

# El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia

«Instituyo herederos a A, B y C por iguales partes: A y B en pleno dominio, y C en usufructo vitalicio, y a su muerte pasará su parte, en pleno dominio y de libre disposición, a sus hijos D y E y demás que tenga.»

Haciendo nuestras las palabras del Centro Directivo (1), sentamos por vía de antecedente que «uno de los casos más frecuentes en las legislaciones comunes o forales, que admiten sustituciones fideicomisarias a favor de personas no nacidas al fallecimiento del testador, es el llamamiento de los hijos nacederos del instituido, tanto de los engendrados al abrirse la sucesión (*póstumi*), como de los no concebidos en tal momento (*nondum concepti*), con la particularidad de que, si bien la situación del póstumo encuentra en algunos supuestos un tratamiento legal específico, faltan las normas de tutela y representación para proteger la más o menos probable personalidad de los hijos que pudiera tener, en lo futuro, un matrimonio o una persona que todavía no lo ha contraído o los sobrinos del testador.»

Si nuestra voz no pecara de osada, prestaríamos nuestra contribución modesta al estudio del problema, sistematizando la materia en la forma siguiente :

(1) Resolución de 8 de Julio de 1924.

- 1.º Naturaleza de la institución.
- 2.º Su validez.
- 3.º Determinación de los bienes objeto del fideicomiso condicional.
- 4.º Titulares del usufructo, nuda propiedad y pleno dominio.
- 5.º Modalidades que pueden admitirse.
- 6.º Inscripción en el Registro.
- 7.º Enajenación y gravamen.

#### 1.º—NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN.

El ejemplo vivo, al principio se transcribe: Un testador instituye por sus herederos a A, B y C por iguales partes; pero mientras A y B heredan en pleno dominio, C sólo recibe el usufructo de su porción, y a su muerte su parte pasará ya en pleno dominio y de libre disposición a sus hijos D y C y demás que tenga. ¿Qué clase de institución es ésta? Desde luego, no entra en nuestro objeto verificar un análisis de la naturaleza de tales instituciones, de por sí discutible, pero sí puede afirmarse que, en el caso propuesto y otros semejantes, existe, de modo más o menos indirecto, un verdadero fideicomiso condicional, y así lo admiten las resoluciones de 8 de Mayo de 1924 y 17 de Octubre de 1928, entre otras, al que le son aplicables los artículos 787, 781 y 785 del Código civil. Prescindiendo, por tanto, de la discusión científica que podría plantearse acerca de si, en realidad, hay o no una verdadera sustitución fideicomisaria, pueden consultarse, al efecto, las resoluciones de 25 de Junio de 1895, 10 Febrero 1899, 19 Julio 1909, 29 Marzo 1916 y la sentencia de 18 de Noviembre de 1909.

No debe olvidarse que, por precepto del artículo 789 del Código civil, lo expuesto respecto de los herederos se aplicará a los legatarios.

#### 2.º—SU VALIDEZ.

Se ha sostenido que la institución hecha a favor de personas no nacidas, ni aun concebidas, al fallecimiento del testador, ni que

aún se sabe si nacerán, no es válida, y al efecto se cita el precepto del artículo 745 del Código civil, que declara incapaces de suceder a las criaturas que no reúnan las circunstancias del artículo 30 del mismo cuerpo legal. Tampoco vamos aquí a reproducir ideas ya expuestas por tratadistas acerca de la materia (1). A nuestro entender, la institución a favor de personas no nacidas, al morir el testador, no puede afirmarse que sea nula. El Código, en su espíritu, tiende únicamente a no dilatar innecesariamente el cumplimiento de las disposiciones testamentarias (como si se instituyera heredero al primer niño que naciera en un pueblo el año 3000, fecha lejana), y, en realidad, lo que quiere evitar es una amortización de la propiedad. El precepto hay que relacionarlo con los artículos 781 y 785, puesto que una institución del tenor de la antes expuesta, que hubiera de dilatar su cumplimiento hasta el año 3000, envolvería una prohibición temporal de enajenar fuera del límite marcado por el artículo 781, por ser a favor de personas no nacidas al tiempo del fallecimiento del testador y no ser posible computar los dos grados establecidos por aquel precepto. Por el contrario, en las instituciones a favor de los hijos de uno de los herederos, aunque éste lo sea como primer heredero instituido sólo en usufructo, que puedan nacer, serán válidas, porque no pasan del segundo grado, pues la conjunción disyuntiva o que emplea el Código indica bien a las claras que no es preciso el requisito conjunto de la existencia al tiempo de fallecer el testador. Esta es la verdadera doctrina que con técnica depurada recoge la Dirección al afirmar «que, si bien la opinión dominante entre los jurisconsultos del pasado siglo afirmaba con relación al Derecho romano que la existencia del heredero en el momento de morir el causante era condición general de la sucesión hereditaria, sin más excepción que la del póstumo, esta regla jurídica, ni tiene claros precedentes en los textos fundamentales, ni corresponde a la moderna concepción hereditaria, ni, sobre todo, puede aplicarse indistintamente para llenar las lagunas de Códigos civiles que, como el nuestro, conceden a la voluntad del testador en las sustituciones de tipo fideicomisario admitidas y en los legados asimilables un valor preponderante». «Que la dispo-

(1) Véase Manresa: *Comentarios al Código civil*, tomo VI, pág. 15, sexta edición.

sición en que el testador deja a una persona el todo o parte de la herencia y a otro el usufructo se halla regulada por el artículo 787 del Código civil, dentro de la sección destinada a las sustituciones y a continuación de las fideicomisarias, para las cuales no rige la mencionada regla, conforme lo demuestra la redacción del artículo 781, que contrapone las sustituciones fideicomisarias que se hagan en favor de personas que *vivan al tiempo de fallecer el testador*, a las que, por no presentar esta característica, surten efectos tan sólo cuando no pasen del segundo grado» (1).

### 3.º—DETERMINACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DEL FIDEICOMISO CONDICIONAL.

La primera cuestión que surge al examinar el tema propuesto es la determinación de los bienes que están afectos al fideicomiso condicional. Cuando se trata de un legado de cosa o de bienes determinados, el problema no se presenta, pues el mismo testamento es el título que fija los bienes que han de usufructuarse por el primer heredero, pero en casos como al principio propuesto, el problema es una realidad viva.

Y la cuestión básica a determinar es la de si en la partición que hay que practicar para dividir los bienes hereditarios basta la intervención de los herederos instituidos en primer lugar, o es preciso la de todos, aunque lo sean en segundo lugar. La Dirección se resuelve por la intervención de todos, en varias resoluciones, entre otras la de 29 de Marzo de 1916, en la que estableció que «el derecho de los llamados en un testamento, bien en concepto de fideicomisarios, bien como herederos de la nuda propiedad, por haber dispuesto el testador del usufructo a favor de otra persona, surge desde el momento de la muerte del causante, concediendo a cada uno de los instituidos acciones especiales, conforme lo preceptúa el artículo 784 del citado Cuerpo legal y lo han declarado el Tribunal Supremo, en repetidas sentencias, y la Dirección en la resolución de 29 de Noviembre de 1911, entre otras»; en su conse-

(1) Resolución de 23 de Julio de 1924.

cuencia, exige para la validez de las operaciones particionales la aprobación por todos los interesados en la herencia. No llega a más en esta materia la expresada resolución, y, por tanto, queda en el aire la forma de representarse los derechos que, en su caso, puedan corresponder a personas no nacidas en el momento de otorgarse la escritura particional (en el caso al principio transcrito, los hijos que pueda tener C).

La resolución de 10 de Junio de 1916 limita la intervención en la partición de bienes a los representantes únicos de la testamentaria en la fecha de la escritura, esto es, que sólo exige la intervención de los que vivan al practicarse la partición, con lo que tampoco se aborda el problema de la representación de los no nacidos, o, mejor dicho, de la representación de los derechos que a los no nacidos pueda corresponder, si bien para salvaguardar, como es lógico, los derechos de esos no nacidos, exige en el último considerando que es preciso que conste en el Registro la limitación que se establece a favor de personas no nacidas, por si tal condición llegara a cumplirse. En la resolución de 17 de Octubre de 1928, y sólo porque al heredero instituido en primer lugar le concedía el testamento excepcionales facultades, entre ellas la de vender, se proclamó que bastaba la intervención de tal heredero; pues, de no haber mediado tales excepcionales facultades, claramente se manifiesta precisa la intervención en las particiones de los demás herederos, «ya que están interesados en averiguar si entre los bienes dejados hay algunos que pueden corresponderles», esbozándose que los derechos de tales sucesores no son meras expectativas que no puedan ser objeto de mención en los libros hipotecarios.

Descartado el caso de existir contador partidario testamentario en el cual, por imperativo del artículo 1.057 del Código civil, no precisa intervención alguna de los herederos (1), el problema continúa sin resolver. Desde luego, de la doctrina expuesta se deduce claramente que sólo dos soluciones puede tener: o exigir la intervención de todos los herederos (en el caso propuesto al principio, de A, B, C, D y E, que son los que viven al fallecer el testador), y además dar una adecuada representación a los derechos que en su día puedan corresponder a los demás herederos que puedan nacer

(1) Véase la resolución de 12 de Julio de 1917.

(los demás hijos que pueda tener C), o practicar la partición sólo con la intervención de los que vivan al fallecimiento del testador (A, B, C, D y E), dejando sin representación a los derechos que puedan tener los no nacidos, pero haciendo constar, en los libros del Registro, la reserva de derechos y acciones a favor de los que han de nacer, si llegare el caso.

El problema, de sí complejo, se agrava aún más si consideramos que los bienes de la herencia no han de consistir necesariamente en inmuebles en los que la inscripción en el Registro puede establecer una reserva de derechos y acciones que ponga a cubierto a los no nacidos de cualquier perjuicio que se les pueda causar en la partición, sino que, si los bienes hereditarios consisten en muebles, alhajas, dinero o valores públicos de fácil realización, la reserva es imposible y, por tanto, el perjuicio, de causarse, es irreparable. A este efecto, hemos de traer a colación los escrúpulos que en cierta ocasión me manifestaba sentir el Letrado de una importante entidad bancaria cuando se solicitaba la devolución de depósitos constituidos a favor de personas en cuyo testamento aparecían fideicomisos condicionales, como el que nos ocupa, pues la intervención única de los herederos que vivían al fallecimiento del testador hacía que éstos se adjudicasen los valores públicos en importante cantidad, dejando afectos, o destinando al fideicomiso a favor de herederos no nacidos, inmuebles sin importancia o con valor de notoria y desproporcionada inferioridad en su valor con los valores adjudicados. De donde resultaba que, una vez retirados los valores y llegado el caso de nacer alguno de los herederos llamados en segundo lugar, su derecho había quedado ilusorio, pues la reserva consignada en el Registro no era bastante para resarcirle del magno perjuicio causado.

Nos encontramos, pues, ante un caso de oscuridad u omisión de la Ley, en el que será de exacta aplicación el artículo 6.º, párrafo segundo del Código civil, debiendo, por tanto, acudir a los principios generales del Derecho. ¿Y qué dicen los principios generales del Derecho?

*Jus semper quærendum est æquabile, neque enim aliter jus esset.* En el Derecho se ha de buscar siempre la igualdad, si no, no sería Derecho. *Æquitas paribus in causis paria jura desiderat.* Por equidad a iguales casos, igual derecho.

Partiendo de estos dos principios eternos de justicia, examinaremos quiénes deben representar, y con qué normas, la más o menos probable personalidad de esos hijos no nacidos, y ello es objeto del apartado siguiente.

ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad

## BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas:

Glorieta de Bilbao, 6, Glorieta de Atocha y Conde Romanones, 6

Capital autorizado . . . . . 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado . . . . . 51.355.500 —

Reservas . . . . . 67.621.926,17 —

400 Sucursales en España y Marruecos

### Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores.—Descuento y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores.—Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc....

### TIPOS DE INTERES

#### I. — Cuentas corrientes.

A la vista . . . . . 2 por 100 anual.

#### II. — Operaciones de ahorro

A) *Libretas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas . . . . . 3 1/2 por 100 anual

#### B) *Imposiciones.*

Imposiciones a plazo de tres meses . . . . . 3 por 100 anual.

Idem a seis meses . . . . . 3,60 — —

Idem a doce meses o más . . . . . 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297