

llamamientos á la sustitución sean expresos, ahora preceptúa que la sustitución misma se haga expresamente, ó bien manifestando el causante en la disposición testamentaria su voluntad de sustituir fideicomisariamente ó bien *imponiendo* de un modo expreso al heredero la obligación constitutiva de aquélla de conservar los bienes de la herencia y transmitirlos á la persona designada. Con ello se aclara lo dispuesto en el art. 781, se facilita su aplicación y se dificulta su inobservancia.

Consecuente en su deseo de evitar la vinculación de la propiedad que guió al legislador en la reglamentación de la sustitución fideicomisaria, incluye en el núm. 2.º del art. 785 las disposiciones que contengan prohibición absoluta de enajenar, y aun la temporal fuera del límite del segundo grado. De otro modo, la prohibición de enajenar produciría la consecuencia de sujetar el patrimonio al orden legítimo de sucesión; los herederos fiduciarios serían los herederos legítimos y la vinculación sería un hecho.

El número 3.º de este artículo prohíbe las disposiciones que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente más allá del segundo grado cierta renta ó pensión. Pasando por la impropiedad de las palabras «que impongan el encargo», pues mejor se hubiera dicho «la obligación», no comprendemos por qué no se refirió simplemente en este número, como en el anterior, al art. 781 para determinar los límites del pago de las pensiones, con lo que hubieran podido establecerse en favor de personas que vivieran al tiempo del fallecimiento del testador, y al mencionar únicamente á varias personas más allá del segundo grado, parece que excluye aquéllas; sin embargo, el espíritu de la disposición es de conformidad con el art. 781. Claro es que, lo mismo que en éste, se entenderá por segundo grado, segunda generación.

Los efectos en cuanto al número de los instituidos se determinan por las mismas reglas de la institución de heredero en cuanto sean aplicables á la sustitución fideicomisaria, que, como se ha dicho, es una institución indirecta.

El fideicomisario adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. Es este un principio de gran trascendencia, consignado en el art. 784 del Código, que muestra la profunda diferencia entre esta clase de sustitución y las demás; en la vulgar, en la pupilar y en la ejemplar, el sustituto no obtiene derecho ninguno á la herencia hasta tanto que se produce el supuesto de la sustitución respectiva, y hasta ese momento no puede considerársele heredero; en la sustitución fideicomisaria es heredero el sustituto desde el instante en que fallece el testador. Sin embargo, no debe perderse de vista en este punto la voluntad del testador, en primer término, y los derechos que al fiduciario corresponden, en segundo.

Y aquí conviene volver á la distinción entre el fideicomiso y la

sustitución fideicomisaria, que dan origen á diversos derechos en el fiduciario y en el fideicomisario. En el fideicomiso propiamente dicho no hay más que un heredero: el *fideicomisario*, que tiene completo derecho á la herencia únicamente condicionado por las facultades que otorgara el testador al fiduciario, como depositario de los bienes que constituyen el haber sucesorio, ó ejecutor de la voluntad del causante. En la sustitución fideicomisaria, el fiduciario es heredero, y como tal, además de la obligación de conservar la herencia, tiene el derecho de disfrutarla; por consiguiente, si bien el fideicomisario adquiere derecho á la herencia á la muerte del testador, es sin perjuicio del derecho del heredero fiduciario, determinado por la voluntad del causante y como á través de éste; es decir, que el derecho del fideicomisario es perfecto á la muerte de éste, pero no se consume hasta que llega el momento de la transmisión á su favor de los bienes hereditarios. Á este efecto dicen, no sin razón, los redactores del nuevo Código civil suizo, que «la posición del fideicomisario es anormal, en cuanto adquiere de hecho la sucesión como un heredero del fiduciario, mientras que en Derecho se le considera como heredero del causante» (1).

Al tratar de este punto el reputado escritor Sr. Manresa, está en lo cierto al decir que con el fallecimiento del causante queda creado un derecho á favor del fideicomisario que la ley no puede menos de respetar.

El heredero fiduciario tiene el derecho de gozar de la herencia conforme á lo dispuesto por el testador, y tiene la obligación de conservarla y de transmitirla á la persona designada por aquél.

Ya hemos visto cómo en el Derecho anterior al Código las leyes de Partida, siguiendo los precedentes romanos, establecieron la *cuarta Trebeliánica* á favor del fiduciario; á pesar de esto, cuestionábase por algunos su subsistencia, en virtud de lo dispuesto en la ley 1.ª, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación. El Código civil ha derogado dicha *cuarta Trebeliánica*, disponiendo en el segundo párrafo del art. 783 que «el fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

No es muy precisa la frase «gastos legítimos» empleada por el legislador, y estamos conformes, por lo que hace á su significación, con el parecer de un ilustrado comentarista (2), según el que, dichos gastos son los que se hicieren para la adquisición y la conservación de la herencia: «...los que legalmente ó con razón derecha acredite haber realizado el heredero en beneficio de la sucesión, por causa de ella y para su efica-

(1) Ob. cit., pág. 340.

(2) Q. Mucius Scaevola, Ob. cit., t. XIII, pág. 548.

cia, con independencia de los puramente administrativos que se realicen en los bienes».

El importe de las mejoras deberá ser abonado por lo que represente de aumento de valor en el caudal hereditario; entiéndese de las mejoras necesarias y útiles, no de las voluntarias.

Implícitamente reconoce el citado art. 783 la obligación de formar inventario por parte del heredero fiduciario, ya que de otro modo no sería posible saber si la entrega de los bienes al fideicomisario se hacía con las únicas deducciones establecidas en la ley ó no (1). Sin embargo, se echan de menos en el Código medidas de precaución que garanticen el cumplimiento de estas obligaciones del fiduciario, como se adoptan en otros Códigos—en el moderno suizo, por ejemplo—. Los bienes inmuebles se garantizan con la inscripción en el Registro; por lo que se refiere á los muebles, debía prestarse caución suficiente á responder de todos ellos.

62. Regulan los arts. 787 y 788 del Código *dos formas especiales* de sustitución fideicomisaria, aunque el primero no se refiere más que en parte á la verdadera sustitución, y el segundo hace relación á una forma *impropia* ó irregular de sustitución fideicomisaria.

Autoriza el art. 787—siguiendo, como en otros muchos casos, las huellas del Código francés—«la disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo». Es evidente que si deja el usufructo á una segunda persona, no puede dejar el *todo de la herencia*—compuesto del conjunto de derechos y obligaciones del causante—á la primera. Pero es que esta separación entre el usufructo y la nuda propiedad, que van á parar á diversas personas, por

(1) La Dirección General de los Registros, en Resolución de 16 de Septiembre de 1901, aplica esta doctrina al declarar que: «Habiendo ordenado marido y mujer en su testamento, de mancomún, que por muerte de ambos pasen todos sus bienes á una determinada persona para que pueda disponer de ellos «como mejor le plazca» y que los otros herederos llamados en segundo término lo sean únicamente respecto de los bienes *que queden* al fallecimiento del primer instituido, es evidente que estos herederos no tienen derecho alguno para intervenir en los actos *inter vivos* de libre disposición de tales bienes otorgados por aquél, y, por consiguiente, es obvio que la escritura de partición y adjudicación practicada por el mismo es válida sin la concurrencia de tales herederos y sin necesidad, por otra parte, de que los albaceas tengan, al efecto del otorgamiento, facultades expresas de los testadores, por ser para dicho acto único interesado el primer instituido.

En el propio caso, de la facultad de formar inventario, concedida á los albaceas por el testamento, no se infiere que sea objeto único de aquél asegurar desde luego el derecho de los herederos sustitutos, por lo cual deben éstos intervenir en la partición, pues sobre que el inventario sirve igualmente para determinar los bienes pertenecientes al primer instituido, puede ser útil á los demás para el caso eventual de que al fallecimiento de aquél sin herederos forzosos quedaren bienes de los que no hubiere él mismo dispuesto por actos *inter vivos*.

voluntad del testador, no puede considerarse en realidad como sustitución fideicomisaria. En la notabilísima exposición de motivos del anteproyecto del Código civil suizo dicen sus ilustrados redactores, que, á su juicio, en este caso, no se está en presencia de una sustitución, sino de una simple institución de heredero, combinada con un legado (1). Es el mismo punto de vista adoptado por nosotros al tratar de una cuestión íntimamente relacionada con la presente, en el capítulo anterior (2). Á los razonamientos allí expuestos nos referimos, y considerándolo así, no es posible estimar al heredero de la nuda propiedad como sustituto del usufructuario, sino que al reunirse en sus manos los llamados dominio útil y dominio directo, adquiere aquél, no por subrogarse en el derecho del usufructuario, sustituyéndole más por virtud de su propia institución (3).

Otra cosa es cuando se dispone del usufructo en favor de una persona, con obligación de transmitirlo después á un tercero; existe entonces sustitución fideicomisaria, como existe en el caso que esa disposición se haga, respecto de la nuda propiedad. Pero estas sustituciones ya están comprendidas en la regla del art. 781—«las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero *el todo ó parte de la herencia...*»—siendo inútil, por tanto, la disposición del segundo párrafo del art. 787, como resulta inútil también la autorización del primero, ya que, aun cuando se estimase sustitución fideicomisaria la sustitución del usufructo y de la nuda propiedad, ésta no sería de las prohibidas por el Código, y siempre, con arreglo á sus preceptos, podría válidamente establecerse.

Al tratar de suprimir, restringir ó limitar las sustituciones fideicomisarias por su carácter vincular, tropezaron los legisladores con las disposiciones benéficas en que los testadores ordenaban la aplicación de sus bienes á un objeto de piedad, de caridad á instituciones de instrucción pública ó á cualquiera de las formas de la asistencia humana; y, entonces, inconsecuentes consigo mismos, pero consecuentes con los principios de bondad y de justicia, reconocieron la validez de esas disposiciones. Así lo declaró expresamente en España la Real cédula de 30 de Mayo de 1830, y, últimamente—que es lo que ahora nos importa—el Código civil en su art. 788, fundado en aquellos motivos, concede validez á la disposición fideicomisaria irregular, según la cual, se impone al heredero «la obliga-

(1) Ob. cit., pág. 339.

(2) Núm. 42.

(3) Dice *Q. Mucius Scævola*, sobre este punto: «Pero si realmente tal disposición es una sustitución fideicomisaria, lo es de una manera impropia, porque, aun considerado como heredero, y no como simple legatario el que recibe el usufructo, siempre hay entre él y el que después adquiere la propiedad plena la diferencia de un derecho substancial, inmaterial, pero derecho siempre, y siempre vivo, que tiene el segundo y no tiene el primero.» (Ob. cit., t. XIII, pág. 565.)

ción de invertir ciertas cantidades, periódicamente, en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes, ó en favor de los pobres ó de cualquiera establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública».

Para evitar en lo posible los inconvenientes de la amortización, y para asegurar el cumplimiento de la voluntad testamentaria, reglamenta el Código estas disposiciones, de la manera siguiente:

1.º La carga ó gravamen se ha de imponer sobre bienes determinados, pues aunque no lo dice expresamente el art. 788, si constituyen una carga para el heredero, deberán regirse por lo dispuesto en el núm. 3 del art. 785, antes explicado.

2.º El gravamen puede ser temporal ó perpetuo, y tanto uno como otro, impuesto sobre bienes inmuebles ó sobre bienes muebles.

3.º El gravamen temporal sobre bienes inmuebles permite al heredero la libre disposición de la finca gravada, y aun, conforme á los principios de la Legislación Hipotecaria, la liberación de la misma, cuando se estimara conveniente, mediante la necesaria redención de la carga, aun antes del término fijado á la duración de ésta, pero sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

4.º La carga perpetua ya impuesta sobre bienes inmuebles, ya sobre bienes muebles, podrá capitalizarse por el heredero, debiendo imponer el capital á interés con hipoteca suficiente. El Código exige además que sea primera hipoteca, por una redundancia inútil, pues siendo *suficiente*, no hacía falta que fuese *primera*.

5.º Tanto en la capitalización, como en la imposición del capital, tendrá intervención el Gobernador de la provincia, en virtud del protectorado que el Gobierno ejerce sobre las fundaciones benéficas, con arreglo á la Instrucción de 27 de Abril de 1875 y demás preceptos vigentes sobre la materia, y se hará con intervención del Ministerio público, como representante de la ley y del interés social.

6.º En el caso de no haber establecido el testador un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

63. Habiendo adquirido el fideicomisario su derecho perfecto á la herencia, pero en expectativa de consumación á la muerte del causante, es lógico que transmita á sus herederos el mismo derecho que él tiene, si falleciera antes de hacerse efectiva la sustitución, mediante la entrega del todo ó parte de la herencia por el fiduciario, según lo declara el art. 784.

64. Cabe distinguir las causas de *extinción* de la sustitución fideicomisaria en *genéricas* y *específicas*, del mismo modo que en las demás clases de sustitución. Serán, por consiguiente, causas genéricas las que proceden de la invalidez é ineficacia del testamento, y la insubsistencia

ó nulidad de la institución, así como las causas que extinguen la sustitución de heredero, en cuanto le son aplicables como institución indirecta.

Son causas específicas las que se refieren propiamente á la sustitución fideicomisaria, y, por tanto, resultarán éstas insubsistentes, siempre que contraríen las disposiciones prohibitivas de los artículos del Código que hemos examinado, y especialmente el 781 y el 785. Respecto á este último, y por lo que hace á su famoso núm. 4.º, hay que advertir que la imperativa y terminante frase que encabeza el artículo, «No surtirán efecto...», tiene para los fideicomisos de confianza un valor muy relativo, pues vale tanto como poner puertas al campo querer impedir que un testador dé instrucciones reservadas al heredero designado—que se convierte de este modo en heredero de confianza—, relativas al destino que debe dar á los bienes hereditarios, y que este heredero, por delicadeza de conciencia, por probidad de conducta y por respeto á la voluntad del causante, cumpla aquellas instrucciones con lo que el fideicomiso surte efecto, y la prohibición, *de hecho*, no es más que aparente. Con razón decía Laurent «qu'il est impossible d'empêcher les fideicommiss secrets» (1).

Debe advertirse que, según el art. 786, la nulidad de la institución fideicomisaria no perjudicará á la validez de la institución ni á los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria. Y he aquí otra funesta consecuencia de no haber distinguido debidamente la ley entre *fideicomiso* y *sustitución fideicomisaria*. Porque en esta donde se produce el llamamiento de diversos herederos, es natural y lógico que la nulidad de la sustitución no perjudique al primer instituido; pero, ¿y en el fideicomiso donde propiamente no existe más que un heredero: el fideicomisario? Si se demuestra la nulidad del llamamiento de éste, ¿vamos á otorgar un derecho hereditario que nunca tuvo, ni quiso el testador que tuviera á la persona encargada por él de cumplir su voluntad como fiduciario? ¿No es esto violentar de una manera intolerable la voluntad testamentaria y quebrantar los derechos reconocidos á los herederos legítimos?

Por eso resulta una verdadera enormidad aplicar el criterio del art. 786 al caso del núm. 4.º del 785, y la jurisprudencia, corrigiendo este despropósito legal, declaró, en sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1903 (2), que no es posible hacer esa aplicación confirmando la doctrina que hemos sustentado, según la que no cabe confundir el fideicomiso con la sustitución, y es un error querer aplicar á aquél las reglas de ésta. Dice, en efecto, que no puede aplicarse el art. 786 al fideicomiso con instrucciones reservadas: 1.º, porque en la tecnología usada por

(1) *Principes de droit civil français*, vol. XI, § 459.

(2) Inserta al núm. 41 de este cap.

el Código en los artículos precedentes, no lleva la de que se trata nombre de sustitución fideicomisaria, sino de mera disposición, y porque *la inversión del todo ó parte de la herencia según instrucciones reservadas, no es lógica, léxica ni jurídicamente, una sustitución, sino un encargo* en el cual falta evidentemente fideicomisario—debió añadir: conocido ó designado de un modo expreso—; 2.º, porque el caso 4.º del art. 785 liga con tal homogeneidad el encargo reservado y los bienes objeto del mismo, que, á diferencia de lo que pudiera ocurrir en los otros casos del mismo artículo, su separación para convertir en libre heredero á la persona á quien el encargo se cometiera, desnaturaliza y desbarata positivamente el objeto de la institución; y 3.º, porque la prohibición del núm. 4.º de que produzcan efecto las disposiciones sobre inversión de herencia mediante instrucciones reservadas, subseguida de la libre disposición de los bienes por el mismo que había de llevar á cabo lo reservado, si no autoriza una inmoralidad notoria, hace ineficaz el claro precepto prohibitivo de los antiguos fideicomisos ocultos, y no son de aceptar interpretaciones de las leyes que conducen á tales resultados» (1).

(1) «Sobre si rige el precepto, del art. 786, el caso 4.º del 785, se promovió cuestión ante los Tribunales que es digna de ser aquí expuesta por la trascendencia que entraña. Hubo un testador que dejó heredero de sus bienes á persona determinada, no para que él disfrutase los bienes, sino para que cuando ocurriera su fallecimiento se apoderase de todos ellos, y les diera, según su conciencia, el destino que el mismo testador habria de darle en instrucciones particulares. Ocurrido el fallecimiento de éste, surgió el pleito respecto de la nulidad de dicha cláusula y alcance de tal nulidad, habiendo entendido el Tribunal sentenciador que, aun siendo efectivamente nulo, procedía la subsistencia de nombramiento de heredero en favor de lo que el art. 786 preceptúa. Dice, efectivamente, dicho artículo, que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará á la validez de la institución, y que se tendrá por no puesta la cláusula fideicomisaria, lo cual, ninguna dificultad ofrece cuando se trata de los casos comprendidos en los núms. 1, 2 y 3 del referido art. 785, porque resulta completamente compatible la nulidad que se declara con la subsistencia de la institución, como no sería difícil demostrar, si fuese oportuno, analizando cada uno de estos casos, pero no acontece así con el cuarto. Prescribense en él que no surtirán efecto... las que tengan (suple disposiciones) por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador, y siendo nula esta cláusula, no es posible gramatical, lógica ni legalmente mantener viva la designación de heredero en favor de aquel á quien con tal carácter se había encomendado la distribución reservada de los bienes. No es posible gramaticalmente, porque la ineficacia declarada por la ley se refiere clara y evidentemente á la totalidad de las disposiciones, si no vale en absoluto la disposición que tenga por objeto dejar á una persona bienes para que los distribuya con arreglo á instrucciones reservadas, siendo este objeto ilícito, la razón de la nulidad, desde el momento en que no puede hacerse efectivo por causa de su ilicitud, sería contradictorio de los términos literales del precepto legal entregar los bienes al destinado como heredero para tal único objeto con otro distinto, sin que la ley distinga y expresamente lo hubiese así determinado. No es posible lógicamente, porque si la voluntad notoria

65. Como complemento de la doctrina, observaremos que el art. 789 del Código declara aplicables á los *legados* los preceptos de este capítulo. Cuando tratamos de esta materia (1), deducimos las consecuencias oportunas, haciendo, por ejemplo, mención de los *fideicomisos singulares*, verdaderos *legados*, los que, según el Código, se regirán por las reglas generales de la *sustitución fideicomisaria*.

ART. III

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

66. REGLAS DE DERECHO.—Se pueden anticipar las siguientes:

Primera. Las cuatro primeras reglas transitorias del Código, como doctrina de aplicación general en cuanto sean pertinentes á la materia que nos ocupa.

Segunda. Dentro de esas cuatro reglas de carácter general y como una *especialidad* que el Código determina expresamente, en relación con lo establecido sobre las sustituciones, las novedades que introduce y la modificación del Derecho anterior en este punto, particularmente en la sustitución fideicomisaria, hay que tener presente la regla *segunda* de las transitorias, según la que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos, según la misma, con las limitaciones establecidas por las reglas transitorias. En su consecuencia, serán válidos... los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del

del testador no fué la de que esta persona de confianza disfrutase sus bienes, pues de serlo no habria motivo para que dejara de manifestarlo, al adjudicarle los bienes como heredero libre y sin condición, se barrenaría abiertamente dicha voluntad ó se burlaría de esta suerte la ley facilitando al heredero el medio de hacer lo que el Derecho no consiente; y por último, tampoco es posible legalmente, porque el art. 786 no se refiere clara y expresamente á todos los casos del artículo que le precede, sino que se limita á establecer una regla y aclaración para aquellos en que pueda resultar compatible la subsistencia de la institución de heredero con otras nulidades parciales, sin detrimento absoluto de la voluntad del testador, de los términos y sentido del precepto prohibitivo y del alcance y trascendencia de la prohibición. Basta leer además todo el artículo de la sección que trata de la sustitución, para comprender que semejante encargo confidencial no ha merecido al legislador la consideración de verdadera sustitución ó fideicomiso, por lo que se explica que haya regulado los que propiamente merecen ser así calificados y se haya limitado á prohibir en términos absolutos la susodicha manera de disponer uno de sus bienes negando la total eficacia. (Memoria anual del Tribunal Supremo de 1904.)

(1) En el cap. 18.º de este tomo.