

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 963.—1958.

Año XXXV

Septiembre-Octubre 1959

Núms. 376-377

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

(Conclusión.)

IV

EFFECTOS.

El fideicomiso comporta dos delaciones: la primera a favor del fiduciario, y se produce al fallecer el fideicomitente; la segunda tiene lugar a favor del fideicomisario cuando llega el día, si la sustitución es a término o se cumple la condición cuando el fideicomiso es condicional. En el fideicomiso puro, dado su carácter, ya no se habla de delación, sino de simple transmisión, y según el artículo 399 del proyecto, ésta ha de tener lugar, si el testador no ha establecido plazo, dentro de un año desde que el fiduciario fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario.

1

PRIMERA DELACIÓN.

Al fallecer el fideicomitente, aceptando el fiduciario la herencia, se inicia la vida normal del fideicomiso. Si el fiduciario dejare transcurrir nueve días sin aceptar ni repudiar, podrá el fideicomisario obtener, del Juez que señale, un plazo para que manifieste si acepta o repudia la herencia transcurrido el cual, sin que el heredero haya aceptado o solicitado término para deliberar, se considerará que la repudia (art. 496 del proyecto).

Trátase de esta repudiación tácita o de la expresa, si hay designado sustituto vulgar, éste ocupará el lugar del fiduciario. A falta de sustituto vulgar, el fideicomisario pasará a ser fiduciario si existe fideicomisario posterior, y en defecto de éste, será heredero libre.

Esto es lo que dispone el artículo 364 del proyecto de Compilación. Ya expusimos antes nuestro juicio sobre esta solución, que no creemos acertada. Tampoco creemos afortunada la redacción del artículo. Al decir que cuando el fiduciario llamado no llegue a ser heredero o legatario, operará en primer término la sustitución vulgar, parece olvidar que, además del sustituto vulgar que haya designado el testador, hay otro sustituto vulgar tácito, que es el mismo fideicomisario según el artículo 326. Es inexacto, pues, decir que operará en primer término la sustitución vulgar, y *a falta de ésta*, el fideicomisario pasará a ser fiduciario o heredero libre en su caso. Lo que debería decir el texto es que a falta de sustitución vulgar expresa operará la tácita implícita en el fideicomiso y el fideicomisario ocupará el lugar del fiduciario que no ha llegado a ser heredero, como sustituto vulgar de éste. Porque, no siendo así, el fideicomiso perdería su característica más acusada, cual es la de ser una sustitución refleja. Sabido es que la sustitución fideicomisaria requiere un heredero anterior, del cual el fideicomisario adquiere la herencia. En Derecho romano, si el fiduciario premoria al testador, podían restituir la herencia los herederos de aquél (D. XXXVI, I, 40-1.º); igualmente, sobreviviendo el fiduciario al fideicomitente, si moría sin aceptar, podía su sucesor restituir el

fideicomiso (D. XXIX, I, 13-4.º). Pero esto tampoco sería posible, según el proyecto, ya que el último inciso del párrafo copiado dice que «no tendrá lugar en este caso el derecho de transmisión a que se refiere el artículo 497». Según este artículo (párrafo 1.º), «fallecido el heredero sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder en ella, mediante su aceptación y el de repudiarla, se transmitirá siempre a sus herederos». De donde hemos de concluir que, cuando el fiduciario llamado no llegue a ser heredero sin que tenga sustituto vulgar expresamente designado, el fideicomisario pasará a ser fiduciario o heredero libre en su caso, no a falta de sustitución vulgar, como dice el artículo 364, sino como sustituto vulgar precisamente.

Veamos ahora los efectos del fideicomiso en esta primera declaración.

A) *Obligaciones del fiduciario.*

a) *Inventario.*—El primer acto del fiduciario, después de la aceptación de la herencia, es la formación del inventario. El inventario sirve a tres finalidades: la de fijar las responsabilidades del heredero cuando no haya aceptado la herencia pura y simplemente o ser trámite previo para deliberar sobre la forma de aceptación; la de determinar de modo fehaciente los bienes y derechos que integran la herencia fideicomitida a los efectos de su restitución, y la de hacer igual determinación a los efectos de la deducción de la cuarta trebeliánica. Conforme al artículo 366, la formación de inventario es obligación del fiduciario, y si no la cumple, puede ser compelido a ello por cualquier fideicomisario o su curador.

b) *Aseguramiento.*—Debiendo pasar los bienes al fideicomisario en el tiempo prevenido o al cumplirse la condición impuesta, se comprende que la ley tome las prevenciones necesarias para evitar que la conducta del fiduciario pueda impedirlo. Las leyes romanas ya impusieron al fiduciario la obligación de asegurar la restitución de los bienes al fideicomisario (C. VI, LIV, 1.ª, 4.ª y 6.ª y D. II, VIII, 12); pero estas leyes se limitaron a garantizar la res-

titución, pero no el afianzamiento de los perjuicios que pudieran ocasionarse a los fideicomisarios por no conservarlos en buen estado. A pesar de estos precedentes legales, en Cataluña se ha hecho poco uso del afianzamiento. «Aunque prescrita por el Derecho romano—dice Durán y Bas—, está poco en uso en Cataluña la prestación de la caución que establecen el Digesto y el Código para asegurar la restitución de los bienes a los fideicomisarios, si estos la exigen» (*Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, pág. 263). Y Saguer afirma que en ningún testamento ni en ninguna escritura de capítulos matrimoniales vió jamás consignada la relevación de fianza para el fiduciario, al revés de lo que ocurre con el usufructuario. «Más, mucho más motivo tendrían los testadores de dispensar de la obligación de afianzar al fiduciario que no al usufructuario, y, sin embargo, en gran manera se preocupan de relevar a éste de tal obligación, y no a aquél. Ello evidencia, pues—añade dicho autor—, que ni recuerdo quedaba entre el pueblo y entre curiales, de la obligación prescrita en las leyes romanas con respecto al fiduciario» (ob. cit., cap. VIII, párrafo 35).

El proyecto establece el derecho de todo fideicomisario a exigir del fiduciario, si el testador no le ha relevado de ello, que preste fianza bastante, no sólo para garantizar la resitución de los bienes muebles susceptibles de desaparición o enajenación, sino también en seguridad de la indemnización que al cesar en el fideicomiso deba abonar al fideicomisario por los perjuicios derivados de su conducta y que entrañen disipación o grave daño para los bienes del fideicomiso no cubiertos por la fianza o depósito constituidos. De la obligación de afianzar la restitución se exceptúa, si el testador no dispone otra cosa, el fiduciario cuyos fideicomisarios inmediatos sean sus hijos, en tanto no contraiga nuevas nupcias, así como el fiduciario gravado a favor de sus hermanos, si no dejare hijos (art. 367).

A los efectos del afianzamiento distingue el proyecto cuatro clases de bienes: 1.º), valores mobiliarios, sean nominativos o al portador. Estos valores se depositarán sin demora en la Caja General de Depósitos, Banco de España u otro establecimiento bancario o de ahorro, haciendo constar en el resguardo su condición de fideicomitidos. Y si éstos u otros establecimientos tuvieran va-

lores mobiliarios en depósito a nombre del testador, comprendidos en el fideicomiso, no podrán entregarlos al fiduciario, salvo en los casos y con los requisitos en que pueda disponer de ellos (art. 368); 2.º) dinero sobrante relicto o que se obtenga después. Debe invertirse en préstamos con interés y garantía real o en bienes prudentialmente seguros, que de ser valores mobiliarios se depositarán en la forma antes establecida (id.); 3.º) muebles susceptibles de desaparición o enajenación. En rigor, son los únicos bienes sujetos a fianza. Esta podrá ser hipotecaria o pignoratícia, y de no ser posible, podrá ser personal. En defecto de ésta, el fiduciario prestará caución juratoria, pero se procederá al depósito de los bienes muebles que debía afianzar el fiduciario excepto en su caso, los que sean necesarios para su uso y el de su familia, o para la explotación de los bienes del fideicomiso o desempeño de la profesión u oficio que ejerza el fiduciario. La no prestación de fianza nunca dará lugar a que el fideicomiso se ponga en administración. A falta de acuerdo sobre la prestación y cuantía de la fianza, el fideicomisario, o el curador, podrán utilizar el procedimiento que establece el artículo 165 de la Ley Hipotecaria (art. 367). Se añade, pues, una hipoteca legal a las enumeradas en el artículo 168 de la Ley Hipotecaria; 4.º) inmuebles. La seguridad o garantía de su restitución se encuentra en la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad. Para que así sea, el artículo 368 del proyecto dispone que el fiduciario está obligado a la inscripción de dichos bienes. En esta inscripción se transcribirá la cláusula o cláusulas en que se disponga el gravamen fideicomisario, quedando con ello registrado el derecho que este gravamen atribuye al mismo. Así lo establece el párrafo primero del artículo 414 del proyecto, que dice: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de los fideicomisos puros y de sustitución sobre bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios comprendidos en la herencia o legado fideicomitidos, se practicará mediante que en el asiento del título de herencia o legado a favor del fiduciario, se transcriba la cláusula o cláusulas en las que se disponga el gravamen fideicomisario quedando con ello registrado el derecho que este gravamen atribuye al mismo...»

A nuestro juicio, el párrafo transcrito implica una modificación de las normas hipotecarias en vigor. El artículo 84 del Reglamento

Hipotecario dispone que «en los fideicomisos, el fiduciario y los fideicomisarios, si fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de sus respectivos derechos». En muchos casos el fideicomisario es conocido. En el fideicomiso puro lo será siempre que no se ordene a favor de un no nacido o no concebido. Estando, pues, ordenado este fideicomiso a favor de una persona cierta, la cual, inmediatamente después de fallecido el fideicomitente o en el plazo generalmente breve que éste haya señalado, ha de adquirir los bienes, y siendo además el fiduciario un simple *minister* encargado de la transmisión, no solamente es lógico que, conforme al precepto hipotecario citado, se inscriban los bienes directamente a nombre del fideicomisario, sino que parece inútil o redundante la inscripción a nombre del fiduciario. En las sustituciones fideicomisarias a término o bajo condición, la persona del fideicomisario es también frecuentemente conocida; así, por ejemplo, cuando se instituye a A, y si fallece sin hijos se le sustituye por B, y éste por C, en las mismas condiciones hasta llegar a un último sustituto que será heredero libre, fórmula la más usada en la región catalana, son perfectamente conocidos los fideicomisarios, los cuales, de acuerdo con dicho precepto reglamentario, podrán obtener la inscripción. Podrán, y ante las normas hipotecarias vigentes acaso deban obtenerla, porque la transcripción en el asiento hecho a favor del fiduciario de la cláusula de fideicomiso podría considerarse como una mención desprovista de la fe pública registral, a tenor del artículo 29 de la Ley Hipotecaria. Como sea, el proyecto recoge la práctica seguida en los Registros de Cataluña y hemos de reconocer que esta práctica, suficiente para la seguridad de los derechos en pugna, es más sencilla que lo que supondría el estricto cumplimiento de los citados preceptos hipotecarios. Sería, pues, de desear que prevaleciera en su día lo que se establece en el proyecto, como excepción a las normas hipotecarias vigentes.

c) *Conservación y administración.*—Las obligaciones del fiduciario a este respecto están contenidas en el artículo 371 del proyecto, cuyo texto es el siguiente: «La conservación y administración de los bienes fideicomitidos es función obligada del fiduciario y responderá personalmente de ellas con la diligencia que corresponde emplear en los bienes propios.

En consecuencia, al heredero fiduciario le incumbirá efectuar el cobro y el pago de los créditos y deudas a favor o a cargo de la herencia fideicomitida.

El fiduciario pagará a sus costas los gastos ordinarios de conservación, los impuestos, pensiones de censos, precio de arrendamientos, intereses de deudas hereditarias y cargas análogas de los bienes de la herencia, o en su caso, del legado fideicomitido.

Los gastos extraordinarios de conservación o de refacción, los impuestos extraordinarios sobre el capital y otras cargas análogas las satisfará el fiduciario en todo caso, pero a cargo de la herencia o legado, sin perjuicio del reintegro que establece el artículo 403 y del derecho que le atribuye el número 5.º del artículo 374.

En el fideicomiso puro el fiduciario satisfará a cargo de la herencia o legado incluso los gastos y cargas a que se refieren los dos párrafos anteriores.

d) *Cumplimiento de las obligaciones hereditarias.*—Hay que distinguir al efecto, según que el fiduciario haya aceptado la herencia pura y simplemente, o a beneficio de inventario. En el primer caso, el heredero fiduciario será deudor con este carácter por las obligaciones del causante. Asimismo, deberá satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia a expensas de ésta. El legatario fiduciario cumplirá las cargas y legados que determinadamente le haya impuesto el testador (art. 370, párrafo 1.º). Mientras no tenga lugar la sustitución fideicomisaria, no podrá el fiduciario hacer efectivos sus créditos contra el testador, ni los que posteriormente obtenga contra la herencia o legado fideicomitados, sin que entre tanto estos créditos devenguen interés ni contra ellos corra la prescripción. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 370 del proyecto. La aceptación de la herencia a beneficio de inventario producirá las consecuencias inherentes a este beneficio, y que especialmente se enumeran en el artículo 502 del proyecto.

B) *Derechos del fiduciario.*

a) *Aprovechamiento y disfrute de los bienes.*—Determina estas facultades el artículo 369 del proyecto, cuyo texto es el siguiente:

«Mientras no tenga lugar la delación del fideicomiso al sustituto fideicomisario, el fiduciario, sin más limitaciones que las derivadas del fideicomiso, tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y accesiones, hará suyas las rentas y frutos de los mismos y gozará de los demás derechos que la ley atribuye al propietario, incluso en materia de tesoros, minas, bosques, acciones o participaciones sociales y demás bienes análogos, pero la propiedad de lo que adquiera y que no sea frutos o rentas quedará incorporada a la herencia o legado fideicomitidos. Respecto a bosques, no se entenderá fruto las cortas que excedan de los límites de una explotación racional.»

No debe olvidarse que el fiduciario es verdadero dueño de los bienes fideicomitidos con la natural limitación de su temporalidad. Por esto puede efectuar a sus expensas mejoras en dichos bienes, siempre que proceda de buena fe, e incluso «alterar la sustancia de las cosas, sin perjuicio de su valor, con las limitaciones establecidas en el presente capítulo». Así dice el artículo 372 del proyecto en su último párrafo, expresando con estas palabras acaso la característica más acusada que diferencia la posición del fiduciario de la del usufructuario.

El mismo artículo 372 dispone en su segundo párrafo que «cuantos bienes o elementos ajenos al fideicomiso incorpore el fiduciario a inmuebles fideicomitidos, quedarán afectos al gravamen fideicomisario. En éste y en el anterior caso (mejoras) quedarán a salvo los créditos que por tales mejoras o incorporaciones pueda alegar el fiduciario». En concordancia con este precepto, declara el artículo 403, apartado 1.º, que deferido o transmitido el fideicomiso, el fiduciario o sus herederos tendrá derecho a exigir al fideicomisario «el importe de las mejoras o incorporaciones a que se refiere el artículo 372, efectuadas a sus expensas siempre que no sean suuntuarias. Dicho importe consistirá en el aumento de valor que por la mejora o incorporación hubiese experimentado la cosa, al tiempo de la delación del fideicomiso, aunque hubiera costado más; pero si el coste arroja menos cantidad, prevalecerá ésta. Para determinar este coste se atenderá al valor actual del trabajo y materiales empleados». Es una solución muy justa, dadas las oscilaciones que en estos tiempos experimenta el valor de la moneda.

b) *Enajenación o gravamen de los bienes fideicomitidos*.—Las leyes romanas prohibían la enajenación de los bienes del fideicomiso, sin distinción entre el fideicomiso puro o a término y el fideicomiso condicional o a día incierto. Los comentadores, sin embargo, han tratado de atenuar el rigor de aquella doctrina, y si bien permanece incólume en cuanto al fideicomiso puro y a término, hoy día se consideran válidas las enajenaciones de los bienes sujetos a fideicomiso condicional.

Respecto al fideicomiso puro y a término, es terminante la ley *sed quia nostra* (C. VI, XLIII, 3-2): «Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relictæ sunt, vel quae restitui aliis dispositæ sunt, vel substitutionis suppositæ, secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo assignanda» (5).

Pero debe tenerse en cuenta que el fiduciario es un dueño efectivo de los bienes en el fideicomiso a término, aunque su dominio sea temporalmente limitado. Por esto se discutió si hasta que llegue el día de la transmisión de los bienes al fideicomisario podría el fiduciario transferir su dominio. Tal fué la opinión de Bártolo, apoyada en varios textos, entre ellos el siguiente fragmento de la ley *illud* (C. VI, XXXVII, 28): «Cum enim jam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata et fideicommissa, quae ad tempus relictæ sunt ad eandem similitudinem confirmari...» (6). En parecidos términos sostiene Baldo que el fiduciario «... poterit tamen rem ad certam diem relictam usque in illud tempus nominatim concedere, quia interim dominus est et possessor, ita ut die adveniente, acceptoris jus finiatur» (7).

Según Peregrinus, la razón por la cual el fiduciario a término

(5) «No crea nadie que las cosas que se dejaron por legado, o puramente o desde cierto día, o las que se dispuso que fueran restituidas a otros o las que quedaron sujetas a substitución, puedan ser con arreglo a las antiguas disposiciones enajenadas en lo sucesivo, o asignadas a título de prenda o de hipoteca.»

(6) «... porque habiéndose ya establecido que se puedan hacer donaciones y contratos temporales, es consiguiente que por su misma analogía sean convalidados también los de legados o fideicomisos que se dejaron por cierto tiempo..»

(7) «... queda, sin embargo, conceder nominalmente la cosa dejada hasta cierto día, porque mientras el día no llegue, es su dueño y poseedor, pero llegado el día, se extingue el derecho del concesionario..»

no puede transferir temporalmente los bienes fideicomitidos no está en la temporalidad del derecho, sino en que la ley prohíbe su enajenación, y tal prohibición comportaría la nulidad de estos actos. De modo que si el fiduciario vende, se obligará con el comprador, pero no habrá transferencia de dominio, haya o no haya tradición, ni el comprador podrá alegar el contrato como justo título para la usucapión (ob. cit., art. XL).

De acuerdo con esta doctrina, el artículo 373 del proyecto declara que el fiduciario no podrá realizar válidamente actos de disposición o de gravamen en los fideicomisos puros y en las sustituciones fideicomisarias a término. Y el artículo 386 establece que el fiduciario podrá ceder a tercero el simple aprovechamiento de los bienes fideicomitidos, por mientras no venza el término, pero ello no le exonerará de sus obligaciones, ni de responder de los perjuicios que el fideicomisario sufra por culpa del cesionario. No podrá dar a censo inmuebles fideicomitidos.

En la ley *sin autem* (C. VI, XLIII, 3), el principio de la inalienabilidad se atenúa en cuanto al fideicomiso condicional o *ad diem certum* en los siguientes términos: «Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale, vel substitutione, vel restitutione, melius quidem faciet, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionibus nomine supponat. Sin autem avaritiae cupidine propter spem conditionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum revocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis prescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat...» (8).

Interpretando este texto, sostiene Cáncer la validez, en princi-

(8) «Pero si el legado o el fideicomiso, de la universalidad o especial, hubiere sido dejado bajo condición o desde día incierto, o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor, también si en estos casos se abstuviera de toda venta o hipoteca, no sea que se obligue a cargas más pesadas por razón de evicción. Mas si por afán de avaricia se hubiere lanzado a vender o a hipotecar con la esperanza de que no se cumplirá la condición, sepa, que, cumplida la condición, se hará nulo desde un principio el título, y que se ha de entender de tal modo, como si no hubiera sido escrito ni absolutamente otorgado, de suerte que no proceda contra el legatario o el fideicomisario ni la usucapión, ni la prescripción de largo tiempo...»

pio, de todas las enajenaciones realizadas por el fiduciario, *pendente conditione*: «Certum est in jure, quod haeres de restituendo gravatus sub aliqua conditione, si pendente conditione alienet de bonis fideicommisso subjectis; valet alienatio conditione pendente; et ea veniente resolvitur alienatio, et res illa potest vindicari per fideicommissarium a possessoribus, non obstante lapso (cujuscumque) temporis conditione pendente» (Var. res., cap. II, 93) (9).

Esta es la posición de nuestro actual derecho, favorecida además en cuanto a los inmuebles por las modernas normas hipotecarias que, al imponer la publicidad del gravamen restitutorio, permiten el tráfico de dichos bienes con absoluta indemnidad de los derechos del fideicomisario.

El artículo 373 del proyecto dice en su segundo párrafo que «en las sustituciones fideicomisarias condicionales, de no haber impuesto el fideicomitente una especial prohibición de disponer, el fiduciario podrá realizar válidamente actos de disposición o de gravamen de dichos bienes, pero su eficacia estará supeditada a la posible efectividad de la sustitución, aunque al otorgarse los mismos se hubiere silenciado el gravamen». Esta última salvedad debe entenderse sin perjuicio de lo que dispone la Ley Hipotecaria. Porque si se ha silenciado el gravamen al otorgarse el contrato dispositivo y el fiduciario tuviere inscrito el dominio sin que en el Registro constara hallarse gravado de restitución, el adquirente se hallará amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y no prevalecerá contra él la acción resolutoria que pudiera ejercitar el fideicomisario (art. 37 de la misma ley). Se dirá que el artículo 414 del proyecto, ya transcrito, dispone que al inscribirse el título de herencia o legado a favor del fiduciario se transcribirá la cláusula en que se disponga el gravamen fideicomisario. Ya expusimos antes nuestros reparos sobre esta disposición. Esto, aparte, también podría suceder que el fideicomiso se hubiera ordenado en codicilo posterior al testamento, y que el tal codicilo, porque no

(9) «Es cierto en derecho que el heredero gravado de restitución bajo alguna condición, si hallándose ésta pendiente, enajena bienes sujetos al fideicomiso, vale la enajenación mientras la condición siga pendiente; pero en llegado a cumplirse se resuelve la enajenación y la cosa puede reivindicarse de sus poseedores por el fideicomisario, sea cual sea el período de tiempo en que la condición ha estado pendiente.»

figurara en el certificado del Registro de últimas voluntades o por otra circunstancia, no hubiera llegado al Registro.

Todo lo expuesto acerca de las facultades del fiduciario en cuanto a la disposición de los bienes fideicomitidos se entiende sin perjuicio de lo que el testador disponga, tanto para limitarlas como para ampliarlas. Igualmente, según el artículo 384, «el fiduciario podrá enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, mediante el consentimiento futuro, presente o pretérito de todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo al deferirseles el fideicomiso. La autorización de futuro solamente liberará del fideicomiso los bienes que el fiduciario haya efectivamente enajenado o gravado, pero no implicará renuncia total al fideicomiso. El asentimiento prestado por un fideicomisario vinculará a éste, pero en la sustitución fideicomisaria condicional esta vinculación únicamente surtirá efecto si el fideicomisario llega efectivamente a serlo».

c) *Subrogación de bienes fideicomitidos.*—Hay subrogaciones necesarias y aún obligadas, como, por ejemplo, la sustitución de cosas que se desgastan o destruyen con su uso continuado, y otras, voluntarias como la permuta de unos bienes por otros más útiles o más fructíferos.

En Derecho romano ya estaba permitida la enajenación de bienes sujetos a fideicomiso para permutarlos por otros más útiles o rentables (D. IV, VII, 8-4). Y esto, aunque el testador hubiera prohibido en general la enajenación, pero no cuando la prohibición se refiriera a una cosa determinada de la herencia, porque la permisión o validez de la enajenación por causa de permuta se refiere al universal fideicomiso en el que es fácil que convenga cambiar una cosa por otra (D. V, III, 22). Igualmente, cuando el testador hubiese prohibido expresamente la enajenación de un inmueble y en cambio hubiese permitido la de un fundo similar en otra región para que el precio de éste se invirtiese en otro fundo sujeto igualmente al fideicomiso, se entiende que respecto al primer inmueble prohíbe la enajenación, incluso por vía de permuta. Pero si el testador ha prohibido del modo más absoluto la enajenación de sus bienes, se entiende también prohibida su permuta-

ción (C. II, III, 10). Hay casos en que la prohibición resulta de la tácita voluntad, por ejemplo, de la casa en que ha transcurrido la vida del testador, o de una antigua torre familiar, por la cual sintió una especial predilección (D. IV, IV, 35; C. V, XXXVII, 22). No obstante, para la validez de la permuta exigía aquel derecho el concurso o consentimiento del fideicomisario, como si se tratara de un negocio propio de éste (D. XLII, I, 47; C. VI, XLII, 11).

De acuerdo con estos precedentes, el artículo 376 del proyecto dispone lo siguiente:

«El fiduciario podrá enajenar como libres bienes sujetos a fideicomiso de sustitución, para remplazarlo mediante permuta, a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad, a juicio y previa autorización del Juez de primera instancia competente del último domicilio del fideicomitente.

No procederá esta subrogación real si el fideicomitente la ha prohibido expresamente o ha impuesto una especial prohibición de disponer incompatible con la subrogación. Si el fideicomitente ha permitido y regulado la subrogación, bastará observar lo que hubiere dispuesto, pudiendo incluso excluir la intervención del Juez.

La referida autorización judicial se acomodará al procedimiento de jurisdicción voluntaria de enajenación de bienes de menores e incapacitados, sin que sea indispensable la subasta, previa notificación a los fideicomisarios y al curador, en su caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 380. El Juez practicará las pruebas que estime convenientes, y si autoriza la subrogación adoptará cuantas medidas sean procedentes para su normal efectividad y consiguiente liberación del gravamen fideicomisario de los bienes remplazados y la sujeción al mismo de los bienes adquiridos. Los gastos de este procedimiento no serán nunca a cargo del fideicomiso».

No faltan tampoco en el Derecho romano normas reguladoras de las subrogaciones que llamamos necesarias u obligatorias. Las cosas perecederas pueden alienarse, lo mismo que las cosas inútiles o improductivas, u onerosas o suntuosas que requieran gastos necesarios para su conservación y supongan una carga para la herencia o que se hallen muy expuestas a daños fortuitos (D. IV, IV, 11-5), respondiendo el heredero de los perjuicios ocasionados

al fideicomisario, si no enajena y subroga para la restitución el precio (Véase también Peregrinus, ob. cit., art. 40, 37).

Según el artículo 379 del proyecto, «el fiduciario está facultado respecto de los bienes fideicomitidos para realizar por sí solo, bajo su responsabilidad, los actos siguientes:

1.º Vender las cosas que no puedan conservarse y los frutos relictos por el fideicomitente.

2.º Retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro, otorgar las enajenaciones a que se hubiere obligado el fideicomitente o procedentes de un derecho de opción, redimir censos a nuda percepción y sin dominio, y consentir la cancelación de inscripciones de hipotecas constituidas en garantía de créditos hereditarios ya extinguidos o que se satisfagan, siempre que los interesados exijan los expresados actos.

3.º Concertar convenios en materia de expropiación forzosa y aceptar indemnizaciones por siniestro asegurado o por daño resarcido por el responsable.

4.º Sustituir sin demora, sin detrimento del fideicomiso, las cosas que se desgasten con su uso y entre ellos los objetos del ajuar, utensilios, mobiliario, vehículos, caballerías y las máquinas, herramientas, utillaje, ganados, animales de labor y de cría, mercaderías, materias primas, aperos y otros elementos análogos, propios de una empresa o explotación agrícola, comercial o industrial.

Los bienes fideicomitidos objeto de estos actos quedarán libres del gravamen fideicomisario, y, en su lugar, estarán afectos al mismo el dinero u otros bienes obtenidos por el fiduciario.»

Los actos indicados en los apartados 1.º y 4.º se refieren a los que son propios del fiduciario en cuanto a la subrogación de los bienes a beneficio del patrimonio fideicomitado. Los que se relacionan en el apartado 2.º incumben al fiduciario como heredero del fideicomitente, si bien los mismos implican la subrogación de los derechos o créditos que se transmiten, extinguen o cancelan, por el dinero obtenido que quedará afecto al fideicomiso, conforme al último párrafo del artículo. El mismo destino tiene reservado el dinero que se obtenga por los actos a que se refiere el apartado 3.º.

d) *Partición de herencia y división de bienes sujetos a fideicomiso.*—El testador puede instituir a sus herederos en cuotas o

porciones alicuotas iguales o desiguales de la herencia, a unos libremente y a otros con gravamen de fideicomiso. Así deferida la herencia, resultará que, mientras por la partición y adjudicación de bienes determinados o de partes indivisas de éstos a los herederos gravados no se concrete el objeto del fideicomiso todo el patrimonio hereditario quedará afectado por dicho gravamen, de modo análogo a lo que ocurre con los derechos del legitimario de parte alicuota, a cuyo pago quedan solidariamente afectos todos los bienes de la herencia, según el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, mientras no se afecten al mismo bienes determinados.

Siendo esto así, la existencia del gravamen fideicomisario, en vez de ser obstáculo, ha de constituir un estímulo para la partición, facilitándola todo lo posible. A esto tiende el proyecto de Compilación al declarar en el artículo 377, párrafo 1.º, que «los herederos fiduciarios de cuota de herencia podrán pedir la partición y practicarla eficazmente con los demás coherederos, sin necesidad de que intervengan en ella los fideicomisarios, siempre que se trate de un puro acto particional». Pero como en todo caso la partición podría ser o creerse lesiva para los fideicomisarios, añade el precepto que éstos tendrán «los mismos derechos que el artículo 403 del Código Civil atribuye a los cesionarios de los partícipes en la división de la cosa común», es decir, que todo fideicomisario podrá concurrir a la partición y oponerse a la que se verifique sin su concurso, con todo lo demás que dispone dicho artículo 403.

En vez de asignarles cuotas de herencia, puede el testador instituir a sus herederos en cosas ciertas, a unos con gravamen restitutorio y a otros no, o, encomendar la partición hereditaria a un contador-partidor. En estos supuestos, así como en el de partición intervenida judicialmente, las particiones efectuadas, según declara el último párrafo del artículo 377 citado, «surtilán efecto, incluso para los fideicomisarios, sin perjuicio de las acciones de impugnación que procedan».

Puede igualmente el testador nombrar heredero único u ordenar un legado autorizando al heredero para disponer libremente de una parte indivisa de la herencia y estableciendo sustitución fideicomisaria sobre la parte alicuota restante o que el legatario pueda también disponer de una parte indivisa de la cosa gravando de restitución el resto indiviso de ésta (resto indiviso precisamen-

te, porque si fuera porción divisa, según ya sabemos por el artículo 341 del proyecto, en vez de fideicomiso, habría un sublegado). Para estos supuestos el artículo 378 faculta al heredero o legatario para proceder por sí solos a su división en dos lotes o porciones, uno libre y el otro fideicomitado, según las reglas de la partición o división, y previas las notificaciones que regula el artículo 380. Más adelante nos ocuparemos de este artículo 380, con el que se garantiza al fideicomisario contra posibles desafueros del fiduciario.

Finalmente, al instituir el testador en cosas ciertas u ordenar legados, puede atribuirse una cosa a dos o más personas por partes indivisas, ordenando sustitución fideicomisaria sobre alguna de estas partes indivisas. Al deferirse la herencia o entregarse el legado, se constituye una comunidad de bienes. El proyecto prevé el supuesto en el párrafo 2.º del artículo 377, que dice así: «Lo mismo será aplicable a la división de la cosa común, si alguna participación indivisa se hallase gravada de fideicomiso. No obstante, si la cosa común fuese indivisible o desmereciera con su división, podrán convenir los comuneros que se adjudique libre del fideicomiso a uno o algunos de ellos, mediante satisfacer en dinero las partes de los demás, previa autorización judicial al fiduciario, conforme al artículo anterior. Este precepto será también de aplicación cuando la partición hereditaria prevista en el párrafo anterior implicase división de cosa de la herencia». Es decir, que si la cosa común es divisible, puede el fiduciario practicar la división sin que intervenga el fideicomisario, pero teniendo éste los derechos que el artículo 403 del Código Civil atribuye a los cesionarios de los partícipes. Y si la cosa común por no ser divisible, tuviera que adjudicarse a alguno de los partícipes libre del fideicomiso, se requerirá autorización judicial, y el Juez, si autoriza la adjudicación adoptará las medidas necesarias para la sujeción al fideicomiso del dinero correspondiente al fiduciario en subrogación de la parte que a éste correspondía en la cosa adjudicada ya libre.

e) *Enajenaciones libres del fideicomiso*.—En la institución del fideicomiso, pocas materias habrá, como la referente a la alineación de bienes libres de dicho gravamen, que requieran con tanto

apremio normas seguras y de ponderada justicia en la defensa de los intereses y derechos del fiduciario y fideicomisario.

Consideremos el caso del fiduciario que además es heredero forzoso del fideicomitente. Por un lado, es indiscutible el derecho de este heredero a percibir su legítima en bienes de la herencia libres de todo gravamen, y, como único posible heredero, puede por su propia autoridad liquidarla y hacerse pago de la misma. Por otro lado, este crédito legitimario ha de hacerse efectivo sobre una unidad patrimonial, cuyo dominio salvas las legales deducciones, ha de pasar a otras personas por expresa voluntad del causante de la sucesión, voluntad tan digna de respeto como el derecho del legitimario. En consecuencia, si se permite que el fiduciario, por su propia y exclusiva autoridad, se haga pago de su legítima sin la menor intervención directa o indirecta del fideicomisario, se corre el riesgo de que el fiduciario con la sencilla declaración incontrastable de destinar los bienes a dicho pago, vaya enajenando el patrimonio fideicomitido, y como estas enajenaciones comportan la libertad del gravamen restitutorio, puede de este modo evaporarse el fideicomiso, burlándose así la voluntad del fideicomitente y los derechos del fideicomisario.

Esta es la situación. Por falta de normas adaptadas a las condiciones del moderno derecho y no encontrando obstáculos en la jurisprudencia vaga, vacilante y a veces contradictoria entre las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, se autorizan e inscriben sin dificultad escrituras en que el heredero gravado de fideicomiso se adjudica o vende bienes de la herencia como libres de dicho gravamen, con la simple manifestación en la escritura de que la adjudicación o venta sirven para hacerse pago de su legítima. Ciertamente que la auténtica *Res quae* y otros textos autorizan la enajenación de bienes imputables en la legítima; pero en aquel derecho el fideicomisario tenía acción real contra los bienes enajenados y podía reivindicar los que se hubiesen vendido después de haber quedado cubierto su crédito legitimario, mientras que en la actualidad estas enajenaciones comportan la cancelación del gravamen restitutorio y los fideicomisarios, en caso de perjuicio, si se interfiere un tercero hipotecario, sólo tendrán acción personal contra el fiduciario o sus herederos.

El proyecto de Compilación pone término a esta situación con unas normas equilibradas y justas, que armonizan adecuadamente el derecho del fiduciario con el interés del fideicomisario.

El artículo 374 enumera los casos en que el fiduciario está facultado por el ministerio de la ley para enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso bienes de la herencia o legado fideicomitidos. Son los siguientes:

«1.º Para hacer suyo lo que por legitima le corresponda en la sucesión del fideicomitente si no estuviese sujeto a lo previsto en el primer párrafo del artículo 289 y para satisfacer la de los demás legitimarios, haciendo constar en ambos casos el importe total de la legitima.

2.º Para dotarse a si misma en contemplación a sus primeras nupcias, la mujer que sea fiduciario, y para constituir esponsalicio o escreix el fiduciario a su esposa que aporte dote y pagarlo en su día, así como también para otorgar el fiduciario donación dotal a sus hijas y para constituir y pagar esponsalicio o escreix en consideración al matrimonio de sus hijos que reciban dote de la esposa.

Sólo podrá usar de este derecho el fiduciario, que junto con su legitima y trebeliánica no cuente con otros bienes propios o de libre disposición suficientes a los expresados fines.

El fiduciario reintegrará en cuanto pueda al fideicomiso lo que en virtud de este derecho hubiere detraído.

3.º Para pagar las deudas y cargas hereditarias de que el fiduciario no sea acreedor, y también satisfacer los legados no dispuestos a su favor que pesen sobre la herencia, o, en su caso, la parte de unas y otros que sea proporcional a la cuota fideicomitida.

4.º Para efectuar la detracción de la cuarta trebeliánica que autoriza el artículo 394.

5.º Para atender a los gastos extraordinarios de conservación y de refacción de bienes del fideicomiso.

6.º Para garantizar con prenda o hipoteca el préstamo destinado a obras de construcción, ampliación o mejoramiento de fincas rústicas o urbanas, o a extinguir una deuda hereditaria más gravosa.

Los preceptos de este artículo, excepto el contenido en el número 2.º serán aplicables al fideicomiso puro.»

«En la aplicación del artículo anterior —dice el 375— se observarán las siguientes reglas:

1.^a Sólo cuando en la herencia fideicomitida no haya dinero suficiente podrá el fiduciario disponer de otros bienes, los cuales, según los casos, podrá adjudicarlos en pago, venderlos o hipotecarlos o pignorarlos a los fines expresados. Las adjudicaciones se harán por el valor de los bienes al tiempo de ser efectuadas.

2.^a No se requerirá para dichos actos la intervención de los fideicomisarios, pero será preceptiva la previa notificación que regula el artículo 380, con aplicación de lo que el mismo dispone.

3.^a En la inscripción de los expresados actos en el Registro de la Propiedad se cancelará la expresión registral del gravamen fideicomisario sin reserva ni salvedad.»

Según el apartado 1.^o, podrá el fiduciario adjudicarse bienes en pago. Parece más acertada la fórmula consistente en autorizar al fiduciario para que señale los bienes que hayan de quedar libres con la solicitud de que se cancele el gravamen; porque es una redundancia que el fiduciario se adjudique bienes que ya posee como dueño. Pero el reparo es puramente formulario. El interés del artículo está en su apartado 2.^o, que obliga a notificar a los fideicomisarios el proyecto de enajenación, a los efectos del artículo 380, que es la solución arbitrada por los autores de la Compilación para que los fideicomisarios puedan acudir a la defensa de sus intereses. Dice así el artículo 380: «Siempre que según esta Compilación sea preceptivo, o que el fiduciario estime conveniente notificar a los fideicomisarios los actos que pretenda realizar sobre bienes del fideicomiso, lo solicitará del juez competente, según el art. 376.

Las notificaciones se practicarán, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a todos los fideicomisarios a la sazón existentes y determinados, y, en su caso, al curador, con expresión de las circunstancias del acto proyectado y del plazo, no inferior a treinta días, a fin de que puedan formular oposición. A los fideicomisarios de domicilio o paradero ignorados se les hará la notificación por edictos, que se publicarán en el *Boletín Oficial* de la provincia, en uno de los periódicos de mayor circulación y, en su defecto, en el tablón de anuncios del Juzgado y del Ayuntamiento del lugar en que radique la parte principal de los bienes fideicomitados y del

último domicilio del fideicomitente, y de ignorar éste el de su nacimiento.

La oposición se sustanciará por los trámites de los incidentes. Contra la resolución del juez estimando o no, en todo o en parte, la oposición, procederá únicamente el recurso previsto en el artículo 2.032 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Transcurrido el plazo de la última notificación sin promoverse oposición, o de no prosperar la formulada, podrá el fiduciario realizar el acto proyectado. Sólo cabrá impugnación por fraude del fiduciario o por no haberse ajustado a los términos expresados en la notificación y, en su caso, a los de la resolución judicial, pero sin limitación de causas en la impugnación por parte de los fideicomisarios notificados por edictos.

Estas impugnaciones se sustanciarán en el juicio ordinario que corresponda y en el mismo Juzgado indicado, sin que puedan perjudicar a terceros adquirentes a título oneroso de buena fe.

En los casos en que el acto del fiduciario requiera previa autorización judicial, el Juez podrá denegarla, aunque no se formulase oposición.»

Y para el caso de que los fideicomisarios no sean conocidos, ya prevé el proyecto la existencia de un curador, que, conforme al artículo 381, podrá nombrar el fideicomitente o, en su defecto, el juez, a petición del fiduciario, fideicomisarios o coherederos, y en su caso del Ministerio Fiscal. El nombramiento recaerá en un fideicomisario idóneo y conocido; en su defecto, en uno de los parientes consanguíneos del fideicomitente, y a falta de éstos, en una persona de reconocida moralidad y aptitud. Se nombrará un curador para cada sucesión, pero si el fideicomitente hubiese nombrado varios regirán las normas sobre pluralidad de albaceas. El nombramiento de curador subsistirá mientras persista la situación fideicomisaria que le dió origen, sin perjuicio de las renovaciones necesarias. El curador necesitará autorización del juez para cada acto en que intervenga, a menos que el fideicomitente hubiere dispuesto otra cosa.

f) *Detracción de la cuarta trebeliánica.*—Observan los romanistas que es impropia la denominación con que se designa esta detracción, porque el senado-consulta Trebeliano se limitó a exonerar

al fiduciario de las deudas hereditarias proporcionales a la parte de herencia que había de restituir, las cuales habían de quedar a cargo del fideicomisario, que en consecuencia tendría que abonarlas en su totalidad si había de restituírsele toda la herencia. Fué el senado-consulta Pegasiano el que autorizó al fiduciario para retener salva la cuarta parte al menos de la herencia.

Impropia o no la expresión, se designa con el nombre de trebeliánica la cuarta parte de la herencia fideicomitida, que puede retener el fiduciario, de la cual se ocupa el proyecto en la sección tercera del capítulo dedicado a los fideicomisos. Esta breve exposición comprenderá: *a)* quién puede retener esta cuarta; *b)* obligaciones que previamente se han de cumplir; *c)* título hereditario apto para su detracción; *d)* prohibiciones; *e)* determinación de los bienes sobre los que se detrae: imputaciones a la trebeliánica; *f)* relación entre la trebeliánica y la legítima; *g)* tiempo y forma en que debe hacerse la retención; y *h)* Extinción del derecho a detraer la trebeliánica.

a) El derecho a retraer la trebeliánica corresponde al heredero instituido o fiduciario.—Por excepción, puede corresponder al primer fideicomisario al deferirse el fideicomiso cuando éste se convierte a su vez en fiduciario por existir fideicomisario posterior, si el heredero fiduciario con derecho a la trebeliánica no la detrae por expreso deseo de favorecer al fideicomisario inmediato gravado, el cual, al pasar a fiduciario, puede igualmente renunciar su derecho a favor del fideicomisario que le siga, y así sucesivamente (artículo 391). Huelga decir que la trebeliánica sólo puede detraerse una vez.

b) Requisitos previos a cumplir por el fiduciario.—El primero y fundamental, aceptar la herencia fideicomitida, ya que precisamente la trebeliánica se estableció como estímulo para dicha aceptación; el segundo, tomar inventario dentro de los ciento ochenta días siguientes a la delación o de un año, si el fideicomitente hubiere fallecido en el extranjero, o si el fiduciario no residiere dentro de la circunscripción de la Audiencia Territorial en la que radique la mayor parte de los bienes hereditarios. El inventario se formalizará notarial o judicialmente, con reseña de los bienes por su

valor al abrirse la sucesión y del importe de las deudas y cargas hereditarias. En la formación del inventario podrán intervenir los fideicomisarios que lo soliciten, pero sin que sea necesario citarlos (art. 389).

c) *Título apto.*—El art. 391 del proyecto declara en su último párrafo que no tendrá derecho a la trebeliánica el heredero fiduciario que lo sea en virtud de heredamiento otorgado en contemplación a su matrimonio, o de heredamiento mutuo entre los cónyuges. Sagner afirma que la prohibición de detraer la trebeliánica impuesta a los herederos fiduciarios en virtud de heredamiento pactado en capítulos matrimoniales no se apoya en texto legal alguno. «Si el heredamiento en capítulos, dice, teniendo el carácter de universal comunica al heredado la consideración de heredero, por aquello tan sabido de que siendo igual la razón no debe ser distinta la disposición legal y por consideraciones de analogía, o más bien de igualdad, no se comprende que deje de tener el derecho de hacer efectiva la trebeliánica, debiendo reputarse como inventario la descripción de bienes que se haga en los mismos capítulos.» «Desde luego creemos, añade, que nadie negará a los herederos, en virtud de heredamiento preventivo, el derecho de detraer la cuarta trebeliánica» (Ob. cit., pág. 89).

Seguramente se reconocería, y el proyecto no lo niega, que un fideicomiso ordenado en heredamiento preventivo permite al fiduciario detraer la cuarta trebeliánica, pero el heredamiento otorgado en contemplación al matrimonio del heredero, o el heredamiento mutuo entre cónyuges, a los que el proyecto hace referencia, son casos de sucesión contractual que deben regirse por lo pactado o por normas legales supletorias. Si no existen normas legales que permiten la detracción de la trebeliánica en los heredamientos, ni la prohíben, como el mismo Sagner reconoce, hay que tenerse a lo pactado, y si entre los heredantes y el heredado o en los heredamientos mutuos entre cónyuges con sustitución fideicomisaria, no se estipula el derecho a dicha detracción, parece evidente que los únicos títulos hábiles para que el fiduciario pueda ejercitar este derecho son el testamento o codicilo y, por excepción, la cláusula correspondiente en el heredamiento preventivo.

d) *Prohibiciones*.—Puede el testador prohibir la detracción de la trebeliánica, pero, según el artículo 390, «sólo será eficaz la prohibición de la trebeliánica si el testador ha manifestado en testamento o codicilo su voluntad de que el fiduciario no la perciba, o ha expresado que la sustitución debe producirse sin detracción alguna, o únicamente con la de determinados bienes o cantidades. No implicará prohibición la simple manifestación del testador de que la sustitución sea de todos los bienes o de toda la herencia. No obstante, cuando el fiduciario sea descendiente del testador, sólo será eficaz la prohibición de la trebeliánica hecha con palabras expresas y no de otra manera, sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente».

Observa Heineccio, respecto al texto justiniano (Nov. 1, c. 2, 2), que autoriza al testador para dicha prohibición que «habiéndose inventado la cuarta falcidia y trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituido, ¿cómo pudo concederse al testador, sin ofensa de la justicia, renunciar al derecho introducido en favor de otro? (Recitaciones del Derecho Civil, párrafo 672).

e) *Determinación de los bienes sobre que se detrae; imputaciones a la trebeliánica*.—Dice el artículo 392 del proyecto:

«La trebeliánica consiste en la cuarta parte de los bienes relictos por el fideicomitente, deducidas las deudas, los gastos de su última enfermedad, entierro y funerales, los de inventario y defensa de los bienes hereditarios y las legítimas causadas, incluso la del fiduciario que sea legítimo. El coheredero fiduciario tendrá derecho a una parte de la trebeliánica proporcional a su cuota hereditaria fideicomitida.

Para determinar la trebeliánica y sus imputaciones, serán complementarias las normas establecidas para la cuarta falcidia, pero dejarán de incluirse en la herencia aquellos bienes perdidos y deterioros sufridos por caso fortuito después de fallecido el testador y antes de detraída o reclamada la trebeliánica. No serán imputables los frutos percibidos por el heredero fiduciario, aunque no sea descendiente del fideicomitente.

De la trebeliánica aún no percibida se deducirán las indemnizaciones que, en su caso, debe abonar el fiduciario por las responsabilidades que con esta calidad hubiera contraído.»

El proyecto hace, pues, aplicación del principio contenido en la ley 39, tit. 16, lib. 50 Digesto, según la cual se entiende que los bienes de una persona son los que quedan después de deducidas las deudas. Se consideran deudas no solamente las propiamente tales, sino también los gastos de última enfermedad, entierro y funerales, los ocasionados por la delación hereditaria y también las legítimas, incluso la del fiduciario, que también son deudas de la herencia. «Hecha la deducción de deudas, dice Saguer, se toma la trebeliánica de la masa total de bienes, comprendiendo no solamente en ella para el dicho cómputo la herencia en sentido estricto, si que también los legados, fideicomisos singulares y donaciones por causa de muerte» (Ob. cit., par. 77). Como es visto, el artículo 392 del proyecto se remite para determinar la trebeliánica y sus imputaciones, como normas complementarias a las establecidas para la cuarta falcidia. El párrafo segundo del artículo 440 establece que se considerará que integran la herencia los bienes y derechos del testador dispuestos en legados o en donaciones por causa de muerte o entre consortes, los créditos del testador contra el heredero y los extinguidos por virtud de legados de liberación o perdón de la deuda correspondiente. Según este mismo artículo, los legados de alimentos constituyen concepto deducible.

En cuanto a los frutos, los textos romanos distinguen según que el fiduciario sea o no hijo del testador. En el primer caso, se declara nula la disposición por la cual el testador ordena a su hijo la imputación de los frutos a cuenta de la trebeliánica correspondientes al tiempo en que está pendiente la condición o término del fideicomiso. No siendo el fiduciario hijo del testador, los frutos son imputables a la cuarta (D. XXXVI, I, 18-1).

En la práctica se prescinde generalmnete de tal distinción, y el artículo 392 citado, con muy buen acierto declara que no serán imputables los frutos percibidos por el heredero fiduciario, aunque no sea descendiente del fideicomitente.

f) *Relación entre la trebeliánica y la legítima.*—Dice el artículo 395 del proyecto que «el heredero fiduciario que a la vez sea legítimo del fideicomitente, tendrá derecho además de su legítima, a la trebeliánica, si procediere». Siendo la legítima deuda de la herencia y no parte de la misma, se habrá deducido junto con

las demás deudas y gastos para determinar el activo hereditario, del cual se detrae y la trebeliánica. Es, pues, evidente la compatibilidad entre una y otra. Así lo declara el capítulo I de la Novela XXXIX de Justiniano y lo confirman los capítulos *Rainutius et Rainaldus* de las Decretales (X *De testamentis*).

En los fideicomisos puros, lo mismo que cuando por la cláusula codicilar se convierte el testamento en codicilo, no se saca más que una cuarta, la trebeliánica o la legítima, siéndole más útil al hijo sacar la primera, porque en la legítima se imputa lo que se adquirió entre vivos, como la dote y donaciones (Peregrinus, ob. cit., art. 3, 49; y Cancer, ob. cit., cap. II, 26 y sig.). Fundándose en que los fideicomisos puros no se practican en Cataluña, el jurisconsulto Félix María Falguera, citado por Saguer (ob. cit., par. 83), entiende que la incompatibilidad entre ambas cuartas ha de referirse forzosamente a los fideicomisos *in diem*, o sea, a los que, según el mismo Falguera, se hacen en Cataluña para después de la muerte del heredero fiduciario. Pero esta opinión de Falguera no es compartida por la generalidad de los autores catalanes.

g) *Tiempo y forma en que debe hacerse la detracción.*—Según Borrell, la trebeliánica no se devenga hasta que llegue el caso de restituir la herencia; pero podría hacerse antes, con permiso del fideicomisario y con intervención del fiscal y aprobación judicial si tuviesen derecho eventual más remoto al fideicomiso personas inciertas o ausentes (ob. cit., cap. V, sec. 4.^a, subsec. 7.^a). El proyecto permite detraerla antes, exigiendo solamente que, mediante pago o consignación, hayan sido satisfechas las deudas y gastos de la herencia, así como las legítimas, o bien que las personas facultadas para hacer la partición hayan adjudicado bienes hereditarios para tales pagos (art. 393). Ahora bien: si antes de transmitirse o deferirse al fideicomisario, el fideicomiso, puro o de sustitución respectivamente, no hubiese el fiduciario detraído la trebeliánica, él o sus causahabientes podrán exigir que les sea pagada por el fideicomisario, más los intereses desde la reclamación judicial, y con derecho a obtener la anotación preventiva que establece el número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pero sin poder promover el juicio de testamentaria o el de abintestato (art. 394).

En cuanto al modo de percibirla, si es el mismo fiduciario el que la detrae, según el artículo 393 ya citado, podrá verificarlo de una vez o en varias, en dinero de la herencia o en bienes de ella, que no sean los de mejor condición, y con aplicación de lo dispuesto en los artículos 374 y 375. Ya hemos visto antes que el fiduciario, según el número 4.º del primero de estos artículos podrá enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso bienes de la herencia para efectuar la detracción de la cuarta trebeliánica. El artículo 375 requiere a su vez que la práctica de estos actos sea notificada a los fideicomisarios con aplicación de lo que dispone el artículo 380.

Si se transmite o defiere el fideicomiso sin que el fiduciario haya hecho la detracción, el fideicomisario, conforme al segundo párrafo del artículo 394, deberá formar un lote de bienes suficientes de la herencia fideicomitida para adjudicarlo en pago de la trebeliánica, el cual contendrá, en la proporción adecuada, y en cuanto sea posible, bienes hereditarios de la misma naturaleza, estimados todos por su valor al tiempo de fallecer el fideicomitente. Señalados estos bienes a adjudicar, el fideicomisario, en interés de la herencia y como si se tratara de una mejora útil para la misma, podrá optar por satisfacer la trebeliánica en dinero o bienes hereditarios, lo mismo que se permite al heredero para el pago de las legítimas en la Constitución II, tít. V, lib. VI de las de Cataluña.

Para mayor seguridad del derecho del fiduciario el artículo 414 del proyecto, párrafo 3.º, preceptúa que, deferido o transmitido el fideicomiso, de no justificar claramente el fideicomisario la improcedencia del derecho de cuarta trebeliánica o su pago, al inscribirse los bienes a favor del fideicomisario se hará en el asiento correspondiente expresa reserva de este derecho, la cual tendrá el efecto y duración de la anotación preventiva de demanda de trebeliánica, sin que proceda prórroga.

En algún caso, por ejemplo, el de renuncia tácita, parece que no le sería fácil al fideicomisario justificar claramente la improcedencia del derecho de cuarta trebeliánica. Con las facilidades que el proyecto concede para hacerse pago de la trebeliánica, tal vez sea excesivo permitir semejante reserva o gravamen sobre los bienes del fideicomiso.

h) *Extinción del derecho a la trebeliánica*.—Puede este derecho renunciarse expresa o tácitamente. Hay renuncia tácita cuando, a sabiendas de su derecho, el fiduciario ó sus herederos entregan la posesión de la herencia al fideicomisario, o si en el fideicomiso puro efectúa su transmisión, sin reserva alguna en ambos casos (art. 396). Esta disposición tiene, al parecer, su antecedente en la ley 9, tit. L, lib. VI del Código de Justiniano, que dice: «El error de hecho no impide la repetición de la cuarta, no retenida, por causa de fideicomiso. Mas el que sabiendo que podía retenerla lo restituyó todo, no tiene la condición; antes bien, si hubiere ignorado su derecho, deja de tener la repetición» (Trad. García del Corral). Heineccio dice, con referencia a este punto, que cesa el derecho a la trebeliánica: «Si el heredero, por ignorancia del derecho, entregare toda la herencia, L. 9, C. *ad leg. Falcid.* Pues aunque por otra parte lo que se paga indebidamente puede repetirse por la condición *indebiti*, sin embargo, no procede lo mismo en lo que se paga por error de derecho L. 10 C.; L. 9 pr. ff. *de jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si, por ejemplo, entrega uno toda la herencia, porque ignora que existe en su favor este beneficio del senado-consulta Trebeliánico, no puede repetir lo que paga por este error. Empero, si entrega toda la herencia, juzgando que el testador era militar, no siéndolo, puede repetir lo que diese más del causante» (ob. cit., par. 672). Según esta interpretación, la ignorancia del derecho no aprovecha al fiduciario para reclamar la trebeliánica al fideicomisario, al contrario de lo que declara el proyecto en el artículo 396. Claro que, tratándose de inmuebles inscritos, la cuestión sólo tendrá importancia en los fideicomisos puros, que requieren la transmisión; pero en los condicionales y a término, la delación se consuma sin intervención alguna por parte del fiduciario. Basta con que el fideicomisario justifique la llegada del término o el cumplimiento de la condición para que en el Registro se efectúe el cambio de titularidad.

2

SEGUNDA DELACIÓN.

A) *Derechos del fideicomisario.*

a) *Adquisición de los bienes fideicomitidos.*—Una cosa es el derecho a la herencia o legado fideicomitidos y otra la adquisición por el fideicomisario de la propiedad de los bienes del fideicomiso en concreto. El derecho a la herencia o legado coinciden con la declaración, o como dice el artículo 398, «la delación a favor del fideicomisario le atribuye la cualidad de heredero o legatario», y esta delación del fideicomiso de sustitución se produce al vencer el término o cumplirse la condición (art. 397). En el fideicomiso puro no se habla de delación a favor del fideicomisario, sino simplemente de transmisión. Evidentemente en este fideicomiso la delación a favor del fideicomisario se confunde con la del fiduciario y tiene lugar al fallecer el fideicomitente, desde cuyo momento ostenta el fideicomisario el derecho a la herencia o legado.

La adquisición de la propiedad de los bienes del fideicomiso tiene lugar: en cuanto a los bienes del fideicomiso puro y los de naturaleza mueble en el fideicomiso de sustitución, cuando el fiduciario o sus herederos transmiten al fideicomisario la posesión de los bienes de la herencia o legado fideicomitidos; y en cuanto a los inmuebles en el fideicomiso de sustitución, cuando se inscriban los bienes en el Registro de la Propiedad.

En el fideicomiso puro si el testador no ha establecido plazo para efectuar la transmisión, la otorgará el fiduciario dentro del plazo máximo de un año desde que fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario. De no efectuar la transmisión a su tiempo, el fiduciario perderá cuanto hubiere recibido por mera liberalidad testamentaria del fideicomitente (art. 399).

En el fideicomiso de sustitución, el fiduciario o sus herederos entregarán la posesión de la herencia o legado fideicomitidos al fideicomisario, dentro de los treinta días naturales siguientes en

que éste les requiera para ello en la forma antes expresada. De no verificarlo tendrán la consideración de meros detentadores y no harán suyos los frutos, pudiendo el fideicomisario recabar la posesión, incluso mediante el interdicto de adquirir. Si dentro del referido plazo el fiduciario o sus herederos alegan alguno de los derechos a que hace referencia el artículo 403, y precisan su importe, podrán retener dicha posesión (art. 400). Subsistirá este derecho de retención mientras la cantidad total fijada no sea consignada, asegurada con fianza o satisfecha, a resultas de su posterior comprobación definitiva. La fianza podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria. Esta última podrá constituirse sobre bienes inmuebles del fideicomiso de sustitución condicional y exigir su constitución el fiduciario o sus herederos (art. 401).

Tratándose de bienes inmuebles inscritos, y ya sabemos que el fiduciario está obligado a que el título sucesorio correspondiente se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 368), el párrafo 2.º del artículo 414 dispone que, «deferido el fideicomiso en las sustituciones fideicomisarias o transmitido en los fideicomisos puros, el fideicomisario podrá obtener se inscriba su adquisición, que implicará la extinción del derecho del fiduciario, y así sucesivamente respecto de los sustitutos fideicomisarios posteriores, si los hubiere».

«Para practicar la referida inscripción a favor del fideicomisario—añade el párrafo 4.º del mismo artículo—, se presentarán al Registro con el título sucesorio y documentos complementarios, aquellos otros que acrediten los hechos o circunstancias determinantes de la adquisición por el fideicomisario de los bienes fideicomitidos y la persona del mismo, sin que ello precise acto alguno de entrega del fideicomiso, ni concerniente a la trebeliánica, por parte del fiduciario o de sus herederos, excepto el de transmisión en el fideicomiso puro.»

b) *Sobre impugnación de los actos dispositivos del fiduciario.*—Anteriormente se han expuesto las facultades que competen al fiduciario para enajenar o gravar los bienes fideicomitidos. Sin perjuicio del derecho que tiene cualquier fideicomisario a exigir que el fiduciario preste o amplie la fianza en seguridad de la indemnización que al cesar en el fideicomiso deba abonar al fideicomisario por los perjuicios derivados de su conducta y que entra-

ñen disipación o grave daño para los bienes del fideicomiso (artículo 367), los artículos 404 y 405 del proyecto tratan de las acciones que al fideicomisario competen para impugnar los actos de disposición del fiduciario.

Adquirido el fideicomiso, dice el artículo 404, el fideicomisario tendrá acción para impugnar por ineficaces cuantos actos de disposición haya efectuado el fiduciario en fraude o perjuicio de la herencia o legado fideicomitidos, para reivindicar los bienes enajenados indebidamente o afectos al gravamen fideicomisario condicional, y para solicitar la ineficacia de los gravámenes constituidos en tales circunstancias, siempre salvo lo dispuesto en el artículo 380 y sin perjuicio de los terceros adquirentes, a título oneroso de buena fe, pero sin que pueda reclamar los frutos anteriores.

Es sabido (art. 373) que en la sustitución fideicomisaria condicional el fiduciario puede enajenar o gravar los bienes del fideicomiso, quedando la eficacia de estos actos supeditada a la posible efectividad de la sustitución. Así, pues, si la condición se cumple, tales enajenaciones quedan ineficaces y el fideicomisario puede reivindicar los bienes enajenados, aunque al otorgarse los actos de enajenación *se hubiere silenciado el gravamen*, recalca el artículo 373. Y así debe ser, porque la acción del fideicomisario es, como el derecho, de naturaleza real.

Pero, además, según también se ha visto, puede el fiduciario enajenar y gravar en concepto de libres del fideicomiso y sometiendo a las reglas de los artículos 375, 376 y 393, los bienes que se indican en el 374 y 376.

A los efectos del derecho de impugnación que compete al fiduciario, se clasifican los actos de enajenación en dos grupos: los que tengan por objeto reintegrarse el fiduciario del importe de las mejoras, gastos, pago de deudas hereditarias y demás conceptos enumerados en el artículo 403 antes reproducido, y los que el fiduciario haya enajenado o gravado pendiente el fideicomiso para hacerse pago de la legítima y trebeliánica. Los primeros serán inatacables en cuanto sean imputables por su valor a los créditos que el fiduciario ostente contra el fideicomiso al deferirse éste. En cuanto a los bienes enajenados o gravados libres para hacerse pago el fiduciario de su legítima y trebeliánica, hemos de establecer

una previa distinción: a) bienes inmuebles enajenados e inscritos con cancelación del gravamen restitutorio; y b) los demás bienes.

a) Se impone una segunda distinción: que los bienes enajenados e inscritos libres del gravamen restitutorio, al ejercitarse la supuesta acción resolutoria permanezcan en poder del que los adquirió del fiduciario o hayan sido objeto de una segunda o sucesivas enajenaciones. En el primer caso, creemos que el fideicomisario puede ejercitar útilmente su acción contra el comprador o adquirente a título oneroso, porque la inscripción a favor de éste con la cancelación implícita en ella no ha convalidado el acto anulable o resoluble con causa explícita en la inscripción a nombre del fiduciario, en la que consta el gravamen de fideicomiso. En una palabra, no es el tercero protegido por la fe pública del Registro, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Si lo serán el segundo o ulteriores adquirentes a título oneroso, porque la cancelación del gravamen que se efectuó al inscribirse la primera transmisión extingue o borra la condición del fideicomiso y estos nuevos adquirentes se hallan plenamente situados en el ámbito del artículo 34. Este es nuestro juicio a propósito de este grupo de bienes. Naturalmente, el proyecto se limita a dejar a salvo el derecho de los terceros adquirentes, a título oneroso de buena fe.

b) Los demás bienes, comprendiendo entre éstos a juicio nuestro los enajenados libremente y que aún continúan inscritos a nombre del que los adquirió directamente del fiduciario. Con respecto a este grupo de bienes, sólo se sostendrán como eficaces, dice el artículo 405 del proyecto, los expresados actos de disposición, en la medida que lo permita la cantidad total a que el fiduciario tenga derecho por los indicados conceptos, después de deducido lo que deba indemnizar por sus responsabilidades en el fideicomiso. De no cubrir tal cantidad el valor de dichos actos, únicamente se sostendrán como eficaces los que por el orden cronológico de su mayor antigüedad quepan por su valor en aquella cantidad, con las preferencias que en el artículo se determinan.

Entre las dos soluciones que se ofrecen, la revocación entre todos los compradores a prorrata en cuanto a los bienes adquiridos, o la revocación de las enajenaciones íntegramente en orden inverso a su antigüedad hasta llegar a la cantidad que acreditara

el fiduciario por los expresados conceptos, el proyecto opta por esta última, que además de ser la más justa, es la más sencilla y la que menos conflictos y trastornos ocasiona.

B) *Obligaciones del fideicomisario.*

Las determina el proyecto en sus artículos 402 y 403. Según el primero, el fideicomisario responde de las deudas y cargas hereditarias que no se hayan pagado con bienes de la herencia, así como de las deudas contraídas por el heredero fiduciario a cargo del propio fideicomiso. Si el fideicomisario aceptare a beneficio de inventario la herencia fideicomitida, los plazos se contarán desde la delación del fideicomiso y le aprovechará el inventario que legalmente hubiere tomado el fiduciario si aceptó la herencia con dicho beneficio.

Y el artículo 403 hace responsable al fideicomisario del importe de las mejoras o incorporaciones realizadas por el fiduciario en los bienes, siempre que no sean suntuarias, reembolso de los gastos abonados por el fiduciario a cargo del fideicomiso, reintegro de las cantidades que éste haya satisfecho por razón de deudas y cargas hereditarias, legítimas, legados a cargo de la herencia y otros conceptos análogos, así como los créditos que el fiduciario ostentare contra el fideicomitente y que por virtud de la delación fideicomisaria sean ya exigibles.

V

Del fideicomiso de residuo.

Si el testador dice, «Instituyo heredero a A, y a su fallecimiento lo que quede de mi herencia pasará a B», establece un fideicomiso de residuo, como también si dice, «Instituyo heredero a A, el cual podrá disponer de los bienes de mi herencia, y a su fallecimiento harán tránsito a B aquellos bienes de que el heredero no haya dispuesto». A poco que se pare la atención, se observará una marcada diferencia entre estas dos fórmulas. En la primera, el fidei-

comiso es algo aleatorio o excepcional; el fiduciario es poco menos que un heredero libre. Se le instituye sin limitar el ejercicio de sus actos dispositivos, siempre que éstos se realicen con buena fe, sin ánimo de defraudar al fideicomisario y observando las especiales limitaciones, términos, condiciones y otras prevenciones lícitas que el testador impusiere (art. 410 y apart. 1.º y 4.º del 408), y únicamente para el caso de que el heredero no haya dispuesto de todos los bienes, *quod ex hereditate superfuisset*—lo que hubiere sobrado de la herencia, según trad. de García del Corral—(D. XXXVI, I, 54), pasará al fideicomisario designado. El concepto de este fideicomiso de residuo resulta del párrafo 2.º del artículo 406 del proyecto que dice: «También hay fideicomiso de residuo cuando el testador circunscribe expresamente la sustitución fideicomisaria al resto de los bienes mismos por él relictos, que el heredero o legatario conserven al deferirse el fideicomiso, por no haber dispuesto de ellos.» Y siendo tan amplias las facultades del fiduciario en esta clase de fideicomiso de residuo sobre el cual el proyecto no contiene más limitaciones que las de los apartados 1.º y 4.º del artículo 408, ya citadas, para mejor fijar su concepto y en evitación de posibles dudas o arbitrarias interpretaciones, el artículo 410, en su segundo párrafo, precisa y aclara que «para que se entienda que un fideicomiso de residuo es de esta clase, se requerirá que no ofrezca dudas la voluntad del testador en ordenarlo, sin que sea suficiente que exprese, sin mayor precisión, que sujeta a fideicomiso lo que de la herencia o legado reste sin disponer al morir el fiduciario, o que autoriza a éste para disponer libremente de los bienes fideicomitidos. No obstante, se entenderá ordenado un fideicomiso de residuo de esta clase, cuando el testador haga depender la sustitución fideicomisaria del hecho de que al fallecer el fiduciario queden de la herencia o legado bienes de los que éste no hubiere dispuesto».

En cambio, en la otra fórmula, el fideicomiso es lo normalmente previsto, y lo excepcional, el ejercicio de las facultades dispositivas autorizadas al heredero fiduciario. El párrafo 1.º del artículo 406 explica así esta clase de fideicomiso de residuo: «Hay fideicomiso de residuo cuando en una sustitución fideicomisaria, a término o condicional, el fiduciario resulte autorizado por el testador para disponer de la generalidad de los bienes de la herencia o le-

gado fideicomitidos, por autorizarlo expresamente, aunque excluya parte del fideicomiso o bienes determinados, o por establecer que aquellos bienes de que no hubiere dispuesto el fiduciario hagan tránsito al fideicomisario.»

Esta es la clase de fideicomiso de residuo que podemos considerar como la normal y corriente y a esta variedad se dedican en su casi totalidad las reglas contenidas en el proyecto.

La facultad dispositiva que el testador concede al fiduciario en este fideicomiso tiene una doble finalidad: proveer a las necesidades del fiduciario y de su familia y mirar por la conservación y mejora del patrimonio fideicomitado. En cuanto el fiduciario tenga necesidad de disponer del patrimonio para subvenir a su subsistencia y la de sus familiares, puede no solamente vender, permutar, y de cualquier modo enajenar o gravar bienes de la herencia entre vivos a título oneroso en concepto de libres, sino también transformarlos, consumirlos o de cualquier modo emplearlos en la satisfacción de sus necesidades personales o familiares, sin tener que proceder a su reposición, aunque el testador sólo haya autorizado la venta (art. 407). Igualmente, según el artículo 409, «siempre que el fideicomitente lo autorizare expresamente, el fiduciario podrá disponer por actos entre vivos a título gratuito de los bienes fideicomitidos en concepto de libres del fideicomiso. No se considerará concedida dicha autorización, aunque el fideicomitente empleare los conceptos «disponer» o «enajenar», «disponer» o «enajenar por actos entre vivos», «disponer» o «enajenar por cualquier título» u otros términos de análoga amplitud. De existir la expresada autorización, el fiduciario, además de los actos expresados en el artículo 407, podrá otorgar donaciones o actos de liberalidad que no sean por causa de muerte, ni contengan reserva de poder revocarlas a voluntad, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 408. Salvo que disponga otra cosa el fideicomitente, quedarán libres del fideicomiso los bienes fideicomitidos, o los muebles subrogados, que al tiempo de deferirse el fideicomiso estén incorporados o destinados materialmente por voluntad del fiduciario a su propio patrimonio o bienes privativos, o los posean pública, pacíficamente y como suyos otras personas».

El artículo 408 señala las reglas a que ha de sujetarse la enajenación o gravamen de bienes del fideicomiso de residuo de la clase

a que nos venimos refiriendo, o sea la del párrafo 1.º del artículo 406. Son las siguientes:

«1.ª Actuarán las especiales limitaciones, términos, condiciones y otras prevenciones lícitas que el testador impusiere. A menos de resultar ser otra la voluntad del testador, si éste autorizase al fiduciario para disponer sólo si obtuviere permiso de la persona o personas designadas al efecto, quedará libre de esta limitación si dichas personas hubieran fallecido, renunciado o quedado incapacitadas. A estas personas les serán aplicables los preceptos relativos a los albaceas particulares, en cuanto lo permita la naturaleza y duración indefinida de la misión a ellas encomendada.

2.ª El gravamen fideicomisario subsistirá no solamente sobre los mismos bienes relictos por el testador que el fiduciario conservar al deferirse el fideicomiso, sino también sobre el dinero o bienes que por subrogación real hayan remplazado a los demás bienes fideicomitidos, sea o no por efecto de dicha facultad dispositiva del fiduciario, extensiva también a los bienes subrogados. La pesquisa de subrogados únicamente procederá después de deferido el fideicomiso al fideicomisario, a menos que el testador estableciere otra cosa.

3.ª Si el fideicomiso de residuo fuere de herencia, no podrá el fiduciario enajenar o gravar la cuarta parte de los bienes de ella. El fideicomitente podrá eliminar esta limitación. Se entenderá eliminada si expresamente ha autorizado al fiduciario para disponer de la totalidad o libremente de los bienes fideicomitidos.

4.ª En el uso de su poder dispositivo el fiduciario deberá proceder con buena fe, sin ánimo de defraudar al fideicomisario. El fideicomisario, sin perjuicio de las acciones de simulación que procedan, podrá impugnar seguidamente los actos dispositivos fraudulentos del fiduciario, sin que ello pueda afectar a los adquirentes a título oneroso ajenos al fraude. El testador no podrá excluir esta regla, pero sí prohibir la impugnación en tanto no se difiera el fideicomiso, siempre que el fiduciario fuere su cónyuge o ascendiente. De no permitirlo expresamente el fideicomitente, el fiduciario no podrá disponer de bienes fideicomitidos a cambio de una renta, pensión o canon vitalicio o temporal, ni tampoco reservándose el usufructo.»

Observamos en la tercera de las reglas transcritas un *lapsus* o

error de expresión. Lo que debe querer decir dicha regla es que el fiduciario tendrá que respetar o reservar una cuarta parte de la herencia para el fideicomisario. «A veces ha dado lugar a dudas, dice Durán y Bas (ob. cit., pág. 263), la extensión del derecho del heredero fiduciario cuando la restitución está limitada a lo que quede de la herencia al tiempo de su muerte. La opinión más común entre los intérpretes es que el fiduciario puede disponer por acto entre vivos de las tres cuartas partes de la herencia, y que únicamente puede hacerlo de la cuarta parte restante en caso de necesidad, sobre todo si es para atender a la subsistencia o al pago de dotes, redención de cautivos y otros análogos; y esta opinión, que es la más universalmente seguida, tiene su apoyo en la Nov. 108, capítulos 1.º y 2.º de las de Justiniano, y en la Auténtica *Contra cum*, ley 6.ª, Cód. *Ad Senat. Con. Trebell.*, por lo que debe ser elevada a ley para evitar que esas dudas se reproduzcan».

Finalmente, la facultad dispositiva se entiende concedida, salvo que el testador disponga otra cosa, sólo al heredero o legatario llamados primeramente, así como a sus sustitutos por la vulgar expresa, quedando excluidos los llamados en segundo o ulterior lugar que lleguen a ser fiduciarios, así como los sustitutos del primero, por la vulgar tácita o por sustitución de otra indole, así como los coherederos o colegatarios que por derecho de acrecer hagan suya la cuota fideicomitida. Así lo determina el artículo 411 del proyecto.

VI

Extinción de los fideicomisos.

La prescripción extintiva de los bienes fideicomitidos implica la extinción del fideicomiso al faltar su elemento real. Declara el artículo 412 que «la usucapión iniciada sobre la herencia o legado fideicomitido o los bienes que comprendan, no correrá en perjuicio de los fideicomisarios, sino a contar de la delación del fideicomiso a su favor. Tampoco antes de esta delación correrá la prescripción de las acciones que el fiduciario ostente contra el fideicomiso, o el fideicomisario contra aquél».

Aparte esta causa de extinción, el artículo 413 del proyecto, dice:

«El fideicomiso se extinguirá:

1.º Por no quedar ningún fideicomisario con derecho al mismo, ni por vía de sustitución vulgar.

2.º Por incumplimiento de la condición en la sustitución fideicomisaria condicional.

3.º Por llegarse a llamamientos fideicomisarios que sobrepasen los límites legales permitidos.

4.º Por causas derivadas de preceptos de esta Compilación.»

Entre las varias causas de extinción del fideicomiso, derivadas implícita o explícitamente de preceptos de la Compilación, podríamos citar las siguientes: a) Cuando habiéndose aceptado la herencia a beneficio de inventario, no quede activo hereditario, teniendo que aplicarse todo él a enjugar el pasivo de la herencia. b) Por la misma razón de faltar el elemento material se extinguirá el fideicomiso por destrucción o pérdida de los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de las acciones del fideicomisario contra el fiduciario y del derecho de resarcirse sobre los bienes de la fianza. c) Por igual causa cuando en el fideicomiso de residuo que no sea de herencia, el legatario hubiese consumido los bienes legados. En el fideicomiso de residuo de herencia ya sabemos que el fiduciario ha de reservar para el fideicomisario por lo menos una cuarta parte de los bienes de ella, salvo que el fideicomitente eliminara esta limitación. d) Por renuncia de todos los fideicomisarios. e) Por incapacidad de los fideicomisarios sobrevenida antes de adquirir éstos la herencia y después de la delación al fiduciario. f) Cuando el fiduciario llamado no llegue a ser heredero o legatario por cualquier causa, sin existir sustituto vulgar expreso y habiendo designado el testador un solo sustituto fideicomisario, porque en tal caso, hallándose la sustitución vulgar implícita en la fideicomisaria, el fideicomisario pasa a ser heredero o legatario libre, y sucediendo directamente éste al testador, que es el caso de la sustitución vulgar, el fideicomiso queda extinguido. g) En la sustitución fideicomisaria a término, por fallecimiento del fideicomisario antes del *dies venit*, cuando el testador (pár. 2.º del art. 343) haya excluido la transmisibilidad del fideicomiso a los herederos del fideicomisario, y h) En aplicación de la ley *cum avus*, cuando el heredero descendiente del testador gravado de restitución a otro des-

cendiente o a un extraño, deje hijos u otros descendientes, en cuyo caso, por motivos de piedad, se presume *juris tantum*, revocada la obligación de restituir.

Tratándose de bienes inmuebles, a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 414, la extinción de los fideicomisos se hará constar en el Registro por cancelación practicada en virtud de los documentos que acrediten dicha extinción.

VII

De la sustitución preventiva de residuo.

El proyecto ha configurado bajo esta denominación ciertas expresiones defectuosas o incorrectas, pero que son manifestaciones de voluntad a las que el legislador debe dar oportuno cauce legal. Se trata de estas cláusulas que a menudo se leen en los testamentos concebidas en éstos o parecidos términos: «Instituyo heredero a A, quien podrá disponer de los bienes de mi herencia por actos *intervivos* y *mortis causa*, sustituyéndole por B en aquellos bienes de que acaso no haya dispuesto», o bien «Instituyo heredero a A, y para el caso de que éste falleciera intestado le sustituyo por B en aquellos bienes de mi herencia de que mi dicho heredero no haya dispuesto por actos entre vivos o por causa de muerte». En estas dos fórmulas, casos previstos en el proyecto, artículos 406, párrafo último y 415, párrafo 1.º, no hay fideicomiso de residuo, aunque el testador empleare esta denominación, porque las ilimitadas facultades dispositivas del heredero o legatario hacen que éstos ostenten la cualidad de heredero o legatario libres. Y esta cualidad es incompatible con la de fiduciario o gravado de restitución, condición ésta esencial en el fideicomiso. En el fideicomiso de residuo, los bienes no pueden enajenarse libremente, en el sentido de acto libre, ni aún por el fiduciario del párrafo 2.º del artículo 406, tan privilegiado, el cual, aparte las limitaciones, términos, condiciones y otras prevenciones lícitas que el testador impusiere, en el uso de su poder dispositivo deberá proceder con buena fe, sin ánimo de defraudar al fideicomisario (pár. 1.º del art. 410).

Por ser distinta la naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo, el proyecto se ocupa de ésta en dos artículos que forman capítulo aparte del dedicado a los fideicomisos. Por lo demás, prácticamente ambas instituciones persiguen el mismo objetivo, atribuir a una persona designada por el testador la propiedad de los bienes que resten al fallecimiento del heredero, por no haber éste dispuesto de los mismos. Y esta atribución tiene en las dos el mismo carácter: por no formar tales bienes parte de la herencia relicta por el heredero o legatario, se entiende que los adquiere como sucesores del testador.

La delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo requiere, como ya resulta de lo dicho, que el heredero o legatario fallezcan intestados, y, por tanto, de no resultar ser otra la voluntad del testador, aunque hubieren otorgado testamento que sea nulo, revocado o ineficaz por otra causa, o que el heredero por ellos instituido no llegue a sucederles. Sin embargo, de ser el heredero o legatario cónyuge del testador, que junto con éste hubiesen otorgado heredamiento preventivo, prevalecerá sobre éste la sustitución preventiva de residuo.

Creemos que esta preferencia se dará pocas veces, porque recayendo generalmente el heredamiento preventivo en un hijo de los consortes heredantes, por lo común el que sea su primogénito, si el sustituto preventivo designado no es otro hijo del cónyuge heredero, o acaso un hijo del cónyuge testador habido de otro matrimonio, la ley *cum avus* impedirá que prevalezca el sustituto preventivo sobre el heredero instituido en el heredamiento preventivo.

JOSÉ SERVAT,

(Registrador de la Propiedad jubilado.)