

La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y condicional y del fideicomiso de residuo (*)

III

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL

Pero puede ocurrir que el testador, haciendo uso del derecho que le concede el artículo 790 del Código civil, establezca una sustitución fideicomisaria, imponiendo condiciones al fideicomisario.

Toda la teoría de la condición, aplicada a las disposiciones testamentarias, debe ser tenida en cuenta respecto a estas sustituciones condicionales.

Desde luego dentro de los límites que nos hemos impuesto en el estudio de la extinción de la sustitución fideicomisaria, sólo nos ocuparemos de la condición impuesta al fideicomisario, condición de cuyo cumplimiento depende que éste adquiera o no.

A las causas de extinción de la sustitución antes expuestas (premorencia al testador, renuncia e incapacidad del fideicomisario, así como nulidad de la sustitución), hay que agregar dos causas de tal ineffectividad: la premorencia del fideicomisario al cumplimiento de la condición y el incumplimiento de ésta.

A) *Fideicomisario en propiedad o en usufructo* —Cuanto queda expuesto respecto a la diferencia esencial entre el fiduciario insti-

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

tuído en plena propiedad, o el instituído simplemente en usufructo al tratar de la sustitución fideicomisaria normal, debe ser traído a colación al estudiarla la sustitución fideicomisaria condicional.

B) *Fideicomisario.*—*Premoriencia al testador y al fiduciario; su renuncia y su incapacidad.*—Respecto a estos extremos, el primer problema a debatir es la fijación de dos momentos básicos en la adquisición de su derecho por el fideicomisario: el momento de la muerte del testador y el momento del cumplimiento o incumplimiento de la condición.

En Derecho romano, y a juicio de los romanistas (74), el fideicomisario no adquiriría el derecho al fideicomiso hasta la llegada del término, normalmente a la muerte del fiduciario, precisando, por tanto, en este momento que el fideicomisario tuviera capacidad.

El artículo 784 del Código civil, en la sustitución fideicomisaria normal, concede al fideicomisario su derecho desde la muerte del testador, y su derecho es transmisible a los herederos.

Sin embargo, en el fideicomiso condicional no ocurre así, pues se rige por las reglas del artículo 759 del Código civil, según el cual, el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos (75).

Para Manresa (76), aunque el fideicomisario premuera al fiduciario, ha de producir efecto el derecho de éste, creado ya, transmitiéndose a sus herederos.

Para Mucius Scaevola (77) las circunstancias de imposibilidad, dificultad en que el fideicomisario puede hallarse para la aceptación de la herencia, no afectan a los derechos establecidos por el testador en favor del fiduciario. Y luego añade que, cuando el heredero fideicomisario estuviere nombrado con alguna condición antes de que ésta se cumpla, es aplicable a dicho heredero el artículo 759 del Código civil, y sólo después de ese momento el 784.

Interesante es: 1.º Que las ventas realizadas por el fiduciario

(74) Ved Del Caso: «Diccionario de Derecho Privado», pág. 1.951, volumen II («fideicomisario condicional»).

(75) Sentencias de 1 de febrero y 9 de julio de 1910, 29 de diciembre de 1917, 9 de abril de 1928 y 17 de marzo de 1934, y la importante de 13 de marzo de 1942.

(76) «Comentarios al Código civil», tomo IV, pág. 149.

(77) Obra citada, XIII, págs. 726 y siguientes.

en un fideicomiso sujeto a condición resolutoria, no son nulas, sino anulables, pues no cabe confundir la sustitución fideicomisaria con la descomposición del derecho en usufructo y nuda propiedad (78).

2.º El precepto del artículo 784 del Código civil no rige en las provincias de Derecho Foral (79).

3.º Instituídos herederos los sobrinos del testador, con la condición de que si fallecieran sin hijos *la parte* al mismo correspondiente *la acrecerán* los demás coherederos, y al que muera con sucesión *ésta* herederá su *parte* en propiedad absoluta, despréndese que el testador estableció una institución fideicomisaria *condicional*, y los sobrinos están designados nominalmente en cláusula de institución recíproca para caso de fallecer sus hijos. En esta última sentencia se plantea la duda de si el último sobrino sobreviviente, sin hijos, quede ya como pleno propietario; opinamos que sí.

Como antecedente también cabe recordar el texto del Código civil alemán de 18 de agosto de 1896:

a) Cuando en una institución hecha bajo condición *resolutoria* o subordinada a un término final, no haya indicado el testador la persona o personas *a quienes debe pasar* la sucesión, se *presume* que los *herederos legítimos del finado*, en el supuesto de que éste hubiese fallecido al vencer el término o al cumplirse la condición, son sus *sustitutos fideicomisarios*, según la regla de la sucesión legítima. La Hacienda pública no se considerará comprendida entre los herederos legítimos (80).

b) Cuando es una institución hecha bajo condición *suspensiva* o subordinada a un término inicial, no haya indicado el testador quién debe ser el heredero hasta que la condición se cumpla o llegue el término, los herederos legítimos del difunto se reputarán gravados con la *carga* de la sustitución (Vorerben) y, por ende, se reputarán *sustitutos fideicomisarios* los instituídos condicionalmente. Lo propio ocurrirá cuando la personalidad del heredero no puede determinarse, sino por un acontecimiento posterior al fallecimiento del causante, o cuando se trate de la institución de una persona no engendrada todavía al diferirse la sucesión, o de una persona jurídica no constituída legalmente en dicho momento (81).

(78) Resolución de 14 de noviembre de 1933.

(79) Sentencia de 5 de enero de 1918.

(80) Artículo 2.104.

(81) Artículo 2.105.

En el Código civil suizo la sustitución se abre en favor del fideicomisario cuando él vive *en el momento* de desplegar sus efectos la carga de restitución. En caso de *premorienencia* del fideicomisario los bienes son entregados al fiduciario (82)

Según el Código civil del Uruguay, las disposiciones testamentarias condicionales suspensivas no confieren derecho alguno al heredero mientras no se cumpla la condición (83).

Con estos antecedentes llegaremos a las siguientes conclusiones :

a) Si el fideicomisario condicional premuere al testador, ni adquiere, ni transmite, a sus herederos, derecho alguno.

En este caso la herencia quedará en poder del fiduciario sin la carga de la restitución, por las razones expuestas, al tratar de la sustitución fideicomisaria pura. En la sustitución fideicomisaria condicional, habiendo premuerto los fideicomisarios, a la heredera fiduciaria se extingue el fideicomiso condicional, y determina que la última poseedora de los bienes hereditarios pueda disponer libremente de ellos (sentencia de 30 de noviembre de 1932).

b) Si el fideicomisario condicional sobrevive al testador, pero premuere al cumplimiento de la condición suspensiva, tampoco adquiere ni transmite derecho alguno a sus herederos, y el fiduciario quedará en posesión de la herencia sin la carga de la sustitución ; nos inclinamos por esta solución, puesto que, como dice Roca Sastre, ya de momento hay un heredero (el fiduciario), y el establecimiento de la condición lo es como *limitación* de su derecho, limitación que, al desaparecer, deja al derecho del fiduciario intacto (84).

c) Como cabe la posibilidad de que la designación de fideicomisario se haga a favor de quienes aún no han nacido al fallecimiento del testador (*nascituri*), siempre que no pasen del segundo grado (85) ; si llegado el momento fijado por el testador (generalmente el fallecimiento de determinada persona, que suele ser el fiduciario) para saber si *no existen tales* fideicomisarios, *por no haber* nacido, se plantea el problema de a quién deben pasar los bienes. La difi-

(82) Artículo 492.

(83) Artículo 955.

(84) Ver lo expuesto anteriormente al analizar el artículo 912, número 3, del Código civil, en el que se prevé el caso de que *falte la condición*, sin haber sustituto o haber lugar al derecho de acrecer.

(85) Resolución de 16 de septiembre de 1929.

cultad estriba en que coinciden *el momento* de la desaparición de la persona del fiduciario (su muerte) con *el momento* en que se sabe que no han nacido los *nascituri* y, por tanto, no se ha cumplido la condición suspensiva. ¿Heredan los herederos del fiduciario? ¿Se abre la sucesión intestada y heredaran los herederos del primitivo causante? No es fácil dar una solución concreta, ya que habría que examinar y llegar al límite de las averiguaciones para determinar la intención del testador, y si ésta no pudiera ser fijada nos inclinamos por el pase de los bienes a los herederos del fiduciario que tuvo ya el dominio, siquiera fuese con una limitación, ya desaparecida.

d) Si el fideicomisario, con condición suspensiva, repudia la herencia después de cumplida la condición, puesto que antes no ha adquirido derecho alguno, aquélla quedará en poder del fiduciario.

e) Lo mismo puede deducirse en caso de incapacidad del heredero con condición suspensiva.

f) En caso de que el heredero fideicomisario lo fuere con *condición resolutoria*, ante el silencio del Código, Castán (86) opina se deben aplicar las reglas, no muy completas y expresivas, del artículo 1.123, que son: Si el fideicomisario premuere al testador, nada adquiere, y el fiduciario *no tiene obligación* de restituir.

Si el fideicomisario sobrevive al testador, adquiere su derecho *pendente conditione*. Caso de *existente condicione* se resuelve su derecho y pasan los bienes a las personas designadas por el testador o a los herederos legítimos, dice el mismo Castán. ¿Puede entenderse como persona designada por el testador, para *readquirir* los bienes, el *fiduciario*, o el derecho de éste queda extinguido al *transmitir* los bienes de la sustitución? Según frase gráfica de Castán; *estos delicados problemas* ofrecen enorme dificultad; pero si se tiene en cuenta que el fiduciario entregó los bienes con la posibilidad de la resolución del derecho del sustituto, parece normal que sea aquél el que los adquiera, si es que se estima *conservó* este derecho a *readquirir*.

Cuando ya se sepa que la condición resolutoria no puede cumplirse (*deficiente condicione*), el fideicomisario adquiere su derecho definitivamente. El fiduciario ha perdido toda esperanza.

(86) Obra citada, IV, 424.

Si el fideicomisario renuncia a la herencia o es incapaz, opinamos que el fiduciario queda liberado de la carga.

g) Es muy importante no confundir las sustituciones condicionales con las sustituciones a día cierto, a las que son aplicables el artículo 805 del Código civil, caso distinto del que nos ocupa.

C) *Nulidad de la sustitución condicional.*—Entra de lleno el artículo 786 del Código civil; tal nulidad no perjudicará a la validez de la institución ni al fiduciario. Se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria; el fideicomisario condicional nada adquiere; el fiduciario adquiere libre de la obligación de transmitir.

D) *Incumplimiento de la condición suspensiva o cumplimiento de la resolutoria.*—Breves han de ser los comentarios a estos dos supuestos después de cuanto queda expuesto. El incumplimiento de la condición suspensiva, de que dependen la adquisición del derecho por el fideicomisario, hace firme el derecho del fiduciario y le libera de la obligación de restituir.

El cumplimiento de la condición resolutoria determina, a nuestro juicio, la readquisición de los bienes por el fiduciario

E) *Fiduciario en usufructo.*—Cuando claramente se llegue a la conclusión de que el causante no tuvo intención de conceder al fiduciario otro derecho que el de usufructo, el problema cambia radicalmente.

En todos los casos anteriormente expuestos de premoriencia al testador, o al cumplimiento de la condición suspensiva, renuncia o incapacidad del fideicomisario condicional, incumplimiento de la condición suspensiva o cumplimiento de la resolutoria, debe abrirse la intestada. ¿Razones? Las ya estudiadas al tratar de la sustitución fideicomisaria pura con fiduciario en usufructo (II-D).

F) *Aspecto registral.*—En la sustitución fideicomisaria condicional, la ineffectividad de ella se reflejará en el Registro:

Cuando el fiduciario es pleno propietario, justificando la premoriencia al testador, o al cumplimiento de la condición del fideicomisario, lo que deberá constar en la inscripción misma.

Lo propio ocurre con la renuncia e incapacidad.

Para que se refleje en el Registro la nulidad de la sustitución

condicional dictada precisa acompañar testimonio de la sentencia ejecutoria que declare tal nulidad (87) en el juicio declarativo correspondiente.

El incumplimiento de la condición suspensiva de que dependía el nacimiento del derecho del fideicomisario, así como la resolución del mismo derecho por cumplimiento de condición resolutoria, se hará constar en el Registro por una nueva inscripción a favor de quien corresponda (88).

Cuando el fiduciario lo sea únicamente en usufructo, los adquirentes de los bienes que estuvieran sujetos a la sustitución fideicomisaria condicional, presentarán la declaración judicial de su derecho con arreglo a la Ley (89).

IV

FIDEICOMISO DE RESIDUO

A) *Fiduciario en usufructo con facultad de disponer*.—Incompleta quedaría la materia expuesta si no dedicásemos unas líneas al *fideicomiso o legado de residuo*, de discutible naturaleza, como sustitución fiduciaria, según la doctrina científica. Tiene lugar, dice Castán (90), cuando el testador impone al primer instituído la obligación de restituir o transmitir a un segundo heredero *aquellos bienes que subsistan a su muerte*.

No repetiremos aquí las conocidas opiniones favorables a considerarlas como sustituciones fideicomisarias (Sánchez Román, Castán y Manresa), o, por el contrario, que no lo son (Martínez Giralt).

Manresa (91) recuerda que en Roma el fiduciario de residuo era conocido con el nombre de *es quod supererit*, y repite la vacilante doctrina jurídica, ya en sentido negativo, de considerarlo como sustitución fideicomisaria (Aubrayet Rau, Troplong, Laurent, Colin y Capitant, Planiol, Chironi, Polacco), ya en sentido positivo (Venezian, Gabba, Ricci, Ruggiero, Borsari).

(87) Artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

(88) Artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

(89) Artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

(90) Obra citada, IV, 463.

(91) «Comentarios al Código civil», 6.ª edición, tomo VI, pág. 136.

Para unos hay una sustitución condicional ; para otros sólo una sustitución a plazo.

De Diego dice no puede encajar en la sustitución fideicomisaria, y exalta su carácter condicional.

Mucius Scaevola (92) estima se trata de una sustitución fideicomisaria, más o menos propia.

Jerónimo González (93), comentando el magnífico discurso de Clemente de Diego sobre la materia, se pregunta si serían de aplicar al fideicomiso de residuo las reglas de la sustitución pura, o a plazo, o las de la condicional. La voluntad del testador está clara en el señalamiento de un *momento* para la restitución, *que es la muerte del fiduciario*, y éste figura como plazo o día *ex quo* en la institución del fideicomiso... Pero en cierta hipótesis, el testador *exalta la condicionalidad*, sita ya a la naturaleza de este fideicomiso, trayéndola a expresión de un modo *formal* (*si quid supererit*), y entonces, *por respeto a la voluntad testamentaria* parece orientarse hacia la doctrina de la condición. Un cuidado análisis de la voluntad del testador, con apreciación de todas las circunstancias del caso, dará la norma y criterio para la solución concreta.

La jurisprudencia (94) resuelve : Que las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarias de nuestro Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serle aplicables en determinados extremos los preceptos que rigen en orden a esta clásica figura jurídica.

Al parecer, esta sentencia modifica la doctrina anterior del mismo Tribunal (95), según la cual el fideicomiso o legado de residuo encaja en el artículo 781 y no en el 805 del Código civil.

Para poder detraer las consecuencias que han de llevarnos al estudio de los efectos de la extinción de esta sustitución, *ex eo quod supererit*, hay que destacar :

a) *Carácter de usufructuario que ostenta el fiduciario.*

El amplio concepto que del usufructo da el artículo 467 de nues-

(92) Obra citada, XIII, 705.

(93) «Estudios de Derecho hipotecario y civil», III, 372.

(94) Sentencia de 13 de febrero de 1943.

(95) Sentencia de 13 de noviembre de 1934.

tro Código civil, permite al usufructuario *no conservar la forma y sustancia* de los bienes, cuando para ello el usufructuario esté autorizado por el título de su constitución; en este caso, el testamento.

Pero no olvidemos que, de aquello de *que no disponga*, siempre será un mero usufructuario, en el sentido clásico de la palabra, con un derecho revelador de una voluntad explícita del testador.

b) *Facultad única normal del fiduciario de disponer sólo por actos inter vivos.*

La jurisprudencia española (96) autoriza válidamente al fiduciario usufructuario para vender o para disponer *inter vivos* (97).

Por ello, Clemente de Diego (98) observa que la ordenación de estas cláusulas de residuo, en sus términos más usuales y salvo siempre expresa declaración en contrario, *llevan consigo la prohibición de disponer «mortis causa»* de los bienes.

El Tribunal Supremo (99) también declara que la facultad otorgada por el testador al heredero usufructuario, para vender o gravar parte de los bienes, no quita a la institución su naturaleza usufructuaria, *ni autoriza* al instituido para disponer *mortis causa*.

Ruggiero (100), después de sentar como requisitos de la sustitución fideicomisaria la doble vocación, la obligación de conservar, y retransmitir, y el establecimiento de un orden sucesivo, dice que el fideicomiso de residuo tiene obligación de transmitir, pues si es cierto que el instituido hubiere podido consumir toda la herencia, también es cierto *que no puede dejarla a otro que no sea el fideicomisario* lo que quedare después de fallecer él; hay una verdadera limitación para transmitir *mortis causa*.

c) *Naturaleza condicional de esta institución de residuo.*

La jurisprudencia (101) destaca el carácter condicional de las disposiciones testamentarias *eo quod supererit*, según sentencias de 15 de junio de 1868 y 10 de julio de 1878, y ello tiene como corolario el que se trata de una situación distinta de la del artículo 781,

(96) Sentencia de 10 de julio de 1903 y Resoluciones de 19 de diciembre de 1905 y 22 de febrero de 1933.

(97) Resolución de 13 de diciembre de 1934.

(98) Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo.

(99) Sentencia de 19 de noviembre de 1898.

(100) «Derecho civil», II, 497.

(101) Sentencia de 13 de febrero de 1943.

en relación con el artículo 784 del Código civil. Así, si el llamado primeramente por premoriencia, incapacidad o renuncia no hubiere podido adquirir, no se atribuye la herencia al segundo heredero (102).

Como este carácter de condicionalidad de la institución a su favor, del segundo heredero, le priva de adquirir su derecho a la muerte del testador, caso de premoriencia al mismo o al cumplimiento de la condición de que queden bienes, es indudable no transmite derecho alguno a sus herederos (artículo 759 del Código civil). ¿Quién heredará entonces? ¿El fiduciario?

El problema es oscuro y las fuentes de derecho nulas; pero una construcción científica que se base en el carácter exclusivamente de usufructuario que le concedió el testador, y la clara prohibición de transmitir *mortis causa*, llevan a la lógica consecuencia de que el instituido en primer lugar no hereda el *pleno dominio*, y, por tanto, mal puede transmitir éste a sus herederos.

Nos encontramos en un caso claramente comprendido en el artículo 912, núm. 3.º del Código civil, y nuestra opinión se inclina por la apertura de la sucesión intestada.

La renuncia del segundo heredero, así como su incapacidad, producen situaciones idénticas y, como es lógico, con idéntica solución.

En cuanto a la nulidad de la institución a favor del segundo heredero, no produce la aplicación del artículo 786 del Código civil.

El instituido en primer lugar no amplía el ámbito de su derecho en tal caso, y subsiste la clara prohibición de disponer *mortis causa*, clásica de las disposiciones testamentarias de residuo, que cierra el paso a toda solución que concluya permitiendo al primer heredero disponer por testamento o atribuir derecho alguno a sus herederos. Procede la aplicación, como ya quedó expuesto, del artículo 912, número 1.º del Código civil, por nulidad *parcial*.

B) *Aspecto registral*.—Cuanto queda dicho al tratar del aspecto registral en la sustitución fideicomisaria condicional, es de exacta aplicación a esta modalidad ahora estudiada, con las naturales adaptaciones y citas a la *cláusula de residuo*.

Como colofón final a cuanto queda expuesto, no hay que olvidar que los llamados, únicamente respecto de los bienes que que-

(102) Sentencia de 28 de junio de 1947.

den al fallecimiento del testador, no tienen derecho a intervenir en la partición, que es válida sin su concurrencia (103).

No pretendemos haber resuelto el problema cuya esporádica aparición, con mayor o menor rareza, no le priva de su singular interés y precisa haber presenciado, como nosotros, de reciente el interés con que los presuntos llamados acuden en busca de la verdad, esa verdad que, en materia de sucesiones testamentarias, puede tener un solo lema: Cumplir lo que quiso, el que ya nada puede decir, pero cuya sombra queda por encima de todas las ambiciones y en la conciencia de todos.

ANTONIO VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad.

(103) Resolución de 16 de septiembre de 1901.