

JAIME RODRIGUEZ FONNEGRA

DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

nombrado en testamento en caso de que la asignación no se defiera al fiduciario

EN QUÉ CONSISTE EL PROBLEMA — 1. Para que a virtud de testamento haya fideicomiso, ya de herencia o de cuota herencial, ora de cosas singulares, se requiere que algún lapso transcurra entre la delación de la asignación en favor del fiduciario y el evento de que pende la restitución al fideicomisario, por cuanto es de la esencia de todo fidelcomiso, que la cosa materia de la restitución pase del fiduciario al fidelcomisario al cumplimiento de la condición; sin lo cual, como sucede cuando la disposición es «a día que no equivalga a condición», o cuando la condición no se realiza, o cuando la asignación no se ha deferido al fiduciario, no hay fideicomiso ni, por lo tanto, restitución.

Pero, ¿de esa imposibilidad de que se lleve a efecto la sustitución fideicomisaria en caso de que la asignación no se haya deferido al fiduciario, se sigue que, aun cumplida la condición, el fidelcomisario ningún derecho tenga con relación al fideicomiso? Hé ahí el problema sobre que paso a discurrir; problema que en términos tan amplios y comprensivos no puede proponerse sino con relación al sistema legislativo cuyo autor fue don Andrés Bello, pues que los establecidos en los países europeos donde se admiten los fideicomisos, en cuanto las legislaciones de estos países los admiten, difieren fundamentalmente de aquél.

EL PROBLEMA EN EL DERECHO CLÁSICO—2. La solución del punto es en nuestra legislación distinta de la

que tuvo con arreglo al Derecho Romano, al régimen francés de las Ordenanzas y a las Siete Partidas. Comprobándolo, demostraré también que entre nosotros, cuando quiera que la asignación no se defiere al fiduciario, se realiza la sustitución vulgar.

El sistema romano—3. La institución del fidelcomiso obedeció en Roma a necesidades de la vida, y se desarrolló dentro de los límites del estricto concepto del Derecho Quirritario sobre la sucesión testamentaria. Para heredar por testamento era necesaria entonces la *factio testamenti* con el testador; y por lo mismo, éste no siempre podía dejar sus bienes a la persona que quisiese. A corregir semejantes inconvenientes de la institución vinieron los *fidei commissa*, bien que hasta la época de Augusto no tuvieron otra garantía que la buena fe del fiduciario, de lo cual procede su nombre: consistían en simples ruegos o súplicas que el testador hacía al heredero o legatario de transferir sus bienes, o cuota de ellos, o una o más especies, a tercera persona: *Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur* (1). Empleábanse para constituirlos expresiones como *peto, volo, rogo, fidei tuae committo* y otras semejantes (2); y no siendo sino súplicas, como hasta estos vocablos lo indican, a ninguna formalidad estaban sujetos, a diferencia de los legados, que necesariamente se establecían por testamento. En tiempo de Augusto fueron reconocidos por las autoridades administrativas y, más tarde, protegidos con acciones útiles que se dieron al fidelcomisario.

Había dos clases de fidelcomisos: de herencia y de *cosas singulares*; el último podía imponerse al heredero,

(1) Reglas de Ulpiano, XXIV, *De legatis*, 1.

(2) *Ibidem*, XXV, *De fideicommissis*, 2; Sentencias de Paulo, Libro IV, I, *De fideicommissis*, 6; Institutas de Gayo, 2, 249; Institutas de Justiniano, Lib. 11, Tit. XXIII, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*, 3.

al legatario, al fideicomisario y, en fin, a cualquiera que recibiese algo del testador; el hereditario, únicamente al al sucesor universal y al fideicomisario de herencia.

Precisemos previamente la naturaleza del fideicomiso hereditario a cargo del heredero.

4. Justiniano escribe que ha de considerarse, ante todo, que para el fideicomiso de herencia se requiere que haya heredero instituido en testamento regular, y que a su buena fe se confie el restituir la herencia al tercero, porque sin institución de heredero el testamento es nulo: *Im primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis recto iure testamento heres instituat eisque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur* (1); a lo cual agrega que, una vez restituida la herencia, el que la restituye continúa siendo el heredero: *Restituta autem hereditate is quidem qui restituit nihilo minus heres permanet* (2). De donde se infiere que el fideicomiso de herencia era carga impuesta al heredero y, en el concepto quirritario, asignación a título particular, tal como el legado de cuota herencial, llamado *partitio*.

Esto se ve con más claridad atendiendo a que cuando, en virtud de las reformas llevadas a cabo en la época del Imperio, los senados consultos Trebeliano y Pegasiano confirieron ciertas acciones útiles al fideicomisario de herencia, esos senados consultos se fundaron precisamente en el concepto según el cual, el fideicomiso hereditario era ineficaz si el fiduciario no aceptaba la herencia: de ahí que el Senado Consulto Pegasiano, extendiendo a esa clase de fideicomisos la Ley Falcidia, que impedía legar más de las tres cuartas partes del patrimonio, permitiese al heredero retener la cuarta parte del caudal hereditario; y de ahí también

(1) Institutas, Lib. II, Tit. XXIII, *De fideicommissariis hereditatibus*, 2. (Institutas de Gayo, 2,248).

(2) *Ibidem*, 3. (Institutas de Gayo, 2,251).

que allí mismo, por hacer eficaz la voluntad del constituyente, se decretase que el fideicomisario podía obligar al fiduciario a aceptar la herencia, porque, se lee en las Institutas de Justiniano, *los herederos rehusaban hacer adición de ella en vista de que no obtendrían sino escaso o ningún provecho; lo cual determinaba la extinción del fideicomiso* (1). Al fin, cuando Justiniano, en busca de la sencillez, fusionó los fideicomisos y los legados haciendo innecesario examinar en cada caso si la disposición implicaba fideicomiso o legado, el mismo principio subsistió, pues también los legados referentes a cuotas herenciales (*partitiones*) fueron tenidos siempre como cargas impuestas al heredero universal y como adquisiciones a título particular; fuera de ser la tesis más sostenible la de que no hizo ese príncipe al respecto sino asimilar aquellos legados a los fideicomisos de herencia; los que, fáciles de constituir, habían reemplazado a los primeros en el campo de los hechos (2).

En todo caso, como lo advierte Girard, aunque al fin de la época Imperial se atenuaron las diferencias entre heredero instituido y fideicomisario de herencia, tales diferencias no desaparecieron (3). Aun entonces el fiduciario tenía derecho de retener la cuarta parte del patrimonio y estaba obligado a aceptar la herencia. El concepto tan estricto de los romanos en punto de sucesión testamentaria, el que se debió al carácter contractual que prístinamente se atribuyó al testamento y a que los *sacra privata* eran componentes de la herencia, trajo como consecuencia que el fideicomisario fuera tenido no más que como asignatario a título particular y, por lo tanto, que careciera de la acción *di-*

(1) *Ibidem*, 5.

(2) Accarias, *Précis de Droit romain*, tomo II, págs. 1.067 a 1.070, 4.^a edición.

(3) *Manuel élémentaire de Droit romain*, pág. 986, 7.^a edición.

recta hereditatis petitio, perteneciente únicamente al heredero, al sucesor universal.

5. Dado que el fideicomiso de herencia, en el sistema romano, era esencialmente carga impuesta al heredero y, para el fideicomisario, adquisición a título particular, explícase que la muerte del fiduciario de herencia—quien, como queda dicho, había de ser el heredero—, su renuncia y, en fin, cualquier hecho que impidiese la delación de la herencia testamentaria, determinase la caducidad de la súplica, orden o asignación fideicomisaria como consecuencia de la caducidad de la institución del fiduciario o, en términos más precisos, de la del testamento mismo; el que dependía de la institución de heredero en grado tal, que cuando ésta, por cualquier causa, no producía sus efectos, dejaba por entero insubsistentes las disposiciones contenidas en aquél: *Si nemo subit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur* (1).

No he de callar en este paso que según expositores tan autorizados como Girard, aun dadas estas circunstancias, los romanos *llegaron a reputar la restitución como realizada* (y, observo, a dar al fideicomisario las acciones útiles que de la suposición se desprendían), *en los casos en que no podía llevarse a efecto la restitución por muerte del fiduciario antes de su aceptación o antes de la del mismo constituyente*; con lo cual facilitaron que tuviesen cumplimiento las disposiciones del testador (2).

(1) Paulo, Digesto, Lib. L, Tit. XVII, *De diversis regulis iuris antiqui*, 181.

(2) Girard, obra citada, página 985, nota 2; en que el autor cita, en apoyo de su tesis, los textos que hallará el lector en seguida:

Marcianus, Digesto, Lib. XXVIII, I, Tit. I, *De testamento militis*, 14: *Tractabatur, an tale aliquid et in paganorum testamentis indulgendum esset: et placet non sine distinctione hoc fieri, sed, si quidem vivo testatore et sciente decessissent, nihil novi sta-*

6. Lo expuesto hasta aquí se aplicaba no sólo al fideicomiso de herencia o de cuota herencial a cargo del heredero, sino también al de cosa singular con que al mismo se gravara; sólo que puede sostenerse con fundamento, por lo relativo al último, que por lo menos hasta que no se fusionaron los legados y los fideicomisos, el heredero que debía pagarlo carecía del derecho de retener la cuarta falcidia, que tenía tratándose de todo legado (1). Cuanto al fideicomiso a cargo de legatario o de fideicomisario de primer grado, basta agregar que, dependiendo este fideicomiso del legado o del fideicomiso de primer grado, no se operaba la restitución, ni adquiriría nada el fideicomisario, si a su vez al legatario o al fideicomisario de primer grado no se había transmitido cosa, *partitio* o cuota herencial fideicomisaria; y que, a diferencia del fideicomisario hereditario de primer grado, el de cosa singular o de *partitio* con que se había gravado a legatario, así como el de cosa o de cuota herencial que debía satisfacer el fideicomisario de primer grado, carecía de acción para obligar, al legatario o al fiduciario de segundo grado, a aceptar el legado o el fideicomiso, puesto que la repudiación de uno u otro, no hacía que se tuviese al difunto como intestado; bien que podía el fideicomisario exigir al fiduciario que repudiaba, que le cediera su acción contra el heredero (2). Ni se reputaba la restitución efectuada si el legatario o fideicomisario de primer grado había muerto al tiempo de la *diei cessio*.

tuum, si autem ignorante aut post mortem eius, omnimodo subveniendum.

Justiniano, Código, 6, 49, *Ad Senatus Consultum Trebellianum*, 7: *Sancimus itaque, ut, sive per contumaciam afuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte praeventus nullo relicto successore fieri, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure utiles actiones transferantur.*

(1) V. Accarias, obra citada, pág. 1.123.

(2) Papiniano, Digesto, 31, *De legatis et fideicommissis*, 70.

Los antiguos sistemas franceses.—7. En el régimen de las Ordenanzas, las cuales siguieron el sistema romano sobre la necesidad de la institución de heredero para la existencia del testamento y sobre la naturaleza del fideicomiso de herencia, llegábase a la misma conclusión que en la época clásica del Derecho Romano cuando el heredero instituido fallecía antes que el testador. En las regiones que se gobernaban por el sistema consuetudinario de origen godo (*Coutumes*), no sucedía lo propio, puesto que allí no había institución de heredero—hasta el punto que llegó a tenerse como principio la frase de Glanville: *Solus Deus heredem facere potest, non homo*—: el único heredero que se reconocía era el legítimo, el indicado por la sangre (1). Este, definitivamente gravado con el fideicomiso, no podía faltar.

En su obra clásica sobre la materia (2), Pothier declara la diferencia entre el sistema romano, seguido por las Ordenanzas, y el de las Costumbres, con estas palabras:

Les substitutions testamentaires peuvent recevoir atteinte de la part de l'héritier en un seul cas, et dans les pays de droit écrit seulement: c'est par la caducité de l'institution d'héritier, qui arrive par le prédécès de l'héritier institué; car, si, lors de la mort du testateur, il ne reste aucun des héritiers qu'il a institués, soit dans le premier degré, soit dans les degrés ultérieurs, ce défaut d'héritier entraîne la ruine du testament, selon les principes du droit romain, et, par conséquent, de toutes les substitutions, soit universelles, soit particulières, qui y seraient contenues: cela est confirmé par l'Ordonnance, art. 26.

Dans nos pays coutumiers, où nous n'avons pas d'institution d'héritier d'où dépendent nos testaments, et nos tes-

(1) Pothier, *Traité des donations testamentaires*, cap. II, Sec. 1, § 1.

(2) *Traité des substitutions*, Sec. VII, art. 1, § 11.

tamens n'étant proprement que des codicilles ab intestat, et n'ayant d'autres héritiers que ceux qui sont appelés par la loi, il est évident que les substitutions testamentaires, soit universelles, soit particulières, ne peuvent jamais recevoir d'atteinte, soit de la part de l'héritier, soit de la part des légataires universels qui en sont grevés; car, soit que l'héritier, ou légataire, ou donataire universel ou particulier, qui a été grevé de la substitution nouvelle ou particulière, prédécède, soit qu'il répudie la succession, son legs ou son don universel; ceux qui recueilleront les biens à leur défaut, ou en leur place, ou même la succession vacante, seront tenus des substitutions: Arrêt du 26 février 1715, au tome VI du Journal; Arrêt du 9 février 1718, au tome VIII du Journal. Au reste, ils n'en sont tenus que sous les mêmes conditions qui ont été apposées à la substitution. Par exemple: si un légataire universel a été chargé de restituer, après son décès, à quelqu'un, les biens qui lui ont été légués, et que ce légataire universel répudie son legs, l'héritier ab intestat, par-devers qui demeurent les biens légués, ne sera tenu de la substitution, que sous la condition de la mort de ce légataire universel, qui a été apposée à la substitution.

Nótese, en fin, que así en el uno como en el otro de los antiguos sistemas franceses, aun el fideicomiso de herencia conservó su carácter de carga: pesaba sobre el heredero o el legatario universal, según los casos, como el fideicomiso de cosa singular.

El sistema de las Siete Partidas.—8. Las Siete Partidas siguieron del todo el sistema romano, aunque llamando el fideicomiso de herencia «sustitución fideicomisaria», sin serlo. Despréndese que no se hizo en la materia sino acoger la institución romana de la Ley XIV, Tit. V, Part. VI, cuyos términos siguen:

Fideicommissaria substitutio en latin, tanto quiere dezir en romance, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro; assi como si dixesse el fazedor del testamento:

Establezco por mio heredero a fulano, e ruegole, o quiero, o mando, que esta mi herencia, que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, e que despues que la de, e entregue a fulano. E tal establecimiento como este puede fazer todo ome a cada uno de! Pueblo, solo que non le sea defendido por algunas leyes de este nuestro libro. Pero dezimos que este que es rogado, e establecido en esta manera, que deue dar, e entregar la herencia al otro, assi como el testador mando; sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin, Trebellianica. E si este que assi fuesse establecido por heredero, non quisiesse rescebir la heredad. o despues que la ouiere rescebido, non la quisiere entregar al otro, puedele apremiar el Judgador del logar, que lo faga.

Esa ley, traslado en castellano de partes del capítulo de las Institutas de Justiniano llamado *De fideicommissariis hereditatibus*, en realidad no concierne, a pesar de hallarse colocada en el tratado de las sustituciones, a régimen de sustitución propiamente dicho, porque el fideicomisario es, con arreglo a ella, mero sucesor a título particular. Más aún: como en el Derecho Romano, por las Siete Partidas se estableció la sustitución pupilar; institución que habría sido del todo inútil en la legislación española si se hubiese admitido en ella que el fideicomiso de herencia no fuese como en el sistema pretoriano, sino sustitución universal.

Ahora pues: sin dificultad se comprende que, así como antes en Roma, según el sistema de las Siete Partidas, la no delación de la herencia o legado al fiduciario implicase la caducidad, bien de la allí mal llamada sustitución fideicomisaria, o bien del fideicomiso de cosa singular, a consecuencia de la del testamento en el primer caso, pues también las Partidas exigieron la institución de heredero y la adición de la herencia por éste para la eficacia de todo testamento, y de resultas de no deferirse el legado, en el segundo.

9. Sin embargo, el rigor de los principios hubo de suavizarse y éstos mismos hubieron de modificarse: más tarde, por la célebre Ley única del Tit. XVIII del Ordenamiento de Alcalá, en indicándose las formalidades del testamento nuevo, se estatuyó lo siguiente:

Et el testamento sea valedero en las demandas, è en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non haya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, è costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador non ficiera testamento; è cumplase el testamento. Et si ficiere heredero el testador, è el heredero non quisiere la heredad, vale el testamento en las mandas, è en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare à otro en su postrimera voluntad, heredad, ò manda, ò mandare que la den, ò que la aya otro, è aquel primer à quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, ò otros que la puedan tomar, è aver (1).

Por donde se infiere que la no delación de la herencia o legado al fiduciario no siguió determinando, desde la expedición de la transcrita ley, la caducidad de la asignación hecha al fideicomisario, porque en tal hipótesis la carga pesaba sobre los herederos, legítimos

(1) Rec. de Castilla, Lib. V, Tit. IV, Ley 1.^a; Nov. Rec. Lib. X, Tit. XVIII, Ley 1. La redacción de la última es así:

Y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento; y cumplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa, para que la dé á otro alguno á quien substituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia ó el legado, el substituto o substitutos lo pueden haber todo.

o testamentarios, cuándo por ser ellos los obligados a la restitución, cuándo por sustituir el fideicomisario al legatario que no había llegado a serlo: ya el testamento no caducaba por falta de adición de la herencia, y hasta se podía prescindir de la institución de heredero, que antes había sido *caput et fundamentum totius testamenti*, como dice Gayo en sus Institutas (1) y como lo repite Justiniano en las suyas (2).

SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL.—10—En materia de fideicomisos, el sistema concebido por Bello es original, y difiere del establecido en países europeos, dónde más, dónde menos, en poderse constituir por acto entre vivos fideicomiso en cosa singular y por acto testamentario en cosa universal o singular (3), en depender la restitución únicamente del cumplimiento de

(1) II, 229.

(2) II, XX, *De legatis*, 34.

(3) Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria, se llama fideicomiso.

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución (C. C. art. 794).

Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro (C. C., art. 796).

No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o mas cuerpos ciertos (C. C., art. 795).

alguna condición (1) y en otros puntos. Por obviar a un mismo tiempo los inconvenientes de proscribirse los fideicomisos en absoluto y los de permitirse las vinculaciones y estancamientos a que el antiguo sistema europeo era ocasionado, están prohibidos los fideicomisos sucesivos (2) y limitado a treinta años el plazo en que ha de cumplirse la condición no consistente en la muerte del fiduciario (3). Esto aparte, conforme a nuestra institución hay, en punto de fideicomisos testamentarios, verdadera sustitución del fideicomisario al fiduciario, como adelante veremos, a diferencia de lo que sucede en legislaciones modernas, entre otras la suiza y la española, donde, conservándose el concepto de ser el fideicomiso de herencia carga testamentaria, se provee a la eficacia de los derechos del fideicomisario sobre

(1) Exprésanlo, a más del 794, los artículos del Código Civil que se transcriben a continuación:

1223. *Sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.*

La sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el Título «De la propiedad fiduciaria» (que comprende los artículos 793 a 822).

801. *Las disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título «De las asignaciones testamentarias», capítulo 3.º, no constituyen fideicomiso.*

Y lo repite el artículo 800 del propio código, copiado en nota posterior.

(2) *Se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.*

Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros (C. C., art. 805).

(3) *Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.*

Estos treinta años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria (C. C., artículo 800).

aquella base. Por el contrario, en Alemania ocurre verdadera sustitución fideicomisaria en la herencia o cuota hereditaria en virtud de cumplimiento de condición o de vencimiento de plazo, que ha de ser, salvo en ciertos casos, en el lapso de treinta años; pero el sustituto no hereda sino cuando la herencia o cuota se ha deferido al otro heredero, según se colige del artículo 2100 del Código Civil que allí rige desde el año de 1900 (1). En Francia, donde apenas se permiten las en francés llamadas *substitutions* en favor de los hijos del fiduciario en cuanto las hacen los padres de éste o sus hermanos que carecen de hijos, se discute si, tratándose de la testamentaria, el fenómeno es el de sustitución propiamente dicha o el de carga sobre el heredero o legatario universal que vale a título de legado; mas todos los tratadistas del asunto están de acuerdo, últimamente, en que la asignación hecha al fideicomisario no caduca por premoriencia del fiduciario (2).

(1) De la Grasserie (*Collection de codes étrangers*, tomo XIX) lo vierte al francés en estos vocablos: *Le testateur peut instituer un héritier de telle manière qu'il ne devienne héritier que si un autre l'est devenu d'abord*, y anota:

Suivant les droits prussien, bavaurois, saxon et autrichien, le substitué, lorsque s'ouvre son droit, succédant directement, au de cujus, son droit ne dépendait que de l'addition d'hérédité par le grevé. Ce dernier système a été admis par le Code allemand. . . . La règle semel heres semper heres se trouve ainsi mis de côté. Il faut qu'il y ait deux héritiers successifs et que le droit ait reposé un instant de raison sur la tête du premier héritier, le fiduciaire, mais il n'est pas nécessaire que l'ordre successoral se trouve modifié.

Si le substitué survit au de cujus, mais non à l'événement de la condition, ses droits n'en passent pas moins à ses héritiers, contrairement à ce que décidait notre droit coutumier.

(2) Planiol & Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo III, n. 3329; Colin & Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tomo III, pág. 971; Aubry & Rau, *Cours de droit civil fran-*

11. Con arreglo a nuestro sistema, el fideicomisario de herencia no es asignatario a título particular a quien compete naturalmente acción personal contra el fiduciario, sino heredero, aunque sustituto y condicional; y el fideicomisario de cosa singular es legatario que al cumplimiento de la condición adquiere la propiedad de la cosa constituida en propiedad fiduciaria, si lo ha sido a la sazón, o que, por ser todo legado causante de obligaciones del heredero, sustituye al fiduciario en su acción contra éste, si no se ha hecho entonces el pago. Tales conclusiones se derivan rectamente de los principios fundamentales de nuestro régimen sucesorio, por una parte, y, por otra, de los que regulan los fideicomisos y la constitución de ellos por acto testamentario.

Con efecto: los artículos 1008, 1011, 1155 y 1162 del Código Civil establecen de manera clara, neta, precisa que sólo se sucede al difunto a título universal o singular; que el título es universal cuando se le sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles o en cuota de ellos; que el título es singular cuando se le sucede en una o más especies o cuerpos ciertos o en alguna o más especies indeterminadas de cierto género; que los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabra que se les llame, son herederos; y que los asignatarios a título singular son legatarios. De suerte que, refiriéndose el fideicomiso de herencia a la universalidad de los bienes y el de cosa singular a especie determinada, según el artículo 795 del Código, el fideicomisario de herencia es heredero y el fideicomisario de cosa singular es legatario, aun tra-

çais, tomo XI, § 696, nota 86; Huc, *Comentaire théorique y pratique du Code Civil*, tomo VI, número 408; Baudry-Lacantinerie & Colin, *Des donation set des testaments*, tomo II, números 3398 y sig.; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, tomo III, números 1891 y sig., etc.

tándose de fideicomisos de residuo. Que lo entendió así el encumbrado autor del código chileno y colombiano, se comprueba también con lo que reza la nota explicativa que puso él mismo al pie del artículo 1 del título 1 del primer proyecto; artículo en que se concretó, rechazando la institución ya inútil del legado universal que se contenía en legislaciones anteriores, el principio que sirvió de base a todo el sistema: el de que la sucesión por causa de muerte es a título universal o de legado singular. Textualmente dice aquella nota: *el fideicomiso de herencia universal o de cuota se reduce a la herencia, y el fideicomiso singular, al legado.*

Pero ha de considerarse también que ni el fideicomisario se hace legatario o heredero ni ocupa el lugar del fiduciario sino a virtud de cumplimiento de condición impuesta por el testador, como tengo dicho. Dado esto, conviene precisar aquí, por declarar el punto, la naturaleza de la condición que semejantes efectos produce.

Ni por lo relativo a sustituciones fideicomisarias ni en lo atinente a fideicomisos hechos entre vivos se ve, mirado el fondo del asunto, condición resolutoria del derecho del fiduciario que lo sea suspensiva respecto del fideicomisario; ya que, de acuerdo con nuestro Código Civil, los efectos de la condición suspensiva y los de la resolutoria se producen retroactivamente, al paso que, cumplida la condición fiduciaria, se reputa que al fideicomisario pasan los derechos del fiduciario tocantes con lo asignado; y así, la *condición fiduciaria*, que también podría llamarse con propiedad *condición sustituyente* (1), forma tipo especial de fenómeno jurídico.

(1) La frase *condición subrogante* no denotaría el asunto con claridad: el verbo *subrogar* tiene significado propio y preciso en el lenguaje forense, y deben evitarse anfibologías al formar palabras o locuciones. Al adjetivo *substitutivo* también corresponde acepción especial en la lengua.

He ahí las más notables diferencias entre la institución nuestra y la romana: los jurisconsultos del Lacio no admitieron otra modalidad, en punto de asignación testamentaria, que la que hoy denominamos *condición suspensiva* y que designaron ellos con el nombre de *conditio*, cuyo efecto era deferir, según el caso, la delación de la herencia o de la *diei cessio* hasta que la condición no se cumpliese o no hubiese plena seguridad de que jamás se cumpliría; y sentaron el principio, nunca por ellos variado ni contradicho, *semel heres semper heres*. Permitiendo y regulando los fideicomisos, nuestro Código Civil se apartó de esta regla tradicional, y estableció la condición en virtud de la cual lo constituido en fideicomiso se transiere del fiduciario al fideicomisario; pero no rechazó en absoluto el principio *semel heres semper heres*, que no tiene cabida en la flamante legislación alemana, porque, obrando con falta de lógica, prohibió las sustituciones fideicomisarias *a plazo*, admitidas por el Código civil germano; por lo cual declaró no constituirse fideicomiso por disposiciones *a día* no equivalentes a condición; conferir las asignaciones *a plazos* o *días* derecho a la herencia o legado, con las facultades de enajenarlo y de transmitirlo por acto testamentario, pero no el de reclamarlo antes de la llegada del día; y el entrañar la asignación *hasta día cierto*, mero usufructo en favor del asignatario.

SOLUCIÓN DEL PUNTO EN CONFORMIDAD CON NUESTRA LEGISLACIÓN—12. Queda, pues, en lo anterior asentado:

a) Que para la constitución de fideicomiso por acto testamentario precisa que, a tenor del testamento, la restitución se subordine al cumplimiento de alguna condición.

b) Que no hay restitución de la herencia o legado, cual en materia de fideicomiso en cosa singular establecido por acto entre vivos, sino en virtud del cumplimiento de la condición que se haya fijado en el testamento.

c) Que el fideicomisario es, según se trate de herencia o de legado, heredero o legatario sustituto cuyos derechos nacen al cumplirse la condición.

De ahí resulta que la sustitución del heredero fideicomisario al heredero fiduciario no dependa de la aceptación de la herencia por el último, por cuanto el derecho del primero tiene por causa única la asignación universal hecha en el testamento; concordemente con el cual, ese derecho está sujeto sólo al cumplimiento de la condición. Puede, por lo tanto, no aceptar el fiduciario, y puede faltar, sin que esto implique la caducidad de la asignación universal que se haya hecho al fideicomisario de herencia: lo único necesario es el cumplimiento de la condición. Por manera que, consistiendo la condición en hecho distinto de la muerte del fiduciario designado en el testamento, y no aceptando él, o faltando, o siendo incapaz o indigno, la herencia se defiere fiduciariamente, lo cual es decir, sujeta al gravamen de la restitución, a los herederos legítimos del *de cuius*, quienes dejarán de ser herederos fiduciarios al cumplirse la condición, o por mejores términos, al nacer el derecho herencial del fideicomisario, tal como lo establece de modo expreso el artículo 807 del Código Civil; a que hace referencia el 1.223 del mismo en cuanto preceptúa que la sustitución fideicomisaria se regle por lo dispuesto en el título *De la propiedad fiduciaria* y el que, como se ve por lo arriba sentado, no contiene sino consecuencia lógica de los principios generales. Y si la condición es precisamente la muerte del fiduciario, y él fallece sin haber aceptado la asignación deferida, o con antelación al deferirsele, tal

cumplimiento anticipado de la condición trae necesariamente consigo la subrogación del fideicomisario, o de quien no llegó a serlo, al fiduciario premuerto. En caso tal, la sustitución ha de reputarse vulgar; porque no hay propiamente fideicomiso alguno, ya que todo fideicomiso requiere, como lo apunto en su lugar (N.º 1), que la materia del fideicomiso pase de manos del fiduciario a las del fideicomisario. De que el fenómeno es el de la sustitución vulgar no hay duda porque, no existiendo en nuestro derecho más sustituciones que la vulgar y la fideicomisaria, y estando la segunda descartada, se realiza sustitución del fiduciario por el fideicomisario. La *sustitución vulgar* acontece, a tenor del Código, cuando *se ha nombrado asignatario que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferirsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual.*

Colígease también de lo expuesto que aun cuando al fiduciario de cosa singular, legatario, no se haya deferido el legado, empieza el derecho del fideicomisario con relación a lo legado al efectuarse la condición, si su cumplimiento es posteriormente al morir el testador, o al abrirse la sucesión, si a la sazón se ha cumplido: ocurrirá sustitución vulgar, que así tiene cabida en materia de asignaciones a título singular como en punto de asignaciones a título universal, cuando, siendo condición la muerte del legatario de primer grado, él haya fallecido sin haber aceptado el legado fiduciario, y en general cuando la condición se haya cumplido con anterioridad a la aceptación del fideicomiso por el legatario encargado de la restitución; y nacerá igualmente acción directa del legatario fideicomisario contra el heredero para que le haga tradición de la cosa legada, pero no en razón de sustitución vulgar sino de sustitución fideicomisaria, siempre que, aceptado el legado por el legatario fiduciario, se cumpla la condi-

ción antes de que se haya constituido la propiedad fiduciaria,

13. Así, los principios consignados en los artículos 1.008, 1.011, 1.155 y 1.162 del Código Civil llevan a solución más amplia que las dadas con arreglo a las Costumbres francesas y a la Recopilación de Castilla y que la admitida en legislaciones modernas; mas por razones diferentes que se fundan en las peculiaridades de nuestro sencillo y cómodo sistema.

14. El artículo 807 contiene aplicación de dichos principios generales y refuerza las conclusiones apuntadas; que confirman, si confirmación cabe, los antecedentes del mismo.

Con efecto: en el primer proyecto de Código Civil (compuesto entre 1841 y 1845), en el capítulo llamado *De las asignaciones fiduciarias*, existió un artículo, el marcado con el número 31, cuyo primer inciso expresaba:

Si el asignatario directo hasta cierto día o hasta el evento de una condición, fallece antes del día o antes del evento de la condición, trasmite a sus herederos la asignación directa de que goza o que a lo menos se le ha deferido.

Ese artículo fue reemplazado en el segundo proyecto por el 128 del parágrafo *De las asignaciones fiduciarias eventuales*, que decía:

Falleciendo el fiduciario, y quedando todavía pendiente alguna condición impuesta para la restitución del objeto, pasará la propiedad fiduciaria a la persona designada, para este caso por el testador; y si el testador no hubiere designado para este caso ninguna persona, pasará a los herederos del fiduciario, los cuales poseerán fiduciariamente el objeto en los mismos términos y con los mismos derechos y obligaciones que su antecesor.

En uno y en otro proyecto se llamaba *sustitución* únicamente la vulgar; mas en el tercero (que salió a luz en 1853) fueron comprendidas la vulgar y la fidei-

comisaria en el capítulo *De las sustituciones*, en uno de cuyos textos se lee:

Art. 1.323. La sustitución fideicomisaria comprende la vulgar; por consiguiente, si fallece el fiduciario antes que el testador, y la restitución del fideicomiso pende sólo de la muerte del fiduciario, será llamado a la propiedad el fideicomisario inmediatamente y sin cargo de restitución.

El artículo que acaba de transcribirse reemplazó en el tercer proyecto el 128 del parágrafo *De las asignaciones fiduciarias eventuales* del segundo proyecto, asunto copiado.

Ahora pues: evidencia todo ello que en la mente del autor del Código estuvo siempre el pensamiento de que el cumplimiento de la condición consistente en la muerte del fiduciario, efectuado antes del fallecimiento del testador, producía la delación de la herencia, al tiempo de la apertura de la sucesión, al instituido fideicomisario y que no había llegado a serlo, quien venía de tal modo a sustituir al heredero fiduciario; y prueba que para ese gran arquitecto de monumentos jurídicos, el nacimiento del derecho del fideicomisario dependía sólo del cumplimiento de la condición, por cuanto el concepto aquél, netamente consignado en el artículo 1.323 del tercer proyecto, no era sino consecuencia necesaria dentro del nuevo y original sistema.

Y si tal artículo no quedó, en la forma últimamente propuesta, en el proyecto definitivo (llamado comúnmente *Proyecto inédito* por haberlo estado algún tiempo), se debió menos al no requerirse que al ser reemplazado por texto igualmente ajustado al nuevo mecanismo pero más general, más comprensivo, más rico en substancia y mejor concebido, que vino a constituir el resultado de aquella gestación: el 897 del *Proyecto inédito*. Ese artículo, idéntico al 807 de nuestro código, e idéntico también al 748 del código chileno, está redactado en los términos que saco en seguida:

Quando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa, el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (1).

Por donde se ve:

1.º Que, consistiendo la condición en hecho distinto del fallecimiento del fiduciario, y no aceptando él, o siendo incapaz o indigno, la asignación se defiere fiduciariamente a los herederos legítimos del testador: exprésalo, repito, el artículo 807.

2.º Que si esa misma condición se cumple luego que la asignación se haya deferido fiduciariamente a los herederos legítimos, se realiza sustitución fideicomisaria, como si la asignación se hubiese deferido al fiduciario nombrado en el testamento: lo cual, manifestado en el propio texto de modo implícito, se sigue de lo anotado en el párrafo precedente.

3.º Que, siendo condición el hecho de la muerte del fiduciario designado en el testamento, y falleciendo él sin haber aceptado la asignación deferida, o antes del testador, la asignación se defiere al fideicomisario: pues hay razón para que, no siendo condición la muerte del fiduciario, el fideicomisario adquiera lo asignado, aun cuando haya faltado el fiduciario, al cumplimiento de la condición pendiente a la muerte del testador, la propia razón determina que lo haya, y lo propio pasa, en cuanto sea condición la muerte del fiduciario y éste haya fallecido al abrirse la sucesión.

4.º Que esto mismo sucede cuando quiera que la condición se haya cumplido después de otorgado el testamento y con anterioridad al fallecimiento del testador.

(1) Los proyectos del Código Civil para Chile pueden consultarse fácilmente en la colección llamada *Obras completas de don Andrés Bello*, mandada imprimir por el Congreso chileno (Edición de 1888).

Nada se opone a ello. Por el contrario, lo requieren la correspondencia y armonía que debe haber entre los miembros arquitectónicos de un mismo edificio.

15. Además, así ha de ser, como paso a demostrarlo, presupuesto el tener toda asignación fideicomisaria, según nuestro sistema, naturaleza condicional.

Por lo concerniente a las asignaciones testamentarias, tiene la *condición sustituyente* o *fiduciaria* de común con la *suspensiva*, según lo visto, el atañer a hecho futuro e incierto de cuya ejecución o falta depende el cumplimiento de la disposición, y consiguientemente a las asignaciones sujetas a la primera son aplicables por analogía, supuesto que lo contrario no está prescrito, las disposiciones de los artículos 1.129 y 1.130 del Código Civil, en las cuales se advierte que, a menos que rece otra cosa el testamento, lo presente, pasado o futuro del hecho incierto, en punto de asignaciones bajo condición suspensiva, se entiende respectivamente al tiempo de testar; que si consiste la condición positiva en hecho presente o pasado y el hecho al tiempo de testar ha sucedido, se mira la condición como no escrita (1), y si no se ha verificado ni entonces ocurre, no vale la disposición (2); que si la condición positiva se impone como para tiempo futuro y hace relación a hecho acontecido al ser otorgado el testamento, se presume que el testador exige su repetición en tanto que lo haya él sabido a la sazón y pueda el hecho sobrevenir de nuevo; que se mira la propia condición positiva como cumplida en caso de que el testador lo haya sabido a la sazón y el hecho sea de los cuya reiteración es imposible; que se tiene la misma condición como cumplida, sea o no el hecho de los que pueden

(1) Significa esto, por lo atañadero a fideicomisos, que se tiene al fideicomisario en tal caso como asignatario directo.

(2) La en favor del fideicomisario, si de ella se trata.

efectuarse varias veces, cuando el testador, a la época del testamento, no haya tenido noticia de su ejecución; y que, por lo que hace a condición negativa, son las cosas al contrario (1).

Echase de ver, por último, que semejantes conclusiones resultan ineludibles, porque no puede tenerse por fallida la condición, sea *resolutoria* o *suspensiva* o *sustituyente*, que se efectúa durante la vida del testador o ya ulteriormente a sus días, en cuanto sea dentro del término legal: él sólo exige que la condición se cumpla, y se le da lo mismo, cuando dispone de sus bienes, que se cumpla durante su vida o después de su muerte.

16. De tal manera, nuestro Código, anticipándoseles, fue más lejos que los legisladores del Rhin; quienes, con no haber pecado contra la lógica en ese particular, ni aun conformándose con el concepto clásico en virtud del cual los efectos del cumplimiento de la condición se producen siempre de modo retroactivo (2), se que-

(1) *La condición que consiste en un hecho presente o pasado no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, no vale la disposición.*

Lo pasado, presente y futuro se entenderá con relación al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa. C. C., art. 1.129).

Si la condición que se impone como para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador, y el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición; si el testador a tiempo de testar lo supo, y el hecho es de aquellos cuya repetición es imposible, se mirará la condición como cumplida; y si el testador no lo supo, se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho. C. C., art. 1.130).

(2) *En droit français, les conditions suspensives et celles résolutoires rétroagissent toujours; d'après le Code allemand, en principe la condition ne rétroagit pas. Mais cette rétroactivité peut être convenue.* Tal dice De la Grasserie comentando los artículos 158 y siguientes del Código germano.

daron en la mitad del camino, como que sentaron el requerirse la preadquisición del fiduciario en orden a la efectividad de la asignación en favor del fideicomisario. La cual exigieron sin proponerse ningún objeto; sin motivo doctrinal como el que tuvieron los romanos para ello, ni aun alguno menos poderoso; contrariando tendencias que se manifestaron en el Lacio durante la época imperial; y desconociendo algo no escrito en códigos pero que de ordinario se nota en la vida: el testador designa sustituto, vulgar o fideicomisario, cuando prefiere que, dadas ciertas circunstancias, lleve la asignación el fideicomisario a que, realizadas, la reciban sus herederos legítimos. Mas no cabe duda, relativamente a nuestra institución, en que más acertado que lo hecho habría sido, pues Bello desatendió la regla del Derecho clásico *semel heres semper heres* en materia de sustituciones fideicomisarias, no seguir este principio en nada, y dejar constituirlas por testamento, cual en Alemania, mediante asignaciones *a día*: no más razón hay, en lo que a las asignaciones testamentarias respecta, para permitir la *condición sustituyente* que para tolerar el *plazo fiduciario*; cuanto más que ¡lo último conviene a la mayor circulación de la riqueza. Puede afirmarse lo propio hasta con relación a los fideicomisos *entre vivos*.