

Notas para la interpretación del artículo 783, § 1.º, y 785, n.º 1.º del Código civil

(Voluntad interpretada y voluntad conjeturada por razones extrínsecas al testamento. Disposición de sustitución fideicomisaria y determinación de quiénes son los favorecidos por ella)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

I) PLANTEAMIENTO DE ESTE PROBLEMA INTERPRETATIVO.

La «Revista Internacional del Notariado» en sus números 45 y 49, respectivamente, ha publicado un informe de quien firma estas notas y un dictamen de nuestro querido maestro y amigo Ramón María Roca Sastre, referentes al mismo supuesto de hecho y radicalmente discrepantes en sus conclusiones.

La razón de tal disparidad es consecuencia de una distinta interpretación del § 2.º del artículo 783 (1) y del número 1 del 785 del Código civil (2), en especial en su relación con el artículo 675, § 1.º (3) del mismo Código.

A juicio de Roca Sastre: «el artículo 783 (párrafo primero) del Código civil es una excepción que impide la actuación del artículo 675 del mismo, en cuanto a la interpretación constructiva conjetural de la voluntad testamentaria en materia de llamamientos a la sustitución fideicomisaria, y concretamente de llamamientos al fideicomiso de los hijos puestos en condición en los fideicomisos *si sine liberis decesserit*, porque de otro modo aquel artículo quedaría inoperante, sería redundante o superfluo, lo que en todo punto es inadmisibles, pues el legislador en sus preceptos se produce en serio, lo que impide entenderlos en el sentido de que no produzcan efecto».

(1) Art. 783, § 1.º: «Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.»

(2) Art. 785: «No surtirá efecto: 1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero»...

(3) Art. 675, § 1.º: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Una posición totalmente opuesta a la de Roca Sastre, en el problema de si los hijos puestos en condición deben entenderse puestos en sustitución en el régimen del Código civil, fué la mantenida por otro ilustre y querido amigo y compañero, Rafael Núñez Lagos (4), para quien: «El problema de si los hijos puestos en condición están instituidos o no, resuelto de plano por la transcrita ley de Partidas [se refiere a la ley 10, tít. IV, 6.ª P.], en el Código civil se centra, dentro del párrafo primero del artículo 675, como una mera cuestión de interpretación de voluntad. Ya no rige aquí el número primero del 785 del Código civil, sino el párrafo segundo del 772. Al margen de todo enrevesado mecanismo de conjeturas, la cuestión se limita al modo, forma o manera de *designar heredero*, para lo cual, como recurso técnico y precedente de autoridad (puede ser que, incluso, como *principio de derecho* contenido en fuente formal histórica) se puede y se debe invocar la indiscutible autoridad de las Partidas».

Al comentar este párrafo hace casi cinco años (5) mostramos nuestra disconformidad. En primer lugar, porque según el juicio de la totalidad de los autores castellanos que la comentaron, la ley 10, tít. IV, Partida 6.ª se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria, paralelo al texto de Papiniano recogido en el Digesto (XXXV-I, 102) y conocido por ley *Cum ævus*, que entendió llamados como sustitutos fideicomisarios, preferentemente al extraño expresamente designado, a los descendientes del heredero fideicomitido *que ni siquiera habían sido mencionados*, es decir, *que no sólo no habían sido puestos en sustitución sino tampoco en condición*.

Pero, Núñez Lagos, generalizando la doctrina de aquel caso singular y pretendiendo alejarla de las sustituciones fideicomisarias, entendió que «la cláusula *si sine liberis decesserit*» era implícita en toda sustitución vulgar, y los hijos puestos en condición, expresa o tácitamente, heredaban siempre... «al margen de fideicomisos y sustituciones fideicomisarias». Y, al trasladar el problema al Código civil (7), si bien reconoce la derogación de la ley de Partidas por la disposición del artículo 1.976 del Código civil y, por tanto, de la *condición tácita si sine liberis decesserit*, entiende que ésta *en su forma expresa* es «una institución con condición resolutoria para el primer llamamiento y condición suspensiva para el segundo llamamiento», respecto a la cual, «como

(4) Rafael Núñez Lagos, Contestación al Discurso leído el 30 de abril de 1956, por Ramón M.ª Roca Sastre, en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, con el título: "El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil", pág. 141.

(5) "Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *Si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil", págs. 6 y ss. en An. Der. Civ. IX-III, págs. 787 y ss.

(6) Núñez Lagos, loc. cit., pág. 137.

(7) Núñez Lagos, loc. cit., págs. 140 y s.

recurso técnico y precedente de autoridad (puede ser que incluso como *principio de derecho* contenido en fuente normal histórica) se puede y se debe invocar la indiscutible autoridad de las Partidas».

Nosotros, por la razón de considerar que todo llamamiento *si sine liberis decesserit* implica siempre una sustitución fideicomisaria condicional, y por estimar asimismo que la doctrina de la ley *Cum avis* y de la ley 10 del tít. IV, P. 6.^a—que presupone el llamamiento fideicomisario a favor de los hijos del fideicomitado por razón puramente legal—afirmamos entonces (8) que esa doctrina no puede ser trasladada a la cláusula expresa *si sine liberis decesserit*. Lo impiden los artículos 783, § 1.^o y 785 número 1., que la contradicen de tal modo que *eliminan la posibilidad de todo fideicomiso presunto*. En este sentido —y no en el entendido por Roca Sastre— escribimos que «tampoco puede sostenerse la remisión al artículo 772, sino que queda el escollo de los artículos 783, § 1.^o, y 785, número 1.^o».

A juicio nuestro, en los llamamientos *si sine liberis decesserit* —como fideicomisos condicionales— no caben conjeturas extratestamentarias, es decir, no deducidas del tenor del mismo, por impedirlo los artículos 783, § 1.^o, y 785, número 1.^o; pero sí que se puede y debe interpretar la voluntad del testador, según el tenor del testamento —de acuerdo con el artículo 675 C. c.— para averiguar si los hijos puestos en condición también se hallan puestos en sustitución. Se prohíben, pues, en dichos textos, las *conjeturas extratestamentarias*, pero no se pueden entender exceptuadas, contradiciendo el artículo 675 C. c., las *conjeturas testamentarias*.

Según el referido dictamen de Roca Sastre, cabe distinguir unas conjeturas *iuris seu legis* establecidas como derecho supletorio (como, v. gr., la ley 40 de Toro y la Pragmática de Felipe III de 5 abril 1615, que presumieron la representación en el mayorazgo del primogénito prefallecido por sus descendientes legítimos por su orden) y otras *hominis seu iudicis*, que —según cree— pertenecen al campo de la interpretación. A su juicio, al no haber recogido el Código civil ninguna conjetura *iuris seu legis* en esta materia, el artículo 783 «no puede referirse a ellas por simple aplicación del principio lógico de contradicción, sino a las otras conjeturas *hominis seu iudicis*, que sirven de base para aquel esfuerzo interpretativo integrador de la «construcción conjetural de la voluntad testamentaria». «Por tanto —concluye Roca— dicho artículo 783 del Código rechaza las conjeturas simples sobre las que por vía de interpretación se pretenden basar posibles llamamientos a las sustituciones fideicomisarias.»

Esta clasificación, expuesta por nuestro querido y admirado maestro, no nos parece completa, porque entre las que Roca

(8) Loc. cit., pág. 79, y *An. Der. Civ.*, cit. pág. 859.

Sastre denomina presunciones *hominis seu iudicis*, creemos necesario subdistinguir las *basadas en el tenor del testamento* y las *derivadas de razones extrínsecas al mismo*, sean de equidad, de consideraciones sociales, de lo que es corriente querer en tales casos por el común de los causantes, de las circunstancias familiares y personales del testador, etc., etc. Las primeras (es decir, las basadas en el tenor del testamento) sólo muy lentamente pueden llamarse presunciones, y, evidentemente, entran de lleno en el campo de la interpretación, en el ámbito del artículo 675 C. c. No pueden, por tanto, entenderse excluidas por los artículos 783, § 1.º, y 785, número 1.º, si éstos y aquél pueden ser armonizados sin limitar la regla general que para la interpretación establece el Código en el 675.

Pero, antes de insistir en nuestra opinión, creemos de interés repasar el criterio de los autores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, referentes a los preceptos que nos ocupan.

II) OPINIÓN DE LOS AUTORES ACERCA DEL SENTIDO DE LOS ARTÍCULOS 783, § 1.º, Y 785, NÚMERO 1.º C. c.

Aparte de los autores que sólo repiten los términos de dichos preceptos sin comentarlos ni explicarlos (9), podemos clasificar a los que se ocupan de desentrañar su sentido en los siguientes grupos:

a) Manresa (10) —que como es bien sabido fué vocal de la Comisión codificadora— afirmó que la necesidad del número 1.º del artículo 785 resultaba evidenciada, «dada la doctrina admitida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 26 junio 1862, que interpretando la ley 14, tít. 5.º de la Partida 6.ª, reconoció la posibilidad de la designación confidencial, y en tal concepto viene a ser modificado por dicha regla el antiguo derecho».

(9) Entre éstos y antes que ninguno podemos colocar al Presidente de la Comisión redactora del Código, Manuel Alonso Martínez, "El Código civil en sus relaciones con las Legislaciones forales" (2.ª ed. Madrid 1947), pág. 175. Apuntamos además a Manuel de Bofarull, "Código civil español" (3.ª ed. Madrid, 1889), págs. 2949 y s.; José Gonzalo de las Casas, "Aplicación práctica del Código civil español" (Madrid, 1889), pág. 379; José M.ª Planas y Casals, "Instituciones de Derecho Civil español", T. II (Barcelona, 1914), pág. 651; M. Miguel Traviesas, "Sustituciones hereditarias", en Rev. Der. Priv. XIV (diciembre 1927), págs. 417 y s.; Felicísimo de Castro, "Derecho civil", vol. II (Madrid 1928), pág. 263; Calixto Valverde Valverde, "Tratado de Derecho Civil Español", T. V (4.ª ed. Valladolid 1939), pág. 196; Francisco Bonet Ramón, "Derecho Civil común y foral", T. II (Madrid, 1940), págs. 507 y ss.; Miguel Royo Martínez, "Derecho Sucesorio" (Sevilla, 1951), pág. 160; Diego Espín Cánovas, "Manual de Derecho Civil Español", vol. V (Madrid, 1957), páginas 215 y 217.

(10) José M.ª Manresa y Navarro, "Comentarios al Código civil español", tomo VI —6.ª ed. Madrid 1922— arts. 783 a 786, pág. 155.

Esta misma interpretación del artículo 783, § 1.º, y del 785 número 1.º, que los concreta a la *prohibición de los fideicomisos confidenciales o secretos*, la admitieron la mayoría de los autores inmediatos a la promulgación del Código civil, tales: Alcubilla (11), Navarro Amandi (12), Bonel (13), Firmat (14), López R. Gómez (15), Falcón (16), Ramos Bascañana (17). Según Firmat explicó, «se rechaza [en esos artículos] la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en varias sentencias, interpretando bien nuestras leyes, declaró válidas las designaciones de fideicomisarios, hechas en documentos privados o en conferencia verbal con el fiduciario». Con otro enfoque López R. Gómez, dice que el artículo 783 «se funda en las leyes 14, tít. 4.º, Partida 6.ª y 1.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, que exigieron la capacidad en el fideicomisario para aceptar la herencia y *para evitar que ésta pudiera ser transferida a personas indignas*».

Sánchez Román (18) siguió el mismo criterio, que razonó largamente y centró en la afirmación de que, el artículo 783, § 1.º, no puede significar otra cosa «que la necesidad de designar expresamente el nombre del heredero fideicomisario, no pudiendo, por tanto, hacer designación de un modo secreto o reservado, declarándola únicamente al fiduciario, ya de palabra, ya por escrito».

Años más tarde insistieron en esta misma interpretación Oyuelos (19), de Casso (20) y De Buen (21). Este entendió el artículo 783 en el sentido de que «los llamados habrán de ser personas

(11) Marcelo Martínez Alcubilla, "Diccionario de la Administración Española", voz "Sucesiones", vol. IX (5.ª ed., Madrid 1894), pág. 599, donde glosa al texto literal que transcribe "y no según instrucciones reservadas".

(12) Mario Navarro Amandi, "Cuestionario del Código civil reformado", tomo III (Madrid 1890), art. 785, pág. 252.

(13) León Bonel y Sánchez, "Código civil español", T. III (Barcelona 1890), art. 785, núm. 1, pág. 376.

(14) Jesús Firmat y Cabrero, "Antinomias y oscuridades del Código civil", IV, en "La Reforma Legislativa", año XIX, núm. 959 (Madrid, 25 de mayo de 1890).

(15) Nicolás López R. Gómez, "Tratado teórico legal del Derecho de Sucesión", T. I (Valladolid 1891), pág. 470.

(16) Modesto Falcón, "Exposición doctrinal del Código civil español, común y foral", T. III (5.ª ed., Barcelona, 1897), págs. 207 y s.

(17) Rafael Ramos Bascañana, "De las sucesiones", T. I (Madrid 1894), págs. 304 y ss.

(18) Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", T. VI-1.º (2.ª edición, Madrid 1910), págs. 696 y ss.

(19) Ricardo Oyuelos, "Digesto", T. III (Madrid, 1920), págs. 396 y ss. A su juicio: "Impone el legislador la claridad en la expresión, para que no puedan prevalecer disposiciones encubiertas en favor de lo que quiere prohibir".

(20) Ignacio de Casso y Romero, "Derecho civil español", T. I (Madrid 1926), pág. 480, donde se lee: "hace falta que los llamamientos sean expresos (art. 783), o sea designando por su nombre al fideicomisario".

(21) Demófilo de Buen, Notas al "Curso elemental de Derecho Civil", de A. Colín y H. Capitant, vol VIII (Madrid, 1928), pág. 316.

ciertas y determinadas, no pudiendo quedar el nombramiento al arbitrio o la conciencia del primer llamado».

b) Burón (22) propuso otra interpretación. Opuso fideicomisos expresos y tácitos, pero entendió por forma *tácita* la «establecida por la ley, como sucedía en el caso de que fueren instituidos hijos naturales o legítimos, expresando el testador que toda la herencia fuera para el último que falleciera, en el cual sobrentendía la ley en el llamamiento de cada uno como sustitutos, la condición tácita, *si el otro fallecía sin hijos*, que implicaba a favor de éstos un derecho de preferencia sobre el otro heredero, que descansaba sobre la existencia de la sustitución legal *tácita*».

El mismo criterio aceptó De Diego (23), que alude al respecto a la derogación de la forma tácita contenida en la ley 10, tít. IV, Partida sexta.

Como vemos, estos dos autores entienden que lo derogado por el artículo 783, § 1.º, fueron precisamente las presunciones fideicomisarias que Roca Sastre denomina *iuris seu legis*.

c) Un tercer criterio fué expuesto por Mucius Scaevola (24). Este autor ha sido de los pocos que han abordado la posibilidad de que el artículo 785, número 1, contenga una derogación evidente del artículo 675, sobre interpretación de testamentos, pero la rechazó. A su juicio «*derogación hecha en forma tal llenaría de dudas y de confusiones, si hubiera de entenderse con entendimiento riguroso*», y que «*así supusiéramos que sólo habrían de ser válidas las dos fórmulas rigurosamente ajustadas a los términos del artículo, daríamos al legislador el desairadísimo papel de cazador de vocablos, y le crearíamos una posición perfectamente bufan*».

A juicio de Scaevola, lo que el Código trata de desterrar son las fórmulas en las que «*no se ordena, sino que se ruega, se pide, se suplica, se recomienda al heredero o se le manifiesta el deseo de que restituya los bienes*». En definitiva, opinó «que allí donde se exige que la sustitución sea expresa quiso decirse en realidad que fuera *imperativa*, esto es, que contenga la demostración de que el testador establece la sustitución fideicomisaria por su propio imperio y no abandonándola a la voluntad de los herederos del fiduciario».

Castán Tobeñas (25) parece inclinado a este criterio, ya que

(22) Gregorio Burón García, "Derecho Civil Español", T. III (Madrid 1904), núm. 1.024, pág. 85.

(23) Felipe Clemente de Diego, "Instituciones de Derecho Civil", T. III (Madrid 1932), pág. 164.

(24) Quintus Mucius Scaevola, "Código civil, comentado y concordado extensamente", T. XIII (5.ª ed., Madrid 1934), art. 785, III, A, págs. 736 y ss.

(25) José Castán Tobeñas, "Derecho Civil Español Común y Foral", I-2.º (Madrid, 1939), págs. 244 y s., nota.

dice: «el requisito del Código es difícil de matizar, pues si se tomase con excesivo rigor formal, resultaría absurdo dentro de los principios espiritualistas que el Código civil y, en general, el Derecho moderno, sustentan en orden a la forma de las declaraciones de voluntad. A juicio de Scaevola, lo único que rechaza el Código son las antiguas formas indirectas o de ruego que se empleaban para ordenar la sustitución». Palabras con las cuales, si bien no define decididamente su posición, en cambio, es rotundo en la crítica del mismo criterio que discutimos y rechazamos.

d) Una posición acumulativa de las anteriores es la adoptada por Ossorio Morales (26). Este autor aplica las normas de que tratamos: a no reconocer como sustituciones fideicomisarias los meros ruegos y recomendaciones; a rechazar como tales las disposiciones que no estén hechas de modo claro y terminante; también, los «llamamientos conjeturales o confidenciales [notemos la equivalencia que establece el autor entre ambas palabras], o sea, aquéllos en que se silencie o reserve quiénes han de ser beneficiarios, comunicándolo de modo secreto al fiduciario», y, en fin, la sustitución fideicomisaria tácita de la ley 14, tít. 5.º, Partida sexta.

e) De Díaz Cobeña (27) conocemos sólo su opinión contraria a la tesis que discutimos, pues al dictaminar acerca de si determinada cláusula implicaba o no sustitución fideicomisaria, acudió al artículo 675 C. c., sin invocar siquiera como posible obstáculo, para aplicar su doctrina, los referidos preceptos de los artículos 783, § 1.º, y 785, número 1.º

f) Lacruz Berdejo (28) se ha limitado a glosar que el artículo 783 del Código civil, «no admite los llamamientos conjeturales», y añade: «Véase, no obstante con criterio muy amplio, en un caso de hijos puestos en condición, sentencia de 4 de marzo de 1952». Esperamos la obra que tiene muy adelantada este autor, buen amigo nuestro, para que nos concrete su criterio, que particularmente nos ha manifestado, de rechazar la exclusión de la aplicación del artículo 675 del Código civil, por creer que las conjeturas prohibidas son sólo las basadas en razones extratestamentarias.

Borrel y Soler (29), si bien comenzó afirmando que el Código no admite la validez de los fideicomisos tácitos, añadió luego

(26) Juan Ossorio Morales, "Manual de Sucesión Testada" (Madrid 1957), págs. 273, 279 y 280.

(27) Luis Díaz Cobeña, "Dictámenes" (Madrid, 1918), dict. IX, págs. 181 y ss.

(28) José Luis Lacruz Berdejo, Notas al "Derecho de Sucesiones", de Julius Bindar (Barcelona 1953), § 11, pág. 113.

(29) Antonio M. Borrell y Soler, "Derecho Civil Español", T. I. (Barcelona 1954), § 323, pág. 133.

que a veces, «aunque no se declare positivamente que se quiere establecer y disponer un fideicomiso, el testador puede hacer manifestaciones formales de voluntad que indirectamente impongan la creación de un fideicomiso», y que «el Código, aun sin llegar a catalogar una serie de casos en que tenga que presumirse la existencia de un fideicomiso tácito, no puede desconocerlo, como dan a conocer las últimas palabras del número 1.º del citado artículo 785. De todos modos, han de disponerse en forma inducida; y como las privaciones de libertad no se presumen, en caso de duda una sustitución se presume vulgar y no fideicomisaria».

g) No puede, pues, afirmarse que la opinión de Roca Sastre tenga precedentes en los comentaristas del Código civil que con anterioridad se ocuparon de estas normas. Fué Roca Sastre más allá que los autores de regiones de Derecho común, cuando en sus *Estudios* (30) contrapuso fideicomisos *expresos* y *tácitos* por razón de la admisión de éstos en las regiones de Derecho romano y de su inadmisión en el Código civil. A su juicio, a diferencia de éste, «en las regiones de Derecho romano cabe el fideicomiso tácito, o sea, aquel en el cual el gravamen fideicomisario se induce a través de una interpretación lógica de la voluntad del testador y a base de conjeturas o presunciones. El fideicomiso expreso surge de una simple interpretación literal; el tácito aparece gracias a una interpretación intencional».

Puig Peña (31) aparece ya notablemente influido por Roca Sastre. Véase su definición de los *fideicomisos tácitos* «como una interpretación de las cláusulas impuestas por el testador en el testamento», y su afirmación de que «en la órbita territorial del Código civil están éstos proscritos». No obstante, más adelante afirma que el artículo 783, § 1.º, rechaza terminantemente «el régimen secreto o de confianza extremada, que tan malos resultados dió en los territorios españoles dominados hoy por el Código civil, no existiendo, por tanto, el llamado fideicomiso *tácito o conjetural*». Y, después de insistir en la necesidad de que «el testador establezca el fideicomiso *de una manera inequívoca*», añade que ello, «sin embargo, no significa ni con mucho que el causante tenga que ordenar su testamento consignando *explícitamente* la ordenación fideicomisaria, con este mismo nombre o expresión; basta que ello se deduzca de la forma, modo y término en que se ha expresado al instituir». Y acaba por volver a decir que el artículo 785, núm. 1.º, confirma la exclusión de la forma tácita en el Código civil.

(30) Ramón M.ª Roca Sastre, "Estudios de Derecho Privado", "II Sucesiones" (Madrid 1948), págs. 40 y s.

(31) Federico Puig Peña, "Tratado de Derecho civil español", V-I (Madrid 1954), págs. 479 y s., 490 y 492 *in fine* y ss.

Comparados los conceptos de fideicomiso tácito de Borrell y Soler y de Roca Sastre, así como observando las vacilaciones de Puig Peña, se aprecian dos diferentes concepciones del mismo. Una que opone *expreso a tácito*. Otra que opone *literal a tácito y expreso a presunto*. Admitido el fideicomiso expreso que no sea literal, resulta difícil precisar dónde termina la interpretación de la voluntad expresa y comienza la de la voluntad tácita. Por ello, lo que separamos radicalmente es: *la interpretación de la intención del testador deducida del tenor del testamento*, de una parte, y, de otra, *las conjeturas derivadas de razones extratestamentarias con el fin de determinarla a base de presunciones*.

III) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELACIONADA CON ESTE TEMA.

Han sido pocas las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de esta cuestión con referencia al Código civil. Sólo conocemos las dos que cita Roca Sastre en su Dictamen, que no creemos favorezcan su tesis, sino al contrario—a juicio nuestro—la contradicen, como vamos a ver:

Sentencia de 30 de enero de 1928:

Se discutía la interpretación de una cláusula, en la cual el testador, después de instituir a varios sobrinos carnales, por partes iguales, agregaba que: «si alguno de ellos falleciere sin hijos, la parte del mismo correspondiente la acrecerán los demás coherederos, y el que muera con sucesión, ésta heredará la parte que al mismo le pertenezca en propiedad absoluta».

La Audiencia de Valencia declaró que la hija de una sobrina premuerta tenía derecho a coparticipar con sus tíos en la porción de otro tío fallecido sin hijos.

Se interpuso recurso de casación, invocándose en uno de los motivos infracción de los artículos 783 y 785 del Código civil.

Y el Tribunal Supremo, si bien casó la sentencia recurrida, no se apoyó, para ello, en ninguno de estos dos preceptos, sino precisamente en el artículo 675 del Código civil, para interpretar la voluntad del testador según el tenor del testamento, entendiéndolo, por esa vía, que en el caso discutido sólo era dable el derecho de acrecer (mal llamado así en el testamento) entre los coherederos que viviesen al ocurrir el fallecimiento del causante.

Sentencia de 4 de marzo de 1952:

Se trataba de interpretar unas cláusulas testamentarias, de las cuales, en la 4.^a, se mejoraba a un hijo Am., ordenando que de fallecer éste sin hijos legítimos pasaría la mejora a su hermano Aug., y si concurriese en éste igual causa, a su también

hermano Eu., y—en la 5.ª—se disponía que si a Am. o al hermano que resultase mejorado «sobreviviese hijo o hija o más de uno, y fallecieren éstos sin quedar sucesión de ellos o abintestato o a edad pupilar, era terminante voluntad del testador que... la parte del referido legado o cuanto constituye la mejora, volverá precisamente al hermano del Am., según el orden establecido en la cláusula anterior, porque constituyendo la tan repetida mejora del quinto una gracia del padre para su hijo, *no está en su ánimo y deseo que ella llegue a ser propiedad de terceros ajenos a la familia*».

Am. había muerto sin descendencia, Aug. y Eu. le habían premuerto, pero quedaba un hijo legítimo de ese último, que demandó a la viuda y herederos de aquél.

La Audiencia de La Coruña reconoció el derecho de dicho nieto.

Contra su sentencia, se interpuso recurso de casación, en el cual se invocó, en su tercer motivo, infracción de los artículos 783 y 785 del Código civil.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso, y de nuevo se apoyó en el artículo 675 del Código civil, para deducir la verdadera intención del testador, conjugando el *sentido literal con el lógico, sistemático y teleológico* de las cláusulas testamentarias. Y, pese a reconocer que en texto literal no encajaba la solución recurrida, afirmó que *es preciso coordinar en el sentido literal de la cláusula con la aspiración o finalidad que presidió la formación de los testamentos* [pues eran dos, el del padre y el de la madre, esencialmente iguales] *en los que fué intención fundamental el mantenimiento del quinto, en lo posible, dentro de la familia legítima por sucesión directa, y ante tal finalidad, bien puede afirmarse que si los testadores hubieren previsto de modo concreto y explícito la situación de facto creada al fallecimiento sin descendencia del primer instituido, sobreviviéndole en sucesión directa el demandante en este pleito, sería éste el designado para heredar la mejora del quinto con preferencia a la viuda del hijo primeramente llamado y a los demás parientes que no descendiesen del alguno de los hijos y favorecidos con la mejora.*

La conjetura interpretativa es muy patente, tanto como la falta de llamamiento literal al nieto. Es claro, pues, que los nietos no estaban llamados literalmente como sustitutivos vulgares *in fideicomiso* de su padre, ni como sustitutos fideicomisarios de sus tíos; pero, en cambio, de la interpretación de la intención del testador deducida—conforme el artículo 675 del Código civil—del tenor del mismo testamento (concretamente, del inciso que hemos subrayado al transcribirlo), el Tribunal Supremo dedujo que el llamamiento existía. El criterio de admitir un esfuerzo interpretativo para deducir la disposición de una sustitución fideicomisaria y de aceptar conjeturas apoyadas en el tenor del testamento, fué, pues, aplicado con verdadera amplitud.

IV) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

Si exceptuamos un considerando de la Resolución de 11 de julio de 1923, que no pasa de ser un mero *obiter dictum*, tampoco la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado favorece la tesis de Roca Sastre.

Resolución de 25 de junio de 1895:

Se halló ante un supuesto en que se discutía si la sustitución establecida *era vulgar o bien era fideicomisaria*. La Dirección decidió que sólo era vulgar apoyándose en el artículo 785 (considerandos 2.º y 5.º), pero también, en el artículo 675 del Código civil (en el 4.º considerando), que, por ende, no consideró incompatibles.

Resolución de 11 de julio de 1923:

Es cierto que en uno de los considerandos de esta resolución hallamos el verdadero antecedente de la opinión de Roca Sastre, pues después de haber contrapuesto en otro considerando *llamamientos expresos y conjeturables*, el referido excluye la posibilidad de indagación de la voluntad del testador a través de las cláusulas testamentarias. Pero, debe observarse que en el testamento en cuestión no había base interpretativa alguna para entender que en aquel caso los hijos puestos en condición lo estuvieran también en sustitución. Por eso aquel considerando poco pudo influir en la resolución.

Resolución de 8 de mayo de 1924:

También invocó los artículos 783 y 785, núm. 1.º, para excluir de la disposición los hijos puestos en condición en un supuesto en que tampoco podía deducirse del tenor del testamento su inclusión en disposición. Las conjeturas que rechazó estaban basadas *en razones de equidad o sobre el destino familiar de los bienes*; pero nada declaró en contra de las que pudieran fundarse en la deducción de la intención del testador, según el tenor del testamento.

Resolución de 31 de diciembre de 1930:

Podemos decir de ella lo mismo que de la anterior. Opuso los dos citados preceptos para rechazar *«las razones de equidad que pudieran servir para apoyar la opinión contraria»*. Es decir, rechazó conjeturas extratestamentarias.

Resolución de 25 de abril de 1931:

Ante un supuesto en que se discutía si se había dispuesto una sustitución fideicomisaria o sólo un fideicomiso de residuo, resolvió esto último, fundado no sólo en los artículos 783 y 785,

sino también en la interpretación del tenor del testamento, razonando precisamente sobre su texto, que inducía a entender que sólo se trataba de un fideicomiso de residuo.

Resolución de 19 de diciembre de 1942:

Se refirió a un supuesto en el cual el Registrador pretendía que unos hijos puestos en condición estaban puestos en sustitución. La Dirección lo rechazó, invocando los artículos 783 y 785, núm. 1.º (en su 4.º consid.), pero también que *del estudio de la cláusula testamentaria tampoco se infiere la existencia de una prohibición expresa de enajenar* (en el 5.º consid.).

Por lo tanto, en ninguno de los supuestos contemplados por las Resoluciones referidas había base alguna para inferir que fuese voluntad del testador llamar fideicomisariamente a los nombrados. Dos de ellas sólo rechazaron expresamente las conjeturas basadas en *razones de equidad o sobre el destino familiar de los bienes* (es decir extrínsecas) y las otras tres se preocupan de averiguar cuál era la verdadera voluntad del testador.

V) INTENTO DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 783, § 1.º Y 785, NÚMERO 1.

Creemos que un intento cuidadoso para interpretar estos textos legales requiere averiguar en qué puntos confirman éstos una doctrina preexistente al Código y en qué extremos innovan el anterior ordenamiento.

Nuestro examen observa tres principales direcciones en la aplicación de los referidos preceptos: A) La prohibición de los fideicomisos tácitos u ocultos. B) La derogación de las presunciones *iuris seu legis* de sustitución fideicomisaria; y C) La ampliación del viejo principio *in dubio contra fideicommissum, fideicommissum semper est in dubio iudicandum*. Los trataremos separadamente.

A) *Derogación de los fideicomisos confidenciales o secretos.*

Es sabido que el adverbio *tácitamente* tiene tres significados: *secretamente, sin expresión y sin declaración formal*, según resulta del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

La *expresión secreta* de un fideicomiso naturalmente se verificaba fuera del testamento, verbalmente o por escrito. En ese sentido, nos dice Escriche (32): «También se entiende por *fideicomiso tácito* una disposición simulada hecha aparentemente a favor de alguno, pero con intención secreta de hacer pasar el beneficio de esta disposición a otra persona que no se nombra en el testamento. Este fideicomiso no suele hacerse sino a fin de

(32) Joaquín Escriche, "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", T. I (3.ª ed., Madrid 1847), voz Fideicomiso, pág. 791.

que recaiga la herencia en alguna persona que se halla en estado de incapacidad legal para recibirla, valiéndose el testador de algún amigo u otro sujeto de confianza, a quien nombra heredero con el encargo de que entregue los bienes a la persona que se designa». Por esa última razón, sin duda—como observó Maynz (33)—, en Derecho romano, se empleó la expresión de fideicomiso tácito en el sentido—más restringido—de fideicomiso tachado de nulidad por haber sido hecho en fraude de la ley, lo que daba lugar a que pasara al fisco la cosa fideicomitada (Dig. XXII-III, 3 y XXVIII-VI, 43, § 3.º).

El fideicomiso tácito, en el sentido de confidencial, había sido claramente admitido por el Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 26 de junio de 1862, declaró en su primer considerando, «que la ley 14, Título XV de la Partida 6.ª, cuyo objeto es definir y autorizar la sustitución fideicomisaria, si bien supone la existencia de dos personas, una tiene la comisión o encargo de entregar la herencia y otra, el derecho de recibirla, no prohíbe que la designación de la segunda sea confidencial; y que la práctica y la jurisprudencia han autorizado que esa designación se haga, ora en cédulas o papeles reservados, ora a la misma persona a quien se da la comisión».

Esta doctrina preocupó indudablemente a algunos juristas, como nos refleja Manresa, al decirnos su opinión de que la finalidad de los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1, fué precisamente la de suprimir esos fideicomisos confidentiales no contenidos en el testamento, exigiendo que constaran expresamente en éste. Es revelador que la inmensa mayoría de los autores inmediatos al Código civil siguieran ese criterio.

Claro que no faltará quien alegue que la prohibición de esa clase de fideicomisos se halla en el núm. 4.º del artículo 785, que dispone que no surtirán efecto: «Las [sustituciones fideicomisarias] que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta, según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador». Pero, puede replicarse que el transcrito núm. 4.º se refiere a aquellas sustituciones en las cuales se imponen encargos reservados al heredero, que actúa como un verdadero liquidador; mientras que el núm. 1.º afecta especialmente a la designación de la persona del sustituto fideicomisario que sólo puede hacerse en el testamento.

La redacción de los preceptos contenidos en los artículos 783, § 1.º, y 785, núm. 1.º, es idéntica a la de los artículos 784, § 1.º, y 786, núm. 1.º, del Proyecto de 30 de abril de 1888 y a la de las bases D y E, redactadas por Durán y Bas y aprobadas por la Comisión codificadora reunida en pleno en 15 de noviembre

(33) Carlos Maynz, "Curso de Derecho Romano", T. III, § 446, nota 3, traducción española de Pou y Ordinas (Barcelona 1886), pág. 756.

de 1882. Nada aclaró Alonso Martínez, que nos relata los puntos de discusión en esta materia que circunscribe: a la admisión o no de los fideicomisos; al límite de sus llamamientos; a la admisión o no de la facultad de disponer por el fiduciario, y a la derogación de la cuarta trabeliánica; sin decirnos nada del significado de las bases C y E (34). Es de notar que el núm. 4.º del artículo 785 no reproduce ninguna de las bases, por lo cual parece que debe ser desarrollo de lo propuesto en las bases C y E, circunstancia que creemos nos confirma el paralelismo de los números 1.º y 4.º del artículo 785 y que ambos son aplicación del principio contenido en el artículo 783, § 1.º.

No obstante parecer que el *leit-motiv* de los artículos 783, § 1.º, y 785, núm. 1, fué la derogación de los fideicomisos secretos, no es menos cierto que su texto y su sentido finalista pueden alcanzar, además, otras consecuencias, como vamos a tratar de comprobar.

B) *Derogación de los antiguos fideicomisos legales.*

Los fideicomisos legalmente establecidos, parten de una presunción *iuris seu legis*, que se impone con eficacia *iuris et de iure*. Entre los de este tipo, aplicados por el Derecho castellano, hemos visto citados a lo largo de este trabajo los contenidos en la ley 10, Título IV, 6.ª Partida, en la ley 40 de Toro y en la Pragmática de 1615.

Según Roca Sastre, todos estos fideicomisos han quedado abrogados por el artículo 1.976 del Código civil, que establece la disposición derogatoria del Derecho anterior. Y cree que, por dicha razón, el artículo 783, § 1.º no puede referirse a ellos, porque «sería redundante y superfluo, pues el legislador en sus preceptos se produce en serio, lo que impide entenderlos en el sentido de que no produzcan efecto».

No obstante, hemos visto que Gregorio Burón y Felipe Clemente de Diego entendieron precisamente que el artículo 783 derogó el fideicomiso tácito legal de la citada ley de Partidas.

Y, es más—como también hemos visto—, Rafael Núñez Lagos cree invocable «como recurso técnico», y «puede ser incluso como *principio de derecho* contenido en fuente formal histórica», «la indiscutible autoridad de las Partidas».

¿Es, pues, tan clara la redundancia de esta aplicación de los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1.º? ¿Es qué no puede servir para resolver duda alguna?

A juicio nuestro, aunque sólo tuvieran esa aplicación, estas normas no serían redundantes, como vamos a ver.

En efecto, dice el artículo 1.976, que: «*Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este*

(34) Manuel Alonso Martínez, Op. cit., cap. V, págs. 165 a 176.

Código y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes, directamente obligatorias, como en el Derecho suppletorio. Pero, aunque todo el Derecho anterior haya quedado derogado en su calidad de norma positiva, no obstante en aquello que no se halle regulado de otro modo por el Código civil, ni excluido por éste, puede seguir actuante el derecho anterior, sea como costumbre *praeter legem*, si así fuera vivido, o bien integrando criterios interpretativos e incluso principios generales del derecho.

No olvidemos que la ley 10, Título IV, 6.^a Partida, recogió la doctrina de unos textos del *Corpus Iuris*, transformando en fideicomiso tácito lo que en el Derecho romano era liberación tácita de un fideicomiso expreso. Dos constituciones de Justiniano Cod. VI-XXV, 6, § 1.^o, y VI-XLII, 30, habían elevado a norma legal una respuesta de Papiniano (Lib. IX de sus Respuestas), que fué recogida también por Justiniano en sus Pandectas (Dig. XXXV-I, 102) y conocida con el nombre de ley *Cum avus*. Es decir, que en su origen el criterio de esos textos nació como producto de un razonamiento jurídico y no de una norma imperativa.

Por ende, no parece tan llano afirmar que serían redundantes los artículos 783, § 1.^o y 785, núm. 1, si se interpretasen en el sentido de significar la derogación de los fideicomisos legales, como el de la citada ley de Partidas, que comienza diciendo: «*Tacita conditio*, en latín, tanto quiere decir en romance, como callada condición; que es de tal natura, que magüer non sea puesta señaladamente, entiéndese en derecho». Al exigirse que el fideicomiso sea expreso, no cabe presumirlo, como hizo la ley de Partidas. «por conjetura de piedad», ni afirmar, a ese efecto, *quod minus scriptum, quod dictum fuerat inveniretur*, con palabras de la ley *Cum avus* (35). La conjetura de piedad no escrita es excluida por estos artículos del Código civil, derogatorios de la ley que la consagraba: sólo queda la posibilidad de deducirla del tenor del testamento de conformidad al artículo 675 del Código civil.

C) *Accentuación del principio «in dubium contra fideicommissum.»*

Es de notar que con anterioridad al Código civil era ya regla interpretativa la enunciada *in dubium contra fideicommissum*, o bien *fideicommissum semper est in dubio iudicandum* (36).

(35) Notemos que el texto de la ley *Cum avus* no estableció un fideicomiso tácito a favor de los descendientes del nicto, sino que, en beneficio de éstos, entendió no impuesto el establecido expresamente a favor del tío. En este sentido entendida dicha doctrina, ya no se oponen a ella los arts. 783 y 785 C. c., sino el art. 675 y tan sólo en el caso de que del tenor del testamento no haya base para deducir que la verdadera intención del testador fué la de supeditar el fideicomiso al caso que el fiduciario no tuviera descendencia.

(36) EMILIO SEGUER Y OLIVET, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña* (Gerona, 1913), págs. 107 y ss., aduce los siguientes textos romanos: Dig. XXVIII-V, 27, §§ 1.^o y 2.^o; XXVIII-VII, 17; Cod. VI-XXV, 8;

De esa doctrina, el Derecho común dedujo, además, que en caso de duda la sustitución debía entenderse vulgar y no fideicomisaria, o bien pupilar y no fideicomisaria. Así lo proclamó el capítulo 1.º, Título XI, Libro III del Sexto de las Decretales: *En materia de sustituciones (mientras, como en el caso propuesto, convenga a los instituidos en palabras y personas) debe reputarse la sustitución directa y no la oblicua, aun cuando alguna vez, por algún motivo, se equipara al fideicomiso.*

No hay duda de que el Código civil también ampara esta doctrina en los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1.º, y, al parecer, también la amplia, en cuanto no parece posible compatibilizar el requisito de *imponer la obligación terminante con los simples ruegos* de transmitir o conservar o entregar, ni la exigencia de ser dispuestos de *manera expresa* con las conjeturas extrínsecas al testamento.

Procuraremos deslindar con cuidado estas cuestiones:

a) *Los simples ruegos, súplicas o recomendaciones de conservar, restituir, transmitir o entregar—al contrario que en el Derecho anterior—no pueden considerarse, bajo el régimen del Código civil, como disposiciones fideicomisarias.*

Así—según hemos visto—lo han entendido Mucius Scaevola y Castán Tobeñas.

Si no se da la denominación de fideicomiso o sustitución fideicomisaria, ni resulta impuesta una obligación terminante que la equivalga, los simples ruegos, súplicas o recomendaciones no parecen suficientes, con arreglo al núm. 1.º del artículo 785, para establecer una sustitución fideicomisaria. A no ser, es claro, que—pese al empleo de esas palabras imprecatorias—se puede deducir del tenor de otras expresiones del testamento—conforme al artículo 675 del Código civil—que la voluntad del testador fué la de imponer la sustitución ineludiblemente.

b) *Para conocer la verdadera voluntad del testador de establecer un fideicomiso, no es posible—en el régimen del Código civil,*

Dig. XXX-único, 114, § 14. De los dos primeros párrafos dedujo que, “sobre todo el primero, revelan que si en un instrumento o título se nombra una persona con gravamen de restitución, pero, esto no obstante, se manifiesta en cualquier parte del propio título, que se le deja libre, como a tal se le debe reputar”. De los dos últimos textos deduce que “para que se reputé existir un gravamen que afecte a la institución de heredero, es menester que conste sin duda de ninguna clase”. Y añade: “No basta, por ejemplo, que se aluda a una condición que se piense imponer si realmente ello no se impone. No es suficiente que se prohíba la enajenación, si no se indica en interés de quién, para que se entienda establecido un fideicomiso tácito. Lo contrario, no obstante, acontece, a tenor de la ley 74, título 7.º, libro 26 del Digesto, según tenemos dicho al hablar de los fideicomisos tácitos, cuando se consigna no la prohibición de enajenar, sino la de testar, en cuyo caso se entiende ordenado un fideicomiso tácito a favor de los que serán herederos ab-intestato.”

También cita en favor de la presunción de libertad un texto canónico, cap. 1.º, tít. XI, Lib. III del Sexto de los Decretales, a que nos referiremos.

a diferencia que en el Derecho anterior—*acudir a conjeturas extrínsecas al testamento, sino que únicamente hay que deducir del tenor de éste si establece un fideicomiso imponiendo expresamente «la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero», aunque no lo haga con estas mismas palabras ni lo exprese de modo directo, sino indirectamente.*

Esta segunda proposición se descompone en dos: una, relativa a la prohibición de conjeturas extrínsecas al testamento, y otra referente a la admisión de cualquier esfuerzo interpretativo para deducir del tenor del testamento la verdadera voluntad de disponer un fideicomiso. Vamos a analizarlas sucesivamente.

a) *Exclusión de conjeturas extrínsecas.*

El derecho común estableció una serie de conjeturas para deducir si se había establecido tácitamente un fideicomiso, en especial a favor de los hijos puestos en condición (37). De estas conjeturas unas se basaban en datos testamentarios, es decir, eran desarrollo e interpretación de determinadas cláusulas o modos de expresión. Otras, en cambio, se basaban en razones extratestamentarias, consideradas de equidad, de piedad, o bien basadas en razones familiares y sociales, o en lo que se consideraba normal en un ascendiente testador.

Estas últimas razones parecen excluidas en el régimen del Código civil.

El § 1.º del artículo 675 las impide, a juicio nuestro. Comentando ese precepto, en otra ocasión (38), dijimos:

«El testamento es rigurosamente formal (art. 687 del Código civil); por ello—y no por su carácter de declaración de voluntad no recepticia—, es evidentemente lógica la limitación de los medios de prueba extrínsecos para la interpretación de los testamentos. La reciente sentencia de 11 de abril de 1958 ha estimado que el sentido y alcance de la declaración de voluntad testamentaria «no aconseja, ni acaso permite, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos», y ha recordado que ya habían recogido [sería *contrario sensu*] esta afirmación las sentencias de 28 de mayo de 1912, 30 de abril de 1913, 16 de enero de 1915. Sin embargo, las sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de junio de 1947, han admitido que no hay obstáculo legal que impida al juzgador, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, acudir a circunstancias exteriores al testamento, pero siempre que, dado el carácter formal

(37) Pueden consultarse, v. gr., MENOCCHIO: *De Praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis Comentariorum*; FUSARIO: *Tractatus de Substitutionibus*; PEREGRINO: *De Fideicommissis*; MANTICA: *De coniecturis ultimarum voluntatum*; CASTILLO SOTOMAYOR: *De coniecturis, et interpretatione ultimarum voluntatum*.

(38) *Dictamen acerca de si se da o no derecho de acrecer en la institución de herederos ordenada en el testamento ológrafo de P. D. G.*, en AN. DER. CIV., XII-IV (octubre-diciembre 1959), pág. 1309.

de éste, el sentido averiguado y desenvuelto, tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador (S. 8 de julio de 1940), es decir, que se parta del «tenor del mismo testamento» (Ss. 1 de junio de 1946 y 3 de junio de 1947), de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil (como añade la última sentencia citada). Doctrina que han aplicado las sentencias de 6 de diciembre de 1952 y 5 de julio de 1957.»

Los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1 confirman ese criterio, aplicándolo al supuesto singular de la sustitución fideicomisaria, disipando las dudas que la admisión en el régimen anterior de conjeturas extrínsecas pudiera suscitar. E incluso, tal vez, agravan ese criterio restrictivo del artículo 675, en el sentido de que restringen aún más la posibilidad de acudir complementariamente a circunstancias exteriores al testamento.

β) *Admisión de todos los posibles esfuerzos interpretativos apoyados en el tenor del testamento para concretar la voluntad del testador.*

Al llegar a este punto—crucial de nuestro comentario—, conviene que comencemos por precisar el sentido gramatical de los términos *tácito*, *presunto*, *formal* y *expreso*.

Tácitamente y *presuntamente*, como adverbios de modo, se interfieren en parte y difieren también en parte. *Presumir*—según el Diccionario—es sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello. *Tácitamente*—según el propio Diccionario—significa—además de secretamente—con silencio, sin expresión o declaración formal. Es decir: lo *presunto* puede basarse en indicios ajenos a toda expresión; lo *tácito* requiere una expresión, que puede ser sin palabras por hechos concluyentes, o con palabras sin expresión formal, pero sí cierta. Buscar la voluntad *presunta*, es indagar la voluntad no manifestada; deducir la voluntad *tácita* es buscar una voluntad expresada por hechos, aunque sin palabras, o bien con palabras no formales.

Expresamente y *formalmente* también son adverbios que se interfieren en parte y excluyen también en parte. *Expresamente*—según el Diccionario—significa con palabras o demostraciones claras. *Formalmente*—conforme el mismo texto—equivale a con formalidad o expresamente. En el primer caso se requiere no sólo que se haga expresamente, sino, *además*, con formalidad.

Por lo tanto: *Lo presunto y lo expreso se contraponen siempre. Lo tácito y lo formal (en su sentido de con formalidad) también se contraponen. En cambio, lo expreso y la tácito no se contraponen más que en el caso de que aquello signifique lo verbalmente expresado y lo tácito signifique lo expresado con hechos, pero sin palabras; pero, no se contraponen cuando éste significa*

lo expresado sin declaración formal, aunque sí verbalmente, de modo directo o indirecto, con cualquier expresión.

No es la primera vez que nos ocupamos de distinguir lo tácito y lo presunto. Hace años lo hicimos al tratar de las llamadas *mejoras tácitas* (39). Afirmamos entonces que el Código civil había rechazado las *mejoras presuntas*, pero que ha dejado en pie las *mejoras tácitas*, «en las que la voluntad del causante, interpretada sin perjuicios pseudotécnicos y sólo a luz del sentido común y del sentido jurídico tradicional, aparecen claramente determinada a mejorar a algún descendiente, aunque en su expresión no se emplee término alguno relacionado gramaticalmente con la voz *mejora*».

Nuestro querido maestro Roca Sastre nos proporcionó, poco después (40), la alegría de ver cómo prestaba su autoridad a nuestra tesis. Transcribimos: «Todo esto justifica que el Código civil exija que la voluntad de mejorar sea declarada de una manera expresa por el causante (arts. 825 y 828). Pero este concepto, expresa o expresamente, que emplea el Código requiere alguna explicación. La jurisprudencia (Ss. 21 de enero de 1922, 27 de diciembre de 1935 y otras) y la generalidad de la doctrina, entiende dichos preceptos en el sentido de que el Código civil ha abolido las *mejoras tácitas*, admitidas en las leyes de Toro y por los autores castellanos...» «Mas este aserto de que el Código civil ha suprimido la mejora tácita no es cierto, pues ello supone una confusión de lo tácito con lo presunto...»; «lo que ha querido el Código en dichos artículos 825 y 828, es acabar con el sistema de conjeturas en favor de la existencia de la mejora, a cuyo sistema estaban tan aficionados los autores de Derecho intermedio, pero no abolir la mejora tácita, que como la expresa revelan, sin duda alguna, la voluntad de mejorar...» «Esta actitud legislativa se da varias veces como reacción contra el abuso de la conjetura en ciertas materias y a fines de seguridad jurídica dirigida a evitar las dudas y pleitos que pueda originar cierta licencia para auscultar la voluntad inexpressada por el causante (cf. S. 22 de diciembre de 1933). Pero de la mejora conjeturable a la mejora dispuesta por el causante, mediante manifestación tácita de su voluntad de mejorar, hay fuerte distancia. De no entenderlo así, resultaría una regresión al ancestral criterio formalista o sacramental del Derecho (41), en cuanto exigiría la materialidad del uso de la palabra *mejora* para que ésta existiera, lo cual es,

(39) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 24 enero 1950, publicada en los *Anales* de dicha Academia, t. VIII (Madrid, 1954), págs. 15 y ss. y 139 y s. especialmente.

(40) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, cit., vol. 2.º, Apéndice I, págs. 358 y s.

(41) Notemos el paralelismo entre este juicio de Roca Sastre referido a la mejora y los antes expresados de Scaevola y Castán respecto la interpretación del art. 783 C. c.

a todas luces. inadmisibile. Lo que exige el Código civil, es que la voluntad de mejorar, aunque no se use la palabra *mejora*; aparezca claramente. Lo esencial es que no quepa duda acerca de que el causante quiso o tuvo voluntad de mejorar».

Creemos que ese criterio es aplicable a los fideicomisos, en la interpretación de los artículos 783 y 785. núm. 1. La única diferencia estriba—a nuestro parecer—en que éste último ofrece, a quien quiera disponer una sustitución fideicomisaria, la opción entre decir el nombre o expresar el concepto, es decir, con esta segunda fórmula. «Imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero». Pero no puede entenderse que esa fórmula sea impuesta con criterio literal, ni siquiera que exija la expresión por activa ni directamente, ni impida que puedan ser objeto al efecto de interpretación las expresiones y los términos empleados por el testador en su testamento, no sólo los de carácter *dispositivo*, sino también los *enunciativos* (42) y tanto los referentes a la sustancia de la disposición como a su realización, ejecución o restitución (43).

Así, v. gr., en el caso de la S. 4 marzo 1952, la expresión *enunciativa* contenida en la cláusula 5.^a «no está en su ánimo y deseo [del testador], que ella [la mejora] llegue a ser propiedad de terceros ajenos a la familia», aclara la voluntad del testador. E, igualmente, en el caso contemplado en la cláusula objeto de la consulta que contestamos en la Revista Internacional del Notariado, la expresión de su inciso final, de que «En el caso de que ninguno de los cinco hermanos tenga sucesión legítima, el último de ellos que tenga el usufructo podrá disponer libremente de los bienes, aunque no tenga sucesión», expresa claramente que si el último en fallecer de los cinco hermanos muere sin descendencia, en caso de que exista sucesión legítima de alguno de los hermanos premuertos, aquél se entiende gravado con fideicomiso a favor de éstos (44).

Colocados de un lado el artículo 675 y de otro los 783 § 1.º y 785, número 1, parece que es más racional armonizarlos que contraponerlos. Estos dos últimos —como hemos visto— tienen suficiente sentido sin necesidad de considerarlos como excepciones a la norma fundamental de aquél. Siendo así, parece más acertada la interpretación armónica.

(42) Acerca el valor de las palabras enunciativas, ver CASTILLO SOTOMAYOR: *Op. cit.*, Libro VI de sus *Quotidianarum Controversiarum Juris*, cap. XLVI, núm. 17, y nuestro referido dictamen en AN. DER. CIV., XII-IV, pág. 1310.

(43) Sobre esta distinción, véase: GREGORIO LÓPEZ: gl. 2.^a a la ley 31, t. IX, P. 6.^a; ANTONIO GÓMEZ: *Ad legem Tauri comentarius*, ley 17, n. 26; LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Iustitia*, Disp. 189; CASTILLO SOTOMAYOR: *Op. cit.*, Lib. IV, cap. LVI, n. 71; así como la pág. sig. de nuestro dict. últ. cit.

(44) Ver nuestro razonamiento en la pág. 172 de la cit. *Rev. Internacional del Notariado*. núm. 45.

c) *En caso de duda no cabe inclinarse por entender dispuesta la sustitución fideicomisaria.*

El viejo principio *in dubium contra fideicommissum* aparece reforzado, como hemos visto, al no admitirse como dispositivos los simples ruegos, súplicas o recomendaciones y al excluir la posibilidad de acudir a conjeturas extrínsecas al tenor del testamento.

Pero, con respecto a esta regla conviene aclarar algo, que suele confundirse muchas veces cuando se señalan reglas objetivas de interpretación *in dubium*, v. gr., cuando se dice que en la duda la ley de Arrendamientos Urbanos ha de interpretarse a favor del arrendatario, o cuando los liquidadores de impuestos pretenden que deben resolver las dudas interpretativas a favor del Fisco.

El caso de duda no se refiere al mero supuesto de ser opinable la interpretación, sino *de ser imposible resolver las dudas con una interpretación racional profunda*. Precisamente, ese mismo sentido se patentiza claramente en materia de interpretación de los contratos en el artículo 1.289 C. c. (45).

Ante la imposibilidad de decidir, conforme la norma del artículo 675 C. c., si hay o no sustitución fideicomisaria dispuesta, debe resolverse en sentido negativo, sin acudir a criterios de pretendida equidad o piedad, ni a otros extrínsecos al testamento.

Esta regla tuvo y continúa teniendo entre sus corolarios los que seguidamente vamos a ver:

d) *En la duda de si una sustitución es vulgar o fideicomisaria, pupilar o ejemplar, o bien si es fideicomisaria, de residuo o fideicomisaria, ha de resolverse siempre en contra de la existencia de la sustitución fideicomisaria y en favor de la otra.*

Volvemos a insistir en el significado de la expresión *en la duda*, que no significa en materia interpretativa vacilación ni defendibilidad de otra interpretación menos aceptable, sino *imposibilidad de resolver con una interpretación racional*.

Ese corolario se dedujo también en el Derecho común.

Aplicándolo la Res. 25 junio 1895 se inclinó por entender en su supuesto establecida una sustitución vulgar y no fideicomisaria y la Res. 25 abril 1931 decidió que la sustitución discutida en su recurso sólo era de residuo.

(45) Art. 1.289 C. c.: "Cuando *absolutamente fuere imposible resolver las dudas* por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses."

"Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fué la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo."

VI. INAPLICACIÓN DE LA REGLA «IN DUBIUM CONTRA FIDEICOMMISSUM» CUANDO NO SE TRATE DE DETERMINAR SI HAY O NO FIDEICOMISO, SINO, CUANDO NECESARIAMENTE LO HAY, SI SOLO SE DUDA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS PARA LA DISTRIBUCIÓN ENTRE ELLOS DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

Acabamos de apreciar el carácter restrictivo de la interpretación favorable a la sustitución fideicomisaria, reflejada fundamentalmente en la eliminación de los elementos extrínsecos de interpretación aunque se utilicen para complementar el tenor testamentario y en la regla «*in dubium contra fideicommissum*». Pero creemos que ese criterio no es aplicable cuando no se trata de dilucidar si hay o no sustitución fideicomisaria, sino que, decidida que la hay, se plantea la determinación de quiénes han de ser los beneficiados y la distribución entre ellos de los bienes fideicomitidos.

En esos casos no parece que haya razón alguna para decidir en la duda, que sea irresoluble por el tenor de las cláusulas testamentarias, que con los hermanos no se entiendan llamados sus sobrinos (hijos de otro hermano premuerto), cuando es claro que el fideicomiso existe a favor de éstos aun en el caso de no sobrevivir ningún hermano.

Aquí sí que no vemos inconveniente en resolver la duda complementando la interpretación del tenor del testamento con elementos extrínsecos, como v. gr., razones de equidad, que complementen aquel tenor.

Por eso, en nuestra respuesta, argüimos que «reconocido el llamamiento de los hijos en condición en un supuesto en el cual da lugar al efecto más grave, es decir, a la no liberación del hermano supérstite —que significa el mantenimiento del fideicomiso—, parece lógico aceptarlo en los supuestos en que el efecto es menor, puesto que, produciéndose necesariamente la sustitución fideicomisaria a favor de los hermanos supérstites, el llamamiento conjunto con ellos de los descendientes legítimos de los premuertos sólo significa la coparticipación en el fideicomiso con tales hermanos supérstites de esos sobrinos hijos de hermanos premuertos. Se trata, pues, de un argumento de *maior ad minus*».

La *ratio* de los artículos 783 § 1.º y 785 número 1, es, sin duda, restrictiva de las sustituciones fideicomisarias, pero no parece que lo sea igualmente con respecto al hecho de que la sustitución favorezca a un número mayor o menor de personas, cuando en cualquier caso la existencia de la sustitución sea indudable y su posibilidad no se amplíe a supuestos en los que sin esa interpretación el instituido no estaría gravado de restitución.