

**Tribunal Supremo (Sala de lo Civil).
Sentencia de 30 octubre 1944**[RJ1944\1180](#)

SUCESION HEREDITARIA: HEREDERO: herederos de confianza: carácter de ejecutores testamentarios; FIDEICOMISOS UNIVERSALES Y SINGULARES: institución hecha para cumplir lo dispuesto en una memoria testamentaria: prohibiciones de impugnación del testamento; INTERPRETACION DE TESTAMENTO; LEGITIMACION: en juicio de los llamados a suceder abintestato para impugnar el testamento.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo Sr. Desconocido

Doña Manuela P. C., sujeta al Derecho foral navarro, falleció, bajo testamento en que instituyó herederos fiduciarios en la forma que aparece en los considerandos que siguen, a don Eusebio B. G. y don José María C. M. Contra éstos se interpuso ante el Juzgado de Pamplona demanda de mayor cuantía, a nombre de determinados parientes de la testadora, en súplica de que se declarase desierta la herencia y se abriera la sucesión intestada. La Audiencia de Pamplona dictó sentencia estimando la falta de acción de los demandantes, absolvió de la demanda sobre invalidación del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada, y dando lugar a la reconvenición declaró válida la institución sin subordinación a memoria testamentaria alguna, y además, que los demandantes tenían derecho al importe de la legítima foral en la cuantía que se determinase en ejecución de sentencia, con exclusión de todo otro derecho, y que los demandados estaban obligados a cumplir en conciencia cuantas instrucciones tenían recibidas de la testadora. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por infracción de ley a nombre de los actores, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a él.

CONSIDERANDO.-

Que son hechos y antecedentes básicos, de los que hay que partir para enjuiciar el presente recurso, los siguientes: Primero: Que la causante doña Manuela P., soltera y de condición civil navarra, falleció en Zaragoza en el año 1940, bajo testamento que había otorgado en Tudela en 1913 y en el cual, después de instituir en la legítima foral navarra y aragonesa a los parientes que acción o derecho pretendiesen sobre sus bienes, excluyéndoles en lo demás, salvo lo que después diría, declara, en la cláusula sexta, que «si entre sus papeles, tanto en su casa de Valtierra como en la de Zaragoza, o si en poder de alguna persona que la presente, se encontrase alguna memoria testamentaria en sobre cerrado y lacrado que indique serlo, que esté toda escrita de letra de la testadora, firmadas todas sus hojas por la misma y que principie con las palabras siguientes: "Vivan Jesús, María y José", los herederos fiduciarios que nombrará la presentarán al Juzgado para la declaración de tal, se protocolizará en la notaría de esta ciudad que corresponda, y darán cumplimiento a la misma en todas sus partes», añadiendo a continuación, en la séptima, que, «cumplido, satisfecho y pagado cuanto deja dispuesto y ordenado, del remanente de todos sus bienes, derechos y acciones que hoy tiene y posee, y en lo sucesivo pueda tener y corresponder por cualquier título, voz o razón, instituye y nombra por sus herederos fiduciarios a don Eusebio B. G., párroco de V. en la actualidad y a don José María C., que también hoy es médico de A., provincia de Huesca, para que los dos juntos o cada uno de ellos por separado realicen su herencia y cumplan todo lo que se consigne en la memoria testamentaria...». Segundo: Que después de requerir sin resultado a los señores B. y C. para que presentaren o diesen noticia de la memoria a que el testamento se refería, plantearon los actores, parientes transversales en cuarto grado de la causante, la reclamación origen de estos autos, solicitando se declare que el testamento de doña Manuela P. carece de virtualidad para regir su sucesión, habiendo quedado decaídos en las funciones asignadas en él los demandados don Eusebio B. y don José María C., siendo procedente abrir la sucesión legítima de la causante. Tercero: Que los demandados, en su contestación han alegado la excepción de falta de

acción, fundada en el doble punto de vista de no haber nacido la acción mientras los supuestos beneficiarios de la memoria puedan reclamar si ésta apareciese, y no existir, además, en ningún momento a los demandantes la acción que ejercitan; y por vía de reconvencción han pedido, entre otras cosas, se declare: que el testamento de doña Manuela P. es válido y eficaz en su totalidad, sin que su eficacia ni su validez se subordinen en todo ni en parte a la existencia o inexistencia de memoria testamentaria alguna; que ninguno de los demandantes tiene derecho alguno «mortis causa» sobre los bienes de la causante (fuera de la cantidad que represente su institución en la legítima foral); que en el caso de no aparecer la memoria testamentaria a que el testamento hace referencia los herederos fiduciarios vendrán obligados en conciencia a dar cumplimiento a cuantas instrucciones reservadas tienen recibidas de la causante, pero siendo únicos en cuanto a sostener y continuar la personalidad de la misma; y que es improcedente, en cualquier caso, abrir la sucesión intestada de dicha causante.

CONSIDERANDO.-

Que la Audiencia absuelve de la demanda, estimando la excepción de falta de acción en los demandantes, y accede en cambio a las peticiones contenidas en la reconvencción, sobre la base de una apreciación de los hechos del litigio, que se traduce, en síntesis, en las siguientes afirmaciones: Primera: Que el testamento discutido contiene, a través de lo declarado en su cláusula séptima, la última voluntad de la causante. Segunda: Que la eficacia de la institución de herederos a favor de los señores B. y C. no se hizo depender de la existencia de las instrucciones escritas. Tercera: Que está probado que entre los papeles de la testadora no se ha encontrado la memoria que había de contenerlas. Cuarta: Que, en cambio, la prueba acredita que los referidos fiduciarios recibieron instrucciones verbales de la causante.

CONSIDERANDO.-

Que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o persona de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas «sub modo», fideicomisos, donaciones «mortis causa» con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza).

CONSIDERANDO.-

Que una de las más interesantes y borrosas figuras comprendidas en el cuadro anterior es la genuinamente romana del fideicomiso, que tiene como nota específica la de que el ruego o encomienda consiste en imponer al fiduciario el encargo de restituir toda la herencia o parte de ella a una tercera persona (fideicomiso universal o fideicomiso de herencia) o bien restituir cosa determinada o pagar determinada cantidad a un tercero (fideicomiso singular) y que no sólo se ha manifestado históricamente a través de especies muy diversas (fideicomisos puros o condicionales, expresos o tácitos), sino que ha dado lugar a modalidades especiales, tales como el fideicomiso sucesivo, perpetuo o temporal (del cual son derivaciones el fideicomiso familiar romano y la moderna sustitución fideicomisaria de llamamientos limitados) y, por lo que aquí principalmente interesa, el fideicomiso secreto, del que trae su origen el fideicomiso con encargos o instrucciones reservados (herencia de confianza), institución ésta desenvuelta por el derecho consuetudinario y la doctrina científica sobre la base de algunos textos del derecho romano y de las Decretales y que **aun cuando esté proscrita hoy por el artículo 785 del Código Civil Español, sigue teniendo uso y arraigo en algunas regiones de derecho especial**, donde los testadores, no queriendo a veces, por unas u otras razones, formular o precisar su última voluntad en el propio testamento, instituyen como herederos a persona o personas de su confianza (herederos de confianza) con encargo de destinar los bienes de la herencia a los fines que les comunicaron o les han de comunicar, ya en forma de instrucciones concretas o ya en términos generales para que ellos las desenvuelvan y apliquen según los

dictados de su conciencia.

CONSIDERANDO.-

Que **esta gama tan rica de instituciones jurídicas representativas de la fiducia testamentaria**, nacidas y desenvueltas a través del largo proceso de desenvolvimiento del derecho romano y en siglos posteriores, **plantea, en los derechos modernos que total o parcialmente las han acogido y sobre todo en los regímenes de legislación no codificada, como nuestros llamados derechos forales, el difícil problema de su delimitación y el de la determinación de la naturaleza y efectos de cada una de ellas; siendo de notar a este respecto: Primero: Que el tratamiento de las mismas ha de ser presidido como regla fundamental, por la sujeción a la voluntad de los testadores, que es norma primordial del derecho de sucesiones**, a la que hay que estar en tanto no se oponga a las prescripciones de la moral y del derecho. Segundo: Que la cuestión muy delicada, del carácter o consideración que haya de atribuirse al fiduciario, que en el caso del fideicomiso de herencia fue ya objeto de criterios, indecisos y fluctuantes en la doctrina romana (la cual nos muestra soluciones, muy complicadas, sobre la base de ser reconocida en el fiduciario una cualidad inicial de heredero «iure civile» y en el fideicomisario una condición de heredero «iure pretorio», amparada por los medios procesales que garantizaban su situación y derechos en cuanto a la restitución de los bienes y el traspaso de las acciones hereditarias), da origen también en el derecho moderno, con relación a las herencias de confianza, a una dogmática de rasgos poco precisos, dominada por la separación de dos fases o aspectos diferentes, pues en el aspecto externo o formal y en la fase anterior a la revelación de la fiducia, se estima que el fiduciario o heredero de confianza ostenta la condición de titular del patrimonio hereditario, mientras que en el aspecto interno o material y principalmente en la situación que se produce a virtud de la revelación de la confianza se conceptúa que el confidenciario es una especie de mandatario del testador, mero depositario y ejecutor de la voluntad de éste, según las instrucciones de él recibidas. Tercero: Que de este carácter jurídico que a la herencia de confianza se atribuye, despréndese que **si bien, en principio, la declaración del fiduciario -que actúa como una especie de testigo cualificado- constituye la prueba de la voluntad del testador, la cual, una vez manifestada, es la ley de la sucesión, ello no es óbice para que la revelación de la confianza deje de surtir pleno efecto siempre que medien circunstancias adversas a la verosimilitud de lo averado por el confidenciario**. Cuarto: Que cuando, por la revelación de una confianza no verdadera, resulte acreditado que falta la base misma de la institución fiduciaria (como en el caso contemplado por la Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1906, de que los herederos declaren la confianza a favor de ellos mismos) **o cuando, por no haber llegado los fiduciarios, a revelar la confianza, resulte de imposible cumplimiento el fideicomiso ordenado por el testador, y quede igualmente sin base la institución a favor del fiduciario, se produce la invalidez o caducidad de ésta y, como secuela, la del testamento mismo**.

CONSIDERANDO.-

Que el régimen jurídico, de la fiducia ofrece, sin embargo, características muy distintas y especiales cuando, **en vez de confiar el testador al heredero fiduciario las instrucciones reservadas (verbales o escritas) relativas al destino de los bienes, se remite -como en el caso de estos autos- a las que puedan estar contenidas en algún escrito o memoria testamentaria, sin que pueda inferirse que la intención del testador haya querido establecer un ligamen esencial o de mutua condicionalidad entre la institución a favor del fiduciario y las instrucciones determinantes de la aplicación de los bienes hereditarios, pues en estos casos -que en realidad quedan fuera del sentido estricto, tipificado por la doctrina, de la herencia de confianza- la posición del fiduciario se separa radicalmente de la del mero ejecutor, aproximándose, en cambio, a la del heredero instituido con cláusula modal; y ésta es la orientación que aparece reflejada en la Sentencia de este Tribunal de 19 de noviembre de 1897, la cual, al resolver acerca de un caso en el que cierto testador había nombrado por único y universal heredero a cierta persona para que dispusiera de los bienes, según instrucciones que el otorgante dejaría escritas y firmadas de su mano y letra, estableció que «la falta de las instrucciones que el testador dijo que dejaría escritas de su mano y letra no vicia e invalida la institución de heredero en el concepto en que fue hecha, ya porque la eficacia de la misma no depende ni se hizo depender de la existencia, de aquélla ya porque han podido extraviarse..., ya porque se trata de un acto de la libérrima voluntad del difunto, como era el dejar o no tales instrucciones escritas».**

CONSIDERANDO.-

Que el primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal, combate la declaración de la Sala sentenciadora relativa a la falta de acción de los demandantes, fundada en que la cláusula cuarta del testamento de doña Manuela P., ley obligatoria a que han de atenerse cuantos del mismo pretendan derivar su derecho, excluye precisamente de la sucesión (salvo en las legítimas forales) a aquellos parientes que pretendan acción o derecho sobre los bienes de la testadora, oponiendo a ella el recurrente, de una parte, que la acción que tienen los parientes llamados a heredar abintestato para impugnar un testamento, no nace de éste sino de la ley, y por consiguiente, no pueda ser afectada por las disposiciones que, hubiera establecido la testadora, y de otra, que tratándose de una acción para ventilar la ineficacia de un testamento, no se puede, sin hacer supuesto de la cuestión, hacer argumento de sus disposiciones para concluir que éstas impiden perseguir esa invalidez; mas, sean cualesquiera los errores de motivación en que la sentencia haya podido incurrir al tratar de explicar la falta de acción de los demandantes, centrándola precisamente, no en la inoportunidad con que haya sido ejercitada y que fue objeto de alegación en la contestación a la demanda, sino en la supuesta carencia de legitimación activa o facultad de demandar, es lo cierto, de todos modos, que **el motivo de que se trata es intrascendente para los fines de la casación del fallo, porque si bien la Sala estima, en principio, la excepción de falta de acción, no deja, por ello, de entrar en el fondo de las cuestiones sustantivas planteadas por las partes en la demanda originaria y en la reconvención**, y entre ellas la más sustancial de la validez o no validez del testamento en litigio; a lo que todavía hay que añadir que, en realidad, el recurso sólo opone a la validez y eficacia de la cláusula testamentaria de exclusión de los actores, el argumento de no ser esta exclusión definitiva, por estar limitada por la frase de la propia cláusula «salvo lo que después se dirá», consideración inoperante, ya que el alcance de dichas palabras no puede ser desligado del problema central de la validez del testamento discutido, pues si se entiende, con la Sala sentenciadora, que las disposiciones del mismo no están esencialmente subordinadas a la existencia de la memoria testamentaria, se habrá de concluir que, al no aparecer ésta, carece de virtualidad la reserva aludida.

CONSIDERANDO.-

Que el motivo segundo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, levanta su argumentación sobre estas fundamentales proposiciones: Primera: Que los señores B. y C. no eran sino unos mandatarios de doña Manuela P., meros ejecutores de su voluntad testamentaria. Segunda: Que lo que habían de ejecutar aquéllos era estricta y únicamente lo que se consignase en la memoria testamentaria. Tercera: Que las instrucciones reservadas a que alude la sentencia, aunque hubiesen existido, no serían válidas ni eficaces, en razón a que no tienen su asiento ni su fuente en el testamento. Cuarta: Que, como consecuencia de todo ello, hay que proclamar la invalidez del testamento impugnado, en razón a que la desaparición de la memoria a que dicho testamento se refería, implica la caducidad de la confianza otorgada a los demandados.

CONSIDERANDO.-

Que en la esfera de la **interpretación** del negocio jurídico discutido, no puede, este motivo prosperar, ya que, lejos de demostrar que la Sala sentenciadora haya incurrido en error al determinar el sentido y alcance de la declaración de voluntad contenida en el testamento de doña Manuela P., opone al criterio de la Sala puntos de vista manifiestamente inadmisibles: Primero: Porque en el terreno de la interpretación **literal**, la tesis del recurrente de que los señores B. y C. no son más que meros mandatarios o ejecutores testamentarios está en oposición con el texto terminante de la cláusula séptima, en la que la testadora dice que instituye y nombra por sus herederos fiduciarios, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, a don Eusebio B. y a don José María C. Segundo: Porque en el terreno de la interpretación **lógica, y sistemática**, es de observar que al paso que la tesis de la Sala permite armonizar dicha cláusula con las demás del testamento, toda vez que a un heredero se le puedan hacer encargos y encomendar funciones relacionadas con la ejecución del testamento y aplicación de los bienes (de tal modo que, en el caso presente, los fiduciarios podrían ser, si apareciese la memoria ejecutores de ella sin perder su condición de herederos), la tesis del recurrente, por el contrario, equivale a privar de sentido a una de las disposiciones, precisamente la fundamental del testamento, sacrificándola a otras de accesoria función. Tercero: Porque ningún criterio interpretativo permite sostener que la testadora quisiera poner como condición a la institución de los herederos fiduciarios la existencia de las instrucciones que se reservaba otorgar, ya que no hay expresión ninguna que permita subordinar la eficacia de dicha institución a la aparición de la memoria testamentaria, ni cabe inferir esa condicionalidad de la relación entre la cláusula séptima y la sexta, toda vez que, de una

parte, la cláusula sexta sólo habla de la memoria testamentaria en sentido hipotético, y de otra, la cláusula séptima, al empezar con la frase «cumplido, satisfecho y pagado cuanto deja dispuesto y ordenado», ha de ser relacionada, no sólo con las disposiciones eventuales de la cláusula sexta sino también con las de institución en la legítima foral que contiene la cláusula cuarta. Cuarto: Porque a la luz de un criterio finalista, **la tesis del recurrente, al conducir a la consecuencia práctica de la ineficacia de la institución del heredero y el testamento mismo, quebranta el principio de conservación del negocio jurídico -recogido en el artículo 1284 del Código Civil y aceptado, como muy relevante dentro del derecho de Navarra, por la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1926- que obliga a preferir, en los casos dudosos, aquella interpretación que sea favorable a la validez del negocio y de cada una de sus cláusulas.** Quinto: Porque, además, en el caso presente, la finalidad de morir la causante con testamento, revelada bien expresivamente en la cláusula que excluye de la herencia a quienes pretendiesen ser herederos abintestato, domina la totalidad del complejo testamentario y le imprime un espíritu y un sentido del que el juzgador no puede desentenderse.

CONSIDERANDO.-

Que tampoco en la esfera de las **calificaciones jurídicas**, o lo que es igual, en cuanto afecta a la naturaleza y consecuencias propias de las disposiciones contenidas en el testamento de la señora P. C., puede prosperar el motivo de casación que se examina, ya que es de observar, en contra de la tesis que en él se propugna de la invalidez del testamento por razón de la caducidad de la institución de los herederos fiduciarios; Primero: Que si, aceptando el propio criterio que el recurrente señala, se admitiese la existencia en el caso de estos autos de una **herencia de confianza**, constituida, no por virtualidad de las instrucciones verbales que los fiduciarios hayan podido recibir del testador y que no tienen base directa en el testamento, sino por el juego que éste atribuye a la memoria testamentaria, nunca cabría aplicar a esa herencia de confianza -impropia o cuando menos atípica- las normas ordinarias con que la doctrina suele disciplinar la institución aludida, entre otras razones, que resultan de todo lo expuesto, por la potísima de que esta memoria (a la cual la testadora se refería en una oración condicional, admitiendo, sólo como cosa meramente posible y eventual, que apareciese aquélla entre sus papeles o en poder de alguna persona que la presentase), no tenía función esencial en el mecanismo de la institución de los herederos fiduciarios, y, por ende, llegaríase por este camino a la solución misma que hace suya -a través de razonamientos más o menos claros- la Sala sentenciadora. Segundo: Que si se quisiese y pudiese conceptuar la institución hereditaria a favor de los demandados y recurridos como un **fideicomiso clásico romano**, tampoco esta vía podría conducir al resultado, que el recurso persigue, de la invalidez del testamento impugnado, pues ese fideicomiso habría de ser reputado, no como un fideicomiso universal (imposible de admitir, toda vez que la testadora, al remitirse a una posible memoria testamentaria, no habla de que en ella hubiera de hacer el nombramiento de un segundo heredero fideicomisario, ni puede presumirse que fuera esa su voluntad, dado el concepto que en el derecho vigente en Navarra, y congruentemente en el origen romano de la institución, se ha tenido de las memorias testamentarias, consideradas por las más autorizadas opiniones doctrinales como un medio de hacer mandas, mejoras, aclaraciones y otras varias disposiciones, pero no institución de herederos, ni variación de ellos, ni sustituciones de los mismos), sino como un fideicomiso particular, y en este sentido, las contingencias que puedan afectar a la existencia y eficacia de las disposiciones a título particular que hubiera contenido la memoria testamentaria no aparecida, en nada trascienden a la institución válida de los herederos fiduciarios, que tiene sustancia y vida propia, suficiente para sostener la eficacia del testamento. Tercero: Que **si, dentro de la técnica que parece más adecuada a las singularidades del presente caso, se calificase como «institución modal» la hecha a favor de los señores C. y B., teniendo en cuenta, no sólo el empleo que en la cláusula testamentaria se hace de la expresión «para que», tan característica del «modus», sino el sentido todo de dicha cláusula, sería igualmente rechazable la tesis de que la no aparición de la memoria donde estaría determinada la aplicación que había de darse a los bienes, implicaba la caducidad de la institución, pues es doctrina, compartida por el derecho romano vigente en Navarra y por el derecho español común, que cuando la cláusula modal no puede ser cumplida sin culpa del beneficiario, se tiene por no puesta y en nada perjudica la validez de la institución de herederos**, así como también que, cuando, sin culpa o hecho propio del heredero, no puede tener efecto la cláusula modal en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros los más análogos y conformes a su voluntad (artículo 798, apartado primero, del Código Civil, concordante en esencia con la Ley dieciseis, Título segundo, Libro treinta y tres del Digesto). Cuarto: Que a través de esta última doctrina y por vía indirecta, resulta explicable y perfectamente legitimado el enlace y combinación que la sentencia recurrida lleva a cabo entre el régimen propio de la institución hereditaria pura y el de la herencia de confianza, pues al no aparecer la memoria testamentaria y existir en cambio las intrucciones verbales que la Sala estima

probado que los fiduciarios recibieron de la testadora, a ellas habrán de atenerse supletoriamente dichos herederos, con lo cual la institución se transforma, cuando menos analógica y prácticamente, en herencia de confianza, y resulta ajustado a derecho el pronunciamiento del fallo por el que se declara que «Don Eusebio B. y don José María C., herederos fiduciarios, vienen obligados a cumplir en conciencia cuantas instrucciones tienen recibidas de la causante en orden a la herencia».

CONSIDERANDO.-

Que el tercero de los motivos del recurso, fundado, al amparo del número séptimo del artículo 1692 de la Ley Procesal, en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, por haber aceptado el sentenciador como reales las instrucciones reservadas que dicen haber recibido los demandados, no puede prevalecer, de una parte, porque el propio testamento, que como documento auténtico se señala, no demuestra que no hayan existido las instrucciones verbales que la Sala da por probadas, y de otra, porque la sentencia en realidad no desconoce que los fiduciarios, a tenor de dicho documento, habían de atenerse, en su caso, a las instrucciones escritas que contuviese la memoria testamentaria, por lo cual no puede ser estimada la infracción del artículo 1281 que, en relación con el 1248, ambos del Código Civil, invoca el recurrente.

CONSIDERANDO.-

.Finalmente, que el cuarto motivo, al puntualizar las infracciones que supone haber cometido la Sala sentenciadora por no admitir la procedencia de la apertura de la sucesión intestada, se basa en el supuesto, trasladado de los anteriores motivos, de haber decaído la institución de heredero, y, por consiguiente, siendo mera secuela de dichos motivos de casación ya rechazados, carece éste también de eficacia y debe ser desestimado.