

# El tema de los «nondum concepti»

## Meditación sobre unos artículos del Código civil

Periódicamente asoma a la superficie el tema de los *nondum concepti*, recogido, a veces, por el Tribunal Supremo o la Dirección General de los Registros en sentencias y resoluciones, o bien traído a nueva actualidad merced al estudio de destacados tratadistas.

Entre éstos, últimamente, González Palomino, de modo incidental, en sus "Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio" (1), y Roca Sastre, directa y expresamente, en las columnas de la *Revista de Derecho Privado* (2), han consagrado su atención a tan interesante y complejo problema.

Ambos escritores, pero especialmente el segundo, por la razón apuntada, lo examinan, con amplitud y detalle, en todos sus aspectos, para penetrar profundamente en las dificultades que contiene y ofrecer soluciones doctrinales y prácticas que sirvan de orientación a cuantos profesionalmente intervenimos en la vida del Derecho sucesorio.

No es fácil, a mi entender, mejorar tan interesantes trabajos, y no he de ser yo quien se lo proponga.

Antes al contrario, he de valerme de la luz que proyectan para intentar un nuevo examen del articulado de nuestro Código civil, en la parte pertinente, con la esperanza, seguramente infundada, de obtener conclusiones, no siempre conformes con las generalmente admitidas por la doctrina, aunque más en armonía con las declaradas en ocasiones, a través de sutilezas y distingos, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros.

Para la realización de ese propósito me ha de servir de punto de

(1) *Anales de la Academia del Notariado*, tomo II.

(2) Número 350, mayo 1946, bajo el epígrafe «Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los *Nascituri*».

partida la comparación, tantas veces reiterada por los autores, de los artículos 744, 745 y 758 del Código civil con los concordantes de las legislaciones extranjeras, si bien la compulsa, por razón de brevedad, quedará limitada al artículo 725 del Código francés, guía e inspiración del nuestro.

Tales preceptos dicen así:

"Art. 744. Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la Ley."

"Art. 745. Son incapaces para suceder:

1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunan las circunstancias expresadas en el artículo 30.

2.º Las Asociaciones o Corporaciones no permitidas por la Ley."

"Art. 758. Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.º, 3.º y 5.º del artículo 756, se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el número 4.º, a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución o el legado fuera condicional, se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición."

Artículo 725 del Código francés:

"Para suceder es necesario existir en el instante de la apertura de la sucesión.

Así, pues, son incapaces para suceder:

1.º El que no haya sido concebido todavía.

2.º El niño que no haya nacido viable."

De la comparación de unos y otro precepto se advierte, en primer término, como ya han reprochado diferentes autores, que nuestro Código no contiene la declaración expresa del artículo 725 del Código civil francés, por la que se niega capacidad para suceder a los que no existan al tiempo de la apertura de la sucesión. También se advierte, con igual reproche, que el artículo 745, al declarar la incapacidad de las personas naturales, se refiere tan sólo a las criaturas abortivas, sin mencionar de modo directo, como lo hace el Código civil vigente en Francia, a los no concebidos.

Bien es verdad, dice Manresa, que la censura carece de fundamento, porque el artículo 29 da solución a la dificultad, y una vez establecido en él con carácter general el principio del nacimiento de la personalidad

jurídica como requisito previo para el goce de los derechos civiles, no había necesidad de repetirlo.

Según dicho artículo, continúa diciendo, el nacimiento determina la personalidad civil, aunque para todos los efectos que le sean favorables se tiene por nacido al concebido, siempre que nazca con las condiciones del artículo siguiente.

Unicamente, prosigue, pueden ser sujetos de Derecho las personas, y, por tanto, mientras la Ley no reconozca vida legal a las mismas, hay una incapacidad natural para que recaiga en ellas derecho alguno.

La necesidad, dice a su vez Roca Sastre, de que el heredero exista *in rerum natura* al morir su causante, no implica problema alguno de capacidad sucesoria, pues constituye un presupuesto legal o, mejor dicho, una *conditio in juris*, de la efectividad del llamamiento sucesorio. La inexistencia de quien es llamado a una sucesión al abrirse ésta, no provoca simple incapacidad sucesoria, sino algo más importante o completamente distinto. Para que una persona pueda calificarse de capaz o de incapaz es preciso antes que exista; la capacidad, como la incapacidad, presuponen la existencia del sujeto en cuestión.

Tan brillantes argumentos sugestionan y atraen y es muy difícil sustraerse a su influjo y reaccionar contra ellos. Sin embargo, debe hacerse notar que, reducido el tema de los *nondum concepti* a tan estrechos límites, el problema no tendría existencia y, en todo caso, no habría para él más solución que la negativa de la capacidad para suceder, sin posible excepción.

Si nos hallamos ante un problema de existencia y no de capacidad, como afirma Roca Sastre, estaríamos fuera de la esfera jurídica y dentro del terreno de la Ontología, con todas las consecuencias derivadas del principio de la contradicción, base del conocimiento humano, conforme al cual, como es bien sabido, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto.

Cuando negamos al *nondum concepti*, por razón de *inexistencia*, la capacidad sucesoria, creamos un imposible metafísico y la regla así establecida se hace rígida e inflexible, sin que admita desviación alguna en cualquier supuesto, tanto en el tiempo como en el espacio.

La norma creada no tendría excepción posible y, de este modo, las admitidas por el mismo Código respecto a la sustitución fideicomisaria y a las reservas, unánimemente aceptadas por los autores y muy especialmente por Roca Sastre, serían creaciones monstruosas del legislador.

contra las cuales se habrían alzado los juristas en oposición cerrada y contundente.

No hay, pues, problema de existencia. Lo que sucede es que se enuncia deficientemente y se plantea fuera de su órbita, porque en realidad no se trata de los no concebidos, *nascituris*, sino de los *nascendus*, los que han de nacer, y, si se quiere, de los *nascibilis*, los que pueden nacer.

El no concebido y nunca nacido no está dentro de la esfera de actividad de la ciencia jurídica. La impotencia y la esterilidad se estudián en las aulas de la Facultad de Medicina. El Derecho parte de la vida ya creada, siquiera sea intrauterina, para negar personalidad jurídica a las criaturas abortivas y concedérsela a los que nacen con las condiciones legales, que se recogen por el artículo 30 de nuestro ordenamiento positivo.

El problema se refiere concretamente a la capacidad para suceder de quien *nace* después del fallecimiento de otro que le llamó al disfrute de la herencia o de un legado.

La posterior existencia del *nondum concepti* va implícita en el enunciado y es presupuesto necesario del problema que se plantea. Si no se reconoce así, estamos discutiendo un verdadero absurdo.

No es, repito, problema de existencia, sino de mera capacidad; porque lo único que se pretende averiguar, como antes digo, es si una persona *nacida*, pero *no concebida* al tiempo del fallecimiento de quien la instituyó heredera, puede entrar en el goce de la herencia.

De este modo, la cuestión debatida deja de ser pura Ontología para entrar en la esfera del Derecho, y dentro del ámbito a que limito este estudio, de estricto Derecho positivo.

Mas esto obliga a volver sobre los preceptos anteriormente transcritos y a recoger de nuevo la censura formulada contra los autores del Código civil por haber omitido una declaración expresa de incapacidad para suceder, como la contenida en el Código civil de Francia, de los no nacidos o de los no concebidos al tiempo de abrirse la sucesión.

Semejante omisión, como ya vimos, a juicio de Manresa y de otros escritores, pudo ser deliberada, puesto que la hace innecesaria el artículo 29 del mismo Código.

Pero este argumento, que hemos calificado de sugestivo y atrayente, no puede ser aceptado sin ciertas reservas, que arrancan de la misma lectura del artículo 745.

Porque parece lógico pensar que si el legislador estimó ociosa una declaración expresa de incapacidad para suceder de los no concebidos, puesto que el artículo 29 la hacía innecesaria, la misma razón obligaba a omitir la relativa a las llamadas criaturas abortivas, a que se refiere el párrafo primero del citado artículo 745, ya que ellas también carecen de personalidad jurídica y no pueden ser sujetos de derechos, a tenor de lo prevenido en el artículo 30, por estar comprendidos en el 29.

Si la declaración expresa era innecesaria para los primeros, por lo que fué silenciada, también debió ser omitida respecto a las criaturas abortivas, comprendidas en la misma regla y sometidas a la misma ordenación.

Y sin embargo, la Ley calla en un caso lo que declara en otro.

Parece indiscutible que este distinto proceder debe tener alguna justificación, que no puede ser de tan pobre contenido como una mera imputación de negligencia en materia de tanta importancia, sobre todo teniendo a la vista el artículo 725 del Código civil francés, cuyo texto sería cien veces consultado por los autores del nuestro.

A mi juicio, existe una clara y poderosa razón, conforme en absoluto con la tesis que intento defender con este trabajo.

Yo creo que el legislador declaró expresamente la incapacidad de las llamadas criaturas abortivas, porque ellas son *ciertamente inexistentes* y nunca, bajo cualquier supuesto, pueden ser sujetos de derechos. Por el contrario, no declaró la incapacidad de los no concebidos, porque ellos son *inciertamente existentes* y aun *posiblemente existentes*, y, por tanto, pueden en algún momento ser sujetos de derechos.

Conforme a nuestro ordenamiento positivo, pueden suceder por testamento o abintestato los que no están incapacitados por la Ley, y entre los incapacitados por la Ley no figuran los *nascendus* o los *nascibilis*, los que han de nacer o los que pueden nacer.

Son éstos personas inciertamente existentes al tiempo del fallecimiento del testador, y esta condición de personas inciertas las permite ser herederas o legatarias, si por cualquier evento resultan ciertas, según dispone el artículo 750 de nuestro Código, incluido, como se sabe, con gran acierto, a mi juicio, pese a alguna opinión contraria, en la sección primera, capítulo II, título III, libro II del Código, que lleva por título "De la capacidad para suceder por testamento o sin él".

Este precepto, tan poco estudiado y tan mal entendido, plantea un nuevo problema: el de las personas *inciertas*.

Los autores las distinguen de las *indeterminadas* y de las *desconocidas*; pero, a decir verdad, los esfuerzos hechos para diferenciarlas contribuyen mucho a confundirlas.

Ya la Instituta, en su párrafo 25, título XX, del libro II, ofrece claros ejemplos de tal confusión. "Pero no se reputaba persona cierta, dice Justiniano, la que el testador traía a su memoria de un modo incierto, como si alguno dijese de este modo: "a cualquiera que hubiese dado a su hija en matrimonio a mi hijo, déle mi heredero aquel fundo"; también aquello que se les dejaba "a los que primero hubiesen sido designados Cónsules después de hecho el testamento", se entendía que era legado igualmente a una persona incierta de lo que hay finalmente otros muchos ejemplos."

En la misma confusión incurren la totalidad de los autores, cuyas opiniones son recogidas por Mucius Scevola en sus comentarios al Código civil.

Así, Ascaríos dice que son inciertas las personas que el testador no conoce, ni las que nunca ha visto, sino aquellas de que es imposible formarse una idea clara; ejemplo: el que se case con mi hija.

Para Savigni, es persona incierta la que el testador ha tenido presente como individuo determinado y cuya designación, por tanto, no puede hacer favor a distintos individuos, según distintas circunstancias.

Aubry et Ran, consideran como personas inciertas aquellas cuya individualidad no es aun determinada, ni puede serlo en el porvenir, por la realización de un hecho previsto en el testamento. Cuando se lega al que se casa con una parienta del testador no hay persona incierta, puesto que puede llegar a determinarse.

El propio Mucius dice que para que una persona sea determinada de presente, es decir, sin relación con hecho alguno que deba ocurrir más adelante, es necesario en primer lugar que exista. Y agrega, son personas ciertas de presente aquellas que el testador designa, desde luego, o que podría designar, teniendo datos, por sus respectivos nombres y apellidos. Lega la casa X al que sea Gobernador de el día primero del próximo siglo. Aquí se trata, dice, de persona en realidad incierta. Cuando el testador la nombra no tiene determinación alguna. Por eso, el mismo Código las llama personas inciertas, aunque pueden tornar ciertas, con el tiempo. Pero la determinación, entonces, no es precisamente de la persona, sino la del hecho a que se refiere.

Según se advierte, y hemos hecho notar anteriormente, estas opi-

niones y los ejemplos que las ilustran, son modelos de vaguedad e imprecisión y de arbitrario empleo de los términos: cierto, incierto, determinado, indeterminado, conocido y desconocido, que interesa distinguir y aclarar.

Así, *cierto*, que no es lo mismo que *verdadero*, equivale a real o existente, y cuando califica y sigue al sustantivo, afirma su existencia. Persona *cierta* es persona que existe, como cosa *cierta* es cosa que tiene realidad. Cuando precede al sustantivo, como *cierto* libro, *cierto* lugar, afirma también la existencia del libro o del lugar, aunque no lo individualice o identifique.

Lo contrario de lo cierto es lo incierto o lo dudoso; pues, como afirma Edmond Goblot en su Vocabulario Filosófico, lo que se opone a la certeza es la duda y no la ignorancia; porque de un conocimiento de que se carece, no se puede preguntar si estamos ciertos o dudosos.

Lo incierto, atribuído a una persona, pone en duda su existencia. Persona *incierta* es la que puede o no existir en un momento cualquiera o en determinadas circunstancias. La incertidumbre recae sobre la persona misma, sobre su propia existencia, sobre su propio ser.

Lo indeterminado es, a su vez, lo que no se individualiza entre varios que poseen cualidades comunes, pero no idénticas. Lo que puede ser de varias maneras diferentes o atribuirse a distintos sujetos. La determinación de una persona consiste en la expresión de aquella cualidad que la distingue de lo que no es ella o la diferencia de otras.

Por último, persona conocida es la que está presente en nuestra mente, conforme a su realidad exterior; y desconocida, la que, teniendo existencia real, es ignorada por nuestro entendimiento en sus cualidades individuales.

La diferenciación establecida, notoria en los conceptos, debe ser recogida en algunos ejemplos, que pueden multiplicarse.

Si yo nombro heredero a mi sobrino Luis, combatiente de la División Azul y desaparecido en el campo de batalla, designo a una persona determinada, pero incierta, porque lo es su existencia, ya que mi sobrino Luis pudo perecer en el combate, o morir prisionero en un campo de concentración, o hallarse vivo e incomunicado en tierras de Siberia.

Del propio modo, cuando dejo un legado al mayor de los hijos varones que tenga mi hermano Pedro de su proyectado matrimonio. beneficio a una persona incierta, porque lo es su existencia, ya que mi

hermano Pedro puede continuar soltero, o no tener hijos o carecer de varones.

Por el contrario, si dejo mis bienes al que sea alcalde de Madrid al ocurrir mi muerte, instituyo heredero a una persona cierta, pero indeterminada, puesto que no puedo individualizar entre los vecinos de la capital con capacidad para el cargo, el que lo desempeñe en el momento fijado.

Asimismo es indeterminado el legado hecho a favor de la primera de mis sobrinas que contraiga matrimonio, después de mi muerte.

Ultimamente, cuando ordeno un reparto de cartillas de ahorro entre los nacidos en mi parroquia el día anterior al de mi fallecimiento, hago una disposición a favor de personas ciertas y determinadas, pero desconocidas.

Después de estos ejemplos y de las anteriores consideraciones, me parece evidente que los *nondum concepti*, como personas inciertas, pueden suceder por testamento, si se cumple el evento que las hace ciertas, el cual no es otro que su propio nacimiento, debiendo advertir, para evitar posibles objeciones, que el evento ha de realizarse después de la muerte del testador, pues si se cumpliera antes, no existiría incertidumbre en la persona, que ya sería cierta al abrirse la sucesión, desapareciendo así el supuesto jurídico a que provee el legislador, con lo cual el artículo 750, falto de la base que lo sostiene, sería un precepto inoperante, sin misión alguna que cumplir dentro de nuestro Código.

Por ello me permito afirmar, de acuerdo con la opinión expresada en una breve nota por los traductores y adaptadores de Ennecerus, que puede ser legatario o heredero el nacido después de la muerte del testador, aunque no estuviese concebido en tal momento.

De este modo desaparece, en mi opinión, el principal obstáculo de los señalados por González Palomino para la validez y eficacia, admitidas por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros, de las cláusulas testamentarias que examina en sus celebrados "Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio", sin necesidad de convertirlas en sustituciones fideicomisarias, frente a la letra y al espíritu del artículo 785, que, por ser prohibitivo y formalista, no admite una interpretación extensiva.

Validez y eficacia que se aceptan con menor esfuerzo, cuando se medita sobre la supuesta inexistencia del derecho de usufructo invocada por el mismo autor en los ejemplos que utiliza, puesto que la deriva de

un pretendido silogismo, con las dos premisas negativas, de las que nada puede deducirse conforme a la conocida regla: *Utraque si premissa neget nihil inden sequetur.*

Máxime cuando la demostración indirecta o apagógica que emplea carece de la fuerza probatoria que se deriva de la directa u ostensiva.

Así, utilizando ésta, se puede decir:

Premisa mayor: El usufructo da derecho a gozar y disfrutar una cosa ajena.

Premisa menor: Es así que yo gozo y disfruto esta cosa que no me pertenece.

Conclusión: Luego yo soy usufructuario de esta cosa.

Sin que por otra parte pueda calificarse de antijurídica la situación de la nuda propiedad sujeta al plazo o a la condición, como no lo es la del dominio afecto a las mismas modalidades.

PASCUAL LACAL.

Notario.