

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXII

Mayo - Junio 1956

Núms. 336-337

El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código civil ()*

INTRODUCCIÓN

Los fideicomisos constituyen una institución jurídica bastante abandonada por los juristas modernos, lo cual guarda pleno contraste con la abundante literatura que produjeron en el Derecho intermedio.

Nuestros autores de tratados de Derecho civil han tenido que ocuparse de las sustituciones fideicomisarias, forzados por la necesidad de estudiar con mayor o menor extensión todas las instituciones jurídicas civiles; pero sobre fideicomisos no conocemos otra monografía que el libro *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, del Notario señor SAGUER Y OLIVET, aparecido en 1918, aparte del magnífico discurso sobre la *Naturaleza jurídica de*

(*) Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre, el 30 de abril de 1956, en el acto de su recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que publicamos con autorización, que muy sinceramente agradecemos, de dicha Academia y del autor del trabajo.

las disposiciones y cláusulas testamentarias del residuo, del que fué eximio Catedrático de Derecho civil de la Universidad Central y Presidente de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, pronunciado en esta Real Corporación, en la sesión inaugural de curso 1926-27, que tuvo lugar el 30 de noviembre de 1926.

Pero dicho libro de SAGUER Y OLIVET no era muy ambicioso en su contenido, ni el citado discurso de CLEMENTE DE DIEGO podía sobrepasar los límites de un discurso, dentro de su profundidad, aparte de que se orientaba primordialmente al estudio de los fideicomisos o cláusulas de residuo.

La ausencia de grandes tratados modernos sobre fideicomisos es seguramente la causa principal de que constituyan una de las materias más deficientemente elaboradas.

No es que yo pretenda ahora hacer un extenso estudio de los fideicomisos, pues es materia que exigiría muchas, muchísimas conferencias, ya que, sin duda, esta institución ultramilenaria del fideicomiso es la de mayor amplitud de todas las que integran el Derecho de sucesiones. Además, los límites naturales de todo discurso o disertación de la índole de la presente, obligan a no sobrepasarlos.

Son varias las razones por las cuales he preferido tratar en este acto solemne del tema de los fideicomisos. Entre ellas, las principales son: el tratarse, como queda dicho, de una institución modernamente poco estudiada; el ser materia difícil; el proceder, como procedo, de un territorio donde abundan los fideicomisos, y sobre todo los del tipo *si sine liberis decesserit*, lo que me ha hecho estudiar y dictaminar sobre los mismos con frecuencia en mis actividades profesionales, y, finalmente, el haber tenido que ocuparme recientemente de ellos por haber sido ponente de la parte sucesoria del anteproyecto de Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, actualmente en examen en la Comisión de Códigos.

Acabamos de afirmar que la materia de fideicomisos es difícil y compleja, y ello es generalmente reconocido. Ya BARTOLO, en 1590, nos decía en su glosa que era materia *valde oscura et difficilis*, y para mejor orientación en ella recurrió al trazado de un gráfico, que denominó *arborum substitutionum*, formado por innúmeras ramas y derivaciones. El Cardenal DE LUCA calificaba a los fideicomisos de «metafísica del jurista». Y, en general, los tratadistas del

Derecho civil coinciden en estimar las sustituciones fideicomisarias como materia abstrusa, complicada, embrollada, enrevesada e intrincada.

AVERSIÓN GENERAL CONTRA LOS FIDEICOMISOS Y POSTERIOR REACCIÓN A SU FAVOR

La sustitución fideicomisaria ha sido una institución jurídica vejada, vilipendiada y maltratada desde mucho tiempo antes de la Revolución francesa.

Contra los fideicomisos se han dicho muchas cosas. Se arremetió contra ellos porque eran la base sobre la que sostenían las clases nobiliarias su poderío económico, así como su potencia social y política; porque inmovilizaban la riqueza del país al impedir la libre circulación de los bienes; porque eran fuente de desigualdades entre los miembros de una misma familia al quedar para uno solo de ellos todo el patrimonio señorial; porque restringían la libertad de testar, y porque, por su complejidad, eran fuente de litigios.

Nosotros no venimos esta tarde a hacer una defensa de las sustituciones fideicomisarias, sencillamente porque no las necesitan. Intentamos solamente, en esta especie de parte general del presente discurso, situar las cosas en su debido sitio.

La sustitución fideicomisaria es una fórmula jurídica de repercusiones tan intensas, que de ella debe hacerse un uso racional. Es como una droga que en varias situaciones proporciona ventajas, pero de la que no puede abusarse. Lo que ocurrió con anterioridad al siglo XIX fué, simplemente, que se abusó tanto de los fideicomisos, que éstos se trocaron en nocivos.

Como afirma TRIA (1), el fideicomiso se difundió de tal manera, que esta misma difusión aumentó los inconvenientes de esta institución jurídica. BÉSTA (2) dice que el fideicomiso se hizo socialmente más peligroso cuanto más en la práctica estaba difundido. Por ello, en el afán de encontrar argumentos contrarios a los fideicomisos, llegóse a decir que eran excesivamente utilizados.

(1) *Il fedecomesso nella legislazione e nella dottrina dal secolo XVI al nostri giorni*, 1945, pág. 64.

(2) *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, 1935; pág. 162.

Pero, señores, no sólo el abuso de los fideicomisos, sino el de otras figuras jurídicas puede ser origen de grandes males. La hipoteca misma es un valioso instrumento para el crédito territorial, pero si en un país se llega a abusar tanto de ella que se llegue a la saturación, la hipoteca también ocasionará graves inconvenientes (3).

No existe fórmula jurídica alguna sustancialmente mala. Lo importante es utilizarla en los casos y en la medida exigida para la satisfacción de un interés lícito. La donación es una institución jurídica admirable, por ser expresión del ánimo de liberalidad; pero cuando, dos siglos antes de Jesucristo, llegó a abusarse de ella en Roma, la ley tuvo que someterla al control judicial.

Del abuso que, principalmente en los siglos XVI al XVIII, se hizo de las sustituciones fideicomisarias arrancaron en su mayor parte los daños que a las mismas se atribuyeron. Pero este abuso perjudicial provino más bien de las sustituciones fideicomisarias *cum liberis*, en el sentido gradual de generación en generación; o sea, las de tipo vertical o en línea recta descendente, las cuales sirvieron de base a los mayorazgos y vinculaciones, con su carácter eminentemente nobiliario, y que implicaban absoluta indisponibilidad de los bienes sujetos a los mismos. En cambio, las sustituciones *si sine liberis decesserit*, que eran de carácter horizontal ó en línea transversal, y que fueron muy practicadas en dichos siglos, nunca dieron lugar a las severas críticas de aquéllas. Y se comprende que fuera así. Los fideicomisos *cum liberis* o verticales, sobre todo los perpetuos o de tipo de mayorazgo, comprometían fuertemente el porvenir. Incluso los fideicomisos temporales, inspirados en los principios del *fideicomissum familiae relictum*, limitados por la Nueva 159 de Justiniano a cuatro generaciones, ofrecían por esta razón mayor peligro, pues al gravar el causante a su hijo con fideicomiso a favor de sus hijos, y a éstos, a su vez, de los suyos, y así sucesivamente, de generación en generación hasta el cuarto grado, acaparaban gran cantidad de tiempo, pues las cuatro generaciones entrañaban una vinculación de duración prolongada en la que eran llamadas personas que habrían de nacer, o sea *nascituri*, muchos de ellos muy remotos. Por el contrario, en los fideicomisos *si sine liberis decesserit*, la duración del gravamen era

(3) Ver NUSSBAUM, Tratado de Derecho hipotecario alemán, 1929, pág. 225

bastante reducida, ya que, especialmente en su forma simple, solamente son llamados al fideicomiso hijos del causante, o sea personas ya existentes al fallecer éste, de suerte que su duración máxima era la de una sola generación. Asimismo, en esta clase de fideicomisos, bastaba que el fiduciario—o cualquier fideicomisario que entrase en la herencia—falleciese dejando hijos, para que el fideicomiso desapareciera, y además, por su carácter condicional, sus bienes eran susceptibles de actos de enajenación o gravamen, los cuales, si bien tenían lugar con subsistencia de la carga del fideicomiso, en los casos en que el fiduciario tuviera hijos, prácticamente o de hecho se producía como si el fideicomiso no existiera.

Fueron, por tanto, aquellos fideicomisos *cum liberis* o de sentido vertical, tanto si abarcaban varias generaciones, como si por ser perpetuos abarcaban todas las posibles, los que originaron aquellos clamores contra las sustituciones fideicomisarias, que culminaron con la absoluta abolición de toda clase de fideicomisos, proclamada por la Revolución francesa.

La corriente abolitiva de los fideicomisos arrastró a muchas naciones. Pero, en general, esta medida tuvo corta duración, ya que al cabo de pocos años se produjo un movimiento rehabilitador de la institución. En la misma Francia, pronto se reaccionó contra aquella medida prohibitiva. El Código Napoleón, en su artículo 896, proclamó que las sustituciones fideicomisarias estaban prohibidas, pero poco después en los artículos 1.048 y siguientes, de una manera disimulada y sin emplear las palabras «fideicomiso» ni «sustitución», fueron claramente admitidos, aunque dentro de ciertos límites.

Más pronto o más tarde, las legislaciones que adoptaron el criterio abolitivo de los fideicomisos rectificaron tan radical medida; reinstaurando, dentro de más o menos estrechos límites, las sustituciones fideicomisarias. La legislación más reacia a la admisión de éstas ha sido la italiana, ya que hasta el vigente Código civil de 1942, privó en ella la norma prohibitiva de las sustituciones fideicomisarias, que había recogido el Código civil anterior.

Corregidos los fideicomisos en forma que no pudieran servir de base para conservar indefinidamente los patrimonios nobiliarios —que era el argumento fundamental de índole política del que se valían los que propugnaban por la supresión de los fideicomisos—

se vió que éstos eran aptos para satisfacer en ciertos casos los intereses de las clases burguesas; así como de las familias agrarias. Entonces estuvo en boga una especie de concepción democratizadora de los fideicomisos. Claro, que su admisión ofrecía la desventaja de tipo económico de constituir una restricción en la libre circulación de los bienes; pero habían ya surgido tantas restricciones a la propiedad que una más no importaba.

Asimismo, en el orden estrictamente jurídico, se comprobó que el fideicomiso, limitado a uno o dos grados, no tenía que repugnar en aquellas legislaciones en que era permitido que un testador instituyera herederos a los hijos de una persona determinada, aunque estuvieran por nacer. Y esto, con ventaja a favor del fideicomiso, pues en éste había, por lo menos de momento, un propietario conocido actual, que era el fiduciario, cosa que no ocurría en aquel otro caso.

En la corriente restauradora de los fideicomisos se ha llegado a hablar, incluso en textos de literatura oficial italiana, de que la sustitución fideicomisaria favorecía la política demográfica del país, ya que reforzaba económicamente el núcleo familiar, proporcionándole nueva forma de expansión.

Lo cierto es que si algunas legislaciones no rechazaron nunca en absoluto los fideicomisos y las que los habían proscrito han vuelto a admitirlos, ello constituye la más palpable demostración de que el fideicomiso es una fórmula jurídica útil. En estas naciones de tipo abolitivo de los fideicomisos, la experiencia ha demostrado una vez más que toda reacción violenta es excesiva, y que, más o menos tarde, se hace indispensable su rectificación. Como dice GANGI (4), el hecho de que con o sin limitaciones hayan sido admitidas las sustituciones fideicomisarias en varias legislaciones modernas es señal de qué sirven para satisfacer exigencias individuales y sociales merecedoras de tutela. D'AMELIO (5) afirma que la evolución del fideicomiso a través del tiempo y de los climas políticos, demuestra su sustancial vitalidad, pues responde a una innata e inevitable tendencia del ánimo humano, y todavía es suscén-

(4). *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, 1952, II, página 280.

(5). *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle donazioni*, 1941, pág. 601.

tible de útiles efectos. Antes del vigente Código civil italiano, GALLAGANO (6) expresa que la historia demuestra que también el fideicomiso ha rendido inolvidables servicios a la pública economía, y la experiencia de cerca de un siglo de régimen prohibicionista ha demostrado el daño por él producido.

En la Relación de la Comisión real sobre el proyecto de lo que más tarde llegó a ser el Código civil italiano vigente se dice, que contra la rigurosa prohibición de las sustituciones fideicomisarias sancionadas en el antiguo Código, la conciencia social había procurado reaccionar, como resultaba notorio de la propia jurisprudencia, la cual secundaba los esfuerzos de los testadores para encubrir, bajo la forma de disposiciones válidas, algunas sustituciones fideicomisarias, como, por ejemplo, mediante la cláusula *si sine liberis decesserit*, puesta como condición resolutoria de la disposición, y ello con el loable propósito de mantener a salvo la constitución económica del núcleo familiar.

El empleo de esta fórmula, así como de otras, para eludir la norma prohibitiva de los fideicomisos y para superar los límites impuestos a los mismos en países de sistema excesivamente limitativo, ha suscitado tal discusión entre los tratadistas de Italia y de Francia, y ha producido tal volumen de litigios, que ello constituye la demostración más evidente de dicha vitalidad de la sustitución fideicomisaria.

La existencia de estos litigios conduce a la siguiente y curiosa observación. Los detractores de los fideicomisos esgrimían, entre varios argumentos, el de que por su complejidad, eran origen de muchos pleitos, pero la prohibición de los fideicomisos, o su excesiva limitación, también han originado los suyos, todo lo cual viene a demostrar que las sustituciones fideicomisarias, incluso muertas oficialmente o aletargadas, constituyen una institución jurídica que en la realidad no quiere desaparecer.

Actualmente la sustitución fideicomisaria es admitida, con más o menos limitaciones, en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Suecia, Suiza, Portugal, así como en gran parte de los países hispanoamericanos, y en el Brasil, y en Ingla-

(6) *Le sostituzioni subordinata alla clausola «si heres sine liberis decesserit» e il fedecomesso condizionale* (separata de *Il Foro Italiano*), 1928, página 71.

terra, Canadá, y otros países de régimen jurídico inglés, y en algunos de los Estados Unidos de América.

Es de observar que en Alemania, una ley de 6 de julio de 1938 suprimió todos los fideicomisos, pero esta abolición no subsiste, al menos en Alemania occidental. Respecto de Portugal, su Código civil de 1867 reproducía el sistema del Código civil francés, pero el Decreto de 16 de diciembre de 1930, de revisión del Código civil, en su Exposición de Motivos, dice que la tradición francesa en esta materia no respondía ya a las condiciones de la vida moderna; que las sustituciones fideicomisarias podían ser objeto de un desenvolvimiento más útil, y que su prohibición tiene numerosos y serios inconvenientes para la familia y para la Sociedad. Méjico prohíbe de una manera absoluta los fideicomisos: Inglaterra conoce las sustituciones fideicomisarias familiares; en la figura jurídica de los *entailed interests or estates tail*.

Del conjunto de limitaciones establecidas por las legislaciones de estos países en relación a los fideicomisos, pueden formarse estos tipos distintos:

El sistema de tope máximo de grados o de llamamientos. Es el más antiguo. Establecido por Justiniano, fué implantado en Francia por la Ordenanza de Orleáns, del año 1560, que fijó el límite de dos grados, modificado hasta cuatro grados por la Ordenanza de Moulins de 1566, y vuelto al tope de los dos grados por la Ordenanza del Canciller de Aguesseau, del año 1747. Actualmente es el más seguido.

El sistema de exigir que sólo puedan ser fideicomisarios personas que vivan o estén concebidas al fallecer el causante. El Código civil de Venezuela sólo admite los fideicomisos dentro de este límite.

El sistema del plazo máximo de duración, a contar de la muerte del causante. Es el seguido por Alemania, con el plazo, en general, de los treinta años.

El sistema inglés de la convención, que consiste en que si el poseedor actual de los bienes se pone de acuerdo con el futuro sucesor en el fideicomiso, que sea mayor de edad, pueden dejar sin efecto la sustitución fideicomisaria, acto que se denomina *disentailment*.

Y áhora nos corresponde hablar de España.

España dió una nota de admirable serenidad frente al vendaval asolador de los fideicomisos que desencadenó la Revolución francesa. No es que aquí se hubiere dejado de abusar de las sustituciones fideicomisarias, sino todo lo contrario, pues abandonaron éstas, y muchas de ellas tomaron la forma más odiada de mayorazgos y vinculaciones.

Lo que hizo España fué simplemente no dejarse arrastrar por dicho huracán, absteniéndose de adoptar simplísticamente la radical medida de prohibir en absoluto las sustituciones fideicomisarias; y en lugar de proceder ciegamente, como otras naciones hicieron, el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos y concretarse a suprimir únicamente los de tipo de mayorazgo o vinculación perpetuas. En el uso de la sustitución fideicomisaria no vió nada execrable, sino en el abuso de ella, principalmente en la forma que, aprovechando la dosis de vinculación que el fideicomiso por sí contiene, lo transformaba en una vinculación de carácter perpetuo.

Detractores de los fideicomisos no faltaron en España, como en los otros países; pero la prohibición solamente se aplicó a los fideicomisos perpetuos. En cuanto a los fideicomisos temporales, se adoptó el sistema de permitirlos hasta el segundo grado, sin contar la persona del instituido.

La ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820, restablecida por Decreto del 31 de agosto de 1936, suprimió todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculación de bienes; pero siempre se estimó que se refería a los mayorazgos y vinculaciones perpetuas, quedando subsistentes los fideicomisos temporales. Así lo entendieron las leyes tributarias, la misma Ley Hipotecaria de 1869, el propio Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de abril de 1866 y 21 de diciembre de 1867 y otras más, y la doctrina. Quizá influyó la idea de que los mayorazgos y vinculaciones eran una figura distinta de los fideicomisos. Pero esto era una idea errónea. MOLINA mismo (7), que se esfuerza en señalar diferencias entre mayorazgos y fideicomisos, no deja de reconocer el fondo fideicomisario que late en ellos.

Hasta que entró en vigor el Código civil quedaron en nebulosa-

(7) *De primogenitorum Hispanorum*, 1749, lib. I, cap. 1.^o, núm. 7.^o v siglo.

los límites legales a los que en su duración estaban sujetas las sus-
tituciones fideicomisarias temporales. Sin embargo, hay que con-
siderar cierto que el Rey Fernando VII, en el año 1818, es decir;
antes de la ley desvinculadora de 1820, firmó una Real cédula en la
que establecía el límite de la segunda generación para los fideico-
mismos temporales. ESCRICHÉ (8) explica muchos pormenores sobre
esta Real cédula, de la que dice se encontraba en el Ministerio de
Gracia y Justicia bajo el siguiente epígrafe: «Civil. Indiferente ge-
neral. 1818. Número 12. Archivo». Lo seguro es que, a pesar de
la mucha tramitación que tal Real cédula ocasionó, no se encuentra
publicada en colección alguna de Decretos, y que no llegó a publi-
carse en el periódico oficial. Varios autores la estimaron vigente,
y en las Sentencias de 13 de febrero de 1874 y de 6 de junio de 1905
se alude a ella, pero no se le puede atribuir valor normativo.

Don FRANCISCO SILVELA, en su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del año 1887 (9), se ocupa de dicha Real cédula y explica que él quiso en una ocasión encon-
trar el original de la misma en el legajo correspondiente del Minis-
terio de Gracia y Justicia, según indicaba ESCRICHÉ; pero que des-
pués de abrir con curiosidad y respeto a la vetustez de la carpeta
bajo la que debía reposar desde los tiempos de Fernando VII, no
halló sino un sencillo volante, en el cual se indicaba que un distin-
guido jurisconsulto se la había llevado y que debía de tenerla en
su casa.

El principio prohibitivo de fideicomisos perpetuos de la ley des-
vinculadora de 1820, así como la limitación al segundo grado de los
fideicomisos temporales de dicha Real cédula de 1818, han pasado
a los artículos 781 y 785 del Código civil, si bien a esta limitación
del segundo grado se le ha añadido, en forma alternativa, la limi-
tación de que los fideicomisarios sean personas que vivan al tiempo
de fallecer el fideicomitente.

En la actualidad hay que citar a los patrimonios familiares, re-
gulados por la ley de 15 de julio de 1952, desenvuelta por las Or-
denes de 27 de mayo y 27 de julio de 1952, como una especie de

(8) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, IV, pág. 76.

(9) Verlo en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, volumen
71, página 335.

vinculaciones por imposición legal, que asimismo existen en muchas naciones extranjeras.

POSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL ANTE EL FIDEICOMISO
«SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

El concepto de fideicomiso *si sine liberis decesserit* es conocido. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 31 de marzo de 1950, da una noción general aceptable de este tipo de fideicomiso, si bien referido a un caso de Cataluña, donde es bastante frecuente. Dice que por él, «el testador instituye heredero al hijo primogénito, y para el caso de que éste fallezca sin hijos o que éstos no alcancen la edad de testar, llama a otro hijo, y así sucesivamente a los demás hermanos, imponiéndoles el mismo gravamen restitutorio, hasta que se purifique la sustitución en favor de alguno o, en su defecto, llegue a corresponder la herencia al último hijo, el cual será heredero libre»; con lo que se establece una serie encadenada de instituciones cuyo orden prefija el testador dentro de las normas legales».

Esta es la modalidad escalonada a base de heredero único sucesivo, del fideicomiso *si sine liberis decesserit*; pero cabe la de un solo llamamiento fideicomisario, y además existe otra modalidad, la recíproca, a base de varios herederos a la vez. En ésta, el testador instituye herederos a todos sus hijos, pero los grava recíprocamente de fideicomiso para el caso de fallecer cada uno sin dejar hijos.

Además, en ambas modalidades, cabe la variante de que el testador, en previsión de que al abrirse la sucesión fideicomisaria por fallecer sin dejar hijos el fiduciario u otro de los instituidos que entraren en la herencia, hubiere premuerto alguno de los fideicomisarios, dejando a su vez hijos, dispone que éstos ocupen en el fideicomiso el lugar que su padre hubiere ocupado de no haber premuerto. Es la llamada *sustitución vulgar en fideicomiso*, que algún Notario califica equivocadamente de *derecho de representación*.

Nuestro Código civil no contempla específicamente el fideicomiso *si sine liberis decesserit*. Si lo hace, en cambio, aunque inci-

déntalmente, el Apéndice aragónés (en su artículo 31, nº 4º). No obstante, lógicamente hay que estimar que lo admite, y así lo entiende la jurisprudencia.

El Código civil no contempla este tipo de fideicomiso, porque, sobre todo en derecho sucesorio, y en especial respecto de fideicomisos, adolece de cierta pobreza normativa, pues a esta institución tan compleja de los fideicomisos destina solamente siete exiguos artículos, que dejan sin regular la mayor parte de la materia. Con razón dice MARÍN LÍZARO (10), que salta a la vista la notoria desproporción que existe entre la importancia que los fideicomisos han tenido en la historia de las instituciones jurídicas españolas, y las pocas normas que constituyen el régimen para ellos establecido en el Código civil, la mayoría de las cuales obedecen a la preocupación del legislador de limitar el arbitrio de los testadores, a fin de reducir el alcance de la vinculación contenida en las sustituciones fideicomisarias:

En orden a los fideicomisos es donde el Código civil se resiente más de aquella moda que—quizá por ciega reacción a un antiguo exceso normativo—instauró el Código civil francés, cuya divisa fué «pocos artículos y breves», olvidando que el mejor método legislativo es que los Códigos dediquen a las instituciones que contengan ni demasiadas ni escasas normas, sino las necesarias que exija su discreta regulación. Del codificador francés ha dicho ROGUIN (11) que con su manía de textos lacónicos había conseguido el peor de los resultados: el de la incertidumbre, y, por consiguiente, la inseguridad jurídica. Nosotros añadimos que este laconismo en varias materias, como la de fideicomisos, más bien ha coadyuvado a ahondar la diferenciación existente entre nuestro Código civil y algunas de las legislaciones denominadas forales.

Ante esta deficiencia normativa del Código civil, que se traduce en el silencio de la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, la tarea de encuadrar y explicar este tipo de fideicomiso dentro del ámbito de dicho cuerpo legal ofrece serias dificultades, las cuales solamente pueden ser superadas mediante completar los preceptos aprovechables del mismo con las reglas institucionales de

(10) El segundo, grado en las sustituciones fideicomisarias, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. 169, pág. 10.
(11) Tratado de Díret civil comparé, 1912, IV, pág. 21.

esta figura fideicomisaria, positivadas en gran parte por el Derecho romano y recogidas por los autores de Derecho intermedio, prescindiendo de aquellas que sean de mero arbitrio legislativo o que respondan a una simple circunstancia histórica.

En el Código civil, el fideicomiso en general y, por tanto, el condicional *si sine liberis decesserit*, cabe en las instituciones hereditarias, así como también en los legados y en las donaciones, conforme resulta de los artículos 789 y 641. No obstante, para simplificar, nos referiremos generalmente sólo a los fideicomisos de herencia, y lo que se diga de ellos será de aplicación, en general, a los fideicomisos impuestos en legados y en donaciones. Asimismo, y por la misma razón, en lugar del concepto de fideicomiso *si sine liberis decesserit*, usaremos preferentemente el de fideicomiso *sine liberis*, y si bien el fideicomiso puede imponerse igualmente a herederos que no sean hijos del testador, sino otros parientes o personas extrañas a él, sin embargo, nos referiremos solamente al fideicomiso a favor de los hijos del fideicomitente.

También para simplificar y por ser el más típico, nos concretaremos preferentemente a la primera modalidad antes indicada de fideicomiso *sine liberis*, o sea el escalonado a base de institución de heredero único sucesivo, y carente de la referida sustitución vulgar en fideicomiso.

El sistema legitimario del Código civil no opone grandes dificultades para la posibilidad del fideicomiso *sine liberis* que hemos escogido como prototipo. El testador puede instituir a uno de sus hijos y acumularle el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y su cuota en el tercio de legítima y gravarle de fideicomiso *sine liberis* del expresado tipo escalonado a favor de sus demás hijos sucesivamente. Esto sobre todo si el testador fallece en estado de viudez y carece de hijos naturales. El tercio de mejora admite tal gravamen fideicomisario según el artículo 782 del Código civil, y en cuanto a la porción legitimaria del fiduciario, el testador puede obviar el obstáculo del principio de intangibilidad legitimaria por medio de la denominada *cautela o cláusula Socini*.

EL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS· DECESSERIT» COMO FIDEICOMISO DE SUSTITUCIÓN

El fideicomiso *sine liberis* es por su propia esencia un fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria, debido a su carácter *post mortem*.

La noción general del fideicomiso es ser un llamamiento a la totalidad o a una cuota de herencia, legado o donación a favor de varias personas, pero no a todas juntas, *sino una después de otra*. Este entrar varias personas en una misma atribución, no a la vez o simultáneamente, sino *una después de otra*, o sea sucesivamente, puede tener dos directrices fundamentales distintas, que dan lugar a dos tipos diferentes de fideicomiso: el fideicomiso *puro* y el fideicomiso de *sustitución*, o sustitución fideicomisaria.

Con afirmar que el fideicomiso *sine liberis* es por su propia estructura una sustitución fideicomisaria y no un fideicomiso puro, sería suficiente, si no fuese que el artículo 781 del Código civil, al pretender dar un concepto de sustitución fideicomisaria, más bien se produce como si diese el concepto de fideicomiso puro, ya que expresa que en virtud de las sustituciones fideicomisarias *se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia*.

Este *encargo de transmitir* que dicho artículo 781 del Código destaca como nota característica de la sustitución fideicomisaria, constituye una expresión equivocada, porque el encargo de transmitir es nota típica del fideicomiso puro o disposición fiduciaria, mas no de la sustitución fideicomisaria, pues la nota típica de ésta es el *orden sucesivo* impuesto por el testador.

La existencia de esta característica diferencial entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria es fácil de comprobar, no sólo desde el punto de vista puramente institucional, sino en el orden histórico.

En el Derecho romano, el fideicomiso puro apareció como una manifestación de la figura general de la *fiducia aplicada* a las disposiciones testamentarias, que en sus diversas variedades fué brillantemente examinada por la Sentencia de 30 de octubre de 1944,

de la que fué ponente nuestro eximio maestro don JOSÉ CASTÁN. La *fiducia* tiene sustancia de encargo. El fideicomiso puro es una disposición fiduciaria en la que el *encargo de transmitir*, que es la nota esencial fiduciaria, aflora visiblemente en la disposición del testador, inversamente a lo que ocurre en el denominado fideicomiso secreto o confidencial. De estas dos clases de disposiciones fiduciarias surgió más tarde el tipo mixto de las designaciones testamentarias de heredero con el encargo de invertir los bienes con arreglo a las instrucciones reservadas dadas por el testador, cuya figura está proscrita por el número 4.^º del artículo 785 del Código civil, pero que en forma de herencias de confianza perdura en el régimen vigente en Cataluña.

El juego íntimo del fideicomiso puro, con fuertes contactos con el antiguo *Salmann* germánico y con el vetusto *trustee* inglés, dió origen a la sustitución fideicomisaria, a través de una interesante evolución iniciada por el Derecho romano, continuada por el Derecho intermedio o común y consumada definitivamente en los Códigos actuales de Alemania y provincia canadiense de Quebec.

En la mecánica del fideicomiso puro, el entrar *una persona después de otra* en una misma herencia, se verifica gracias a aquel *encargo de transmitir* impuesto por el testador al fiduciario en beneficio del fideicomisario, que es el propiamente favorecido. Pero una vez consumada la evolución de la sustitución fideicomisaria, el entrar *una persona después de otra*—que es de esencia en todo fideicomiso—sirvió para favorecer no sólo al fideicomisario, sino primeramente al fiduciario, y después al fideicomisario, y sucesivamente a los fideicomisarios posteriores, llamados, a base de adquirir, de un modo autónomo cada uno después del otro, la herencia, no en virtud de aquel *encargo de transmitir*, sino por efecto del *orden sucesivo* estatuido por el testador al objeto de que quedaran sucesivamente beneficiados con la misma herencia.

Esta distinta función del común dispositivo fideicomisario en estos dos grandes tipos de fideicomiso es fuente de múltiples diferencias entre ambos.

En el fideicomiso *puro*, el fiduciario es un simple *minister* o *encargado*, una mera persona interpuesta, de la que se vale el testador para que la herencia la adquiera en definitiva el fideicomisario, que es al que quiere favorecer. El testador podía evitar este ro-

deo y llamar *directamente* al fideicomisario a la herencia; pero por los motivos que fueren, prefirió verificarlo *indirectamente*, mediante instituir heredero al fiduciario con el encargo de transmitir la herencia al fideicomisario, bien desde luego, bien al producirse determinada circunstancia, como, por ejemplo, al llegar el fideicomisario a la mayoría de edad, permaneciendo entretanto la herencia bajo la custodia del fiduciario, investido transitoriamente de la cualidad de heredero.

En cambio, en la sustitución fideicomisaria, el fiduciario no desempeña papel alguno de intermediario o de encargado de conservar y transmitir la herencia al fideicomisario, sino que es un verdadero heredero que adquiere como propios los bienes hereditarios y que goza y disfruta de ellos como suyos.

Claro que el fiduciario, en él fideicomiso puro, es heredero, y adquiere, en consecuencia, la propiedad de los bienes de la herencia, pero los adquiere en función de su encargo de transmitirlos, esto es, como medio o instrumento al servicio del fideicomisario, sin que regularmente pueda hacer suyos los frutos. Por el contrario, el fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, no es un simple propietario medial, instrumental, circunstancial o *per accidens*, sino un propietario *per se*; o sea de verdad, sólo que gravado de temporalidad. Sería un propietario normal, como cualquier otro, pero sólo tiene una propiedad *ad tempus*, generalmente de por vida o vitalicia, debido a que por ser designio del testador favorecer con la misma herencia a una serie de personas, unas después de otras, es indispensable dejar libre en su día o caso la entrada en el fideicomiso al heredero que siga, conforme indique el *orden sucesivo*, que señala el curso o trayectoria de los bienes hereditarios impuesto por el testador y que pesa sobre ellos como *gravamen* de sucesividad, actuante al llegar el día o cumplirse la condición fijados por el testador.

En este segundo tipo de fideicomiso, la denominación no se aviene con su estructura, ya que, a diferencia del fideicomiso puro, no es exactamente un verdadero *fidei commissum*, pues no existe ningún encargo dejado a la fe o lealtad del fiduciario. Asimismo, la sustitución fideicomisaria no se desenvuelve sólo entre dos personas, el fiduciario y el fideicomisario, como en el fideicomiso puro, sino que cabe que a su vez el fideicomisario, para el caso de entrar en la

herencia, esté también gravado del mismo fideicomiso, y así sucesivamente hasta llegar al límite prescrito por la ley:

Estas y otras diferencias vienen a demostrar la existencia inconfundible de esas dos especies básicas de fidéicomisos. Pero esta distinción es desconocida o aparece desdibujada en muchas de las legislaciones, que, al regular las sustituciones fideicomisarias, enturbian su verdadera configuración mediante expresiones más bien tomadas de los fideicomisos puros. Sin embargo, debemos hacer observar que tal distinción no pasó inadvertida por nuestro Reglamento del Impuesto de Derechos reales vigente. En sus artículos 32 y 33 son tratados fiscalmente ambas clases de fideicomisos, de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica, y así como en el fideicomiso puro únicamente ve una sola adquisición normalmente tributable, que es la del fideicomisario, prescindiendo de la del fiduciario, en cambio, en la sustitución fideicomisaria considera tributables la adquisición del fiduciario, desde luego, y las de los fideicomisarios sucesivos, a medida que ellas se produzcan.

Es indudable que en la actualidad el fideicomiso puro no tiene la utilidad que prestaba en Roma, donde la resistencia al expediente representacional, juntamente con otras causas, obstaculizaba el albaceazgo, que tanto se difundió después. Pero como puede aún ser útil en algún caso, no debía haberlo abandonado los modernos Códigos, pues el legislador debe proporcionar a los ciudadanos el mayor número de fórmulas jurídicas lícitas, y de haberlo recogido, probablemente se habría evitado el confusionismo en que la mayoría de las legislaciones incurren al configurar las sustituciones fideicomisarias.

Con lo dicho no pretendemos afirmar que el legislador español ignorara la referida distinción fideicomisaria al confeccionar el Código civil. Con toda seguridad, lo que quiso, fué emplear en su artículo 781 las palabras *encargo de transmitir* como equivalentes a las de «obligación... de entregar», que usa en sus artículos 783 y 785, palabras, por cierto, estas últimas que más o menos utilizan la generalidad de los Códigos, incluso el moderno de Italia. Pero tampoco esta fórmula es adecuada, según vamos a ver.

Puede afirmarse que, a excepción de algún Código civil, como el alemán y el de la provincia canadiense de Quebec, los demás que, naturalmente, admiten las sustituciones fideicomisarias, centrán la

característica de las mismas en la *obligación de conservar y restituir* unos mismos bienes al fideicomisario, impuesta por el testador al fiduciario. El mismo criterio sigue en general la jurisprudencia y la doctrina de los respectivos países. Pero esta *obligación de restituir*—pues de la de conservar nos ocuparemos después—no puede ser tomada en sentido estricto, sino como expresión incongruente del fenómeno fideicomisario de sustitución o cambio de titularidad hereditaria, que viene perpetuándose por cómodo arrastre del fideicomiso puro romano.

Basta comprobar que el concepto «obligación» no se adopta en serio en esta fórmula, para llegar a la conclusión de la inexactitud rutinaria de la misma. Es indudable que no puede hablarse aquí de una obligación personal de entregar o restituir, porque si la posición del fideicomisario quedase reducida a la de un simple acreedor provisto de una pretensión para exigir su cumplimiento, sería muy fácil de eludir éste, dejando reducido su derecho a una acción de indemnización de daños y perjuicios. El concepto de obligación no puede estar empleado aquí en sentido técnico o propio, ni siquiera en el sentido de obligación *ob rem*, y, por consiguiente, no puede servir para tipificar las sustituciones fideicomisarias.

El concepto de «obligación de entregar o restituir» es un concepto superado en las sustituciones fideicomisarias, y su persistencia en la mayoría de los Códigos civiles se debe a pura rutina, sostenida por la comodidad que alimenta una deficiente nomenclatura arrancada del fideicomiso puro. Lo demuestra la evolución sufrida por la sustitución fideicomisaria desde que se desprendió de aquél. La explicación de esta evolución excedería de los límites de este discurso, y por ello sólo la indicaremos a grandes trazos.

Con referencia al Derecho romano, nos dice BIONDO BONDI (12) que la sustitución fideicomisaria presenta una evolución histórica y un régimen complicado, que es el resultado de un entrelazamiento de ordenamientos diversos y de la superposición de principios nuevos al viejo sistema, de suerte que su configuración dogmática, difícilmente puede encerrarse en una precisa formulación técnica.

Explica este autor (13) que antes del Senadoconsulto Pegasiano

(12) *Successione testamentaria. Donazioni*, en el *Trattato di Diritto romano*, dirigido por ALBERTARIO, 1943, X, pág. 479.

(13) Ob. cit., X, pág. 483 y sigs.

se sentía ya la necesidad de liberar la adquisición del fideicomisario de la voluntad del fiduciario, al objeto de volverla automática. Al principio, como en todo fideicomiso, el fideicomisario no adquiría más que un derecho contra el fiduciario para exigir la *restitutio hereditatis*; el fideicomisario solamente tenía una pretensión de carácter obligacional contra el fiduciario. Pero toda una evolución legislativa condujo a admitir efectos directos, independientes de acto alguno del fiduciario. En las Fuentes se habla siempre de *restituere* y de *restitutio hereditatis* como obligación del heredero; pero este acto adquiere un valor distinto, pues en los primeros tiempos implicaba el cumplimiento de un acto traslativo, pero más tarde la relación hereditaria pasó de derecho al fideicomisario, y la *restitutio* determinó el transferimiento, no de la relación hereditaria, pues ésta se transmitía por la ley, sino de la situación de hecho correspondiente a la situación jurídica; dicho acto se concretaba a ser una mera inmisión en la posesión de la herencia, que podía incluso cumplirse por medio de una simple declaración de voluntad hecha por carta o por nuncio.

Y agrega dicho insigne romanista: se ha dicho que el fideicomisario universal adquiría un derecho de crédito dirigido a la restitución de la herencia—y en este sentido cita a DERNBURG—, pero ello no es exacto, sino para la fase más antigua del fideicomiso, ya que posteriormente en lugar de aquel efecto obligatorio, implicaba efectos directos, consistentes en el tránsito de la relación jurídica hereditaria, independientemente de acto alguno traslativo.

En el Derecho justiniano se había sustancialmente debilitado el significado del trámite de la *restitutio hereditatis*. En los textos del *Corpus* relativos a sustituciones fideicomisarias, continuaba persiguiendo la idea de la *restitutio*, pero con un alcance muy diferente; en ellos no se emplea casi nunca el concepto de *substitutio*, pero POMPONIO, en sus comentarios a QUINTO MUCIO (Digesto, XXX-único, frag. 43, par. 2.º), sienta certeramente su característica básica. En el denominado fideicomiso de familia de la última época, la mayor relevancia del *ordo successivus*, fundamental en las sustituciones fideicomisarias, ayudó a oscurecer aún más la trascendencia que en el fideicomiso de sustitución romano desplegaba la *restitutio*.

En el Derecho intermedio, o Derecho común, al que cerró el período de codificación moderna, la idea de *obligación de restituir*

perduraba en el concepto de sustitución fideicomisaria, lo que ha hecho afirmar a BARASSI (14) que el fideicomisario no contaba sino con un derecho de crédito contra el fiduciario para la restitución de la herencia, quedando encomendada ésta a la lealtad de aquél. Pero esto no es exacto, pues más que como obligación se concibe como *gravamen restitutorio* y un examen a fondo de las obras de los grandes juristas clásicos sobre fideicomisos, como PEREGRINUS (15), FUSARIO (16), MOLINA (17) y BONFINO (18), aparte de los autores de tratados generales en los libros dedicados a fideicomisos, como el Cardenal DE LUCA (19), CHIFFLETIUS (20) y otros más, conducen a la conclusión de que es la idea del *orden sucesivo* la que en definitiva domina decisivamente en la estructuración de la sustitución fideicomisaria.

Esto hace que nuestro GREGORIO LÓPEZ en su glosa a *Las Partidas* (ley 14, título 5.º, libro VI) afirma que «así que cede el fideicomiso, pasa de derecho la herencia al sustituto fideicomisario, sin necesidad de restitución real ni verbal», si bien, empero, para que éste obtenga la posesión de los bienes es indispensable la restitución de la misma. También PEREGRINUS (21), fundado en la glosa de BARTOLO, y con referencia a la sustitución fideicomisaria condicional y por ende a la *sine liberis*, sostiene que al advenir la condición, *dominium rei in fideicommissarium transit*, sin requerirse ninguna restitución.

Conforme indica GANGI (22), en la Edad Media la sustitución fideicomisaria asumió carácter propio diverso del que tenía en el Derecho romano, a lo que añade NICCOLAI (23) que al concepto de que el fiduciario era *rogatus restituere*—lo que hacía considerar al fideicomisario como un cesionario—, varios estatutos sintieron la necesidad de declarar que la herencia pasaba *ipso iure* al sustituto

(14) *Le successioni per causa di morte*, 1944, pág. 469.

(15) *Tractatus frequentissimus de Fideicommissis*.

(16) *Tractatus de Substitutionibus*.

(17) *De Primogenitorum Hispanorum*.

(18) *Dc Iure Fideicommissorum*.

(19) *Theatrum veritatis et institiae*, libro X, e *Il dottor volgare*, libro X.

(20) *Thesaurus Juris Romani*, de Orto, 1634, vol. V.

(21) *Ob. cit.* art. 40, n.º 7.º

(22) *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, 1952, II, página 275.

(23) *La formazione del Diritto successorio negli Statuti comunali del territorio lombardo-tosco*, 1940, pág. 314.

por *fideicommissum*, sin precisar restitución por parte del fiduciario. BUSSI (24) pone de relieve que en el Derecho común más que a la obligación de *restituir*, se tenía en cuenta al *orden sucesivo*, quedando reducida aquella obligación para los Doctores clásicos, a la categoría de un elemento para decidir sobre la existencia de la sustitución fideicomisaria.

Todo esto representa en el Derecho común o intermedio un magnífico avance en el proceso evolutivo hacia la exacta concepción técnica en la sustitución fideicomisaria, que en su definitiva expresión legislativa han acogido los Códigos civiles de Alemania y de la provincia canadiense de Quebec.

El más expresivo es este último Código, el cual en su artículo 925 dispone que el efecto de la sustitución fideicomisaria tiene lugar en virtud de la ley y en el tiempo fijado por el testador, sin necesidad de tradición ni de ningún otro acto de parte del fiduciario. En el Código civil alemán, bajo el concepto de *heredero sucesivo* (*Nacherbe*)—tomada del Código austriaco—la sustitución fideicomisaria se hace efectiva de *derecho*, sin necesidad de entrega alguna, al llegar el día o cumplirse la condición prevista en el sentido de producirse la apertura de la sucesión fideicomisaria o sucesiva, de manera que, conforme al artículo 2.139 de dicho Código, llegado el caso de la sucesión sucesiva, cesa en la herencia el heredero fiduciario y se defiere la misma al heredero sucesivo o fideicomisario.

En estos Códigos, no se emplea para tipificar la sustitución fideicomisaria aquella obligación de *restituir*, sino el orden sucesivo impuesto por el testador, el cual, en su día o en su caso, opera automáticamente el tránsito de la herencia del fiduciario al fideicomisario, quedando reducida la obligación de restituir a la función puramente accesoria o secundaria de tener que verificar el fiduciario, o sus herederos, la entrega puramente posesoria de los bienes hereditarios al fideicomisario, al igual que ha de efectuarlo el usufructuario al extinguirse el usufructo, el poseedor, vencido en juicio reivindicatorio y el heredero instituido bajo condición resolutoria una vez ésta cumplida. Esta entrega de bienes no es, por tanto, fundamental, pues puede no existir si el fiduciario o sus he-

(24). *La formazioni dei dogmi di Diritto privato comune*, en, *Saggi di Diritto privato*, de ROTONDI, 1939, vol. XXVII bis, págs. 213.

rederos, los abandonan y a veces pueden estos resistirla, a título de derecho de retención que la ley concede para garantizar el abono de mejoras, anticipos y demás derechos o créditos que el fiduciario ostentare contra el fideicomiso, y cuyo derecho de retención posesoria fué regulado para Cataluña por una Real cédula del Rey Carlos III de fecha de 27 de febrero de 1742.

Causa ciertamente verdadera extrañeza que los demás Códigos continuaran centrando el concepto de sustitución fideicomisaria en la *obligación de restituir*, especialmente el Código civil vigente en Italia, que en su artículo 696 establece que «la herencia se transfiere al sustituto en el momento de la muerte del instituído». Es inexplicable que estos Códigos no configuraran la sustitución fideicomisaria a base de la evolución realizada en la misma, en el sentido de que el tránsito o desplazamiento de la herencia del poder del fiduciario al del fideicomisario tenía lugar, no por obra del acto de entrega o restitución de los bienes de la misma, sino por el mero hecho de llegar el día o cumplirse la condición que para la actuación del *orden sucesivo* había establecido el testador.

Es perfectamente explicable que en el Derecho romano la cesación del fiduciario en la titularidad de la herencia, y la entrada en ella del fideicomisario, necesitare el expediente de la *restitutio hereditatis*, no sólo por ser la sustitución fideicomisaria un derivado histórico del fideicomiso puro, sino principalmente por su resistencia a la concepción de una propiedad *pro tempore*, o sea, adquirida sólo por durante un tiempo más o, menos cierto y extingüible, *in rem*, para pasar después al fideicomisario, sin acto alguno de entrega o tradición.

Es sabido que en Derecho romano la propiedad o el dominio, por considerarlo de naturaleza perpetua, no admitía que pudiera adquirirse *ad tempus*, es decir, afectando temporal e intrínsecamente como gravamen al derecho de propiedad y quedando extinguido el dominio automáticamente al vencer un término o al cumplirse una condición. La actuación de este término o condición en una adquisición de propiedad sólo cabía por vía de pacto o negocio jurídico, del que nacía una *obligación* por parte del adquirente de cesar en ella y transmitirla o restituirla a otro al llegar el día o cumplirse la condición fijados. En una palabra, en cuanto a la propiedad adquirida, los efectos extintivos del término o condición es-

tablecidos, podían obrar *in personam*, o sea, con eficacia obligacional, pero no *in rem*, o sea con eficacia real. Este estado de cosas subsistía aún en tiempos del emperador Diocleciano, que proclamaba que *ad tempus proprietas transferri nequiverit*, porque, como decía MOLINA (25), *dominium namque non potest manere in pendi-
ti*, si bien la mayoría de los intérpretes llegaron a sostener que la propiedad resoluble ya era admitida en el Derecho nuevo, a pesar de que en un escolio de las *Basilicas*, continuaba afirmándose que *nam temporalis proprietas non datur*.

En Derecho intermedio fué francamente admitida la propiedad resoluble, o sea, la propiedad adquirida con la carga de un término o condición, que por actuar *in rem* daba lugar a la adquisición de un dominio *enfermo*. Y lo mismo ocurre en la mayoría de los Códigos civiles actuales, salvo aquellos que, como el alemán, siguen en este aspecto el criterio romano, por más que ello no ha sido obstáculo para la adopción de las sustituciones fideicomisarias, fundadas en el *orden sucesivo*.

Si en nuestro ordenamiento jurídico, como en otros análogos, es posible la existencia de la propiedad adquirida *ad tempus*, no se explica cómo los mismos todavía se empeñan en cimentar el concepto de sustitución fideicomisaria sobre aquella periclitada *obligación* de entregar o restituir. Pero la doctrina va poco a poco encaminándose hacia el verdadero concepto de la sustitución fideicomisaria, aunque no haya llegado todavía a su perfecta construcción, especialmente tratándose de fideicomisos condicionales, como los *si sine liberis decesserit*.

Así, en la misma Italia, un gran sector doctrinal, entre el que se encuentran GANGI (26), BARBERO (27), MESSINEO (28) y otros más, configuran la sustitución fideicomisaria como una combinación de dos adquisiciones de propiedad a término: una, a favor del fiduciario, que es una propiedad a término final, y la otra, a favor del fideicomisario, que es una propiedad a término inicial, ambas coincidentes en el momento de la apertura de la sustitución, calificando VENE-

(25) Ob. cit., lib. I, cap. 19, núm. 9.

(26) Ob. cit., II, pág. 318.

(27) *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1949, II, pág. 793.

(28) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1952, III, pág. 120.

ZIAN (29) y PIRAS (30) a la propiedad adquirida por el fiduciario de «proprietà interinale» o «titularità temporanea», debido a que a su favor se ha producido una «trasmissione dilazionata». Semejante postura adoptan varios tratadistas franceses, tales como POTIER (31), DEMOLOMBE (32) y muchos otros, al definir la propiedad del fiduciario como una propiedad «durável» hasta que llega la efectividad de la sustitución, por adquirirla solamente por un tiempo determinado, surgiendo, por ende, una propiedad a término o a condición, es decir, una propiedad *ad tempus*.

LA CONDICIÓN «SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

El fideicomiso *si sine liberis decesserit* es, sin género de duda, una sustitución fideicomisaria condicional, ya que el gravamen sustitutorio solamente llega a ser efectivo en el caso de que el fiduciario fallezca sin dejar hijos, o sea *si sine liberis decesserit*, o lo que es igual, *si absque liberis moreretur*.

Es una condición de signo negativo condicionante de la actuación del fideicomiso, ya que si el fiduciario o anterior llamado a la herencia fallece sin dejar hijos, queda cumplida la condición y opera la sustitución fideicomisaria, mientras que si fallece dejando hijos la condición queda incumplida y el gravamen fideicomisario se desvanece.

Esta es la forma corriente de formularse este fideicomiso, dado que es excepcional el supuesto que el Cardenal MANTICA (33) expone, que el hecho condicionante de no dejar hijos se refiera al tiempo de la muerte de una tercera persona.

Por Derecho romano, en virtud de la ley *Cum avus* (*Digesto*, xxxv-1, frag. 102, confirmada por el *Codex*, vi-25, ley 6, pár. 1.^o, y vi-42, ley 30)—que recoge el Código civil alemán, así como el austriaco—, se sobreentiende, por razones de humanidad o piedad, que

(29) *Opere giuridice*, 1925, pág. 89.

(30) *Sostituzione fedecommissaria nel Diritto civile italiano*, 1952, página 36 y sigs.

(31) *Traité des Substitutions*, VIII, *Oeuvres*, 1845-1848, núm. 191.

(32) *Traité des donations*, 1869, I, núms. 90 y 92.

(33) *Tractatus de conjecturis ultimorum voluntatum*, 1660, pág. 536.

la sustitución fideicomisaria a término impuesta por el testador a un descendiente suyo, a favor de otro pariente o de un extraño, es un fideicomiso *sine liberis*. Esta ley la ha aplicado el Tribunal Supremo en asuntos de Cataluña (Sentencias de 18 de junio de 1906 y 30 de junio de 1928). VOET (34) y otros autores clásicos, consideraban aplicable esta ley incluso si el fiduciario es hijo natural. No obstante, es opinión común entre los tratadistas antiguos, que esta especie de conversión legal de tipo de fideicomiso, no cabe conjeturarla cuando el fiduciario tenga hijos al disponer la sustitución fideicomisaria el testador, a menos que éste ignorase que existían.

Nuestro Código civil, al igual que la generalidad de los Códigos, guarda silencio acerca de esta ley romana, pero dado el alcance interpretativo de la misma, deberá ser considerada aplicable.

El fideicomiso *sine liberis* es una figura fideicomisaria tan humana, que no sólo se presume en el caso anterior de la ley *Cum avus*, sino en otros. Así, por ejemplo, en los fideicomisos con pluralidad de llamamientos de fideicomisarios sucesivamente escalonados, si el fideicomiso impuesto al fiduciario es del tipo *sine liberis*, se presume repetido o reproducido en todos los llamamientos fideicomisarios sucesivos. Así lo aplican las Sentencias de 22 de octubre de 1889 y 18 de junio de 1906.

Los tratadistas clásicos establecían una serie de presunciones sobre la prueba del hecho de haber fallecido el fiduciario sin dejar hijos. MANTICA (35) llega a distinguir cinco hipótesis de fuerte trascendencia procesal.

El hecho base de la condición *si sine liberis deceperit* es no dejar hijos al fallecer el fiduciario, o el fideicomisario o fideicomisarios llamados y gravados a su vez, que lleguen a entrar en la herencia. Pero las cláusulas fideicomisarias a veces son poco correctas en orden al vocablo «dejar» hijos, por confundir la palabra «dejar» con la de «tener», ya que si esta última es empleada en su sentido estricto o literal, cambia por completo el tipo fideicomisario, pasando a ser un fideicomiso *si liberos suscepserit*. Pero creemos que si no resulta ser otra la voluntad del testador, en la duda hay que tomar la palabra «tener» como si se hubiere querido decir «dejar»,

(34) *Commentarius ad Pandectas*, 1829, II, libro 36, núm. 17.

(35) Ob. cit., pág. 557.

por ser muchas veces ello producto de una irregularidad gramatical (36).

Otro problema interpretativo muy importante que el fideicomiso *sine liberis* plantea es el relativo al alcance que hay que atribuir a la palabra *hijos*, tanto más en la lengua española, en la que no existe el equivalente de la palabra *liberi*. Lo corriente en las cláusulas fideicomisarias es utilizar la palabra «hijos» sin expresar la calidad de los mismos. En la determinación de las clases de hijos que en ella se entienden comprendidos se extendían mucho los autores antiguos.

En lo que no se suscitaba discusión de clase alguna era en lo que decía SALA (37), esto es, que si el fiduciario fallece con «hijos legítimos y naturales» queda incumplida la condición y, en consecuencia, no puede el fideicomisario entrar en la herencia, por haberse extinguido el fideicomiso. Es de advertir que este autor habla de «hijos legítimos y naturales» en el sentido de que sean «hijos de legítimo matrimonio procreados», expresiones ambas con frecuencia utilizadas antiguamente. El concepto de hijo «natural» no es empleado en el significado canónico y, que posteriormente le ha dado el Código civil, sino en el de hijo carnal del fiduciario, o sea como hijo *verus* o *non factus*, con lo que se quiere excluir a los hijos adoptivos.

La exclusión, a estos efectos, de los *hijos adoptivos* es *receptissima sententia*, según FUSARIO (38), el cual trata extensamente esta materia. Y esto es lógico, por la sencilla razón de que, no debe poder depender de la simple voluntad del fiduciario el hecho de estar o no gravado por el fideicomiso.

La cuestión que ha dado lugar a diversos pareceres es la relativa a si hace incumplir la condición *si sine liberis deceaserit la existencia de hijos legitimados por subsiguiente matrimonio*, principalmente cuando el testador ha puesto en condición sus hijos con la expresión de «hijos de legítimo matrimonio procreados», ya que los hijos que el posterior casamiento de los padres hace legítimos, son hijos procreados fuera del matrimonio de aquéllos. Hoy podemos prescindir de la amplia discusión originada en este punto, ya que

(36) Ob. cit., V, cap. XVII.

(37) *Digesto romano español*, 1856, libro XXXVI, pág. 73.

(38) Ob. cit., cuest. 316, núm. 1.

nuestro Tribunal Supremo, en Sentencias de 11 de junio de 1885 y 9 de octubre de 1906, ha declarado que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres, a no expresar otra cosa el testador, están equiparados, a estos efectos, a los legítimos.

En este tipo de fideicomiso que nos ocupa suele entenderse lógicamente que bajo el nombre de «hijos» están comprendidas las «hijas». Así se producen SURDUS (39), CASTILLO DE SOTOMAYOR (40), BARBOSA (41) y la mayoría de los tratadistas.

Muy discutido ha sido el problema de si los *hijos naturales* entran en la condición *si sine liberis decesserit*. MENOCHIUS (42) expone las diversas opiniones acerca de este problema. En un texto del *Digesto* (XXXVI, 1, frag. 17, pár. 4.^o), ULPIANO dice que, según PAPINIANO, en el fideicomiso *sine liberis* establecido por un «libertino», la sobrevivencia de un hijo natural suyo hace que falte esta condición; pero ULPIANO opina que en esta cuestión hay que estar a la voluntad del testador, y en defecto de ésta, a la dignidad y posición social del mismo, lo que equivale a distinguir entre categorías de las personas. Pero hay que tener en cuenta que en Roma, el hijo natural era el nacido de concubinato o especie de matrimonio *de facto*, y que después perdió este significado. ANTONIO GOMEZ (43) presenta tres tendencias producidas en este punto, inclinándose más bien por la segunda de ellas, que es la que por regla general estima que los hijos naturales no impiden la sustitución. Nosotros creemos que primeramente hay que estar a la voluntad del testador, y, en defecto de ella, actualmente hay que entender que los hijos naturales no están comprendidos en la condición *si sine liberis decesserit*, por la simple razón de que el hondo sentido familiar de este tipo de fideicomiso presupone siempre descendencia legítima.

Por este motivo hay que estimar que no existe cuestión acerca de los *hijos ilegítimos* propiamente dichos. FABER (44) expresa que los hijos espúreos, o sea los nacidos no de concubina, sino de *dam*,

(39) *Decisiones universae*, 1644, decis. LXVI núm. 2.^o

(40) *Quotidianarum controversiarum iuris*, 1658, V, cap. 66.

(41) *Variae Tractationes iuris*, 1631, parte II, *appellativa* XCIX, número 48 y sigs.

(42) *De Præsumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, 1606, libro IV, presun. 88.

(43) *Variae resolutiones* 1761, cap. V, núm. 40.

(44) *Codex Fabrianus*, 1740, lib. VI, tit. 25, definición 2.

nato coito, no evitan la actuación del gravámen fideicomisario, pues de lo contrario constituiría una invitación a la inmoralidad.

En otro aspecto, aunque en la condición se hable de «hijos», o sea en plural, es suficiente que el fiduciario deje sólo uno, sea varón o mujer, para que la condición quede incumplida y extinguido por tanto, el fideicomiso. Un texto del *Digesto* (xxxv-1, frag. 101, par. 1º) expresa que en nuestro fideicomiso «falta la condición según la voluntad, aunque únicamente se haya dejado un solo (hijo) sobreviviente»; y un texto de *Gavo* en el *Digesto* (l.-16, frag. 148) afirma que no está sin hijos el que tiene por lo menos un hijo o hija, porque el concepto de hijos siempre se expresa en plural.

Asimismo diremos con *Voet* (45) y otros autores, qué es indiferente que el fiduciario fallezca con descendientes de primero o ulteriores grados, o sean hijos, nietos o bisnietos, ya que de no resultar ser otra la voluntad del testador, dentro de la palabra «hijos» se entienden incluidos los nietos y demás descendientes, conforme determina el *Corpus (Digesto)*, l.-16, frags. 84, 201 y 220, y en otros textos) y acepta reiterada jurisprudencia (46).

También es indiferente—como afirma dicho mismo autor (47)—que los hijos o nietos puestos en condición estén ya nacidos al fallecer el fiduciario o sólo concebidos, porque en el *Digesto* (l.-17, frag. 184) se dice que «si alguno dejó embarazada a su mujer, no parece que falleció sin hijos», siempre, claro está, que lleguen después a nacer en las condiciones legales. Y añade el propio autor que la condición del fideicomiso queda incumplida con tal que el hijo o nieto sobrevivan a su padre fiduciario, aunque fuese por brevíssimo tiempo.

Esto es perfectamente admisible, pero es de observar qué en Cataluña la sobrevivencia fugaz de un hijo no siempre hace inoperante el gravamen fideicomisario, ya qué éste suele imponerse, no sólo para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos; sino que incluso dejándolos no tengan o no lleguen a la edad de testar, o sea a la pubertad. *FONTANELLA* (48) ya da en su tiempo como frecuente esta prevención, la cual es perfectamente admisible en el

(45) Ob. cit., lib. 36, tít. 1º, núm. 15.

(46) Ver, entre recientes Sentencias, las de 7 de junio de 1950 y de 29 de febrero de 1952.

(47) Loc. cit.

(48) *Dc pacitis iunptis libis*, 1752, tomo I, cláusula IV; glosa 24.

régimen del Código civil. Cuando esta prevención exista, en el caso no frecuente de que el fiduciario al fallecer deje solamente uno o más hijos impúberes o sólo concebidos, la sustitución fideicomisaria ha de quedar, mientras tanto, en suspenso hasta que el único o alguno de estos hijos alcance la pubertad, pues de fallecer todos impúberes, la condición se considerará cumplida. En este estado de suspensión, la Sentencia de 22 de marzo de 1905 tiene declarado que procede que entren en posesión de la herencia los hijos herederos del fiduciario.

El gravamen fideicomisario debe subsistir durante toda la vida del fiduciario, a menos que desaparezca la posibilidad de que le sobrevivan fideicomisarios o que todos, absolutamente todos, los fideicomisarios posibles, renuncien eficazmente a su derecho al fideicomiso. En uno y otro caso, lógicamente, el gravamen fideicomisario se extingue por faltarle destinatarios al fideicomiso.

Esta imposibilidad de fideicomisarios ya por no haberlos o por renunciar los que hubiere, es fácil de determinar cuando todos los fideicomisarios son personas individualmente conocidas, pero no, cuando se trata de personas genéricamente designadas, como en el caso de que el testador haya llamado por fideicomisarios a los «hijos», sea directamente, sea mediante sustitución vulgar en fideicomiso.

Así, por ejemplo, en el supuesto de que el testador haya instituido heredero gravado de fideicomiso *sine liberis* a su hijo Ticio, y designado fideicomisarios sucesivos a sus otros hijos, Cayo y Julia; y a falta de éstos a sus respectivos hijos, por vía de dicha sustitución vulgar en fideicomiso, es jurídicamente inadmisible que quede extinguido el gravamen fideicomisario, aunque dichos Cayo y Julia renuncien eficazmente a su derecho al fideicomiso y que también lo hagan sus respectivos hijos y descendientes que a la sazón vivan, pues siempre cabrá la posibilidad de que al fallecer el fiduciario Ticio existan otros hijos o descendientes de Cayo y Julia, distintos de aquellos que renunciaron al fideicomiso.

No falta quien haya pretendido que se declare jurídicamente extinto el fideicomiso, a base de querer probar con certificaciones médicas u otros medios que ni Cayo ni Julia pueden tener hijos o que no pueden tener más de los que tienen, debido a su avanzada edad o a otras circunstancias. Pero esta prueba no puede ser legalmente

definitiva. Basta con pensar que, si Cayo está casado; puede envidiar y contraer nuevo matrimonio con mujer más o menos joven y tener hijos del nuevo enlace, cuando no por resultado de la presunción legal de paternidad que establece el artículo 108 del Código civil, así como que Cayo y Julia pueden, mientras vivan, llegar a reconocer como hijos a los tuvieron juntos de solteros, y que por ser de condición naturales, el posterior matrimonio de sus padres los legitimó.

Esta misma cuestión puede plantearse respecto del hecho de dejar o no hijos propios el fiduciario gravado de fideicomiso *cum liberis*.

EL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT» Y LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Por ser el fideicomiso *sine liberis* una sustitución fideicomisaria *condicional*, son muchos quienes erróneamente consideran que el heredero gravado con este tipo de fideicomiso es un heredero instituido bajo *condición resolutoria*.

En la doctrina italiana, principalmente durante el Código civil anterior al vigente, esta cláusula *si sine liberis decesserit* originó tal discusión, que de ella dijo CALIENDO (49) que estaba «destinada a constituir el tormento de juristas y de prácticos». Esta discusión de pesadilla que produjo densa literatura jurídica en Italia, tiene su explicación en que en este país el Código civil de 1865 prohibía en absoluto la sustitución fideicomisaria, y como contra este rígido sistema—según expresan BRUNELLI y ZAPULLI (50)—reaccionaba la conciencia social, se procuraba sortear el obstáculo mediante someter la institución de heredero a la cláusula *si sine liberis decesserit*, con designación de otro destinatario para el caso de cumplirse la condición.

La discusión se centró acerca de si el empleo de la condición *si sine liberis decesserit* daba o no lugar a una sustitución fideicomisaria prohibida por la ley. El problema se refería a todo fideicomiso

(49) *Della clausola «si sine liberis decesserit» apostata all'istituzione di erede*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1928, 1, 1º, núm. 1.153.

(50) *Libro delle successioni e donazioni*, 1940, págs. 394.

condicional, pero más especialmente al fideicomiso *sine liberis*, debido a que en éste, por la índole de la condición, la efectividad o la purificación del gravamen fideicomisario se producía al fallecer el fiduciario, lo que imprimía más carácter fideicomisario.

ASCOLI (51), POLACCO (52), RUGGIERO (53) y otros más optaron por la tesis de que la cláusula *si sine liberis decesserit* puesta a una institución de heredero equivalía a imponer un fideicomiso prohibido por el Código; pues por referirse la condición al tiempo de la muerte del instituido, se lograba un resultado semejante al de una sustitución fideicomisaria. Otros autores sostuvieron criterio contrario, y no faltó tampoco la postura intermedia fundada en que se trataba de una *quaestio facti*, es decir, de un problema de interpretación de la verdadera voluntad del testador. La jurisprudencia italiana más bien se inclinó a favor de la tesis de la validez, o sea que en este caso no se incidía en una sustitución fideicomisaria.

En Francia también ha sido discutida esta cuestión, si bien sin tanta amplitud y con diferencias respecto de Italia, admitiéndose como cosa distinta de la sustitución prohibida por la ley, en cuanto excede de sus límites, el denominado doble legado alternativo condicional. La jurisprudencia de dicho país, que antes veía en esta fórmula una sustitución, después mantuvo aquella tesis intermedia dirigida a auscultar la verdadera intención del testador.

En toda esta discusión, los argumentos esgrimidos son numerosos, pero, en nuestra opinión, la mayoría de ellos carecen de base, son erróneos, lo cual sólo es comprensible por el anhelo de superar la prohibición legal de los fideicomisos o las limitaciones impuestas a su ámbito.

Autores como LONGO (54), BUTERA (55) y tantos otros, así como la Sentencia de la Corte de Casación de Roma, de 12 de julio de 1923, estiman que la institución de heredero con sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* es cosa distinta de la institución de heredero bajo la condición resolutoria *si sine liberis decesserit*, con designación de otra persona llamada para recibir la herencia en

(51) *Rivista di Diritto Civile*, 1911, pág. 723 y sigs.

(52) *Delles successioni*, 1937, I, pág. 394.

(53) *Istituzioni di Diritto civile*, 1926, II, pág. 895.

(54) *Rivista di Diritto Civile*, 1922, pág. 401.

(55) *La clausola «si cum vel sine liberis decesserit» e la sostituzione fideicomisaria vietata*, en *Il Foro Italiano*, 1929, I, pág. 129.

el caso de cumplirse esta condición, aunque, de cumplirse ésta, el primeramente llamado no tuviere que devolver los frutos percibidos, por quererlo así el testador. En la doctrina francesa son también varios los autores que, como SAVATIER (56) y COLIN y CAPISTANT (57), sustentan el mismo criterio respecto de los legados:

En síntesis, esta tendencia doctrinal parte de una noción monista o excesivamente estricta de la sustitución fideicomisaria, al concebirla, en todo caso, como un doble o plúrimo llamamiento de varias personas por un testador, para que, conforme al orden sucesivo fijado y mediante aquella obligación de conservar y restituir, adquieran con seguridad todas ellas, la una después de la otra, la misma herencia relictiva. En consecuencia—alegan tales autores—, la institución hereditaria bajo la condición resolutoria *si sine liberis decesserit* dispuesta alternativamente a favor de dos personas, es figura jurídica *distinta* de la sustitución fideicomisaria, ya que si la persona primeramente llamada fallece sin dejar hijos, se cumple la condición resolutoria con sus *efectos retroactivos* o *ex tunc*, los cuales, al aniquilar en absoluto el primer llamamiento, hacen que éste se haya de estimar como si no se hubiere efectuado y que el llamado en segundo lugar, que estaba sujeto a una condición suspensiva, inversa, se produzca al igual que si desde que falleció el testador hubiere sido heredero, y sucediéndole directamente, y no indirectamente por medio de un fiduciario interpuesto, y, por el contrario, si por fallecer con hijos el llamado en primer lugar queda incumplida la condición, éste es considerado como si desde el principio hubiere sido el único llamado, reputándose el otro llamamiento como si no hubiere llegado a formularse.

En uno y otro supuestos—agregan—, todo resulta de la misma manera que si no hubiere habido nunca el doble llamamiento de heredero, ni por ende el orden sucesivo, ya que no puede hablarse aquí de dos actos de liberalidad que sucesivamente se ejecutarán, así como tampoco propiamente de obligación de conservar y restituir, pues aunque no la repeliera la institución condicional de heredero, sería en todo caso una restitución eventual, por estar supeditada a un hecho futuro e incierto, y no hay que olvidar—afirma LONGO—

(56) *Cours de Droit civil*, 1951, III, pág. 464.

(57) *Curso elemental de Derecho civil*, 1951, VIII, pág. 176.

que eventualidades de restitución y fideicomiso son dos términos inconciliables.

A impugnar estas consideraciones se dirigen los argumentos de aquellos otros autores que sustentan el criterio opuesto de que la institución hereditaria bajo condición resolutoria *si sine liberis decesserit* implica siempre una sustitución fideicomisaria del tipo que examinamos, así como aquellos otros tratadistas que acogen una posición intermedia fundada en la estricta voluntad del testador.

Nosotros creemos que en estas diferentes opiniones—que han llegado a inspirar a DE DIEGO (58) y a IGLESIAS (59)—se esgrimen razonamientos que muchas veces son erróneos, por cuyo motivo se llega bastante a menudo a conclusiones equivocadas; solamente explicables por el referido afán de obviar la prohibición o excesiva limitación de los fideicomisos por las leyes.

Sostener que la institución hereditaria bajo la condición resolutoria *sine liberis* es figura diferente a la institución hereditaria con fideicomiso *sine liberis*, porque en ésta y no en aquélla hay doble llamamiento hereditario, orden sucesivo y seguridad de que el segundo llamado o fiduciario será heredero efectivo, gracias a aquella pretendida obligación de conservar y restituir la herencia por parte del fiduciario, equivale a negar la posibilidad de los fideicomisos condicionales, lo cual desmiente la historia milenaria de la institución.

Asimismo, sostener que la institución hereditaria bajo condición resolutoria *sine liberis* envuelve o entraña siempre el tipo de fideicomiso que nos ocupa, es negar la diferenciación institucional que separa ambas figuras, incluso si el testador, en aquella primera figura, en previsión de que pudiere cumplirse la condición resolutoria, dispusiera al primeramente instituido de devolver los frutos percibidos o legase el usufructo de la misma herencia, ya que, en este caso, tampoco se incurría en fideicomiso, pues el fiduciario, sea o no condicional, mientras permanece suya la herencia, tiene mayores prerrogativas que un simple usufructuario o heredero amenazado de condición resolutoria.

Para salir de este embrollo, es preciso intentar un buen enfoque

(58) Ob. cit., pág. 69.

(59) Sobre fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1949, pág. 109.

de la cuestión, al objeto principal de completar la verdadera configuración del fideicomiso *sine liberis*, para su distinción de la institución condicional de heredero, entre cuyas dos fórmulas podrá elegir el testador, lo cual será el medio adecuado para lograr que la voluntad de éste prevalezca.

Es del todo evidente que la institución de heredero bajo condición resolutoria *si sine liberis decesserit*, con designación alternativa de destinatarios, es una figura jurídica completamente diferente de la institución de heredero con gravamen de fideicomiso condicional *si sine liberis decesserit*; al menos en cuanto esta condición pende y se cumpla. Y la diferencia consiste en que, así como en el primer caso la condición es resolutoria y retroactiva y afecta a la institución hereditaria en sí, de suerte que una vez se cumpla destruye la institución misma, así como destruye el tiempo intermedio, en cambio, en la segunda, o sea en el fideicomiso *sine liberis*, la condición no es de tipo resolutorio y retroactivo ni afecta a la institución hereditaria; sino tan sólo a la sustitución fideicomisaria, como tal, de manera que en caso de cumplirse la condición, todo se reduce a que el fideicomiso eventual se convierta en actual a partir de este momento.

Que en la institución hereditaria sujeta a condición resolutoria *sine liberis*, la condición recae sobre la institución hereditaria misma, y en la institución hereditaria con fideicomiso *sine liberis* recae no sobre la institución de heredero, sino sobre el gravamen fideicomisario, es tan evidente, que de las propias palabras o conceptos usados resulta que allí lo condicionado es la institución, y aquí lo condicionado es el fideicomiso o sustitución fideicomisaria. SAVERIO, MARTÍNEZ y AZZARITI (60), con cita a RICCI, VENZI y algunas Sentencias de la jurisprudencia italiana apuntan esta distinción.

A esta diversa expresión entre la *conditio institutionis* y la *conditio substitutionis* corresponde una profunda diferencia de efectos, sobre todo si se la combina con una condición resolutoria y retroactiva en aquélla; y con una condición que se emplea sin más precisión en ésta, conforme resulta del modo de expresarse de los autores clásicos.

De esta diferencia, tanto respecto al punto de gravitación de la condición, como del sentido de ésta, en orden principalmente a su

(60) *Successioni per causa di morte e donazioni*, 1948, pág. 502.

cumplimiento, resultan con gran claridad las diferentes consecuencias que se producen en uno y otro caso.

En la institución hereditaria bajo condición resolutoria *sine liberis*, si esta condición se cumple por fallecer el instituído sin dejar hijos, el efecto retroactivo de la condición cumplida exterminará la institución hereditaria otorgada a favor del primeramente llamado, en el sentido de consideración como si nunca se hubiere verificado, pues se estimará que el llamado en segundo lugar fué el único heredero existente desde el primer día. En cambio, en la institución hereditaria sujeta a fideicomiso *sine liberis*, si el heredero fallece sin dejar hijos, todo se reduce a que entre en actuación efectiva el gravamen fideicomisario y, en consecuencia, la herencia haga tránsito al fideicomisario, el cual pasa a ser titular de la misma, pero tan sólo a contar del fallecimiento del fiduciario.

El alcance de la condición *si sine liberis decesserit* es, pues, muy distinto en uno y en otro caso para el heredero, siempre que esta condición sea contemplada durante su pendencia, y en caso de su cumplimiento, ya que en función de su incumplimiento, no llegan a ofrecer los dos supuestos sustanciales diferencias.

Lo peor que puede ocurrirle al heredero fiduciario en la sustitución fideicomisaria *sine liberis*—y en general en las de tipo condicional—es que, de cumplirse la condición por fallecer sin dejar hijos, cese, termine o caduque desde entonces su propiedad sobre los bienes o titularidad sobre la herencia fideicomitida para pasar ésta a la nueva titularidad del fideicomisario, pero sin que ello borre el hecho de haber sido el fiduciario heredero efectivo hasta este mismo momento, con todas sus consecuencias jurídicas, entre ellas la de no tener que devolver los frutos percibidos durante el interregno; por haberlos hecho suyos; no por concesión del testador o de la ley, sino por la lógica institucional de la sustitución fideicomisaria, todo lo cual contrasta fundamentalmente con las consecuencias del cumplimiento de la condición resolutoria *sine liberis* impuesta a la institución de heredero.

Se dirá que esta diferencia de efectos proviene de que en la sustitución fideicomisaria la condición *sine liberis* actúa *ex nunc*, o sea a partir del momento de fallecer el fiduciario sin hijos, mientras que en el otro caso opera *ex tunc*, o sea retroactivamente; pero hay que destacar que aquella actuación *ex nunc* del fideicomiso condi-

cional no es consecuencia de una cancelación de los efectos rétroactivos de la condición cumplida, sino más bien mera secuela de la circunstancia de afectar la condición no a la existencia de la institución hereditaria, si no tan sólo a la del fideicomiso que eventualmente la gravaba.

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

En la sustitución fideicomisaria a término, en la que fatalmente ha de llegar el día señalado por el testador para que la herencia haga tránsito al fideicomisario o a sus herederos, nadie habla de retroacción, porque la torna inútil la esencia misma de la sustitución, ya que ésta es un dispositivo que el Derecho pone a disposición de los testadores que quieren favorecer con seguridad en una misma herencia a dos o más personas, una después de otra, con arreglo al orden sucesivo preordenado, por cuya virtud el heredero fiduciario es propietario de los bienes de la herencia por durante el tiempo establecido por el testador, pero es propietario firme en tanto no vence el término, y una vez vencido siempre se considerará, a todos los efectos, que había sido propietario mientras duró el interregno.

En la sustitución fideicomisaria *sine liberis* y en todas las de carácter condicional, todo sucede de igual manera, salvo en cuanto a la incertidumbre del evento condicionante de gravamen fideicomisario hace insegura la actuación de éste, y, por tanto, problemática la entrada del fideicomisario en la herencia. Pero aunque la condición llegue a cumplirse, las cosas se desenvolverán del mismo modo que se ha dicho respecto de la sustitución fideicomisaria a término, sin que la circunstancia de que intervenga una condición aporte idea alguna de retroacción, como tampoco si se trata de una condición resolutoria o suspensiva, pues ello es indiferente.

La condición sólo interviene aquí para determinar si habrá o no sustitución fideicomisaria, como si en él fondo se dejase al evento de

fallecer con o sin hijos el fiduciario, la decisión de si el gravamen fideicomisario deberá o no actuar, de suerte que la incertidumbre juega un papel decisivo, pero tan sólo en cuanto a si habrá o no sustitución.

Esto es lo que ha querido decir GALGANO (61) cuando expresa que el hecho de poner una condición u otro elemento accidental en un negocio jurídico no cambia la naturaleza de éste, y por ello una compraventa condicional es una compraventa, al igual que un fideicomiso condicional es un fideicomiso, así como cuando el mismo autor, fundado en DE LUCA, afirma que en la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* no nos encontramos frente a una verdadera y propia condición, sino ante un elemento accidental, que de la verdadera condición tiene algún elemento, cual es el evento futuro e incierto, mas no todos los elementos esenciales.

Las deficiencias de la nomenclatura jurídica plantean frecuentes problemas inútiles, y aquí hay uno, consistente en el significado del concepto «resolutorio». A nuestro entender, este concepto tiene dos acepciones diferentes, ya que cuando pensamos en una *condición resolutoria*, muchas veces vemos insita en ella el fenómeno de retroacción destructora que su cumplimiento provocará, mientras que al encontrarnos ante un *término resolutorio*, la idea de retroacción no aparece, por ver en este caso una simple cesación, terminación o caducidad de una determinada situación jurídica. Pues bien, en la sustitución fideicomisaria condicional, el cumplimiento de la condición coincide con estos efectos de la llegada del término resolutorio fideicomisario, y sólo en este sentido de coincidencia debe emplearse aquí el concepto de condición.

A este objeto, nos vemos obligados a no pasar en silencio a BOUZAT (62), el cual califica de cláusula de estilo y de explicación cómoda y rutinaria la tendencia que en Derecho francés pretende explicar el mecanismo de la sustitución fideicomisaria por el funcionamiento de una doble condición resolutoria y suspensiva, de efectos retroactivos.

En resumidas cuentas, en las sustituciones fideicomisarias se produce un juego semejante al que impone y regula el Código civil

(61) Ob. cit., págs. 9 y 43.

(62) Ob. cit., págs., 48 y sigs.

en materia de bienes reservables. En éstos interviene igualmente un evento, referido al tiempo de fallecer el reservista, que hará desplegar los efectos consiguientes con el alcance de una *conditio iuris* o elemento estructural del ordenamiento jurídico de la institución. No existen graves inconvenientes para afirmar lo mismo respecto de las sustituciones fideicomisarias *sine liberis* y condicionales en general.

Queda expuesta nuestra opinión acerca de la diferenciación entre la institución de heredero bajo condición resolutoria *sine liberis* y la institución de heredero con el gravamen de fideicomiso *sine liberis*, lo cual demuestra que tal distinción no es tan difícil como cree BEUDANT (63). Para ello nos hemos valido en gran parte de la consideración de que en este tipo de fideicomiso, a diferencia del otro caso, lo condicionado era precisamente la sustitución y no la institución, aunque MESSINEO (64) afirme, sin más, lo contrario.

Para robustecer aún más nuestra tesis en orden a la institución de heredero, nos permitiremos agregar lo siguiente:

Bastantes juristas—BARASSI entre ellos (65)—afirman que, el Derecho romano, al admitir la sustitución fideicomisaria había infringido la regla *semel heres semper heres*, o sea el principio de perennidad del título de heredero, en virtud del cual, obtenida que sea la cualidad de *heres*, no se perdía jamás. Nosotros entendemos que no existe tal infracción. Y esto, simplemente, porque la sustitución fideicomisaria afecta solamente a los bienes, a la herencia, pero no al título de heredero.

El cambio de titular de la *hereditas*, que la efectividad del fideicomiso necesariamente implica, fué un obstáculo que se interpuso en plena evolución de la sustitución fideicomisaria en Roma y que ocasionó gran discusión en el Derecho intermedio. Dicha regla *semel heres semper heres* no era más que la expresión empírica del carácter personalísimo de la cualidad de heredero. Este carácter personalísimo e indeleble lo hacía intransmisible. Estaba adscrito a la persona, y por ello una vez obtenido no podía pasar a otro. Debeido a esta intransmisibilidad, la actuación del fideicomisario, originaba el tránsito de los bienes de la herencia del fiduciario al fi-

(63) *Cours de Droit français*, 1934, VI, pág. 189.

(64) Ob. cit., II, pág. 124.

(65) *Le successioni per causa di morte*, 1944, pág. 468.

deicomisario, pero la cualidad de *heres* no podía ser objeto de cambio de titular. Por elló, examinado a fondo el problema, el referido obstáculo no existió en definitiva, pues con la efectividad de la sustitución fideicomisaria lo que cambiaba de titular eran los bienes o la herencia como unidad patrimonial, pero no el título de heredero.

Las Fuentes revelan la verdad de esta discriminación. Un texto de PAULO (*Digesto*, XXXVI-1, frag. 42, par. 1.^o) expresa que, restituída la herencia, permanecen en poder del heredero los *iura sepulcralium*, o propiedad funeraria. PEREGRINUS (66), con el apoyo de éste y otros textos, afirma que el heredero fiduciario, después de verificada la restitución, continúa siendo heredero, y sienta como pauta que todo lo que no se refiera al *commodum pecuniarium* de la sucesión no hace tránsito al fideicomisario, sino que queda para el heredero, y que, en consecuencia, el heredero fiduciario conserva los derechos de carácter funerario, los de patronato eclesiástico y los *iura libertorum*, así como las dignidades, prerrogativas, honores, insignias y armas, como también las acciones que directamente sean inherentes a la persona del heredero fiduciario como tal, y que le hubieren provenido del fideicomitente. En nuestra patria, Antonio GÓMEZ (67) sigue lo expuesto por PEREGRINUS, si bien plantea cuestión acerca del derecho de patronato eclesiástico.

Conforme es de ver, en el sistema romano, así como en los inspirados en él, la sustitución fideicomisaria sólo atañe a los bienes, a la herencia, como patrimonio o complejo económico, o sea al *commodum pecuniarium* de la *hereditas*. La sustitución, una vez operada, solamente origina un cambio de titularidad del patrimonio hereditario, pero el heredero fiduciario conserva su título de tal, con todos los derechos y prerrogativas emanados del mismo. El fiduciario queda—si se me permite un símil funcionarista—en calidad de heredero excelente, conserva el título, pero no el emolumento.

Todo esto se aviene perfectamente con la concepción bonfantiana sobre el heredero romano, ya que si, según BONFANTE (68), en

(66) Ob. cit., art. 6.^o, núm. 38.

(67) Ob. cit., cap. V, núm. 29.

(68) *L'origine delle «hereditas» e dei «legata» nel Diritto successorio romano. Le critiche all concetto dell'originaria eredità spvrana e la sua*

el proceso sucesorio el heredero obtiene primeramente el título de *heres*, y sólo como consecuencia de este título adquiere la herencia, o sea, todo el conjunto jurídico-patrimonial, de ello resulta que dejar estar el heredero gravado de sustitución, ésta afectará únicamente a la herencia en sí.

De ahí surge otra diferencia—al menos en Derecho romano y legislaciones que siguen su tónica en orden a la institución hereditaria—entre la institución de heredero sujeta a condición resolutoria y la gravada con fideicomiso, ya que si ésta deja a salvo el título de *heres*, en aquélla lo destruye la retroacción de la condición cumplida.

En el campo de nuestro Código civil, la diferencia que explicamos existe, por quanto, según hemos sostenido en otras ocasiones, a base del segundo párrafo del artículo 668 del Código civil y de la jurisprudencia (especialmente en las Sentencias de 18 de octubre de 1917 y 16 de octubre de 1940), para que exista una verdadera institución de heredero es preciso el requisito de que la institución no se concrete a cosas ciertas y determinadas, sino que recaiga sobre la herencia en general o cuotas de la misma, y además se exige el requisito de que haya sido voluntad del causante atribuir la consideración de heredero al designado, aunque no emplee materialmente esta palabra.

Lo que acabamos de exponer acerca de que la efectividad de la sustitución no aniquila el título de *heres* del fiduciario es aplicable a toda sustitución fideicomisaria, tanto a término como condicional, aunque ésta sea un fideicomiso *si sine liberis décesserit*, pues si bien cuando la sustitución haya de operar al fallecer el fiduciario, da la impresión de ser inútil aquella subsistencia del título de *heres*, no obstante resulta útil, pues aquellos derechos de propiedad funeraria, de patronato eclesiástico y otros que son derivación de él, siguen el libre curso hereditario de los bienes de plena disposición del fiduciario finado, y no la trayectoria o curso preordenado dispuesto por el fideicomitente.

Riprova; Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità, en *Scritti giuridici varii*, I, págs. 101, 188 y 409; y *Corso di Diritto romano*, VI, pág. 70.

LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES SUJETOS A FIDEICOMISO
«SI SINE LIBERIS DECESSERIT».

Es norma admitida en Derecho romano que en el fideicomiso condicional y, por ende, en el fideicomiso *sine liberis*, el heredero fiduciario pueda enajenar sin más los bienes fideicomitidos, quedando empero a salvo el gravamen fideicomisario. Las leyes *Sed quia* y *Sin autem*, de Justiniano (*Codex*, vi-43, ley 3, párs. 2.^º y 3.^º), son explícitas en este respecto, al establecer que los bienes dejados por fideicomiso puro o a término (*pure, vel sub certo die*) no pueden ser enajenados ni gravados, pues no es lícito afectar al derecho de otro como si fuese de su propio patrimonio; pero en cuanto a los bienes dejados por fideicomiso bajo condición o día incierto (*sub conditione, vel sub incerto die*), obrará ciertamente mejor si en estos casos se abstiene de realizar enajenación o gravamen, y si por afán de avaricia se hubiere lanzado a enajenar o gravar *con la esperanza de que no se cumplirá la condición*, sepa que, cumplida ésta, se hará nulo desde el principio el título. Por consiguiente, en la sustitución fideicomisaria condicional, el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitidos, pero éstos circularán con la carga fideicomisaria, tal como en la Novela 41 de Justiniano se ordenó, es decir, que tales bienes anduvieran con su propia condición (*sed cum propria ambulare fortuna*).

En el Derecho intermedio ésta era una regla tan recibida, que sería extensísima la exposición de citas de autoridad para confirmarlo.

No obstante, en determinados casos—la mayoría de los cuales señalaba la auténtica *Res quae* (*Codex*, vi-43, ley 3, pr. 3.^º)—eran posibles actos de disposición de bienes del fideicomiso en concepto de libres, tanto en fideicomisos a término como condicionales; por existir razones especiales que imponían disponer de ellos. DE LUCA (69) señalaba nueve de esos casos, y FUSARIO (70) se ocupa de varios más.

En el régimen de nuestro Código civil hay que llegar a la misma

(69) *Dottor Volgare*, cap. XXXI.

(70) Ob. cit., cuestiones 530 y sigs.

conclusión acerca de que, en el fideicomiso condicional, el fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos, quedando a salvo el gravamen fideicomisario condicional. Y esto no sólo por lógica institucional, sino porque nuestro legislador hipotecario ha sentado este criterio.

Conforme explicamos en otra ocasión (71), el número 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria vigente permite puedan ser hipotecados los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante. Pero en la Ley Hipotecaria anterior, el artículo 109 era más explícito en este extremo, y se refería tanto a los actos de enajenación como a los de gravamen; así como, en su último párrafo, extendía lo en él dispuesto a los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente, precepto éste que naturalmente se había de considerar aplicable a toda España.

Antes decíamos que, incluso por lógica constitucional, debía prevalecer este criterio, y esto es demostrable con sólo pensar que el fiduciario condicional, a diferencia del fiduciario a término, tiene la posibilidad de que no llegue a cumplirse la condición, quedando, en consecuencia, heredero libre. Esta fundamentación ya respira en dichas leyes *Sed quia y Sin autem* de Justiniano. La seguridad de la efectividad de la sustitución es indiscutible en el fideicomiso puro y en el a término, pues, aunque premuera el fideicomisario, transmite a sus herederos su derecho al fideicomiso, según así lo establece el artículo 784 del Código civil; pero en el fideicomiso condicional todo es distinto—conforme explica COVARRUBIAS (72)—, pues la esperanza de que el gravamen fideicomisario se desvanezca hace que el fiduciario sea más propietario que el fiduciario puro o a término. PEREGRINUS (73) entiende que la razón de esta disponibilidad, en el fideicomiso condicional, radica en que, mientras no llega el evento de la condición, el dominio de los bienes no puede permanecer en el fideicomisario, debido a que el *dies non cessit, nec venit*, ya que el dominio no puede permanecer *in pendingi*. Pero esto responde más bien al concepto romano clásico acerca del dominio o propiedad de los bienes.

(71) En *Derecho hipotecario*, 1954, IV, pág. 247

(72) *Opera omnia*, 1574, II, pág. 93.

(73) Ob. cit., art. 40, núm. 6º.

Especialmente, tratándose de las sustituciones fideicomisarias *sine liberis*, una razón práctica—que hemos vivido y vivimos realmente—confirma esta especial situación del heredero gravado de fideicomiso condicional *sine liberis*, en contraste con la de gravado con fideicomiso puro o a término. Parece, a primera impresión, que, si bien el heredero gravado de fideicomiso *sine liberis* puede disponer de los bienes fideicomitidos, no obstante, la circunstancia de persistir el gravamen del fideicomiso ha de significar un serio obstáculo para que encuentre quien quiera comprarlos, a no ser que los venda por precio vil, ni quien quiera prestar dinero sobre ellos: Pero no siempre es así; por el contrario, son muchas las veces en que tales bienes son comprados por su precio corriente o hipotecados normalmente en garantía de un préstamo. Esto ocurre cuando el heredero fiduciario tiene varios hijos, y sobre todo cuando alguno de ellos se halla casado y a su vez tenga hijos, y singularmente cuanto más avanzada sea la edad del fiduciario, ya que en esta situación se hace tan remota la posibilidad de que el fiduciario pueda fallecer sin dejar hijos, que, de hecho, dicho comprador o prestamista llegan a prescindir de la existencia del gravamen fideicomisario, produciéndose como si se tratase de bienes libres de todo fideicomiso, ya que consideran muy improbable que fallezcan tantas personas antes que el fiduciario.

Nuestra experiencia en la materia, así como la de la mayoría de los Notarios que ejerzan sus funciones en territorios en los que abunde el fideicomiso *sine liberis*, ha permitido comprobar que en estas situaciones, prácticamente—aunque no de derecho—, las cosas se desenvuelven como si la sustitución fideicomisaria no existiese, y por ciencia propia podemos decir que no son pocas las veces que el mismo fiduciario ha de hacer cierto esfuerzo para poder recordar que se halla gravado de fideicomiso *sine liberis*, ya que a fuerza de saber que sólo está gravado si fallece sin dejar hijos, la circunstancia de tener varios le ha imbuido de la seguridad, casi metafísica, de la que la actuación del fideicomiso es prácticamente imposible.

El fiduciario en el fideicomiso *sine liberis* puede realizar, por tanto, todo acto de disposición de los bienes fideicomitidos, subsistiendo en éstos la carga del mismo; pero es conveniente advertir que si bien puede incluso realizar actos de extinción de derechos reales, no obstante la existencia actual del Registro de la Propiedad

inmueble, dotado en España de la fe pública que el artículo 34 y otros concordantes de la Ley Hipotecaria vigente confieren a los asientos registrales, impide que tales actos extintivos puedan tener acceso a dicho Registro y provocar asiento alguno de cancelación, fuera de los supuestos particularmente previstos por la ley.

Para completar esta materia referente a actos de disposición de bienes gravados de fideicomiso *sine liberis* es indispensable examinar la actuación del gravamen fideicomisario una vez la condición cumplida, respecto de los bienes que el fideicomisario hubiere enajenado o gravado en vida.

Existe cierta unanimidad en considerar ineficaces, en este supuesto, dichas enajenaciones o gravámenes; pero difieren los pareceres al tratar de determinar la clase de ineficacia que se origine, ya que se discute si consiste en una nulidad o en una resolución, y de ser una nulidad, si se trata de inexistencia, de nulidad absoluta o de anulabilidad.

Entendemos que más que de un caso de nulidad o de resolución se trata de un caso de cesación, caducidad o extinción de la titularidad por haber llegado a su fin, debido a que, al cumplirse la condición, ha entrado en funciones la sustitución fideicomisaria, cediendo la propiedad del fiduciario para dejar paso a la propiedad del fideicomisario.

El fiduciario podía enajenar los bienes fideicomitidos, pero como ellos deambulaban llevando la carga del fideicomiso, el tercer adquirente los adquiría en su propia condición de fideicomitidos, o sea, como dominio *enfermo*. Por tanto, si al fallecer el fiduciario sin dejar hijos hay bienes fideicomitidos, que ya no están en su poder, sino en el de un tercero que los compró, el fenómeno de cesación, terminación o extinción de titularidad sobre los mismos es lógico que se produzca igualmente, por más que se hallen en poder de tercero. Es la simple aplicación de la regla *resolutio iure concedentis, resolvitur et ius concessum*, atribuyendo siempre al concepto «resolución» su sentido minimalista de simple cesación, caducidad o extinción. En este sentido hacemos nuestras las palabras de POTHIER (74) cuando expresa que el gravado o fiduciario sólo puede transferir su derecho tal como lo tiene, es decir, sujeto a resolverse

(74) Ob. cit., VIII, núms. 160 y 191.

en provecho del sustituto por la apertura de la sucesión, y agrega que el tercero adquirió el derecho de propiedad tal cual lo tenía entonces el gravado, es decir, un derecho de propiedad *durable* hasta el tiempo del cumplimiento de la condición puesta a la sustitución, y del cual no puede ser despojado antes de ese momento.

Cumplida la condición, el tercer adquirente de los bienes fideicomitidos queda *ipso iure* simple poseedor sin título de tales bienes, por haberse éste desnioronado, y el fideicomisario podrá desde entonces, mas no antes, reclamar la devolución de la posesión de dichos bienes, así como reivindicarlos de quienes hayañ entrado sin título en la posesión de estos u otros bienes hereditarios. Lo que no podrá el fideicomisario será reclamar los frutos percibibles por aquellos terceros adquirentes mientras tanto fueron propietarios, rigiendo, respecto de los frutos percibidos con posterioridad al cumplimiento de la condición, las normas relativas a la posesión de buena o mala fe.

Este resultado es bastante análogo, pero no igual, al que origina el cumplimiento de la condición resolutoria, así como demuestra que la obligación de restituir no es característica exclusiva de la sustitución fideicomisaria, sino mera relevancia accesoria de carácter general a todo poseedor sin título, ya por no haberlo tenido nunca, ya por haberlo perdido. Es muy frecuente querer explicar dicho resultado por medio del expediente de la retroacción de la condición cumplida, pero ya hemos visto que esto no es exacto, y PLANOL y RIPERT (75) así lo reconocen.

Una cuestión que desde antiguo viene suscitándose en esta materia es si por resultar ser el fideicomisario heredero del fiduciario enajenante puede igualmente aquél reclamar a los terceros los bienes enajenados por éste al cumplirse la condición. Ha habido variadas opiniones y se ha llegado a distinguir según el fideicomisario hubiere aceptado la herencia del fiduciario con o sin el beneficio de inventario. Esta cuestión, como la mayoría de las cuestiones, haría posible mucho comentario, pero nos limitaremos a afirmar que, en nuestra opinión, la circunstancia de ser el fideicomisario heredero del fiduciario no puede representar obstáculo que impida a aquél reclamar de los terceros los bienes enajenados, y ello por razón de

(75) *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 1935, V, pág. 870.

que, si bien es principio jurídico que el heredero ha de respetar, como propios los actos de su causante, esta vinculación solamente le afecta en cuanto pertenezca al ámbito de las actividades que el heredero desarrolle con el carácter de sucesor de tal causante, pero no respecto de aquellas actividades que pueda desenvolver en virtud de su carácter de fideicomisario y, por tanto, de sucesor del fideicomitente.

No se produce interferencia alguna entre ambas sucesiones, independientemente de si el fideicomisario aceptó con o sin el beneficio de inventario la herencia del fiduciario, ya que esta herencia nada tiene que ver con la relictiva por el fideicomitente, al igual que nada tiene que ver el derecho de representación sucesoria con la aceptación o repudiación por el representante de la herencia del representado, conforme establece el artículo 928 del Código civil. Son dos sucesiones diferentes.

El único supuesto en que dicho fideicomisario podría reclamar los bienes enajenados por el fiduciario del cual sea heredero aquél, sería si este fiduciario le hubiere impuesto en testamento la obligación de poder impugnar tal enajenación y hubiere aceptado la herencia, según se desprende de la Sentencia de 12 de noviembre de 1948. Y aun en este caso, la referida obligación vincularía al fideicomisario heredero, pero no a los sucesivos fideicomisarios que pudieran surgir, tratándose de una sustitución fideicomisaria encadenada o con pluralidad de llamamientos.

No obstante lo que queda dicho, la enajenación o gravamen de los bienes sujetos a fideicomiso condicional no sería posible, ni con subsistencia de la carga, cuando el fideicomitente, por razones fundadas, como lo sería velando por la propia subsistencia del fiduciario, hubiere impuesto a este último una especial prohibición de disponer. En este caso, en orden a la indisponibilidad de los bienes, el heredero gravado de fideicomiso condicional se encontraría en situación semejante a la del heredero gravado de fideicomiso a término, y las enajenaciones que el mismo preteñiere realizar serían ineficaces en el sentido de inoperantes por falta de *ius disponendi*.

PEREGRINUS (76), al referirse al fideicomiso a término, opina que en éste *non vallet venditio ipso iure*, ya que si la ley prohíbe

(76) Ob. cit., art. 40;

enajenar, *alienatio facta ius dominii non transfert*; y de igual manera hay que proceder cuando la prohibición de enajenar proviene, no de la ley, sino *ex provisione hominis*.

Para terminar esta parte del presente estudio debemos hacer resaltar cuán cierto es que la llamada *obligación de conservar* no tipifica la sustitución fideicomisaria. Frente a la mayoría de los autores, que entienden que dicha obligación de conservar implica la alienabilidad de los bienes fideicomitidos, hay que oponer lo que llevamos dicho acerca de la disponibilidad de los bienes sujetos a fideicomiso condicional, de lo que resulta que lo fundamental en la sustitución fideicomisaria es que los bienes están afectos al gravamen real del fideicomiso. Esto es lo decisivo.

Ello no quiere significar que en la sustitución fideicomisaria no exista una obligación de conservar los bienes por parte del fiduciario, pero esta obligación es la de custodiar o conservar en buen estado los bienes fideicomitidos; y si el fiduciario ha enajenado bienes, responde de la conducta que en su conservación observe el adquirente de los mismos. Asimismo esta obligación del fiduciario, dirigida a conservar los bienes en buen estado, es igualmente aplicable al fideicomiso a término que al condicional, lo que demuestra que es independiente de la facultad de enajenar. Esto, sin contar con los casos en que la ley permite, y a veces impone, la enajenación de bienes en concepto de libres del fideicomiso.

EL DENOMINADO PROBLEMA DE LOS HIJOS PUESTOS EN CONDICIÓN

Nos ocupamos aquí de este punto para destacar que tal problema no existe en el régimen del Código civil, a diferencia de la gran importancia que tuvo en el Derecho intermedio y en aquellos países donde rige el Derecho romano. Por esto, CANCER (77) califica esta cuestión de *quotidiana*, así como de *ardua* y *difficilis*, y Antonio GÓMEZ (78) dice de ella que es una cuestión *notabilis et subtilis*.

El problema de los hijos puestos en condición se da específicamente

(77) *Variarum resolutiones*, pars I, cap. 1.^o, núm. 78.

(78) Ob. cit., cap. 3.^o, núm. 23.

mente en la sustitución fideicomisaria *sine liberis*, especialmente en la de tipo escalonado, o sea con varios fideicomisarios sucesivos. En ella, el primer fideicomisario adquiere la herencia si el fiduciario fallece sin dejar hijos, pero a su vez dicho primer fideicomisario, si llega a ser efectivamente heredero, está a su vez gravado de fideicomiso *sine liberis* a favor del segundo fideicomisario, y así sucesivamente hasta el último fideicomisario, que puede quedar heredero libre.

Como puede darse el caso de que el fiduciario fallezca sin hijos, cuando ya había fallecido anteriormente el primer fiduciario dejándolos, la cuestión consiste en determinar si estos hijos del fideicomisario premuerto al fiduciario entran en el fideicomiso en lugar de su padre; es decir, si en el hecho base de la condición *si sine liberis decesserit* los hijos *puestos en condición* son a la vez llamados al fideicomiso, en aquel supuesto. En rigor, se trata de la misma situación prevista en la representación sucesoria, así como en la sustitución vulgar del padre a favor de sus hijos.

La regla dominante según MOLINA (79), así como Antonio GÓMEZ (80), FONTANELLA (81), SALA (82) y tantos otros autores de Derecho intermedio, era que *filii positi in conditione non censetur vocati*, o que *positi in conditione, positi non sunt in dispositione*. No obstante, cuando existían determinadas hipótesis o conjeturas, la regla era la contraria, esto es, que *filii positi in conditione censetur vocati*.

La existencia de estas conjeturas se transformó en una cuestión principal dentro del problema, y muchos autores reconocieron tal cúmulo de conjeturas encaminadas a demostrar qué el testador había querido llamar al fideicomiso a los hijos puestos en condición, que llegóse en Derecho intermedio a un punto de verdadera confusión, ya que había autores, como FUSARIO (83), que desarrollaba hasta cerca de setenta conjeturas, y otros tantas MENOCÍTUS (84).

Este problema estaba entroncado con otro más general, relativo a si en las sustituciones fideicomisarias procedía o no el derecho

(79) Ob. cit., lib. I, cap. 6.^o, núm. 1.^o

(80) Ob. cit., cap. 3.^o núm. 23.

(81) Ob. cit., cláusula IV, glosa 23, núm. 2.^o

(82) Ob. cit., lib. II, pág. 74.

(83) Ob. cit., cuestión 437.

(84) Ob. cit., lib. IV, pres. 76.

de representación sucesoria. La tesis que sostenía que los hijos puestos en condición estaban también puestos en disposición, era una manifestación positiva de la tendencia favorable a admitir dicho derecho de representación.

La ley 40 de Toro, aclarada por una Real pragmática de Felipe III, de fecha 5 de abril de 1615, estableció el derecho de representación en los mayorazgos, a no ser que el causante lo hubiere excluido con palabras claras y expresas (85). Asimismo, una ley de las Cortes de Pamplona del año 1580 (86) estableció lo mismo, más tarde. Pero estas leyes no se referían concretamente al problema de los hijos puestos en condición.

A este problema se refirió una ley de las Cortes de Tudela del año 1583 (87), y en ella se dispuso que «los hijos puestos en condición solamente, no se tengan por puestos en disposición ni llamados a la sucesión de los bienes, aunque haya una o muchas conjeturas en favor, sino cuando expresamente estén llamados». Esta ley, como la misma expresa, fué dictada para evitar «las muchas dudas y variedad de opiniones que hay, conforme al Derecho común». Por tanto, respondía al fin práctico y encomiab'e de evitar pleitos y dudas.

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

Esta postura eminentemente práctica del Código civil hace más obligado, sobre todo a los Notarios, que exploren la voluntad del testador que quiera disponer un fideicomiso *sine liberis*, acerca de si quiere a no llamar a los hijos puestos en condición, por medio de la llamada sustitución vulgar *in fideicomisso*, advirtiéndole lo que podría ocurrir en la hipótesis antes indicada. Mediante ésta, y no por medio de la fórmula de la representación sucesoria, serán llamados dichos hijos al fideicomiso si ésta es la voluntad del fideicomitente; por bien que; cuando se emplea el concepto de representación; lo que

(85) *Novísima Recopilación*, lib. X, tít. 17, leyes 5.^a y 9.^a

(86) *Novísima Recopilación*, de Navarra, lib. III, tít. 13, ley 1^a

(87) *Novísima Recopilación*, de Navarra, lib. III, tít. 13, ley 11.

se quiere, en el fondo, es la referida sustitución vulgar en fideicomiso.

Con todo, hay que observar que, si bien el uso de esta sustitución vulgar es justa, no obstante, no es del todo práctica, ya que al hacer entrar en el grupo de fideicomisarios a personas que a veces ni siquiera han nacido aún, le confiere tal fluidez, que es difícil para el fiduciario poder ponerse de acuerdo con todos los fideicomisarios que pueden llegar a serlo, para realizar con seguridad ciertos actos dispositivos del mismo (88).

LA LIMITACIÓN DE LLAMAMIENTOS FIDEICOMISARIOS EN EL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

Todos sabemos que el artículo 781 del Código civil exige, para que las sustituciones fideicomisarias sean válidas y surtan efectos, que se respeten estas dos limitaciones: «que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador».

Esta segunda limitación, que sepamos, no ha planteado dudas, pero sí la primera, debido al significado de la palabra «grado». Las Sentencias de 23 de junio de 1940 y de 6 de marzo de 1944, en contra de la de 6 de junio de 1905, tienen declarado que la palabra «grado» hay que entenderla en el sentido de «llamamiento» y no de «generación».

No deseamos explanarnos en esta cuestión, pero no es posible dejar de pronunciarnos en contra de dicho criterio de estimar que la palabra «grado» significa siempre «llamamiento».

Nos fundamos para ello no sólo en que la base 16.^a de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888 adoptó la palabra «generación», al igual que lo hizo aquella Real cédula de 1818 de que hablamos antes, sino en que el tipo de fideicomiso cuya limitación por sus peligros obsesionaba al legislador, era el fideicomiso *cum liberis*, o sea el de generación en generación, o de grado en grado, en sentido vertical o línea recta descendente, que es el tipo que había

(88) Ver ROCA SASTRE, *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*. 1948.

dado lugar a los antiguos mayorazgos. Seguramente el Código civil no pensó siquiera en los fideicomisos *sine liberis*, y mucho menos en los constituidos a favor de extraños, que son poco frecuentes.

La fórmula más procedente sería distinguir entre fideicomisos familiares y fideicomisos no familiares, o sea entre extraños, y a base de esta clasificación estimar que en los fideicomisos familiares se trata de grados en sentido de generaciones, y en los no familiares se trata de llamamientos.

Sentada dicha doctrina jurisprudencial acerca de la palabra «grado», veamos de adaptar a aquellos dos límites legales a los fideicomisos *si sine liberis decesserit*.

Este tipo de fideicomiso generalmente se desenvuelve entre los varios hijos del fideicomitente, o sea entre hermanos. Pero, a veces por la misma razón de equidad que mueve al legislador para adoptar el juego del derecho de representación en la sucesión intestada y en las legítimas, el fideicomitente llama, por la referida sustitución vulgar en fideicomiso, en el lugar de sus hijos, a los respectivos hijos de éstos.

Pues bien. En el primer caso, o sea si el fideicomiso *sine liberis* es simple, sin dicha sustitución vulgar, no existe problema de limitación legal alguno, pues todos los llamados, por ser hijos del fideicomitente, hermanos entre sí, vivían al tiempo de fallecer su padre, y si alguno se hallaba tan sólo concebido, hay que considerarlo como ya nacido, siempre que llegue a nacer en las condiciones prescritas por la ley. En este fideicomiso pueden darse, por tanto, no sólo dos llamamientos fideicomisarios efectivos, sino tantos como hijos hubiere dejado al morir el fideicomitente, y éste hubiere llamado a la herencia fideicomitida.

En cambio, no siempre puede decirse lo mismo cuando en el fideicomiso *sine liberis*, además de los hijos del fideicomitente, éste llama, por vía de la expresada sustitución vulgar en fideicomiso, a sus nietos, o sea a los hijos respectivos de aquellos de sus hijos que hubieren fallecido antes del momento de deferírsele la herencia fideicomitida. En este caso, cuando los nietos llamados hayan nacido después de morir el fideicomitente, es difícil ensamblar o combinar aquél criterio jurisprudencial acerca de la palabra «grado» con la otra limitación de que los fideicomisarios vivan al tiempo de fallecer el fideicomitente, ya que ambas limitaciones no encajan entre sí, y

más bien parece que dichos nietos sobrepasan el límite de los dos «llamamientos» fideicomisarios, sobre todo si los hermanos son varios. Esto equivaldría a excluir, en el fideicomiso *sine liberis* escalonado, la sustitución vulgar en fideicomiso en favor de los nietos no nacidos después de fallecer el fideicomitente, a no ser que se estime lo peor, ésto es, que todos los llamamientos fideicomisarios se estimen nulos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 786 del Código civil tal como lo ha interpretado la Sentencia de 29 de octubre de 1949, contraria a las de 8 de mayo de 1894, 6 de junio de 1905 y 9 de julio de 1927.

LA MOTIVACIÓN FINALISTA DEL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

Con bastante frecuencia se ha dicho que los testadores se valen de la sustitución fideicomisaria al objeto de satisfacer el deseo de asegurar la suerte de su patrimonio para un porvenir más o menos largo, a partir de su fallecimiento. Pero ésta no puede constituir la motivación finalista de las sustituciones fideicomisarias, ya que deser ello su única finalidad, podría muy bien prescindirse de las mismas. El fin de las sustituciones fideicomisarias es más trascendente y variado, pues cada tipo básico de fideicomiso tiene su fin específico.

Concretamente al fideicomiso *si sine liberis decesserit*, en sus diversas modalidades, su finalidad es de orden familiar; pero esto no lo particulariza suficientemente, ya que también es de carácter familiar—y para WENDENSCHLEGL (89) es el propiamente familiar—el fideicomiso *cum liberis*, o sea aquél en que la herencia fideicomitida pasa de una persona a otra, de generación en generación, en línea recta descendente, y, en cambio, la finalidad de uno y otros es distinta. Y es que la razón familiar actúa diferentemente en ellos. En el fideicomiso *cum liberis* se prevé el hecho de la existencia de hijos, de suerte que, de dejarlos el fiduciario al morir, la sustitución tiene lugar a favor de ellos, mientras que en el fideicomiso *sine li-*

(89) *De Fideicommissis familiarium*, 1747, cap. I., núm. 2º

beris el hecho previsto es precisamente el contrario, o sea la inexistencia de hijos, de manera que, de no dejarlos el fiduciario al morir, la sustitución opera corrientemente a favor de hermano o hermanos de este último, y en su caso de los hijos del hermano premuerto.

Esto es debido a que el objeto perseguido por el fideicomiso *sine liberis* no es que la herencia pase rígidamente a los hijos del fiduciario y después de éstos a los hijos de estos hijos, sino tan sólo evitar que la herencia del fideicomitente vaya a parar a personas extrañas a la descendencia de éste, mientras existan personas de esta descendencia, considerándose a tales efectos como personas extrañas todas las que no pertenecieran a la estirpe de dicho fideicomitente.

Con todo, el fideicomitente *sine liberis* y el *cum liberis* no son incompatibles entre sí, ya que a veces se combinan, en el sentido de que si el fiduciario fallece con hijos, éstos serán sus sustitutos, y si fallece sin hijos, el sustituto será su hermano o hermanos.

De lo dicho resulta que la verdadera motivación finalista de la sustitución fideicomisaria *si sine liberis deceaserit* es semejante a la que inspira la reserva lineal que regula el artículo 811 del Código civil

El Tribunal Supremo—en jurisprudencia que va desde la Sentencia de 30 de diciembre de 1897 a la de 4 de junio de 1955—tiene dicho que el artículo 811 del Código civil obedece a la *previsión de evitar que personas extrañas a la familia adquieran, por un azar de la vida, bienes que sin este azar hubiesen permanecido dentro de ella*. El fideicomiso *sine liberis* responde también a la previsión de evitar que personas extrañas a la descendencia del testador adquieran, por el evento de fallecer algún hijo suyo sin dejar hijos, bienes que, de existir éstos, seguramente hubieran permanecido dentro de tal descendencia. Ambas figuras jurídicas tienden, por consiguiente, a excluir de una sucesión a personas extrañas a la línea de donde los correspondientes bienes procedan, en la reserva lineal, y a personas extrañas a la descendencia del fideicomitente, en el fideicomiso *sine liberis*.

El testador, al imponer a su hijo o hijos, herederos suyos, el gravamen de una sustitución fideicomisaria sólo para el evento de que fallezcan *sinc liberis*, no contempla el supuesto de que este heredero o herederos fallezcan *cum liberis*, al efecto de llamar a éstos como fideicomisarios de sus padres, ya que estima o espera que de morir

con hijos los mismos serán normalmente sus herederos, por vía de testamento o abintestato. Lo que el testador contempla, en el fideicomiso *sine liberis*, es el hecho posible de que su heredero o herederos fallezcan sin dejar prole, pues en este caso ve el peligro de que el fiduciario, por no tener hijos, disponga a favor de su esposa y que de ésta vayan a parar a los parientes de la misma o que dispongan a favor de otros, incluso de personas indeseables, y este resultado lo quiere evitar mediante ordenar este fideicomiso, por virtud del cual tales bienes pasarán preferentemente a los demás descendientes del testador, que fueron llamados por éste.

Esta es la verdadera *ratio* de la sustitución fideicomisaria *sine liberis*. Procurar que el patrimonio familiar se conserve o permanezca en poder de los descendientes llamados por el fideicomitente, pero no porque en todo caso hayan de sustituirse a su muerte los unos a los otros, sino tan sólo cuando el anterior o anteriores llamados fallezcan sin dejar hijos, al objeto de evitar que este hecho pueda servir de ocasión para que dicho patrimonio familiar o de sangre sea adquirido por personas ajenas a la descendencia llamada por el testador.

Esta *ratio* o motivación finalista tanto impera si el fideicomiso *sine liberis* grava recíprocamente, o de otra manera, a los varios hijos del testador a quienes éste haya instituido herederos por partes más o menos iguales, como si los grava escalonadamente en régimen de heredero único sucesivo. Pero en esta segunda modalidad de fideicomiso *sine liberis*, que por cierto es la más empleada desde antiguo, éste descansa además en una razón de equidad.

Esta razón de equidad es que con este tipo de fideicomiso, acoplado al régimen indicado de heredero único, se evita el injusto resultado de que los demás hijos del fideicomitente, hermanos del instituido heredero por éste, que han sido apartados del patrimonio familiar con el percibido de su legítima estricta, y a veces con menos, vean que por la circunstancia de fallecer sin hijos su hermano, el heredero, vaya a parar casi todo el referido patrimonio familiar a personas extrañas o ajenas a la descendencia o estirpe de su padre el testador, quedando póstergados, sin compensación, a tales personas y estéril su sacrificio hecho en aras de la continuidad o subsistencia y unidad del patrimonio de la familia, en manos del hermano heredero, y fallecido éste, en manos de uno de sus hijos. En este caso

se daría el mismo irritante espectáculo «de aquellos hermanos [de] lote modestísimo» que viven «en la estrechez y tal vez en la miseria», de los que nos habló ALONSO MARTÍNEZ (90), y que según él se quiso evitar con la introducción del artículo 811 del Código civil.

Lo que acabamos de explicar encaja más bien respecto de patrimonios heredados, de tipo solariego, que en relación a patrimonios formados por el propio testador. La distinción entre bienes *heredados* y bienes *ganados* tiene honda raigambre en España, y en aquellos primeros se produce el clima más propicio para esta clase de fideicomisos.

Hemos dicho que, a los fines del fideicomiso *sine liberis*, la calificación de personas extrañas a las que con el mismo se quiere excluir abarca incluso al cónyuge viudo del heredero fiduciario fallecido sin dejar hijos. Para suavizar la dureza de la medida, los Abogados y, principalmente, los Notarios, han de procurar aconsejar al testador que quiera establecer este fideicomiso—así como también si el fideicomiso es *cum liberis*—que permita que el fiduciario pueda legar a su esposa, por mientras permanezca viuda de él, el usufructo de todo o parte del patrimonio fideicomitido. Alguna vez, pocas, hemos visto testamentos en que se adopta esta previsión.

UTILIDAD ACTUAL DE LOS FIDEICOMISOS.

Las sustituciones fideicomisarias prestan y pueden prestar grandes servicios. También los prestaron antiguamente, incluso en la antigua forma de mayorazgos y vinculaciones perpetuas, ya que éstas, como instrumento perpetuador de los patrimonios nobiliarios, respondían a las necesidades de los tiempos y desempeñaban un papel político evidente. Lo que ocurrió fué que, cambiadas las circunstancias de Europa, aquellas vinculaciones perpetuas habían quedado arcaicas, desentonaban, y en consecuencia sobraban y tenían que suprimirse. Esta es ley continuada de la vida.

En la actualidad, las sustituciones fideicomisarias han perdido frecuencia y alcance, pero continúan siendo un mecanismo idóneo

(90) *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales.*

para satisfacer determinados intereses en ciertos casos. Subsiste, pues, su utilidad.

Respecto al fideicomiso *si sine liberis decesserit* ya hemos visto su finalidad verdaderamente útil, especialmente tratándose de patrimonios hereditarios de carácter familiar.

En cuanto al fideicomiso *cum liberis*, por el cual el testador grava a uno de sus hijos herederos de sustitución fideicomisaria a favor de los hijos de éstos, su utilidad es evidente cuando dicho hijo gravado de fideicomiso carece de las dotes de un buen administrador, bien por su insuficiente idoneidad para desenvolverse en la vida, bien por ser un despilfarrador o pródigo. Para estos casos, el fideicomiso constituye una medida de protección, no sólo para el gravado, sino para sus propios hijos. Claro que éstos contaría, para dicho segundo supuesto, con el medio de la incapacitación por causa de prodigalidad, pero éste es un remedio complicado, tardío y denigrante. Asimismo, tratándose de determinados bienes, el fideicomiso *cum liberis* puede prestar el servicio que proporciona su adscripción en determinados descendientes a finalidades de mantener el lustre de una familia u otro objetivo análogo (91).

En lo tocante al fideicomiso de *residuo*, particularmente el de finalidad de consumo o de subsistencia del cónyuge viudo de un matrimonio disuelto sin hijos, su utilidad es indudable. En estos casos de matrimonios sin hijos, los Notarios hemos comprobado en nuestros despachos la utilidad de esta clase de fideicomisos cuando uno de los cónyuges, supongamos el esposo, dueño de un patrimonio solariego, quiere hacer testamento, y en el mismo instituir heredera a su esposa, no sólo por el honor que ello representa, sino para que se desenvuelva con más libertad de movimientos. El testador quiere que a su esposa, heredera suya, no pueda faltarle nada, y que si para su subsistencia no fuesen suficientes los frutos que produzca la herencia relictiva, pueda llegar a vender los bienes de la misma, para con su precio atender a sus necesidades. Lo que no quiere el consorte testador es que tales bienes puedan ir a parar a los parientes de su esposa, pues en lo que no los necesite, es su voluntad que hagan tránsito a la familia carnal del testador, generalmente algún sobrino suyo.

En el fondo, todos estos tres tipos de fideicomiso tienen como

(91) Nosotros sabemos de alguna sustitución fideicomisaria de determinado palco del Gran Teatro del Liceo, de Barcelona.

denominador común la finalidad de que, en lo posible, queden dentro de la familia consanguínea del testador los bienes de su herencia, procurando con ello asegurar el destino regular de los mismos.

Este anhelo tan humano, de que determinados bienes no pasen a manos ajena de determinado círculo de personas, se observa incluso modernamente en las denominadas sindicaciones de acciones de las llamadas Sociedades mercantiles familiares, por las cuales, al someter tales acciones a un juego de adquisición preferente del tipo de tanto, en cuantos no se transmitan a hijos y demás personas allegadas al accionista, constituyen verdaderas vinculaciones particulares.

La utilidad de las sustituciones fideicomisarias persiste, por tanto, en la actualidad. No obstante, creemos que para que puedan continuar prestando su función protectora de intereses en determinados casos, se requiere que en su regulación se introduzcan las reformas necesarias para armonizarlas con las necesidades de nuestros tiempos.

Estas reformas, en síntesis, y para terminar, son las siguientes :

En primer lugar, permitir la hipoteca refaccionaria, o sea que el fiduciario pueda hipotecar los bienes fideicomitidos en garantía de préstamos a largo plazo, destinados a invertir en mejoras de los propios bienes del fideicomiso, y previa autorización de la Autoridad judicial, en la que se establezcan las precauciones indispensables para asegurar la efectividad de la tal inversión.

En segundo lugar, facultar la subrogación real *ex voluntate*, o sea que el fiduciario, también previa autorización judicial y cumplimiento de determinadas garantías, pueda reemplazar bienes del fideicomiso por otros bienes determinados, sea por permuta, sea por venta con inversión del precio, siempre que ello resulte justificado por razones de mayor rentabilidad u otras de evidente utilidad.

En tercer lugar, que el propio fideicomitente, o la Autoridad judicial en su defecto, puedan nombrar un representante o curador para aquellos fideicomisarios que, en un momento dado, no estuvieren concebidos, o cuya personalidad como tales solamente fuere determinable por algún acontecimiento futuro, al objeto de defender sus intereses en la medida necesaria para que el fiduciario pueda actuar en determinados casos de una manera definitiva, adoptándose las necesarias garantías para dichos fideicomisarios.

Y en cuarto lugar, establecer las normas adecuadas relativas a

determinados bienes que puedan estar gravados de fideicomiso, como, por ejemplo, las relativas a valores mobiliarios, y su depósito, en garantía de los posibles intereses de los fideicomisarios, ya que, regularmente, los ordenamientos positivos están más bien pensados en que el fideicomiso afecte a bienes inmuebles.

Estos y otros retoques—algunos de los cuales no harían más que actualizar antiguas reglas caídas en desuso—proporcionarán a la institución jurídica de las sustituciones fideicomisarias una agilidad de que hoy carece y la adaptaría a las exigencias de la vida moderna.

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE

Registrador de la Propiedad
y Notario de Barcelona