

II. DICTAMENES

Dictamen sobre fideicomiso de residuo y pago de lo indebido

Por

JUAN B. JORDANO BAREA

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de abril de 1941, los cónyuges don J. R. E. y doña D. G. O., labradores ambos, de avanzada edad y sin descendencia, otorgaron ante Notario sendos testamentos comunes abiertos, en los que, tras de ordenar varios legados que no son del caso, coincidentemente dispusieron:

“Quinta: Y en el resto de sus bienes, derechos y acciones instituye por heredera usufructuaria vitalicia (o por heredero usufructuario vitalicio), con facultad de vender los que tenga por conveniente, sin limitación alguna, a su mentada esposa la doña D. G. (o a su mentado esposo el don J. R.). En cuanto a la propiedad de tales bienes, derechos y acciones, salvo los que la usufructuaria (o el usufructuario) pueda vender en uso de la facultad consignada a su favor, nombra heredero a su convecino M. G. S., casado, labrador, con la condición de cuidar y asistir al testador (o testadora) y a su esposa (o esposo) mientras vivan.”

A raíz del otorgamiento de los testamentos, el consultante, don M. G. S., cuidó y asistió a los referidos esposos en todo lo que necesitaron, incluso ayudando a cultivar las tierras de aquéllos, al no hallarse ambos en estado de poder hacerlo por sí. El día 19 de diciembre de 1941 falleció don J. R. E., continuando don M. G. S. cuidando y asistiendo a la viuda, doña D. G. O., hasta comienzos de 1947, y cultivando las tierras de aquélla hasta el día 11 de noviembre de 1942, fecha en que por haberlas entregado doña D. G. O. en aparcería a un tercero, ya no fué necesaria la ayuda o asistencia del consultante en este punto.

A principios de 1947, doña D. G. O. revocó su primer testamento al otorgar otro nuevo, en el que instituyó, a partes iguales, por sus únicos y universales herederos de todos sus bienes a don M. E. A., don G. G. O. y doña M. V. C. Además, doña D. G. O., haciendo uso de la facultad de disposición concedida en la cláusula quinta del testamento de su esposo, vendió casi todas las fincas pertenecientes a la herencia de éste, excepto cuatro parcelas de terreno, y una finca a prado y un trozo de monte que corresponden a la sociedad de gananciales habida entre don J. R. E. y doña D. G. O., por haberse adquirido a título oneroso y con dinero ganancial durante el matrimonio, si bien el prado aparece ahora documentado como adquirido por la doña D. G. O. en estado de viuda. Tam-

bién existe una parcela de 19 ferrados y siete cuartillos en zona de terreno a monte, que fué asignada o adjudicada a don J. R. E., en virtud de división o partición llevada a cabo en 1935 por don A. Q. G., con el asesoramiento del perito agrícola don G. G., por encargo de los vecinos cabezas de casa abierta en el lugar, habiendo únicamente enajenado la doña D. G. O., tras de la muerte de su marido, el derecho a la mitad de dicha parcela.

Con fecha 6 de agosto de 1948, don M. G. S., por su propio derecho, y don A. E. A., en nombre y representación de doña D. G. O., otorgaron ante Notario escritura de carta de pago y renuncia de posibles derechos. En esta escritura, ambas partes, deseando fijar indubitadamente el contenido de la cláusula testamentaria preinserta y al mismo tiempo entregar a don M. G. S. la cantidad que se le adeudaba por diversos conceptos, otorgaron:

“Primero. Don A. E., en nombre de doña D. G. O., entrega a don M. G. S., en billetes corrientes del Banco de España, la cantidad de 6.000 pesetas en pago de los servicios de asistencia y laborales prestados al difunto esposo de aquélla y de los gastos realizados durante la última enfermedad del mismo, declarándose el señor G. S. reintegrado de todos los créditos que por estos conceptos pudiera ostentar contra la doña D. G., y otorgando en consecuencia la más eficaz y solemne carta de pago.

Segundo. Fijando definitivamente la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria relacionada en el antecedente tercero de esta escritura (la ya transcrita cláusula quinta del testamento de don J. R. E.), declara el señor G. S. que se trata de un legado de residuo, por lo que no ostenta más derechos que los residuales existentes al fallecimiento de la doña D. G., en cuanto a los bienes no enajenados por ésta, y para mayor tranquilidad del apoderado señor E., renuncia solemne y definitivamente a todos los posibles derechos que pudieran corresponderle en cuanto a los bienes procedentes del fallecido don J. R. E. que el otro compareciente, en uso del poder relacionado, haya enajenado o en el futuro enajene, aceptando el señor E., en nombre de la doña D., esta renuncia.”

Finalmente, el 28 de abril de 1960 falleció doña D. G. O., bajo el testamento otorgado en 1947, sin que el consultante haya percibido nada, ni de ella ni de sus herederos, por cuidar y asistir a la misma, incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de sus tierras.

CONSULTA

Se desea saber qué derechos tiene don M. G. S. en la herencia de don J. R. E., y contra los herederos testamentarios de doña D. G. O.

DICTAMEN

I

Con relación a la herencia de don J. R. E., es fundamental la escritura de 6 de agosto de 1948 para determinar los derechos del consultante.

Estamos ante un acuerdo relativo a la ejecución de la disposición de última voluntad contenida en la cláusula quinta del testamento de don J. R. E., tras la apertura de la sucesión; acuerdo perfectamente válido (arg. art. 1.271, párrafo segundo, *a contrario sensu*, del Código civil) que, por constituir un negocio de fijación jurídica de la voluntad del testador, implica la renuncia a toda cuestión interpretativa (1).

Así, pues, a los términos de tal acuerdo hay que atenerse en un todo para fijar el contenido jurídico-económico de la tan mentada cláusula quinta: se trata de un legado de residuo o fideicomiso *de eo quod supererit*, a título particular.

Aunque así no se hubiera establecido en el negocio de fijación jurídica de la última voluntad del testador, contenido en la escritura de 6 de agosto de 1948, la recta interpretación de la cláusula de que se trata impondría idéntica solución, pues —como observa VALLET DE GOYTISOLO (2)— el usufructo testamentario de disposición no es en realidad un usufructo más *ius disponendi*, sino una propiedad temporal al modo de los fideicomisos de residuo. También a juicio de OSSORIO MORALES (3) la disposición testamentaria así ordenada —usufructo con facultad de disposición— se aproxima mucho a las disposiciones en propiedad con cláusula de residuo, llegando a identificarse —agregamos nosotros— cuando la facultad de enajenar es tan absoluta o sin limitación alguna que el heredero “usufructuario” puede hacer suyo el importe obtenido, como pleno dueño (4). Prácticamente, además, toda diferencia entre usufructo testamentario de disposición y fideicomiso de residuo se borra en nuestro caso, en el que doña D. G. fué expresamente instituida *heredera* (conforme al criterio subjetivo; arts. 675 y 668 del C. c.) y sobrevivió al testador. La única trascendencia que tiene el negocio de fijación jurídica pactado es la de atribuir inequívocamente a todos los efectos legales a don M. G. S. la condición de *legatario* (conforme al criterio objetivo; arts. 660 y 768 del C. c.), cuando como fideicomisario de residuo podría muy bien tener la condición de heredero, que es la que según parece le quiso conferir el testador.

Pues bien, cumplida ya antes de su muerte la “condición” impuesta por el testador, de la que se prescindió en la escritura de 6 de agosto de 1948, y reintegrado el señor G. de todos los créditos que por cuidar y asistir a don J. R. E. y laborar sus tierras pudiera ostentar contra doña D. G., el consultante —como legatario de residuo— tiene tan sólo derecho al remanente que de los bienes fideicomitados quedara sin enajenar en el momento de la muerte de doña D.; es decir, las cuatro parcelas que no llegó a vender la doña D. ni don A. E. como apoderado suyo, y

(1) Vid. mi libro *Interpretación del testamento*. Barcelona, ed. Bosch, 1958. página 93.

(2) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, página 684.

(3) Vid. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*. Madrid, 1957, páginas 310 y ss.

(4) Vid. mi dictamen *Pseudousufructo testamentario y sustitución fideicomisaria*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1957, págs. 1173 y ss., esp. pág. 1179, nota 8 bis.

la mitad de la finca a prado y del trozo de monte que pertenecen a la comunidad de gananciales consiguiente al matrimonio de don J. R. E. con doña D. G. O., siempre que se demuestre que dichos bienes fueron adquiridos a título oneroso (mediante compra) y con dinero ganancial (extremo éste que el art. 1.407 del Código civil presume, salvo prueba en contrario) durante el matrimonio (arts. 1.392, 1.401, núm. 1.º, 1.447, párrafo 1.º, y 1.426 del Código civil), así como cualesquiera otros bienes o derechos residuales que, conforme a la cláusula quinta del testamento de don J. R. E., según fue definitivamente fijada por la escritura de 6 de agosto de 1948, pudieran corresponder a don M. G. S., entre los cuales figura ciertamente el derecho a la mitad de la parcela asignada o adjudicada al causante en monte, derecho no enajenado por la doña D. G. O., pues el referido monte fue dividido para su mejor disfrute en parcelas que se distribuyeron a los *cabezas* de casa abierta en el lugar, carácter que sólo ostentaba el don J. R., sin que, por otra parte, se trate de una adquisición ganancial, sino de un bien propio del marido.

De suerte que —como dice el número segundo de la escritura de 6 de agosto de 1948— el señor G. S. “no ostenta más derechos que los residuales existentes al fallecimiento de la doña D. G., en cuanto a los bienes no enajenados por ésta.” El alcance de la renuncia hecha por el consultante se limita a todos los posibles derechos que pudieran corresponderle en cuanto a los bienes procedentes del fallecido don J. R. E. que don A. E. A., en uso del poder que le confirió doña D. G. O., *haya enajenado o en el futuro enajene* (antes de extinguirse el poder por la muerte de la poderdante, conforme al art. 1.732, núm. 3.º, del Código civil). En modo alguno cabe extender dicha renuncia a los bienes procedentes de la herencia de don J. R. no enajenados ni por la heredera fiduciaria doña D. G. ni por su mandatario don A. E., pues los bienes o derechos residuales quedaron expresamente reservados por y para el señor G. S., remanente o residuo de los bienes fideicomitidos que los herederos testamentarios de doña D. vienen obligados a entregar al fideicomisario o legatario don M. G., toda vez que el contenido de la escritura de 6 de agosto de 1948 vincula a aquéllos, según los arts. 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, del Código civil.

El consultante, para hacer efectivo contra los herederos de doña D. G. su derecho al remanente o residuo de los bienes procedentes de la herencia de don J. R. no enajenados por la doña D. ni por su apoderado, dispone de dos acciones: la *actio ex testamento* (personal) y la acción reivindicatoria que, como propietario, le corresponde (arts. 882 y 885 del Código civil) por haber adquirido definitivamente a la muerte de doña D. G. la propiedad o titularidad de los bienes residuales, al cumplirse la condición suspensiva —ínsita según el Tribunal Supremo a todo fideicomiso de residuo (5)— de que dicha señora no dispusiera *inter vivos* (por sí o por medio de apoderado) de la totalidad de los bienes objeto del legado. De modo que el consultante adquirió *ipso iure*, automáticamente, en el mismo momento del fallecimiento de doña D. G., la propiedad o titularidad

(5) Sentencias de 13 de noviembre de 1942, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, etc.

de los bienes procedentes de la herencia de don J. R. no enajenados por la fiduciaria ni por su mandatario; pero no su posesión (art. art. 440. *a contrario sensu*, del C. c.), que, por tratarse de un legatario, ha de pedirla a los herederos de la doña D. o, en su caso, al albacea (si éste se halla autorizado para ello) por medio de la acción que deriva de la cláusula 5.^a del testamento de don J. R. (cuyo contenido jurídico-económico fijó indubitadamente la escritura de 6 de agosto de 1948) o de la acción reivindicatoria que todo dueño tiene (art. 348, párrafo 2.º, del Código civil). Respecto a los bienes gananciales, deberá aplicarse el art. 864 del C. c., conforme al cual cuando el testador tuviese sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, aunque tal aplicación estará naturalmente subordinada a la adjudicación que se haga al liquidar la sociedad conyugal (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934) (6).

Los herederos testamentarios de doña D. G. O. deberán entregar a don M. G. S. los bienes residuales provenientes de la herencia de don J. R. E. en el estado en que se hallaren al morir el testador, con todos sus accesorios, ya en sentido material (partes integrantes de la cosa), ya en sentido de derechos accesorios de la cosa (servidumbres, por ejemplo), según determina el art. 883 del C. c. Todos los frutos naturales o civiles pendientes en aquel momento —excepto las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte del testador—, así como toda clase de frutos producidos después por las cosas objeto del legado de residuo, serán del legatario (art. 882 del C. c.), pero éste deberá abonar a los herederos de doña D. G. los gastos de producción y de conservación (arg. arts. 356 y 1.779 del Código civil).

II

Respecto a la herencia de doña D. G. O., ¿tiene el consultante derecho a reclamar de los herederos testamentarios de aquélla el importe de los cuidados y asistencias prestados a la misma, incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de sus tierras?

Nos encontramos con que, a tenor de la cláusula 5.^a del primer testamento de doña D. G., el consultante comenzó a cumplir y cumplió una carga u obligación modal impuesta por la testadora, consistente en cuidarla y asistirle, así como a su esposo, mientras vivieran. Como es sabido, el modo o carga en los actos *mortis causa* supone una determinación accesorio de una disposición de última voluntad por la que el heredero o legatario viene obligado a dar, hacer o no hacer algo; la carga puede tener como contenido una obligación alimenticia o asistencial en sentido amplio, distinta de la prestación alimenticia *stricto sensu*, como ocurre en nuestro caso; favorecido con la carga puede ser cualquiera, incluso el propio causante y su cónyuge; la carga origina una obligación del gravado (señor G., en el supuesto de la consulta), obligación sujeta a las reglas generales de las obligaciones; finalmente, si se duda si una disposi-

(6) Sobre el problema, en general, vid. CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, págs. 467 y ss.

ción implica modo o condición, ha de optarse por el modo, en virtud de la *praesumptio iuris* contenida en el art. 797, párrafo 1.º, del Código civil. Por ello defendemos dicha calificación jurídica, pese a la impropia terminología del testamento, que habla de "condición", como el propio Código al final del art. 798, para referirse —según parece— al modo o carga.

Pues bien, la prestación alimenticia y asistencial *lato sensu* (en la que hay que incluir la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de las tierras de doña D. G. que ésta, dada su avanzada edad, no podía hacer por sí) cumplida por el consultante, potencialmente, estaba provista de causa ya que el *modus* o carga podía funcionar como causa de la obligación de la atribución patrimonial ("causa justa" del art. 1.901, *in fine*, de C. c.), pero al ser revocado (art. 739, párrafo 1.º, C. c.) el testamento que contenía la disposición de última voluntad *sub modo*, el pago o cumplimiento de la prestación resultó inicialmente indebido, por la eficacia retroactiva de la revocación, procediendo la *condictio indebiti* o acción de restitución de lo que no había derecho a recibir o cobrar y que por error fué indebidamente entregado, conforme a los arts. 1.895 y ss. de Código civil, presumiéndose que hubo error en el pago cuando se cumplió con lo que nunca se debió (art. 1.901, ap. 1, C. c.), sin que en nuestro caso quepa de adverso alegar y probar que la entrega o cumplimiento se hizo por don M. G. a título de liberalidad (art. 1.901, ap. 2, del C. c.), cosa que hay que excluir a la vista de los antecedentes, toda vez que el señor G. comenzó a prestar los cuidados y asistencias y a cultivar las tierras (lo que, como ya hemos dicho, era una forma de "asistir" a labradores de mucha edad) precisamente por razón de las disposiciones testamentarias otorgadas a su favor, en las que por cierto se tuvo en cuenta su condición de labrador.

Por consiguiente, el consultante dispone hoy (arg. arts. 659 y 66 del C. c.) de una acción personal contra los herederos testamentarios de doña D. G., con base en los citados preceptos (arts. 1.895 y ss., especialmente art. 1.901, del C. c.), acción cuyo plazo de prescripción es de quince años (art. 1.964 del C. c.), a contar desde el día en que pudo ejercitarla (art. 1.969 del C. c.), esto es, a partir de la revocación del testamento (que tuvo efecto inmediato en 1947), siempre que tal revocación fue conocida por el señor G. En todo caso, la acción aún está en vida y prescribiría hasta 1962.

No es aplicable al caso de la consulta el plazo de prescripción de cinco años del número 1.º del artículo 1.966 del Código civil, puesto que "es prescripción es sólo aplicable al alimentista que exige los alimentos de los obligados del obligado a prestarlos, no al que los suministró sin tal obligación que se rige por el artículo 1.964 del Código civil" (sentencia del T. S. 13 de abril de 1910). Además, en nuestro caso, se rebasa la prestación alimenticia *stricto sensu*, según dijimos ya al hablar de una prestación asistencial y alimenticia en sentido amplio, no jugando el artículo 1.895 párrafo primero, en relación con los artículos 142 y siguientes del Código civil, por no darse ninguno de sus presupuestos.

Tampoco es aplicable el plazo de prescripción de tres años del número 3.º del artículo 1.967 del Código civil o del artículo 83 de la Ley

Contrato de Trabajo, pues falta toda relación *contractual* de arrendamiento de obras o servicios (arts. 1.544 y 1.583 y ss. del C. c.) o de contrato de trabajo (arts. 1 y ss. de la Ley de Contrato de Trabajo) al no haber consentimiento mutuo de las partes (arts. 1.254, 1.261, núm. 1.º, y 1.262, párrafo 1.º, del C. c.), "precio cierto" (art. 1.544 del C. c.), "remuneración" ni prestación de trabajo en situación de dependencia (arts. 1 y 2 de la Ley de Contrato de Trabajo), no cuadrando al consultante el concepto de menestral, criado, jornalero o trabajador por cuenta y bajo dependencia ajenas. Los mismos hechos relatados en los antecedentes se revelan contra dichas calificaciones, excluyendo toda idea de contrato *inter partes*. Lo que hubo fué un "cuasi contrato" (art. 1.887 del C. c.) de cobro de lo indebido (arts. 1.895 y ss. del C. c.), a consecuencia de la revocación del primer testamento de la causante, que contenía una disposición de última voluntad sujeta a modo o carga, consistente en una obligación alimenticia y asistencial en sentido amplio, tal como hemos expuesto antes. En el fondo, se trata de un problema de enriquecimiento injusto o sin causa: a nadie le es lícito enriquecerse tortíceramente en perjuicio del patrimonio ajeno, y por ello debe restituirse lo indebidamente percibido o su valor, si no cabe la devolución *in natura*.

Por último, inútil parece advertir que, respecto a la herencia de doña D. G. O., la escritura de 6 de agosto de 1948 no juega para nada, no constituyendo para el consultante ningún "acto propio" contra el cual no pueda ir. Le vincula tan sólo—en los términos expuestos en el apartado I de este dictamen—con relación a la herencia de don J. R. E., pero en modo alguno le impide accionar contra los herederos de la doña D. reclamando el importe de todos los cuidados y asistencias—incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de las tierras de aquélla—prestados sin estar obligado a ello, según hemos razonado ampliamente en este apartado II. No importa, pues, que la aludida escritura hable de "pago de los servicios de asistencia y laborales prestados al difunto esposo de doña D. G. O."

CONCLUSIONES

Primera. Con relación a la herencia de don J. R. E., el consultante—como legatario de residuo—tiene tan sólo derecho al remanente que de los bienes fideicomitidos quedara sin enajenar en el momento de la muerte de doña D. G. O.; es decir, las cuatro parcelas que no llegó a vender la doña D. ni don A. E. como apoderado suyo, y la mitad de la finca a prado y del trozo de monte pertenecientes a la comunidad de gananciales, así como cualesquiera otros bienes o derechos residuales que, conforme a la cláusula quinta del testamento de don J. R. E., según fué definitivamente fijada por la escritura de 6 de agosto de 1948, pudieran corresponder a don M. G. S., entre los cuales figura ciertamente el derecho a la mitad de la parcela asignada o adjudicada al causante como cabeza de casa abierta—en el monte, derecho no enajenado por la doña D. G. O.

El consultante, para hacer efectivo contra los herederos de doña D. G. su derecho, dispone de dos acciones: la que deriva de la cláusula quinta del testamento de don J. R., cuyo contenido jurídico-económico fijó indubitadamente la escritura de 6 de agosto de 1948, y la acción reivindicatoria que, como propietario de los bienes residuales, le corresponde.

Segunda. Respecto a la herencia de doña D. G. O., el consultante dispone hoy y hasta 1962 de una acción personal contra los herederos testamentarios de la misma para reclamar el importe de todos los cuidados y asistencias—incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de las tierras de aquella—prestados sin estar obligado a ello. Lo que hubo fué un "cuasi contrato" de cobro de lo indebido, a consecuencia de la revocación del primer testamento de la causante, que contenía una disposición de última voluntad sujeta a modo o carga, consistente en una obligación alimenticia y asistencial en sentido amplio.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado. Santiago de Compostela, a 14 de mayo de 1960.

JUAN B. JORDANO BAREA
Profesor de Derecho civil en la Universidad de Santiago
Letrado de los Ilustres Colegios de Abogados de La Coruña y Santiago