

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

TRIBUNAL SUPREMO

I. Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspassa el límite legal

SENTENCIA 29 OCTUBRE 1949

ANTECEDENTES.—P. M. M. falleció el 6 de enero de 1907, bajo testamento en el que, además de la institución de heredero, figuraban las siguientes cláusulas.

“Décima. Es mi voluntad que en el panteón que tengo en el cementerio, si a mi fallecimiento no está terminado, que se termine por mi albacea, prohibiendo que se entierren en él nada más que los restos de mis padres, los de mi hermana J. M. M., los de sus hijos P. G. y P. G. M., y después, por el capellán de dicho cementerio mande cerrar la puerta y soldarla, y si hay que hacer alguna composición la hará la que posea la casa de Augustos, marcada con el número 4. Duodécima. Lego a mi sobrina P. G. M. la casa que poseo, sita en la calle de Augustos, marcada con el número 4 (expresa los demás inmuebles objeto del legado), prohibiéndole no los venda ni hipoteque bajo ningún pretexto, y si falleciese sin tener sucesión, es mi voluntad los distribuya entre sus hermanos y hermanas más necesitados, pero con la misma prohibición de no poder venderlos ni hipotecarlos hasta la cuarta generación, y si faltan a esta mi voluntad, pierden su derecho y entrarán en el cuerpo de bienes para dividirlos, como después dispondré.”

P. G. M. falleció el 1 de abril de 1941, bajo testamento otorgado el 29 de octubre de 1932, en el que, además de instituir heredero a un sobrino, figuraban estas disposiciones:

Tercera. Declara que por su estado de soltera, habiendo fallecido sus ascendientes, carece de herederos forzosos.—Cuarta. Hace constar que en la partición de los bienes relictos al fallecimiento de su tío don P. M. M., y con arreglo a lo dispuesto por el mismo en su testamento, se adjudicaron a la ahora testadora diversos inmuebles sitos en la ciudad de C. y su término municipal, que constan en la hijuela que en dichas operaciones se formó, con prohibición de venderlos ni hipotecarlos bajo ningún pretexto; y si la ahora testadora falleciese sin tener sucesión los distribuiría entre sus hermanos y hermanas más necesitados, pero con la misma prohibición de no poder venderlos ni hipotecarlos; y cumpliendo la obligación que le impuso su tío don P. M. M., distribuyese los bienes que del mismo heredó, sujetos a dicha limitación o sustitución en la forma siguiente: (hace la distribución entre sus hermanos J. G. M., B. y C. G. M. y P. G. M.).

Todos los hermanos de P. G. M. premurieron a ésta (dejando sucesión legítima), a excepción de dos de ellos, que presentaron demanda frente a sus sobrinos y heredero de P. G. M., solicitando se reconociera su derecho exclusivo al legado, y que se les haga entrega de los bienes que lo constituyen, sosteniendo que, en lo que se refiere al caso de autos, el testamento de P. G. M. es nulo, por no ajustarse a lo dispuesto por P. M. M., y que

ellos solamente, por reunir la doble condición de ser pobres y haber sobrevivido a P. G. M., pueden ser estimados legatarios fideicomisarios. Los demandados se oponen, sosteniendo la validez de la expresada cláusula del testamento de P. G. M., y añaden que los hermanos de ésta que le premurieron habían adquirido su derecho desde la muerte de P. M. M.

El Juzgado de Primera Instancia absuelve a los demandados; apelada la sentencia por los demandantes, la A. F. la confirma, sosteniendo la invalidez del título.

Los demandantes interponen recurso de casación, al amparo del número 1 del art. 1.692 L. E. C., fundado en los siguientes

MOTIVOS.—*Primero.* Violación del art. 658 C. c., pues debiera haberse declarado la nulidad de la cláusula del testamento de P. G. M., ya que no cumple lo dispuesto por el causante.

Segundo. Infracción, por errónea interpretación, del art. 733 C. c. En la cláusula duodécima del testamento de P. M. M. se establecía una sustitución fideicomisaria directa, y otra indirectamente, pues habrá de ser dispuesta por P. G. M. a sus sucesores en los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria del legado a que hemos hecho mención; solamente es nula la segunda sustitución, no la primera, pues no supera los límites legales. Y aunque ésta se estimase nula, subsistiría en su primer llamamiento, que comprende a P. G. M. y a los recurrentes.

Tercero. Infracción, por errónea interpretación y falta de aplicación, del art. 759 C. c., pues por tratarse de un fideicomiso condicional solamente los recurrentes que sobrevivieron al cumplimiento de la condición podían adquirir.

El T. S. no da lugar al recurso, en base a la siguiente doctrina:

CONSIDERANDO: Que si bien es notorio que en materia de testamentos la voluntad del testador es la norma fundamental de su sucesión, no cabe desconocer que este principio es inaplicable a cláusulas testamentarias que estén en abierta oposición a preceptos explícitos de la ley, contra los cuales no puede aquélla prevalecer, de cuya doctrina se infiere que la sentencia que no pone en duda el contenido de una disposición testamentaria, y se limita a estimar su nulidad, por contravenir mandatos de carácter legal, no infringe el artículo 658 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que por extender el fideicomitente, en la cláusula duodécima de su testamento ológrafo, la prohibición de enajenar más allá del segundo grado, y también por no estar probado que las sustituciones se hicieran en favor de personas vivas al tiempo de fallecer el testador, estimó la Sala que la referida cláusula era nula, a tenor de lo previsto en los artículos 781 y número segundo del 785 del Código civil; y, al entenderlo así, sin que se hayan impugnado tales afirmaciones, es obvio, conforme a la doctrina indicada, la improcedencia del motivo primero del recurso; sin que obste a su desestimación que, actores y demandados, aceptasen mutuamente la validez de la cláusula referida, porque los Tribunales pueden y deben apreciar, "ex officio", como base de un fallo desestimatorio, la ineficacia e inexistencia de los actos radicalmente nulos, conforme a lo estatuido en el artículo 4.º del Código civil, a diferencia de los actos o contratos meramente anulables y susceptibles de confirmación mientras las partes no ejerciten, en tiempo hábil y forma procesal, la acción de nulidad.

CONSIDERANDO: Que tampoco es de estimar el motivo segundo, fundado

en la errónea interpretación del artículo 786, porque si como en él se previene la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución, ni a los herederos del primer llamamiento, pero sí a los llamados en segundo lugar, teniéndose por no escrita la cláusula fideicomisaria, es claro que, al limitar el fallo recurrido los efectos de la nulidad a los sustitutos de la fiduciaria primeramente instituida, no incide en la infracción que se le atribuye; sin que, por otra parte, pueda tomarse en consideración la tesis del recurrente, porque *cometido en la sustitución, el defecto originario de la nulidad, ni se purifica ni se subsana, a menos de olvidar el alcance jurídico de las normas invocadas, cuyo propósito no es otro que evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad.*

CONSIDERANDO: Que la desestimación del motivo segundo implica también la del tercero, basado en la falta de aplicación del artículo 759 del Código civil, porque declarada acertadamente, por el Tribunal de instancia, la inexistencia de la sustitución, en la extensión que queda expresada, y, consiguientemente, que ni la fiduciaria podrá traspasar los bienes del legado a los sustitutos ni éstos, por falta de título, podían pretender derecho alguno sobre aquéllos, es manifiesta la inaplicación del precepto que se aduce como infringido, *por cuanto su aplicación presupone siempre la previa existencia de una disposición testamentaria eficaz*; por lo que no es preciso entrar a dilucidar si, en el supuesto del pleito, el precepto aplicable era el artículo referido o el 799, ambos del Código civil, por ser los dos inoperantes en esta litis.

COMENTARIO (*)

I. La solución que propugna la sentencia para el problema planteado supone un criterio enteramente nuevo que viene a contraponerse al que hasta ahora la doctrina y la jurisprudencia han mantenido (1). Entiende

(*) Se observará que en la sentencia que hacemos objeto de comentario se abordan más problemas que el enunciado en el título, tanto en el orden civil (valor de la voluntad del testador, nulidad radical de los actos contra ley y diferencias con la anulabilidad, presupuestos de aplicación del art. 759 C. c.) como en el procesal, y asimismo que en la disposición testamentaria se establecía una sustitución fideicomisaria condicional de legado y una prohibición de disponer, que si acertadamente reciben tratamiento conjunto se debe a la vinculación que conjuntamente entrañan. Dos consideraciones nos han movido a circunscribir estas notas al tema indicado: por una parte, el deseo de no hacerlas demasiado extensas; por otra, estimar necesario el estudio del carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, cuestión que, como más amplia, engloba e indica la solución más justa al problema idéntico en el caso de prohibición de disponer establecida *mortis causa*. El buen criterio del lector separará, en este supuesto, aquellos términos de la argumentación que sólo a la sustitución fideicomisaria pueden válidamente referirse.

(1) DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 164. VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 4.ª ed., Valladolid, 1939, t. V, pág. 196. MARTÍNEZ GIRALT: *Notas a Las sucesiones de POLACCO*, t. I, Habana, 1931, págs. 454-455. KUCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, t. II, págs. 41-42 y 57. Sentencias del Tribunal Supremo 8 mayo 1894 y 6 junio 1905. La sustitución fideicomisaria

la sentencia que solamente la institución es válida, mientras que las sustituciones son nulas, incluso en los dos primeros llamamientos de sustitución, si el testador traspasa el límite señalado en el artículo 781 del Código civil para las sustituciones fideicomisarias hechas a favor de personas que no estén todas vivas al tiempo de su fallecimiento. Los fundamentos en que se apoya son: 1.º El deducido de la interpretación de los artículos 781, 785, núm. 2, y 786 del C. c.; y 2.º Que las normas indicadas tienen por objeto evitar las vinculaciones, por ser contrarias a la naturaleza de la propiedad.

II. Examinemos estos argumentos:

1. De los artículos 781 y 785, núm. 2 del C. c., no podemos extraer la consecuencia que el Tribunal Supremo en esta sentencia mantiene. El artículo 781 se limita a indicarnos, con relación al problema tratado, que las sustituciones fideicomisarias serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado (2), y el artículo 785, núm. 2, dictado para establecer el límite a las prohibiciones de enajenar (3), tampoco puede invocarse, pues fácilmente puede ser interpretado en el sentido de que solamente son nulas "fuera" (en lo que excede) del límite impuesto en el artículo 781 (4), si bien por la forma de su redacción es anfibológico, resultando posible mantener en base a él cualquiera de las opiniones apuntadas. La cuestión ha de centrarse en torno a la interpretación del artículo 786, que nos indica los efectos de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, preceptuando que "no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria". Como este artículo es aplicable a todo caso de nulidad de la sustitución fideicomisaria, y, por tanto, en el caso presente, se comprende el apoyo que representa para la tesis de la sentencia, que interpretando literalmente el precepto concluye que ninguno de los llamamientos de sustitución es válido. Importa, pues, determinar

se estima nula en lo que "excede" al límite permitido. La STS 30 marzo 1950 señala como supuesto de nulidad parcial de negocio jurídico el a. 781 C. c., pero, aunque la referencia a este precepto es muy significativa, no puede saberse con exactitud a qué tipo de nulidad parcial se refiere.

(2) No penetramos aquí en el problema acerca de la significación del término "grado", por resultar indiferente para la cuestión planteada. Aunque ha recibido una solución jurisprudencial (STS 23 junio 1940), no puede considerarse como definitivamente resuelto, a causa de la debilidad de la argumentación que se utiliza.

(3) En cuanto encierran vinculación, no porque constituyan sustitución fideicomisaria, ya que ésta habrá de hacerse de modo expreso (art. 785, 1.º, C. c.) y supone el nombramiento de un heredero fideicomisario (art. 785, 1.º), nombramiento que tiene que ser expreso (art. 783, 1.º). Con razón, la doctrina diferencia acertadamente ambas figuras (Cf., TRAVIESAS: *Sustituciones hereditarias* (cont.), RDP, 1928, t. XV, pág. 5. DE LA CÁMARA: *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, RDP, 1948, t. XXXII, pág. 657, n). En cambio, en la doctrina anterior al Código civil se estimaba que podían implicar una sustitución fideicomisaria tácita. El Proyecto de 1851, aunque no por idéntico motivo, las consideraba como fideicomiso (art. 636, 1).

Se observará que en este comentario nos referimos siempre a la sustitución fideicomisaria de herencia; las soluciones son idénticas en el caso de legado.

(4) En este sentido, MARTÍNEZ GIRALT, op. et loc. cit., que fundamenta en ello la tesis de la nulidad parcial, así entendida, de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite establecido por la ley.

el sentido de la indicada norma, para lo cual comenzaremos por hacer una breve indicación de sus precedentes.

Dos criterios legales se han mantenido en orden a los efectos de la nulidad de la sustitución fideicomisaria: el del Código civil francés y el que siguen el Proyecto de 1861, el C. c. italiano de 1805 y el C. c. portugués (5). En el sistema francés se declaran nulas la sustitución fideicomisaria y la institución de heredero (art. 896 C. Nap.). Se separa así del criterio del Derecho común (6), pues anula incluso lo que se estima lícito (la institución), y por ello, del criterio seguido en cuanto a la condición imposible, contraria la ley o a las buenas costumbres en el mismo cuerpo legal (art. 900) (7) y de los precedentes históricos del Derecho francés (8). Como motivos de esta regulación se ha señalado que no es posible determinar quién era el preferido en la voluntad del testador (9), el deseo de cortar el abuso existente (10) y—lo que al parecer fué decisivo—evitar que, por estimarse deber de conciencia o por delicadeza, el instituto cumpliera la voluntad del testador (11). Se advierte en la doctrina y en la jurisprudencia un esfuerzo por abandonar, en lo posible, el criterio del artículo 896 en favor del que el artículo 900 representa (12).

La anómala solución del C. c. francés (13) no ha encontrado eco. Por el contrario, en los códigos por él influidos se acepta el criterio tradicional. El Proyecto de 1861 determina que “la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución de heredero ni a los

(5) Nos limitamos a aquellas legislaciones que han podido influir de modo preponderante en la formación de nuestro Código civil.

(6) *Utile pro inutile non debet vitari*, Cod. 5, 3, 37.

(7) Cf. BRUNETTI: *Le condizioni impossibili e illecite nei testamenti*, en Arch. Giur., 1922, 4.ª serie, págs. 181-205; v. págs. 182-183.

(8) Ley de 14 de noviembre de 1792, que aplicaba a la sustitución el criterio del Decreto de 5-12 de septiembre de 1791, en el sentido de considerar como no puestas las condiciones lícitas en los actos de liberalidad. Cf. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil* (trad. esp.), t. VIII, Madrid, 1928, p. 169.

(9) V. TROPLONG: *Des donations entre-vifs et des testaments*, 3.ª ed., París, 1872, t. I, pág. 190. LAURENT: *Principes de Droit civil français*, Bruselas, 1875, t. XIV, página 593, señala, siguiendo a MERLIN, análogo motivo, pero indica que si puede saberse que en la mente del testador se quería la validez de la institución sin la sustitución, aquélla debe prevalecer.

(10) TROPLONG, op. et loc. cit. BONNECASSE: *Précis de Droit civil*, París, 1935, t. III, pág. 415, dice que se quería hacer desaparecer totalmente la sustitución fideicomisaria, lo que derivaba directamente de los principios de 1789. Ya lo había señalado GARCÍA GÓYENA: *Concordancias*, Madrid, 1852, t. II, pág. 83.

(11) LAURENT, op. cit., pág. 594. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, 9.ª edición, París, 1924, t. III, pág. 890.

(12) COLIN y CAPITANT, op. et loc. cit., pág. 168. Cf. A. M. BORRELL: *Patrimoni familiar* (en Miscel·l·lania Jurídica), RJC, v. XXXI, sept.-oct., 1925, págs. 422-426.

(13) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT: *Traité pratique de Droit civil français*, París, 1933, t. V, págs. 273-274 y 318-319, aceptan que se considere el art. 896 como un desvío respecto al art. 900, pero solamente en el terreno histórico, mientras que en el sistemático creen que el citado precepto puede estimarse como regla general, representando idéntico criterio al del art. 1.172, y explican los antecedentes del art. 900 como producto de motivos de carácter político revolucionario, a lo que ayudó—en cuanto a su formulación—el criterio propugnado por los sabinianos en el Derecho romano, que es acogido después por Justiniano y que constituía Derecho común.

derechos del primer llamado" (art. 637); "es decir, que la sustitución o fideicomiso se tendrá por no hecho", señala García Goyena, quien añade que se dió preferencia al sistema seguido en el Código sardo sobre el francés, porque "las últimas voluntades deben ser sostenidas en cuanto puedan tener efecto; y lo cierto es que el testador dió la preferencia sobre todos al primer llamado" (14).

Análogo criterio sostiene el C. c. italiano de 1865, que, si bien es más rígido que el C. Napoleón en lo relativo a la sustitución fideicomisaria (15), salva la institución de heredero (art. 900), siguiendo al C. c. napolitano (art. 943), de Parma (art. 674) y sardo (art. 880) (16). La cláusula se tiene por no escrita, *vitiatur sed non vitiat* (17), como si se tratara de una condición ilícita o imposible (18). Indica el citado precepto que incluso la sustitución de primer grado será nula, con objeto de recalcar su criterio radicalmente prohibitivo frente a algún Código que, como el de las Dos Sicilias, admitía las excepciones del C. Napoleón (19).

También el C. c. portugués (art. 1.869) sigue el criterio tradicional (20).

El art. 786 C. c. tiene su precedente directo en el art. 637 del Proyecto de 1851. Ello nos explica su poco afortunada redacción (21), puesto que si bien la frase "ni a los derechos del primer llamado" era diáfana en este último precepto y quería expresar que el instituido adquiriría definitiva y

(14) Op. cit., t. II, págs. 85-86. Cita expresamente el principio *utile per inutile non vitiatur*, y señala que en este sentido se entendió y aplicó Nov. 10, 20, 15.

Un problema análogo al que nos ocupa podía suscitarse respecto a la llamada disposición oficiosa, que el Proyecto copia del Código civil francés (art. 1.048), según nos indica GARCÍA GOYENA (op. cit., t. II, págs. 83 y 87), en virtud de la cual puede "dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador sin pasar a otros grados". ¿Quid si se extralimita el testador? La solución sería declarar la validez de la institución y de la disposición oficiosa (que no es sustitución fideicomisaria, cf. art. 635), respecto de las cuales no hay motivo ninguno de nulidad y estimar nula la sustitución fideicomisaria (art. 635), aplicándose aquí el principio general de validez de los actos de última voluntad. El orden de colocación de los artículos en el Proyecto resulta significativo.

(15) Vid. el elogio que de ello hace HUC: *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, París, 1868, t. I, págs. 277-279.

(16) GANGI: *La successioni testamentaria*, vol. III, Milán, 1948, pág. 91.

(17) DE DIEGO: *El fideicomiso de "eo quod supererit" en el Derecho romano*, Madrid, 1926, pág. 60.

(18) Cf. PACIFICI MAZZONI: *Codice civile italiano*, 4.ª ed., Florencia, 1906, t. VII, pág. 460. DU ROUGGIERO: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª edic., Mesina, 1924, vol. II, página 393.

(19) PACIFICI MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Florencia, 1872 (2.ª ed.), tomo IV, pág. 245.

(20) El artículo 1.869 perdura después de la modificación verificada por el Decreto 19.126, que establece que las sustituciones fideicomisarias se admitirán en el primer grado (art. 1.867), acogiendo así el antiguo sistema de la Ordenação, IV, LXXXVII, § 12, que, según la doctrina, jurisprudencia y el artículo 1.847 (antiguo) limitaba al primer grado las sustituciones fideicomisarias. Cfr. DIAS FERREIRA: *Código civil portuguez*, Lisboa, 1870-1875, t. III, págs. 449-450.

(21) Con razón se ha dicho que "indudablemente la parte más criticable o peor normada de nuestro Código es el libro III, en su gran sector destinado a sucesiones", y que "la regulación sucesoria del Código civil español deja mucho que desear". ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*,

libremente los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, y que no debía ser considerado como un heredero a término (22), al ser vertida en la fórmula "ni a los herederos del primer llamamiento" puede hacernos suponer que contrapone éstos al instituido y que se trata de dos llamamientos diferentes, cuando en realidad se trata de un solo llamamiento, el de institución, como acertadamente interpreta la sentencia comentada (23). Por otra parte, el trasplantar la disposición legal de un sistema a otro ha originado el fundamento de las dudas sobre su interpretación. El art. 637 del Proyecto de 1851 respondía al principio *utile per inutile non vitiatur* porque la institución se consideraba válida, alcanzando la nulidad solamente a la sustitución fideicomisaria, ya que toda sustitución fideicomisaria estaba prohibida (art. 635), mientras que en nuestro C. c., que admite, si bien dentro de ciertos límites (art. 781), las sustituciones fideicomisarias, y que mantiene —como luego veremos— idéntico principio que el Proyecto de 1851 en orden a la validez de las disposiciones *mortis causa*, el mantener la misma disposición legal nos engaña respecto a la norma que con ella se manifiesta, y puede hacernos creer—y esto ocurre en la sentencia comentada—que ya no se mantiene el principio *utile per inutile non vitiatur*, porque destruye la validez de las sustituciones fideicomisarias en lo que tienen de lícito siempre que alguno de sus llamamientos no lo sea.

2. El segundo de los fundamentos de la sentencia no corresponde exactamente a la realidad. La situación de las vinculaciones en la vida jurídica española, en el momento de la redacción del Código civil, era muy diferente de lo que se podría suponer teniendo en cuenta la Ley de 11 de octubre de 1820. No examinaremos aquí las vicisitudes de la legislación desvincula-

en *AAMN*, año I, 1943, págs. 331-377; vid. pág. 336; en especial para la sustitución fideicomisaria, vid. pág. 367. Ello es aplicable no sólo a lo sustancial, sino también en lo referente a la forma.

(22) La sustitución fideicomisaria constituye una situación jurídica interina, del tipo de las temporalmente limitadas (Cfr. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1949, pág. 610, n. 7); pero esto no supone que los llamamientos que la integran sean en sí a término. Solamente la coexistencia de titularidades determina la situación jurídica temporalmente limitada; cada llamamiento, en el caso de tener validez por separado, es un llamamiento puro. Recordemos que el término no es sino un elemento accidental del negocio jurídico.

(23) DE DÍEGO: *El fideicomiso*, pág. 61, dice, exactamente, que el artículo 786 acepta la doctrina de que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución "ni a los derechos del primer instituido". La defectuosa redacción del precepto ha dado lugar a curiosas interpretaciones. Así, PEDREGAL Y CAÑEDO, que en el *Estudio crítico sobre el C. c.*, inserto al frente del tomo II de la edición que hizo la Redacción de la *Revista de Derecho internacional*, Madrid, 1889, sostiene (pág. 39) que el citado artículo prohíbe las sustituciones fideicomisarias más allá del segundo grado, teniendo por no escrita la cláusula fideicomisaria en cuanto se refiere a llamamientos posteriores a los herederos del instituido en primer lugar.

El Código civil argentino (art. 3.730) copia mejor, aunque no muy correctamente, el artículo 637 del Proyecto de 1851, señalando que "la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución de heredero, ni los derechos del llamado antes". VÉLEZ SÁRSFIELD no cita el artículo del Proyecto, sino Nov. 10, 20, 15, pero no cabe duda del origen de la disposición legal; con razón se ha señalado que "es un error creer que las fuentes del Código civil argentino son las indicadas en las notas del Código" (ARIAS: *Sucesiones*, Buenos Aires, 1942, pág. 12).

dora; nos basta con señalar que la doctrina y el Tribunal Supremo estimaron siempre que sólo las vinculaciones perpetuas estaban prohibidas, y se permitían así los fideicomisos temporales, si bien no llegó la jurisprudencia a precisar lo que ese adjetivo significaba (24). En el momento de la codificación, las ideas acerca de las vinculaciones habían cambiado mucho (25), y ya nadie piensa en suprimir de modo absoluto la sustitución fideicomisaria. En 1882, en la Comisión General de Codificación, así como "hubo conformidad entre los vocales para proscribir el fideicomiso perpetuo", nadie piensa en prohibir totalmente la sustitución fideicomisaria. Se señala que influyó en la tendencia favorable a su admisión "el deseo de armonía con la legislación catalana", pero "esto no fué la única razón, ni siquiera la principal" sino que "no hay razón alguna filosófica, jurídica, histórica ni económica que autorice una limitación tan exorbitante de la libertad del propietario". Se indica que no hay razón alguna para prohibirlas cuando se hacen a favor de personas vivas, y que "sería menester que un alto interés social lo demandara imperiosamente para que fuera lícita esa limitación a la libertad humana". Descartada su admisibilidad, la cuestión se centra sobre el límite. "Lo verdaderamente importante en el fideicomiso es fijar su extensión, porque prohibirlo es un acto de tiranía, una violación del derecho individual, y permitir que se establezca indefinidamente o en favor de muchas generaciones es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social" (26). Las razones económicas, derivadas de la concepción liberal de la Economía, parecen haber sido decisivas (27), y se llega

(24) MAURA: *Dictámenes*, tomo III, Madrid, 1930, págs. 441-443; la jurisprudencia anterior al Código civil puede verse aquí citada, en págs. 383 y 441. PACHECO: *Comentario a las leyes de desvinculación*, 3.ª ed., Madrid, 1847, reiteradamente señala que los artículos 1.º y 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820 se refieren sólo a los fideicomisos perpetuos (págs. 9 y 62). V. también DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho civil*, 5.ª ed., Valencia, 1885, t. II, pág. 354 (sobre vigencia Partida 3, 31, 26); BOFARULLI: *Código civil español*, t. I, pág. 249, n. 4; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios*, ed. Madrid, 1910, t. VI, v. 1, pág. 665, y VI-2, pág. 1260 (aquí sobre fideicomiso singular).

(25) Cfr. MARÍN LÁZARO: *El segundo grado en las substitutiones fideicomisarias*, en *RGLJ*, 1941, t. 19, págs. 10-44; v. págs. 23-33. STS 23 junio 1940.

(26) Las frases entrecuadradas son de ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, s. f., págs. 166-168.

(27) Cfr. ALONSO MARTÍNEZ, op. et loc. cit.; MARÍN LÁZARO, loc. cit., pág. 32; STS 9 julio 1927. A pesar de que las razones económicas se consideran decisivas en todos los países en la época de las codificaciones (comp. GITRAMA: *Los supuestos de administración de la herencia*, en *RDJ*, 1948, pág. 111, n. 59. Para Italia, DEGNI: *Lezioni di Diritto civile*, t. II, vol. II, 2.ª ed., Padua, 1936, pág. 132), los motivos de orden puramente político conservaban aún cierta fuerza. En la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de Bases de SILVELA, una enmienda a la Base XV (hoy XVI) presentada por el senador FARIÉ, en la sesión de 21 de marzo de 1885, defiende la licitud de las substitutiones fideicomisarias indefinidas, cuando menos en las líneas directas (*Diario de las Cortes* (Senado), *legislatura 1885-1886*, t. IV, pág. 1845; la enmienda, en Ap. 13 al núm. 92), con la esencial finalidad, aunque no única, de procurar por este procedimiento la renta necesaria a los senadores por derecho propio (Cfr. Constitución de 1876, art. 21), al objeto de conservar una clase social—aristocracia—que pueda ofrecer las resistencias más eficaces a las arbitrariedades del Poder (*Diario*, cit., tomo V, págs. 2147-2148). El problema está englobado en el más amplio de la libertad del testar que se utiliza como arma de doble filo (Cfr., defendiendo el sistema seguido en el C. c., que permite dotar por medio

a la fórmula que sustancialmente reproduce el art. 781 del C. c. Lo que aquí nos interesa hacer notar es que al admitir la sustitución fideicomisaria y señalarle límite, se marca la divisoria entre lo lícito y lo no permitido, no pareciendo oportuno interpretar los preceptos citados, del modo como lo hace la sentencia comentada, como contrarios a la vinculación en general. Si este hubiera sido el criterio legal, toda forma de vinculación estaría prohibida, lo que contrasta con los numerosos casos en que se admite y con las razones que provocaron su admisión.

La reafirmación actual de los principios de tipo político referentes a esta materia veda, asimismo, un cambio de orientación en la interpretación de la ley.

III. La interpretación que pudiéramos considerar como clásica se adapta mejor el criterio seguido en el C. c. en materia de validez de las disposiciones *mortis causa* que la que propugna la sentencia; y ello por diferentes razones, que pasamos a exponer:

1. El art. 786 constituye la aplicación a un caso concreto del principio de validez de las disposiciones *mortis causa* contenido en el art. 743, el cual, en su caso, cambia de signo la norma contenida en el art. 4 (28), y del que son aplicaciones las normas sobre el efecto de las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales (arts. 792, 793). *causa falsa o contraria a Derecho* (art. 767), reducción de las disposiciones testamentarias que men-

del tercio de mejora y de libre disposición al que haya de ejercer cargo público. SILVELA (L.): *Discusión parlamentaria del C. c.*, Ed. Rta. Tribun., págs. 342-343). Se señala que la legítima constituye un elemento de democratización de los utilizados por la democracia española, inspirada en su parte más activa y móvil en los principios de la Revolución francesa (SILVELA: *Diario*, cit., tomo V, pág. 2235), elemento que Napoleón propagó y favoreció por cuantos medios estuvieron a su alcance (Id., l. c. pág. 2233), mientras que, por otra parte, se denuncia este hecho como enderezado a desorganizar la aristocracia, no sólo en Francia, a través del Código civil, sino en otros países que intentaba someter, habiendo aconsejado idéntica medida a su hermano José Bonaparte para que fuera aplicada en España (DUQUE DE VERAGUA: *Diario*, l. c., tomo V, pág. 2228). [Parece que la referencia es a la conocida carta de Napoleón a su hermano José Bonaparte, entonces rey de Nápoles, escrita el 5 de junio de 1806.] En realidad, la visión política de Napoleón era más amplia, ya que no sólo se refería a los países sometidos, sino a Francia (sobre los motivos, entre los que se encontraba la necesidad de allegar dinero para sus empresas militares, lo que se quería conseguir mediante los impuestos sobre la transmisión de los bienes, para lo cual se estimula ésta, cfr. ALBERT: *La liberté de tester*, París-Angers, 1895, págs. 804-805), y, por otra parte, no utiliza solamente estos medios jurídicos para allanar obstáculos en su camino, como se quiere hacer suponer equiparando su obra a la de los protestantes ingleses en Irlanda (cfr. DUQUE DE VERAGUA, l. c.; referencia a la cuestión irlandesa: FERNÁNDEZ HONTORIA, *Diario (Congreso)*, legislatura 1884-1885, tomo X, pág. 4933, y DE ONDOVILLA y DURÁN: *Disposiciones que podrían impedir en España la división de las fincas rústicas, cuando esta división perjudica al cultivo*, Madrid, 1900, págs. 54-56, siguiendo todos, expresa o tácitamente a LE PLAY), en donde impusieron la división forzosa de la propiedad en odio a los católicos (2 Ana, t. 6, § 10; 1703. Cfr. DE BEAUMONT: *L'Irlande sociale, politique et religieuse*, 3.ª ed., Bruselas, 1839, tomo I, pág. 129), sino que, conocedor del valor político de una clase estable, independiente económicamente, crea una aristocracia sumisa a sus ideas, utilizando el sistema de mayorazgos—de diversos tipos—creados por Decretos de 1806 (en la reforma del C. c. de 1807 se añade un párrafo, el tercero, al art. 896). Su inteligente obra tuvo una duración efímera.

(28) Cfr. F. DE CASTRO, op. cit., págs. 536-537.

güen la legítima de los herederos forzosos (art. 817), etc. (29). Estos repetidos intentos de sanear la voluntad del testador y olvidarse de su ilicitud cuando no existe otro remedio, cuyo fundamento no creemos necesario repetir aquí, contrastan, ciertamente, con la interpretación del artículo 786 que la sentencia mantiene. Para presentar este precepto como norma de excepción sería necesario demostrar claramente que se separa de los principios indicados, y ya hemos visto que los argumentos con este fin utilizados distan mucho de ser convincentes. Observemos, además, que el criterio del legislador parecería como muy extraño: por una parte, abandonaría el criterio seguido (sólo como regla general) para los negocios jurídicos *inter vivos*, pues no anula la institución o primer llamamiento testamentario, pero se mantiene separado del principio *utile per inutile non vitiatur*, puesto que se declaran nulos los dos primeros llamamientos de sustitución que, en principio, admite. Este que se podía denominar tercer criterio legislativo, exigiría unos serios motivos, y no se ha demostrado que los hubiese.

Importa señalar aquí que el fundamento de la declaración de nulidad radicaría en ser un negocio jurídico contra la ley, y que falta motivo para estimar que todos los llamamientos de la sustitución fideicomisaria que exceden el límite legal son *contra* la ley. Esto solamente puede decirse de aquellos llamamientos que exceden el límite, pero no de los anteriores, que el legislador expresamente admite (art. 781) (30), y por esta razón estimamos más adecuado sostener que sólo a aquéllos alcanza directamente la declaración de nulidad, lo que no ocurre con los llamamientos de sustitución ordenados por el testador dentro del límite, a los que únicamente de modo indirecto podríamos considerar como nulos. Sería correcta la interpretación de la sentencia comentada si los llamamientos que integran la sustitución fideicomisaria estuviesen de tal modo ligados que resultase imposible la subsistencia de alguno de ellos en el caso de que otro u otros fuesen nulos (31). Esta consideración nos plantea un nuevo problema (32).

2. Pero la solución de la doctrina y de la jurisprudencia que aquí de-

(29) La protección de la voluntad del testador no siempre se consigue del mismo modo; podemos, así, considerar como normas de protección los artículos 773, núm. 2, y 814 C. c.

(30) Nos remitimos aquí expresamente—como en general en lo referente a la nulidad de los actos contra ley—a F. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 537-538.

(31) Hacemos aquí, y en lo que sigue, referencia a la institución de la sustitución fideicomisaria, y no al negocio jurídico en concreto. Pretendemos interpretar alcuadamente la ley; pero no podemos dejar de observar que la voluntad del testador puede disponer las cosas de otro modo y, en un negocio jurídico determinado, condicionar entre sí de tal manera los llamamientos que no resulte de posible aplicación el artículo 786, que en vez de sostener el principio de validez de la voluntad del testador, vendría a desvirtuarlo.

(32) Observemos que el artículo 786 señala los efectos de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, y no distingue el caso de nulidad por traspasar el límite legal, de otros supuestos. La sentencia, cuando esta causa de nulidad no existe, no podría argumentar como lo hace—en base al criterio antivinculista—, y entonces solamente acudiendo a la interdependencia necesaria de los llamamientos de sustitución podría justificar el criterio que se deduce de una interpretación lineal del precepto. De otro modo, se comprende que sería absurda la norma contenida en el artículo 786, que tendría como finalidad combatir

findemos se acomoda también mejor a la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria que la de la sentencia. porque esa interdependencia de los llamamientos no existe. La naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria se presta, todavía, a vivas discusiones. Advierte un sector de la doctrina que no se trata de una verdadera sustitución. Ya entre los glosadores se examinó el problema, si bien en algunos aspectos nada tiene de común con la forma en que para nosotros se plantea (33). Partiendo del concepto en el Derecho romano, se observa que al hablar de sustitución fideicomisaria no se emplea el vocablo sustitución en su genuino sentido, sino de un modo literal y generalísimo (34). Pero es poco exacto enfocar así el problema, porque los Códigos latinos, siguiendo una tradición que se remonta a la Glosa, han alterado el concepto de sustitución, y no cabe, en los límites del Derecho positivo, recurrir a consideraciones históricas sino para darnos cuenta del cambio efectuado, y nunca para construir un concepto extralegal que si de *lege ferenda* pudiera ser más adecuado—ello es cuestión aparte, y que no hemos de tratar aquí—, de *lege data* solamente puede producir perturbaciones, al ser inadecuado (35).

La sustitución fideicomisaria es una forma de institución plural sucesiva. Los llamamientos que la constituyen no tienen condicionada mutuamente su existencia. En este aspecto, el artículo 786 no significa, además de la aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, un trato de favor hacia la institución de heredero (36). Pero no es solamente que la institución tenga validez independientemente de la sustitución lo que nos interesa indicar, sino que todos los llamamientos que integran la sustitución fideicomisaria la tienen también. La sombra del fideicomiso en su forma romana no se proyecta sobre la sustitución fideicomisaria como la configura nuestro Derecho, sino en una mínima parte, que no indicamos por ser ajena a la cuestión tratada. La unidad del fideicomiso y de la sustitución

a ultranza las sustituciones fideicomisarias, lo que no parece, ya que el legislador las admite y no con muchas limitaciones, pues supera a todos sus modelos legislativos.

(33) Así, p. ej., las consideraciones derivadas de que el fideicomisario no es heredero, que en nuestro Derecho no sugiere duda (art. 785, 1). Sobre el problema en general, vid. DE DIEGO: *El fideicomiso*, pág. 37, y *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Madrid, 1926, págs. 45-58, y ROCA SASTRE: *Estudios*, loc. cit., pág. 33.

(34) DE DIEGO: *El fideicomiso*, pág. 37, n.

(35) Hacemos notar que en las páginas que siguen hacemos referencia alguna vez al concepto histórico de sustitución, lo que ha de tenerse en cuenta.

(36) En relación al artículo 786 se ha dicho que "sólo podría justificarse la nulidad de la institución si hiciese una sola cosa con la institución [fideicomisaria]; pero este no es el caso, pues se trata de dos vocaciones a favor de personas distintas y que en diferentes tiempos tienen lugar", DE DIEGO: *El fideicomiso*, pág. 61. Se ha pretendido la validez de la sustitución con independencia de la institución, basándose en el citado artículo 786, a sensu contrario. FALCÓN: *Derecho civil español común y foral*, 5.^a ed., t. III. Barcelona, 1897, pág. 210. Análogamente, para el Derecho portugués, DIAS FERREIRA, op. cit., tomo III, pág. 450, y tomo IV, pág. 250, al que sigue DA CUNHA GONÇALVES: *Tratado de Direito civil*, Coimbra, 1936, t. X, págs. 174-175.

ción, que originó la sustitución fideicomisaria, se rompió en nuestro Derecho a partir del Ordenamiento de Alcalá (37). No se trata de una consecuencia de la formulación de un principio opuesto al del Derecho romano en orden a la institución de heredero—institución que aquí puede no faltar—, sino que se afirma la validez por separado de cada una de las instituciones de heredero que la sustitución fideicomisaria entraña (38). Esta solución, contraria a la del Derecho romano (que tenía que acudir a la aceptación ficticia o forzosa), acogida por las Partidas (39), es aceptada como Derecho real por la doctrina (40). Publicado el Código civil, la doctrina posterior apenas si se ha interesado por estos problemas (41), por una parte, por su tendencia extranjerizante y también porque el interés se centra sobre una de las cuestiones que el cambio de criterio había suscitado la de la subsistencia de la cuarta trebeliánica (42), cuestión en la que no se llegó al acuerdo y que fué

(37) "Et si aliquo dextare a otro en su postrimera voluntat heredat, o manda, o mandare que la den, o que la haya otro. é aquel primer a quien fuere dejada non la quisiere, mandamos que el otro ó otros que la pueden tomar e aver" (19, única).

En el Ordenamiento de Montalvo (5, 2, 1): "Y si alguno dextare a otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé a otro alguno a quien sustituye en la herencia o manda: si el tal heredero, ó legatario no quisiese aceptar, ó renunciase la herencia, ó legado: el sustituto ó sustitutos lo puedan haber todo." Reproducido en Nuev. Rev., 5, 4, 1, y Nov., 10, 18, 1.

Este progresivo alejamiento del Derecho romano se produce también en las codificaciones austriaca (§ 608) y prusiana (I, 12, 53): la transmisión de la herencia al sustituto se verifica *ope legis* directamente, y no a través del instituido. Cfr. BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, 3.ª ed., Milán, 1947, pág. 444.

(38) La doctrina ha discurrecido, por regla general, por la fácil vertiente de considerar la validez del fideicomiso sin la institución de heredero como una consecuencia de que ésta no era ya necesaria para la efectividad del testamento. El problema no puede ser debidamente tratado en estas notas, pero prometemos exponerlo adecuadamente en ocasión propicia.

(39) 6. 15, 14.

(40) GREGORIO LÓPEZ: *Glosa a P. 6, 15, 14 in fine*; ANTONIO GÓMEZ: *Varias Resolutions*, tomo I, c. V, núm. 8, ed. Madrid, 1780, pág. 113; DE LA RÍPIA: *Práctica de testamentos y modos de subceder*, Cuenca, 1675, fol. 88, núm. 11; TORRES VELASCO: *Institutionis Hispanae practico-theoretico commentatae*, Madrid, 1735, pág. 130, n.; GARCÍA GOYENA: *Reglas del Derecho romano*, Madrid, 1841, pág. 86, etc. Aunque con deformaciones (comp. not. 38), es seguida hasta la época de la codificación, si bien algún autor (como por ejemplo, ALVAREZ: *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, págs. 236 y 277) se olvida del cambio de criterio, debido a su formación en exceso romanista.

(41) Como excepción, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., tomo VI, v. I, págs. 659-665, n.; GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*. I. *Diagnóstico y tratamiento del "pseude usufructo testamentario"*, AAMN, tomo II, 1946, págs. 436-497, señala expresamente que "la sustitución fideicomisaria no es un simple fideicomiso, sino un llamamiento complejo y sucesivo con doble liberalidad en orden escalonado de preferencias. Al desaparecer el supuesto de actuación de la liberalidad preferente, queda ya en primer rango, y sin subordinación, la liberalidad pospuesta al primer llamamiento", y cuando, asimismo, a propósito de la ley citada del Ordenamiento de Alcalá, que "su reflejo ilumina al artículo 784 del Código civil, que adquiere con ello su más cabal sentido", pág. 495, nota. En varios lugares de su estudio hace aplicación de estos principios.

(42) Tampoco en estas notas podemos tratar debidamente este tema, que dejamos para lugar más adecuado. Aparte del problema en sí, tiene importancia por haber dado lugar

definitivamente zanjada, debido a la importancia que tenía para el acercamiento de las diversas legislaciones civiles coexistentes en España, en el artículo 783, 2.º C. c., que la deja entregada a la voluntad del testador (43).

3. La solución que hemos denominado clásica permite, asimismo, el mejor cumplimiento de la voluntad del testador, ley de la sucesión. Es necesario tener en cuenta que en el caso presente la voluntad del testador no puede ser cumplida nunca en su integridad, que las consideraciones sobre la preferencia en el ánimo del testador solamente pueden servir para la interpretación del negocio jurídico en cada caso concreto, y por ello han de ser excluidas, como regla general, en la interpretación de la ley, y que, en este aspecto, las consideraciones sobre la preferencia del instituido no tienen fundamento serio, en la forma general en que han sido expuestas—es decir, fuera de cada negocio jurídico concreto—, y la preferencia a favor del fideicomisario, que con mayor motivo podría sostenerse, nada nos ayuda en la interpretación de la ley, porque la validez de su llamamiento ha de ser excluida por principio. Mantener la validez del mayor número de llamamientos (pensemos en el caso de que el testador permita a todos los fiduciarios detracciones), significa cumplir lo mejor posible la voluntad del testador hasta donde puede ser respetada, siempre, naturalmente, que la citada voluntad lo consienta.

Jerónimo LOPEZ LOPEZ
 Prof. ayudante de la Universidad Central,
 Becario del I. N. de E. J.

2. Edificación sobre suelo parcialmente ajeno

SENTENCIA 31 MAYO 1949

Vale la pena llamar la atención sobre esta sentencia de nuestro Alto Tribunal porque en Derecho español no se había abordado todavía de frente el problema de la edificación sobre suelo parcialmente ajeno ni tampoco el de la buena fe en materia de accesión cuando la construcción se realiza con el consentimiento del dueño del terreno. Ambas cuestiones son tratadas en esta sentencia, en la que, por cierto, se recogen las soluciones propugnadas por la doctrina que últimamente dedicó la atención debida a este interesante tema.

Al decir de Sanz, que ha estudiado de una manera completísima las cuestiones de la edificación en suelo ajeno en la conferencia de este título en el Colegio Notarial de Valencia (curso de 1947), el caso fué resuelto en el Derecho romano por la simple aplicación del principio *superficies solo cedit*, pero el Código napoleónico guardó silencio en la materia mientras que, por el contrario, lo resuelven tanto el Código italiano nuevo como

a agudas observaciones sobre la interpretación y término de vigencia de las leyes, por obra de muchos de nuestros mejores juristas.

(43) Cfr. Alonso MARTÍNEZ, op. cit., págs. 36-37 y 173-175.