia, y el fideicomiso le suministra el medio. Una mujer, dice Ulpiano, dejando hijos en potestad del padre, casó con otro e instituyó heredero a este segundo marido, rogándole que restituyese la herencia a sus hijos o al que de ellos sobreviviera después de la muerte del padre. Otra, dice Scevola, teniendo un hijo, y de él un nieto, ambos en potestad del marido, nombró por heredero universal al marido y le rogó en esta forma: si Ticio, mi marido, fuese mi heredero, le pido y ruego que todo cuanto adquiriera de mi herencia, cuando muera, lo dé y restituya a Gayo, nuestro hijo, de modo que Gayo tenga diez onzas y dos Secio, mi nieto; y así ruego a Ticio que lo haga. Papiniano se hace cargo del caso de un marido que testó de esta suerte: te pido, amadísima mujer, que cuando mueras restituyas mi herencia a mis hijos, o a uno de ellos, o a mis nietos, o a quien quieras, y si quisieres, a alguno de mis parientes. Otro marido, según Scevola, instituída heredera su mujer y organizados muchos fideicomisos, le prelegó la dote en estas palabras: quiero que a mi mujer Seia la den mis hijos el importe de la dote que trajo, y ruega

(1) Fideicomiso tácito es el encargo secretamente confiado y aceptado *in fraudem legis* de restituir en todo o en parte la herencia a una persona incapaz de suceder. Costa dice que es un compromiso contraído por una persona capaz, en vida del testador, de restituir o entregar una liberalidad directa a un incapaz o indigno. El fideicomiso tácito, por lo mismo que era *in fraudem legis*, fué la pesadilla de la legislación; entre los testadores y la ley, dice Costa, se entabló una lucha que duró tanto como el Imperio, testigo el *Digesto*, y se prosiguió a través de la Edad Media, testigo las *Partidas*, y ha llegado vivo hasta nuestros días en el Código civil francés, en el italiano, en el español, en el de Chile.

a su mujer que, después de su muerte, restituya a Ticio, hijo común, su parte de herencia y cuanto la hubiese legado (1).

Antes de Augusto era un encargo confidencial, que no producía más que una obligación de conciencia por parte del heredero...; los encargos, sin embargo, se cumplían fielmente, y Augusto, cediendo a ese sentimiento de probidad que hacía cumplir las últimas voluntades expresadas sin forma legal..., imitó la conducta generalizada, cumplió los encargos de confianza que le había hecho Lucio Léntulo y ordenó a los Cónsules interponer su autoridad para que tuvieran ejecución las comisiones de esta especie. Con el ejemplo y el mandato de Augusto, los fideicomisos se elevaron a la categoría de institución legal, aunque paulatinamente. Y como era justo y popular, dice el Emperador, surgió una jurisdicción permanente, y tanto era el favor que se dispensaba a los fideicomisos, que se creó un Pretor especial, *qui fideicomissum jus diceret*, llamado Pretor fideicomisario. En tiempo de Claudio fueron creados dos Pretores fideicomisarios, encargados también de dar ejecución a los fideicomisos y de dirimir las controversias que suscitasen. Tito redujo a uno el número de estos Pretores, que decidía con una *pretoria cognitio*, y por tanto extraordinaria.

Al devenir obligatorios los fideicomisos y otorgar al fideicomisario acción en justicia para reclamar del fiduciario la restitución de lo dejado a su favor, dejó de ser en parte problema el de su ejecución, que de esa suerte estaba asegurada. A esto respondían aquellas cautelas que para evitar defecciones, como la que nos cuenta Cicerón con referencia a un tal Publio Rufo, organizaron los particulares, *ad exemplum*, vincular la voluntad del fiduciario haciéndole jurar *per Lares, per Jovem, per salutem* o *per genium principis* (frag. 13, párrafo 6, libro XII, *Digesto*) que cumpliría el fideicomiso.

Gracias al fideicomiso de herencia era posible transmitir la herencia al fiduciario *ad diem* y hacerla llegar después al fideicomisario *ex die*. Empero surgía una grave dificultad: el fideicomisario, como sucesor a título particular, quedaba extraño a las deudas hereditarias y no era justo que pesasen sobre el fiduciario, que hacía llegar a aquél el emolumento de la sucesión; menester era encon-

(1) Frag. 22, pr.; 78, párrafos 10 y 14; 57, párrafo 2, tít. 1, lib. 36, *Digesto*.

trar un medio de que aquél indemnizase a éste. De otro lado, siendo el fiduciario heredero y no cambiando esta condición aun después de la restitución, a él seguían perteneciendo las adquisiciones *ex hereditate* que, en rigor y por la voluntad del finado, debían corresponder al fideicomisario.

Gayo, en sus Instituciones, nos da idea cabal de los progresos legislativos en la materia.

En otro tiempo, dice el jurisconsulto, la persona a quien se restituía la herencia (fideicomisario) no tenía el carácter de heredero, ni legatario, sino más bien de comprador. El heredero (fiduciario, supuesto vendedor) estipulaba de aquel a quien restituía la herencia (fideicomisario, supuesto comprador) que le indemnizaría de cuanto fuese obligado a pagar o a invertir en litigios como heredero y de lo que entregase de buena fe. A su vez el que recibía la herencia estipulaba que le sería restituído cuanto llegase al heredero procedente de la herencia y que podía ejercitar las acciones en concepto de mandatario.

El Senadoconsulto Trebellianico dispuso que al individuo a quien se restituyese la herencia por fideicomiso correspondieran las acciones que por derecho civil se otorgaban al heredero y contra el heredero, de modo que el Pretor, después de dicho Senadoconsulto, comenzó a dar en concepto de útiles a favor y en contra del fideicomisario las acciones que correspondían a favor y en contra del heredero fiduciario. La posición de ambos estaba aclarada: el fiduciario no tenía que temer el pago de las deudas hereditarias, que pesaban sobre el fideicomisario, y a éste correspondían, y por ello podía accionar, todas las adquisiciones *ex hereditate* que en otro caso hubieran podido quedar en manos del primero.

En tiempo de Vespasiano, siendo Cónsules Pegaso y Pusión, el Senado estableció que al que se le encargare restituir una herencia fuese lícito retener la cuarta parte, como por la ley Falcidia se concede retener en los legados. A virtud de este Senadoconsulto, el heredero (fiduciario) soporta todas las cargas de la herencia, y el que por fideicomiso recibe la otra parte de la sucesión tiene el carácter de legatario parciario.

En la época del Emperador Justiniano, el instituido comparte siempre con el fideicomisario el título de heredero, y en ocasiones

hasta se invierten los papeles de modo que el fideicomisario es heredero y el instituido es legatario.

Los fideicomisos, como los legados, podían ser hechos en provecho de muchas personas, ya simultánea, ya sucesivamente. Esta última aplicación dió lugar a la sustitución fideicomisaria y al fideicomiso de familia.

Esencial a la sustitución fideicomisaria por cuasi unánime asenso de los escritores es: primero, contener una doble delación, una doble disposición con que el testador dispone de la propiedad de los mismos bienes en favor por lo menos de dos personas, una la llamada en primer lugar (fiduciario) al goce de ellos y otra la designada en segundo, que recoge la sucesión (fideicomisario); segundo, obligación civil impuesta por el testador al fiduciario de conservar todos o parte de los bienes y transmitírselos al fideicomisario, obligación que por otra parte emana necesariamente de aquella doble disposición y del orden sucesivo; y tercero, orden sucesivo, creado por el testador en derogación del orden general sucesorio, para que el primeramente llamado reciba la herencia y la restituya después de su muerte al designado en segundo lugar; ambos heredan al testador, pero el uno, fiduciario, recibe la herencia directamente de él; el otro, el fideicomisario, la recibe indirectamente por el trámite y a través del primero, porque a él llega la herencia o el legado después de su goce por el primer instituido (1).

Las dificultades técnicas que ofrecía el fideicomiso de familia son muy significativas (2).

La primera dificultad consistía en que los romanos creían que era contrario a las *boni mores* estipular nada que pudiera menoscabar la libertad de las disposiciones testamentarias, y en este tanto no podíamos imponer un heredero a nuestro heredero.

(1) M. Sommariba: *Fedecommissio de residuo*, Bologna, 1898.

(2) En la donación de Flavio Syntropho se recurrió a un acto intervivos para transmitir sucesivamente los bienes a los miembros de la familia (libertos). Se trata de un *datio ob causam*, o de una donación onerosa, con carga, *sub modo* (que no repugna con el concepto de donación), y el *modo* consiste en la obligación asumida por el donatario de gozar de las cosas en común con los otros libertos del disponente. Realmente, hay que convenir en que el testamento comenzó por revestirse de la forma de un acto intervivos como fué la *mancipatio familiae*. Y en el acto de Syntropho lo que hay es un fideicomiso en favor de la familia de los libertos, que parece haber sido el



Está en la esencia del fideicomiso de familia la prohibición de enajenar los bienes objeto de la herencia fideicomisaria. La jurisprudencia clásica muy luego se percató de este esencial aspecto de la naturaleza del fideicomiso familiar, y no pudo acogerlo con facilidad.

El abuso de las prohibiciones perpetuas de enajenar debió llegar a un alto grado en la época de Justiniano, cuando se vió precisado a limitar la perpetuidad de estas fundaciones familiares restringiéndolas al cuarto grado, es decir, que los bienes debían conservarse sólo hasta la cuarta generación (*post quatuor demum generationes; Nov., 159*).

La disposición se adoptó con motivo de un caso particular y alrededor de la interpretación de la voluntad del fundador, por lo que se ha discutido si se trata en ella simplemente de la resolución de ese caso singular o si se contiene en ella una verdadera ley de carácter general.

### III

#### *Residuo.*

El fideicomiso puede comprender toda la herencia o cuota parte de ella (la mitad, un tercio, etc.), en cuyo caso es universal, o sólo cosas o derechos particulares, en cuyo supuesto es singular. Mas el primero adoptaba varias modalidades, ya que podía tener por objeto: a), toda la herencia o una parte de ella (*rogo te Mevio restituas hereditatem meam aut dodrantem...*); b), todos los bienes que del fideicomitente lleguen al fiduciario (*rogo te Mevio restituas quidquid pervenerit ex bonis meis; portionem suam...*);

origen del fideicomiso. Hacen observar los que de propósito han estudiado la materia (V. Bruggi, que examina las opiniones de Huschke y Lewis) que el *modus* en esta donación no podía hacerse valer judicialmente, sino mediante una estipulación por la que el donatario y sus herederos se obligasen a una pena convencional hacia el donante y los suyos en caso de incumplimiento del *modus*, y esto porque todavía el *modus* no tenía una acción propia que permitiese la posibilidad de actuarle en juicio.

Estas penas eran estipuladas con frecuencia, por ejemplo, pagar una multa al Erario (Orelli, núm. 4.428) o perder *ipso facto* su derecho a los bienes del fideicomiso (Orelli, núm. 4.439).

c), los bienes que del fideicomitente existan al morir el fiduciario (*rogo te Mevio restituas quod ex hereditate supererit; bonorum superfluum; quod ex hereditate superfuisset*).

Esta última modalidad es la que va a ser objeto de nuestras consideraciones. Era permitido en el Derecho romano que el testador ordenase al fiduciario que restituyese solamente los bienes que quedasen de él a la muerte de éste (*quidquid supererit ex hereditate*). Las fuentes romanas traen testimonios copiosos de esta variedad fideicomisaria, que discrepaba por el pronto de las otras en la menor extensión objetiva del mandato y obligación de la restitución, y en este tanto hallábase amparada por las propias disposiciones reguladoras y sancionadoras del fideicomiso. Si le era permitido al testador organizar un fideicomiso mandando o rogando restituir toda la herencia, ¿cómo no había de estar autorizado para lo menos, es a saber, para imponer que se devolvieran sólo los bienes que de su procedencia quedasen a la muerte del fiduciario?

Como fideicomiso no discrepa de los demás, ofreciendo la propia naturaleza de ruego o mandato de restitución, con la fuerza obligatoria que adquirieron desde Augusto, según antes hemos visto. En lo que discrepa, y en eso está la diferencia específica que constituye la individualidad de este fideicomiso, es en el objeto de la restitución, que no es toda la herencia, ni parte alícuota de ella, ni lo que del testador llegare al fiduciario, como en los otros fideicomisos, sino tan sólo lo que del fideicomitente quedase o restase a la muerte del fiduciario.

Esto explica las denominaciones con que suele designársele: fideicomiso de *eo quod supererit*, o de residuo, que son las más usuales; fideicomiso de lo que del testador quedase a la muerte del fiduciario, o del residuo, del resto o sobrante de la herencia del testador que subsistiese en manos del fiduciario a la muerte de éste o en la época de la restitución.

La posición subordinada del fideicomisario con respecto al fiduciario, en este caso, es evidente, pues el derecho de aquél gira únicamente sobre lo que quede y haya respetado éste, autorizado por el testador para disponer de todo y consumirlo todo. Y como la subsistencia o no de bienes procedentes del testador a la época de la muerte del fiduciario es un evento incierto, depen-

diente de la exclusiva de la voluntad de éste y circunstancias de su vida, no parece sino que el fideicomiso de residuo envuelve una disposición condicional, consistiendo la condición en que queden o no bienes del testador a la muerte del fiduciario.

Mas como no es posible suponer que el testador haya querido hacer, con respecto del fideicomisario, un llamamiento completamente ilusorio y falaz, de aquí que en muchas hipótesis, en las que la voluntad testamentaria, norma suprema en la materia, lo permita, haya que traer a conciliación y armonía las facultades del fiduciario con las legítimas expectativas del fideicomisario. Ese intento de conciliación y armonía, bajo la soberana norma de la voluntad del testador, fué el empeño de la legislación romana en este punto, abandonado por el Derecho moderno.

#### IV

##### *Facultades dispositivas del fiduciario.*

Si el testador llamó al fideicomisario en segundo término, no es presumible que hiciera un llamamiento vano e inútil, le llamó para algo; es verdad que este algo es lo que quedase de sus bienes a la muerte del fiduciario, y que esto depende del arbitrio de éste, que le concede el testador; mas importa no extender ese arbitrio más allá de lo que el testador realmente quiso.

Papiniano, en el libro XIX de sus *Quæstiones*, nos expone el criterio a seguir en la materia. El jurisconsulto pensaba en las enajenaciones hechas por el fiduciario *medio tempore*, es decir, en el intervalo que corre entre la muerte del testador y la del fiduciario, y decía que en este fideicomiso de residuo no tenía que restituir el fiduciario las cosas enajenadas siempre que las enajenaciones se hayan hecho de buena fe y no con el fin de frustrar el fideicomiso.

Cuándo haya o no buena fe, o cuándo pueda decirse que el fiduciario es movido en las enajenaciones por el lucro o el bastardo deseo de que aborte el fideicomiso, es el punto delicado que preocupó a los romanos, los cuales, como insignes modeladores de soluciones

justas para las especies concretas, apenas si elevaban a las altas razones o a los elevados principios de concepción general.

Sin duda las opiniones en la apreciación de este problema eran discordes entre los jurisconsultos, y al efecto de suministrar un criterio que ofreciera la regla justa, según la cual había de ponderarse el ejercicio de la facultad dispositiva concedida al fiduciario, el Emperador Marco publicó una Constitución señalando el criterio en cuya virtud pudiera determinarse, en cada caso concreto, si la enajenación realizada por el fiduciario se había hecho o no con la intención de eludir el fideicomiso (*intervertendi fideicommissi gratia*). Con tal propósito estableció que se reputaría hecha la enajenación con esa intención, siempre que no se hubiese realizado según los designios y arbitrio de un hombre honrado (*arbitrium boni viri*).

El fiduciario deberá prestar caución al fideicomisario de residuo de que en el ejercicio de la facultad de disposición sobre los bienes hereditarios no excederá los linderos del *boni viri arbitrium*, y, naturalmente, los bienes enajenados en esas condiciones son baja en el fideicomiso y no tendrá obligación de restituirlos; *ea quae fide bona deminuta sunt in causa fideicommissi non deprehenduntur*.

Es tema muy delicado, difícil de contestar, y susceptible de varias interpretaciones, el de las enajenaciones *bona fide* o al arbitrio de buen varón; ¿qué cosa precisa se habrá querido decir con el precepto de que el fiduciario pueda enajenar *arbitrio boni viri*?

Para evitar incertidumbres, a este criterio humano, racional, flexible (pero que ha menester mucha humanidad y razón y conciencia para su aplicación), se sustituyó un criterio mecánico y automático, que en rigor señala un retroceso en la esfera jurídica, si no fuera porque el desarrollo social y las necesidades prácticas lo imponían con imperio.

Este criterio mecánico fué instaurado por Justiniano en su Novela 108. Dice el Emperador, en el capítulo I de ésta, que el fiduciario, en el fideicomiso que tiene por objeto el residuo de la herencia a su muerte, puede consumir o gastar hasta tres cuartas partes de ella (*usque ad dodrantem*), de modo que el fideicomis-

sario venga a ser favorecido simplemente con la cuarta *falcidia* (1).

Si al heredero, a fin de que no le quedase sólo el *inane heredis*, distribuyendo el testador en legados toda la herencia, y para evitar que por esta causa rehusase adir, vistos por otra parte los inútiles remedios acordados por las leyes Furia y Voconia, se le otorgó derecho a detraer la cuarta parte de la herencia por la ley Falcidia; y si en evitación también del rehuso de la herencia por parte del fiduciario y que quedase ineficaz el fideicomiso, se concedió a aquél derecho a la cuarta hereditaria, haciendo aplicación de la ley Falcidia, nada tiene de particular que el Emperador hiciese en este caso un nuevo empleo de la cuarta a favor del fideicomisario.

En caso de contravención, enajenando o consumiendo esta cuota, el fiduciario tenía que reintegrar de su propio patrimonio al fideicomisario, y cuando esto no pudiera hacerse por insolvencia de aquél, la enajenación se reputaba nula y el fideicomisario podía ejercitar la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes por las cosas sujetas a restitución. Tal es la sanción acordada por el Emperador, y como si esto fuera poco, recuerda la caución ya en uso antes de su tiempo: el fideicomisario podía garantizar la intangibilidad de su porción, o séase la cuarta hereditaria, exigiendo el fiduciario caución o hipoteca, a menos que éste no hubiese sido dispensado de ello por el testador.

Sólo excepcionalmente, y por causa legítima, podía el fiduciario enajenar la cuarta, computándose entre las causas legítimas: indigencia del fiduciario, constituir dote o donación *propter nuptias* a las hijas e hijos, respectivamente, redimir cautivos... Para que tales causas legítimas produjesen el efecto de justificar la enajenación era preciso un supuesto: el de que el fiduciario no tuviera otros medios para satisfacer aquéllas.

No era menester invocación ni existencia de causa legítima cuando el testador hubiera dispensado expresamente al fiduciario de conservar esa cuarta hereditaria.

Sobre el hecho de haber otorgado o no la dispensa se funda la distinción hecha por el jurisconsulto, dice Sommariva, entre el fideicomiso de *eo quod supererit*, en que el fiduciario tiene la obli-

(1) Así la llama el Emperador.

gación ineludible de respetar la cuarta hereditaria correspondiente al fiduciario, y el fideicomiso *si quid supererit*, en que ese no era el caso.

A nuestro modo de ver, se trata de dos modalidades posibles del fideicomiso que examinamos. La regla es que la cuarta hereditaria sea respetada por el fiduciario en pro del fideicomisario, salvo expresa dispensa o autorización del testador; esa regla es la que comúnmente se sigue por imperio de la ley contra el que nada dijo el testador, y la fórmula corriente y general de la expresión del fideicomiso es de *eo quod supererit*. Mas por excepción el testador puede autorizar para consumir la cuarta dicha, dispensando al fiduciario de su conservación, y entonces se hace por voluntad testamentaria (*jure voluntatis*) plenamente condicional la vocación o llamamiento del fideicomisario; «y si algo quedase a la muerte del fiduciario, sea del fideicomisario», dice el testador, en cuyo supuesto se trata de un fideicomiso con razón denominado *si quid supererit*.

¿Tendrá el fiduciario obligación de desempeñar las cosas que él empeñara para restituirlas al fideicomisario? La contestación no es dudosa bajo el imperio de aquel criterio definente de la *bona fides* a que antes aludíamos: si el empeño fué hecho de buena fe, sin intención fraudulenta, se salva como las demás enajenaciones de este carácter, no se comprende en la restitución, y, por tanto, el fiduciario no está obligado a desempeñarla.

Si del patrimonio que ha de restituirse se han vendido algunos objetos y con el precio de los mismos se han comprado otros, Papiniano contesta que no parece haber disminuído (1), sino que lo que fué comprado con ello se restituirá en vez de las cosas permutadas (2).

Las cosas compradas se subrogan en el lugar de las vendidas, *pretium succedit in locum rei*.

¿Y si con el dinero de las cosas vendidas hubiese pagado el fiduciario a sus propios acreedores, *quid?* Lo mismo se ha de obser-

(1) Frag. 70. Párrafo 3, tít. 1, lib. 31. *Dig. Cum autem rogatus quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur.*

(2) Frag. 71, *eodem*, tít.

var, dice el jurisconsulto (1), es decir, que no hay disminución del haber, porque no se consume lo que se retiene en el patrimonio.

En el fideicomiso común es evidente que el fideicomisario no tiene derecho a los frutos e intereses, a menos que no haya sido ordenado expresa o tácitamente por el testador.

Por causa de mora o por efecto del procedimiento (cuando el fideicomiso sea reclamado judicialmente) pueden ser debidos los frutos al fideicomisario.

La pertenencia de los frutos si al fiduciario o al fideicomisario tiene particular importancia en el fideicomiso de residuo, porque en él la restitución del sobrante tiene lugar a la muerte del primero, que puede caer muy distante del fallecimiento del testador, en cuyo caso el *incrementum fructurio* es de alguna entidad o puede representar alguna cantidad respetable.

A la verdad, no encontramos en el *Corpus juris* contestación uniforme a la cuestión planteada. Todo, en rigor, gira alrededor de la interpretación de la voluntad del constituyente del fideicomiso, y es razonable, porque esa voluntad es el alma y suprema norma en materia fideicomisaria.

El Sr. Pastor, ilustrado catedrático que fué de esta Universidad, sienta la doctrina de que el fiduciario de residuo debe restituir los frutos existentes al ceder el día del fideicomiso.

Aceptada la herencia por el fiduciario, se producen los efectos de toda adición: se subroga en la personalidad del testador con todos los derechos y obligaciones que a éste pertenecían, salvo los personalísimos; deviene, pues, propietario de las cosas de la herencia, acreedor de los créditos hereditarios y deudor de las deudas hereditarias. En consecuencia de esta subrogación, se produce una confusión de los derechos del fiduciario con los del difunto, y se extinguen, por tanto, las relaciones jurídicas que entre ellos mediaban. Pero como la confusión no era permanente y estaba llamada a desatarse cuando llegase el momento de la restitución, que podía ser muy luego, como en el fideicomiso puro, no era justo que la extinción fuese por siempre o definitiva.

La doctrina que parece que prevaleció fué ésta: los derechos reales extinguidos por la confusión revivían por sí mismos con la

(1) Frag. 72, *eodem*, tít.

restitución; los créditos, en cambio, no revivían por sí mismo, sino que era menester constituirlos de nuevo mientras las circunstancias no impusieran lo contrario.

En el fideicomiso común el funcionario podía reintegrarse de lo que le debía el finado (1); en cambio, en el fideicomiso de residuo era otra la doctrina, pues no puede deducirse lo que le debía el finado mientras la deuda no exceda de aquello en que disminuyó el caudal.

## V

### *Adquisición.*

¿Cuándo adquiere derecho a la herencia el fiduciario? Este, al igual que el heredero y el legatario, adquiere derecho a la herencia cuando *cede el día*.

Con la frase *dies cedit* quiere significarse y se significa el momento en que se adquiere el derecho; con la de *dies venit* el momento en que puede pedirse la ejecución del derecho adquirido.

No hay necesidad de indicar, por ser demasiado obvio, que la restitución habrá de caer justamente a la llegada del día: la restitución efectiva de la herencia fideicomisaria no es más que el cumplimiento de la obligación que incumbe al fiduciario y el ejercicio y satisfacción del derecho que pertenece al fideicomisario.

Importa también traer a cuento que en materia testamentaria, con mayor razón tratándose de fideicomiso, impera la voluntad del testador como ley de la sucesión, lo cual quiere decir que los delicados problemas relativos a la cesión y venida del día, o séase la adquisición y ejercicio del derecho, principalmente han de ser resueltos atendiendo al contenido de voluntad que el acto testamentario revele.

Las reglas que dominan en la cesión y venida del día en los fideicomisos son claras. En los fideicomisos puros adquiere derecho el fideicomisario a la herencia o legado desde la muerte del testador.

(1) Frag. 104, párrafo 7, tít. 1, libro 36. Dig.



En los fideicomisos sometidos a un día, término o plazo, sucede lo mismo. En los fideicomisos bajo condición suspensiva, el fideicomisario adquiere el derecho cuando la condición se cumple.

En congruencia con esto, el fiduciario tiene la obligación de restituir inmediatamente (es decir, a la muerte del testador) en los fideicomisos puros, a la llegada del día o cuando venza el plazo en los fideicomisos a término y al verificarse la condición en los condicionales con condición suspensiva.

El fideicomisario de residuo, en este respecto, ofrece la particularidad de que la restitución está ordenada por el mismo testador para el día de la muerte del fiduciario. Mas la muerte del fiduciario es un evento cierto, porque, aunque se ignore el día en que tenga lugar, necesariamente habrá de llegar, y por esta certidumbre de la realización del hecho apuntado por el testador, se trata de un plazo y no de una condición; por tanto, *cederá el día* y se adquirirá el derecho a la muerte del causante de la herencia, y *llegará*, pudiendo ejercitarse el derecho o reclamar el residuo, al fallecimiento del fiduciario.

El llamamiento para el sobrante de los bienes que se hayan dejado a otro, que constituye la esencia de este fideicomiso de residuo, lleva consigo esta condición: la de si existe sobrante y se resuelve en un llamamiento condicional.

¿Sería de aplicar al fideicomiso de residuo las reglas de la institución pura o a plazo o las de la condicional?

La voluntad del testador está clara en el señalamiento de un momento para la restitución, que es el de la muerte del fiduciario, y éste figura como plazo o día *ex quo* en la institución del fideicomiso, al que le será aplicable la teoría antes expuesta.

Pero en ciertas hipótesis el testador exalta la condicionalidad, ínsita ya en la naturaleza de este fideicomiso, trayéndola a expresión de un modo formal (*si quid supererit*), y entonces, por respeto a la voluntad testamentaria, que también puede manifestarse de otro modo en el propio sentido, parece orientarse más el caso hacia la doctrina de la condición.

La *cautio* que se concedía al fideicomisario habla en pro del reconocimiento del derecho a favor de éste desde luego, siguiendo la doctrina general expuesta. Un cuidadoso análisis de la voluntad

del testador, con apreciación de todas las circunstancias del caso, dará la norma y criterio para las soluciones concretas.

\* \* \*

Como nuestros lectores podrán apreciar, el estudio del formidable romanista Sr. De Diego, cuya lectura íntegra recomendamos, nos da las bases para una completa reglamentación del fideicomiso de residuo.

¡Lástima que no haya podido terminar la exposición de su desarrollo en el derecho moderno! Trataremos en otro artículo de preparar a los que no conozcan la materia, para saborear la continuación del trabajo que el catedrático de la Universidad Central nos anuncia (1).

J. G.

(1) Como el discurso que el señor De Diego ha de leer el día 30 del corriente en la Academia de Jurisprudencia, será una continuación del extractado, lo daremos a conocer en el próximo número.

# Redacción de instrumentos públicos

POR

**Vicente Sancho-Tello y Burguete, Notario de Valencia**

**Segunda edición**

**Prólogo por el Excmo. Sr. D. Tomás Montejo y Rica**

CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL Y EX MINISTRO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA

JUICIO CRÍTICO A «MODO DE EPÍLOGO» DEL

**Excmo. Sr. D. Angel Díaz-Benito y Rodríguez**

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO Y REDACTOR-JEFE DE «GACETA DEL NOTARIADO»

**Dos tomos: 32 pesetas.**

*De venta en las principales librerías y Juan Forro, Almirante Cadarso, E. D.*

**V A L E N C I A**