

15 de noviembre de 1951.

## **FIDEICOMISO DE RESIDUO**

- Fideicomiso de residuo.
- Fideicomiso de residuo condicional.
- Interpretación de cláusulas testamentarias.
- Prohibiciones de enajenar.
- El fideicomiso con plazo de restitución.
- Fideicomisos familiares.
  
- Interpretación de los negocios jurídicos *mortis causa*.
- Facultad exclusiva del Tribunal de instancia.

## RECURSO DE CASACION

### INTERPUESTO POR MANUEL VIDES ALAMO CONTRA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE SEVILLA

#### INFORME DE OPOSICION AL RECURSO

Prescindiré, con mi propósito de ser breve -brevedad a que me obliga la consideración a la Sala y también a mi propia salud, que escasamente me permite hacerlo en estos términos-, prescindiré de la reiteración en la exposición de antecedentes que la ilustrada dirección letrada de la parte adversa ha traído aquí con puntual prolijidad. Yo empezaré en la cláusula 26 del testamento de 8 de abril de 1906. Prescindiré, digo, de aquellos antecedentes y también de referirme a un problema, a una circunstancia de tipo familiar insinuada aquí por el Letrado de la parte adversa y que ha hecho muy bien en no tratar, porque en relación con el problema de técnica jurídica que traemos a la Sala hubiera sido extrínseco, ilegítimo y de mal gusto. Se trata de circunstancias dignas del mayor respeto y consideración, tanto desde el punto de vista humano, cuanto desde el más alto punto de vista cristiano.

Vamos, pues, a lo que objetivamente interesa: al problema de técnica jurídica, muy sutil, muy preciso y muy claro, en último extremo, que aquí se ha dado. Testamento de D.<sup>a</sup> Amalia Toscazo, de 8 de abril de 1906. Cláusula 26. No me interesa más. En él, la testadora instituye como heredero a su sobrino, Juan Vides Alamo. Y le instituye como heredero en pleno dominio. Le autoriza especialmente para disponer de los bienes heredados por actos *inter vivos* y *mortis causa*, de un modo especial y rotundo; y si el instituido Juan Vides Alamo falleciera sin hijos legítimos y sin haber dispuesto de los bienes heredados -bienes heredados de los que podía haber dispuesto, con arreglo a la institución testamentaria, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, así dice la cláusula 26- entonces los bienes pasarán a los fideicomisarios. La claridad de la cláusula es absoluta y así lo han entendido el Juzgado de Instancia y la Audiencia de Sevilla. El problema queda planteado en estos términos: cual es la institución y límites de la institución hereditaria. Para la parte adversa sucede que el fideicomiso, este fideicomiso de residuo que establece la testadora (si el heredero muere sin hijos y sin disponer de los bienes), ¿cuándo opera el fideicomiso? Pues para la parte adversa opera necesaria, fatalmente, en cuanto se da la circunstancia o condición de que el fiduciario muera sin hijos legítimos. Si muere sin hijos legítimos, entonces ya no hay problema para la parte adversa, o, dicho al revés: sólo puede el heredero disponer de los bienes *mortis causa* si tiene hijos legítimos; si no tiene hijos legítimos, no puede disponer de los bienes heredados. Nosotros decimos: el fideicomiso no opera necesariamente porque el fiduciario muera sin hijos. Es preciso, para que opere el fideicomiso, que, además de morir sin hijos, el fiduciario no ha dispuesto, ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*, de los bienes; es preciso que haya residuo. Estas son las dos condiciones para que opere el fideicomiso. Que el heredero muera sin hijos y que haya residuo. Murió sin hijos, efectivamente, pero no había residuo, porque, en uso de su perfecto, pleno e indiscutible derecho, había dispuesto *mortis causa*. En realidad, ésta es la síntesis de mi informe y casi podría terminar aquí.

Es, pues, un fideicomiso de residuo condicional. Para que se cumpla fideicomiso es preciso que se cumpla la condición. ¿Y cuál es la condición? La condición es doble: primero, que el fiduciario muera sin hijos. Segundo, que haya residuo. Repetimos que se ha cumplido la primera parte de la condición, pero no la segunda. La parte adversa, en realidad, lo que viene a plantear aquí -luego me referiré a este aspecto procesal de la cuestión- es un problema de interpretación de la cláusula testamentaria que esté reservado al Tribunal *a quo*. Entiende que la cláusula 26, en la parte segunda, en la manifestación que viene después del punto y coma, encuentra la parte contraria apoyo para su tesis y pretensión, viniendo a decir que en esta segunda parte se destruye lo afirmado en la primera. Esto sería absurdo, que se negara en la segunda, de un modo incidental, lo dicho claramente en la primera. Pero es que, además, ni de este modo incidental se dice lo que pretende la parte contraria. No solamente no niega lo manifestado en la primera, sino que lo reitera, e insiste: «pasarán los bienes que heredaré y de que no hubiese dispuesto...». Seguimos en el caso del fideicomiso de residuo.

Muy brevemente, puesto que el patrono de la parte adversa ha tratado el tema, y sin traer a la Sala un extemporáneo aparato de erudición, porque creo que, efectivamente, en ésta como en todas las cosas el acierto y, en todo caso, el deber del informante radica en tratar de poner claridad en el orden institucional, me referiré a estas dos instituciones: la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso, prácticamente tan afines considerados en esta forma que en su última fase se ha dicho que estamos casi en el ámbito de la sustitución fideicomisaria. Esta representación no puede estar de acuerdo con este punto de vista. El Tribunal Supremo, en muy luminosa sentencia de 13 de noviembre de 1948, a la que luego me referiré más particularmente, dice con razón que la modalidad testamentaria que llamamos disposición, cláusula o fideicomiso de residuo no está regulada en nuestro Código civil. Ni siquiera es mencionado el fideicomiso de residuo. Es una supervivencia en nuestras costumbres del fideicomiso romano de *eo quod supererit tempore mortis*. En el Derecho romano precisamente -ello es sobradamente conocido de la Sala y de mi ilustre compañero-, en el Derecho romano la sustitución fideicomisaria, al menos como institución jurídica, no existe. En el Derecho romano lo que nos encontramos es con el fideicomiso. De un modo excepcional nos encontramos a través de excepciones, con las siguientes:

Prohibiciones de enajenar.

El fideicomiso con plazo de restitución, y

Los fideicomisos familiares.

Las prohibiciones de enajenar. MARCIANO nos dice que no tienen valor vinculante. Producen *nuda pacta*, no producen acción.

El fideicomiso con plazo de restitución. En el fideicomiso romano el fiduciario es propietario, es heredero pleno, pero lo es en aras a la fiducia, a la amistad, a la confianza con el testador.

Fideicomisos familiares, creados por JUSTINIANO. Con la limitación de la cuarta generación y no de la cuarta trebelánica.

Así, pues, la no disposición del fiduciario en el Derecho de Roma es una cosa excepcionalísima. En el fideicomiso, como el fiduciario es propietario, puede disponer. Que no es más que consecuencia del principio *semel heres semper heres*, y es una consecuencia del principio personalista del Derecho romano.

Derecho español. En Derecho español, esto parecerá a primera vista un poco sorprendente y en realidad no lo es, esa prohibición rigurosa de disponer en la sustitución fideicomisaria fue en nuestro Derecho el mayorazgo, que no ponía límites a la voluntad del testador. El testador podía establecer las condiciones que quisiera. Y esto en lo que se refiere a la posibilidad de disponer del testador. Pero en cuanto a los bienes, también se podía disponer de ellos por concesión real. Como dice GONZÁLEZ PALOMINO, inspirándose en D. BENITO GUTIÉRREZ, maestro de mi maestro, D. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, dice que no tenía el testador que atenerse a un orden rígido preestablecido de sucesión por primogenitura y masculinidad, según las reglas de la sucesión a la Corona (mayorazgos regulares). Podía establecer el orden que le viniera en gana (mayorazgos irregulares) a favor de uno solo o de varios a la vez. En el fondo, el mayorazgo no era más que una sustitución fideicomisaria desbocada. Así, pues, incluso sujetos los bienes por la prohibición de disponer que el mayorazgo significaba, por concesión real podían hacerlo, y el Rey D. Fernando, que, como dice PALOMINO, era un hombre de mucho sentido común, y a fuer que lo tenía como resolver discordias entre el francófilo Ensenada y el anglófilo Carvajal, cansado de dar concesiones reales, dispuso en la Instrucción de Corregidores de 1749 que la concesión real sería sustituida por la autorización del Juez. Así, pues, yo preguntaría dónde nace en la sustitución fideicomisaria, donde está, en último extremo, esa prohibición absoluta, rigurosa, de disponer. Y esto enlaza con otro problema de técnica jurídica que, en resumen, es éste: que no se trata de prohibición de enajenar, sino de obligación de dar. Lo que hay en la sustitución fideicomisaria es una obligación de dar. Dejemos el problema y, además, con la debida probidad y lealtad polémica, he de reconocer que en este punto de la sustitución fideicomisaria, el Tribunal Supremo ha entendido las cosas de otra manera. Sin embargo, en lo que se refiere al fideicomiso de residuo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de noviembre de 1948, entiende las cosas así. Entiende que el fiduciario es un heredero que tiene pleno dominio sobre los bienes. Y dice esta sentencia: la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo tienen de común el que por virtud de una serie de llamamientos sucesivos, el testador imprime a los bienes una trayectoria determinada que impide se abra la sucesión. Por lo demás, las diferencias son evidentes y clarísimas: en la sustitución fideicomisaria los fideicomisarios adquieren su derecho en el momento de la muerte del fideicomitente. Por el contrario, en el fideicomiso de residuo, en la cláusula de residuo, los fideicomisarios no adquieren ninguno, no adquieren ningún derecho. A la muerte del fideicomitente adquieren una expectativa de derecho, una capacidad, una potencia, una vocación a ser herederos, que a la muerte del fiduciario se realizará, se actuará o se frustrará. Sólo a la muerte del fiduciario sabremos si llega a nacer el derecho perfecto o si nunca más el derecho del fideicomisario habrá existido. Esto es consecuencia también de este otro gran problema de técnica jurídica que es de este orden -IHERING, WINDSCHEID-: no hay derechos subjetivos sin objeto. En el fideicomiso de residuo, ¿qué resulta?: que en el momento de la muerte del testador no hay objeto para el derecho subjetivo de los fideicomisarios, no tienen derecho subjetivo los fideicomisarios. El que haya o no objeto será una consecuencia de la voluntad del fiduciario y, por cierto, de la voluntad negativa de que no haya dispuesto en todo o en parte de los bienes heredados. Y expuesto –me hago la ilusión de que con

suficiente claridad- el problema de orden técnico, vuelvo a los autos, y termino. Así, pues, con arreglo a la doctrina y a la exposición que acabo de hacer conforme con este punto de vista del Tribunal Supremo (que antes consideró al fiduciario mero usufructuario), el fiduciario no es usufructuario, sino propietario (sentencias de 26 de febrero de 1919 y 22 de diciembre de 1920), y lo mismo hicieran las resoluciones de la Dirección General de los Registros. El fiduciario no es usufructuario, es propietario gravado de restitución. Así la entiende mi maestro CLEMENTE DE DIEGO, en España, y también POLACCO y RUGGIEROE. El gravamen de restitución en el fideicomiso de residuo puro es indiscutible, pero limitado a que haya o no haya bienes porque se haya o no dispuesto por el fiduciario. En el fideicomiso condicional la obligación ya no es indiscutible. Depende de que la condición se cumpla o no. Es preciso que se cumpla la condición. Y como las condiciones pueden ser múltiples (*sine liberis deceserit*, si no ha dispuesto *mortis causa*) ¿qué sucede que, en estos casos, en realidad pueda decirse que más que un fideicomiso sea cláusula o disposición supletoria? Bien pudiera ocurrir. Pero, en realidad, se trata de una disposición supletoria testamentaria cuyos términos son bien claros.

Termino recogiendo un argumento que se repite mucho en el recurso y que consiste en decir que con arreglo a la tesis nuestra los derechos de los fideicomisarios serían imaginarios, teóricos, etc. En primer lugar, ya hemos dicho que los derechos no han nacido. Pero, además, en cuanto el primer instituido fiduciario hubiera muerto sin hijos y sin disponer de los bienes, entonces hubiera operado. Luego la cláusula no es necesariamente inoperante, tiene una finalidad bien clara, y es que el fideicomitente quiere, en todo caso, evitar la apertura de la sucesión intestada, con una disposición del testador o esta otra supletoria, que de no existir daría paso a la sucesión intestada.

Quiero referirme ahora, como final, al problema procesal. He de volver sobre la cláusula 26. Quiero recoger una manifestación aquí producida y que he acotado ahora. Ante las reiteradas referencias a otros testamentos que no son del caso, se ha invocado aquí el hecho de que en testamento anterior de 1902 sólo se autorizaba a disponer por actos *inter vivos*. Yo digo: porque allí sólo se autorizaba a disponer por actos *inter vivos* los sustituyó por el de 1906 y en este se autorizó para disponer por actos *mortis causa*. Esta es la tesis del Juzgado y de la Audiencia.

Y, finalmente, otra consideración. Este recurso se inició por D. Manuel Vides Alamo, uno de los fideicomisarios llamados en unión de sus otros hermanos. Sólo éste se ha considerado con derecho a esta sucesión y promueve el pleito. Fallece una vez interpuesto el recurso, y consta una comparecencia ante la Sala del Tribunal Supremo, y es curioso que después de tanto hablar de la preocupación gentilicia del testador y de su familia y de que los bienes pasaran a los descendientes de la familia, es curioso que los herederos del recurrente no sean sus descendientes legítimos. Así, pues, el supuesto del último párrafo de la cláusula 26 es interpretado en los términos incorrectos de la parte adversa. En este caso, si muriera sin hijos, los recobrarán los hijos legítimos de D. Manuel Vides Toscano.

Termino, pues, con esta anunciada referencia al problema procesal.

Con objeto de no distraer la atención de la Sala me he de referir a las facultades que para la interpretación de los negocios jurídicos *mortis causa* tiene el Tribunal Supremo. ¿Cuáles son las facultades del Tribunal Supremo para interpretar los negocios

jurídicos *mortis causa*? Me atenderé al criterio del propio Tribunal Supremo sobre su competencia en esta materia de interpretación de los negocios jurídicos *mortis causa*. Con arreglo al criterio del Tribunal Supremo, en relación con su competencia para conocer en casación de los negocios jurídicos *mortis causa*, en sentencias numerosísimas (4 de enero de 1899, 16 de febrero de 1901, 29 de marzo de 1922, 23 de marzo, 3 de junio, 23 de octubre de 1925, etc.), el Tribunal Supremo ha decidido que fijar el sentido y el alcance de las disposiciones de última voluntad, sus cláusulas y palabras, esto corresponde privativamente al Tribunal *a quo*. Y dice el Tribunal Supremo: «Sólo cuando el error en la interpretación se patentiza de modo -son sus palabras- evidente, inequívoco, flagrante y notorio, cabe denunciar en casación.» Confrontemos estas terminantes palabras con la cláusula 26 del testamento de D.<sup>a</sup> Amalia Toscano y veremos si nos encontramos en el caso de la competencia del Tribunal *a quo* 0 del Tribunal Supremo. Evidentemente, estamos en la competencia del Tribunal *a quo*. Para bien fijar el alcance de la voluntad testamentaria, es *quaestio facti*, denunciabile en todo caso, cuando proceda, por el error evidente, ante el Tribunal Supremo por el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero por el número 7 con invocación, con el requisito de acto y documento auténtico. El error, ese error notorio, flagrante, que únicamente se trae ante el Tribunal Supremo, cuando se trate del problema de interpretación gramatical, lógica, ha de venir, como digo, por el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Lo que es denunciabile por el número 1 del artículo 1.692 es el error en cuanto al alcance jurídico o regulación legal. Pues veamos lo que aquí acontece. Recurso de casación ante la Sala. Viene interpuesto por dos motivos. Los dos por la causa del número 1 del artículo 1.692, y veamos si realmente estos motivos caben en el número 1 o son del número 7. Entiendo que los dos tienen camino por el número 7 y repito que con acto o documento auténtico. Y esto es así porque en el primer motivo de casación se ha planteado un problema de interpretación gramatical y esto es del Tribunal *a quo*. En el segundo es verdad que el enfoque parece situarlo en el ámbito del número 7. Pero es sólo el enfoque. Porque se refiere a la naturaleza jurídica institucional del fideicomiso de residuo, pero se invoca el artículo 675 del Código civil a los efectos de que quede en primer plano la voluntad del testador y con este motivo incurre en un círculo vicioso y, de hecho, es una reiteración del motivo 1.º, denunciabile por el número 7 del artículo 1.692.

Y por estas razones termino reiterando mi súplica inicial de que se dicte sentencia que desestime el recurso, deje firme la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.