

III. DICTAMENES

Estudio sobre una sustitución fideicomisaria

PROLOGO

Hay que prevenir a los testadores sobre los inconvenientes de la sustitución fideicomisaria y la manera de paliarlos a fin de que, si la establecen, lo hagan con pleno conocimiento de causa y no como de ordinario sucede, que ni sospechan las consecuencias de su disposición.

Cierto que el fideicomiso se quiere muchas veces para salvaguardar legítimos intereses y atender a las peculiares circunstancias de una familia.

Pero los testadores deben saber :

Que la sustitución, por su propia naturaleza, es un mecanismo muy complicado, de muy delicado montaje y funcionamiento, muy expuesto a dudas y controversias, de las que nacen los litigios; que desvaloriza las fincas al apartarlas del tráfico, frena las mejoras y, en ocasiones, por querer conservar los bienes para herederos ulteriores, sacrifica gravemente a los inmediatos y hasta a los últimos, que, en tal caso, más merecen el nombre de víctimas que el de beneficiarios.

Algún ejemplo concreto podía poner en el que un honrado labrador, padre de ocho hijos, pasa verdaderas necesidades para atenderlos y los podría alimentar y educar bien si se pudiese disponer de unos olivarillos inmovilizados por la sustitución en beneficio (?) de los hijos mismos, hasta la muerte de la madre.

El fideicomiso exige que el testamento se redacte después de dilatadas reflexiones y numerosos borradores que declaren un estudio detenidísimo del caso. Aun así, siempre quedan contingencias por regular y prever, lagunas donde surja la discordia entre los interesados.

Es, además, imprescindible que la participación se realice con mayor estudio aún que el testamento para completarlo, aclararlo y, en lo que cabe, corregirlo en lo que exija el cambio de circunstancias que supone la muerte del testador y la apertura de la herencia.

Si en el testamento se ha determinado que el fiduciario podrá disponer, con los fideicomisarios presentes, exigiéndole todas las cautelas que se quieran; que podrá retirar los depósitos, también con todas las garantías que se imaginen; que no se esperará legalmente que a partir de una edad determinada una persona tenga hijos y si en la partición se sigue esta línea, o la complementaria, de previsiones y cuidados, resultará un fideicomiso manejable y no agresivo, que no lastime a quienes viene a proteger.

Hay también que sugerir a los testadores que no pretendan dejar ociosa a la Providencia Divina, intentando ellos hacer su oficio en cuanto a varias generaciones de descendientes.

SUMARIO-ESQUEMA

I. ANTECEDENTES.—1. *El testamento.* a) Fideicomiso familiar. Primer grado; b) Igualación de rentas; c) Fideicomiso familiar. Segundo grado. d) Fideicomiso a favor de Nuestra Señora de la Soledad.—2. *Una nueva meta.*—

3. Muerte de la testadora.—4. La partición: A) De la interpretación del testamento. a) Obligación de conservar y transmitir; b) Cuándo se extingue; c) Necesidad de consumir el primer grado; d) Reducción del fideicomiso por inoficioso.—B) Cómo se concretaron las limitaciones. a) En cuanto al tercio de mejora; b) En pago del tercio libre.—C) Las adjudicaciones. a) En pago del tercio de mejora; b) En pago del tercio libre.—5. *Superveniencia de hijos*.—6. *Edad de todos los interesados*.—II. ESTADO DE LA CUESTION.—1. *El problema*.—2. *Razón de plan*.—III. LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.—1. *Dejunción*.—2. *Terminología*.—3. *Contenido*: a) Posición jurídica del fiduciario; b) Posición jurídica del fideicomisario; c) Actuación conjunta de fiduciario y fideicomisario.—4. *Clases*: I. Por razón de las personas: 1) Individuales; 2) Colectivos. a) Ordinarios; b) Condicionales; c) «Sustitución vulgar en el fideicomiso»; 3) A favor de personas actuales; 4) A favor de personas futuras; 5) A favor de personas actuales y futuras.—II. Por razón de los bienes: 1) Universales; 2) Singulares.—III. Por razón de los llamamientos: 1) Simples; 2) Escalonados.—IV. Por razón de la efectividad: 1) Puros; 2) Condicionales; 3) «Hijos puestos en condición».—V. Por razón de la forma: 1) Expresos; 2) Tácitos; 3) Típicos; 4) Atípicos.—5. *Extinción*: a) Renuncia del fiduciario; b) Renuncia del fideicomisario; c) La llamada «devolución anticipada de fideicomiso».—6. *Limitaciones a la facultad de establecer fideicomisos*: a) Por razón de bien común; b) Por razón de bien familiar.—IV. EXAMEN DEL CASO CON CRETO. 1. *Preliminar*.—2. *Las cláusulas sexta y séptima del testamento en conjunto*: a) El fideicomiso familiar; b) El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad.—3. *El primer grado del fideicomiso de familia*: a) Generalidades; b) Problemas: 1.º Los descendientes, ¿son los legítimos?; 2.º ¿Adquieren libres o con limitaciones?; 3.º María Felisa, María Soledad y María Teresa, ¿pueden autorizar a su madre para disponer?; 4.º ¿Pueden liberarla mediante renuncia?—4. *La equiparación de rentas*.—5. *El segundo grado del fideicomiso de familia*: I. Visión de conjunto; II. El primer supuesto. *Sus notas*: a) Es propiamente recíproco; b) No añade a la fideicomisaria la vulgar; c) No aclara lo de la descendencia legítima; d) La expresión «si una de sus nietas falleciere». III. El segundo supuesto. *Sus problemas*: 1.º Análisis de la expresión «si mueren dos»; 2.º Análisis de la palabra «hermanos»: a) ¿Sólo los hijos del actual matrimonio?; b) ¿Además los de segundas nupcias de D. Emilio?; c) ¿O, además, los que pueda tener doña Felisa en otro matrimonio posterior?; 3.º ¿Cuándo se considera que doña Felisa no puede ya tener hijos?; 4.º «Los demás hermanos si los hubiere», ¿heredan con limitaciones o sin ellas?; 5.º Desigualdad de resultados a causa del art. 781 del Código Civil.—6. *El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad*.—V. LOS REMEDIOS PROPUESTOS. 1. *Condicionar la herencia a los resultados del fideicomiso*: a) La cláusula que se propone; b) Sus inconvenientes.—2. *La renuncia*: a) La de María Felisa, María Soledad y María Teresa; b) La de los demás hermanos.—3. *La modificación del fideicomiso*: a) El principio «la voluntad del testador, suprema ley de la sucesión»; b) La necesidad de que concurren todos los interesados.—VI. LA SOLUCION QUE SE ADOPTA. 1. *Las renunciaciones*: a) De María Felisa, María Soledad y María Teresa; b) De Isabel María, Emilio, María Pilar y María Jesús; c) De los hijos futuros.—2. *El testamento*: a) Intitución en la legítima estricta; b) Intitución en los tercios libres y de mejora a los que renunciaron el fideicomiso.

I. ANTECEDENTES.

1. *El testamento*.—En su testamento, doña Felisa dispuso:

a) *Fideicomiso familiar. Primer grado*.

«Sexta: Es su voluntad que las casas, plaza de la Soledad y calle de Arias Montano, las disfrute su hija Felisa, sin poderlas vender ni hipotecar, pasando a su muerte a la nieta de la testadora, María Felisa, y en su defecto, a sus

descendientes; y la casa calle de Abril a su segunda nieta, María Soledad, en las mismas condiciones que la anterior, y la casa Abril, 20 y el Novillero de Cantillana, a su tercera nieta, María Teresa, las tres en iguales condiciones para con la madre de las mismas, haciéndoles ésta los repartos necesarios a las fincas para su conservación mientras viva.»

b) *Igualación de rentas.*

«Asimismo, desea que sus dos nietas María Soledad y María Teresa disfruten igual renta de la que produzcan las fincas; la que cobre o produzca más dará a la otra una participación para quedar iguales en los beneficios, descontando contribuciones o gastos de reparos que requieran las fincas.»

c) *Fideicomiso familiar. Segundo grado.*

«Si una de sus nietas falleciere sin descendencia, pasarán dichas fincas a las dos que queden, y si mueren dos, a la que quede, repartidas entre los demás hermanos, si los hubiere.»

d) *Fideicomiso a favor de la Soledad.*

Séptima: Si al morir su hija Felisa no quedaran descendientes ningunos, pasarán las casas de la plaza de la Soledad, núm. 10, y la de Arias Montano, número 34, y el Novillero de Cantillana, a ser propiedad de la Virgen de la Soledad, administrándolo desde entonces el Párroco de su demarcación y el señor Obispo de Badajoz, e invirtiéndose sus rentas o lo que se obtenga de su precio, en caso de venta, en el culto de la Virgen y embellecimiento de su Iglesia y en decir dos misas todos los meses, una en la fecha de la muerte de la testadora por su descanso y otra el 6 de cada mes, fecha de la muerte de su madre por su eterno descanso.»

2. *Una nueva nieta.*—Al ordenar su última voluntad la testadora no tenía más nietas que las tres mencionadas en el testamento, pero en 2 de enero de 1933 conoció a una cuarta, Isabel María, que vino a sumarse a la familia.

3. *Muerte de la testadora.*—Doña Felisa falleció en Badajoz en 1934, en estado de casada con don Nicolás. Dejó una sola hija, doña Felisa, casada con don Emilio.

4. *La partición.*—Fue aprobada por escritura de 8 de octubre del siguiente año.

A) *De la interpretación del testamento.*—Así se titula la base séptima del cuaderno particional. En ella sin limitación ni contradicción con lo que se omite, se dice:

a) *Obligación de conservar y transmitir.*

«Doña Felisa adquiere los bienes a que se refiere la cláusula sexta del testamento con la condición de conservarlos para que a la muerte de ella pasen a la respectiva nieta o, en defecto de ella, a los descendientes de la misma nieta.»

Lo que impropiaamente se denomina condición es una verdadera sustitución

fideicomisaria. Como se afirma terminantemente, su contenido, en definitiva, es indiferente a la propiedad o impropiedad de la etiqueta.

b) *De cuándo se extingue.*

«... es manifiesto que si alguna de esas nietas fallece sin descendientes viviendo la madre, doña Felisa..., esta señora adquirirá en plena propiedad y sin limitación alguna derivada de la cláusula sexta del testamento los bienes específicamente dejados a la nieta sin descendientes fallecida.»

Se reconoce que una de las causas más naturales de extinguirse la sustitución y quedar el primer heredero libre de la obligación de restituir es que premueran a éste los llamados en segundo lugar.

c) *Necesidad de que se haga efectivo el primer llamamiento fideicomisario.*

Las disposiciones sobre igualación de rentas y sustitución de las tres nietas entre sí y los demás hermanos, si los hubiere, son para el caso

«de haber muerto con anterioridad doña Felisa, porque sólo así se sabría si habría hermanos y cuántos hermanos, porque si aconteciese, por ejemplo, que falleciesen dos nietas sin descendientes en ocasión en que la madre doña Felisa, que nació el año 1900, pudiera aún tener familia, o estos futuros hijos quedaban excluidos, contrariándose el llamamiento a todos los hermanos, o el llamamiento está hecho para el solo caso de haber fallecido previamente la hija de doña Felisa.»

Este párrafo afirma con exactitud que solamente a la muerte de doña Felisa, primera heredera instituida, puede saberse con certeza cuántos y cuáles de sus hijos tendrán un derecho expectante en los bienes asignados a sus tres hermanas mayores.

De otra parte, sienta una proposición innecesaria por evidente: que la sustitución condicional de las tres nietas pende de que ellas hayan llegado a sustituir a la madre. Es claro, que si no reciben fincas, mal pueden restituir las en caso de fallecer sin descendencia legítima.

Pero en favor de esto se pone un ejemplo inexacto, porque si fallecen dos nietas sin descendencia antes que la madre, como repetimos que no adquieren entonces los bienes del fideicomiso, para nada hay que preocuparse de los hermanos que las sustituirían en ellos en otro caso.

d) *Reducción del fideicomiso por inoficioso.*

Dijeron también que los bienes comprendidos en el fideicomiso excedían de los tercios de libre disposición y mejora:

«... se adjudicarán al tercio de libre disposición la cantidad de bienes de los designados por la testadora que quepa dentro del tercio, quedando el resto de los bienes libre de toda condición derivada de esta cláusula séptima.»

«... se adjudicarán al tercio de mejora, en combinación con el de libre disposición que también afecta a bienes de los de esta disposición, los bienes necesarios, quedando el bien o parte del mismo que resulte excedente libre de toda condición y para su adjudicación al tercio de legítima estricta.»

B) *Cómo se concretaron las limitaciones.*—En toda partición, después de las consideraciones de hecho y de derecho que se estiman necesarias, se concretan las limitaciones ordenadas en el testamento, en un conjunto más o menos extenso de reglas que matizan las titularidades hereditarias, y por lo mismo, se transcriben literalmente en las inscripciones de las fincas.

a) *En cuanto al tercio de mejora.*—En la que examinamos se dice que los bienes comprendidos en el tercio de mejora:

«... se entenderán sometidos a estas condiciones:

1.ª Doña Felisa está obligada a conservar estos bienes para entregar, a la muerte de ella, a la hija suya a que corresponde el bien de que se trate, según la designación de la cláusula sexta del testamento, y en defecto de tal hija de doña Felisa, a los descendientes de la misma hija y no a ninguna otra persona, por cuya razón, si muriese sin descendientes viviendo doña Felisa, una de esas tres hijas Felisa, Soledad y Teresa, desde que muera sin descendientes tal hija, los bienes que hubieran debido pasar a ella quedarán liberados y en plena propiedad y libre disposición de su madre doña Felisa, como heredera del remanente.

2.ª Si el fallecimiento de cada una de esas tres hijas Felisa, Soledad y Teresa, sin descendientes, ocurre después de fallecer su madre doña Felisa, se aplicarán las disposiciones de los extremos segundo y tercero—igualación de rentas entre Soledad y Teresa y tránsito de los bienes a las otras hijas y sus hermanos—de la cláusula sexta del testamento.»

El número primero acierta. El segundo, por desgracia, no intenta resolver los graves problemas de la cláusula.

b) *En cuanto al tercio de libre disposición.*—Se dijo que sus bienes:

«... estarán sujeto a las siguientes condiciones:

1.ª A las mismas establecidas con los números 1.º y 2.º en la letra g) precedente respecto del tercio de mejora, aunque sólo respecto a las hijas Felisa y Teresa.

2.ª A la de que si doña Felisa muere sin dejar descendientes, los bienes de este tercio pasarán a ser propiedad de la Virgen de la Soledad en los términos expresados en la cláusula séptima del testamento.»

Se distingue aquí entre una sustitución fideicomisaria familiar, que también afecta al tercio de mejora (regla primera) y tiene dos grados (uno de doña Felisa a sus tres hijas y otro de éstas entre sí y a sus hermanos), y un fideicomiso a favor de extraños, que sólo tiene efectividad en el caso de no llegar a consumarse la sustitución familiar; es decir, de fallecer doña Felisa sin descendencia legítima (regla segunda).

Es innecesario y además perturbador decir al final de la regla primera que los bienes del tercio libre se sujetan a las mismas condiciones del tercio de mejora, pero sólo respecto de Felisa y Teresa.

Innecesario porque los bienes que se adjudican en el tercio libre son los que concretamente la testadora gravó de restitución en beneficio de ellas dos.

Perturbador por ser en parte inexacto, ya que si fallecen Felisa y Teresa sin descendencia legítima, los bienes de este tercio pasan también a los demás hermanos, entre ellos Soledad.

C) De las adjudicaciones.

a) En pago del tercio de mejora se adjudicó:

1. *Sesenta y dos mil seiscientos setenta y tres pesetas treinta y cinco céntimos*, en el valor de ochenta y ocho mil doscientas pesetas de la casa núm. 10 de la plaza de la Soledad, de Badajoz.

2. *Una casa* en la calle Catorce de Abril de esta ciudad, marcada con los números 14, 16 y 18.

3. *Una casa*, sita en la calle Catorce de Abril, de Badajoz, marcada con el número 20.

4. *Nueve mil seiscientos treinta y cinco pesetas dos céntimos*, en el valor de treinta y seis mil novecientas pesetas, de la casa número 34 de la calle Arias Montano, de Badajoz.

b) En pago de tercio de libre disposición.

1. *Veintisiete mil doscientas cuarenta y seis pesetas noventa y ocho céntimos*, en el valor de treinta y seis mil novecientas pesetas de la casa número 34 de la calle Arias Montano de esta ciudad.

2. *Un terreno o novillero* al sitio de la dehesa de «Cantillana», término de Badajoz.

5. *Superveniencia de hijos*.—Con posterioridad a la muerte de doña Felisa, en el matrimonio de su hija con don Emilio han sobrevenido nuevos hijos:

a) En 24 de agosto de 1938, *Emilio*.

b) En 26 de julio de 1940, *María Pilar*.

c) En 21 de agosto de 1942, *María Jesús*.

6. *Edad de todos los interesados*.—Don Emilio tiene en la actualidad sesenta y un años; su esposa doña Felisa tiene cuarenta y seis; María Felisa, la hija mayor, veinticuatro; María de la Soledad, veinte; Isabel María va a cumplir los dieciséis; Emilio tiene nueve; María del Pilar, siete; María Jesús, cinco años, y María Teresa los dieciocho.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

1. *El problema*.—Don Emilio y doña Felisa buscan remediar la desproporción que introduce entre sus hijos el testamento de la abuela. Quieren ante todo la igualdad entre ellos. Desean que cuanto antes cristalice el resultado del fideicomiso y desaparezca la incertidumbre sobre quiénes y en qué cuantía serán, en definitiva, propietarios de las fincas comprendidas en la sustitución.

Sugieren: a) Distribuir mediante testamento el patrimonio propio entre sus hijos de modo que los perjudicados por las disposiciones de la abuela perciban de más cuanto sea necesario para igualarse a los favorecidos. Esto supone añadir complicación a complicación y remediar incertidumbre con incertidumbre. Sin embargo, la medida no puede rechazarse en absoluto, como luego veremos.

b) Que renuncien las tres nietas favorecidas. Esta solución no nos lleva al fin propuesto si a la vez, o sucesivamente, no renuncian también los otros cuatro hermanos y los que sobrevinieren, si alguno sobreviene.

c) Una modificación del régimen del fideicomiso. Exige el acuerdo de todos los interesados, aun de los que pueden nacer.

2. *Razón de plan*.—Para resolver sobre las medidas que propone el matri-

monio y qué sea lo que deba hacerse como más conveniente, daré, primero, una idea general de la sustitución fideicomisaria; segundo, examinaré la situación de derecho producida por el testamento y la partición; tercero, apreciaré las ventajas e inconvenientes de las distintas soluciones, y por último, me decidiré entre ellas o quizá por una combinación de varias.

En estas notas prescindo en absoluto de toda referencia a la documentación de autores, textos legales y decisiones de la jurisprudencia que han servido de triple base para fundamentarlas. Si no lo hago así se alargarán con exceso.

III. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

1. Definición.

Con esta expresión tan extraña para los testadores se designa una figura jurídica que ellos emplean frecuentemente sin preocuparse de su denominación técnica y mirando sólo a su contenido y a sus consecuencias prácticas.

Se llama sustitución fideicomisaria a la disposición por virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas expresamente indicadas por aquél.

Son sus requisitos: 1.º La existencia de una doble o múltiple vocación hereditaria al goce de unos mismos bienes. 2.º Un gravamen de conservar y restituir los bienes impuestos al primer heredero en beneficio del segundo. 3.º Establecimiento de un orden sucesivo para la adquisición de la herencia o legado por los llamados a la sustitución.

2. Terminología.

1) El estatuto sucesorio antes definido se denomina también, más por simplificación que por exactitud, «fideicomiso», término que adelante utilizaré con preferencia a cualquier otro.

2) Al testador que lo dispone se le llama «fideicomitente» o «estabiliente del fideicomiso».

3) La designación del primer heredero, es, por antonomasia, «institución hereditaria». Al beneficiado se le nombra con las expresiones de «primer instituido», «llamado en primer lugar», «sustituido» (porque luego en su cargo y lugar sucesorio le sustituirá otro). También «heredero fiduciario» o, simplemente, «fiduciario» (es decir, heredero de confianza, porque en los antiquísimos comienzos de esta figura jurídica el encargo de restituir a otro los bienes heredados descansaba tan sólo en la confianza, dicho en latín, «fiducia», que el testador ponía en aquél a quien lo daba, ya que no era jurídicamente exigible.)

4) Al designado en segundo lugar se le llama «sustituto», «heredero fideicomisario» (esto es, encamendado a la fe de otro), «fideicomisario».

5) Cuando fallece el fideicomitente es el momento de la «apertura de la sucesión»; cuando fallece el primer instituido se produce la «apertura de la sustitución».

6) En la apertura de la sucesión son llamados a la herencia tanto el susti-

tuido como el sustituto, pero entonces la recibe solamente el primero. En la apertura de la sustitución se defiende al fideicomisario la herencia a que ya estaba llamado. Este paso de los bienes de un heredero a otro se denomina «devolución o delación de fideicomiso», porque en verdad el heredero antecedente devuelve o entrega lo que había recibido al que le sigue.

7) A cada llamamiento sucesivo se dice hay un «grado» del fideicomiso. Lógicamente el primer grado de la sustitución corresponde al segundo llamamiento de herederos, ya que los instituidos en primer lugar no pueden sustituir a nadie. La sustitución es, por naturaleza, una institución hereditaria subordinada a otra.

3. Contenido.

El tipo más sencillo de fideicomiso presenta un solo grado de sustitución del primer heredero; una sola persona en cada llamamiento sucesivo y una incertidumbre completa: en cuanto a su efectividad porque el deber de restituir no se subordina a un acontecimiento futuro e incierto, sino que se impone en todo caso; en cuanto al fideicomisario porque se trata de persona actual y determinada, y en cuanto a la adquisición de éste porque no se le impone a su vez el deber de restituir a un tercer heredero que sería sustituto de segundo grado.

a) Posición jurídica del fiduciario o primer instituido.

Es verdadero sucesor mortis causa del fideicomitente. Lo hereda a beneficio de inventario: sin responder de sus deudas más que con los bienes que le deja y conservando cuantos créditos y derechos tuviese contra él.

No es usufructuario, sino propietario, aunque temporal. Su propiedad es temporal y revocable, porque al día de su muerte desaparecerá. Es, por lo tanto, un heredero sometido a «término resolutorio».

De la obligación de transmitir le nace la de conservar. Sin ésta no podría cumplir aquélla y una y otra le colocan en la imposibilidad de disponer de los bienes del fideicomiso, salvo para pago de cargas y deudas de la herencia.

Está obligado a entregar los bienes al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo siempre voluntad en contrario del testador.

Si le premueren todos los llamados en segundo lugar, o «sustitutos», sin dejar heredero, se libera de la obligación de restituir por haberse extinguido los únicos que podían exigir el cumplimiento. Su propiedad, de revocable se transforma en definitiva. No es que entonces adquiera, como erróneamente se dice; entonces consolida una adquisición anterior.

b) Posición jurídica del fideicomisario o segundo instituido.

Hereda al fideicomitente o estableciente del fideicomiso. No sucede al fiduciario y como no es su heredero no responde de sus deudas, ni con los bienes propios ni con los de la sustitución. Responde en cambio de las deudas del testador.

Adquiere sus derechos a la herencia desde que muere el fideicomitente (apertura de la sucesión), desde entonces los transmite a sus herederos; pero no los hace efectivos hasta el fallecimiento del primer instituido (apertura de la sustitución).

Es un heredero sometido a «término suspensivo o inicial».

Puede exigir al fiduciario garantías de que no quebrantará la obligación que tiene de conservar y transmitir.

c) *Actuación conjunta de fiduciario y fideicomisario.*

La posición de cada uno se limita exclusivamente por las facultades del otro. Representan en consecuencia la integridad de los derechos a la sustitución y, de común acuerdo, pueden disponer con carácter definitivo e irrevocable de las cosas comprendidas en el fideicomiso. Se supone, claro está, que el sustituto fué designado ciertamente y que no se encuentra gravado a su vez de restitución.

4. *Clases.*—El fideicomiso simple descrito en el número anterior rara vez se presenta tan sencillo. En la realidad se complica por la adición de circunstancias muy diversas que, matizándolo, dan lugar a las diferentes clases.

I. POR RAZÓN DE LAS PERSONAS

1) *Individuales.*—En ellos a un solo heredero se le nombra un solo sustituto.

2) *Colectivos.*—Presentan varias personas en la institución y varias en la sustitución.

a) Fideicomiso colectivo ordinario. Si en cada plano los llamamientos se hacen conjuntamente. Surge entonces una comunidad de fiduciarios o fideicomisarios que se rige por las reglas generales de la proindivisión hereditaria.

b) Fideicomiso colectivo condicional. Los llamamientos no son conjuntos en cada grado: dependen del cumplimiento de la condición, tanto al abrirse la sucesión como en la apertura de la sustitución. En tales casos cada llamamiento sucesorio tiene un contenido personal indeterminado que no se concreta sino en el momento de hacerse efectivo. Es una casa vacía a la que llagará un inquilino u otro distinto según las circunstancias.

c) «Sustitución vulgar en el fideicomiso». Es una especie de los condicionales que por su frecuencia justifica un lugar autónomo en la clasificación.

Se da cuando el testador, para el caso de premoriencia, repudiación o incapacidad del fideicomisario designa a otra persona para que ocupe su lugar en el fideicomiso.

Ejemplos: «Instituto heredero a Francisco con obligación de conservar la herencia y transmitirla a su muerte a José y en defecto de éste a Luis».

José y Luis no están en fideicomiso; es decir no será el uno heredero después del otro sino en defecto del otro: el segundo heredará si el primero no lo hace. La relación fideicomisaria se da entre Francisco y el que de los otros dos llegue a sustituir.

El sustituto vulgar recibe la herencia en las mismas condiciones que la persona a quien sustituye. De donde se sigue que si se coloca en lugar de un fideicomisario gravado a su vez de restitución, adquiere con el mismo gravamen, salvo que el testamento exprese, o de su contenido se deduzca claramente lo contrario.

3) *A favor de personas actuales.*—Se designa en ellos a personas nacidas, o al menos concebidas, al fallecimiento del testador.

Ejemplo: «Instituto heredero a Antonio y a su muerte pasará la herencia a los hijos que tenga el día que yo fallezca».

Se produce una comunidad de sustitutos en la que desde la apertura de la sucesión se sabe el número de comuneros y la extensión de las cuotas. Los fideicomisarios no comparten su derecho con los hermanos que puedan sobrevivirles después de la muerte del fideicomitente.

En estas sustituciones a favor de personas actuales pueden multiplicarse in definidamente los llamamientos.

4) *A favor de personas futuras*.— Resultan llamadas a la sustitución personas no concebidas al fallecimiento del testador y que no se sabe si llegarán a la concepción.

Ejemplo: «Instituyo heredero a Eulogio y a su muerte le sustituirán en los bienes los hijos suyos concebidos después de mi fallecimiento».

Esta especie rara vez se da con carácter puro en la práctica.

5) *A favor de personas actuales y futuras*.—Es una mezcla de los dos tipos anteriores y se presenta frecuentemente en la realidad.

Ejemplo: «Nombro heredero a Rafael con obligación de conservar la herencia en favor de los hijos que tenga a mi fallecimiento y además de los que sobrevengan después».

En este caso los hijos del instituido que existan al abrirse la sucesión (fallecimiento del testador) adquieren desde entonces un derecho cierto de contenido incierto, porque si es seguro que no aumentará, la aparición de nuevos hermanos que participen de él puede reducirlo.

Si se llama a los hijos futuros de un mismo matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges concreta su número, pues hace imposible que aumente. Si se concede el derecho a los hijos futuros de una persona, sólo el fallecimiento de ésta cierra la posibilidad de nuevos beneficiarios.

Siguese de todo lo expuesto que hasta que no llega el día en que se adquiere la seguridad de que no surgirán nuevos sustitutos la renuncia de éstos no libera al sustituido de su obligación de conservar y transmitir.

II. POR RAZÓN DE LOS BIENES

1) *Universales*.—Recaen sobre la totalidad (absolutos) o sobre parte alicuota de la herencia (relativos).

En el fideicomiso de parte alicuota son los contadores partidores o los herederos quienes han de determinar los bienes que deben sujetarse al mismo, si el testador no se ha ocupado de concretarlos en el testamento.

Realizan evidentemente un acto particional y también parece evidente que los segundos pueden modificar con posterioridad dicho acto de partición si les conviene sustraer una finca al régimen del fideicomiso, colocando en su lugar otra.

En efecto el testador no impuso una obligación de conservar y transmitir bienes determinados, sino un cuanto de la herencia. Manteniéndolo inalterado, mediante el cambio de una finca por otra de igual valor, no se quebranta la voluntad del causante, suprema ley de la sucesión.

Contra este criterio de que es posible aplicar al fideicomiso el principio de la «subrogación real» no puede levantarse el argumento de que la misma encierra serias dificultades prácticas y no menores posibilidades de fraude. Las primeras pueden resolverse y las segundas prevenirse. Además, todas las figuras jurídicas son susceptibles de uso en «fraude de ley» y contra ninguna es reparo serio tal posibilidad.

2) *Singulares*.—Recaen sobre bienes concretos y determinados. No deben confundirse con el «legado de fideicomiso», que no nos interesa en este estudio.

En ellos no es posible la «subrogación real». Se iría contra la expresa voluntad del fideicomitente si se excluyera de la sustitución a una finca que él expresamente incluyó, aunque en su lugar se colocase otra de igual valor.

III. POR RAZÓN DE LOS LLAMAMIENTOS.

1) *Simples*.—Contienen un solo grado de sustitución.

2) *Escalonados*.—Al primer heredero fideicomisario se le puede imponer, a su vez, la obligación de conservar y restituir en beneficio de un segundo; a éste en favor de un tercero y así con carácter indefinido si las leyes, como veremos luego, por los graves inconvenientes de la vinculación perpetua o a largo plazo, no pusieran un límite relativamente corto a esta figura.

Los sustitutos intermedios tienen el carácter de fideicomisarios respecto del que les precede y de fiduciarios en cuanto al que les sigue.

Si uno de ellos renuncia queda naturalmente apartado de la sustitución, pero no libera a los anteriores ni priva de sus derechos a los siguientes.

IV. POR RAZÓN DE LA EFECTIVIDAD.

1) *Puros*.—Ya vimos que en realidad la sustitución fideicomisaria significa siempre una herencia a término, que para el instituido es resolutorio y para el sustituido tiene el carácter de suspensivo. No obstante ello, cuando aquél tiene que entregar a éste en todo caso los bienes, se dice que el fideicomiso es puro por oposición a los condicionales.

2) *Condicionales*.—La obligación de conservar y transmitir se supedita en ellos a un acontecimiento futuro e incierto.

A diferencia de lo que sucede en los fideicomisos puros, en los condicionales los sustitutos se entienden llamados si viven el día en que se cumpla la condición y por lo tanto el que fallece antes nada adquiere y nada transmite a sus herederos.

Ejemplo: «Instituyo heredero a Fernando y si traslada su residencia al extranjero quedará obligado a transmitir el día de su muerte las cosas heredadas a Bernardo, Felipe y Juan».

El día en que se cumple la condición es aquel en que el fiduciario abandona definitivamente España y a esta fecha hay que referir la supervivencia y capacidad de los fideicomisarios, que en ella adquieren su derecho aunque no lo hagan efectivo hasta la muerte del sustituido.

Segundo ejemplo: «Sea mi heredero Santiago, y a su muerte pasen los bienes a los hijos del mismo que vivan entonces.»

He aquí un supuesto que, además de condicional, es a favor de personas actuales y futuras. Los sustitutos existentes al fallecer el testador no tienen certeza de si sobrevivirán al fiduciario y adquirirán en consecuencia. Menor seguridad tienen del cuánto de su adquisición, que puede disminuir si sobrevienen nuevos hermanos fideicomisarios o aumentar si al fallecimiento del padre sustituido (apertura de la sustitución) no sobreviven todos los hijos nacidos hasta entonces.

3) *«Hijos puestos en condición»*.—Es una cláusula de gran abolengo sucesorio y de uso muy frecuente. Por ella se nombra un heredero y se le impone la obligación de transmitir a su muerte la herencia a otra persona, si fallece sin hijos.

Se dice entonces que los hijos están «puestos en condición»; para adquirir definitivamente si los hay al fallecer el instituido o para que éste restituya caso de que no los deje.

En teoría el heredero puede engendrar un hijo hasta el momento antes de su muerte. Por lo tanto, no hay seguridad de si se cumplirá o no la condición hasta el mismo instante del fallecimiento del sujeto a ella.

Aunque razones muy naturales permiten asegurar con una probabilidad tan subida que equivale a certeza moral, que una persona no habrá de tener hijos a cierta edad, el derecho, o al menos los órganos encargados de aplicarlo, que son los que, en definitiva, lo configuran, no admiten tal inferencia.

De donde se sigue que hasta la misma muerte del fiduciario no puede saberse quiénes serán los dueños definitivos de los bienes.

V. POR RAZÓN DE LA FORMA.

1) *Expresos*.—Son aquellos en que la sustitución se establece de una manera expresa, «ya dándole tal nombre, ya imponiendo la obligación terminante de entregar los bienes al segundo heredero».

Esta exigencia ha de entenderse con ciertas atenuaciones, porque hoy no vivimos un derecho sacramental o de fórmulas en el que el efecto jurídico no nazca si no se pronuncian las palabras rituales.

El testador puede declarar querer una figura jurídica como el fideicomiso no sólo dándole su nombre, o determinando su contenido, sino también por un tercer medio de declaración: refiriéndose a sus efectos propios, aunque emplee expresiones tomadas de otra con la que tenga cierta analogía la figura querida. Así sucede en el caso del falso usufructo testamentario.

2) *Tácitos*.—Terminantemente prohibidos por la Ley.

3) *Típicos*.—Son los que, cualesquiera que sean sus circunstancias concretas, presentan las líneas generales de la sustitución, en alguna de sus muchas especies.

4) *Atípicos*.—Ciertas formas del llamado «derecho de acrecer»; algunos modos de atribuir separadamente el usufructo y la nuda propiedad, y las donaciones con pacto de reversión a favor de persona distinta del donante, en especial las que se hacen a favor de persona futura pueden, según los casos, ser verdaderos fideicomisos, aunque atípicos. Ninguno de ellos nos interesa en este estudio.

5) *Extinción*.—Entre las muchas causas de extinción sólo nos interesan tres, que, más bien que motivo de cesación del fideicomiso en todo caso, llegan a serlo en algunos supuestos.

a) *Renuncia del fiduciario*.—La opinión más común es que no extingue el fideicomiso, salvo si el testador lo condicionó a que el primer instituido lo aceptara, lo que a veces sucede. Pero en las más de las ocasiones la renuncia determina que el fideicomisario quede como heredero directo del causante. Los autores asimilan al anterior caso los de incapacidad o premoriencia del sustituido.

El Tribunal Supremo se ha negado terminantemente, sin embargo, a admitir con carácter general el criterio que precede. En nuestro caso concreto no tiene interés la cuestión, puesto que ya no hay tiempo hábil ni posibilidad de que doña Felisa renuncie una sustitución que tiene aceptada.

b) *Renuncia del fideicomisario*.—Fallecido el fideicomitente, su herencia deja de ser futura, está ya abierta y, por lo tanto, el fideicomisario puede renunciar a sus derechos a la sustitución, aunque no le haya llegado el día de hacerlos efectivos, siempre que se den estas circunstancias:

1.ª Que su adquisición sea cierta. Cuando se impone al primer heredero la obligación de restituir, no en todo caso, sino condicionalmente (por ejemplo, si fallece sin descendencia legítima) los fideicomisarios se entienden llamados bajo otra condición, la de sobrevivir al sustituido y nada adquieren si no le sobreviven.

Por lo tanto, mal pueden renunciar a lo que no se sabe si les corresponderá. En la práctica, sin embargo, la renuncia del fideicomisario único, o la de todos, se considera eficaz porque se entiende hecha para el supuesto de que lleguen a adquirir lo renunciado.

2.ª Que la adquisición sea exclusiva. Que el renunciante no concorra a la sustitución con otros, ni actuales ni futuros. En la primera hipótesis, la renuncia de uno no libera al fiduciario de la obligación de restituir que tiene en beneficio de los demás. Se discute si la cuota renunciada queda libre del fideicomiso o acrece a los que no repudiaron.

Si están llamadas a sustituir solamente personas futuras, o en unión de personas actuales, por ejemplo los hijos que tiene el sustituido y los que pueda tener en lo sucesivo, la renuncia de aquellos en nada perjudica a éstos.

3.ª Que la adquisición, además de cierta y exclusiva, sea irrevocable. Si el renunciante se encuentra a su vez gravado de restitución en favor de otro heredero, su acto no perjudica a éste ni extingue las obligaciones del fiduciario.

c) *La llamada a devolución anticipada de fideicomiso*.—Con frecuencia el primer instituido desea entregar los bienes antes del día fijado por el testador. Esta práctica, tan antigua como la sustitución, mereció la atención de jueces y autores desde el Derecho Romano y desde entonces acá se mantiene uniformemente el criterio que le niega el efecto de extinguir el fideicomiso.

Se considera que no hay en tal caso una verdadera restitución fideicomisaria, sino, cuando más, una mera entrega de la posesión o una cesión gratuita que de su disfrute hace el sustituido a los sustitutos.

El día de la apertura de la sustitución continúa siendo el señalado por el testador, que generalmente fija el de la muerte del fiduciario.

Esto tiene importantes consecuencias prácticas, porque para calificar la capacidad de los fideicomisarios y el cumplimiento de las condiciones a que estén sujetos, especialmente la de supervivencia, se sigue atendiendo a dicha fecha.

Por lo tanto, la devolución anticipada no concede derecho irrevocable a los fideicomisarios que no sobrevivan al sustituido. Si le premueren, no adquieren nada a pesar de haberse adelantado la restitución. Tampoco quita su derecho a los sustitutos futuros, quienes cuando sobrevengan, reducirán la cuota de los ya existentes.

Por último, si hasta el día señalado por el causante para la apertura de la sustitución los fideicomisarios perciben los frutos de las cosas como donatarios del primer instituido y no como herederos del establecimiento del fideicomiso, se sigue que quedan expuestos a las acciones de reducción de donaciones inoficiosas o de revocación por fraude de acreedores.

b) *Limitaciones a la facultad de establecer fideicomisos.*

Se imponen por dos motivos diferentes:

a) *Por razón de bien común.*—Para evitar que los testadores sujeten las fincas a perpetuidad a un orden determinado de transmisiones y de este modo las sustraigan a la libre circulación de los bienes, los Códigos, o prohíben la sustitución, o la limitan muy severamente.

El nuestro se coloca entre los últimos y dispone en su art. 781 que «serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

b) *Por razón de bien familiar.*—Para impedir que se lesionen los derechos de los herederos forzosos, el siguiente artículo 782 del Código ordena que «las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

En este último caso se admite porque actúan de mejora indirecta.

IV. EXAMEN DEL CASO CONCRETO.

1) *Preliminar.*—Lo que probablemente quiso doña Felisa fué:

Mejorar en fincas determinadas a las únicas nietas que tenía cuando testó, utilizando para ello la facultad tradicionalmente reconocida a los testadores de mejorar a los nietos viviendo los padres.

Hacer compatible la mejora con el disfrute previo de las fincas por su hija y heredera, madre de las mejoradas, para lo que acudió al mecanismo de la sustitución fideicomisaria.

Revocar el beneficio de la nieta que falleciese sin descendencia legítima, disponiendo entonces que se repartiera entre todos los demás hermanos, hijos del mismo matrimonio.

De este modo, por una parte premiaba a las tres nietas su prioridad de nacimiento, lo que en las familias numerosas entraña siempre algo de privilegio y, por otra, no apartaba a los demás hermanos de una manera definitiva, concediéndoles la probabilidad de sustituir a sus hermanas mayores.

Cabe preguntarse si la fideicomitente, de renovar el testamento nacida ya Isabel María, no la hubiera colocado en el mismo rango que a sus tres hermanas mayores. La circunstancia de que mejoró a todas las nietas existentes cuando testaba da fundamento para contestar afirmativamente.

Pero lo que interesa no es conjeturar lo que realmente quiso doña Felisa.

Importa analizar la voluntad que aparece declarada en el testamento y la partición tal como fueron redactados. Uno y otra más los asientos registrales se funden, en cierto modo, en una unidad jurídica cuyos elementos no se pueden considerar aisladamente.

Han causado un estado de derecho que se encuentra al amparo de los Tribunales e interesa a personas futuras no determinadas. Su modificación, por lo tanto, no es cosa fácil.

2. *Las cláusulas sexta y séptima del testamento.*—(Visión de conjunto)

El testamento de veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y uno establece, como ya se ha dicho, dos sustituciones alternativas: un fideicomiso

familiar, y para el caso de que no llegue a tener efectividad, otro a favor de extraños reducido a una parte de los bienes del primero.

a) *El fideicomiso familiar*.—Es escalonado porque contiene dos llamamientos o grados de sustitución y el segundo puede a su vez originar alguna devolución de grado posterior.

Primer grado: A doña Felisa, heredera instituída, la sustituirán sus tres hijas María Felisa, María de la Soledad y María Teresa.

Segundo grado: Si alguna de ellas fallece sin descendencia, será sustituida por las dos que queden, y si mueren dos, por la que quede y los demás hermanos, si los hubiere.

A diferencia del primero, este llamamiento es condicional. Están puestos en condición los hijos de cada una de las fideicomisarias.

En los fideicomisos escalonados, los sustitutos de un sustituto se consideran sustitutos directos del instituído; es decir, los hermanos de María Felisa, María Soledad y María Teresa, por sustituirlas, a quien en definitiva sustituyen es a la madre común.

En cualquier clase de sustitución, hemos de recordarlo, los fideicomisarios heredan a quien la establece y no al fiduciario o a fideicomisarios anteriores.

b) *El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad*.—Tendrá efecto solamente si al morir doña Felisa no quedaren de ella descendientes ningunos, según resulta del tenor literal claro y terminante de la cláusula séptima testamentaria. Se subordina a que falten en absoluto los fideicomisarios familiares. Si existen, aunque hayan renunciado a sus derechos, la sustitución a favor de Nuestra Señora de la Soledad no llega a desplegar sus efectos.

Tanto la sustitución a) como la b) rechazan la subrogación real, porque versan sobre fincas expresamente determinadas por la testadora. No pueden los interesados por ninguna causa de necesidad sustraer una finca a las limitaciones sucesorias colocando en su lugar otra.

3. El primer grado de fideicomiso de familia

a) *Generalidades*.—María Felisa, María de la Soledad y María Teresa, y, en defecto de cada una, sus descendientes, sustituyen a su madre en bienes determinados, y por lo mismo sin derecho de acreecer entre sí.

La disyuntiva entre cada una de las fideicomisarias y su descendencia es un caso de «sustitución vulgar en el fideicomiso» ya estudiado anteriormente en términos generales. Los descendientes no son llamados *después* de la nieta que los engendra, sino *en defecto* de ella. Serán fideicomisarios si no llega a ser su madre.

El llamamiento queda como una caja vacía, hasta la muerte de doña Felisa, en cuyo momento se concreta su contenido.

b) *Problemas*.—Hay varios puntos susceptibles de discusión por causa de su oscuridad o de sus lagunas y, lo que Dios no quiera, de litigio.

1.º *Los descendientes llamados, ¿son los legítimos?*—Dadas las cualidades de las tres nietas, es moralmente imposible llegar a ser necesario contestar a tal pregunta. Pero la misión del derecho es prever hasta las contingencias más absurdas.

La cláusula sexta del testamento llama en defecto de cada nieta «a sus des-

endientes» simplemente. No añade el oportuno calificativo. Lo daba por descontado.

Desde luego que en el silencio de la testadora hay que acudir a los principios generales del fideicomiso que, por tradición, se entiende siempre referido a la familia legítima, tanto por la finalidad que lo inspira como por que los hijos naturales, al carecer de estado de familia, no pueden lucrarse de las relaciones sucesorias que sobre el mismo se montan.

2.º *Los descendientes llamados, ¿adquieren libremente o con las mismas limitaciones de la madre cuyo lugar ocupan?*—Si se recuerda que el sustituto vulgar recibe la herencia en las mismas condiciones en que la hubiera adquirido la persona a quien sustituye, se contestará que los descendientes de María Teresa, por ejemplo, al colocarse en lugar de su madre premuerta, quedarán sujetos a las mismas limitaciones con que ésta hubiera heredado.

Pero la conclusión que antecede se sustituye por la contraria cuando los sustitutos vulgares (descendientes) de la madre fideicomisaria (María Teresa—seguiremos con ella, ya que la hemos tomado por ejemplo—) entran además como condición para que ésta adquiera irrevocablemente o sustituya, caso de no dejarlos, a su muerte.

Se llega al criterio opuesto, porque los mecanismos jurídicos deben interpretarse no en abstracto, sino según la situación concreta en que aparecen y la finalidad que los inspira.

La tesis de que los descendientes puestos a la vez en condición y en sustitución vulgar, adquieren sin limitaciones, se basa en esta argumentación de finalidad.

La testadora quiso que si fallecía con hijos, adquiriese María Teresa irrevocablemente el Novillero de Cantillana (reiteramos que lo mismo que se toma a María Teresa por ejemplo, podía tomarse a cualquiera de sus otras dos hermanas).

En tal caso, el Novillero se evade de la sustitución fideicomisaria y los hijos de María Teresa lo adquieren como herederos de su madre, no como sustitutos de ella en la herencia de la bisabuela. Por lo tanto, lo reciben sin limitación alguna, ya que éstas existen dentro de la herencia de doña Felisa, pero son ajenas a la herencia de su nieta.

Y se concluye que no parece que estuviese jamás en la intención de la fideicomitente que de premorir María Teresa a la heredera instituída y ocupar el lugar de aquélla sus hijos, resultasen éstos afectos a algunas limitaciones de las que su madre hubiera estado libre precisamente por el hecho de haber nacido ellos.

3.º *María Felisa, María de la Soledad y María Teresa, ¿pueden autorizar eficazmente a su madre para que disponga de las fincas de fideicomiso?*—Si no se encontraran a su vez, gravadas de restitución, aunque condicional podrían autorizar eficazmente a la madre, porque ésta y aquéllas tres agotarían entonces la titularidad fideicomisaria.

Pero, como la que fallezca sin descendientes está obligada a transmitir los bienes resulta que no son ellas las solas interesadas en la sustitución, y, en consecuencia, no basta su consentimiento para que la fiduciaria doña Felisa, disponga libremente.

4.º *¿Pueden liberar a su madre mediante renuncia?*—Este punto se tratará más adelante con todo detenimiento. Basta por ahora advertir que no; pues se ignora si, en definitiva, sustituirán ellas, o sus descendientes, a quienes la renuncia no vincularía. Además, los destinatarios de los bienes para el caso de que a su vez la renunciante fallezca sin hijos, tampoco resultarían perjudicados por tal acto.

4. *La equiparación de rentas.*—El párrafo penúltimo de la cláusula sexta dice:

«Asimismo desea que sus dos nietas, María Soledad y María Teresa, disfruten igual renta que la que produzcan las fincas, la que cobre o produzca más dara a la otra una participación para quedar iguales en los beneficios, descontando contribuciones o gastos de reparos que requieran las fincas.»

Es evidente que doña Felisa al par que atribuye ciertas fincas a cada nieta por separado, dispone y desea que las beneficiadas pongan en común el disfrute repartiéndose por igual los productos, deducidos los gastos, que son como una disminución natural de aquéllos.

Ya conocen los albaceas que esta comunidad de disfrute establecida sobre fincas que no se comunican en propiedad, plantea problemas susceptibles de llegar a los Tribunales.

Uno de ellos es cuando habrá de terminar la situación común. No parece que la intención de la testadora estuviera disponerla para siempre o indefinidamente. Ha de entenderse que la quiso para mientras la propiedad de las dos metas estuviera amenazada de quedar sin efecto por fallecer las propietarias sin descendencia.

Y como tal amenaza desaparece o se realiza al fallecimiento de la fideicomisaria, según muera con hijos o sin ellos, a este momento hay que referir el final de la comunidad de goce.

En cuanto una de las dos nietas muere, la comunidad se extingue. Si dejó descendientes, porque la finada consolida entonces su adquisición, que pasa a sus sucesores, como ya dijimos, libre de la totalidad del fideicomiso, y, por lo tanto, de la cláusula de igualación de rentas que del mismo forma parte. Si no los dejó porque su adquisición se resuelve en favor de la otra copartícipe del disfrute y de María Felisa, a quien no puede imponerse una comunidad de goce complicadísima y de la que ella está libre porque para nada la menciona la testadora en este respecto. Siguese que como no hay comunidad de una sola persona se ha extinguido.

Se debió en el testamento, prescindiendo de consideraciones, fijar el término del goce común.

Se debió también entrar, aunque someramente, en la regulación de la comunidad.

5. *El segundo grado de fideicomiso de familia*

I. VISIÓN DE CONJUNTO.

Dice la cláusula sexta testamentaria:

«Si una de sus nietas falleciera sin descendencia, pasarán dichas fincas a las dos que queden, y si mueren dos, a la que quede repartidas entre los demás hermanos, si los hubiere.»

Ya habíamos apuntado que la sustitución establecida por doña Felisa no terminaba en el llamamiento de María Felisa, María Soledad y María Teresa, sus tres nietas.

Las disposiciones antes transcritas ordenan el segundo grado del fideicomiso, que, como veremos, en ocasiones se desdoblará para dar lugar a una devolución de tercer grado. Lamentablemente redactadas, son de una brevedad contraria a la realidad de las cosas que exige cláusulas extensas y de ineludible complicación si el testador quiere prever y regular la mayor parte (que nunca serán todos) de los supuestos que puedan darse.

María Felisa, María Soledad y María Teresa, fideicomisarias respecto de su madre, se revisten ahora, por causa de la disposición que se comenta, del carácter de fiduciarias condicionales.

Inexplicablemente, el testamento distingue entre «si una de sus nietas falleciere» y «si mueren dos» para atribuir efectos muy distintos a cada hipótesis, que, por lo tanto, deben examinarse separadamente.

La partición consigna, con acierto en este caso, que es necesario que se haya consumado y hecho efectivo el primer grado del fideicomiso para que comience a producirlos el segundo que ahora nos ocupa.

II. EL PRIMER SUPUESTO. SUS NOTAS.

«Si una de sus nietas falleciere sin descendencia pasarán dichas fincas a las dos que queden.»

a) *Es propiamente recíproca.*—Cada una de las tres interesadas es sustituida por las otras dos, con lo que se da lugar a lo que se llama sustitución recíproca.

b) *No añade a la fideicomisaria la vulgar.*—Abandonando el criterio que mantuvo en el primer escalón fideicomisario la testadora, al llamar «a las dos que queden» a la sustitución de la premuerta, no añade la frase: «y en defecto de alguna a sus descendientes legítimos».

Tal omisión significa que puede darse el caso de que los hijos, por ejemplo, de María Teresa, sustituyan fideicomisariamente a doña Felisa, ocupando el lugar de la madre premuerta, por sustitutos vulgares de ella como vivos y, sin embargo, no se les pueda considerar en el mismo lugar de su madre para sustituir a María Soledad, que posteriormente fallezca sin descendencia.

Quizá no fué ésta la intención de la testadora, que, probablemente, debió querer para la sustitución recíproca entre las hermanas lo que quiso en cuanto a la sustitución de la madre por ellas; que los hijos puestos en condición estuvieran también en sustitución vulgar en cuanto al primer caso.

Pero no resuelto este problema, se puede optar por cualquiera de los dos criterios, bien entendido que, hoy día, el más seguro es el que niega la entrada de los descendientes en la sustitución recíproca.

c) *No aclara lo de la descendencia legítima.*—Tampoco se dice si los hijos que se ponen como condición para restituir o no, son los legítimos. El olvido ya advertimos que no planteará problema alguno, dadas las cualidades de los interesados. Y también digimos que a tal pregunta hay que contestar afirmativamente.

d) *La expresión así una de sus nietas falleciera*.—Exige que contemplemos las situaciones a que puede conducir:

a') María Felisa fallece sin descendencia. Pasan por mitades los bienes que le correspondieron en la sustitución a las otras dos que sobreviven.

b') María Felisa fallece con descendientes. Estos hacen irrevocablemente suyos los bienes.

c') María Soledad fallece sin descendientes después de María Felisa, que los dejó. Los bienes de aquélla pasan íntegra y exclusivamente a María Teresa, sin que los hijos de María Felisa participen de ellos, por lo que se ha dicho en la letra b') de este epígrafe.

d') María Felisa y María Soledad mueren con descendencia. Cada estirpe hace suyos los bienes de la madre.

e') Después del óbito de María Felisa y María Soledad, ambas con descendientes, fallece María Teresa sin ellos. Cuando ocurre esto, por hipótesis no hay nadie llamado a la sustitución recíproca. En consecuencia, los bienes de María Teresa pasan a quien ella determine por testamento o a quien corresponda por ley, en concepto de herencia de la misma y no como sustitución de ella, porque el fideicomiso, tratándose del fallecimiento de la última, aunque se dé la condición de restituir, no tiene efecto.

III. EL SEGUNDO SUPUESTO. SUS PROBLEMAS.

La testadora continúa:

«... y si mueren dos, a la que quede, repartidas (se refiere a las fincas objeto del fideicomiso) entre los demás hermanos, si los hubiere.»

Conviene a este supuesto las observaciones b) y c) que acabamos de formular para el primero. Su redacción es audazmente breve. Pero la audacia no va seguida del éxito, porque plantea numerosas y graves dudas.

Diré con carácter general dos cosas: Que ninguno de los llamados a sustitución llega a hacerla efectiva si premuere a la nieta que vaya a ser sustituida, y que a diferencia de lo que sucede en la primera hipótesis, en que las dos beneficiarias que sobrevivan a la hermana premuerta sin descendientes las sustituyen con la misma limitación en este segundo grado, como luego se insistirá, se adquiere libremente y sin limitaciones.

1.º *Análisis de la expresión así mueren dos*.—Podrá suponerse que al fallecer la segunda nieta se repartiría entre la que quede y los demás hermanos no sólo sus bienes, sino también los de la primera, cuya distribución habría que rectificar, puesto que en principio pasaron sólo a la recientemente fallecida y a la superviviente.

Este criterio de que la sustitución de las dos finadas habría de ser rigurosamente unitaria, de modo que la diferente distribución de los bienes que la testadora dispone para el caso de «*si una falleciera*» y «*si mueren dos*», fuese sólo temporal, es decir, hasta que ocurriese el óbito de la segunda, debe rechazarse por absurdo. Pero es lástima que haya cierta base para sostenerlo, proporcionada tanto por la concisión del testamento como porque, en definitiva, según ya dijimos, es inexplicable la diferencia de régimen entre ambos supuestos.

Desde luego, la cláusula contempla el caso de que hayan fallecido dos de

las nietas beneficiadas y ambas sin descendientes. Si en el segundo término de la disyuntiva se omite la expresión de tal circunstancia es para evitar una repetición literaria, pero se da por supuesta.

De donde resulta, en definitiva, que la expresión «si mueren dos» hay que entenderla en el doble sentido de cantidad y de orden; de cantidad, porque dos han de morir sin descendencia para que se verifique lo supuesto, en este caso por la testadora, y de orden, porque sólo a la segunda que fallezca en tales circunstancias sustituirán «los demás hermanos, si los hubiere» en concurrencia con la superviviente.

Una última duda hay que resolver: Si María Felisa o María Soledad o María Teresa, mueren sin descendientes, pero no después de la madre, sino antes, y, por lo tanto, sin hacer efectiva la sustitución de primer grado, y, si luego de fallecer una de las tres, muere a su vez otra, ésta ya con posterioridad a doña Felisa, pero también sin hijos, ¿se entenderá que estamos en el caso «si mueren dos»?

Efectivamente, finaron dos sin hijos, pero es claro que la testadora pensaba en este doble acontecimiento sucedió después de la muerte de su hija y no acaecido en cuanto a un fallecimiento antes y a otro después.

En tal hipótesis hay con concluir que juega la distribución ordenada para el primer supuesto de este segundo grado fideicomisario. O sea, que si María Felisa premurió a la madre, sin hijos, y luego la postmuere María Soledad, también sin ellos, los bienes de ésta pasan sólo «a las dos que queden», y como no queda sino una, a ella con exclusión de «los demás hermanos, si los hubiere».

Demos por desvanecidas las dudas anteriores y pasemos al

2.º *Análisis de la palabra «hermanos»*.—Doña Felisa, después de referirse a las tres nietas, que expresamente menciona, llama «a los demás hermanos, si los hubiere».

Esta expresión no tiene la fijeza de contenido que sería deseable. Designa a personas futuras e inciertas y omite las circunstancias imprescindibles para poder, en su día, concretarlas.

Hermanos de María Felisa, María Soledad y María Teresa, son no solamente los nacidos y que nazcan del actual matrimonio (hermanos del doble vínculo), sino también los que en una unión posterior puedan tener don Emilio (hermanos consanguíneos) o doña Felisa (hermanos uterinos).

a) *¿Sólo los hijos del actual matrimonio?*—En este caso la muerte de cualquiera de los cónyuges cristaliza la entidad natural «hermanos» al hacer imposible que surjan nuevos beneficiarios. Se adquiere la seguridad de que el número de sustitutos desde entonces no podrá aumentar, aunque sí disminuir, con aquellos que premueran a la segunda nieta de cuya sustitución se trata, ya que entonces nada adquieren.

b) *¿Los del actual matrimonio y además los que en un enlace posterior tenga don Emilio?*—La sola enunciación de la pregunta descubre cuanto una respuesta afirmativa contrariaría la voluntad de la testadora. Pero como, por desgracia, tal voluntad no está expresada por completo, puede sostenerse el criterio que aquí rechazamos.

c) *¿Los del actual matrimonio y los hijos que pueda tener doña Felisa en*

otro posterior?—Esta tesis es la más defendible, porque al fin y al cabo todos serían nietos de la testadora, que empleó, o le hicieron emplear, deliberada o indeliberadamente, una expresión muy amplia. Concuere además con la interpretación que usualmente se da al problema por los Registradores de la Propiedad.

Aceptada determina que hasta el fallecimiento de doña Felisa, no pueda haberse cual será el número máximo de fideicomisarios, que, repetimos, puede decrecer en cuanto a los que premueran a la nieta sustituida.

3.º *¿Cuándo se considera que doña Felisa no puede tener ya hijos?*—En el último párrafo del anterior epígrafe contestamos implícitamente. Cuando muera y no antes. Ya se habló de eso al exponer la teoría general de la sustitución fideicomisaria, a la que nos remitimos, de modo expreso esta vez, seguros de que en otras muchas habrá ido ya el lector a buscar la razón de las afirmaciones que se hacen en la presente sección de este trabajo.

De ordinario en los testamentos se previene el caso, fijando expresamente una edad, a partir de la cual, por terminante autorización del testador, no será preciso esperar legalmente la aparición de nueva descendencia. Pero es claro que en el que examinamos se omitió tal cautela, que por cierto, no podría suplirse en el cuaderno particional.

4.º *«Los demás hermanos si los hubiere», ¿heredan con limitaciones o sin ellas?*—Sin ellas. Pero tampoco se dijo esto en el testamento ni en la partición. Hay que deducirlo de los principios generales. Uno de ellos es que las limitaciones no se presumen: Han de ser expresas y, por lo tanto, no pueden afectar a «los demás hermanos», de quienes no se predicen explícitamente. Otro es que en el mecanismo fideicomisario por definiciones, los llamados en último lugar se presumen libres, pues de otro modo se llegaría a una vinculación indefinida.

5.º *Desigualdad de resultados a causa del art. 781 del Código Civil.*—El artículo 781 del Código Civil, al impedir que pasen del segundo grado las sustituciones a favor de personas que no vivan al tiempo del fallecimiento del testador, introduce una profunda diferencia entre la cuarta nieta, Isabel María, nacida ya cuando murió doña Felisa y los demás hermanos que aparecieron o que aparezcan después.

En efecto:

a) Cuando las fincas pasan de la madre a las tres nietas expresamente beneficiadas, se actúa el primer grado de la sustitución; hay una primera «devolución de fideicomiso».

b) Al fallecer María Felisa sin descendencia, las fincas que recibió por sustitución de su madre pasan por mitades a María Soledad y María Teresa. Se opera en segundo grado de la sustitución. Hay una segunda «devolución de fideicomiso».

c) María Soledad tiene entonces en su patrimonio dos grupos de fincas: uno que pasó de su madre a ella y, por lo tanto, no ha recorrido más que un grado de sustitución y otro recibido de la madre, pero a través de María Felisa, premuerta que ha experimentado en consecuencia dos devoluciones fideicomisarias.

d) Si muere sin descendientes María Soledad se produce una nueva delación fideicomisaria. Respecto a los bienes recibidos directamente de la madre es toda-

via de segundo grado y en ellos podrán sustituir María Teresa y los demás hermanos si los hubiere». Pero en cuanto a los bienes que María Soledad recibió a través de María Felisa, la nueva devolución ocupa el tercer lugar de la serie y, en consecuencia, no puede beneficiar sino a las únicas personas que vivían al fallecimiento de la testadora, es decir, a María Teresa y a María Isabel, quienes, excluyendo a todos sus otros hermanos, se los repartirán por mitades.

o. *El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad.*—Se contiene en la cláusula séptima del testamento.

Hay la certeza moral de que no llegará a tener efecto, porque es improbableísimo que se dé el hecho a que se supedita: que a la muerte de doña Felisa no quede ninguna descendencia.

Ahora bien, la certeza moral no es la seguridad jurídica. Por lo tanto, de derecho habrá incertidumbre si se cumple o no la condición hasta el mismo día del fallecimiento de la instituida, cuya descendencia, por numerosa que sea, puede, si se da un cataclismo premorir totalmente a la madre.

Esta inseguridad es una más que se añade a la larga serie de las que hemos ido apuntando y analizando y con ellas coopera a hacer muy difícil la modificación o renuncia del fideicomiso.

La disposición a favor de la Virgen puede calificarse como fundación fiduciaria en beneficio del alma, constituida mediante un legado con carga. Serán administradores el Párroco en cuya territorio radica la Ermita y el señor Obispo de Badajoz, a mi juicio, con facultades de disponer. No se aclara si la colectividad de administradores funciona igualitaria o jerárquicamente.

Pero insisto en que lo improbable de la aplicación de esa cláusula hace innecesario que le dediquemos más tiempo.

V. LOS REMEDIOS PROPUESTOS.

1. *Condicionar a los resultados del fideicomiso la distribución de la herencia del matrimonio Lorenzo-Calvo.*

Si la desigualdad entre los hijos de dicho matrimonio se origina de una sustitución fideicomisaria, condicional en el segundo grado, parece lógico que intente remediarse mediante un testamento que condicione a los resultados de dicha sustitución el reparto de los bienes de los padres, de manera que compensen todas las diferencias.

a) *La cláusula que se propone.*—Don Emilio y doña Felisa fundamentalmente en cuanto a los bienes de ella y si no bastaran para igualar, en cuanto a la sucesión de él, proponen una cláusula testamentaria del siguiente contenido:

«Tercera. Es deseo de la testadora el de que todos y cada uno de sus hijos resulten tener después de hecha la división de sus bienes relictos, por la herencia de ella, más por la herencia de su abuela materna, una cantidad igual al cociente que dé la división de la suma de la total herencia de la otorgante, más lo que resulte que alguna de sus hijas adquirieron por efecto del fallecimiento de la madre de la testadora, entre el número de hijos que vivan entonces y de los descendientes legítimos de los fallecidos, contando aquéllos por cabezas y éstos por estirpe.

»Y para conseguir tal fin, al que queda supeditada cualquiera interpretación a que pudiese llevar la redacción, posiblemente defectuosa de este testamento, la señora otorgante, ordena su última voluntad, a este respecto del modo que sigue:

»Lega y en lo que pudiese exceder del tercio de su herencia mejora a todos y a cada uno de sus hijos vivos, y a cuantos otros pudiera tener en lo futuro, menos a la hija que mayor suma resulte de haber adquirido de su abuela materna, en la cantidad necesaria para conseguir que todos y cada uno de ellos resulten enriquecidos en la misma cantidad, por motivo de la sucesión de la testadora, más por causa de la sucesión hereditaria de la madre de la otorgante.

»Para lograr la determinación de las cantidades respectivas necesarias para la consecución de dicho fin, se tasarán lo que adquirieron Felisa, Soledad y María Teresa, de su abuela materna, con el mismo criterio que sirva para tasar los bienes que integre el patrimonio de la herencia de la testadora, y se adjudicará a cada uno de los hijos beneficiados conforme al párrafo que inmediatamente antecede, lo preciso para que resulten igualados económicamente con aquella de las hijas de la otorgante que más percibió de su abuela, doña Felisa.

»Y en consecuencia necesaria de lo que antecede, del remanente de su herencia instituye herederos por partes iguales, a sus siete nombrados hijos, y en cuanto a otros pueda tener, sin perjuicio de la legítima usufructuaria de su esposo.»

Esta cláusula no es ni con mucho, de redacción defectuosa, según teme modestamente el autor, que con ella acredita su excepcional capacidad; lo que es de justicia que aquí se consigne.

b) *Sus inconvenientes.*—La cláusula, bien redactada y técnicamente correcta, pues su complejidad es inevitable, parte, sin embargo, de un supuesto falso; que al fallecimiento de doña Felisa cristaliza de una manera cierta e irrevocable el juego de la sustitución ordenada por doña Felisa Alvarez, y en consecuencia, los bienes del fideicomiso se sabe entonces a quienes y en qué cuantía corresponden.

Pero desgraciadamente esto no es cierto, como ya queda explicado a lo largo del presente trabajo. A la muerte de doña Felisa la sustituyen sus tres hijas, gravadas a su vez condicionalmente de restitución, por lo que hay que esperar al fallecimiento de una de ellas. Si ocurre sin descendencia, lo que no puede saberse hasta entonces, porque el tener hijos no supone necesidad de que pervivan a nuestra muerte, las fincas que le correspondieron en la sustitución pasarán a las otras dos hermanas con el mismo gravamen. Hay que esperar de nuevo el fallecimiento de la segunda, que si no deja descendencia transmite los bienes del fideicomiso a la superviviente y «a los demás hermanos si los hubiere», los que no pueden concretarse, porque ya hemos repetido que el que de ellos premuera a la hermana beneficiada no llega a sustituirla.

No me ocupo del supuesto de que fallezca la tercera nieta sin descendencia porque no interesa, ya que por ser la última queda liberada de limitaciones, conforme, también lo dije, a los principios generales del fideicomiso, y en nuestro caso particular, a que no tendría destinatarios de los bienes, pues si las dos hermanas que le precedieron no dejaron descendientes, a la susti-

tución de la tercera no están llamados «los demás hermanos si los hubiere», y si dejaron hijos, éstos, como ya apuntamos, no entran en sustitución vulgar de sus madres en el plano de la sustitución recíproca.

En resumen, «lo que adquirieron Felisa, Soledad y María Teresa de su abuela materna» no puede saberse hasta el fallecimiento de dos de ellas, ni hasta entonces se sabrá quiénes de los demás hermanos participan de aquella adquisición y en cuánto.

Por causa de esta incertidumbre, diferida a un tiempo que nadie puede conocer, las fincas objeto del fideicomiso se encuentran:

1) *Con titulares actuales provisionales.*—Doña Felisa es definitivamente provisional, puesto que ha de restituir en todo caso. Sus tres hijas son titulares, hoy de las expectativas, mañana de los derechos, provisionalmente provisionales, porque se convertirán en definitivas en el mismo momento de fallecer con hijos, o se comprará que no fueron más que provisionales si no los dejan. «Los demás hermanos, si los hubiere», tienen aún una provisionalidad más acentuada, pues no llegarán a adquirir si no se dan estas dos condiciones: que dos de las tres hermanas beneficiadas fallezcan sin descendientes y que ellos sobrevivan a la segunda, única, a la que pueden sustituir.

2) *Con titulares futuros inciertos.*—Que son los hijos nacedores, bien del matrimonio actual, bien de doña Felisa.

3) *Sin aptitud para el tráfico jurídico.*—Primero por estar vinculadas a un especial estatuto sucesorio, que al determinar el camino que han de recorrer imposibilita hasta que el mismo se agote una libertad de disposición sobre los inmuebles. Segundo por tratarse de una sucesión en beneficio de titulares inciertos y aún no concebidos, lo que impide que puedan todos concurrir a un acto dispositivo para hacerlo eficaz. Significa todo lo dicho que no son susceptibles de servir de base para el crédito territorial.

4) *Desvalorizadas.*—Consecuencia tan evidente de lo que antecede que no necesita demostración. Desvalorizadas en cuanto al disfrute, porque la incertidumbre del dominio frena las mejoras y atenúa la diligencia en el dueño temporal, y desvalorizadas en cuanto a la venta, porque la misma no puede conseguirse sino a través de procedimientos indirectos, en fraude de la ley, expuestos a peligros y poco deseables.

5) *Expuestas a litigios.*—Tampoco tengo que fundamentar esta afirmación. Baste decir que de casi todas, por no asegurar de todas, las cuestiones que se han examinado puede nacer un pleito, porque en cada una lo mismo puede sostenerse el criterio que he mantenido como su contraria y ello no sin fundamento ligero.

En consecuencia, no parece oportuno ni deseable colocar en igual situación jurídica a los bienes que integran el patrimonio, ni recomendar que coloquen a sus hijos, respecto de ellos, en la situación en que se encuentran respecto de los de la abuela, afectando a la herencia de los padres de una incertidumbre dependiente en absoluto de la inseguridad que supone el fideicomiso, como encaminada a corregir sus resultados, y que, por lo mismo, no podrá desaparecer hasta la fecha lejana en que cristalice el juego de la sustitución.

Que como María Felisa, María Soledad y María Teresa tienen hoy veinticuatro, veinte y dieciocho años, puede tardar en cristalizar, dada la vida media probable, más de cuarenta años.

Por último, también es de notar que sea cual sea el deseo de los padres de igualar a los hijos, en ningún caso la cláusula que se propone y se rechaza podría atentar a la legítima estricta de cualquiera de las tres nietas expresamente beneficiadas. Su derecho a esta cuota parte de la herencia, es por completo autónomo y no hay posibilidad jurídica de relacionarlo con unas atribuciones patrimoniales que se causaron en una herencia diferente, la de la abuela.

La cláusula entraña diferir el reparto de la herencia de los padres a muy largo plazo, con todos los inconvenientes ya expuestos. La rechazamos.

2. *La renuncia.*

Recordemos que la renuncia del fideicomisario extingue la sustitución cuando el renunciante tiene adquiridos sus derechos de una manera cierta, exclusiva, es decir, no compartida, e irrevocable, es decir, no con gravamen de restituirlos.

a) *La renuncia de María Felisa, María Soledad y María Teresa.*—Es admisible en principio porque no se refiere a una «herencia futura»: Mira a la herencia ya causada de doña Felisa.

Hay que distinguir si la hacen antes de la apertura de la sustitución (muerte de doña Felisa) o después. En el primer caso, a su vez, distinguiremos si las renunciantes sobreviven a la madre o la premueren dejando descendientes.

a') *Antes de la apertura de la sustitución.*—Su eficacia en cuanto a quienes la hacen es definitiva, porque nadie puede ir contra sus propios actos. Pero en cuanto a doña Felisa, queda pendiente de que las tres nietas la sobrevivan, porque se entiende que renuncian para este caso precisamente.

Si premueren a la madre y dejan descendientes, éstos pueden desconocer la renuncia y pretender ocupar en la sucesión de su abuela el lugar que correspondería a las renunciantes. Ocurre así porque los descendientes de María Felisa, María Soledad y María Teresa recordaremos que están llamados a «sustitución vulgar en el fideicomiso», es decir, llamados a la fideicomisaria en virtud de una vocación autónoma que doña Felisa les hace en su testamento y nunca en concepto de sucesores de la renunciante premuerta. Ni se les puede oponer siquiera por esto último el principio de que los herederos tampoco pueden ir contra los actos de su causante.

Síguese que en este caso los descendientes han de ratificar la renuncia de la madre premuerta, lo que naturalmente no pueden hacer con eficacia hasta que la misma haya fallecido, porque sólo entonces se sabe con certeza la descendencia que deja.

b') *Después de la apertura de la sustitución.*—Es decir, después del fallecimiento de doña Felisa. En tal hipótesis, las tres interesadas han hecho efectivos sus derechos fideicomisarios y pueden renunciarlos. Esta renuncia, sin embargo, no extingue los que corresponden a los demás hermanos para sustituir a la segunda renunciante que fallezca sin descendencia legítima.

En efecto, se recordará que María Felisa, María Soledad y María Teresa, si son fideicomisarias respecto de su madre, son fiduciarias entre sí y en cuanto a sus demás hermanos. Constituyen el elemento intermedio de un fideicomiso escalonado. Y ya se sabe también que la renuncia de un fideicomisario

intermedio no extingue ni la obligación de restituir en el que le precede (lo que ahora no importa, porque, por hipótesis, esta obligación ya se ha hecho efectiva) ni el derecho a la restitución que tienen los que le siguen. Aparecen entonces los demás hermanos como sustitutos directos de doña Felisa, si bien subordinados a la condición de fallecer sin hijos dos de las renunciantes.

b) *La renuncia de los demás hermanos.*—Pueden, naturalmente, hacerla, porque también se refieren a una herencia ya causada. Pero no liberan con ella de sus obligaciones de restitución ni a la madre (heredera instituida o fiduciaria) ni a sus tres hermanas privilegiadas (fideicomisarias de primer grado).

No las liberan porque el que premuere a la segunda de las fideicomisarias que fallezca sin descendientes nada adquiere y, en consecuencia, su renuncia es ineficaz.

Para esto hay un remedio: Que renuncien todos, porque no cabe duda de que si no todos llegan a ser sustitutos, todos los que lleguen a serlo habrán sido renunciantes.

Pero como doña Felisa, mientras viva, puede tener nuevos hijos, se sigue que hasta la muerte de esta señora hay siempre peligro de que quede alguien sin renunciar. Luego diré cómo puede evitarse este riesgo.

3. *La modificación del fideicomiso.*

Prácticamente es imposible. Me refiero a un acuerdo entre todos los interesados, que, sin destruir la sustitución, en parte aclarase, en parte supliere lo omitido, y en otra parte modificase en sentido estricto el especial estatuto sucesorio establecido por doña Felisa.

Hay dos dificultades insubsanables:

a) *Por razón del principio «la voluntad del testador, suprema ley de la sucesión».*—Sin entrar en qué fué lo que efectivamente quiso doña Felisa, lo cierto es que hoy día aparece una voluntad declarada de la testadora, a la que hay que atenerse.

El principio de que los herederos, siendo mayores de edad, pueden distribuirse la herencia como tengan por conveniente, sin atenerse a lo dispuesto por el testador, no rige en la órbita de las sustituciones fideicomisarias.

En ellas los interesados están ligados por las disposiciones del fideicomitente y no pueden sustancialmente quebrantarla. Siguese que no se admitiría en derecho una modificación sustancial de lo que aparece en el testamento y en la participación que examinamos, y los cambios de detalle que podrían tolerarse no resolverían ningún problema.

b) *Por razón de la necesidad de que concurren todos los interesados.*—Es evidente que para modificar una relación jurídica, aunque sea fideicomisaria, se necesita el consentimiento de todos los que tienen intereses en ella.

Por lo tanto, aun suponiendo que se pudiera variar en lo sustancial, encontraríamos la dificultad de que no es posible que concurren a la modificación todos los afectados por ella. Los titulares provisionales e inciertos harían pensar si su consentimiento no resultaría a la larga superfluo, y en cuanto a los titulares futuros, hijos nacidos de doña Felisa, es imposible que intervengan mientras no existan.

Por los organismos competentes se ha declarado con reiteración que los padres no pueden representar a sus hijos aún no concebidos.

VI. LA SOLUCIÓN QUE SE ADOPTA

El presente trabajo no puede reducirse a una crítica negativa, porque en tal caso no habría ninguna razón para llevarlo a cabo.

Después de presentar el problema (apartados I y II) expusimos muy brevemente los principios generales de la sustitución fideicomisaria (apartado III) y a su luz se examinó la situación creada por el testamento de doña Felisa (apartado IV). Por último, se han ponderado las ventajas e inconvenientes de las soluciones propuestas (apartado V).

Ahora hay que ofrecer una que tenga las siguientes notas:

a) Realice al máximo posible, el deseo del matrimonio, que es un deseo justo.

b) Concilie tal exigencia de justicia con la no menos importante de seguridad jurídica, de modo que no resulte que por buscar el ahinco lo primero se caiga en multiplicar por dos los inconvenientes de la situación que se trata de corregir.

c) Sea jurídicamente eficaz en cuanto se pueda.

d) Que sea clara y en lo posible breve. Lo primero, por que solamente se expresa con claridad lo que con claridad se concibe. Lo segundo, porque el resultado de este trabajo debe seguir la ley general de «muchas horas de análisis (que ya se han relatado) para unos minutos de síntesis».

e) Que sea lo más sencilla posible. En el Derecho también vale la ley de que los mecanismos, mientras más simples, son más seguros y menos expuestos a averías y otros riesgos.

El tratamiento habrá que seguirlo hasta la muerte de doña Felisa, en cuyo momento, concretado irrevocablemente el número máximo de beneficiarios, la renuncia de los que no lo hayan hecho todavía pondrán fin al conflicto. Aún para después se toma una previsión, como veremos en seguida.

Lo que se propone consiste en un juego de renunciaciones simultáneas y sucesivas, en combinación con una cláusula testamentaria que condiciona a ellas la participación en los tercios libres y de mejora.

I. Las renunciaciones.

a) María Teresa debe ser emancipada. Seguidamente, ella, con María Luisa y María Soledad, renunciarán pura y simplemente a cuantos derechos puedan derivárseles de la sustitución fideicomisaria.

b) Don Emilio, en representación legal de Isabel María, Emilio, María del Pilar y María Jesús, deben también apresurarse a otorgar otra renuncia en idéntico contenido.

Está reiteradamente reconocido que los padres no necesitan autorización judicial para repudiar herencias en nombre de sus hijos menores, ni, como es lógico, para renunciar derechos fideicomisarios eventuales.

c) Tan pronto como vayan apareciendo nuevos hijos de doña Felisa irá el padre renunciando por ellos.

d) De igual modo, conforme María Felisa, María Soledad y María Teresa se casen y vayan teniendo hijos, es preciso que, en nombre de ellos, se renuncie también a la sustitución, con objeto de que si la renuncia de la madre resulta inútil porque premuera a doña Felisa, los descendientes se encuentren vinculados por una renuncia propia.

Será el padre quien, en representación de los mismos, haya renunciado: primero, por exigencias naturales de la patria potestad, y después, porque la madre tiene en la sustitución intereses opuestos a los de sus hijos.

Si enviuda habrá de solicitar que se le nombre un defensor judicial para la renuncia.

Con el juego de abdicaciones que precede no se consigue ciertamente liberar a doña Felisa de las trabas que le impone la sustitución, ni permitir que ella, en unión de los interesados, realice eficazmente actos de disposición sobre los bienes; ni tampoco que cristalice la distribución definitiva de las fincas en vida de dicha señora.

Pero se sientan las bases para alcanzar el propósito que más interesa a don Emilio Lorenzo Vázquez y doña Felisa la igualdad entre todos los hijos.

Si a la muerte de doña Felisa o en un breve plazo después de ella resulta que han renunciado todos los interesados en el fideicomiso, como desde entonces se sabe que no podrán sobrevenir nuevos beneficiarios, la sustitución queda extinguida y los bienes sustituidos, en unión de los demás de la herencia de la señora, siguen el camino que ésta les trace en su testamento o el marcado por la ley.

Las renunciaciones inscribibles en el Registro, como todo acto que desde luego o en lo futuro modifique la titularidad sobre bienes y muebles deben registrarse.

2. El testamento.

Con las renunciaciones se persigue ir extinguiendo los derechos de todos los interesados posibles; en el acto, los de quienes ya existen, y sucesivamente, conforme aparezcan, los de quienes sobrevengan.

Pero pueden ocurrir dos cosas, la segunda más probable que la primera:

1.ª Que algún interesado de los que hoy existen, respecto de quien los padres no hayan tenido la cautela de renunciar en su representación durante la menor edad, se niegue luego a hacerlo.

2.ª María Felisa, María Soledad o María Teresa han premuerto a la madre dejando descendientes. Por imprevisión o por desidia no se había renunciado en nombre de ellos al fideicomiso, ni se renuncia inmediatamente después del fallecimiento de la abuela.

Los descendientes, sabedores de que no les vincula la renuncia que en nombre propio hizo la madre, se niegan, si son mayores de edad, a desprenderse de las expectativas que autónoma y directamente les reconoce el testamento de doña Felisa.

En previsión de ambas contingencias don Emilio Lorenzo Vázquez y señaladamente doña Felisa deben en testamento:

a) Instituir en la legítima estricta por iguales partes a todos sus hijos, in-

cluidos los que nazcan en lo sucesivo, con derecho de representación para las estirpes de los premuertos.

b) Conceder los tercios de libre disposición y mejora a todos sus hijos habidos y por haber y a las estirpes de los premuertos que al abrirse la sucesión, o dentro de los seis meses siguientes, hubiesen renunciado a los derechos fideicomisarios de la abuela o bisabuela (pues tal sería doña Felisa para las estirpes).

1. *Eficacia jurídica de la cláusula.*—No puede confundirse con las disposiciones llamadas «captatorias», ciertamente nulas, en las que el testador deja la herencia bajo condición de que el favorecido nombre a su vez heredero a otra persona, o haga en su beneficio alguna disposición de última voluntad.

Guarda una cierta analogía con la «cautela sociniana», admitida por la jurisprudencia y la doctrina.

En realidad la cláusula supedita la atribución de una parte de la herencia a una condición de las que se llaman «rigurosamente potestativas» es decir, aquellas cuyo cumplimiento pende sólo de la exclusiva voluntad del ins tituido.

Es absolutamente lícita. Los Tribunales han amparado siempre a los testadores cuando condicionan el todo o parte de la herencia a determinaciones del heredero todavía más íntimas y trascendentales que las de repudiar una sustitución, a que se case, a que se conserve viudo, a que termine una carrera, etc.

2. *Eficacia moral.*—Para una familia de las cualidades morales que tiene la que se trata, la eficacia jurídica de la cláusula queda en segundo plano con relación al deber moral de acatar la voluntad de los padres, que todos fácilmente reconocen y más fácilmente cumplen.

Este deber moral aún vincula más fuertemente en un caso, como el nuestro, en el que se persigue un fin tan grato y equitativo como el de la igualdad entre los hermanos.

Pasando de las relaciones internas de la familia a la posible, aunque improbable, proyección de una discordia ante los Tribunales, apuntaré que los Jueces siempre, siempre, aplican el derecho como instrumento para realizar la idea de la Justicia y no dudan de sacrificar a ella cualquier rigor técnico que postulara reparos de validez a una cláusula directamente encaminada a conseguirla.

3. *Eficacia psicológica.*—Consideramos sólo la única hipótesis que presenta alguna probabilidad: La de que los descendientes de una de las tres nietas expresamente beneficiadas que premueran a doña Felisa, vacilen entre renunciar al fideicomiso, perdiendo, en éste caso los dos tercios que en la herencia de sus abuelos tendrían en representación de la madre, y recibir dichos dos tercios, apartándose de la sustitución de la bisabuela.

Recordaremos que están llamados a sustitución vulgar en el primer grado fideicomisario, pero no en la recíproca de segundo grado ni en las devoluciones posteriores. Dicho en castellano y con un ejemplo:

Los hijos de María Soledad pueden pretender la casa números 14, 16 y 18 de la calle de Abril, sustituyendo vulgarmente a su madre premuerta en el cargo que ésta hubiera ocupado de sustituta fideicomisaria de doña Felisa en dicha finca, pero no pueden pretender ocupar el lugar que le hubiera correspondido en la sustitución de María Felisa y María Teresa de sobrevivirlas.

En consecuencia, los descendientes de María Soledad que deseen hacer efec-

tivo el fideicomiso, adquirirán la casa números 14, 16 y 18 de la calle de Abril, pero perderán dos tercios de lo que les hubiere correspondido de otro modo en las herencias paterna y materna.

Si ésta pérdida es notablemente mayor que el beneficio de la sustitución, no cabe duda de que evitarán la primera renunciando al segundo.

Si es menor o, aunque no lo sea, en un supuesto de capricho, harán afectiva la sustitución.

Pero nótese que aun así se ha conseguido reducir el fideicomiso, en cuanto a los bienes, a un solo grupo de fincas; en cuanto a las personas, a la estirpe de uno solo de los interesados; en cuanto a los llamamientos, al primer grado, matándose en absoluto, la posibilidad de posteriores devoluciones, y en cuanto al tiempo, consiguiendo que la sustitución cristalice en el momento mismo de la muerte de doña Felisa y no cuando fallezcan, sin descendientes, dos de las nietas expresamente beneficiadas.

Cierto que resultará una desigualdad entre los hermanos; pero es la mínima inevitable y desde luego preferible a cualquier otra solución en la que se trasplante a las herencias de don Emilio Lorenzo y doña Felisa, los muchos y variados inconvenientes del régimen que se dió a la herencia de doña Felisa.

Tal es mi criterio que someto gustosamente a otro más autorizado.

RAFAEL FLORES MICHEO
Notario.