

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

SUMARIO :

- I) Antecedentes.
- II) Sustitución fideicomisaria normal o pura:
 - A) Fiduciario en propiedad.
 - B) Fideicomisario: premoriencia, renuncia e incapacidad.
 - C) Nulidad de la sustitución.
 - D) Fiduciario en usufructo.
 - E) Aspecto registral.
- III) Sustitución fideicomisaria condicional.
 - A) Fiduciario en propiedad o en usufructo.
 - B) Fideicomisario: Premoriencia al testador y al fiduciario; su renuncia y su incapacidad.
 - C) Nulidad de la sustitución condicional.
 - D) Incumplimiento de la condición suspensiva o cumplimiento de la resolutoria.
 - E) Fiduciario en usufructo.
 - F) Aspecto registral.
- IV) Fideicomiso de residuo.
 - A) Fiduciario en usufructo con facultad de disponer.
 - B) Aspecto registral.

I) ANTECEDENTES

La figura jurídica de la sustitución fideicomisaria constituye una cantera inagotable de postulados a resolver por el jurista, y basta adentrarse en la espesa selva de toda la literatura jurídica sobre el

tema para llegar a la conclusión de que nuevos y nuevos horizontes surgen a cada paso en el inagotable campo de la realidad jurídica.

Lo casuístico del tema hoy planteado y el vacío que en torno a él se ha hecho nos dispensa, en aras del deseo de avanzar en su exposición, de todo antecedente acerca de la sustitución fideicomisaria.

El primer problema a resolver es el de la fijación del término técnico que ha de rotular todos aquellos casos en que la sustitución fideicomisaria no cumpla su fin primordial de transmitir la herencia al segundo heredero instituido.

Para Castán (1), la extinción de la institución de heredero puede obedecer a causas genéricas (nulidad del testamento, que lleva consigo la nulidad de la institución) o específicas: muerte del heredero antes que el testador (art. 766 C. c.), no aceptación o repudiación de la herencia (art. 1.006 C. c.), falta del cumplimiento de la condición (art. 759 C. c.), vencimiento del término.

Aceptamos el término *extinción* y lo aplicamos concretamente al llamamiento a favor del segundo heredero (fideicomisario), con preferencia los de *caducidad* o *ineficacia* de la institución, por causa sobrevenida después del otorgamiento del testamento, ya que de haber existido en aquella época habrían provocado la nulidad de la institución hereditaria.

Pasamos por alto aquellas disposiciones de las Leyes de Partida (2), legislación desamortizadora (3), así como cuanto se ha dicho y escrito sobre su origen en el Derecho romano (fideicomiso).

El *hecho básico* de nuestra construcción científica es la admisión por nuestro Código civil, en sus artículos 781 al 789, de la sustitución fideicomisaria *temporal*, y en ella campea, como *alma* que le inspira, el *deseo claramente expresado por un testador de que el heredero conserve y transmita a otro los bienes de la herencia*, todo ello en sus múltiples formas de encomienda de transmisión a un tercero de bienes sin acto alguno de conservación para sí (4), o bien disponiendo del usufructo en favor de una persona y de la propiedad en favor de otra (5), o bien, en cierto modo, la disposición en

(1) Derecho Civil. Notarías, IV, pág. 443.

(2) Ley, tit. V, Partida 6.^a; Ley 8.^a, tit. XI, Partida 6.^a

(3) Ley de 11 de octubre de 1820 restablecida por Real decreto de 1836.

(4) Número 4, art. 785 del Código civil.

(5) Artículo 787 del Código civil.

que se prohíbe la enajenación de los bienes hereditarios, así como otras varias.

Mas esta finalidad perseguida por el testador del pase de los bienes a un segundo heredero puede no tener efectividad, y de hecho no la tiene, cuando el fideicomisario heredero instituído en segundo lugar *premuerre* al testador, o aun sobreviviéndole, renuncia a la herencia, o cuando por exceder los llamamientos de los límites fijados por el Código civil (6) la institución se anula en parte (7), o cuando el fideicomisario es incapaz (8).

· ¿Y qué sucede entonces? ¿Cuál es el derrotero que han de seguir los bienes hereditarios al fallecer el *fiduciario*, o cumplirse la condición, o el plazo que limitaba el derecho de aquél?

He aquí el problema.

Y éste es tanto más complejo cuanto toda restitución lleva consigo la idea de la exclusión de la *generalidad* de los miembros de la familia.

Este espíritu de *exclusión* de los restantes parientes presiona enormemente para obtener una solución, pues, como después se verá, hay casos en que se atisba como única solución la apertura de la sucesión intestada.

Mas aparte de esta consideración de orden histórico-doctrinal, de *presunción* de afecto y exclusión de parientes, el *elemento insustituible* para llegar al exacto conocimiento de la voluntad del *cavante* es la *interpretación de su testamento*.

No es este el lugar ni la ocasión para reproducir las reglas y preceptos que rigen en materia de interpretación de testamentos. El maestro Castán dice que la interpretación suprime la indagación del verdadero sentido de sus disposiciones, o lo que es igual; *el contenido de la voluntad del testador* (9).

La sentencia de 23 de octubre de 1925 recoge sintéticamente el sentido de la jurisprudencia, y, según ella, establece el Código civil tres principios o reglas de interpretación que tienen un carácter general, dando la norma a los juzgadores para que se ajusten a la interpretación gramatical y subsidiariamente a los elementos lógico y sistemático.

(6) Número 2, art. 785 del Código civil.

(7) Artículo 781 del Código civil.

(8) Artículos 745, 750, 752, 753, 754, 755, 756, 759 del Código civil.

(9) CASTÁN: «Derecho civil». Notarías, IV, 623

La sentencia de 8 de julio de 1940 considerando si la interpretación constituye una cuestión jurídica discutible en casación, al amparo del artículo 1.692, número 1, de la Ley procesal civil, en síntesis viene a resolver que si bien los *hechos básicos* para la interpretación son de la competencia del juzgador de instancia, y entre estos *hechos* está la *voluntad interna*, hay que separar la fijación de esa voluntad *a guo* y la cuestión, distinta, de si esa voluntad ha de tomarse en cuenta por haberse manifestado de un modo cognoscible y suficiente, ya que cuando es iucognoscible de manera cierta, el caso se confunde con la *ausencia de voluntad*, y no es lícito el sentenciador, bajo pretexto de la función interpretadora, construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración.

También hay que tener en cuenta las instituciones de heredero, consideradas como sustituciones fideicomisarias impropias o formas especiales del fideicomiso de que se ocupa la sentencia de 30 de diciembre de 1916.

Aun cuando el ámbito de la Moral no es exactamente igual al del Derecho, no será ocioso recordar aquí en el primer aspecto y como confirmación de la obligación del fiduciario de conservar y transmitir, la Declaración de la Sagrada Penitenciaría de 23 de junio de 1844, según la cual «*Eudosio*, soltero, sin herederos necesarios... instituye legatario universal a *Bonifacio* por testamento en debida forma. Le entrega a *Bonifacio* un documento jurado, en que le manifiesta su determinación (de fideicomiso secreto a favor de causas benéficas) y le suplica que lo cumpla fielmente. La Sagrada Penitenciaría responde que... está obligado *Bonifacio*, en conciencia, a cumplir la voluntad de *Eudosio*, conocida con certeza (10). Esto pone de manifiesto la fuerza moral de la obligación de transmitir, y aun podría servir como argumento para deducir que la imposibilidad de cumplir la voluntad del testador por causas independientes de la voluntad del fiduciario, liberan a éste de la obligación de restituir.

II) SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL O PURA

Si el texto del testamento o su interpretación dan el camino a seguir, por estar previsto el caso, el problema tendría una fácil so-

(10) Citada por el P. JUAN B. FERRERES, S. J., en su obra «La justicia y los contratos», pág. 240.

lución. Pero cuando el testamento no admite interpretación posible que aclare la penumbra, entonces precisa resolver por nuestra cuenta; y con asombro se observa que el tema no ha sido tratado de un modo franco, y sólo datos sueltos aportan algún material utilizable a la construcción científica a seguir.

Castán (11) recuerda que en la sustitución fideicomisaria, el fiduciario es realmente heredero y disfruta la herencia, como tal herencia, con un gravamen (la obligación de conservar y restituir los bienes al fideicomisario) con arreglo a un orden sucesivo, establecido para la admisión de la herencia o legado por él, heredero y sustituto.

Por ello ante todo hay que fijar de modo categórico, ante el contenido de un testamento, si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria o no, por tratarse de designación de mero ejecutor de la voluntad del causante o de un simple encargo de éste. (Véd sentencias de 22 de mayo de 1894 y 6 de febrero de 1903.)

Cuestión previa, también a debatir, es si existe claramente la obligación impuesta al primer heredero de conservar y transmitir, pues cuando sean anfíbológicas las palabras empleadas por el testador, lo prudente es inclinarse por la sustitución vulgar como solución favorable a la libertad de dominio.

Asimismo hay que determinar qué legislación debe aplicarse al caso, pues una cláusula regida por el Derecho Foral puede no encajar una sustitución fideicomisaria y ser en absoluto inaplicables todas las reglas ahora estudiadas.

La sentencia de 18 de diciembre de 1894 resolvió que los hijos del sustituto tienen derecho de representación no obstante haber premuerto su padre a la causante, por otorgarlo así la Ley 1^a, título 15, libro tercero de la Novísima Recopilación de Navarra.

A) *Fiduciario en propiedad*.—Con relación al fiduciario o primer heredero instituido, lo puede ser en *propiedad* o en *usufructo*. El hecho de no expresar los artículos 781 y 783 del Código civil qué clase de derecho se concede al heredero, supone que es el dominio, y sólo cuando expresamente dice que el fiduciario es sólo usufructuario, debe entenderse concedido un derecho más limitado (12).

∴ No hay unanimidad entre el derecho científico y la jurisprudencia.

(11) Obra citada, IV-462.

(12) Véd Resolución de 25 junio 1895.

cia para determinar la exacta naturaleza del derecho del fiduciario.

Para Morell y Terry (13), el derecho del fiduciario y el del fideicomisario son dos derechos *análogos* al de usufructo y nuda propiedad.

La razón de esta analogía la buscan los tratadistas en la naturaleza de la sustitución fideicomisaria. De Casso (14) dice que la sustitución fideicomisaria envuelve la *inalienabilidad* de los bienes y un *orden de suceder* pre establecido.

Este disfrute de los bienes y esta obligación de conservar y transmitir recuerda la definición que del usufructo da nuestro Código civil (15).

Sin embargo esta analogía no autoriza, a nuestro juicio, a superponer un derecho sobre el otro, confundiéndoles como uno solo.

Para Mucius Scaevola (16) la obligación de conservar los bienes el fiduciario dura, normalmente, la vida de éste, pero sin que quiera estimar prohibidos los disfrutes *temporales* con conservación, ya con carácter de pleno propietario, ya como usufructuario; y en ambos casos hay sustitución fideicomisaria. Cuando se nombran varios herederos sucesivos *sin limitación* alguna al disfrute de los bienes, salvo las impuestas *por la naturaleza* de la sustitución fideicomisaria, se ha de entender que el primer llamado es preferido en el ánimo del testador, pues la institución es *principal* y la restitución es *accesoria*. Por eso, añade el mismo autor, es justa la disposición que deja a salvo el nombramiento de heredero, cualquiera que sea la suerte reservada a la sustitución.

Manresa (17), por el contrario, estima que el fiduciario no adquiere *pleno dominio* de bienes, sino sólo usufructo hasta que llegue el momento de hacer entrega al *fideicomisario*, y, por tanto, que el fideicomisario es *un nudo propietario*. Otros autores, como Goyena (18), estiman que el desdoblamiento en usufructo y nuda propiedad no es una verdadera sustitución fideicomisaria, sino dos donaciones: una del usufructo y otra de la nuda propiedad, pero el nudo propietario no es sustituto del usufructuario.

(13) «Legislación Hipotecaria», 1.^a edición, tomo II, pág. 163.

(14) «Diccionario de Derecho privado», I, pág. 1.943.

(15) Art. 467.

(16) «Código civil comentado», 5.^a edición, tomo XIII, págs. 701, 702 y 746.

(17) «Comentarios al Código civil», tomo VI, págs. 149 y 162.

(18) «Comentario al artículo 638 del Proyecto de Código civil de 1851».

Lo propio opina Ferreira (19) y Polacco (20), pues falta la *obligación de conservar y restituir*, característica de la restitución fideicomisaria.

En esta pugna de opiniones ya se atisban notas características del derecho del fiduciario, y la jurisprudencia determina claramente los requisitos de la sustitución fideicomisaria: que la institución a favor del primer heredero no autoriza a éste a vender libremente, aunque lo sea en plena propiedad (21), por lo que pesa sobre él una prohibición de enajenar (22) y una obligación de conservar y transmitir (23).

Más concluyente la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros (24), de ella se deduce que no puede confundirse la sustitución fideicomisaria con la descomposición del dominio en usufructo y nuda propiedad, si bien pueden aplicarse al fiduciario algunas normas del usufructuario.

Desde luego la jurisprudencia, ya en plan casuístico, y teniendo en cuenta en cada caso la redacción del testamento, ha dispuesto: Que instituido heredero en usufructo el esposo, debiendo pasar a sus hijos al fallecer el usufructuario, al parecer los hijos son nudo propietarios (25).

Cuando el testador dispone que una persona disfrute durante su vida cierta finca, que pasa íntegra a la muerte de aquélla al heredero instituido, no ordena una sustitución fideicomisaria, sino sólo un legado en usufructo, refundible en la nuda propiedad al fallecimiento del usufructuario (26).

De toda la materia expuesta se deducen las conclusiones siguientes:

a) Que en nuestra legislación civil, en la sustitución fideicomisaria nominal, cabe claramente distinguir la institución de heredero fiduciario en propiedad de la institución en usufructo, y, por tanto,

(19) «Comentando el artículo 1.870 del Código civil portugués».

(20) «Las sucesiones», I-458. Comentando el artículo 901 del Código civil italiano.

(21) Sentencia de 21 de diciembre de 1918.

(22) Sentencia de 20 de junio de 1928.

(23) Senteucia de 8 de julio de 1929.

(24) Resoluciones de 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943.

(25) Sentencia de 20 de marzo de 1916 cuya doctrina está confirmada por Sentencia de 14 de junio de 1916.

(26) Sentencia de 18 de noviembre de 1919.

que final puede considerarse siempre al citado fiduciario como una especie de usufructuario.

b) Que sobre el fiduciario pesa claramente una obligación de conservar y transmitir (27); mientras que el usufructuario normal se limita a conservar (28).

c) Que ambas distinciones esenciales, para resolver el caso de la ineeficacia de la sustitución fideicomisaria normal por premoriedad, renuncia o incapacidad del fideicomisario, o por nulidad del posterior llamamiento, puesto que en la sustitución fideicomisaria el derecho del fiduciario puede en algún caso *atraer el derecho* del fideicomisario, mientras que el derecho del usufructuario no *atrae hacia sí* la nuda propiedad.

d) Que el usufructuario tiene obligaciones que la ley no impone al fideicomisario. El heredero fiduciario —dice Mucius Scaevola (29)— tiene del usufructuario todas las cualidades, pero tiene también, menos la facultad de enajenar, todas las del propietario. Así se deduce de la doctrina de las sentencias de 21 de diciembre de 1892, 12 de octubre de 1895 y 30 de octubre de 1917, pero sin que exista entre el derecho fiduciario y el del usufructuario identidad absoluta, según sentencia de 22 de diciembre de 1920.

B) *Fideicomisario: Premoriedad, renuncia e incapacidad.*—Establecida una institución fideicomisaria dos supuestos cabe admitir la premoriedad del heredero fiduciario al fideicomisario o viceversa.

En ambos casos cabe preguntarse: ¿Hay entre ambos herederos una especie de derecho a acrecer? ¿Existen, en ambos supuestos, una sustitución vulgar (30) que permita admitir que por la premoriedad, renuncia o incapacidad de cualquiera de aquéllos entre a heredar el otro la porción vacante del prémuerito?

El Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 establece en su artículo 492: «En el caso de premoriedad del fideicomisario, los bienes sobre los cuales se dispuso la institución son, salvo disposición en contrario, entregados al fiduciario.»

El Código de Napoleón prohíbe en absoluto, en su artículo 896, las sustituciones, por lo que no se da el supuesto estudiado.

(27) Artículo 781 del Código civil.

(28) Artículo 467 del Código civil.

(29) Artículo 491 del Código civil y Mucius Scaevola, tomo XIII, página 722.

(30) Artículo 774 del Código civil.

El Código italiano de 16 de marzo de 1942, en su artículo 696, dispone: «Si la institución (fideicomisaria) es a favor de un *ente* público, y éste se extingue antes de la muerte del instituido (fiduciario), éste adquiere *definitivamente* la propiedad de los bienes.»

El Código civil portugués de 1.º de julio de 1867, en su artículo 1.868, establece: «Si el fideicomisario no acepta la herencia o el legado, o falleciese antes que el fiduciario, caducará la institución, quedando el fiduciario en *propiedad definitiva de los bienes.*»

El Código civil argentino de 29 de septiembre de 1869, modificado en 9 de septiembre de 1882, no permite la sustitución fideicomisaria. «La nulidad de ésta —dice su artículo 3.730— no perjudica la validez de la institución del heredero, ni los derechos del llamado *antes.*»

El Código civil de Colombia de 1887, modificando el de 1873, regula la institución fideicomisaria por lo dispuesto para «la propiedad fiduciaria» (art. 1.223), o sea la gravada con la obligación de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. El fideicomiso se *extingue* por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución (art. 822, núm. 4). Es este Código muy completo en la materia y merece estudiarse con detenimiento.

El Código mejicano de 30 de agosto de 1928 sienta, en su artículo 1.478, idéntica doctrina al argentino, y lo mismo establece el artículo 867 del Código uruguayo de 23 de enero de 1863.

Con relación al Derecho catalán al Tribunal Supremo resuelve (31) que si el heredero fiduciario es incapaz de heredar, repudia a la muerte del testador o premuere a éste, entra a heredar el fideicomisario como heredero directo, ya que la institución fideicomisaria comprende siempre la vulgar.

Lo que no está tan claro es que por premoriencia del fideicomisario o por su incapacidad o renuncia, entre a heredar el fiduciario, ya sin la obligación de conservar y transmitir.

En la legislación común del Código civil (32) la premoriencia, renuncia o incapacidad del fiduciario no impiden al fideicomisario adquirir su derecho desde la muerte del testador, y esto lo confirma el comentarista Mucius Scaevola (33). El fideicomisario—dice—es un

(31) Sentencia de 29 de noviembre de 1916.

(32) Artículo 784.

(33) Obra citada, tomo XIII, págs. 726, 747 y 628.

heredero del sustituyente y no del sustituído, y las circunstancias de dificultad o imposibilidad en que éste (fiduciario) puede hallarse para la aceptación de la herencia no afectan a los derechos establecidos por el testador en favor del primero (fideicomisario), puesto que la institución fideicomisaria lleva envuelta una forma de la vulgar. El fallecimiento del fiduciario, su renuncia o su incapacidad, no impiden al fideicomisario ser heredero. Y añade: Resulta difícil que en una verdadera sustitución fideicomisaria quepan *ni la sustitución vulgar* (salvo en el caso del artículo 784 del Código civil a favor de los hijos del fideicomisario premuerto), *ni el derecho de acrecer.*

Esta última frase aclara grandemente el horizonte, ya que se reconoce que si el fideicomisario hereda, prescindiendo de las contingencias (premoriencia, incapacidad o renuncia) del fiduciario, ello es porque es heredero *directo del testador* y no sustituto del primer instituído, no dándose, por tanto, *ni la sustitución vulgar ni el derecho de acrecer* entre ambos herederos, aunque el mismo Mucius Scaevola no niega la relación entre este último y la sustitución fideicomisaria.

Por ello, la Novísima Recopilación dispuso que en caso de no querer aceptar la herencia el instituído (fiduciario) pudieran hacerlo *directamente* los herederos fideicomisarios. Lo que prueba no existe entre ambos herederos (fiduciario y fideicomisario) el derecho de acrecer, ni hay establecida una sustitución vulgar.

Desde luego el derecho de representación no cabe ni remotamente entre fiduciario y fideicomisario, en el supuesto de que uno de ellos fuere ascendiente o descendiente del otro.

Más relación podría existir entre la situación que se engendra en la sustitución fideicomisaria, al quedar vacante la porción que corresponde al sustituto (fideicomisario), con la que en el sentido verdaderamente técnico determina el derecho de acrecer, según Roguín: «Fenómeno excepcional que interviene cuando dos o más sucesores universales o particulares han sido llamados por un testador, a la misma parte hereditaria, o al mismo bien particular, de tal suerte, que si uno de estos herederos o legatarios instituídos falta, su parte acrece a los demás sucesores conjuntos, *por derogación de las reglas generales de la transmisión sucesoria.*»

Mas si bien como el derecho de acrecer nos encontramos ante un

posible caso de aplicación de la voluntad tácita o presunta del causante, y en el mismo hay una vocación a la herencia *conjunta*, en la sustitución fideicomisaria hay, por el contrario, un *orden sucesivo de llamamiento*, que no existe en aquél; por eso el artículo 986 del Código civil establece como términos antagónicos en la *sucesión testamentaria* los de *derecho de acrecer*, sustitución y *sucesión legítima*.

Ante nosotros todo el articulado de nuestro Código civil, regulador de la sucesión intestada, ¿son aplicables al supuesto de premoriencia, renuncia o incapacidad del fideicomisario? Sencillamente no; porque la esencia misma de la institución fideicomisaria lleva en su medula una titularidad *actual*, que ya existe a favor del fiduciario, que puede reducirse por la adición de la herencia por el sucesor, pero que no supone, de un modo absoluto, una adquisición de algo que no se tuvo en momento alguno. Podrá existir el supuesto de *no transmisión al fideicomisario*, pero el fiduciario no habrá dejado de ser, en momento alguno, un propietario.

Como inciso, no hay que olvidar que la repudiación del fideicomisario determinante de la ineeficacia de la cláusula de restitución, no hay que confundirla con la posible cesión o renuncia de su derecho hecha a favor de otra persona, supuesto aceptado por la Resolución de 5 de agosto de 1912.

Con estos antecedentes podíamos sentar una conclusión lógica de tipo negativo: *Salvo el caso de que el testador lo haya establecido claramente en su testamento, cuando el fideicomisario premuerre al testador, o sobreviviéndole fuere incapaz de heredar o renunciar la herencia, su derecho no pasa a sus herederos, salvo lo que con relación a la incapacidad dispone el artículo 761 del Código civil (34).*

La jurisprudencia, en el caso de premoriencia, dice que para que el sucesor pueda suceder precisa que sobreviva al primer sucesor (35).

Al llegar aquí, la selva espesa que rodea al problema se cierra aún más, y precisa caminar por ella, sin apoyo científico alguno o muy escaso, sentando conclusiones de atrevida concepción, cuya confirmación o ha de darla o negarla la jurisprudencia.

Queda dicho que entre fiduciario y fideicomisario no se da ni

(34) Artículos 756, 758, 760, 761 (muy importante en relación con el artículo 782, que prohíbe que la sustitución fideicomisaria grave la legítima), artículo 766 del Código civil.

(35) Sentencia de 29 de diciembre de 1917.

la sustitución vulgar ni el derecho de acrecer. Pero el estudio meditado de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria parece llevar a esta otra conclusión: Cuándo el heredero fiduciario lo es en propiedad, y no en usufructo, y sin condición alguna, la premoriencia, incapacidad o renuncia del fideicomisario hace que la herencia quede en poder del primero íntegramente y sin limitación.

Desde luego siempre nos moveremos sujetos a las especiales reglas que el testador haya podido establecer en su testamento.

En efecto, el fiduciario es heredero y, por lo tanto, sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones, esto es, en su *herencia* (36), y mediante la sustitución fideicomisaria se le encargue que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de dicha herencia de modo expreso (37).

Sea cualquiera el final de la sustitución fideicomisaria, lo bien cierto es que, al decir de Roca Sastre, *de momento* hay un heredero: el fiduciario (38).

Parece, por tanto, que al fiduciario verdadero, *propietario y heredero*, se le impone una limitación determinada: la de conservar, para transmitir a un tercero *previamente designado*. ¿Y si este tercero, por alguna de las causas apuntadas, no puede adquirir ni transmitir su derecho? La solución que ha de darse parece que deba inclinarse por la adquisición, ya sin limitaciones, por el primer heredero o fiduciario: a) Porque desde luego, en el ánimo del testador está el que herede en pleno dominio y como heredero. b) Porque desaparecida la necesidad de conservar y transmitir al tercero nombrado, no interesa tal conservación y pase a otra persona (los herederos legítimos, por ejemplo). c) Porque la designación del fideicomisario no constituye una condición, y así el Tribunal Supremo y

(36) Artículos 657 al 661 del Código civil.

(37) Artículos 781 y 783 del Código civil. La Ley 1.^a, título IV, partida 6.^a, dice: «E de las condiciones que puede ser... e otras ya que son mezcladas que en parte cuelgan del poder de los otros o en parte están en aventura. E fazense por estas palabras diciendo: fago a fulano mi heredero, si dice o fiziere tal cosa a tal iglesia...»

La Ley 14, título V, partida 6.^a, concretamente dice: «Fideicomisario substituto en latín, tanto quiere decir en romance, como establecimiento del heredero que es puesto en fe de alguno, que ha herencia dexa en su mano que la dé a otro..»

(38) «Legislación Hipotecaria», II, 600.

la Dirección de Registros las distinguen claramente (39), ya que, como dice Mucius Scaevola (40), sólo la *condición* y el *término* modifican la institución hereditaria *en sí misma* con fuerza suficiente para reducir o *negar* la eficacia de una institución válidamente concebida. Por eso —decimos nosotros—, si la obligación de conservar y transmitir a un *tercero* expresamente designado no es *condición* esencial para la subsistencia de la institución a favor del fiduciario, la institución de éste no es condicional. Por eso las leyés de Partida (41), se expresaban así: «Condición es una manera de palabra que suelen los fazedores de los testamentos poner e dezir en los establecimientos de los herederos que los aluenga la pro de la *herencia* o de la manda *fasta que aquella condición sea cumplida.*»

Creeinos innecesario repetir aquí cuanto se ha dicho por los tradistas acerca de la naturaleza de la institución de heredero condicional.

Y no es óbice, para nuestra opinión, para que la herencia en los citados casos de premoriencia, incapacidad o renuncia del fideicomisario quede íntegra en poder del fiduciario, la doctrina de la sentencia de 9 de marzo de 1899, relativa a un legado a *día cierto* (42), que admitió que el legatario pudo transmitir el legado, *por no ser condicional*, a sus herederos, *no obstante haber premuerto al testador*, por subordinarse a *un suceso que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo*.

Trátase de un caso particular, verdadera excepción del artículo 766 del Código civil, pues ya Mucius Scaevola (43) admite causas de excepción que no destruye los principios generales, y si se concede la herencia a los representantes legítimos del premuerto, no es ya por transmisión directa de éstos, sino por presunta voluntad del testador, por una especie de institución tácita.

Pero aparte de este inciso, por analogía a lo qué establece el CÓ-

(39) Herencia fideicomisaria pura. Resolución de 16 de noviembre de 1916. Sentencias de 11 de marzo de 1905 y de 9 de marzo de 1899.

Héritage conditionnel. Sentencia de 10 de marzo de 1932, Resolución de 27 de enero de 1934. Sentencias de 2 de enero de 1928 y 12 de marzo de 1903. Resolución de 11 de octubre de 1899.

Fideicomiso de residuo.—Sentencias de 30 de abril de 1913 y 23 de octubre de 1925.

(40) Obra citada, tomo XIII, pág. 775.

(41) Partida 6.^a, título IV, Ley 1.^a.

(42) Artículos 791, 759 y 1.125 del Código civil.

(43) Obra citada, XIII, 495.

digo civil (44), la obligación de conservar y transmitir el fiduciario no se entenderá como condición, a no parecer que ésta sea la voluntad del testador.

Discrepamos, por tanto, de la opinión de Borrell, citada por Cas-tán (45), de que el fiduciario es un verdadero *propietario* de la heren-cia, *aun cuando su dominio esté sujeto a condición resolutoria*. Más acertado Traviesas, concluye afirmando que no puede darse al pro-blema una solución única.

Al fiduciario podrá corresponderle el derecho de propiedad o de otra clase, según los derechos que integran la herencia y sean ob-jeto de la correspondiente disposición testamentaria; *lo que no pue-de admitirse es que sea un usufructuario*. El fiduciario es, en todo caso, un titular *ad tempus* de su derecho.

Cabe aquí recordar *aquellas situaciones jurídicas de pendencia* de que se ocupa Federico de Castro, situaciones cuyo objeto es el mán-tenimiento y defensa de los derechos que concurren sobre un objeto mientras que no se produce el evento que ha de ponerle fin, dando-nacimiento a la situación definitiva.

Puede ocurrir que recaiga en una persona la titularidad interna, (de administración) y la preventiva (o de previsión del resultado eventual, como el reservista, por ejemplo). Ambos titulares de titu-laridad pueden coincidir en la misma persona, y esta coincidencia ha hecho que parte de la doctrina científica lo asimile el *dominus*. Este podría ser el caso del fiduciario.

¿Puede estimarse que el fiduciario está instituido bajo una desig-nación *modal*? Parece que aquí la doctrina del *modo* presenta más analogías y elementos aprovechables para resolver el problema, y en este sentido el Código civil es más concreto (46).

«La expresión del objeto de la institución o del legado o la apli-cación que haya de darse a lo dejado por el testador... no se enten-derán como condición a no parecer que ésta era su voluntad.»

«Cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario (47) no pueda tener efecto la institución del legado de que trata el ar-tículo precedente, en los mismos términos que haya ordenado el tes-

(44) Artículo 797.

(45) CASTÁN: «Derecho civil» (Notarías), IV, 470.

(46) Y muy claro.

(47) Artículos 797 y 798 y Resolución de 11 de marzo de 1896.

tador, deberá cumplirse los más análogos y conforme a su voluntad.»

El final del artículo 798 trata del caso de que el interesado (48), en que cumpla o no, impidiere su cumplimiento, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida. Los tratadistas dicen :

Institución *sub modo* o modal es aquella en que el testador expresa *los fines cuya realización encarga al instituido*, expone Clemente de Diego (49).

Se da el nombre de modo—según De Buen—a un encargo que se *agregá a una liberalidad*. Ruggiero dice : El testador puede imponer a su heredero cargas y gravámenes de toda especie.

Para Castán (50) : En la institución *sub modo* el heredero debe cumplir *en cuanto esté en su mano la obligación o carga* que le impone el testador.

Mucius Scaevola estima que, a diferencia de la condición, el modo permite y requiere la efectividad del derecho de suceder, *sin que en caso de incumplimiento de la obligación impuesta por imposibilidad o por otras causas quede privado el heredero de la sucesión*.

Sin pretensión de haber acertado, nuestra opinión resuelve el problema. Caso de premoriencia, al testador del fideicomisario, o de incapacidad ó renuncia de éste, cuando la sustitución fideicomisaria sea pura, y el testador no haya dado regla especial para resolver el caso, la institución a favor del fiduciario *proprietario* tendrá plena efectividad a favor de éste, sin que venga obligado a conservar y transmitir los bienes de la herencia.

Y no cabe pensar que en el caso que analizamos quépa la apertura de la sucesión intestada. Esta sólo tiene lugar en alguno de los tres casos que regula el artículo 912 del Código civil, y ninguno de ellos es de aplicación : a) Porque el testamento en que se establece la sustitución fideicomisaria por premoriencia, renuncia ó incapacidad del fideicomisario, no se anula ni pierde su validez. b) Porque el testamento contiene institución de heredero y el testador ha dispuesto de todos los bienes. c) Porque no faltó ninguna condición a la institución de herederos, ya que la obligación de conservar y transmitir, incumplida, constituye más bien una institución modal.

(48) En este caso el fiduciario, decimos nosotros.

(49) En este caso el fideicomisario.

(50) Tomo III, pág. 135.

d) Porque si bien estamos ante un caso de premoriencia del heredero al testador, o de repudiación de la herencia o de incapacidad del heredero, y no se da ni el derecho de acrecer ni la sustitución vulgar, el heredero fiduciario es *propietario*, y si bien es verdad que no conserva y transmite, es llamado como tal *heredero* por el testador con preferencia a todo otro pariente, excepción hecha del fideicomisario, y por tanto contemplamos el caso que ya Bagot Preameneu preveyó de que «toda sustitución lleva consigo la idea de la *exclusión* de la generalidad de los miembros de la familia; se prefiere una rama a otra; se prefiere a uno de cada rama que descarte a los demás». Mientras que «el orden establecido por la ley para heredar... se funda enteramente en la proximidad de grado, en la presunción del afecto que exista entre el que muere y los que le han de suceder».

Por eso estimamos que la sustitución fideicomisaria crea una *exclusión* de parientes que impide la *presunción* de afecto de la sucesión legítima. Sin contar que, realmente, no se puede hablar de que haya herencia vacante, sino simplemente que ha quedado incumplida, sin acto alguno voluntario por parte fiduciario, la obligación de conservar y transmitir, sin que sean aplicables ni el artículo 986 del Código civil, ni el artículo 912, número 3.^º, como solución más conforme con el espíritu que anima la sustitución fideicomisaria.

Cómo inciso es notable citar la doctrina de la Resolución de 6 de febrero de 1909, que admitió que conforme al párrafo 2.^º del artículo 4 del Código civil, las personas a cuyo favor estableció ciertos derechos la testadora pueden renunciarlos, quedando entonces el heredero en libertad de disponer de los bienes de la herencia. Doctrina que, si no exactamente aplicable al tema nuestro, sí ofrece circunstancia de analogía, que la hacen deba tenerse en cuenta.

En aseveración de lo expuesto, ya el derecho histórico, y *actualmente* el científico, tienen puntos de contacto con la solución que propugnamos (51).

Así, según las leyes de Partida, la sustitución vulgar sólo se da «cuando aquellos herederos que *primeramente* son puestos en el testamento mueren antes que ayan fijos, o no cumplan aquellas condiciones o aquellas cosas que le mandó el que hizo el testamento».

Y como el fideicomisario no es heredero *primeramente* puesto en el testamento, mal puede entenderse establecida una sustitución

(51) CASTÁN: «Derecho civil» (Notarías, IV, 448).

vulgar a favor del fiduciario, que es realmente el primer instituído.

Según las mismas Leyes de Partida (52), los bienes pasaban a poder del fisco en el supuesto de que el testador encargase a su heredero la transmisión a un incapaz de suceder.

Desde luego, esta doctrina no es hoy aplicable, pues el Estado sólo hereda en los casos previstos en el artículo 956 del Código civil.

C) *Nulidad de la sustitución.*—El último supuesto que puede darse, cuando el fiduciario esté instituído en pleno dominio, es el de nulidad de la sustitución fideicomisaria. El Código civil (53) resuelve cumplidamente el problema: «La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.»

En el concepto de nulidad no ha de comprenderse la nulidad externa en los casos previstos por el Código civil (54), ni la nulidad por falta de capacidad del testador (55), que anule totalmente el testamento, sino la nulidad parcial de la cláusula fideicomisaria (56).

Como precedentes son de estimar:

La ley 15, título XXX, libro 10 de la Novísima Recopilación, y los artículos 638, 788 y 1.882 del proyecto de Código civil de 1851.

El Código civil portugués de 1.º de julio de 1867, si bien no admite las sustituciones fideicomisarias, establece que el vicio de la sustitución sólo anula la institución, en cuanto alcanza a los efectos de la sustitución.

El Código civil francés (art. 896) determina la nulidad de la sustitución fideicomisaria, incluso para el heredero o legatario nombrado en primer lugar (*même à l'égard du donataire, du l'héritier et du legataire*). Pero cuando éstos *no la reciban* no se considerará como una sustitución, y será válida. Y así también lo confirma la jurisprudencia francesa (57).

En cambio, los Códigos de Italia (1865), Portugal (texto anterior a la reforma de 1930) y Méjico (1884) deciden, como el nuestro (artículo 786), que la *nulidad* de la sustitución no afecta a la insi-

(52) Tomo V, partida 6.^a, proemio.

(53) Ley 13, título VII, Partida 6.^a

(54) Artículo 786.

(55) Artículos 669, 673, 687, 688, 715, 733 y 743 del Código civil.

(56) Artículo 663 del Código civil.

(57) Artículos 670, párrafo 2.^o, 672, 750, 783, 785 del Código civil.

tución hereditaria a que se haya añadido'; doctrina que reiteran, en sustancia, el Código civil portugués (reformado en 1930), el nuevo Código italiano y el Código mexicano de 1928.

Oliva de Castro, en el *Diccionario de Derecho Privado* (II, 3.747), publicado bajo la dirección de Ignacio de Casso, dice que la sustitución fideicomisaria se extinguirá: 1.º Por las causas que determinan la nulidad del testamento, de la institución de heredero y del legado. 2.º Por incumplimiento de los artículos 781 y 785 del Código civil.

Nuestro Tribunal Supremo, analizando la verdadera naturaleza de una institución testamentaria, ha resuelto que la determinación de nulidad de una cláusula de institución de heredero de *libre disposición*, para que aquél se apodere de sus bienes y los diere, según su conciencia, el destino indicado en instrucciones particulares, se basa en la ineficacia de una disposición de *carácter indivisible* para todos los bienes del testador, conforme al núm. 4.º del art. 785 del Código civil, y, por lo tanto, no es aplicable el artículo 786, ya que dicha inversión del todo o parte de la herencia, según instrucciones reservadas, no es lógica, ni léxica, ni jurídicamente una sustitución, sino un *encargo* en el cual falta, evidentemente, fideicomisario (58).

Esta sentencia, que debe ser estudiada detenidamente, plantea una cuestión previa que debe ser examinada por el jurista antes de aplicar el artículo 786 del Código: La de determinar si nos encontramos o no ante una sustitución fideicomisaria y la de si cabe la *nulidad*, como *tal sustitución*; pues si la nulidad es por otra causa, y no existe sustitución fideicomisaria, no estará comprendido el caso en el problema que ahora examinamos. Lo mismo confirma la sentencia de 21 de marzo de 1910.

En cambio en otra sentencia (59) se declaró que no está comprendida en el núm. 4 del artículo 785 del Código civil, sino en el artículo 671, la cláusula por la que se nombran fideicomisarios para que se adjudiquen a sí mismos los bienes en plena propiedad, los enajenen y destinen su producto a los objetos benéficos que el testador les encargó de palabra.

Repetimos que esta jurisprudencia confirma la nuestra, asevera-

(58). Sentencias de 21 de enero de 1865, 20 de abril de 1855 y 3 de agosto de 1874 del Tribunal de Casación.

(59) 6 de febrero de 1903.

ción hecha al principio de este trabajo; esto es, la importancia de un correcto enfoque e interpretación de las cláusulas testamentarias para no errar, estimando nos encontramos ante un caso de nulidad de cláusula fideicomisaria, cuando, en realidad, o no hay tal sustitución, o bien la hay perfectamente válida.

Por ello, en el caso de la aludida sentencia de 6 de febrero de 1903, estimando que la institución de heredero era nula, pero no por aplicación del artículo 786 del Código civil, dispuso se abriese la sucesión intestada, por no tratarse de una sustitución fideicomisaria.

D) *Fiduciario en usufructo*.—Hasta este momento se han estudiado los efectos de la premoriencia, renuncia e incapacidad del fideicomisario y de la nulidad de la cláusula de sustitución fideicomisaria *normal* cuando el fiduciario sea heredero en propiedad o pleno dominio; pero crece la penumbra del problema en el supuesto de que el fiduciario lo sea en usufructo. Ya se dijo que no pueden confundirse, no obstante su parecido, las facultades del fiduciario con las del usufructuario, por lo que si el testador, en uso de su libérrima voluntad, hizo uso de la facultad que le concede el artículo 787 de nuestro Código civil, que a diferencia de opiniones en contrario considera como sustitución fideicomisaria la que llamare al heredero fiduciario, pero sólo en usufructo, ello indica un deseo de limitar sus facultades.

Siguiendo la reforma del *Ordenamiento de Alcalá*, que permitió ya la conjunción de las herencias testada e intestada, nuestro Código (60) permite la subsistencia de la institución de heredero *en parte*, con la apertura de la sucesión intestada en cuanto al *resto de la herencia*. Y por ello, en los casos de premoriencia al testador, renuncia o incapacidad del heredero fideicomisario, en vez de optar por el pase de los bienes al heredero fiduciario en usufructo estimamos debe abrirse la sucesión intestada a favor de los herederos legítimos del testador.

Desde luego hay que proceder con suma cautela al calificar al primer heredero ya de propietario, ya de usufructuario, pues la complejidad a veces del texto de una cláusula testamentaria no permite la fácil distinción.

(60) Artículo 912.

Así; la Dirección General de los Registros resolvió (61) que, insituídos herederos varios sobrinos del testador, con la *expresa condición* de que si alguno falleciese sin hijos, la parte al mismo correspondiente la *acrecerán* los demás coherederos, y al que mueran con sucesión, ésta heredará la parte que al mismo le pertenezca en propiedad absoluta, despréndese que el testador estableció una sustitución fideicomisaria *condicional* y que los sobrinos están designados nominalmente con cláusula *expresa de sustitución recíproca* para el caso de que fallecieran sin hijos, existiendo, pues, los elementos siguientes, propios de la sustitución fideicomisaria: a) Institución de heredero. b) Encargo de transmisión de la herencia a los hermanos superstites (facultada por una especie de derecho de acrecer) en cuanto a la porción hereditaria de los hermanos que mueran sin hijos. En esta resolución se aprecia que los fiduciarios que mueran sin hijos han quedado reducidos a unos *meros usufructuarios*; y en cambio el último superviviente entre los hermanos consolidaría *ya en pleno dominio* la totalidad de las porciones vacantes, por premociencia sin hijos de los otros coherederos.

Jurisprudencia expresa no la conocemos y sólo alguna sentencia define con contornos imprecisos al derecho del fiduciario. Así, la disposición del testador que lega el usufructo vitalicio de sus bienes a su esposa y ordena que a la muerte de ella adquieran el pleno dominio los legatarios, indica el desmembramiento de la propiedad en dos derechos reales (62).

Establecida una institución de heredero, en el concepto de que al fallecimiento de éste habrá de pasar la herencia, en perpetua propiedad, a otros llamados, no ofrece duda que tal heredero es *meramente usufructuario* (63).

En todos estos casos en que se define *claramente* que el fiduciario es un *usufructuario*, opinamos que éste no adquiere la nuda propiedad vacante, por premociencia al testador del fideicomisario nudo propietario, o por renuncia ó incapacidad de éste, o por nulidad de la sustitución. Nos basamos: 1.^º En que indudablemente, la institución en usufructo limita *aún más* los derechos del fiduciario.

2.^º Porque la preferencia del testador por primer heredero, sobre

(61) Resolución de 8 de mayo de 1924.

(62) Sentencia de 5 de junio de 1906

(63) Sentencia de 30 de diciembre de 1916.

el fideicomisario, no es tan absoluta que, desaparecida la obligación de transmitir, puede afirmarse que el deseo de aquél fué que el fiduciario dispusiera libremente de los bienes, aún a pesar de que el artículo 786 del Código civil pueda parecer dudoso.

3º Porque en este caso, además de la obligación de conservar y transmitir impuesta al fiduciario, se ha *limitado* expresamente por el testador el derecho de aquél, limitación de tipo negativo que puede resumirse en la frase: «No quiero que sea A pleno propietario en ningún caso».

4º Que por las razones apuntadas no deben aprovechar al fiduciario usufructuario los supuestos que se aplicaron al pleno propietario y, en tal caso, entra de lleno la aplicación del artículo 912, número 3, del Código civil y tiene lugar la sucesión legítima por haber muerto antes que el testador, o haber repudiado la herencia y *no tener sustituto*, y no darse el derecho de acrecer, o por ser incapaz el fideicomisario. En sentido análogo se expresa el artículo 986 del repetido Código civil. Y aún lo confirma más el artículo 987 que concede el derecho de acrecer entre los usufructuarios *entre sí*, pero no entre usufructuario y nudo propietario.

5º Porque un rápido examen del articulado del Código civil (64) delimita de tal modo la materia que no da margen a esperar una *atracción* por el usufructo de la nuda propiedad: a) porque el usufructo sólo da derecho a disfrutar bienes ajenos con la *obligación de conservar su forma y sustancia*, pero el usufructuario es ajeno al camino que sigue la nuda propiedad; b) porque constituido por voluntad de los particulares, manifestada en acto de última voluntad, nada autoriza a *extender* sus efectos a un caso claramente *no previsto* por el testamento; c) porque los derechos del usufructuario son estrictamente los fijados en el título (que en el supuesto contemplado nada dice) o la Ley (que tampoco admite este derecho del usufructuario a adquirir la nuda propiedad); d) porque el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, y sólo puede reunirse con la propiedad, en la misma persona, cuando ésta adquiera la nuda propiedad sin que nada autorice a suponer que tal adquisición la quisiera el testador.

Al llegar a este punto no puede menos de reconocerse que son

(64) Sentencia de 10 de noviembre de 1897.

en absoluto dispares los efectos, en los supuestos de premoriencia, renuncia o incapacidad del fideicomisario de los mismos, pero con relación a un pleno propietario. Tiene lógica explicación aquél precepto (65) del Código civil portugués, de 1.^º de julio de 1867, según el cual no se considerarán sustituciones fideicomisarias las disposiciones por las cuales el testador deje el usufructo a una persona y la propiedad a otra, no dando lugar a las dudas que da el artículo 787 de nuestro Código legal civil.

Ante materia tan vaga, y antecedentes de derecho científico y legislación extranjera casi nulos, hemos de contentarnos con la formación de una opinión cuyo fundamento más sólido esté en el principio de derecho. «Las palabras del testador han de entenderse llanamente y como suenan» (66).

Conviene recordar cuanto al principio quedó dicho acerca de la *absoluta necesidad* de estudiar concienzudamente, en cada caso, el contenido del testamento y la cláusula fideicomisaria, para no incurrir en un desenfoque inicial que desvirtúe, en absoluto, toda construcción científica posterior: por ello *in fideicommissis praecipue spectanda servandaquic si testatoris voluntas* (67).

Para determinar claramente esta voluntad hay que prescindir, a veces, de las palabras, pues una institución de fiduciario, en apariencia como en propiedad, puede ser, en realidad, sólo en usufructo (68) o viceversa (69).

Cuando estas circunstancias se produzcan se exigirá previamente una sentencia judicial que defina el carácter del fiduciario, para fijar luego concretamente los derechos de éste en los casos de extinción de la sustitución fideicomisaria o nulidad de la cláusula pertinente. Si en definitiva el fiduciario es propietario, adquirirá; si es considerado como usufructuario, no adquirirá y se abrirá la sucesión intestada.

Y es que lo que destaca en la *obligación de transmitir*, característica de la sustitución fideicomisaria, es que *conste expresamente*;

(65) Artículos 467, 468, 490 y 513.

(66) Artículo 1.870.

(67) Sentencias de 31 de diciembre de 1872 y 1.^º de febrero de 1897, y artículo 675 del Código civil.

(68) En los fideicomisos debe atenderse y observarse especialmente la voluntad del testador (Ulpiano I, II p.^º 19 D. de legatis (III), 32 I).

(69) Resolución de 8 de mayo de 1924, Sentencia de 10 de noviembre de 1897, Resolución de 29 de marzo de 1916.

entonces los Tribunales, prescindiendo del rótulo del primer heredero o fiduciario (usufructuario o no) le pueden adjudicar el pleno dominio, desaparecida tal obligación de transmitir.

Por la relación que con la materia tratada pudiera tener, se ha de recordar nuestro trabajo sobre «la institución de heredero en usufructo sin designación de propietario» (70). En él sustentábamos la tesis de que cuando el testador designa a la esposa como mera usufructuaria, sin designar nudo propietario, y se abra la sucesión intestada no debe ser declarada heredera de la nuda propiedad la viuda, expresamente excluida de tal disfrute por propia voluntad del testador. El trabajo mereció el comentario del nunca bastante Ildefonso Jerónimo González (71) y aunque se discuta si en definitiva el heredero meramente usufructuario por llamamiento directo del testador puede simultáneamente ser declarado heredero intestado de la nuda propiedad vacante, ya por falta de designación de nudo propietario, ya por premorioricia al testador, renuncia o incapacidad del designado o por nulidad de la institución, hay unanimidad en admitir la apertura de la sucesión intestada sin que nunca el usufructuario atraiga, por su propio derecho, la nuda propiedad. Podrá discutirse quién será el declarado heredero o si el usufructuario se entiende excluido expresamente por el testador, pero no se duda nunca en la necesidad de una declaración judicial.

E) *Aspecto registral.*—Pocos hemos de ser en este aspecto. Como fundamento de él, el actual Reglamento Hipotecario permite la inscripción de los respectivos derechos del fiduciario y del fideicomisario, si éste fuere conocido.

En el fideicomiso normal en que el fiduciario es propietario, a la premorioricia del fideicomisario al testador debe constar en el cuaderno particional, con adjudicación, ya sin obligación de restituir.

La renuncia del fideicomisario puede producirse: o bien antes de la inscripción de su derecho, en cuyo caso se reflejará en el Registro por referencia registral, cuando conste en el mismo título sucesorio inscribible a favor del fiduciario, o bien por acto posterior a la inscripción, en cuyo caso se exteriorizará en documento

(70) Ved. Resolución de 9 de enero de 1918.

(71) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941.

público que producirá en el Registro un asiento formal de cancelación de su derecho (72).

La incapacidad del fideicomisario para ser heredero deberá tenerse en cuenta al formalizarse el título particional y en él constará y se reflejará en el Registro con la subsiguiente adjudicación al fiduciario, sin obligación de conservar y transmitir.

La nulidad de la sustitución deberá ser declarada por los Tribunales de Justicia, en juicio ordinario, y la sentencia firme, mediante testimonio unido a la escritura particional, motivarán la inscripción definitiva y única a favor del fiduciario, según el artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

En este mismo precepto nos apoyamos al admitir que, cuando el fiduciario lo sea en usufructo y, por premociencia, renuncia o incapacidad del fiduciario nudo propietario, procede la apertura de la sucesión intestada, el auto de declaración de herederos a favor de los llamados por la Ley será el título inscribible con la escritura particional. En ella y al fiduciario se le adjudicará tan sólo el usufructo. Cuando sea nula la sustitución, habrá que acompañar la sentencia judicial que así lo declare.

Finalmente, cuando la especial redacción de la cláusula haga dudar (cualquiera que fuesen las palabras del testador) si el fiduciario es un propietario impropiamente calificado de usufructuario o viceversa, la sentencia que interprete el verdadero sentido del testamento, en unión de los demás documentos antes apuntados (escritura particional, etc.), serán el título que se inscriba. De este supuesto hemos tenido de reciente, en la práctica profesional, ejemplos muy destacados e interesantes.

ANTONIO VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

(72) JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Estudios de Derecho Hipotecario», tomo III, página 357.