

de las familias, evitando su disolución y su ruina. Del fideicomiso se tomó la designación de varias personas por cuyas manos había de pasar la herencia, aplicando la doctrina de la sustitución, en cuanto el llamado en primer término disfrutaba de los bienes hereditarios, con la obligación de conservarlos para transmitirlos á su muerte al llamado en segundo lugar como sustituto del primero, hallándose este segundo en las mismas condiciones que el primero respecto del designado en tercer lugar, y así sucesivamente. La inalienabilidad de los bienes hereditarios y un orden preestablecido de suceder, consecuencias y desarrollos lógicos de aquellos principios, constituyeron los elementos de la vinculación y bastó añadirles en la época más avanzada de la Historia, el principio de masculinidad germano y el de primogenitura feudal, para que se originasen los *mayorazgos*, verdaderos engendros de la *sustitución fideicomisaria*.

Por lo expuesto pueden apreciarse con claridad las diferencias entre ésta y el fideicomiso. En aquélla, el *fiduciario* es realmente heredero en cuanto disfruta de la herencia, sucede en los derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio de su causante, si bien con la prohibición de enajenar que impide considerarle como un verdadero dueño. Los fiduciarios pueden ser muchos; la herencia va pasando de unos á otros herederos, de unas á otras generaciones, y en su disfrute van *sustituyéndose* los llamados á suceder al causante hasta llegar al fideicomisario, que recibe la herencia sin la obligación de transmitirla á persona determinada, bien entendido que la *sustitución fideicomisaria* no exige invariablemente esta pluralidad de fiduciarios; basta que exista uno sólo con el derecho de disfrutar la herencia y la obligación de conservarla y transmitirla después á un tercero para que aquella sustitución exista. En el fideicomiso ya se ha visto que esto no sucede; allí, repetimos, el fiduciario no es en realidad heredero, es un depositario de la herencia, un mandatario del testador, un ejecutor testamentario, como le llama el Tribunal Supremo, que en la sentencia de 22 de Mayo de 1894 — publicada en la *Gaceta* de 21 de Octubre — declaró que el encargo hecho por un testador á dos ó más personas para que distribuyan la herencia con arreglo á las instrucciones verbales que les haya dado, *no confiere á los encargados el carácter de herederos, sino el de meros ejecutores testamentarios*. Existe, por consiguiente, en el fideicomiso, una sola disposición, una sola liberalidad, mientras que hay más de una en la sustitución fideicomisaria.

La variedad más interesante del primero, es el fideicomiso de confianza; aquel fideicomiso tácito ó secreto en que la designación del fideicomisario la hace el testador reservadamente en instrucciones que comunica al fiduciario, depositando en él toda su confianza, encomendando á la conciencia del mismo el cumplimiento de su voluntad, según la que

debe darse á los bienes el destino previamente marcado, ya se considere á esta persona como heredero fiduciario con instrucciones reservadas, ya como heredero de confianza, ya siguiendo la tecnología de las Partidas, como *testamentario fideicomisario*, ó mejor albacea de confianza relevado expresamente por el testador de la obligación de rendir cuentas, pues en el fondo no se diferencian unos de otros, y los límites que los separan son puramente formales.

¡Cuán diferentes el carácter y el fin de esta institución y el de la sustitución fideicomisaria! No insistimos más ahora en este punto, que al explicar el art. 785, más adelante, tiene su desarrollo adecuado; tratamos únicamente de recordar los conceptos fundamentales que han de servirnos para apreciar en su verdadero valor las disposiciones del Código y para evitar confusiones en que, dada la complicación de la materia, sería fácil incurrir, como han incurrido ilustrados tratadistas. Así, el Sr. Falcón, al tratar de ella (1), encabeza su explicación con el epígrafe: *Sustituciones fideicomisarias ó fideicomisos*, diciendo á continuación: «El Código civil español, siguiendo en esto una opinión muy generalizada entre los jurisconsultos, coloca á los fideicomisos entre las sustituciones fideicomisarias; y trata de ellos al mismo tiempo que las sustituciones en general. Sin embargo, la misma idea que de los fideicomisos dan los jurisconsultos, demuestra que no son, sino en un sentido impropio sustituciones.» Se ve, pues, que parte de la sana doctrina de diferenciación entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria; pero concluye en la confusión contraria á la que critica en el Código, considerando que no hay tal sustitución fideicomisaria, que sólo existe el fideicomiso y que no hay precisión de llamar sustituciones á las instituciones fideicomisarias. «Son verdaderas instituciones, aunque indirectas, dice, porque la herencia se defiere siempre al heredero fideicomisario, sin que el derecho de éste dependa de la aceptación ni de la muerte de nadie.» «Para que pudiera llamársele sustituto — al fideicomisario —, hubiera sido preciso conceder al fiduciario un derecho personal á la herencia.» Con lo que antes se ha dicho basta para comprender que no es enteramente exacto lo que afirma el Sr. Falcón, y que se equivoca al confundir dos instituciones que presentan distintos caracteres (2).

57. Se colige fácilmente de lo que va expuesto cuáles son las ventajas é inconvenientes de las formas *fideicomisarias*. Las primeras son escasas ó nulas, y si acaso muy circunstanciales en casos singulares, por lo

(1) *El derecho civil español común y foral*, t. III, pág. 204.

(2) Los Sres. Azcárate y Costa señalan con acierto esta diferencia en sus notables obras respectivas: *Ensayo sobre la historia de la propiedad* (t. II, págs. 221-222), y *Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código civil español* (págs. 22-23).

que exaltan la soberanía civil del testador fideicomitente. En cambio, los peligros y vicios de esta clase de sustituciones en los fideicomisos perpetuos, son, en primer término, los de toda vinculación, los económicos que trae consigo la inalienabilidad de la propiedad, con más en cuanto supone el hecho de que un testador legisle para siempre, señale un orden permanente de suceder en su patrimonio, sujete éste á una línea fija y á una determinación constante como consecuencia de una exageración de la libertad de disponer, de una amplificación inadmisibles de los derechos dominicales; á lo que hay que añadir los inconvenientes de índole moral que traían aparejados los mayorazgos.

El movimiento desvinculador quiso acabar con todas estas instituciones y la Revolución francesa se propuso cortar de raíz todo lo que tuviera sombra de privilegio, y, por tanto, lo que ofreciera algún aspecto de vinculación. Llegó su turno á la sustitución fideicomisaria y cayó á los golpes del legislador francés suprimida de un modo radical, primero por la ley de 14 de Octubre de 1792, y por el Código de Napoleón después, que prohibió en absoluto las sustituciones. «Toda disposición, dice, por la que el donatario, el heredero instituido ó el legatario sea encargado de conservar y de entregar á un tercero será nula, incluso para el donatario, el heredero instituido y el legatario» (1). Solamente se exceptuaron de esta absoluta medida prohibitiva las disposiciones llamadas *oficiosas* por las que el testador instituía herederos á sus hijos ó sus hermanos, encargándoles la entrega de los bienes en la parte de libre disposición á los hijos de éstos, nacidos ó por nacer, solamente en el primer grado (2).

Quedaron también fuera de esta prohibición todas las disposiciones testamentarias que no eran verdaderas sustituciones, en cuanto no comprendían más de una liberalidad y en ellas se incluían los fideicomisos denominados *puros*, es decir, los que no llevaban envuelto el derecho del fiduciario á retener y conservar los bienes hasta su fallecimiento, sino la obligación de transmitirlos de una sola vez á un tercero (3).

(1) Art. 896, Cód. francés.

(2) Arts. 1.048 y 1.049, ídem íd.

(3) Á este propósito merecen ser tenidas en cuenta las siguientes palabras de Boissard refiriéndose á la prohibición del Código francés, en su obra *Des substitutions et des majorats* (pág. 229): «Para que haya sustitución fideicomisaria—prohibida, por tanto—, no basta que se haya impuesto, como dice el art. 896, la obligación de conservar y de transmitir. Con efecto: el art. 1.121 autoriza á dar bienes á uno con carga de restituirlos en todo ó en parte á un tercero en una época determinada. En igual forma, el fideicomiso es admitido entre nosotros y no se distingue del legado ó herencia; puede ser puro y simple, á término ó condicional; es decir, que puede imponerse al heredero ó legatario la obligación de conservar tales ó cuales bienes y de transmitirlos á tal otro legatario, sea inmediatamente, sea al cabo de un cierto tiempo, ó en caso de realizarse alguna condición (art. 1.040). En ninguno de estos casos tiene aplicación el art. 896; no hay sustitución fideicomisaria.»

Nuestro Código, y aun antes la propia ley desvinculadora, que no obstante su absoluto criterio abolicionista de todo régimen vincular, cualquiera que fuese su nombre, dejó subsistentes los *fideicomisos temporales*, no ha observado con la sustitución fideicomisaria el sentido radical del Código francés. Rindiendo tributo á la tendencia desvinculadora, y deseando evitar que las sustituciones fideicomisarias se convirtieran en una verdadera vinculación, estimó—á nuestro juicio con acierto—que no era preciso llegar á la supresión y prohibición absoluta de establecer sustituciones de ese género, y optó por la prohibición relativa, que se hizo constar en la Base *décimosexta* de la ley de 11 de Mayo de 1888. En ella, haciendo referencia á la Base anterior, en la que se habla de las reformas que en la sucesión testada debían introducirse, aparece lo siguiente: «Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, á no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.» Consecuencia de este precepto fué el art. 781, en el que se reproduce, aunque variando algo la redacción: «Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto, siempre que no pasen del segundo grado ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.»

58. Para nuestro Código: la sustitución fideicomisaria «*es aquella en virtud de la cual se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia*». Mejor hubiera sido tal vez emplear la palabra *ordena* en lugar de *encarga*, en cuanto ésta puede también referirse á una mera súplica ó un deseo, que no determinen obligación impuesta al heredero, quedando al arbitrio de éste el cumplir ó no la recomendación del testador, aunque de hecho, sean unas ú otras las palabras, se realice la sustitución por el respeto del heredero á la voluntad de su causante. Tiene esto su origen en que el *fideicomiso* apareció distinguiéndose en su forma de la institución directa por el empleo en aquél de palabras de *ruego* ó *de encargo* y en ésta de *frases imperativas* y de ordenación directa y preceptiva.

«... Que el heredero *conservar* y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia...» ¿Qué ha de entenderse por *conservar*? Precisamente en esto, es decir, en las facultades que al fiduciario se concedan, estriba, según se deja dicho, la diferencia entre el fideicomiso *puro* y la *sustitución fideicomisaria*. Por de pronto, el Código dice que el *heredero conservar*... Reconoce, pues, en el fiduciario la cualidad de *heredero instituido*, y con ella, por consiguiente, los derechos al disfrute de la herencia que le son peculiares. La palabra *conservar* no es expresión de un *derecho* que al heredero se concede, sino de un *deber* que se le impone, unido

íntimamente—como condición que es el uno para el otro—al de transmitir la herencia á la persona designada.

He aquí por qué, con arreglo al espíritu de este precepto, no puede considerarse que existe una sustitución fideicomisaria cuando el testador dispone la inversión del todo ó parte de sus bienes en sufragios, obras benéficas, industrias, etc., aunque del art. 785 pudiera deducirse otra cosa. En este punto estamos conformes con la idea, aunque no literalmente con sus palabras, expresada por el Sr. Manresa en los términos siguientes: «... si los bienes ó parte de ellos han de pasar directamente del testador á las clases ó personas favorecidas, habiendo sólo como intermediario un albacea ó encargado de cumplir la voluntad del testador; en suma, un mero instrumento ó representante sin facultades propias, no habrá sustitución fideicomisaria. Pero sí la habrá en el caso de existir, en primer término, otro heredero que ostente el derecho de disfrutar y conservar para darles después la inversión que el causante hubiera establecido» (1). Este sentido, y no otro, debe darse á la palabra *conservar*.

En cuanto á la transmisión al tercero, deberá hacerse en la época señalada por el testador, que puede, como es natural, afectar á la sustitución con los elementos accidentales de la condición ó del plazo, y de no haberla marcado éste expresa y terminantemente en la época de la muerte del fiduciario, á cuyo fallecimiento entra á ocupar su lugar, sustituyéndole el fideicomisario, y si los sustitutos fueran varios, el nombrado en segundo lugar y á la muerte de éste el tercero, etc. Esta es la expresión genuina de la *sustitución fideicomisaria*, que representa un orden previamente establecido de suceder; una línea determinada que han de seguir los bienes, pasando de un patrimonio á otro en la sucesión *mortis causa*. Por eso, de no disponer el testador expresamente otra cosa, se entiende la sustitución fideicomisaria constituida en la forma indicada.

59. Los *elementos personales* de esta institución se determinan, según queda dicho (2), por la concurrencia de los tres términos: *fideicomitente*, *heredero fiduciario* y *heredero fideicomisario*.

Puede ser *fideicomitente*, es decir, tiene capacidad para ordenar la sustitución fideicomisaria, el que la tiene para testar. Podrá ser heredero *fiduciario* todo el que tenga la capacidad exigida por la ley para suceder por causa de muerte, y lo mismo podemos decir del heredero *fideicomisario* que es *sustituto* de aquél, y que, por tanto, ha de reunir iguales condiciones de capacidad que el sustituido.

Sin embargo, con relación á éstos es preciso tener en cuenta la prohi-

(1) *Comentarios al Código civil español*, t. VI, pág. 138.

(2) Núm. 25 de este cap.

bición establecida por el art. 781, según la que las sustituciones fideicomisarias sólo serán válidas cuando se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, ó, en otro caso, no pasen del segundo grado. En virtud de ello, únicamente las personas comprendidas en estos términos permisivos podrán ser herederos *fideicomisarios*.

Tratándose de esto será preciso determinar qué se entiende por *segundo grado*. Hay quien lo interpreta en el sentido de significar *grado* tanto como *llamamiento* (1). Autoriza el Código *dos llamamientos*, que serán dos ó tres personas, según se cuente al primeramente instituido ó sólo á los sustitutos. Discrepamos de esta opinión. Y las razones para ello están en el mismo Código y en la ley de Bases.

El Código expresamente dice en el art. 915 lo que entiende por *grado*; y claro es que al emplear esta palabra hay que suponer que lo hace con la misma significación que él la ha concedido. «Cada generación forma un grado», dice en el citado art. 915, de manera que *segundo grado* es igual que *segunda generación*. Y á mayor abundamiento tenemos la Base 16.^a, antes transcrita, donde se dice que las sustituciones fideicomisarias no pasarán, ni aun en la línea directa, de la *segunda generación*, y el art. 781, según se ha dicho, es consecuencia y reproducción de lo que establece esa Base 16.^a, aunque cambiara la palabra *generación* por la palabra *grado*, por una similitud no muy aceptable, pero tampoco peligrosa, puesto que ya se declara en el mismo Código la igualdad que para el legislador ofrecen esos dos términos.

Se puede sustituir *fideicomisariamente*, por tanto, hasta la *segunda generación*, ó en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, siendo de notar que, aun no viviendo al tiempo de verificarse la transmisión de los bienes de la herencia á su favor, ésta pasará á sus herederos, conforme á lo dispuesto por el art. 784. ¿Pueden estimarse como personas *vivas* al fallecimiento del testador los concebidos y no nacidos? Creemos que sí, considerando que éstos tienen vida jurídica, en cuanto son capaces de ciertos derechos, siempre que después nazcan en condiciones legales al efecto (2).

Algún comentarista pregunta si la sustitución fideicomisaria *de residuo*—esto es, el llamamiento á un tercero en la parte que reste de la herencia á la muerte del heredero instituido—, valdrá más allá de los límites del Código, ya que no puede estimarse una obligación impuesta

(1) Así lo hace el reputado comentarista Q. Mucius Scævola en su obra citada, t. XIII, pág. 538.

(2) Es de notar la disposición del Código civil suizo, según la que, si la sustitución fideicomisaria se hiciera en favor de una persona no concebida en el momento de abrirse la sucesión (la muerte del *de cuius*), los herederos legítimos del difunto reciben la herencia con la cualidad de fiduciarios si el testador no hubiese dispuesto otra cosa (art. 562).

al heredero, á quien no se manda conservar los bienes de la herencia. Nos decidimos por la negativa, porque aun cuando no exista esa obligación de conservar, en el caso que efectivamente quedara un sobrante de la herencia, en él se realizaría la sustitución fideicomisaria, y ésta siempre debe sujetarse á las reglas y los límites marcados en el Código, que no establece distinción alguna en este punto.

60. Puede ser objeto de la sustitución fideicomisaria *toda* la herencia ó *parte* de ella; así lo declara el art. 781. En el siguiente se dispone que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, y que si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora sólo podrán hacerse en favor de los descendientes. Este precepto es una natural consecuencia de lo que establecen los arts. 813 y 824 (1), pues, según ellos, sobre la legítima no se podrá imponer gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo; sobre la mejora sí podrán imponerse, pero solamente en favor de los legitimarios y sus descendientes.

Ajusta perfectamente el art. 782 en el molde de estas reglas. La sustitución fideicomisaria—carga de restitución—no puede gravar la legítima y sólo podrá gravar la mejora cuando se establezca ese gravamen en beneficio de los descendientes.

61. Los *efectos* de la sustitución en cuanto á la forma se determinan por el primer párrafo del art. 783 y por el 785, que contiene cuatro números.

Dicho primer párrafo del art. 783, en relación con el núm. 4.º del art. 785, introducen una novedad importantísima en nuestro Derecho; la prohibición de los fideicomisos de confianza ó con cláusula reservada, que al amparo de la ley 14, tít. 5.º, Partida VI, había sancionado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2) y había desarrollado la fuerza creadora de la costumbre.

Dice el primer párrafo del art. 783: «Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.» Después de lo que disponen los arts. 670, 750 y 773 del Código — que aunque se refieren á la institución de heredero son también aplicables á la sustitución, porque ésta, después de todo, es una institución indirecta—, so pena de ser una repetición inútil, no puede significar otra cosa ese precepto que la necesidad de designar expresamente el nombre del heredero fideicomisario, no pudiendo, por tanto, hacer la designación de un modo secreto ó reservado, declarándola únicamente al fiduciario, ya de palabra, ya por escrito.

El legislador no se satisfizo con esto y su prevención contra los fidei-

(1) Explicados en los caps. 15.º y 17.º de este tomo.

(2) Véase la sentencia de 26 de Mayo de 1862, transcrita en el núm. 31 de este cap.

comisos tácitos ó de *confianza* le llevó á repetir y recalcar la prohibición en otra forma, diciendo en el art. 785: «No surtirán efecto... 4.º Las —disposiciones— que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique é invierta según las instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador.» Veamos hasta qué punto es conveniente y justa esta prohibición. Por de pronto, incurre el Código en la confusión de que ya hemos hablado, entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso propiamente dicho. El fideicomiso de confianza, es decir, aquel encargo que hace el testador á una persona para que entregue los bienes á un tercero ó los dé un destino determinado, conforme á sus instrucciones reservadas, verbales ó escritas, descansando en la *confianza*, en la *fe (fidei)* que tiene en la persona á quien encarga el cumplimiento de su voluntad (*comissum*), á cuya conciencia deja este cumplimiento, no tiene caracteres de igualdad con la sustitución fideicomisaria, aunque ofrezca alguna apariencia semejante con ella. No hemos de repetir aquí las distinciones anteriormente establecidas (1); pero sí diremos, concretándonos al fideicomiso de confianza, que éste no representa más de *una liberalidad*; que el testador, deseando favorecer con ella alguna persona ó alguna institución determinada, y existiendo motivos de conciencia poderosos para no revelar su voluntad, como pueden existir y existen de hecho muchas veces, encomienda el cumplimiento de ella á una persona de su confianza, y garantido por la fe que ella le inspira, confía tranquilo en la seguridad de que la reparación de la falta ó la obra de caridad ó de justicia que su conciencia le exigía será satisfecha.

Aquí, como se ve, no pueden existir los peligros de la sustitución fideicomisaria; los bienes hereditarios no se sustraen mucho ni poco á la libre enajenación; no existe un orden preestablecido para suceder, puesto que, en realidad, no hay más que un heredero, el fantasma de la vinculación no asoma por parte alguna. Por consiguiente, las razones en que se fundan la supresión ó la limitación de las sustituciones fideicomisarias no pueden invocarse en favor de la prohibición de los fideicomisos de confianza. Por ello se acude á otros motivos con que pretende legitimarse este criterio. La prohibición de los fideicomisos de confianza ó con instrucciones reservadas, dicen algunos, es una consecuencia del principio aquel que establece el testamento como un acto personalísimo cuya formación no puede encomendarse en todo ni en parte al arbitrio de un tercero. Pero no es ese el caso. Aquí no se deja á un tercero la formación del testamento; el testador otorga su disposición testamentaria y manifiesta su voluntad, si bien reservadamente, á la persona en

(1) Núm. 56 de este capítulo.

quien deposita su confianza, para que la cumpla, y no puede decirse que ésta procede á la formación del testamento á su arbitrio, ni cabe confundir al fiduciario de esta manera designado con el comisario ó mandatario que texta en nombre de otro (1). Nuestra jurisprudencia ha tenido siempre buen cuidado de nunca equiparar ambas personas.

Pero es que, afirman otros, el fiduciario no será siempre persona digna de la confianza que le otorga el testador y cumplirá ó no cumplirá la voluntad de éste. Además—añaden muchos, recordando el origen histórico del fideicomiso en Roma—, con esta institución se harían inútiles las disposiciones legales sobre incapacidad ó indignidad para suceder.

Á esto puede replicarse que, aparte no ser nunca el abuso posible de un derecho, motivo suficiente para decretar su abolición, podría prevenirse en la ley este peligro acudiendo á evitarlo con preceptos justos, como el de nuestro inmortal Código de las Partidas, que declaraba nula la institución fideicomisaria solamente en la hipótesis de que el fiduciario hubiera de restituir los bienes á una persona incapaz, conforme á las instrucciones del testador. Es más: en el propio Código civil tenemos el medio de evitar que esto suceda, por la aplicación de lo dispuesto en el art. 755, según el que «será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disface bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta». Podría sostenerse, no sin fundamento, en el caso de un fideicomiso en favor de persona incapaz, que el fiduciario era persona interpuesta. Á propósito de estos inconvenientes que al fideicomiso de confianza se atribuyen, el magistral jurisperito Sr. Durán y Bas, después de considerar á aquél como un instrumento de discreción y prudencia por parte de testadores que se encuentran en determinadas circunstancias, enunciando *ad exemplum* alguna hipótesis, dice: «... este y otros casos semejantes de que hay triste y cotidiana experiencia, recomiendan la institución de los herederos de confianza, ya que no la recomiende á la vez el deber de pagar deudas de conciencia que no siempre se pueden satisfacer en vida como la moral ordena, pues ni siempre se emplea esta institución para facilitar la infracción de leyes prohibitivas, ni el recelo que algunos abrigan de que no sean siempre dignas de la confianza del testador las personas en quienes éste la deposita es motivo suficiente para rechazarla en absoluto, sino para que los testadores la utilicen con prudencia, debiendo éstos imputarse á sí

(1) La misma idea expresa el jurisperito Vives en las siguientes palabras: «En este caso no se entiende que el testador tenga una voluntad incierta y dependiente del albedrío de un tercero, sino que tiene una voluntad cierta que no queriendo publicarla la ha comunicado confidencialmente á un tercero para que la ejecute.» (*Usages y demás derechos de Cataluña*, por el Doctor D. Pedro N. Vives, citada por Costa.)

mismos su ligereza si no aciertan á escoger para aquel cargo á personas de acrisolada probidad» (1).

Fundado en tales motivos, el fideicomiso tácito arraigó en las costumbres, se amparó en la ley y se sancionó por la jurisprudencia en la forma que hemos visto en la parte correspondiente de este capítulo, adoptando no sólo la de herencia de confianza con el nombramiento del fiduciario encargado de cumplir la voluntad del testador, reservadamente conocida por él, sino también la de albacea, ó sea, «el nombramiento de testamentarios que cumplan las instrucciones reservadas del testador, confiándolo todo á su conciencia y sin obligación de dar cuentas á nadie» (2). En el fondo, lo mismo daba heredero de confianza, fiduciario y albacea de confianza; los tres respondían al mismo objeto y su línea divisoria era indeterminada, dependiendo únicamente de la forma en que estaba concebida la cláusula testamentaria donde constaba su designación. Hoy los fideicomisos de esta clase tienen validez en Cataluña, como tendremos ocasión de decir al estudiar las legislaciones forales; y algún Código extranjero, como el de Chile, también los admite y regula (3).

El art. 785 comprende otras tres reglas expresivas de otros tantos casos en que las sustituciones fideicomisarias no surtirán efecto. La primera de ellas se lo niega á aquellas sustituciones que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero. Es decir, que así como exige en el primer párrafo del art. 781 que los

(1) *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil en Cataluña*, pág. 190.

(2) Sent. del Trib. Sup. de 16 de Junio de 1866.

(3) Son interesantes las disposiciones siguientes de los arts. 1.311, 1.313, 1.314 y 1.316 del Código de Chile: «El testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea y á cualquiera otra persona, para que se invierta en uno ó más objetos lícitos una cuantía de bienes que no excederá de la mitad de los que pueda disponer libremente. El encargado de ejecutarlos se llama albacea fiduciario. Deberá éste jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador á una persona incapaz ó invertirla en un objeto ilícito. Jurará al mismo tiempo desempeña fiel y lealmente su cargo, sujetándose á la voluntad del testador. El albacea fiduciario no estará obligado en ningún caso á revelar el objeto ni á dar cuenta de su administración.»

El Sr. Durán y Bas, también presenta el siguiente proyecto de reglamentación del fideicomiso de confianza: «Art. 242. El testador puede instituir herederos y legatarios de confianza y asignar para serlo á personas determinadas ó á las que desempeñen algún oficio ó cargo. También puede facultar á los nombrados, cuando son personas determinadas, para que, en el caso de fallecer alguno de ellos antes que la confianza quede totalmente cumplida, elijan quien les sustituya. En este caso no se entiende que haya nueva institución... Art. 244. El heredero ó legatario de confianza, mientras no la revele, tiene el carácter de heredero ó legatario puro. Revelada la confianza, si por ella pasan la herencia ó el legado á otra persona, cesa aquel carácter en los que por el testamento lo tengan y lo adquiere la persona designada.»