

340.232-1 MAR
110081610

Estudi General de la Universitat
Dret
Biblioteca

JUAN MARTÍ Y MIRALLES

09780-02760

HEREDEROS DE CONFIANZA

BARCELONA

IMP. HIJOS DE DOMINGO CASANOVAS.—RONDA SAN PABLO, 67.
1920

Antecessores

El fons jurídic antic de la UdG

NOTA PRELIMINAR

El estrecho parentesco que une la institución de los herederos de confianza con la de los herederos distributarios nos ha inducido a estudiarlas, como forma la más apropiada, en folletos distintos pero formando un conjunto compuesto de dos partes. De ese modo hemos entendido respetar la individualización de ambas instituciones jurídicas, y aprovechar al propio tiempo sus múltiples concomitancias determinantes de la conveniencia de estudiarlas conjuntamente aunque sin confundirlas.

No creemos con nuestro pobre esfuerzo haber realizado lo que en estas, como en tantas otras materias del Derecho civil catalán, está por hacer; pero sin acariciar el pensamiento de haber elaborado una monografía completa, nos atrevemos a creer que estas páginas podrán facilitar el estudio de aquellos que en el terreno de la teoría aspiren a completar la explicación de estas instituciones, así como también el de aquellos otros a quienes los apremios de la práctica profesional obliguen a rebuscar sobre estas materias la doctrina tanto antigua como moderna.

HEREDEROS DE CONFIANZA

§ 1

IMPORTANCIA, FUNDAMENTO Y ORIGEN HISTÓRICO Y LEGAL DE ESTA INSTITUCIÓN

Pocas materias como la de los herederos de confianza ofrecen tanto interés dentro del Derecho civil de Cataluña. La trascendencia innegable que tiene en la órbita de nuestro Derecho civil, por la frecuencia con que se hace uso de la indicada institución; las múltiples dificultades a que su aplicación práctica dá lugar, y los arduos problemas que teóricamente plantea, son circunstancias que nos inducen a dedicar nuestra atención a su estudio.

Téngase en cuenta, además, que no es esta institución una de aquellas en que se hayan agotado las dificultades ni completado la labor de los que se dedican a estudiarlas; que existen todavía dudas y vacilaciones que resolver y lunares que llenar; y se comprenderá cuán justificado está que, los que aun sin tener otros méritos que la devoción que sentimos hacia nuestro Derecho civil, no queramos dejar abandonado el examen y la explicación de esta materia.

Nada nuevo diremos a nuestros lectores al recordarles el origen o causa de esta institución, desde el punto de vista subjetivo de los otorgantes, al acogerse a este modo de hacer valer su última voluntad. Sean cuales fueren los peligros de esta institución, no puede menos de reconocerse que ella constituye una de esas manifestaciones en que la libertad de actuación en el orden civil pugna por romper y consigue quebrantar las normas o reglas rigurosas de la ley. En lo que atañe a las garantías o formalidades extrínsecas de los testamentos, la ley civil se ha manifestado siempre muy celosa de las atribuciones que le corresponden como previsora de los conflictos que la falta de aquellas garantías en las disposiciones testamentarias habría forzosamente de originar. Pero también hay que confesar que en cuantas ocasiones la ley ha pretendido oponer vallas u obstáculos a la realización de actos inspirados en verdaderas y justificadas aspiraciones de los súbditos, ha surgido el remedio en forma de una institución a la cual se le ha buscado una justificación legal más o menos convincente, más o menos rebuscada, pero que al fin y al cabo se ha abierto camino en el campo de la Jurisprudencia, amparada y guiada por la fuerza y por el buen sentido de la costumbre, fuente la más respetable, la más segura del Derecho.

Y es eso precisamente lo que ha ocurrido con la institución sobre la cual nos proponemos hacer algunas consideraciones.

La ley, regulando los testamentos en sus dos formas más principales de nuncupativo y cerrado, ha exigido la expresión clara y precisa de la voluntad del testador, consignada por escrito. Pero los testadores han sentido en muchos casos una repugnancia justificada a deferir a esta exigencia de la ley; y ante este conflicto surgió el medio de hacer valer la voluntad póstuma por medio del secreto de la confianza de la cual es evidente que puede abusarse, pero aun así, y aun previéndose esa posibilidad, los testadores, en uso de su libertad civil, han querido usar de ella para sus fines muchas veces inconfesables.

A nuestro entender, ni los peligros del abuso de la confianza constituyen argumento serio contra la institución—¿qué institución jurídica podrá aparecer exenta de tal inconveniente?—ni el riesgo de que con ella vengan a quedar burlados preceptos o prohibiciones de la ley misma, es tampoco argumento formidable contra la subsistencia de las herencias de confianza. Por encima de unos y otros peligros aparece el derecho natural amparando esa institución que el sentir y querer del pueblo ha sancionado; y son éstas, dos garantías muy serias para que escrúpulos de escuela y declamaciones de academia puedan conseguir hacerla desaparecer.

No podemos admitir, siguiendo la opinión de Duran y Bas en su reputadísima Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, que la institución de los herederos de confianza deba únicamente su origen a la costumbre y a la antigua jurisprudencia. Tampoco podemos suscribir el dictamen de los que la atribuyen exclusivamente a disposiciones canónicas, que no pudieron suministrar a esta institución sino un principio o norma legal genérica, que solo pudo servir de fundamento o de punto de partida para el desarrollo que la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre han dado a esta forma de testar. Opinamos que el origen y naturaleza de esta institución presenta un carácter de complejidad que es preciso no perder de vista en su estudio. Son la ley, la costumbre y la jurisprudencia histórica, civil y canónica, los elementos que han contribuido a su elaboración.

La analogía de su finalidad, la hace confundir con frecuencia con la institución catalana de herederos distributarios; pero esta institución—como dice Corbella,—no trae su origen del Derecho romano, ni del Derecho canónico, sino del Derecho consuetudinario de Cataluña; y aun cuando tenga analogía con la de herederos de confianza, presentan ambas importantes desemejanzas.

El origen legal de la institución que nos ocupa, se ha querido encontrar en el cuerpo del Derecho canónico; pero es preciso examinar detenidamente los textos canónicos en los cuales se ha fundamentado legalmente

la institución, para poder apreciar con conocimiento de causa el grado de verdad que tal idea contiene.

Es sabido que por derecho romano no podía el testador deferir a otra persona la designación de heredero. La institución hereditaria era un hecho personalísimo del testador. Gaio en la ley 32 pr. *D. de hered.* decide que “*illa institutio: quos TITIVS VOLUERIT, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permessa est*”. Pomponio, en la ley 68 del mismo título declara que “*atquin si quis ita scripsit, si TITIVS VOLUERIT. Sempronius haeres esto, non valet institutio*”, pero que la ordenación de heredero, hecha directamente por el testador, aun cuando condicionándola a un hecho potestativo de Ticio, sería válida: “*si Titius in Capitolium ascenderit*”. Sin embargo en los “fideicomisos” se admitía por el Derecho la condición. “*Si Titius voluerit*”, (L. 42, 82 de fideicom.)

Este era el derecho general hasta la Edad Media. Las costumbres, que tanta importancia tuvieron junto con la influencia del Derecho canónico, vinieron después a relajar el rigorismo de la legislación imperial, por medio de la institución de los herederos de confianza.

§ 2

TEXTO DEL DERECHO CANÓNICO EN QUE SE HA PRETENDIDO ENCONTRAR LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE ESTA INSTITUCIÓN. SU EXPLICACIÓN SEGÚN SERAFINI

Atribuimos la modificación que dió lugar a la institución de los herederos de confianza al doble elemento canónico y consuetudinario; porque examinando friamente el texto del *Corpus juris canonici*, en el que puede encontrarse la fundamentación u origen de esta clase de herederos, ha de confesarse que, por sí solo, no basta para admitir la indicada suposición como absolutamente exacta.

El texto a que nos referimos es el Cap. 13 X de testam. 3.26; pero como observa Serafini, en una nota publicada en el Archivo-Giurídico vol. IV, es preciso no olvidar que el citado capítulo no es sino un fragmento de una respuesta dada por el Papa Inocencio III al Obispo de Auxerre, el cual le había dirigido dos preguntas, de las cuales la primera aparece contestada en el capítulo 18 de *verborum significatione* lib. V, título 40, de las Decretales de Gregorio IX. Y como muy atinadamente observa el doctísimo romanista italiano, para comprender bien el capítulo 19 de *testamentis* que dice: “*Qui extremam voluntatem in alterius dispositiones committit, non videtur decedere intestatus*”, se hace indispensable la reconstitución de la carta de Inocencia III al Obispo de Auxerre.

rre y completar la resolución de esta segunda parte, combinándola con el otro fragmento del capítulo 18 de *verborum significacione*.

Del texto de dicha carta pontificia aparece que el Obispo de Auxerre, en virtud de un privilegio pontificio, tenía el derecho de disponer de las herencias de los clérigos de su diócesis muertos ab intestato (*ius spolli*); y que tuvo una empeñada cuestión con los canónigos de la misma que le negaban, con relación a ellos, tales derechos hereditarios; por lo cual, el Obispo se dirigió al nombrado Pontífice, proponiéndole las dos indicadas cuestiones: en primer lugar, si en la palabra *clérigos* del privilegio, venían o no comprendidos también *los canónigos*; y en segundo lugar, si los de Auxerre que encomendaban o confiaban a la voluntad de otra persona el derecho de disponer de su patrimonio o herencia, debían considerarse o no como muertos ab in testato.

He aquí el texto de la pregunta que nos ocupa: "Secundo, an illi, qui in dispositione ae voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem, nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes, quid cui loco, vel personae, conferri debeat, dicantur, decedere intestati?"

A la primera cuestión contestó Inocencio III *afirmative*, con las palabras que se leen en el cap. 18 de *verborum significacione* "...Consultatione tuae tibi respondemus, quod appellatio clericorum non solum alios, sed etiam canonicos comprehendit". Y a la cuestión segunda, contestó el mismo Pontífice con las palabras antes copiadas que se encuentran en el también citado capítulo 13 de *testamentis* de las Decretales (tit. V art 40).

Serafini, de cuyo estudio entresacamos estas explicaciones, se pregunta: ¿cómo se explica este derecho que tenían los clérigos de Auxerre, consistente en el derecho de encomendar a la voluntad de otra persona la facultad de disponer de sus bienes después de muertos? Y contesta el citado Autor diciendo, que la historia del Derecho enseña, que en la Edad Media se había formado en algunos países una especie de derecho consuetudinario, en cuya virtud los eclesiásticos podían elegir una persona de su confianza que dispusiese de aquellos bienes de los cuales ellos no habían dispuesto por medio de testamento; y añade, que lo que tales personas de confianza disponían, tenía la misma fuerza que si lo hubiese ordenado el clérigo difunto en testamento; de lo cual dimanaba la denominación de testadores u ordenadores, que eran además designados con la denominación de *manufideles*; institución inspirada por la necesidad de impedir las frecuentes usurpaciones, verdaderos saqueos, a que estaban expuestas las herencias de los sacerdotes intestados, de cuyos bienes muchos se creían con derecho de apoderarse.

Y observa por fin Serafini en el trabajo que extractamos, que este texto de Inocencio III, aun cuando redactado en términos generales, no podía referirse a las personas laicas; en primer lugar, porque la cuestión

propuesta a su resolución se refería a eclesiásticos; en segundo lugar, porque para los laicos no era válida la institución de los *manufideles*; y por último, porque Inocencio III no entendió introducir un derecho nuevo, sino únicamente reconocer un derecho ya existente allí en donde estaba ya en vigor. Deduciendo de estas observaciones la consecuencia de que, la Decretal explicada no iba dirigida a abrogar o modificar el Derecho común, y que por lo tanto quedaba firme el principio o regla de que nadie puede encargar a otra persona la institución de heredero, sino que esta debe hacerse directamente por el mismo testador.

La explicación histórica de este texto de las Decretales, que, como se deja dicho, ofrece serias dificultades a la opinión de los que fundan en él una excepción a los preceptos del Derecho romano que impiden el testar por medio de otra persona, es evidente que presenta obstáculos todavía mayores a la teoría que pretende fundamentar en el mismo la institución de los herederos de confianza; por cuanto si se considera el origen y motivos de la respuesta de Inocencio III, se ve que aquella fué dada en vista de hechos o antecedentes distintos de los que concurren en la institución que nos ocupa; porque una cosa es encargar a otra persona que disponga según su voluntad de un patrimonio, y otra muy distinta es el manifestar la voluntad propia del testador para que el fiduciario la cumpla.

Y es cosa que salta a la vista la mayor dificultad de interpretar extensivamente un precepto legal de caso a caso, que de persona a persona; por cuanto esto último envuelve solo una mera extensión del privilegio o precepto, y lo primero una modificación del mismo.

Pero de todos modos, hay que tener en cuenta el hecho innegable de que la doctrina de los tratadistas ha encontrado en el citado capítulo 13 de las Decretales (*de testamentis*) el origen y fundamento de la institución de los herederos de confianza; y aunque la explicación antes extractada puede servirnos para mirar con alguna cautela esta fundamentación jurídica, no puede ser suficiente el obstáculo para rechazarla por completo. Porque al fin y al cabo lo que ha acontecido con esa elaboración doctrinal, es cosa de frecuentísima reiteración en las anales de la jurisprudencia histórica, en los cuales se encuentran muchas teorías, muchas instituciones que han llegado a ser universalmente admitidas como teniendo su fuerza y encontrando su filiación legal en textos, que solamente guardan con ellas una relación remotísima.

Y no puede negarse que, si según el citado texto de las Decretales (*Cum tibi, del tit. De testamentis*) "*Qui ultimam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus*", se llega hasta dar validez a lo que disponga de la herencia una persona distinta del testador; con mayor motivo ha de admitirse que tenga validez lo que esta per-

sona designada por el testador declare ser la voluntad del mismo. Y en este sentido, queda vencida la dificultad anteriormente propuesta contra una interpretación extensiva de caso a caso; la cual, si generalmente es inaceptable en materia de privilegios, no puede serlo en el caso de que se trate de instituciones o de supuestos que, como sucede en el regulado por el texto canónico, son más comprensivos que el de la institución que nos ocupa; pues es innegable, lo repetimos, que si el que faculta a otro para que disponga de sus bienes no parece que muere sin testar, menos todavía ha de parecerlo el que confía a otro su propia disposición.

Hemos querido, no obstante, demostrar la diferencia, porque no podemos adherirnos, sin las reservas derivadas de la realidad de una y otra institución, a la doctrina de los modernos autores que pretenden fundamentar exclusivamente en el texto antes citado la validez de esta clase de disposiciones testamentarias.

§ 3

NATURALEZA DE ESTA INSTITUCIÓN. TEXTOS LEGALES CITADOS POR EL CARDENAL DE LUCA. EXAMEN DE LA CAUSA PERUSINA

Por otra parte tampoco podemos admitir que la institución de los herederos de confianza, sea una institución peculiar, o mejor dicho, exclusiva, del Derecho catalán; por cuanto es en la doctrina de los tratadistas antiguos y en las resoluciones de los Tribunales históricos de otros países en donde se encuentran las normas que han venido originariamente a regularla.

En la obra de los señores Brocá y Amell se apela a un fragmento de la Suma del tratado de fideicomisos del Cardenal de Luca, para dilucidar la naturaleza jurídica de esta institución.

El asunto es de gran interés; y como no está, por otra parte, tratado con la extensión debida en nuestros autores contemporáneos, habremos de permitirnos el trasladar a estas páginas los fragmentos citados que sean más indispensables para fijar la naturaleza y alcance jurídicos de esta clase de herederos, y facilitar así a nuestros lectores el estudio directo de las fuentes doctrinales más autorizadas sobre la materia.

En la obra antes citada, se limitan los señores Brocá y Amell a citar el núm. 192 de la *Fideicommissorum Summa* del Cardenal de Luca, en cuyo fragmento, aquel jurista celeberrimo, condensaba la doctrina desarrollada ampliamente en las discusiones 182 y 183 de su obra monumental titulada "*Theatrum Veritatis et Iustitiae*". Vol. X de *Fideicommissis*.

Dice así el fragmento citado de la suma o resumen del tratado X o sea del en que estudia el nombrado Autor los fideicomisos.

"Altero vero superius distincto casu, in quo nulla facultas, nullumque arbitrium honorato, vel alteri fiduciario concessum sit, sed solum secreto comissa, seu comunicata ipsius testatoris voluntas aperienda. Et tunc quidquid variaverint, verius ac receptum est, istum gerere solam personam testis in eo qualificati, ut sibi licet unico, ob ejus fidem a testatore probatam, ad perfectam probationem deferendum veniat." N.º 192.

En nuestro caso, pues, según este resumen, no se confiere facultad alguna, ni arbitrio alguno al designado heredero; sino que únicamente se le comunica el secreto de la voluntad del testador, para que oportunamente lo declare; por lo cual, es evidente que el fiduciario o heredero de confianza actúa como mero testigo cualificado; en términos que, aún cuando único, produce su declaración prueba plena, por la fé, por la confianza, que en él depositó el testador.

Estas compendiosas ideas de la *Summa* del de Luca, relativas al carácter del heredero de confianza, no la dan completa de esta institución; y aun si tomásemos al pie de la letra las concernientes a la prueba plena de las manifestaciones del heredero de confianza, formaríamos de la misma un concepto equivocado.

Conviene, pues, dedicar alguna atención a la doctrina que se encuentra diluida en las antes citadas discusiones del mismo expositor.

En la Discusión 182 del tratado de fideicomisos del citado Cardenal de Luca, se trataba de una disposición, en cuya virtud, el testador instituyó heredera a una sirvienta, la cual había de restituir la herencia de conformidad con lo que el testador le tenía manifestado de palabra. La sirvienta, por contrato de donación entre vivos, declaró que la voluntad del difunto consistía en que, con sus bienes, se había de erigir una capellanía simple no residencial, de la cual había de ser capellán tal sacerdote. Pero la misma sirvienta, posteriormente a esta declaración, hizo otra en la cual, después de manifestar que para hacer la declaración primera había sido inducida o seducida por el favorecido con la capellanía, y de querer descargar su conciencia, aseguró que lo que el testador le había confiado, era la erección de un canonicato para que fuesen presentados los más próximos parientes del mismo testador. Surgió contienda entre los parientes próximos del testador y el favorecido con la primera declaración; y se falló en favor de éste en primera instancia, pero en favor de los parientes del testador en la segunda, cuya sentencia quedó firme.

El aspecto jurídico de tal controversia se planteó principalmente en los términos de dos textos legales, uno del Derecho romano, y otro del Canónico.

La ley *Theopompus* del ff. *De dote praelegat.*, y el Capítulo *Cum tibi De testamentis*, fueron los textos alegados por romanistas y por canonicistas en aquella célebre controversia resuelta por la Curia de Perusa.

De ambos textos se dedujo que toda disposición ordenada directa e inmediatamente por el testador, aun cuando sea confiada a otra persona, se dice hecha por el testador mismo; y en estos casos el gravado, el fiduciario, no es otra cosa, ni puede calificarse de otro modo, que de simple instrumento por medio del cual se hace pública la voluntad del testador.

Dice así el texto de la citada ley Theopompus, que es la 14 del tit. IV del libro 33 del Digesto: "Habiendo hecho Teopompo testamento, nombró por herederos en iguales partes a dos hijas y un hijo, y dijo en los codicilos: Cuidará Poliano de que a mi hija Crispina, que quisiera que casase con aprobación de mis amigos y parientes, se la dé, inteligenciado de mi voluntad, igual parte que dí a sus hermanas. A petición del marido de la hija, juró Poliano que su padre había querido que la hermana menor retirase en dote, igual cantidad que la que había llevado la mayor. Pregunta: ¿deberían los herederos dar en dote la misma cantidad a la hija menor, fuera de lo que le corresponda por la parte de herencia? Respondí, que el juez deberá mandar que se dé en dote a la hija menor la misma cantidad deducida de la masa común."

Del capítulo *Cum tibi*, ya se ha hecho en estas notas la debida transcripción.

De manera, que la institución tiene sus fundamentos legales, según los aludidos intérpretes; en un texto del Derecho romano, la transcrita ley *Theopompus*, y en un texto canónico, el cap. *Cum tibi De testamentis* de las Decretales.

§ 4

PROBLEMAS RESUELTOS EN LA CAUSA FALLADA POR LA CURIA DE PERUSA Y CONCLUSIONES

QUE DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA MISMA PUEDEN DEDUCIRSE

Esto sentado, veamos cuáles fueron los problemas planteados en el pleito resuelto por la curia de Perusa, y la doctrina que se alegó en aquella célebre discusión.

Como antecedente de la causa perusina, de la cual nos proponemos extraer la doctrina antigua relativa a la institución que estamos estudiando, hay que hacer especial mención de una circunstancia no expresada antes, consistente en que, a tenor del testamento en que se instituyó a Virginia, la fórmula del testador, para el caso de que ella no hiciera la declaración del encargo que este le hizo de palabra, se instituyó a una Capilla de la Catedral de Perusa; con la obligación de erigir o fundar un canonicato con los bienes de la herencia, y para la presentación de los pa-

rientes más próximos *pro tempore*. Que es lo mismo que manifestó la heredera de confianza en su segunda declaración.

Esto sentado, en la contienda promovida por los parientes del testador al impugnar la donación de Virginia, se propusieron dos cuestiones: Primera. Si había sido hecha válidamente y en forma legal o no, la donación; y en el supuesto negativo, si debía admitirse la ordenación del testador por su fuerza misma, en virtud de no haber manifestado la voluntad el fiduciario o de no haberla manifestado válidamente. Y en segundo lugar, y en el supuesto de que no se apreciase defecto de forma en la declaración primera de Virginia, y que hubiese de admitirse, por tanto, una de las dos declaraciones de la heredera de confianza, ¿cuál de ellas había de prevalecer?

En cuanto al defecto de nulidad de la declaración primera de la heredera de confianza, la impugnación presentó dos aspectos: a) Por causa del engaño o seducción de que fué víctima la fiduciaria. b) Por falta de juramento.

La primera cuestión, o sea, el vicio de dolo en el consentimiento que se alegaba contra la declaración primera de Virginia, mujer sencilla e incauta (*muliercula simplex*), era una cuestión más de hecho que de derecho, a la cual solo cabía aplicar aquella conocida regla de que el dolo no se presume sino que ha de probarse; siquiera fuese innegable, en el caso discutido, la existencia de indicios o circunstancias administrativas convincentes de la verdad de la declaración segunda.

La segunda cuestión consistía en restar validez a la declaración primera, por falta de juramento. Se argumentaba con la consideración de que, no teniendo el heredero de confianza fuerza, arbitrio, facultad propia; sino que quedando su papel limitado a la de un testigo cualificado, único, de la voluntad del testador que le comunicara en secreto su disposición o voluntad postrera, no podía admitirse validez o fuerza probatoria a una declaración desprovista del requisito del juramento exigido por las leyes (l. *jus jurandi C. de testib.*)

No obstante, esta supuesta falta o defecto, poca importancia habría tenido, si no hubiese ido acompañada del defecto antes expresado del dolo o engaño, del cual existían indicios vehementes, con otros, no menos serios, de la veracidad de la declaración posterior. Porque como observaba de Luca: "ista videretur leguleica consideratio parum probabilis et incongrua ratione subjectae materiae, cum huismodi declarationes fiant non in forma contentiosa, et judiciali, sed voluntaria et extrajudiciali". "...Quinimo etiamsi juramentum nullatenus praestitum seu adhibitum esset, adhuc tamen declaratio adminiculata esset, sufficeret."

No es, pues, necesario el juramento para que se admita la verdad de la declaración de un heredero de confianza, si esta aparece corroborada

por circunstancias adminiculativas o demostrativas de la veracidad del fiduciario. Por lo cual sostiene el Autor nombrado, que fué justa la declaración de la validez de la segunda declaración de la fiduciaria; por cuanto en esta institución ha de atenderse a la sola verdad; y la cual, en el hecho originario de la causa perusina, venía demostrada por la concurrencia de pluralidad de indicios o circunstancias adminiculativas en favor de la declaración segunda hecha por Virginia; indicios que el Cardenal enumera en la forma siguiente: 1.º La misma disposición testamentaria relativa a la erección del canonicato, para el caso de que Virginia no declarase la confianza; 2.º Las declaraciones de varios amigos del testador, que justificaron ser esta la intención del difunto; 3.º Las mismas y repetidas declaraciones de Virginia sobre la seducción determinante de su declaración primera; 4.º El afecto a los próximos pariente favorecidos con el derecho de presentación en la declaración segunda, y 5.º y sobre todos estos indicios, la importancia o cuantía de la herencia, con cuyos bienes podían fundarse, no una sino varias capellanías, no solo de las no residenciales, sino aún de las residenciales, de cuya circunstancia resultaba la inverosimilitud de la primera declaración y la verosimilitud de la segunda; por cuanto con las rentas o frutos de la herencia, podría crearse un canonicato de los mejor dotados en la catedral de Perusa, el cual había de redundar en honor del fundador y de sus parientes, y en el mayor esplendor del culto.

Trasladamos a estas páginas la anterior argumentación, como prueba que es de que en las declaraciones de los herederos de confianza, no debe atenderse a otra cosa que a la verdad; y además, para poner de manifiesto, que sería un error el suponer que la sola declaración de tales herederos, haya de tenerse siempre e indefectiblemente como verdad indiscutible.

Ahí está el caso de la causa perusina, expuesta por el Card. de Luca, que es tal vez la fuente más copiosa para el estudio de esta institución; y ella nos demuestra con la elocuencia de los hechos, la inanidad de una declaración primera, y la eficacia de su desmentimiento y de su rectificación posterior.

La síntesis de la doctrina relativa al valor probatorio o eficacia jurídica de las declaraciones de los herederos de confianza, nos parece encontrarla en el número 15 de la discusión 182 que estoy examinando y que conviene transcribir literalmente:

“Ubi enim testator juxta hos terminos alicui fiduciario suam certam, ac determinatam voluntatem exequendam, vel declarandam committit, tunc huiusmodi exequutio vel declaratio debet esse conveniens, et adminiculata, ac verissimile testatoris voluntati adaptata, ideoque non omne quod fiduciarius simpliciter dicit attendendum est, sed indagandum quoque venit pro Judicis prudentis arbitrio, an id sit verisimile, ac testatoris voluntati adaptatum, ponderando alias facti circumstantias in id influentes, ne alias

detur occasio fraudibus, vel facilis eludendi voluntatem testatoris qui tanquam mortuus fiduciarium de violata fide redarguere seu convincere non postest.”

Doctrina es esta tan razonada como elegantemente expuesta por aquel gran juriconsulto italiano del siglo xvii. Porque no puede decirse nada más racional, nada más convincente, nada más lógico, tratándose de materia testamentaria; en la cual todas las leyes, todos los preceptos del derecho, todas las opiniones de los juriconsultos, todas las resoluciones de la jurisprudencia de los tribunales, convergen unánimemente hacia la proclamación del principio de que—salvo las limitaciones establecidas por leyes de orden superior—ante todo está la voluntad del testador; nada más racional, repetimos, que el no dejar que se escape subrepticamente y como escepción injustificada, la institución que estudiamos, de la expresada regla.

Y no puede decirse con mayor concisión y claridad lo que nuestro Autor consigna, al precisar los límites de la fé debida a las manifestaciones de los fiduciarios; las cuales, para ser admitidas como verdaderas, han de ser convincentes, adminiculadas, verosímiles, adaptadas a la voluntad del testador; en términos, que no todo lo que el fiduciario declare, ha de ser atendido y sólo porque él lo declare; sino que el Juez puede indagar según su prudente arbitrio todas las circunstancias o cualidades expresadas—claro está que no de oficio sino cuando a él se someta esta cuestión—determinantes de la verdad o de la falsedad de la declaración de la confianza. “... ne alias detur occasio fraudibus”,—advierte el Cardenal,—para que de otro modo no se de ocasión al fraude; por cuanto el muerto no puede redargüir al fiduciario, ni convencerle de la violación de la fé en él depositada.

Y termina este apartado de la Discusión 182:

“Adeout non desint volentes, neque solam juratam dicti fiduciarii assercionem sufficere nisi aliunde adminiculata sit, etiamsi nihil in contrarium urgeat, quod tamen asperum earumque probabile videtur, in Foro non recipiendum, nisi quando declaratio non omnino sincera sit, sed aliquam habeat inverisimilitudinem, vel suspicionem.”

Véase, pues, de qué manera, examinando a fondo y con algún detenimiento la causa perusina expuesta por el Cardenal de Luca, deja de ser axiomática, como podría deducirse de la doctrina expuesta por nuestros modernos tratadistas, la veracidad de las declaraciones del heredero de confianza; y de qué modo es cierto el peligro de incurrir en un error grave, si se toman como máxima o sentencia incontrovertible, aquellas palabras consignadas, únicamente como regla, en la Summa de esta materia “...verius ac receptum est istum gerere solam persona testis in eo qualificati, ut sibi licet unico, ob ejus fidem a testatore probatam, ad perfectam probationem deferendum veniat.”

El Cardenal de Luca funda la doctrina consignada en el texto que transcribimos de su Discusión 182, en la que exponen Bartolus y el Castrense, al comentar la ley *quem haeredi ff. de haered instituen. l.* En la opinión de Covarrubias, al comentar el capítulo *Cum tibi De testam.* En la de Castillo Sotomayor lib. II Conts. cap. 26, núm. 24. Y en la de nuestro Fontanella en la Decisión 526.

No creemos de este lugar el examinar dichas fuentes de doctrina legal. Las estimamos más adecuadas al estudio que más adelante nos proponemos hacer de la otra institución que guarda tantas concomitancias con la de los herederos de confianza y que conocemos con el nombre de herederos distributarios; analogías y concomitancias, que si no hubiesen otros motivos para afirmarla, las demostrarían precisamente esas citas que acabamos de hacer.

Resumiendo esta doctrina, y reduciéndola a enunciados concisos o reglas de Derecho relativos a la fuerza probatoria de las declaraciones de confianza, podemos decir.

1.º Que cuando la declaración del fiduciario no está adornada de juramento, no basta la manifestación de dicha confianza; sino que para ser admitida, es preciso que aparezca adornada de circunstancias positivas determinantes de su verosimilitud.

2.º Que cuando la declaración del heredero fiduciario, está corroborada con juramento, basta por sí sola y sin necesidad de tales circunstancias, para que sea tenida por verdadera.

3.º Que aún mediando juramento, no será admitida la declaración del fiduciario, cuando medien circunstancias contrarias a su verosimilitud, o que la hagan sospecha de falsedad.

4.º Que es solo dentro de estas normas que se admite la veracidad del fiduciario, como testigo único y cualificado, *ob ejus fidem a testatore probatam.*

Nótese, sin embargo, que al formular las anteriores conclusiones no les atribuimos un valor actual absoluto, como concreción de la jurisprudencia moderna relativa a los herederos de confianza; sino que únicamente las consignamos como resumen de la doctrina contenida en la disposición que acabamos de examinar, y como rectificación al concepto absoluto que se haya podido atribuir a la veracidad y eficacia de las declaraciones de los herederos de confianza, derivadas del contexto literal del núm. 192 de la *Fideicommissorum Summa* del Cardenal de Luca.

Por otra parte, la distinción que se encuentra en el texto de la discusión perusina del citado Autor, entre la eficacia de una declaración jurada, de la que no esté adornada de esta solemnidad, exigiría a su vez otro exámen, y no por cierto muy ligero, sobre la eficacia del juramento, tanto en aquel período de la historia del Derecho en que se formuló la apuntada

diferencia, como en la actualidad; examen que nos llevaría mucho más allá de los límites que hemos fijado en las presentes elementales consideraciones sobre la institución que nos ocupa.

§ 5

DIFERENCIAS ENTRE LA INSTITUCIÓN DE LOS HEREDEROS DE CONFIANZA Y OTRAS SIMILARES Y RESUMEN DOCTRINAL DE LAS DECISIONES DEL CARDENAL DE LUCA

Hemos estudiado en los apartados anteriores la doctrina contenida en la Discusión 182 del Cardenal de Luca, en la que se explica la relativa a los herederos de confianza.

Conviene ahora compendiar, la que el Cardenal expone sobre la misma materia, señalando las diferencias entre esta institución y las otras similares con las cuales podría fácilmente confundirse. Examinemos la Discusión 183, propuesta ante el tribunal de Ancona.

Dice el Cardenal, que en aquellos testamentos en que se defiere a la manifestación de otra persona distinta del testador mismo, pueden distinguirse cuatro supuestos o casos distintos.

El primer supuesto es aquel en que el testador confiere a una persona la facultad omnimoda de disponer de los bienes del mismo testador. Por ejemplo: instituyó a Ticio, si Seio quisiese; o bien encargo a Ticio que designe mi heredero. Esta forma de testar es en absoluto reprobada por el Derecho común o romano, aun cuando haya sido admitida por el Derecho peculiar de algunos países, como por ejemplo el de Castilla (leyes 31 y 55 de Toro) al sancionar la forma de testar por comisario, que guarda muchas analogías, aunque tenga algunas diferencias, con el modo de testar a que el presente supuesto se refiere.

El supuesto segundo se realiza cuando el testador dispone en favor de determinada clase o género de personas u obras; pero defiriendo la especificación o determinación concreta de ellas al gravado o fiduciario, a quien atribuye la facultad de nombrar, de elegir o de distribuir entre las personas de la especie designada por el propio testador.

El caso o supuesto tercero se realiza cuando la disposición del testador está perfecta y específicamente redactada, en términos que no sean necesarios ni el hecho ni el dicho de otra persona para su perfección, ni para la prueba de la última voluntad del testador; aun cuando, en atención a que esta última voluntad pueda ofrecer alguna ambigüedad o duda de interpretación, el testador elige un fiduciario concededor de su verdadera voluntad o intención, con facultad de interpretar dicha última voluntad.

Y el cuarto caso, que es el de nuestro actual estudio, consiste en el supuesto de que el testador dispone de un modo perfecto en favor de cierta y determinada persona, o cierta y determinada obra; pero que queriendo no publicar su última voluntad, la manifiesta secretamente al fiduciario, el cual la habrá de publicar, al tenor de la antes citada ley Theopompus.

Y después de enunciar este supuesto, el Cardenal expone, reiterando la doctrina explicada en la Discusión anterior, la relativa a la institución que nos ocupa, ampliándola en el siguiente párrafo que copiamos literalmente:

“Et tunc, ut ibi advertitur (en la Discusión perusina) iste fiduciarius non meretur nomen Arbitri, vel executoris, sive electoris, aut distributoris, et nominatoris, ut aliqui diversimode pro ingeniorum varietate crediderunt, quoniam isti termini promiscue per Doctores adhiberi soliti, percipiunt secundum casum, de quo supra; sed solum dicitur gerere personam testis ita qualificati, quod sibi, licet unico, ob ejus fidem a testatore probatam, plene deferatur, ita tamen, quod tanquam testes deponere, ac jurare debeat, ejusque declaratio esse debet sincera, verisimilis, atque juxta unam opinionem, etiam adminiculata, adeout iste fiduciarius dicatur nudum organum, seu instrumentum explicativum voluntatis testatoris.”

Y luego de demostrar el Autor que en el caso que se discutía en Ancona, no había necesidad—por las circunstancias que en él mediaban—del juramento, añade:

“Et consequenter opus non est inspicere, an ipsius testis voluntas sit perfecta, et determinata, vel adhuc indeterminata et imperfecta, seu alias retractabilis; quoniam cum non agatur de voluntate propria, sed de secreto, quod in substantia est certum, ac inalterabile, hinc proinde, eo ipso, quod fiduciarius publicat secretum, istud non est amplius tale, sed publicum, atque id, quod jam detectum est retractare non potest, sive serio et accurate, sive obiter ac inadvertenter id sequatur.”

Con la copia de los antes transcritos fragmentos, creemos haber extraído de las citadas Discusiones toda la doctrina que contienen de interés general para la materia que estamos examinando. El resto puede decirse que, o no tiene relación con la doctrina que nos interesa, o son consideraciones encaminadas a dilucidar las circunstancias y las pruebas del caso discutido, o repeticiones de la misma doctrina contenida en los transcritos textos.

Nos enseña esta teoría, que la institución de los herederos de confianza, lo mismo que las otras similares antes apuntadas, tiene su filiación en la amplísima materia de las substitutiones fideicomisarios; por cuanto en el tratado de fideicomisos las coloca el Autor citado, y no en ningún otro de los múltiples tratados de que consta su enciclopedia jurídica, titulada *Theatrum veritatis et justitiae*; porque los elementos que integran la ins-

titución, si no coinciden todos en absoluto con los de los fideicomisos, se acercan mucho a ellos; y porque los fundamentos legales y doctrinales en que tienen su base y la norma de su desarrollo, están entresacados de los que regulan fideicomisos y legados.

Nos demuestran además los elementos antes referidos, que esta institución no puede calificarse de peculiar y exclusiva de nuestro Derecho regional, sino que forma parte de él—como formaba parte del de otros países, antes de la época codificadora del Derecho civil moderno—como integrante del Derecho medieval o común. Y que algunas de las variantes o modalidades de los antes indicados testamentos, han tenido aceptación en unos países y han sido desechadas por otros, en términos que en este sentido, y aun dada la comunidad de origen, pueden calificarse de instituciones de Derecho regional los siguientes: el testamento por comisario en el Derecho regional de Castilla, por ejemplo; y el de confianza, en Cataluña.

Es de notar que la institución de los herederos distributarios, que es a su vez una especialización de los testamentos que se estudian agrupados con la institución de aquellas últimas voluntades en que se faculta al heredero tanto para *nombrar* como para *elegir* el heredero entre una determinada clase de personas, es institución cuya doctrina toman nuestros clásicos—al menos nuestro gran Fontanella—de los grandes jurisconsultos castellanos, Castillo Sotomayor y Diego Covarrubias, y de las enseñanzas de Bartolus, el *pater juris* de la Edad Media.

Y recordamos eso, para rectificar una creencia, tan errónea como generalizada, que afecta no solo a la presente, sino a otras muchas instituciones de nuestro Derecho regional; creencia inspirada por un criterio jurídico que no compartimos, según la cual dichas instituciones han de estudiarse como cosa exclusivamente nuestra en las fuentes de nuestra jurisprudencia regional, desconociendo y pretendiendo—¡mal pecado!—cancelar u olvidar aquella solidaridad jurídica varias veces secular, que creó el cosmopolitismo inolvidable de la jurisprudencia civil de la Edad Media, incomparablemente más intenso que el de nuestros tiempos, y que permitía que un de Luca citase a nuestro Fontanella, y que nuestro Fontanella se inspirase en las enseñanzas de un Covarrubias.

Quedamos, pues, en que, a tenor de la doctrina del de Luca, entresacada de sus citadas Discusiones 182 y 183, el fiduciario o heredero de confianza, no merece el nombre de árbitro, o executor, o elector, o distribuidor, o nombrador de heredero; sino que únicamente actúa como testigo cualificado, con cuya declaración, aun cuando sea la de un testigo único, se prueba cuál fué la voluntad del testador; sin necesidad de juramento, cuando su declaración va acompañada de indicios o adminículos comprobantes de su verosimilitud; con juramento, cuando estos no existen; y sin que este surta pleno efecto, cuando median circunstancias adversas a la verosimilitud de lo por él averado.

§ 6

SOBRE SI EL HEREDERO DE CONFIANZA PUEDE SER EL FAVORECIDO
CON LA HERENCIA

La jurisprudencia moderna ha resuelto algunas cuestiones motivadas por la institución que nos ocupa.

Nada tiene de extraño que una institución de origen tan complejo como impreciso, haya producido o dado origen a dudas y dificultades. Lo mismo ha sucedido con aquellas otras que la doctrina de los autores, los usos y costumbres locales o regionales y la jurisprudencia de los tribunales de justicia han venido elaborando en el transcurso de los siglos.

Una de dichas cuestiones o dificultades, es la de si un heredero de confianza puede designarse a sí mismo como favorecido con la herencia, por la voluntad del testador.

A poco que se medite sobre este supuesto, ya asalta la sospecha contra la verdad de una disposición semejante. Es altamente inverosímil que para disponer de una herencia en favor de una persona, se acuda al medio extraordinario de nombrarle heredero de confianza. Y si se ahonda algo más en la naturaleza de la institución, aparece la anomalía manifiesta, en el hecho de fiar en un heredero de esta índole la distribución de la herencia o el cumplimiento de la voluntad del testador, empleando un mediador, o absolutamente inútil, o enteramente incapaz.

Decimos inútil, porque si no hay obstáculo alguno legal para que el confidentiario sea el verdadero heredero, en el mismo testamento pudo declararlo el propio testador con eficacia indubitable; y si aquel obstáculo existiese, resultaría también inútil el intento de burlarlo, porque para estos casos no vale la institución de confianza.

Pero es que, además, la institución de heredero de confianza, a tenor de las nociones que de la misma hemos dado, presupone en el designado la cualidad de intermediario, de medio de transmitir la herencia a favor de otras personas o entidades; y estas consideraciones determinan la exclusión del confidentiario, como heredero absoluto y libre del testador.

En este sentido ha opinado el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia de 17 de marzo de 1896, en la cual ha sentado la doctrina contenida en los dos considerandos que más abajo se transcriben.

Se trataba en el caso que motivó la sentencia calendada, de un testamento en que se nombraron tres herederos de confianza, de los cuales uno no aceptó el cargo, y los otros dos declararon que la voluntad de la testadora era la de que uno de ellos pudiera disponer de los bienes con completa libertad.

En la sentencia del Tribunal de casación no se discurre sino sobre la naturaleza de la institución, la que se declara opuesta a la institución directa del confidentiario; se prescinde de examinar el elemento de la inverosimilitud de una disposición de tal índole, inverosimilitud que nos parece encontrar en la designación de pluralidad de confidentiarios para que uno solo dispusiese libremente, y en la inclusión del heredero verdadero entre los calificados de confianza; porque si los tres eran verdaderos fiduciarios, ¿qué papel les estaba reservado a los que no podían intervenir eficazmente en el cumplimiento de la voluntad del testador, ya que uno de ellos podía disponer libremente de sus bienes?, y si no lo eran más que los otros dos, en el sentido de que tenían el encargo de designar al verdadero heredero, ¿cómo se explica que éste fuese calificado como fiduciario y equiparado con los otros como mero heredero de confianza?

La sentencia del Tribunal Supremo antes citada se funda, en sustancia, en que la institución de heredero de confianza viene caracterizada por la circunstancia de ser un mero mandatario encargado de transmitir a otro la herencia, lo que impide que se la quede para sí. He aquí los dos considerandos en que se fundaba aquel fallo de casación:

“Considerando que la Sala sentenciadora, juzgando con recto criterio, pronunció su fallo en el litigio a que se refiere el presente recurso, interpuesto a nombre de don P. R., que se mostró heredero de confianza instituido en el testamento que había otorgado doña A. C., declarando la caducidad de dicha confianza y destituido por consiguiente también el testamento indicado, puesto que una vez hecha por el referido don P. R. la manifestación de que la voluntad de la testadora era que él pudiera disponer de todos los bienes relictos a su muerte, sin intervención ni consentimiento de ninguna otra persona, faltaban por completo la base y circunstancias especiales de la institución de confianza, mediante las cuales, el heredero de ese carácter es un mero mandatario encargado de transmitir a otro la herencia, según las instrucciones recibidas del testador su mandante; de todo lo que se desprende que no existió en el presente caso semejante confianza.

”Considerando que, partiendo de lo expuesto, y destituido como ha sido el testamento de doña A. C., carece de valor y fundamento la alegación que en el primer motivo del recurso se hace referente a haber sido infringida la voluntad del testador; puesto que al aducirla se hace supuesto de la cuestión, que resuelta como lo ha sido por la Audiencia de Barcelona, traía como consecuencia lógica e indeclinable la de reconocer como herederos abintestato a los demandantes en el pleito, según lo solicitaron en la demanda en el juicio por ellos provocado, sin que tengan aplicación alguna al caso las disposiciones... relativas al procedimiento que la ley de Enjuiciamiento civil asigna para que tenga lugar la declara-

ción de herederos abintestato, y cuya observación se halla prescrita para la generalidad de los casos en que se solicita dicha declaración, sin iniciarse por nadie controversia que motive un litigio, y sin que eso pueda poner límite alguno a las declaraciones de todo género que cabe hacer en un juicio ordinario declarativo.”

No se olvide, además, que la naturaleza jurídica del heredero de confianza le señala la calidad de un verdadero testigo, y que según razón natural, y según, además, la ley positiva (la 10.^a del Tit. 20, lib. IV del Cod. de Justiniano) nadie puede ser testigo en causa propia; consideración que por sí sola habría de bastar, para rechazar la posibilidad de que el heredero de confianza la declare en el sentido de que es él mismo el favorecido con la herencia.

Damos, pues, por resuelta la dificultad propuesta, en el sentido de que la herencia de confianza no consiente que sea el fiduciario heredero del testador; y que cuando esto sucede, queda ineficaz el testamento y se defiere la herencia del difunto según la ley de la intestatura.

§ 7

SOBRE SI EL HEREDERO DE CONFIANZA PUEDE SER OBLIGADO A REVELARLA

Otra cuestión puede proponerse relativa a la institución de los herederos de confianza, siquiera su sola enunciación haya de producir alguna extrañeza. Nos referimos a si los herederos de confianza pueden verse obligados a revelarla.

En el orden puramente del derecho laico o civil, la dificultad está resuelta por la jurisprudencia de un modo que bien podríamos decir definitivo; pero en el terreno de la jurisprudencia canónica, o tal vez diríamos mejor en el orden canónico-civil, creemos que no está la cuestión propuesta, suficientemente dilucidada.

A unos herederos de confianza que sólo tengan el encargo de distribuir entre personas laicas la herencia del testador, no puede exigírseles que revelen el encargo que les haya hecho el causante. Pero, recuérdese que es frecuentísimo que tales testamentos o confianzas contengan disposiciones de beneficencia o de culto; y ante esa realidad, se comprenderá cuán importante ha de ser el problema propuesto y no suficientemente estudiado.

Que las disposiciones de carácter exclusivamente privado, laico o civil, no son susceptibles de una revelación forzada, no pueden ser coactivamente conocidas o publicadas, y que el secreto de la confianza viene amparado por el estado actual de la jurisprudencia civil o laica, es, a nuestro entender, incuestionable.

Baste recordar lo que sobre el particular han dicho nuestros más autorizados tratadistas.

Brocá y Amell, refiriéndose a este aspecto de la institución que nos ocupa, dicen, en el § 665 de su conocida obra de Derecho civil catalán:

“Mas, comunmente, el testador prohíbe, que bajo ningún concepto se obligue al heredero a revelar la confianza, y esta prohibición debe ser rigurosamente observada. El Tribunal Supremo así lo declaró en la sentencia de 21 de abril de 1860. Un testador instituyó un heredero universal de confianza con expresa prevención de que no estaría obligado a dar cuenta ni razón a persona alguna. Unos sobrinos del testador pretendieron en la segunda instancia de un juicio incoado, que dicho heredero exhibiese la confianza que el testador le encargó, pretensión que fué denegada por la Audiencia. Contra el fallo de ésta los mentados sobrinos interpusieron recurso de casación, y al decidirlo, en la sentencia calendada, el Tribunal Supremo dijo: “Considerando que el presbítero Esplugas, al nombrar por heredero suyo de confianza a don Ramón Vidal, le relevó de dar cuenta a persona alguna, y que la exhibición últimamente pretendida por los mandantes, caso de ser posible, habría contrariado de la manera más abierta la libre voluntad del testador.”

En la sentencia de 10 de marzo de 1875 se rechazó por nuestro Tribunal de casación la supuesta analogía que el recurrente alegaba entre el testamento de confianza y el testamento hecho por comisario, para exigir del heredero que dentro de cuatro meses revelase el encargo, confidencia o confianza.

De estas sentencias, y de la doctrina de los citados autores, ha venido a deducirse una de esas reglas absolutas, tan peligrosas en jurisprudencia como lo son las definiciones, regla que aparece consignada en algunos de los anteproyectos de la codificación de nuestro Derecho civil.

El artículo 622 del proyecto de los señores Romaní y Trias, dice: “Instituída una persona heredera o legataria de confianza, *ninguna autoridad* (subrayamos la frase para denunciar el punto a nuestro entender vulnerable del artículo) puede exigirle la revelación de aquélla, si no lo ordena el testador.”

Y ya antes, Durán y Bás, en su ya citada Memoria sobre el Derecho civil de Cataluña, condensó idéntico criterio en el apartado 263 de los artículos en que propone las reglas de nuestro Derecho que habrán de respetarse. Dice así:

“El testador que instituye una herencia o legado de confianza puede prohibir la revelación de ésta, y su prohibición debe respetarse.”

Según dejamos ya indicado, a nuestro entender, no puede afirmarse en absoluto que el secreto del confidencialario haya de ser respetado siempre y por toda clase de autoridades.

No se olvide, volvemos a decir, que son muchas las disposiciones de carácter piadoso que en los testamentos de confianza se contienen; tén-gase en cuenta que en esta clase de disposiciones de última voluntad la jurisdicción de la autoridad eclesiástica es innegable, y que la materia está canónicamente regulada; y ante este aspecto legal, ya no es permitido acudir únicamente a la legislación o a la jurisprudencia profana o laica, para resolver la cuestión relativa a si el secreto del confidenciario debe o no ser respetado por toda clase de autoridades.

Nosotros, al amparo de los textos que vamos a examinar, entendemos que por lo que afecta a las disposiciones de carácter piadoso o benéfico de las herencias o testamentos de confianza, el heredero no puede ampararse del secreto confidenciario; y ello aún en el supuesto, ciertamente frecuentísimo, como indican los señores Brocá y Amell, de que el testador le haya ordenado el secreto.

Nuestros juristas han olvidado consignar respecto a esta institución el aspecto canónico, derivado de lo que dispone una ley del reino como lo es el Concilio Tridentino, el cual, en su Sesión 22, c. 8 *de reform.*, estableció la que sigue: "Episcopis, etiam tamquam Sedis Apostolicae delegati, in casibus a iure concessis, omnium piarum dispositionum tam in ultima voluntate quam inter vivos, sint executores". De lo cual se infiere que todas las disposiciones de esta índole, es decir, de carácter piadoso o benéfico, todo lo que cabe dentro del concepto de causas pías, ha de ser conocido por el Obispo; quien siendo el ejecutor por ministerio de la ley canónica, es evidente que las ha de conocer; ya que es visto que mal podría cumplirlas o hacerlas cumplir, si no le fuesen conocidas.

Ni tan siquiera la prohibición que el testador impusiere al confidenciario de revelar la confianza, puede impedir al Obispo el derecho de obligar al confidenciario a revelarlas que tengan el indicado carácter; y no sólo por aquella consideración general de que todo deber es correlativo de un derecho, y que por lo tanto, siendo deber del Obispo el cumplimentar las disposiciones testamentarias de carácter pío, tiene el derecho de conocerlas; sino por la especialísima que envuelve lo que de un modo expreso dispone el canon 17 *De Testam.*, que atribuye al Obispo el cumplimiento de la voluntad del testador, en la indicada materia, aun cuando el testador mismo hubiese prohibido la intervención del Obispo. "Cum in omnibus piis voluntatibus sit per locorum Episcopus providendum ut secundum defuncti voluntatem universa procedant licet etiam (nótese bien este inciso) a testatores id contingeret interdici". Y daba la razón la glosa: "quia privata dispositio testatoris non potest generalem constitutionis vel canones immutare". Aun cuando el testador lo haya prohibido, el Obispo es el encargado por los sagrados cánones de dar cumplimiento a las disposiciones pías; y, por consiguiente, deben serle reveladas, sin distinción de si el

testador ha prescrito el secreto o ha autorizado la revelación. Este es nuestro dictamen.

Y si por acaso se preguntase de qué medios puede valerse el Obispo para obligar a un heredero de confianza a que la revele, contestaríamos que es evidente que podría llegar a conminar al heredero que se negase a hacerlo en este extremo con las censuras eclesiásticas.

Así lo dispone de una manera terminante el canon 2348 del nuevo Código de Derecho Canónico con las siguientes palabras:

"Qui legatum vel donationem ad causas pias sive actu inter vivos sive testamento, etiam per fiduciam, obtinuerit et implere negligat, ab Ordinario, etiam per censuram, ad id cogatur."

Es pues, nuestra opinión, que aquella regla que antes hemos transcrito del mencionado ante-proyecto de apéndice al Código civil, no puede admitirse como expresión exacta del Derecho que regula la institución que nos ocupa; y que cuando se proponga la cuestión del secreto del heredero de confianza, se ha de establecer la distinción antes indicada, o sea, entre las disposiciones de carácter profano, respecto de las cuales ha de respetarse el secreto impuesto por el testador expresamente, aún el que presupone la naturaleza de la institución misma, y las disposiciones que se refieren al culto o a la beneficencia (en general causas pías) respecto de las cuales, ni el secreto natural de la institución, ni aun el expresamente ordenado por el testador, deben guardarse con relación al Obispo.

§ 8

¿PUEDE EL HEREDERO DE CONFIANZA MODIFICAR SUS MANIFESTACIONES SOBRE LA CONFIANZA MISMA?

Una de las cuestiones más interesantes a que da lugar la institución que nos ocupa, es la de si el heredero de confianza puede modificar o reformar sus manifestaciones, una vez hechas.

Es ésta una cuestión que habremos de estudiar también cuando tratemos de la institución de herederos distributarios. Entendemos que es precisamente allí, en donde tiene sus términos apropiados este problema, y que para plantearlo en el terreno de los herederos de confianza, es preciso ante todo cuidar de que sean claros y bien delimitados los conceptos que encierra el enunciado.

Si al preguntar si el heredero de confianza puede introducir modificaciones en sus manifestaciones, se piensa en la facultad subjetiva del confidenciario de modificar, separándose de él, el encargo que le hizo el testador, la respuesta habrá de ser rotundamente negativa; por cuanto, teniendo

presente la naturaleza de nuestra institución, se vé que ninguna facultad se concede al confidenciario, si no es la de revelar lo que en secreto le comunicara el testador.

Esta situación absolutamente subordinada a la voluntad del testador, impide al heredero de confianza, una vez revelado su secreto, introducir en él modificación alguna que venga a destruir o derogar lo que toma su fuerza, no de la voluntad del confidenciario, sino de la del testador que le confió la suya.

Muy claramente expresa estos mismos conceptos el de Luca, en su ya citada y comentada discusión 183, cuando después de recordar que el heredero de confianza actúa como mero testigo encargado de publicar la voluntad del disponente, y de hacer ver que una vez publicado el secreto deja éste de serlo y se convierte en la voluntad pública, conocida e inalterable del testador, compara este proceso a lo que sucede con la extracción de los granos de una espiga, en cuya operación el que la realiza, no es el autor del grano, sino el que quita el velo de la paja que lo ocultaba.

Y añade el Cardenal: “Et consequenter opus non est inspicere, an ipsius testis voluntas sit perfecta, et determinata, vel adhuc indeterminata et imperfecta, seu alias retractabilis, quoniam cum non agatur de voluntate propria, sed de secreto, quod in substantia est certum, ac inalterabile, hinc proinde, eo ipso, quod fiduciarius publicat secretum, istud non est amplius tale, sed publicum, atque id, quod jam detectum est retractare non potest...”; y prosigue recordando el ejemplo del grano separado de la espiga, y termina con el del ave que se suelta de la jaula: “Sive juxta illud exemplum, quod vulgo pro muliebri facilitate probanda dari solet, de ave reposita in capsula, quoniam ista semel aperta, avis fugit, non curando an apertura sequatur ex voluntate determinata vel indeterminata.”

La voluntad del testador, una vez revelada, una vez conocida, sea cual fuere la intención y la situación en que el confidenciario la manifestare, es la ley de la sucesión. El secreto deja de serlo; el grano salió de la espiga; el ave voló al encontrar abierta la jaula; el confidenciario cumplió su misión, y la voluntad del testador inicia su imperio sobre la herencia.

Pero, entiéndase bien, que esa irrevocabilidad de la voluntad manifestada por el confidenciario no excluye su retractabilidad, en el caso de que la manifestación primera sea falsa, según vimos ya al estudiar en anteriores apartados la discusión perusina del mismo Cardenal. Lo que no está permitido al heredero de confianza es separarse y contradecir la voluntad del disponente; pero evidentemente puede darse el caso—aun cuando no sea cosa muy fácil de probar—en que la manifestación primera del fiduciario pueda desvirtuarse, demostrando su falsedad, por otra posterior.

Es en este sentido en que se ha de entender la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 1909, recaída

en un pleito en que uno de los herederos de confianza pretendió modificar la que en escritura pública anterior manifestó de acuerdo con el otro confidenciario; y en la cual consignó el Supremo la doctrina que se contiene en el considerando que en la parte necesaria se transcribe:

“Considerando que atendida la naturaleza de la institución fideicomisaria, una vez expresada en documento público por el heredero fiduciario la voluntad del testador, según las instrucciones confidenciales que del mismo recibiera, carece de facultad para modificarla, ampliándola o revocándola, debiendo por tanto prevalecer lo consignado... en la escritura de fecha... la primera o anterior confirmada por la que otorgó... el otro heredero fiduciario también del propio testador.”

Efectivamente, y de completo acuerdo con esta doctrina, el heredero confidenciario no puede modificar la verdadera voluntad del disponente; no entra esta facultad en su calidad de mero testigo sabedor de la voluntad del testador. Pero—volvemos a recordarlo—cabe en lo posible que la manifestación del confidenciario no coincida o se separe sustancialmente de aquella voluntad, fundamento sustancial de la institución que estudiamos; y cuando sea posible demostrar que la manifestación primera fué distinta de la verdad o contraria a ella—lo cual lo repetimos, difícilmente podrá demostrarse—entonces habrá de estarse a la declaración segunda y no a la primera.

Pero repárese que ni aun en este caso podría afirmarse, hablando propiamente, que el confidenciario cambió su voluntad, ni la voluntad del testador: porque la primera no tiene eficacia, y la segunda es única; sino que lo que ocurrió fué una mera retractación de una declaración, o falsa, o inexacta, o incompleta, por otra, que, por las pruebas de que vaya acompañada, ha llegado a obtener el carácter de verídica.

El mismo de Luca, a quien tantas veces hemos citado en esta materia, al tratar de estas cuestiones, sintetiza la doctrina de la antigua jurisprudencia en los siguientes términos:

“Ipso autem fiduciario plures diversas declarationes faciente, illa quae magis verisimilis est et adminiculata attendi debet, et si neutri adminiculi assistunt, neutra ob incertitudine attendenda venit.”

De manera que, en buena doctrina, la pluralidad de manifestaciones del fiduciario—que lo hemos dicho ya, jamás puede tener la eficacia o el significado de un verdadero cambio de voluntad— puede dar por resultado la anulación de la confianza; por cuanto puesta una declaración en contradicción con la otra, si ninguna de ellas aparece adornada de circunstancias o adminículos demostrativos de su verdad, entonces “neutra attendenda venit”, ninguna de las dos ha de atenderse. ¿Por qué razón?: “eodem modo,—añade nuestro Autor,—quo ita testatore duobus suam voluntatem comunicante inter se discrepantibus, diversisque declarationes

ficientibus, vel neutri ratione incertitudinis deferendum est, vel ei cui magis verisimilitudo, et adminicula assistunt.”

En resumen o conclusión: El confidenciario no puede cambiar la voluntad del testador; no puede por tanto hablarse de cambio de voluntad propia, sino de modificaciones en su declaración sobre un hecho ajeno cual es la voluntad del disponente. Puesta la cuestión en este terreno, la manifestación primera no puede ser cambiada por otra que la contradiga, si esta última no viene adornada de circunstancias o adminículos corroborantes de su veracidad, Y en el supuesto de que ambas declaraciones se contradigan, y no exista medio de apreciar si una de ellas es la verdadera, entonces deben rechazarse ambas, y quedan nulas las manifestaciones del heredero de confianza.

Lo mismo, pues, sucederá cuando el heredero confidenciario no revele la confianza, que cuando la revele en forma oscura, ininteligible o contradictoria. La institución, el testamento quedará sin eficacia alguna. Pero, lo repetimos, una vez hecha la manifestación de la verdadera confianza, dada la naturaleza confidencial de la institución, ésta es invariable; importando poco que la manifestación se haya realizado en acto entre vivos o en acto revocable o sea en testamento, el cual, aun cuando pueda revocarse en cuanto a las disposiciones relativas a los bienes del fiduciario o confidenciario (llámese como se quiera), no podrá enervarse, ni desvanecerse, ni modificarse, en cuanto contenga la revelación verídica de la voluntad del disponente o testador.

§ 9

VARIAS CUESTIONES BREVEMENTE RESUELTAS

1.ª ¿Qué sucede cuando son varios los confidenciarios y no están de acuerdo sobre la confianza?

La doctrina que debe admitirse para resolver esta dificultad, es parecida a la que dejamos expuesta al tratar del caso de la doble declaración del heredero de confianza único. La extraemos del mismo autor tantas veces citado.

El Cardenal de Luca en la Discusión 182 núm. 17 resuelve el problema en los siguientes términos: “...ubi agendo de consimili fiduciaria voluntate” “duobus communicata, qui inter se discrepant, deciditur, quod neutri” “deferendum sit ratione incertitudinis, vel quod attendi debeat illa declaratio, quae ex affectione testatoris aliisque circumstantiis magis verisimilis” “pro iudices prudenti arbitrio videatur.”

De manera que cuando son dos los confidenciarios y discrepan en punto

a la confianza, entonces, o bien por razón de la incertidumbre deben rechazarse las manifestaciones de los dos, o bien admitir la de aquel de los dos que en virtud de las circunstancias parezca al Juez más verosímil.

Se trata pues de una cuestión de hecho que como tal está naturalmente sometida a la apreciación judicial y sobre la cual no es posible dar a priori reglas concretas o precisas.

2.ª ¿La confianza ha de manifestarse forzosamente ante el Juez o ante Notario?

Los autores que no han querido ver en el heredero de confianza más que un testigo, han opinado que su declaración o revelación había de ser jurada; e indirectamente, al apoyo de la ley Jusjurandi (es la 9.ª) del título 20, libro IV del Código Justiniano, venían a exigir una verdadera y solemne declaración judicial de la confianza.

Desde luego, en nuestro tiempo, nadie entiende ser necesaria la declaración judicial, por cuanto en ningún caso, que sepamos, se han impugnado, por falta de la indicada solemnidad, las declaraciones de la confianza hechas por ante Notario.

Pero ¿es que la intervención notarial es indispensable, a falta de la del Juez?

Tampoco creemos necesario que la manifestación de la confianza se haga ante Notario. Puede el confidenciario hacerla en documento, y mientras se pruebe debidamente su autenticidad, tendrá igual eficacia que la revelación hecha en documento público. Y del mismo modo puede hacer su revelación verbalmente ante testigos, mientras que, igualmente, llegue a demostrarse la realidad de tal revelación, y en su contenido no se halle motivo para sospechar contra su veracidad, sino que sea verosímil o racionalmente verídica.

Corroboración la suficiencia del documento privado, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1868, en la cual se declaró no caducada una confianza que el confidenciario había consignado en un pliego cerrado que dejó al morir. Y demuestra la suficiencia de la revelación verbal ante testigos toda la doctrina del Cardenal de Luca expuesta en los anteriores apartados, y la misma sentencia que se acaba de citar (18 de octubre 1868) la cual, al conceder plena eficacia a un simple documento privado, virtualmente viene a excluir la necesidad de toda solemnidad ni judicial, ni notarial para esta clase de revelaciones, y a atender únicamente a la verdad de la confianza revelada, sea el que fuere el modo de manifestarla o declararla.

No podemos, pues, compartir la opinión que aparece expuesta en la obra del Sr. Pella y Forgas (T. IV, pág. 51) sobre ser necesario que la revelación de la confianza se haga judicialmente o ante Notario.

3.ª ¿Puede hacerse tácitamente la revelación de la confianza?

Indudablemente. Según demuestra la sentencia del Tribunal Supremo

de 27 de enero de 1872, la sola distribución de los bienes integrantes de la herencia de confianza hecha formalmente por el confidenciario como tal, equivale a la revelación de la confianza y debe reconocérsele a este acto plena eficacia.

4.ª Pueden los herederos de confianza nombrar sustitutos?

A nuestro entender es dudoso que puedan hacerlo, aun estando expresamente facultados por el testador. Aun en este más favorable supuesto milita contra tal facultad la doctrina que establece la caducidad o desvanecimiento de la institución, si el confidenciario no hace pública la confianza. Ello aparte de que conceder eficacia a una autorización de tal índole, equivaldría a barrenar la ley que, inspirándose en intereses de orden público tiene prohibidos los perpetuos o indefinidos estancamientos de la propiedad privada; en una palabra, entendemos que contra una tal autorización o facultad militan el espíritu y la letra de las leyes desvinculadoras.

Y con mayor motivo entendemos que no es admisible, ni tan siquiera como opinión probable o discutible, la que atribuye tal facultad de designar sustituto a los confidenciarios que no la tienen expresamente concedida por el testador en el testamento. Nos fundamos en que, no siendo artículo de fé la declaración de tales herederos, sino que a tenor de la doctrina que tenemos explicada su veracidad es discutible y puede serles negada, cuando contra sus declaraciones militan indicios de falsedad o de mentira; y siendo esta institución por su naturaleza de carácter fideicomisario, y no admitiéndose por legislación alguna más sustituciones de esta clase que las que expresa y categóricamente dejare ordenadas el testador; y siendo presunción racional admitida constantemente en todos los tiempos y por todas las legislaciones, la de que el testador no quiere otros sustitutos que los que él declara y ordena expresamente; entendemos, de acuerdo con la doctrina antes explicada, que una declaración de esta naturaleza debe rechazarse como absolutamente inverosímil, y que ni sin juramento, ni con juramento debe darse crédito al heredero de confianza que, sin estar expresamente facultado por el testador, pretenda designar sustituto a su cometido.

Además, y aun prescindiendo de la presunción antes apuntada, ¿cómo puede admitirse como cosa corriente que un testador ponga su confianza en una persona hasta el punto de que no solo la tenga en sus actos, sino en los que pueda realizar otra por ésta designada y desconocida del mismo testador?; ¿no es lo más racional pensar que para casos tan extraordinarios e insólitos, lo natural es que el testador haga una ordenación expresa?; ¿nada significa en contra de tal extensión de la confianza el hecho de que el testador la haya manifestado solamente en favor de tal persona determinada? Opinamos, por lo dicho, separándonos del dictamen de algun autor moderno que da el caso como muy dudoso, que cuando el testador no confiere expresamente al heredero de confianza la facultad de designar sustituto,

debe considerarse extinguida la ordenación del testador, si el confidenciario muere sin manifestar la confianza, y que no tiene eficacia la designación de persona que la haya de manifestar.

§ 10

DEBERES DE LOS HEREDEROS DE CONFIANZA. NATURALEZA DEL DEBER DE MANIFESTAR LA CONFIANZA

Para dejar bien estudiada la naturaleza jurídica de la institución de herederos de confianza, conviene examinar los deberes y derechos que el cargo atribuye a los confidenciarios.

En orden a sus deberes, salta a la vista que la obligación principal que la institución supone, que es la de cumplir escrupulosamente la voluntad del testador, dando a la herencia el destino ordenado por el mismo, es una obligación que tiene un carácter más bien moral que jurídico; por cuanto no existiendo términos o medios hábiles coercitivos para obligar a los confidenciarios, ni tan siquiera a que manifiesten cuál es aquella voluntad (salvo en lo tocante a causas pías), determinante del deber de restituir la herencia, ni existiendo término legal dentro del que haya de darse a la confianza cumplimiento; es visto, que si un heredero de confianza quiere ir demorando la entrega de los bienes a sus verdaderos destinatarios o favorecidos, no habrá medios jurídicos con que se le obligue a cumplirla; y por lo tanto, los deberes que aquélla impone a los confidenciarios, no siendo jurídicamente exigibles, vienen a caer fuera de la órbita del Derecho y a quedar en la de mayor radio del orden moral.

Que los herederos de confianza no pueden ser apremiados para que dentro de un plazo determinado la manifiesten, es cosa resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de abril de 1860, recaída en un pleito en que los actores, estimando la analogía que puede encontrarse entre la institución de heredero de confianza y la del testamento por comisario, invocaron la ley de Toro que fija en cuatro meses el plazo dentro del cual el comisario ha de declarar el destino de la herencia. El Tribunal Supremo, en la citada sentencia, rechazó la analogía entre ambas instituciones; y, por lo tanto, quedó desechada la pretensión de los demandantes y la teoría en que la fundaban; y, por lo mismo, corroborado con una declaración del Tribunal de casación, que los herederos de confianza no tienen término o plazo que les obligue a que dentro de él declaren el encargo o confianza que el testador les hizo.

En esta sentencia se consigna la doctrina de que los herederos de confianza no tienen obligación de dar cuenta alguna, cuando el testador

les releva de ello; y en la de 27 de septiembre del mismo año 1861 se declara que, "constituído un fideicomiso de confianza, segregados de la masa común los bienes de su dotación y entregados al heredero fiduciario, éste queda desde aquel momento autorizado para disponer de ellos de la manera que mejor le parezca, para llenar los deberes de su cometido; y no es dado a los albaceas, ni a otra persona alguna, residenciar sus operaciones.

Sólo hemos sabido encontrar una excepción a esta regla que coloca a la institución en un terreno muy cómodo para los confidentiarios, pero muy peligroso para los interesados en el cumplimiento de la confianza, y como consecuencia, en el terreno doctrinal y de reforma legislativa o constituyente, a la institución misma; en cuya situación ha de considerarse, además del peligro de que con esta institución de los herederos de confianza se pretenda burlar preceptos prohibitivos de la ley, el otro no menos odioso consistente en posibles abusos por parte de los confidentiarios.

La excepción la hemos indicado ya en uno de los apartados anteriores, al referirnos a la obligación de revelar la confianza por preceptos del Derecho canónico, cuando se trate de disposiciones piadosas, excepción que viene completada con la doctrina que expone el cardenal de Luca en los núms. 199 y 200 de la *summa* de fideicomisos, al excepcionar también de la ineficacia o desvanecimiento de un testamento de esta clase, cuando el heredero no hace manifestación alguna de la confianza, el caso en que de uno u otro modo constase *in genere* que la última voluntad consistía en disposiciones de carácter piadoso, o sea, hechas a favor de causas pías; en cuyo caso o supuesto el Obispo entra en el lugar del confidentiario para distribuir la herencia dándola aquel empleo.

En dos autores modernos hemos encontrado la afirmación de que a veces se obliga al heredero de confianza a declarar la voluntad, y según las circunstancias, *ad aures iudicis* (Vives y Cebriá, Lib. IV, Tit. I, página 273, edición de 1833, y Durán y Bás, en la pág. 190 de su citada Memoria). Pero ni el uno ni el otro nos explican en qué casos y con qué sanciones y procedimientos puede obligarse al heredero de confianza a revelarla, y en qué circunstancias *ad aures iudicis*; ni citan tampoco fundamento alguno legal ni doctrinal de su opinión; por lo que, aún respetando, como profundamente respetamos, la excepcional autoridad de los dos citados maestros de nuestro Derecho regional, no podemos admitir la excepción que ellos indican al secreto del confidentiario, sino en el supuesto que dejamos explicado y razonado al tratar de las disposiciones pías. Por lo demás, ni en el tratado del cardenal de Luca, ni en los tratados de fideicomisos de Peregrino, de Fusario, de Graciano, de Bonfini y otros que hemos consultado, hemos sabido encontrar la doctrina indicada, cuyo origen—lo confesamos llanamente—desconocemos en absoluto, si es que no se refiere a la excepción antes explicada.

Es, pues, a nuestro modo de ver, de carácter moral más que jurídico, la obligación que la confianza impone al heredero de esta clase; obligación de conciencia que le ha de obligar a cumplir con escrupulosa exactitud y con toda diligencia y actividad lo que el testador le haya encargado fiando en su probidad y celo, EN SU SOLO PUDOR, como dice Bonfini, pero que, salvo el caso exceptuado de la regla general, no es posible exigir su cumplimiento ante los Tribunales de justicia; o lo que es igual: no tiene verdadero carácter de obligación estrictamente jurídica.

Es otra obligación que la ley impone a los herederos de confianza la del pago del impuesto de transmisión. Ya Vives y Cebriá citaba la Real orden de 22 de diciembre de 1831, en la cual se decía "que en los fideicomisos se exigirá el testimonio de la cláusula fideicomisaria en todo su tenor literal, y si en ella resulta la restitución o destino que el testador dá a los bienes, se cargará el impuesto con arreglo a su resultado; más si la cláusula es general y referente a la fé y sigilo del fideicomisario, entonces estará éste sujeto al derecho correspondiente al extraño, a no ser que declare y restituya la herencia en forma legal a persona pariente del testador, en cuyo caso se atenderá al grado de parentesco y por él se fijará el impuesto."

Y el artículo 32 del Reglamento vigente de 20 de abril de 1911 dispone que: "En los fideicomisos, cuando dentro de los plazos en que debe practicarse la liquidación no sea conocido el heredero fideicomisario, pagará el fiduciario con arreglo a los tipos establecidos para las herencias entre extraños, cualquiera que sea su parentesco con el causante."

"Lo pagado con arreglo al párrafo precedente, aprovechará al fideicomisario cuando sea conocido, pero no tendrá derecho a reclamar la devolución de cantidad alguna por razón de su parentesco con el causante."

"Si dentro de dichos plazos se conociese el heredero fideicomisario, satisfará éste el impuesto con arreglo a la escala y grados señalados para las herencias."

Véase, pues, de qué manera estas disposiciones de carácter fiscal admiten implícita pero notoriamente la institución de herederos de confianza, a pesar de lo que dispone el artículo 785, núm. 4.º del Código civil, en cuya virtud se establece que no surtirán efecto las sustituciones que tengan por efecto 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, disposición que debe concordarse con los artículos 671, 747, 749, 755 y 786 del mismo Código; y véase también de qué modo el Reglamento vigente constituye el único medio coercitivo o de apremio, siquiera sea indirecto, para la declaración de la confianza, cuando el favorecido con el encargo del causante es persona ligada con el vínculo de parentesco con el mismo disponente; ya que de no revelarse la confian-

za dentro del término señalado para hacer la liquidación, el confidenciario pagará el impuesto como si el favorecido fuese un extraño, y ello sin derecho a devolución de cantidad alguna; y sólo cuando la confianza sea declarada en el indicado término, la liquidación se hará con arreglo a los tipos más bajos correspondientes al parentesco.

§ 11

DERECHOS DE LOS HEREDEROS DE CONFIANZA. SOBRE SI DEBEN O NO SER RETRIBUIDOS SUS TRABAJOS. EL DERECHO HISTÓRICO

Al examinar los derechos que la institución de herederos de confianza atribuye a los confidenciarios, nos encontramos con una situación legal muy poco favorable para esta clase de herederos. Tan desfavorable, que el mismo rigor de la ley viene a aumentar el peligro de los abusos, siempre posibles, de aquella omnimoda e ilimitada confianza; peligros tanto más de temer, cuanto menos justa resulta la situación legal de los confidenciarios, obligados con la aceptación a dedicar sus cuidados y trabajos, y a asumir responsabilidades y contingencias desagradables de pleitos y contiendas, y ello sin retribución alguna, si no fuese la que la costumbre ha venido a establecer, como más adelante veremos.

Durán y Bás, en su tantas veces mencionada Memoria sobre el Derecho civil catalán, cita el siguiente fragmento de Fontanella relativo al punto que nos ocupa:

Según la naturaleza de esta institución, dice Durán y Bás, el heredero no recibe la herencia para sí, sino para un tercero; y como dice Fontanella, “*nec fructus interim perceptos suos facit, nec quartam detrahit, nec aliquod emolumentum ex aereis institutione percipit, sed uti custos bonorum depositarius et nudus minister positus censetur.*”

Y esta no es solo la opinión de Fontanella. Con mayor extensión y con tanta autoridad como en el príncipe de nuestros juriconsultos, se encuentra esta misma doctrina en las obras de otros autores.

Bonfini, en su tratado “*De Jure Fideicommissorum*”, Disput. LXXIV, número 36, dice refiriéndose a esta clase de herederos: “*Hinc heres fiduciarius non est nisi nudus minister et executor, non habens dominium, et usufructum, quemadmodum habet heres gravatus; sed tantum simplicem administrationem, sive custodiam, quin tenetur hereditatem totam, et integram et absque ulla diminutione restituere. Atque ideo non detrahit trebellianicam, quia haec competit vero heredi dumtaxat.*” El heredero fiduciario o confidenciario no es sino un mero ministro o ejecutor, no tiene ni el dominio, ni el usufructo que en cierto modo corresponde al heredero

gravado, sino solamente la administración o custodia, por cuanto está obligado a restituir toda la herencia íntegra, sin ninguna disminución; y por tanto, no detrae la trebellianica, que solo compete al verdadero heredero.

Y Peregrinus, otro de los expositores de mayor autoridad en materia de fideicomisos, en su tratado “*De Fideicommissis praesertim universalis*”, Artículo III, núm. 19, refiriéndose a esta clase de fiduciarios, dice: “*hic enim nec fructus interim perceptos, suos facit, nec quartam detrahit.*”

Recuérdese, por otra parte, lo que dejamos dicho en el capítulo precedente en punto al carácter más bien moral o de conciencia que jurídico o exigible de esta institución, respecto al cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo. Téngase además en cuenta que el cumplimiento de las obligaciones del confidenciario, puede reportarle molestias y peligros. Y ante esta situación, puesta al contraste de las normas del Derecho o de la justicia natural, que rechaza la gratuidad de todo esfuerzo, de todo trabajo que no pueda exigirse de la gratitud, de la piedad o de una amistad muy estrecha; y ante la inmoralidad manifiesta de un trabajo o de un peligro no retribuido; surge la idea, ya antes apuntada, o de un abuso en el cumplimiento del cargo, o de una actuación inspirada en las normas que aun la moral más rigurosa consiente, al aprobar en ciertas y determinadas circunstancias la oculta compensación.

Puesta la cuestión en el terreno de la moral, si la obligación de cumplir el encargo del testador no tiene, según hemos visto un control de carácter jurídico, y si solo es un deber de conciencia; muy posible es que ésta, ante la injusticia o iniquidad resultante de un cargo oneroso y gratuito, sienta la necesidad de remediar el mal y de aquietar sus escrúpulos con consideraciones del mismo orden, con derechos entresacados de la misma disciplina que regula las obligaciones correlativas. Y ciertamente, no habría de ser cosa muy insólita, que el confidenciario, que jurídicamente no viene obligado a dar cuentas a nadie del cumplimiento de su cargo, se sintiese inclinado a hacerse la justicia por sí mismo, adjudicándose de la herencia una remuneración proporcionada a la importancia de su trabajo y al riesgo en que su cargo le coloca.

Podría objetarse que el heredero gravado, al aceptar un cargo legalmente gratuito, lo hizo con entera libertad y, por tanto, sabiendo y consintiendo que nada había de percibir o retener. Realmente esta sería una objeción formidable, si no mediásen otras consideraciones jurídicas basadas en la costumbre que contradicen lo absoluto de este aserto; y sobre todo, si la libertad subjetiva del confidenciario no viniese coaccionada por la consideración eficazísima de que, rechazando el cargo, podría ser causa de perjuicios mucho mayores a los favorecidos con la confianza, que los que les habría de producir con la percepción de una remuneración equitativa por sus trabajos.

No son, ciertamente, ni este lugar ni nuestra misión, adecuados para una dilucidación profunda sobre este problema; pero dada la índole del mismo, tampoco podíamos ni soslayar la dificultad, ni menos inhibirnos enteramente ante ella. Por eso la hemos tratado, aunque sucintamente.

Pero obsérvese, que dejar al arbitrio del fiduciario el hacerse la parte, el señalarse él mismo y sin norma externa de criterio la tasa de su remuneración, constituiría otro peligro de inmoralidades y de abusos.

§ 12

DERECHO ACTUAL RELATIVO A LA REMUNERACIÓN DE LOS HEREDEROS DE CONFIANZA

Afortunadamente la costumbre y la doctrina, de acuerdo, han venido a establecer un criterio que, aun cuando no bien definido ni mucho menos absolutamente aceptado, ha llegado a resolver la dificultad en términos que merecen nuestra adhesión sincera, y en forma que conviene contribuir a que llegue a imponerse y a alcanzar una aceptación general.

Vives y Cebriá, al tratar de los albaceas, distingue los particulares de los universales. De los primeros afirma que es cargo gratuito, y de los segundos dice que aun cuando es cargo que procede del mandato del testador, no obstante, como junto con el oficio de ejecución hay el de la administración, lo cual importa cuidado, trabajo y responsabilidad, se debe por ello salario, para la determinación del cual debe seguirse la costumbre del país.

Nuestro inolvidable maestro don Joaquín Almeda, en un breve pero sustancioso artículo publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña* del año 1898, pág. 881, equipara, a los efectos de este salario o retribución de que nos hablaba Vives y Cebriá, los albaceas universales a los herederos de confianza. Y fundamenta esta ecuación, originariamente, en un monumento legal canónico de carácter particular, que aun cuando él no cita, creemos que debe referirse a una constitución sinodal de la diócesis de Vich.

“La semejanza casi completa—decía Almeda—de los albaceas universales con los herederos de confianza, ha ocasionado que, a pesar de que el albaceazgo sea gratuito por su naturaleza (a la del mandato se refiere el autor), se les reconozca en Cataluña derecho a una retribución igual a la que se otorga a los herederos de confianza.”

“Las razones de equidad y hasta de justicia que abonan la retribución aludida, militan lo mismo a favor de los albaceas universales que de los herederos de confianza; como que reconoce por causa los trabajos y riesgos que el cumplimiento del cargo ocasiona.”

Pero Almeda no determina cuál ha de ser la retribución de los herederos de confianza, y se limita a dar las siguientes normas de criterio sobre la materia:

“Por derivarse la retribución de la causa referida, no debe existir para los herederos de confianza y albaceas universales que prestan trabajo y sufren riesgos nulos o casi nulos: desprendiéndose de ello, que si el encargo conferido por el testador a los albaceas o a los herederos de confianza consiste en la entrega de los bienes a sus destinatarios en la propia especie que él los dejó, sin mediar enajenación, transformación, ni administración por parte de los encargados, la retribución ha de cesar. Si media administración, recaerá sobre los productos de las cosas administradas; si enajenación, sobre el precio o capital, y lo mismo en el caso de transformación: sería inexcusable y abusivo fijarla sobre el haber hereditario, cuando el heredero de confianza o albacea ha de ser, por la ordeación del testador, mero conducto de dicho haber para que llegue a sus dueños.”

Como se vé, Almeda atestigua la costumbre de que los herederos de confianza perciben en Cataluña una remuneración por sus trabajos, si bien es de lamentar que aquel famosísimo y muy experimentado jurista, no expresase en el trabajo en parte copiado, en qué consiste tal remuneración.

Otro reparo tenemos que hacer a lo que decía nuestro inolvidable maestro, y es, que no creemos admisible que la circunstancia de que el confidenciario no sea otra cosa que un mero conducto para que llegue a sus dueños el haber hereditario, sea motivo para rechazar el criterio de que la retribución se regule por el mismo haber hereditario. ¿Eran y son otra cosa los fiduciarios en un fideicomiso puro, y sin embargo, en su beneficio se estableció la Trebeliánica?; y ¿no reconocía el mismo jurista que esta cuarta habría sido la retribución más adecuada, cuando decía lo que se copia del párrafo siguiente? “Quizá sería más conforme con las exigencias de la lógica, que a los herederos de confianza se hubiese reconocido el derecho que las leyes romanas reconocieron a los fiduciarios de herencia; pero la corriente jurídica formada principalmente por la costumbre, no aplicó a los albaceazgos universales y herencias de confianza las reglas de los fideicomisos universales...”

Algo más tendríamos que decir sobre esto que acabamos de copiar; pero en razón de la brevedad y después de hacer constar que a los herederos confidenciaros, precisamente por no ser herederos verdaderos del disponente, se les privó, no por costumbre, sino por dificultades de carácter legal, de la trebeliánica; nos conviene recoger la idea de que, salva esta consideración, que en vez de legal podríamos calificar de leguleica, militan en favor de los herederos de confianza las mismas consideraciones que determinaron la adjudicación de la cuarta trebeliánica a favor de los fiduciarios en los otros fideicomisos no confidenciales.

ción; y reconocer, o que es el confidenciario un mandatario excepcional—lo fuera también por ser un mandatario *post mortem mandantis*—que tiene derecho a remuneración, aun cuando se la califique de honorarios; o mejor aun, que no es un mandatario, ni ordinario ni especial, sino un cumplidor de un cargo con derecho propio y en provecho ajeno, cargo que suponiendo esfuerzo y riesgo, ha de ser justamente, equitativamente retribuido.

Esta retribución, ya que no consista en la cuarta parte de la herencia, para conceder la cual en el terreno del derecho constituyente no dejan de concurrir consideraciones jurídicas muy atendibles, según lo que dejamos expuesto, ha de consistir, al menos, en el diez por ciento; bien de las rentas, mientras el confidenciario se limita a administrar, o en el diez por ciento del capital cuando distribuye los bienes; tal como se indica en las ponencias transcritas, en lo referente a esta materia, de los señores Romaní y Trías y en la del senyor Permanyer, en cuyas conclusiones combinadas, entendemos que se encuentra la solución justa del problema que dejamos estudiado en el presente apartado.

