

plimiento, el de ejecución de su débito. En consecuencia, no cabe hablar de precontrato en los contratos consensuales. Y en Derecho moderno no hay más que contratos consensuales.

Pero, aparte de todo esto, en la práctica, el precontrato es inútil, pues si lo que las partes quieren es suspender o aplazar la ejecución de un contrato perfecto tenemos la condición suspensiva y el término; si lo que quieren es dejar los efectos del contrato supeditado a un evento futuro hay la condición resolutoria y si quieren quedar con libertad de no cumplirlas utilicen la cláusula penal.

Díez Pastor, José Luis: "Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos"; páginas 543 a 584.

La tesis de que el no concebido puede ser llamado por vía de sustitución, mas no por vía de institución, tiene su asiento en el principio de inspiración romana, según el cual el heredero ha de estar vivo en el momento de la muerte del testador.

Este principio se promulga formalmente en algunas legislaciones extranjeras (no en la nuestra). Reminiscencias confusas de la convicción romanista, según la cual el heredero continúa la persona del causante y de la doctrina rigurosa de los "tria tempora" inducen a una parte de la doctrina a elevar esa tesis al rango de principio fundamental de derecho sucesorio.

Frente a ella no hay que olvidar que la sustitución es también una institución de heredero y que el sustituido fideicomisario es heredero del causante, sucede al causante, no al fiduciario.

La necesidad de que el heredero nazca antes de morir el testador, ¿es una exigencia positiva de nuestro Derecho?

En la interpretación del artículo 781 del Código civil, que suele entenderse como excepción a un principio general no expresamente formulado, no hay que olvidar que en nuestro Derecho histórico se partía de la libertad del testador para establecer vinculaciones ilimitadas, que fueron restringidas por las Leyes de 1820 y 1841.

Si se suprimiese el artículo 781 el resultado no sería la abolición de la sustitución, sino al contrario, la licitud de las vinculaciones perpetuas.

Por lo menos hay que reconocer que la exclusión del no concebido en el Código civil no es patente. Descansa en una interpretación de preceptos que lo menos que se puede decir es que admiten interpretación distinta igualmente fundada.

Por otra parte, ni la existencia, ni la supervivencia, ni la capacidad, ni la aceptación del fiduciario condicionan la transmisión al fideicomisario. Eliminado por cualquier causa el fiduciario el derecho del sustituto queda incólume, éste entra en la herencia como heredero directo porque la sustitución fideicomisaria expresa implica tácitamente la vulgar, luego el no concebido puede llegar a suceder como heredero directo.

Si el fiduciario no acepta la herencia crea un mero problema práctico. ¿Qué hacemos de los bienes hasta que se cumpla la condición? La solu-

ción no parece dudosa. El llamamiento a los no concebidos subsiste como una institución condicional cualquiera y mientras esté pendiente la herencia se ha de poner la administración, salvo disposición especial del testador, conforme a lo dispuesto en los artículos 801 y el siguiente, en cuyos supuestos de hecho encaja en principio sin ninguna dificultad.

Ahora bien, la simple institución al no concebido, aunque posible, no es útil, ni está en uso, ni por sí sola valdría quizá la pena de montar todo este aparato defensivo. Pero unida al usufructo vitalicio ha sido y es constantemente empleada no sólo en paridad de rango con la sustitución fideicomisaria, sino incluso con mayor frecuencia que ella.

Pero frente a ella se ha levantado el siguiente argumento. No puede concebirse un usufructo sin su correlativa nuda propiedad, y ésta no es posible, pues el no concebido no puede ser titular de ningún derecho, luego tampoco cabe el usufructo.

¿Es cierto que no pueda concebirse un usufructo sin su correlativa nuda propiedad? No. Se puede sí afirmar que no hay nuda propiedad sin usufructo porque la propiedad no está desnuda si no se la despoja de él. Pero de esta afirmación no podemos inducir la correlativa; no hay usufructo sin nuda propiedad porque el usufructo lleva en sí sus propios límites y su propio contenido. Su sustancia económica está en la suma de facultades útiles que al usufructuario corresponde, y que ejerce por sí, sin ninguna intervención exterior. La existencia y el ejercicio del derecho limitado no depende de la existencia del dominio ni padece sus vicisitudes. No se pierde el derecho de vistas cuando el predio gravado queda "nullius".

Es posible, por lo tanto, la sustitución comentada.

Cierto es que es más correcto decir que el testador ha constituido un usufructo por la vía del legado e instituye herederos sujetos a condición suspensiva. Puede incluso el testador reservar la totalidad de los beneficios a los "no concebidos" o personas futuras de otro orden acumulando al capital lo que produzca mientras tanto. La solución técnica de esta disposición se encuentra dentro del Código civil en el albaceazgo con posibilidades casi limitadas.

"Apéndice pseudopolémico" (Variaciones sobre un tema de Palomino); páginas 585 a 628.

Es cierto que no puede decirse que el no concebido adquiere, como tampoco puede decirse que el no concebido no puede adquirir, porque el no concebido no es un sujeto lógico, sino gramatical, y sólo figuradamente podemos emplear esta frase para entendernos de algún modo. Pero la medula de la cuestión es la siguiente afirmación: Se puede realizar un acto de disposición que favorecerá a una persona todavía no concebida situándola en la posibilidad de adquirir cuando llegue, si llega a ser concebida y nacer. Que esto es posible no se puede discutir porque es un hecho. Véase nuestro artículo 781 y el artículo 462 del Código civil