

ORIGEN HISTÓRICO DE UNA DE LAS FIGURAS MÁS IMPORTANTES DEL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL EN LA ACTUALIDAD: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

THE HISTORICAL ORIGIN OF ONE OF TODAY'S MOST IMPORTANT ISSUES IN SPANISH SUCCESSION LAW: THE TRUST-SHIP ESTATE

Pedro Ignacio Botello Hermosa

Profesor del Centro San Isidoro, Centro Adscrito a la Universidad Pablo de Olavide.

Resumen: Debido a su condición bimilenaria, la sustitución fideicomisaria podría considerarse una institución anticuada y caduca. ¡Nada más lejos de la realidad! Al referirnos a ella, hacemos referencia a una institución que ha perdurado en nuestro Ordenamiento desde el Derecho Romano, hasta nuestros días, siendo además considerada en la actualidad como una de las más importantes figuras jurídicas del Derecho Sucesorio español. Pero, ¿cuál ha sido el íter histórico de la figura?

Palabras claves: Sustitución fideicomisaria. Origen histórico. Importancia actual.

Abstract: Due to its bi-millennial condition, the trust-ship estate could be considered an old an outdated institution. Nothing further than the truth! By referring it, we refer to an institution that has endured in our legal system since Roman Law till our time, being also considered at the present time, one of the most important legal figures of Spanish Succession Law. But, what was the historical íter of this figure?

Keywords: The trust-ship estate. Historical origin. Actual importance.

Sumario: 1 Introducción – 2 Derecho Romano – 3 Edad media – 4 Crisis de la institución

1 Introducción

El presente artículo tiene como finalidad acercar al lector la que, bajo mi punto de vista, es hoy en día, con sus luces y sus sombras, una de las figuras jurídicas de mayor relevancia dentro del ámbito del Derecho Sucesorio Español: la sustitución fideicomisaria.

El origen de la institución se encuentra en la época Romana, apareciendo concretamente en el siglo I de nuestra era, pasando por el Código de las Partidas,

hasta la Novísima Recopilación, así como por las Leyes Desvinculadoras y por diferentes Proyectos de Códigos Civiles, hasta la promulgación de nuestro definitivo Código Civil¹ de 1.889.

Precisamente, la inclusión de la sustitución fideicomisaria en nuestro C.c. desde su promulgación, refleja la importancia otorgada por el legislador español a la institución ya desde la época codificadora, dado que por aquél entonces, la corriente europea le achacaba a la sustitución fideicomisaria tintes de figura inmovilizadora de bienes y riquezas, tal y como había sucedido en la época feudal, lo cual se tradujo en la erradicación de la institución del Ordenamiento jurídico de Francia, Italia y Portugal, entre otros, pero no en el de España.

Pero fue en el año 2.003, a raíz de la promulgación de la Ley 41/2003,² de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPD), cuando la sustitución fideicomisaria resurgió hasta convertirse en lo que es actualmente, una institución jurídica de imprescindible conocimiento dentro de nuestro Derecho Sucesorio.

Y es que, debido a la apuesta decidida del legislador español del 2.003 por la sustitución fideicomisaria como instrumento jurídico de protección patrimonial de las personas incapacitadas judicialmente, se otorga a la institución un papel de enorme peso y trascendencia jurídica dentro de nuestro Ordenamiento. Tanto es así, que fue elegida como la institución a través de la cual vulnerar por primera vez el principio histórico y sagrado de la intangibilidad de la legítima.³

De hecho, a través del nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria en la LPPD, cualquier padre o ascendiente español con un hijo o descendiente con la capacidad modificada judicialmente (antiguamente, incapacitado), podrá establecer sobre todo el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria, en la que fiduciario será la persona con la capacidad modificada judicialmente, y fideicomisario el resto de herederos forzosos, los cuales, a través de esta institución, verán gravada su legítima estricta, como mínimo, temporalmente, lo cual atenta contra el principio sagrado del Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima.

Del mismo modo, podemos afirmar que a partir de entonces, desde la entrada en vigor de la LPPD, en España existe una diferente libertad de testar entre los testadores que no tengan hijos o descendientes incapacitados, y aquellos que sí

¹ En adelante, C.c., y que fue publicado en GACETA de 25 de Julio de 1889.

² Publicada en el B.O.E. núm. 277, de 19 noviembre de 2003.

³ Principio que prohíbe al testador la opción de disponer *mortis causa* libremente de todos sus bienes, ya que uno de los tres tercios que conforman la herencia en España será obligatoriamente para los hijos o descendientes del testador, sin posibilidad de que éste decida.

los tengan, ya que son estos últimos testadores los únicos que podrán gravar el tercio de legítima estricta estableciendo una sustitución fideicomisaria a favor de sus hijos o descendientes incapacitados, motivos todos ellos que convierten a la sustitución fideicomisaria en una figura de imprescindible conocimiento para el operador jurídico.

Pero, ¿cuál es el origen histórico de esta figura tan importante? Vayamos por partes.

2 Derecho Romano

2.1 El fideicomiso romano

La génesis de la institución que centra nuestro artículo se encuentra en la figura de origen romano llamada fideicomiso, término derivado del latín *fideicommissum*, compuesto por las palabras *fides*, fe, y *commisum*, confiado.

Según ULPiano, en sus reglas iuris, 25, 1, fideicomiso es lo dejado, no con las palabras que determina el *ius civile*, sino rogando, y de ahí que no tenga su origen en el propio rigor del *ius civile*, sino que fuese dado por voluntad del que lo deja.

Es decir, se consideraba el fideicomiso como el encargo mediante el cual una persona encomendaba a la lealtad y conciencia de otra el cumplimiento, a la muerte del primero, de una serie de disposiciones patrimoniales a favor de un tercero, surgiendo, pues, como un simple ruego aislado totalmente del rigor del Derecho Civil, pero apoyado en la *fides*⁴ o confianza, que era uno de los rasgos esenciales del carácter nacional de la época, llegando, incluso, a entenderse en Roma que los actos en los que interviniese la *fides* estaban dotados de una cierta eficacia jurídica, siendo condenado como indigno e infame el que faltase a ella.

Mediaban, pues, tres personas en toda relación fideicomisaria: la que lo constituye, conocido como fideicomitente; la que debe cumplirlo, el fiduciario; y la que debe recibir los bienes, el fideicomisario.

El objeto del fideicomiso podía ser o bien todo el patrimonio del difunto (fideicomiso universal o herencia fideicomisaria), o bien una o varias cosas determinadas de dicho patrimonio (fideicomiso singular).⁵

⁴ La *Fides* en el sistema del Derecho romano era la lealtad en el cumplimiento de lo prometido, la conciencia del deber de corresponder la confianza que otro depositaba en uno, en definitiva, el respeto a la palabra, al entregarse a su lealtad como hombre honrado, siendo de una importancia tal para los romanos que aun estando el fideicomiso falto de sanción jurídica y de propia obligatoriedad, el encargo se cumplía en la gran mayoría de supuestos.

⁵ DE DIEGO, Felipe Clemente. *Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico 1.926-1.927, "El fideicomiso de eo quod supererit"*, Madrid, 1926, pág. 18.

La tesis más generalizada (con base en las fuentes) encuentra el origen del fideicomiso en las primeras exigencias de *testamentifacio pasiva* o testamentifacción pasiva (capacidad para heredar), por considerar que con anterioridad hubiera sido completamente inútil su existencia.⁶

En cuanto a la causa de su origen, la doctrina generalmente se inclina por indicar como causa justificativa el deseo de evadir las restricciones de la *testamentifacio pasiva*.

En el Derecho antiguo de Roma, bajo el régimen republicano, sólo podían recibir liberalidades *mortis causa* aquellas personas que gozaban de la *testamentifacio*. Precisamente, para proteger a las personas que carecían de *capacitas* o de idoneidad para ser heredero o legatario fue para lo que surgió en un principio el fideicomiso, es decir, para favorecer con liberalidades *mortis causa* a las personas incapacitadas por ley para recibir las.

Dentro de dichos grupos de personas incapacitadas para heredar destacaban los extranjeros o *peregrini*,⁷ los desterrados o proscritos (víctimas de las guerras civiles), así como las personas inciertas, los póstumos o municipalidades (prohibición que introdujo la *Lex Furia Testamentaria*, 191 a. C.). Igualmente carecían de *testamentifacio* las mujeres romanas en ciertos supuestos (limitaciones que introdujo la *Lex Voconia*, 167 a.C.).

En la misma línea, se promulgaron bajo el imperio de Augusto la *Lex Julia* (4 d. C.) y la *Lex Pappia Poppae* (9 d. C.), mediante las cuales se privaban de capacidad de heredar a los *caélibes* (solteros) y a los *orbi* (casados sin hijos), intentándose con ello fomentar la natalidad. Se consideraban *caélibes* los hombres de veinticinco a sesenta años y las mujeres de veinte a cincuenta no casados y sin hijos de matrimonios anteriores, cuya incapacidad desaparecía si contraían matrimonio dentro de los cien días posteriores a la apertura de la sucesión. Por *orbi* se entendían aquellos casados sin hijos vivos o concebidos, si bien su incapacidad para suceder únicamente alcanzaría a la mitad de la herencia.

COSTA⁸ considera que, precisamente para eludir el rigor del Derecho Civil de la época en cuanto a la imposibilidad de heredar por parte de todas estas personas que no gozaban de *testamentifacio*, se ideó un medio indirecto: disponer a favor de una persona capaz y rogarle en el testamento, o bien reservadamente, de palabra o por escritos privados, que restituyese la herencia o el legado a la persona incapaz que el testador le designaba.

⁶ AZNAR, Antonio Domingo. *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1.999, pág. 18.

⁷ Y eso que, desde fines de la República, los matrimonios entre romanos y extranjeros se permitían, por lo que había muchos extranjeros en Roma y muchos romanos tenían familiares *peregrini*.

⁸ COSTA, Joaquín. *Fideicomisos y Albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil Español*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1905, págs. 7 y 8.

Era una liberalidad indirecta, confiada al honor y a la buena fe del instituido y dependiente por entero de su voluntad, no de la ley; de donde vino el llamarse fideicomisos: “fideicommissa appellata sunt, quianullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur”.⁹

Que mejor ejemplo de fideicomiso que el pasaje de Cicerón¹⁰ en el que nos presenta la institución como medio para eludir la prohibición de suceder que la Ley Voconia impuso a las mujeres:

Cayo Plotio, por ejemplo, opulento ciudadano de Nursia, de la clase de los équitos, instituyó heredero a su amigo Sexto Peduceo, encargándole reservadamente que, una vez en posesión de la herencia, la transfiriese a su viuda, que estaba incapacitada por la Ley Voconia para recibirla. El encargo no constaba por escrito en ninguna parte; nadie, fuera del fiduciario, tenía noticia de él; pero Sexto Peduceo, uno de los hombres más probos del mundo, no bien el testador hubo fallecido, dio a saber a la viuda, ignorante de todo, la voluntad del difunto y le hizo entrega de todos los bienes.

Nace, por tanto, el fideicomiso con un aire extralegal, careciendo por ello de ordenación formal, puesto que se trata de un acto libre de formas que podía presentarse no sólo en testamento o codicilo,¹¹ tanto en latín como en griego, sino también de palabra.

Las expresiones más frecuentes que usaba el testador para darle forma al fideicomiso eran *rogo*, *volo*, *peto* o *fideicommitto*.

Como tal encargo de confianza a la buena fe del heredero (fiduciario) para que transmitiera los bienes a un tercero, el fideicomiso carecía de regulación legal, por lo que el cumplimiento de la voluntad del testador únicamente dependía de la fidelidad y honradez del fiduciario, careciendo, por tanto, la jurisdicción de la época de fuerza para sancionar, por ejemplo, a un fiduciario que incumpliese con lo encargado por el testador. Aun así, ello no fue impedimento para que el fideicomiso calase rápidamente en el espíritu romano, ya que, por la sencillez de su forma y lo alejado que se encontraba del severo y estricto Derecho Civil de la época, se amoldaba perfectamente a cualquier deseo del testador.

⁹ Instituciones de Justiniano, Libro II, Título 23, Párrafo 1.

¹⁰ De finibus, Libro II, Párrafos 17 y 18.

¹¹ Los codicilos eran tablas pequeñas a modo de cartas o esquelas de que se servían los romanos para escribir anotaciones de poca importancia o para comunicarse con los amigos, y en su aplicación mortis causa eran el medio por el que los ciudadanos encargaban a sus herederos o legatarios, o a sus amigos, alguna cosa que quisieran que se ejecutase después de su muerte.

De hecho, la presencia cada vez más frecuente en todos los ámbitos de la vida romana de las disposiciones fideicomisarias (las cuales no eran eficaces para el *ius civile*) obligó, finalmente, a su regulación legal,¹² dejando con ello de vivir el fideicomiso en la costumbre como lo hizo durante un largo tiempo, hasta que no hubo más remedio que otorgarle carácter jurídico, en función de la obligatoriedad.

La doctrina coincide en que fue el Emperador Augusto (63 a.C. - 14 d.C.) quien inició el ingreso del fideicomiso en la categoría de institución jurídica. Así, por ejemplo, expone PUIG FERRIOL¹³ (autor referente a la hora de estudiar la sustitución fideicomisaria junto a DÍAZ ALABART,¹⁴ por haber dedicado ambos sus Tesis Doctorales al estudio de la institución) que

este primitivo fideicomiso vive al margen del ordenamiento jurídico, pues el fideicomisario carece de toda acción contra el fiduciario para que éste cumpla el gravamen restitutorio, que no tiene otro punto de apoyo que la buena fe del fiduciario, hasta que Augusto llevó los fideicomisos al ámbito jurídico, orientación que fue seguida y desenvuelta por los emperadores posteriores ante la amplia difusión que el instituto había obtenido en la práctica.

También COSTA,¹⁵ argumenta que

habiendo confiado Lucio Léntulo un fideicomiso al emperador Augusto, hubo de fijar éste su atención en tal hecho, tan arraigado ya en los hábitos de los romanos (quia et populare erat); en dos o tres casos que debían afectar a personas influyentes o en que el abuso del fiduciario había movido mayor escándalo, dispuso que los cónsules interpusieran su autoridad para hacer ejecutar los fideicomisos de que se trataba. Esta innovación fue aplaudida, y así, poco a poco, dicha intervención ocasional y de excepción vino a convertirse en jurisdicción permanente.

Por último DE DIEGO,¹⁶ siempre en la misma línea, indica:

antes de Augusto el fideicomiso era un encargo confidencial que no producía más que una obligación de conciencia por parte del heredero;

¹² El *iter* de la regulación legal del fideicomiso queda recogido en las Instituciones del Emperador Justiniano.

¹³ Lluís Puig i Ferriol, en su Tesis Doctoral: *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Càtedra de Derecho Civil <<Durán y Bas>>, Barcelona, 1965, pág. 20.

¹⁴ ALABART, Silvia Díaz, cuya Tesis Doctoral lleva por título: *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*. Barcelona: Editorial Bosch, 1981.

¹⁵ COSTA, Joaquín. cit., pág. 10.

¹⁶ DE DIEGO, Felipe Clemente. cit., pág. 29.

los encargos, sin embargo, se cumplían fielmente, y Augusto, imitando la conducta generalizada, cumplió los encargos de confianza que le había hecho Lucio Léntulo y ordenó a los cónsules interponer su autoridad para que tuvieran ejecución las comisiones de esta especie. Con el ejemplo y el mandato de Augusto, los fideicomisos, si bien paulatinamente, se elevaron a la categoría de institución legal.

Sin embargo, para obligar al heredero a cumplir con las obligaciones derivadas del fideicomiso (siempre y cuando, el supuesto de violación de la *fides* por parte de éste fuera manifiesta), los Cónsules a los que Augusto había encomendado la protección de los fideicomisos no podían ejercer su papel a través del procedimiento ordinario, sino que debían valerse de la “*extraordinaria cognitio*”.

Siendo ya Emperador Claudio (41 d.C. - 54 d.C.) se creó una jurisdicción especial, la de los “*praetores fideicommissarii*”. Concretamente, Claudio instituyó dos jueces especiales (reducidos, posteriormente, a un solo juez por el Emperador Tito) denominados “pretore fideicomisarios”, los cuales disponían de fuerza para obligar en Derecho, ya que juzgaban “*extra ordinem*” en los litigios sobre liberalidades de esta clase, atribuyéndosele la misma condición a los gobernadores de provincias.

Pero la posibilidad que existía a comienzos de la época imperial de reclamar al fiduciario ante las autoridades administrativas (ante el pretor fideicomisario en Roma, y ante los gobernadores en las provincias) los bienes en fideicomiso si éste no los había transmitido voluntariamente, no otorgaba a los fideicomisarios carácter de heredero, ya que el título de *heres* seguía vinculado, exclusivamente, al instituido como tal.

Por ello, la única forma que tenía el heredero para cumplir con la *fides* que se le había encomendado era fingir con el fideicomisario la compraventa del patrimonio hereditario (*mancipatio numo uno*), ostentando por aquel entonces el fideicomisario la condición de comprador, más que de heredero.

En dicha compraventa fingida, fiduciario y fideicomisario usaban las estipulaciones añadidas comúnmente a la venta (*stipulationeemptae et venditae hereditatis*) para fijar aquello que le interesaba, que normalmente era la obligación por parte del fiduciario de transmitir al fideicomisario lo que hubiese percibido a título de heredero, así como el ejercicio de las acciones de la herencia; mientras que el fideicomisario aseguraba al fiduciario su respuesta frente al pago de lo exigido por los acreedores del *de cuius*, y al mismo tiempo se comprometía con el fiduciario a indemnizarlo por todo aquello que hubiese tenido que invertir en litigios dado su condición de heredero.

Lo cierto es que a través del fideicomiso, el fiduciario (ajeno a todo interés patrimonial) se enfrentaba al grave riesgo de afrontar una supuesta insolvencia del fideicomisario que le imposibilitase repetir contra éste las deudas que hubiese

tenido que afrontar como heredero, por lo que, en no pocas ocasiones, acababa renunciando a la herencia, incumplándose con ello la voluntad del testador.

Como remedio a tan grave inconveniente, se dictó en tiempo de Nerón, siendo Cónsules Trebelio Máximo y Anneo Seneca, el Senadoconsulto Trebeliano (62 ó 63 d.C.), mediante el cual, según VOLTERRA,¹⁷ quedó establecido que una vez transmitida la herencia al fideicomisario por parte del fiduciario (cumpliendo éste con su obligación), ya sería el propio fideicomisario el que respondería de todas las acciones que *lure civile* correspondiesen al heredero, desapareciendo con ello la necesidad de las *cautiones* recíprocas.

IGLESIAS¹⁸ igualmente considera que mediante el Senadoconsulto Trebeliano, el heredero fiduciario transmite el activo y se libera de las deudas; mientras que el fideicomisario, por su parte, tras la restitución de la herencia, ocupa el lugar de heredero, como *quasi heres*, ya sea accionando frente a los acreedores, ya sometándose a las acciones de éstos.

Por tanto, a través del Senadoconsulto Trebeliano desaparecían las preocupaciones del fiduciario en cuanto a las deudas hereditarias, porque, si bien seguía siendo heredero, sus derechos como tal se convertían en inútiles, dado que sus acciones pasaban *in solidum*, como útiles, al fideicomisario, el cual se consideraba *loco heredis* y verdadero heredero, a efectos patrimoniales, ya que reclamaba los créditos por el ejercicio de las acciones útiles y respondía de las deudas, al dirigirse contra él los acreedores al ponerles el fiduciario la *exceptio* de restitución de herencia.¹⁹

Sin embargo, incluso con posterioridad al Senadoconsulto Trebeliano, y una vez superada la principal causa de rechazo al fideicomiso por parte del fiduciario (como era su posible responsabilidad frente a los acreedores del *de cuius*), comenzó a surgir entre los fiduciarios una nueva causa de rechazo hacia la institución: las molestias que su aceptación les deparaba sin estar recompensados de ninguna forma.

Es decir, que los fiduciarios que aceptasen el fideicomiso se limitaban a entregar la herencia fideicomitada a otra persona, sin recibir absolutamente nada a cambio.

Por ello, con la intención de animar a los fiduciarios a aceptar y cumplir con los fideicomisos, y al mismo tiempo, con la voluntad de los testadores, en tiempo de Vespasiano, y siendo Cónsules Pusio y Pegaso (de quien tomó el nombre), se estableció el Senadoconsulto Pegasiano (en el 75 d. C.) mediante el cual, y siguiendo el régimen análogo que para los legados había previsto la *Lex Falcidia*

¹⁷ VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Editorial Cívitas, 1986, pág. 761.

¹⁸ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 18ª Edición. Madrid: Sello Editorial, 2010, pág. 460.

¹⁹ AZNAR, Antonio Domingo. cit., pág. 34.

en el 40 a. C., el fiduciario que debiese transmitir al fideicomisario más de tres cuartas partes de la herencia estaba autorizado a retener para sí, una cuarta parte de la misma (origen de la actual cuarta trebellánica admitida en el Derecho Foral Catalán y Balear, como expondremos en capítulos siguientes).

Esta posibilidad de retener una cuarta parte de la herencia no fue más que un estímulo que la ley ofrecía con la intención de impedir que se extinguiesen los fideicomisos, pues los fiduciarios se negaban, si no, a hacer adición de la herencia por un beneficio nulo.

Para computar la cuarta parte sobre el activo de la herencia, había que deducir todos los pasivos, los cuales gravarían al heredero (el fiduciario) al seguir ostentando éste plenamente la condición de heredero, mientras que el fideicomisario ostentaba, respecto a las otras tres cuartas partes del activo, la posición de un legatario parciario. Por ello, para evitar posibles perjuicios del fiduciario, éste y el fideicomisario llevaban a efecto estipulaciones recíprocas para repartir entre ellos el *lucrum* y el *damnum hereditarium* en base a la proporción hereditaria que correspondiese a cada uno de ellos.²⁰

Por otra parte, el Senadoconsulto Pegasiano no abolió al Trebeliano, por lo que la coexistencia de ambos Senadoconsultos originó diversos supuestos, como, por ejemplo, cuando al heredero se le encomendaba restituir una cuantía que no alcanzase las tres cuartas partes de la herencia regirá el Senadoconsulto Trebeliano. Dicha situación, tal y como expusimos con anterioridad, conllevaba que el fiduciario quedara como heredero nominal y el fideicomisario recibiera como útiles las acciones sobre los bienes que por mandato del testador le transmitía el fiduciario, encontrándose, por tanto, el fideicomisario respecto a dicho bienes *loco heredis*.

Tampoco se aplicaba ya el Trebeliano, sino que regía directamente el Pegasiano, cuando el fiduciario podía retener para él la cuarta parte de la herencia, aunque quedaba como heredero pleno, con las responsabilidades que ello conllevaba (entre otras, hacer frente a posibles deudas del *de cuius*). Debido a esto, para la transmisión se utilizaba de nuevo el procedimiento, anterior al Trebeliano, de las estipulaciones *emptae et venditae hereditatis*, volviendo a correr el riesgo el fiduciario de la insolvencia del fideicomisario, el cual se encontraba en una situación *loco legatari*.

²⁰ En el mismo sentido, expone GAYO (2, 255-257) que en el Senadoconsulto Pegasiano sobre el heredero que hubiera hecho la adición de la herencia, ya sea que retuviera la cuarta parte o que no la retuviera, gravaban las cargas hereditarias; así pues, era necesario que él y el fideicomisario llevaran a efecto estipulaciones recíprocas para garantizarse mutuamente la transmisión de las cosas hereditarias que llegaran al heredero y para darse garantías acerca de las acciones activas y pasivas. Estas estipulaciones eran *pro parte* si el heredero transmitía sólo una parte de la herencia; eran *ad exemplum emptae hereditatis* si, en cambio, transmitía al fideicomiso toda la herencia.

Otro de los supuestos que destacan de la época en la que coexistían los Senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano se daba cuando el fiduciario repudiaba la herencia (perdiendo, en dicho momento, el derecho a la cuarta), ya que en dicha situación, el Pegasiano había facultado al fideicomisario a acudir al Pretor para que obligase al fiduciario a aceptar el fideicomiso y a transmitirlo al fideicomisario. En este supuesto también sería de aplicación el Trebeliano, convirtiéndose de nuevo el fideicomisario en *loco heredis*, acogiendo, por tanto, todas las acciones que ejercitaba contra deudores y respondiendo plenamente frente a los acreedores, por lo que, curiosamente, podía entenderse más beneficioso para los fiduciarios que quisieran cumplir con la voluntad del testador el no aceptar voluntariamente la herencia (en cuyo caso, él podía perjudicarse de una supuesta insolvencia del fideicomisario), sino esperar a que el fideicomisario instara al Pretor a su cumplimiento, asumiendo en tal supuesto plenamente el fideicomisario toda responsabilidad hereditaria.

En la época del Emperador Justiniano, éste refundió las normas de los Senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, conservando para esta fusión el nombre de Senadoconsulto Trebeliano.

En éste, el fideicomiso universal empezó a producir efectos de una sucesión a título universal, por lo que se dejaron de dar las estipulaciones *empte et venditae hereditatis* que aún se venían produciendo en el Pegasiano, apareciendo el fideicomisario en todo caso como *loco heredis*. El fiduciario, por su parte, seguía teniendo derecho a retener una cuarta parte de la herencia (ahora denominada *quarta Falcidia*), y podía ser obligado a adir la herencia y a entregarla al fideicomisario. Una vez detraída la cuarta parte correspondiente al heredero, el fideicomisario será considerado sucesor universal respecto de las restantes tres cuartas partes, puesto que la herencia era recibida como unidad, la cual comprendía tanto el activo como el pasivo.

A medida que el reconocimiento jurídico del fideicomiso en Roma fue evolucionando, su regulación se fue equiparando cada vez más a la de los legados, y las restricciones que se aplicaban para éstos fueron alcanzando también a los fideicomisos. Así, a partir de la época de Vespasiano, se empezaron a exigir a los fideicomisarios los mismos requisitos para poder heredar que a los herederos y legatarios, lo cual no se había producido con anterioridad.²¹

²¹ Argumenta Joaquín Costa, cit., págs. 10 y 11, que en un principio no se preocupó el legislador de poner trabas y cortapisas a la facultad de disponer por fideicomiso; y el derecho romano vino mucho tiempo trabajado por una contradicción interior, que descubre una vez más el espíritu formalista de aquel pueblo. Ordenaba el testador que sus bienes pasaran a dominio de un incapaz: el derecho civil declaraba nula su disposición como en los tiempos de más rigor de la República. Pero usaba, en vez de la fórmula imperativa, la de ruego; y ya entonces la disposición surtía pleno efecto, no obstante ser el fideicomiso tan eficaz ya como la institución civil. Necesitaron los Tribunales, el Senado, la jurisprudencia, más de un

En tal sentido, el Senadoconsulto Pegasiano declaró incapaces para recibir por fideicomiso (como también lo eran para recibir por herencia o legado) a los *caelibes* y a los *orbi*, mientras que Adriano en su reinado decretó la nulidad de los fideicomisos dejados a los *peregrini* y a las *personae incertae*.

Ante dichas prohibiciones, el fideicomiso retornó a su primigenia naturaleza extrajurídica como medio indirecto de satisfacer aquellos supuestos excluidos por la ley mediante el fideicomiso tácito, el cual se enfrentaba al fideicomiso legal.

DE DIEGO²² define al fideicomiso tácito como el encargo secretamente confiado y aceptado *in fraudem legis* de restituir en todo o en parte la herencia a una persona incapaz de suceder.

En esta época, y a diferencia de los dos siglos anteriores, el fideicomiso tácito es combatido como cualquier negocio ilícito, castigándolo la ley en este caso con la privación de los bienes al fiduciario y fideicomisario, aplicándolos al fisco. Pero en los casos en los que el heredero no se obligaba a cumplirlo (faltando entonces a la *fides*, con lo que ello seguía suponiendo), el fraude de ley únicamente se perpetraba por el testador que hacía el encargo, así que se castigaba sólo a éste, entregando los bienes directamente a favor del heredero, y no del fisco.

Según COSTA,²³ entre los testadores y la ley se entabló una lucha, que duró tanto como el Imperio, testigo el Digesto, y se prosiguió a través de la Edad Media, testigo las Partidas, y ha llegado vivo hasta nuestros días en el Código civil francés, en el italiano, en el español y en el de Chile.

2.2 *El fideicommissum familiae relictum* como antecedente histórico de la sustitución fideicomisaria

Aunque existe algún autor aislado como GONZÁLEZ PALOMINO²⁴ contrario al respecto, la doctrina española²⁵ es prácticamente unánime a la hora fijar el origen de la sustitución fideicomisaria en el Derecho Romano.

siglo para caer en la cuenta de que en el fondo no discrepaban la una de la otra forma de disponer, y que no había ninguna razón para consentir que, a las barbas de la ley, pasaran los bienes de un ciudadano a personas que la ley declaraba incapaces para recibirlos, sólo porque los testadores dejaran el camino real para tomar un atajo paralelo y tan llano, cómodo y seguro como él.

²² DE DIEGO, Felipe Clemente. cit., pág. 2.

²³ COSTA, Joaquín. cit., pág. 14.

²⁴ PALOMINO, José González. *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1.948. Madrid: Editorial Reus, 1950, págs. 29 y 30. Según el autor, debido al principio básico de la sucesión romana "*semel heres semper heres*", en base al cual no aceptaban la posibilidad de un heredero después de otro, los romanos no llegaron a conocer, ni siquiera a concebir, la sustitución fideicomisaria.

²⁵ Así entre otros, COSTA, Joaquín. cit., pág. 23; DE DIEGO, Felipe Clemente. cit., pág. 36; IGLESIAS, Juan. cit., pág. 461; MANRESA, José María. *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Volumen I. Madrid: Editorial Reus, 1973, pág. 255.

Un claro ejemplo de que la sustitución fideicomisaria existió como institución en la época romana lo encontramos en las *Instituciones* del Emperador Justiniano (párrafo 9, tít. XVI, lib. II), donde, aunque sin darle dicho nombre, regula una al exponer que

a un descendiente púbero o un sui juris de cualquiera edad no se puede designarle substituto para cuando mueran dentro de cierto plazo; lo único que se permite imponerles es la obligación de restituir la herencia del testador, llegado aquel caso, a la persona designada por éste.

En palabras de COSTA,²⁶

probablemente dentro ya del mismo siglo I, se introdujo la <<sustitución fideicomisaria>> para fines distintos de los del <<fideicomiso>> [...]. Los elementos venían ya dados desde mucho tiempo antes: el fideicomiso y la sustitución; bastaba combinarlos.

Tal y como expresa el referido autor, fideicomiso y sustitución fideicomisaria son instituciones diferentes desde su origen, por lo que no han de ser confundidas.

Pero, ¿a qué figura jurídica hacemos referencia exactamente cuando nos dirigimos a la sustitución fideicomisaria?

Brevemente tomaremos la definición de CASTÁN,²⁷ cuando la presenta como la disposición por virtud de la cual el testador impone al heredero la obligación de conservar la herencia y de transmitirla a su muerte a otra, u otras personas, expresamente indicadas por el mismo.

Una vez acreditado el origen de la sustitución fideicomisaria en el Derecho Romano, lo lógico es preguntarse: ¿pero cuál es el verdadero antecedente histórico de la institución? La respuesta la encontramos en el título del presente epígrafe: el *fideicommissum familiae relictum* o fideicomiso familiar romano.

Ya en el siglo II d. C., por parte de los padres era general el deseo de evitar la disolución de los patrimonios que se disipaban en manos de los hijos, por lo que surgió la idea de prohibir la enajenación de los bienes a fin de conservarlos en la familia para siempre.²⁸

Para ello surgió el *fideicommissum familiae relictum*, a través del cual, el testador podía vincular la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia mediante un

²⁶ COSTA, Joaquín. cit., págs. 22 y 23.

²⁷ CASTÁN, José María. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1.942, pág. 441.

²⁸ DE DIEGO, Felipe Clemente. cit., pág. 41.

orden sucesivo de restituciones, quedando privada a los beneficiarios la facultad de enajenar.

El testador, mediante el fideicomiso familiar, podía ordenar al fiduciario, que tras disfrutar éste de la herencia por un periodo de tiempo, lo restituyese a favor de una persona determinada, o igualmente podía establecer que directamente fuese el beneficiario el que eligiese al próximo heredero, o incluso, podía el testador ordenar el fideicomiso a favor de todos los miembros de la familia, por lo que habrá de estarse a lo que se entendía por familia. En la época de Justiniano, el término *familia* englobaba tanto a los ascendientes, descendientes y parientes, como al yerno y a la nuera a falta de éstos, y, en último lugar, a los libertos.

Pero la esencia del fideicomiso de familia era, sin lugar a dudas, la prohibición de enajenar los bienes objeto de la herencia, lo cual suponía que el patrimonio del testador iría pasando de unas manos a otras dentro siempre de su familia, y que los bienes quedaban sustraídos al comercio, *quasi extra commercium*, suponiendo ello una restricción a la libre contratación.

Y es esta la institución que sirve como antecedente histórico a nuestra actual sustitución fideicomisaria, tal y como afirma, por ejemplo, PUIG BRUTAU,²⁹ cuando manifiesta que

el fideicomiso perdió su utilidad en Roma cuando el Senado Consulto Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Pero entonces empezó la evolución que ha conducido a que se distinga claramente el fideicomiso puro de la sustitución fideicomisaria. La estructura del fideicomiso romano permaneció al servicio de una función diferente: la que permitía al causante vincular su herencia a una trayectoria predeterminada, de manera que fueran titulares de sus bienes varias personas sucesivamente. Combinándose las ideas de sustitución y fideicomiso, se disponía que éste favoreciera ante todo al heredero instituido en primer lugar, y después, transcurrido cierto plazo o cumplida una condición (generalmente, fallecido el primer instituido), que los bienes del fideicomiso pasaran a un segundo instituido. Es a lo que se llamó *substitutio fideicommissaria*, origen del *fideicommissum familiae relictum*, del que deriva la moderna sustitución fideicomisaria.

²⁹ BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, Volumen II. Barcelona: Editorial Bosch, 1.977, pág. 525.

O, también, así lo entiende CASTÁN,³⁰ que al hablar del fideicomiso recoge que

el Senado-Consulta Pegasiano llegó a exigir la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Y con ello quedaron casi anulados la utilidad y fines de la institución. Pero como una variedad del fideicomiso, apareció en la misma Roma otra institución que respondía a fines muy distintos, y ha sido el germen de las modernas instituciones fideicomisarias: nos referimos al fideicomiso sucesivo gradual o familiar (*fideicommissum familiae relictum*), por medio del cual el testador hacía varios llamamientos para la restitución sucesiva de los bienes o prohibía la enajenación de los mismos con objeto de que se conservaran en los individuos de una familia determinada.

Igualmente OSSORIO MORALES³¹ considera que *“la sustitución fideicomisaria tiene su antecedente en el fideicomiso romano, y especialmente en una modalidad de éste, el fideicommissum familiae relictum”*.

En cuanto a la duración de este fideicomiso, dependía de la voluntad del testador, el cual podía limitar el llamamiento a favor de uno de los hijos, o hacerlo de forma perpetua en pro de todas las generaciones mientras subsistiese un miembro de la familia.

Sin embargo, la posibilidad de establecer el fideicomiso familiar de forma perpetua se erradicó en la época de Justiniano por el propio Emperador (Novela 159, cap. 2).

Así lo indican entre otros autores, TORRENT,³² al señalar que *“el propio Justiniano se dio cuenta de lo que representaba admitir un fideicomiso de familia perpetuo decretando la libertad de los bienes en fideicomiso después de la cuarta generación”*; o CASTÁN³³ cuando expone que *“estos fideicomisos dieron lugar a tantos abusos, que Justiniano se vio obligado a disponer, para que los bienes no quedasen siempre fuera del comercio, que el fideicomiso familiar se extinguía en el cuarto grado”*; o, por último, PANERO GUTIÉRREZ,³⁴ que al estudiar el fideicomiso de familia reconoce que *“con Justiniano se extiende, como máximo, a la cuarta generación”*.

En resumen, Justiniano se vio obligado a limitar la perpetuidad de estos fideicomisos hasta la cuarta generación con el fin de evitar el carácter indefinido de la inamovilidad patrimonial de los bienes hereditarios.

³⁰ CASTÁN, José. cit., pág. 247.

³¹ MORALES, Juan Ossorio. *Manual de Sucesión Testada*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, pág. 266.

³² TORRENT, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Librería Central, 1987, págs. 641 y 642.

³³ CASTÁN, José. cit., pág. 247.

³⁴ GUTIÉRREZ, Ricardo Panero. *Derecho Romano*. Cuarta Edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 779.

Antes de concluir el presente epígrafe, entendemos oportuno reiterar que aun habiendo coincidido en la época romana el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, no por ello deben confundirse ambas instituciones, ya que entre ellas existen algunas diferencias, como son, entre otras, las siguientes:

- Mediante la sustitución fideicomisaria se obliga al fiduciario a conservar los bienes fideicomitados hasta su muerte, o hasta que se cumpla la condición fijada por el testador; mientras que a través del fideicomiso romano, la transmisión o restitución de los bienes debía producirse de manera inmediata, o en un plazo muy breve de tiempo, a favor del carente de *testamentifacio*.

- Otra diferencia la encontramos en el hecho de que la sustitución fideicomisaria conlleva la inalienabilidad de los bienes y un orden preestablecido de suceder, cosa que no sucede en el fideicomiso romano.

- O, por último, también destacamos como diferencia entre ambas figuras la posibilidad de detraer a favor del fiduciario la cuarta trebeliánica en los fideicomisos (para incentivar de alguna forma al fiduciario a aceptar el fideicomiso); mientras que en la sustitución fideicomisaria, en cambio, la detracción de la cuarta trebeliánica a favor del fiduciario no tiene cabida, ya que, normalmente durante toda su vida, el fiduciario disfrutará del goce y uso de los bienes fideicomitados una vez aceptada la herencia, no siendo por ello necesario buscar algún tipo de incentivo más para su aceptación.

3 Edad media

Cuenta COSTA³⁵ que Europa se sirvió de la sustitución fideicomisaria como puente para salir del régimen feudal, como tal vez la había utilizado para prepararlo. Un hecho de tanta raíz como el feudalismo no podía desaparecer en un siglo, y menos de pronto; así como iba declinando, adoptaba esa forma atenuada de la sustitución fideicomisaria que el renacimiento del Derecho Romano le brindaba y que no hubo más sino desenvolver, combinándola con algún otro elemento de origen medieval en los mayorazgos y demás formas congéneres.

3.1 Su concepto en el Derecho Castellano

Expone ROCA SASTRE³⁶ que, en la Edad Media, las sustituciones fideicomisarias adquirieron pleno desarrollo a base de combinar el fideicomiso universal

³⁵ COSTA, Joaquín. cit., págs. 25 y 26.

³⁶ ROCA SASTRE, Ramón María. *Estudios de Derecho Privado*. Volumen II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, pág. 31.

de Derecho Romano con la sustitución, o sea, con el factor tiempo, con sentido general de adscripción familiar y a un solo titular.

Lo cierto es que, debido a los nuevos factores de la época medieval, el concepto tradicional que en la doctrina romana se tenía de la sustitución fideicomisaria se fue reformando en nuestro Derecho Castellano, hasta el punto de que la institución romana se fundió con principios feudalistas y de primogenitura importados de los germanos, surgiendo, con ello, las vinculaciones medievales. De hecho, los autores de la época coincidían con Azcárate al definir las vinculaciones como el resultado de la combinación de la sustitución fideicomisaria romana con el principio de la masculinidad germana y la primogenitura feudal, teniendo de aquéllas la inalienabilidad y de las últimas el orden de suceder.

Los tipos de vinculaciones de bienes existentes en la Edad Media española eran las encomiendas, patrocinios, beheterías, o el vasallaje, si bien, por encima de todas ellas destacaba una, la figura del mayorazgo, que como argumenta CASTÁN,³⁷ era llamado así por fundar de ordinario el orden sucesorio en las preferencias de masculinidad y primogenitura.

GIBERT³⁸ encuentra el origen de los mayorazgos en una cláusula del testamento del Rey Enrique II: *“pero que todavía las ayan por mayorazgo, e que finquen en su fijo legitimo mayor de cada uno dellos; e si morieren sin fijo legitimo, que se tomen de los nuestros Regnos”*; cláusula que, posteriormente, los Reyes Católicos convertirán en ley.

Continúa el citado autor³⁹ argumentando que la razón de que los mayorazgos aparezcan desde un principio íntimamente unidos a la monarquía es sencilla, ya que el primer mayorazgo del reino era la propia monarquía.

Las vinculaciones medievales produjeron durante toda la época grandes inconvenientes tanto en el orden económico, como en el moral y familiar.

Desde el punto de vista de la economía, eran contrarias al interés de la sociedad, ya que mediante las mismas, la mayor parte del territorio quedaba totalmente inmóvil y apartado del tráfico del comercio humano, imponiéndose sobre éstos para siempre un orden fijo e inmutable de suceder, heredando las tierras en la mayoría de las ocasiones personas que no tenían interés en sacarle ningún tipo de rendimiento a las mismas.

Además, desde el punto de vista moral y familiar introdujeron el odio entre hermanos, principalmente contra el hermano mayor, ya que era éste el beneficiado con el mayorazgo.

³⁷ CASTÁN, José. cit., pág. 444.

³⁸ GIBERT, Rafael. *La disolución de los mayorazgos*. Escuela Social de Granada, 1958, pág. 9.

³⁹ GIBERT, Rafael. cit., pág. 13.

Hasta el advenimiento de la Codificación en Francia, todos los Ordenamientos europeos, mezclando el viejo fideicomiso romano con la idea medieval de la sucesión vinculada, acabaron por consagrar las vinculaciones y mayorazgos hasta un grado tal que la mayor parte de la riqueza territorial (de la tierra, único bien verdaderamente productivo entonces), se encontraba en manos de las Coronas, Municipios, nobles o títulos de nobleza de diverso grado y, en no menor medida, las distintas instituciones, congregaciones y Órdenes de la Iglesia Católica, a las que con toda razón en su momento se les denominó *manos muertas*, pues la improductividad y el estancamiento económico eran consecuencias inherentes del sistema de apropiación de los bienes instaurados.⁴⁰

Para COSTA⁴¹ las vinculaciones, teóricamente al menos, servían de sostén a todo un orden aristocrático, alma a su vez de la monarquía cesarista; siendo, por ello, contrarias al sentido democrático e igualitario de la nueva constitución social que había empezado a alborear en una gran parte de Europa.

Así, ya en 1.566, el Obispo de Ciudad Rodrigo, Jacobo de Simancas, atacaba la sucesión vincular fundándose en que excluía del comercio una parte considerable de la riqueza, se practicaba sin tener en cuenta la utilidad pública, se oponía a la máxima de los sabios que hace consistir el bien de la república en la medianía de las fortunas, y condenaba a amortización perpetua la mayor parte de la propiedad territorial, a lo cual agregaba que el deseo de perpetuar la propia memoria por medio de vinculaciones era poco conforme con el espíritu cristiano, porque si el fundador se iba al cielo no lo necesitaba, y si al infierno, no sacaba de ello ningún provecho.

Por su parte, a finales del siglo XVI, Tomás Cerdán condenaba también los mayorazgos por la desigualdad que introducía entre los hijos, y por los pleitos y malas pasiones que suscitaban.

Todo ello fue creando una atmósfera hostil contra todas las vinculaciones, y, por ende, contra las sustituciones fideicomisarias, la cual, como expondremos a continuación, era considerada en la época, erróneamente bajo nuestro punto de vista, una vinculación más.

3.2 Incorrecta equiparación de la sustitución fideicomisaria con las vinculaciones medievales

Lo cierto es que el idéntico tratamiento que se le otorgó en el Derecho Castellano a las sustituciones fideicomisarias con el resto de las vinculaciones

⁴⁰ Así, LASARTE, Carlos. *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2011, pág. 125.

⁴¹ COSTA, Joaquín. cit., pág. 27.

medievales (con las que llegaban incluso a confundirse), supuso que el rechazo radical de la sociedad de la época hacia éstas, también englobase a aquéllas, por lo que la ruina de las vinculaciones fue, al mismo tiempo, la decadencia de las sustituciones fideicomisarias.

En nuestra opinión, la equiparación-confusión entre las vinculaciones (en concreto, los mayorazgos) y las sustituciones fideicomisarias, jamás debió producirse, ya que en realidad, ambas instituciones tenían finalidades totalmente diferentes.

En este sentido GONZÁLEZ PALOMINO⁴² llega a afirmar:

Más exactamente: no hubo sustitución fideicomisaria, con ese nombre, porque tuvo otro: el mayorazgo. Todo el ambiente jurídico ha estado intoxicado, durante varios siglos, por los mayorazgos, y no había plaza para la pobre sustitución.

Considero imposible la equiparación entre ambas instituciones dadas las diferencias existentes entre las mismas, de entre las cuales, destaca por encima de todas las demás, la finalidad de una u otra figura. Y es que, mientras que en el mayorazgo imperaba el criterio objetivo, al tener como finalidad la conservación perpetua del espíritu familiar y de su poderío desde un punto de vista principalmente político; en las sustituciones fideicomisarias lo hacía el criterio subjetivo, siendo el cumplimiento de la voluntad del testador su verdadera finalidad, quedando en ella fijado desde Roma el límite de los llamamientos a la cuarta generación.

Otras de las diferencias existentes las representan el hecho de que la sustitución fideicomisaria únicamente pudiera fijarse por testamento o codicilo, mientras que el mayorazgo podía fundarse igualmente por contrato; o, que el fideicomisario no pueda tomar de *motu proprio* el fideicomiso, sino que le tiene que ser restituido por el fiduciario o sus herederos, mientras que el heredero del mayorazgo tan pronto como se cumpla la condición de la institución pasa a adquirir la posesión del mismo.

En este sentido, expone NÚÑEZ LAGO⁴³ que

lo que resulta un hecho evidente es la separación profunda de materias entre sustituciones fideicomisarias de un lado y mayorazgos de otro. [...] Pero siempre permanecieron aparte, aislados y sin recíprocas referencias, sustituciones fideicomisarias de un lado y mayorazgos

⁴² PALOMINO, José González. cit., pág. 33.

⁴³ NÚÑEZ LAGO, Rafael. *Contestación al discurso leído por Roca Sastre*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: Imprenta Viuda de Galo Sáez, 1956, págs. 118, 119 y 1124.

de otro. [...] En vísperas pues, del Proyecto de Código de 1.851 en nuestra excursión por Formularios notariales, no hemos encontrado ni una sola fórmula de sustitución fideicomisaria sujeta a condición ni una mera alusión al enlace entre sustituciones fideicomisarias y mayorazgos, tenidos ambos como instituciones distintas.

Así, por su parte expone DE DIEGO⁴⁴ que

como en los mayorazgos los poseedores, según, el orden de los llamamientos, vienen al disfrute de los bienes uno en pos de otro, esto les aproxima a las sustituciones fideicomisarias perpetuas; mas esto mismo les aparta de las reconocidas en el Código Civil (781) porque en éstas los llamamientos son limitados, sólo llegan al segundo grado, son temporales y no llegan a producir la inalienabilidad y perpetuidad de bienes y llamamientos que caracteriza a aquéllos.

Coincido con el autor en cuanto a la imposibilidad de equiparar mayorazgo con sustitución fideicomisaria regulada en el C.c., pero no compartimos con éste la posibilidad de equipararlas con sustituciones fideicomisarias “perpetuas”, ya que, tal y como resaltamos anteriormente, la posibilidad de perpetuar la sustitución fideicomisaria se erradicó en la época de Justiniano, cuando el propio Emperador (Novela 159, cap. 2) se vio obligado a limitar la perpetuidad de los fideicomisos familiares (antecedentes de la sustitución fideicomisaria) hasta la cuarta generación, dejando de existir, desde entonces, las posibles sustituciones fideicomisarias “perpetuas”, careciendo por tanto de sentido cualquier intento de comparación de éstas con los mayorazgos.

Lo lógico, bajo nuestro punto de vista, hubiese sido que en la Edad Media coexistiesen de forma totalmente diferenciada y sin posibilidad de confusión, la sustitución fideicomisaria, por un lado, con las figuras vinculadoras medievales (en concreto con los mayorazgos), por otro, ya que ambas instituciones tenían diferente finalidad y diferente objeto, aunque similares.

Llegados a este punto hemos de plantearnos: ¿Cuál fue entonces el origen de la confusión entre dos instituciones diferentes, como eran la sustitución fideicomisaria y el mayorazgo?

Bajo mi punto de vista, la equiparación del mayorazgo con el fideicomiso familiar romano (origen de la sustitución fideicomisaria) fue lo que derivó en una “injusta” equiparación entre sustitución fideicomisaria y mayorazgos.

⁴⁴ DE DIEGO, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español, Derecho de Sucesiones*, Tomo III. Madrid, 1959, pág. 331.

Así se desprende de las palabras de TORRENT,⁴⁵ que al hablar del fideicomiso familiar romano expone que

este tipo de fideicomiso fue muy practicado durante los siglos intermedios produciéndose vinculaciones y mayorazgos, suprimidos radicalmente por la Revolución Francesa, y que han llegado al artículo 781 de nuestro Código: Las sustituciones fideicomisarias serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Pero en mi opinión, ni siquiera debieron equipararse-confundirse las instituciones del mayorazgo y el fideicomiso familiar romano.

Obviamente soy consciente de su semejanza, y de que comparten finalidad (mantener el patrimonio en la familia), pero sin embargo, no son idénticas, existiendo importantes diferencias entre ambas instituciones, como lo acredita, por ejemplo, el hecho de que la institución del fideicomiso familiar romano fuese más flexible al no tener preferencia de sexo ni de edad en los llamados, mientras que los mayorazgos destacaban por constituirse a favor del primogénito masculino.

Aunque sin ninguna duda, la diferencia más importante es la duración con la que podía establecerse cada una de ellas, ya que mientras el fideicomiso familiar únicamente podía extenderse hasta la cuarta generación (nunca con carácter perpetuo), los mayorazgos, por el contrario, si podían establecerse a perpetuidad, siendo precisamente esto el verdadero desencadenante de su erradicación en toda Europa.

Por ello entiendo que el fideicomiso familiar romano no debió ser usado en la Edad Media como figura a través de la cual perpetuar los bienes dentro de una misma familia, ya que desde el Emperador Justiniano, dicha institución quedó limitada, como máximo, hasta el cuarto grado.

Una vez expuesto todo lo anterior, concluyo reconociendo que de haber coexistido la sustitución fideicomisaria y el mayorazgo de forma totalmente diferenciadas en aquella época, dicha situación hubiese podido deparar la erradicación total de la sustitución fideicomisaria de nuestro Ordenamiento, ya que, parece lógico, que los testadores de entonces hubiesen acudido siempre al mayorazgo, por permitirle una total libertad de disposición sobre sus bienes, mientras que la sustitución fideicomisaria quedaría en desuso, por obligar a limitar los llamamientos como máximo a la cuarta generación, y quedar limitado su uso sobre la cuota de libre disposición.

⁴⁵ TORRENT, Armando. cit., pág. 642.

4 Crisis de la institución

4.1 Crisis en Francia, Italia y España

El paralelismo existente entre la codificación española y la francesa e italiana, nos obliga a realizar una breve reflexión sobre la crisis existente en los tres países a la hora de decidir, si la sustitución fideicomisaria debía o no quedar incluida en sus Códigos.

En la época codificadora, avanza a impulsos la transformación liberal de la economía y la sociedad, por lo que el Código suele aparecer como un medio político eficaz para consolidar las transformaciones sociales que se vayan produciendo, así como para modernizar las relaciones de tráfico jurídico, en especial, las de índole patrimonial.

Jurisconsultos, economistas y filósofos de la época coincidían de forma unánime en la necesidad de suprimir radicalmente las instituciones vinculantes, por lo que, poco a poco, se fueron introduciendo en todos los países corrientes de legislaciones desvinculadoras.

En Francia, mediante la publicación del Edicto de 3 de mayo de 1.553, siendo Rey de Francia Enrique II, se trató por primera vez de evitar los abusos constantes de dicha institución, exigiendo hacer públicos los actos de liberalidades acompañados de sustituciones, y prohibiendo las sustituciones perpetuas o que alcanzasen plazos muy largos. Si bien, la falta de dependencia de los Tribunales y el escaso respeto social a la legislación de la época, trajeron consigo la resistencia de los Tribunales a la aceptación de estas normas por las que jamás sintieron simpatía alguna, por lo que hubo que reproducir varias veces sus preceptos.

En el año 1.560 se publica la Ordenanza de Orleans, en la que se decreta que la sustitución fideicomisaria sólo podía alcanzar dos grados, sin contar en dicho cálculo con la primera institución. Por su parte, la Ordenanza de Moulins de 1.566, autorizaba que las sustituciones fundadas antes de la Ordenanza de Orleans pudiesen alcanzar hasta el cuarto grado, exigiendo además la publicidad y el registro. Finalmente, la Ordenanza francesa de agosto de 1.747 unificó, recogiendo las dos Ordenanzas anteriores, todo lo legislado en dicha época y a este respecto.

El movimiento revolucionario nacido en suelo francés en el siglo XVIII supuso el golpe definitivo a la sustitución fideicomisaria, llegándose a convertir en uno de los principales enemigos del nuevo régimen existente, y achacándosele la ruina económica y política del país. Así, el Canciller D'AGUESSAU manifestó en una carta al primer Presidente del Parlamento, que la abrogación entera de todo fideicomiso sería quizás la mejor de todas las leyes; mientras que ROGUIN⁴⁶ por su

⁴⁶ ROGUIN, Ernest. *Traité de Droit Civil Comparé*, IV, París, 1.912, pág. 72.

parte, argumentaba que no había nada que hiriera más abiertamente los principios republicanos de libertad, igualdad y fraternidad, que la facultad de prolongar la voluntad más allá de la vida.

Todo ello deparó en el Decreto de 25 de agosto de 1.792, a través del cual, quedaban abolidas definitivamente las sustituciones fideicomisarias del futuro Código civil francés de 1.804, tal y como finalmente sucedió en el artículo 896,⁴⁷ todavía vigente, cuyo contenido, según DE BUEN,⁴⁸ prohíbe las sustituciones fideicomisarias en absoluto, con tal radical criterio, que no se limita a anular, pleno “iure”, el llamamiento al sustituto (“appellé”), sino que da el mismo trato a la institución del llamado en primer término (“grevé”).

Sin embargo, atendiendo al artículo siguiente, el 897, que anuncia que de la prohibición del artículo 896 quedan exceptuadas las disposiciones permitidas a padres y hermanos en el capítulo VI del mismo título, se aprecia como, en realidad, el Código napoleónico no perdió de vista la importancia que la sustitución fideicomisaria podía deparar como instrumento de seguridad patrimonial de la familia, y de ahí, que los artículos 1.048⁴⁹ y 1.049⁵⁰ (a los que hace referencia el artículo 897), permiten excepcionalmente dos tipos de sustitución fideicomisaria con finalidad de tutela familiar.

En Italia, al decir de DE DIEGO,⁵¹ las primeras disposiciones legales tendentes a controlar esta institución jurídica se producen en los Estados Pontificios, cuando Clemente VIII declaró en 1.595 responsables pura y simplemente los bienes vinculados de las deudas de sus poseedores, es decir, los convirtió en alienables. Posteriormente, en el año 1.623 durante el reinado de Urbano VIII se estableció que lo dispuesto en esa *Bula* sólo tuviera efecto cuando por no haberse hecho públicas las fundaciones o inventarios hubiera lugar a sospechar que el vinculista había abusado de la buena fe del acreedor.

Más de un siglo después, concretamente en 1.747, se dictó en la Toscana una ley sobre fideicomisos, ampliada más tarde por el Rey Leopoldo, cerrando la

⁴⁷ Establece el artículo 896 del Code Civil: “Quedan prohibidas las sustituciones. Toda disposición por la que se obligue al donatario, al instituido heredero o al legatario a conservar y entregar a un tercero será nula, incluso con respecto al donatario, al instituido heredero o al legatario”.

⁴⁸ Demófilo De Buen, en sus notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1981, pág. 444.

⁴⁹ El artículo 1.048 del Code Civil regula: “*Los bienes de los que puedan disponer los padres podrán ser donados por ellos, en todo o en parte, a uno o a varios de sus hijos, por acto entre vivos o de última voluntad, con la obligación de entregar dichos bienes a los hijos, nacidos o por nacer, de dichos donatarios*”.

⁵⁰ Por su parte, el artículo 1.049 establece: “*Será válida, en caso de muerte sin descendencia, la disposición que el difunto haya hecho, por acto entre vivos o de última voluntad, a favor de uno o varios de sus hermanos, de todo o parte de los bienes de libre disposición, con la obligación de entregar estos bienes a los hijos, nacidos o por nacer, de dichos hermanos donatarios*”.

⁵¹ DE DIEGO, Felipe Clemente. cit., pág. 58.

puerta a las sustituciones futuras, aunque respetando el derecho de los llamados a suceder que vivían ya o que pudieran nacer de un matrimonio existente.

Finalmente, la publicación del Código civil italiano en 1.865, supuso la abolición más radical de las instituciones fideicomisarias, borrando por completo esta figura del Ordenamiento jurídico italiano. En este sentido, imitando a lo prescrito en el artículo 896 del Código de Napoleón, el artículo 899 del Código de 1.865 prohibió toda disposición con la cual el heredero o legatario fuese gravado con cualquier expresión de conservar y restituir a una tercera persona, intentándose, con ello, evitar cualquier obstáculo a la libre circulación de los bienes, a la libertad de testar y al fomento de la diferencia entre los hijos.

De hecho, en Italia ni siquiera se contemplaron las excepciones que el Código francés recogía en sus artículos 1.048 y 1.049, perdurando la prohibición de la sustitución fideicomisaria hasta 1.942, año de promulgación del Código civil italiano vigente a día de hoy, en el que se volvió a contemplar la institución, a través de dos modalidades diferentes conocidas como “sustitución fideicomisaria familiar” y “sustitución fideicomisaria de beneficencia”, pero, a raíz de una reforma introducida en el Derecho de Familia italiano por la Ley de 19 de mayo de 1975, N.º 151,⁵² la sustitución fideicomisaria asumió, definitivamente, un único fin, como es el asistencial a favor de personas incapacitadas, sufriendo, con ello el C.c. una profunda reforma que acabó con la sustitución fideicomisaria familiar y la de beneficencia, e introdujo la figura existente hoy en día, conocida como “sustitución fideicomisaria asistencial”, tal y como comentaremos en el último capítulo del presente trabajo.

En España, en cambio, aunque tal y como recoge LATOUR BROTÓNS⁵³ los mayorazgos habían perdido su razón histórica dentro del orden familiar, no es hasta 1.789, concretamente, hasta el 28 de abril de ese año, cuando se publica la primera Instrucción delimitadora contra las vinculaciones, mediante la cual se nombra una Junta de Estado para que examinase bajo todos sus aspectos y relaciones las medidas que pudieran tomarse para aliviar a la nación de la grave enfermedad que éstas producían.

Poco después, el 14 de mayo del mismo año, 1.789, se publica la Real Cédula de Carlos III, mediante la cual se exige Real licencia para la fundación de los mayorazgos. El carácter restrictivo de esta ley quedó señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.865, donde nuestro Alto Tribunal estableció que el objeto de dicha norma no era sólo impedir que se fundaran

⁵² Ley 19 de mayo de 1975, N. 151, de reforma del Derecho de Familia.

⁵³ BROTÓNS, José Latour. “Del usufructo a la sustitución fideicomisaria”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 384-385, Mayo-Junio 1960, pág. 447.

mayorazgos, sino impedir toda prohibición perpetua de enajenar bienes raíces por medios directos o indirectos sin que precediera Real licencia.

Sin embargo, la Ley de 1.789, aún exigiendo Real licencia para la fundación de mayorazgos, jamás fue contemplada por la doctrina de la época como una norma exclusivamente desvinculadora.

En este sentido, la referente es la conocida, precisamente, como Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1.820, a través de la cual, por primera vez, se prohibió fundar en lo sucesivo directa o indirectamente mayorazgo, fideicomiso, patronato, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, así como prohibir su enajenación.⁵⁴

Esta Ley fue derogada por Fernando VII mediante el Decreto 1 de Octubre de 1.823, siendo restablecida, posteriormente, en el reinado de Isabel II por Decreto de 30 de Agosto de 1.836, y confirmada definitivamente por la Ley de 16 de agosto de 1.841 (siguiendo el impulso dado en la Real Cédula de 14 de mayo de 1.789).

Aunque, tal y como expone OSSORIO MORALES,⁵⁵ estas disposiciones suprimieron los fideicomisos *perpetuos*, por su carácter vincular, prohibiendo establecerlos para lo sucesivo, lo cierto es que no tuvieron alcance derogatorio respecto a los fideicomisos *temporales*, según resulta más de su espíritu que de su letra, confirmándolo así la legislación posterior y el propio Tribunal Supremo⁵⁶ al declarar reiteradamente que el artículo 1º de la Ley de 1.820, cuyo texto literal se prestaba a la duda, no comprendía los fideicomisos temporales.

En el mismo sentido, recoge VALLET DE GOYTISOLO⁵⁷ que es preciso recordar, ante todo, que ni la Ley de 11 de octubre de 1.820, ni el Decreto de 31 de agosto de 1.836, que restableció la vigencia de aquélla, llegaron a suprimir los fideicomisos temporales, por lo que debe entenderse que la sustitución fideicomisaria jamás fue completamente erradicada de nuestro Ordenamiento jurídico. Así lo entendió la doctrina, lo ratificó reiteradamente el Tribunal Supremo y lo sancionaron la Ley Hipotecaria de 1869 y varias leyes fiscales.

También DOMINGO AZNAR⁵⁸ expresa que los fideicomisos perpetuos fueron suprimidos por su carácter vincular, mas no los temporales, los cuales quedaron subsistentes, como lo indica la Ley de 23 de mayo de 1.845, que los menciona

⁵⁴ Concretamente, establecía su artículo 1: “*Quedan suprimidos todos los Mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculación de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza; los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres*”.

⁵⁵ MORALES, Juan Ossorio. cit., pág. 269.

⁵⁶ Entre otras muchas, en la sentencia de 21 de diciembre de 1.867, 29 de mayo 1.866, 23 de enero de 1.873.

⁵⁷ DE GOYTISOLO, Juan Vallet. *Estudios de Derecho Sucesorio*, Volumen I. Madrid: Editorial Montecorvo, 1980, pág. 192.

⁵⁸ AZNAR, Antonio Domingo. cit., pág. 51.

como vigentes; la Ley Hipotecaria anterior y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sienta en términos concretos y precisos la doctrina de que la Ley de 11 de octubre de 1.820, al suprimir los mayorazgos, fideicomisos y toda clase de vinculaciones, no comprendió los fideicomisos temporales y enajenables, sino sólo los perpetuos y vinculares.

Pero yendo más allá, GONZÁLEZ PALOMINO⁵⁹ argumenta que, a partir de 1.820, debido a la desaparición de los mayorazgos, es cuando realmente se necesita la existencia de la sustitución fideicomisaria, ya que en Castilla, defiende el autor, no existió la institución al estar cumplida su función mediante los propios mayorazgos.

El proyecto de Código civil de 1.851 (también conocido como Proyecto Isabelino) con criterio eminentemente radical, declaraba prohibidas todas las sustituciones fideicomisarias al afirmar en su artículo 635 que toda sustitución fuera de las señaladas en los arts. 629, 630 y 638 (que trataban de la sustitución vulgar), era considerada como fideicomiso y sería nula cualquiera que fuera la forma con que se la revistiera.

Es decir, que tal y como recogen ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA,⁶⁰ el Proyecto Isabelino de 1.851 siguió la pauta marcada en Francia por el Código de Napoleón, suprimiendo las sustituciones fideicomisarias. Por ello no admitió más sustitución que la vulgar, si bien, el artículo 638 autorizó la disposición de la propiedad a favor de uno y el usufructo a otro u otros, así como la sustitución del heredero impúbere para el caso en que muriera antes de llegar a la pubertad en los bienes de libre disposición, y la restitución de la parte libre a favor de los nietos del causante.

4.2 Inclusión de la sustitución fideicomisaria en nuestro Código Civil

Debido al retraso con el que se aprueba el C.c. en España, podemos afirmar que fueron los legisladores del siglo XIX, y no los codificadores, los encargados de resolver los problemas económicos y políticos generados por los mayorazgos y las vinculaciones.

En efecto, la legislación desvinculadora, apuntada ya en las Cortes de Cádiz, había declarado la abolición de los mayorazgos mediante la Ley de 1 de octubre de 1.820, mientras que la legislación desamortizadora (básicamente, las Leyes de

⁵⁹ PALOMINO, José González. cit., pág. 52.

⁶⁰ ALBÁCAR, José Luis; GARCÍA, Jaime De Castro. *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*. 4ª Edición. Tomo III. Madrid: Editorial Trivium, 1995, pág. 702.

Mendizábal y Espartero, entre 1.836 y 1.841, y más tarde la Ley de 1 de mayo de 1.855) había convertido los bienes de las manos muertas en *Bienes Nacionales*, vendidos prontamente en subasta pública al mejor postor.

Así pues, dicho en palabras del eminente Profesor TOMÁS Y VALIENTE, antes de abordar la redacción definitiva del Código se habían producido ya las “*auténticas transformaciones revolucionarias del régimen de la propiedad, que desde entonces obedeció al modelo conceptual propio del liberalismo económico*”.

Por ello, una vez superadas las corrientes desvinculadoras de la época, la Comisión redactora de 1.889, en vez de suprimirla, optó por fijar la extensión de la sustitución fideicomisaria en nuestro C.c., considerando que no había razón para limitar tan exorbitantemente la libertad de testar del causante, y desmarcándose con ello de lo acontecido previamente en el Código civil francés y en el italiano, así como de los trabajos preparatorios desvinculadores representados por el Proyecto Isabelino de 1.851.

Explica ROCA SASTRE⁶¹ que

España dio una nota de admirable serenidad frente al vendaval asolador que desencadenó la Revolución francesa. No es que aquí se hubiere dejado de abusar de las sustituciones fideicomisarias, sino todo lo contrario, pues abundaron éstas, y muchas de ellas tomaron la forma más odiada de mayorazgos y vinculaciones. Lo que hizo España fue simplemente no dejarse arrastrar por dicho huracán, absteniéndose de adoptar simplísticamente la radical medida de prohibir en absoluto las sustituciones fideicomisarias, y en lugar de proceder ciegamente como otras naciones hicieron, el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos o vinculación perpetuos. En el uso de la sustitución fideicomisaria no vio nada execrable, sino en el abuso de ella, principalmente en la forma que, aprovechando la dosis de vinculación que el fideicomiso por sí contiene, los transformaba en una vinculación de carácter perpetuo.

En nuestra opinión, dentro de la apuesta decidida por la inclusión de la sustitución fideicomisaria en la etapa codificadora, resulta obligatorio destacar el papel de Don Manuel Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia entre febrero de 1.881 y enero de 1.883, el cual, tras presentar al Senado los dos Primeros Libros del Proyecto del C.c. (24 de abril de 1.882), fue el encargado de articular todo lo relativo al previsto como tercer y último libro, el de sucesiones y contratos.

⁶¹ ROCA SASTRE, Ramón María. cit., págs. 21 y 22.

Para ello, formó, de acuerdo con varios de los miembros de la Comisión General de Codificación, como eran Don Manuel Durán y Bas (Cataluña), Don Luis Franco y López (Aragón) y Don Antonio Morales y Gómez (Navarra), un cuestionario de seis puntos, cinco de ellos sucesorios y uno contractual.

Tras la celebración del pertinente debate, los autores referidos llegaron a una serie de conclusiones reflejadas por el propio ALONSO MARTÍNEZ⁶² en los siguientes términos:

Esta institución jurídica, de la cual se muestran más apasionados los catalanes que los navarros y aragoneses, no es, por fortuna, un obstáculo a la unidad legislativa. Lo sería, sin duda, si nos obstináramos en copiar el Código Napoleón; pero, al menos, en la Comisión actual de Códigos no hay nadie que crea deber seguir su ejemplo y mantener la prohibición absoluta del fideicomiso contenida en nuestro Proyecto de 1.851. [...] Conformes estuvieron todos los vocales de la Comisión General de Codificación, en proscribir el fideicomiso perpetuo. No era posible que ninguno consintiese en restablecer el imperio de la mano muerta, sustrayendo al comercio y la libre circulación una gran parte del territorio nacional. Respetose, pues, unánimemente el principio de la libertad del inmueble, proclamado por los sabios legisladores de 1.820 y 1.836.

Pero, ¿debe proscribirse del mismo modo el fideicomiso temporal, siguiendo el ejemplo de los Códigos francés e italiano y del Proyecto de Código Civil de 1.851?

También hubo unanimidad en la negativa; y no ciertamente por un espíritu de condescendencia y transacción con los fueros, usos y costumbres de Cataluña, sino porque no hay razón alguna filosófica, jurídica, histórica ni económica que autorice una limitación tan exorbitante a la libertad del propietario. [...] ¿Qué razón puede haber para prohibir las sustituciones fideicomisarias a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna. [...] Lo verdaderamente importante en el fideicomiso es fijar su extensión, porque prohibirle es un acto de tiranía, una violación del derecho individual; y permitir que se establezca indefinidamente o a favor de muchas generaciones, es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social.

⁶² Reproducción del Capítulo V de la obra de Don Manuel ALONSO MARTÍNEZ, titulada *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, reproducida en la monografía que hemos estudiado, de ROGEL y VATTIER (coords.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 1.218.

[...] El resultado (tal y como sigue recogiendo el propio autor) fueron cinco Bases que redactó el Sr. Durán y Bas y que, aprobadas por la Comisión general de Codificación son como una síntesis de este debate. Estas bases podrán ser modificadas en su redacción, pero en su esencia son perfectamente aceptables para el Código general; resultando por tanto que, por lo que hace a los fideicomisos, todas las provincias españolas pueden y deben regirse por una regla común.

Una vez resaltada la importancia del papel jugado por ALONSO MARTÍNEZ en la inclusión de la sustitución fideicomisaria en nuestro C.c., afirmamos que las cinco Bases⁶³ de Durán y Bas de 1.882 son la base de los futuros artículos 781, 782, 783, 1^a y 2^a, y 785, 1^a del C.c., ya que, tal y como se recoge en la Base 15 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.888,

el tratado de las sucesiones del futuro Código civil se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión General de Codificación, reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1.882;

es decir, lo que las sustituciones fideicomisarias que regulan nuestro C.c. tienen como antecedentes las cinco Bases de 1.882.

Por otra parte, también es cierto que por seguir suponiendo la sustitución fideicomisaria una vinculación de bienes, aunque temporal, y para evitar que su uso pudiese deparar los mismos inconvenientes que las antiguas vinculaciones, los legisladores del C.c. le otorgaron a la institución una serie de condiciones restrictivas, como son:

1^a.- Que no pase la sustitución del segundo grado, o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Con ello se consigue evitar su carácter de perpetuidad.

2^a.- Que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria han de ser expresos.

⁶³ El contenido de las cinco Bases de Durán y Bas es el siguiente: Base A. Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado, y siempre si se hicieran a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Base B. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recaen sobre las mejoras, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes. Base C. Los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos. Base D. Para que el fideicomisario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvo las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador. Base E. Las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes a un segundo heredero, no serán válidas.

3ª.- Que las sustituciones nunca podrán gravar la legítima, y si recayeran sobre el tercio destinado a las mejoras, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.

Con esta regulación, tal y como expone la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 9 de julio de 1.927, se

lograba la armonía entre principios fundamentales de la ciencia económica, que había desechado por peligrosa al bien público la inalienabilidad de los bienes, y el respeto merecido a la voluntad del testador, que podía tener motivos especialísimos para asegurar de este modo la subsistencia de personas de su inmediata relación con las que tuviera deberes que cumplir y quisiera hacer compatibles con otros [...].

Llegados a este punto, y aun habiendo alabado la figura del legislador español de la época codificadora por su valentía a la hora de incluir en el texto definitivo del C.c. la sustitución fideicomisaria (a diferencia de los codificadores franceses e italianos), nos vemos obligados a resaltar que, debido a sus antecedentes históricos, así como a la tensión ideológica existente por aquel entonces, la regulación dada a la figura no fue, en nuestra opinión, todo lo completa que debería haber sido.⁶⁴

Pero, ¿a qué se debió la escasez otorgada a la regulación de la sustitución fideicomisaria en nuestro C.c.?

Particularmente me permito aventurar como posible motivo, el hecho de que el legislador de 1.889 tomase directamente como eje para regular la sustitución fideicomisaria, el contenido de las cinco Bases de Durán y Bas de 1.882, sin tener en cuenta que éstas no tenían por objeto la regulación completa de la institución, sino, tan sólo, la resolución de posibles divergencias existentes en cuanto a su regulación.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio. Origen histórico de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español en la actualidad: la sustitución fideicomisaria. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 151-179, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.008.

Recebido em: 17.07.2019

1º parecer em: 19.07.2019

2º parecer em: 05.11.2019

⁶⁴ Por ejemplo, la regulación otorgada por de los Derechos Forales a la sustitución fideicomisaria era, y sigue siendo, más amplia que la de nuestro Derecho Común.