

ción no parece dudosa. El llamamiento a los no concebidos subsiste como una institución condicional cualquiera y mientras esté pendiente la herencia se ha de poner la administración, salvo disposición especial del testador, conforme a lo dispuesto en los artículos 801 y el siguiente, en cuyos supuestos de hecho encaja en principio sin ninguna dificultad.

Ahora bien, la simple institución al no concebido, aunque posible, no es útil, ni está en uso, ni por sí sola valdría quizá la pena de montar todo este aparato defensivo. Pero unida al usufructo vitalicio ha sido y es constantemente empleada no sólo en paridad de rango con la sustitución fideicomisaria, sino incluso con mayor frecuencia que ella.

Pero frente a ella se ha levantado el siguiente argumento. No puede concebirse un usufructo sin su correlativa nuda propiedad, y ésta no es posible, pues el no concebido no puede ser titular de ningún derecho, luego tampoco cabe el usufructo.

¿Es cierto que no pueda concebirse un usufructo sin su correlativa nuda propiedad? No. Se puede sí afirmar que no hay nuda propiedad sin usufructo porque la propiedad no está desnuda si no se la despoja de él. Pero de esta afirmación no podemos inducir la correlativa; no hay usufructo sin nuda propiedad porque el usufructo lleva en sí sus propios límites y su propio contenido. Su sustancia económica está en la suma de facultades útiles que al usufructuario corresponde, y que ejerce por sí, sin ninguna intervención exterior. La existencia y el ejercicio del derecho limitado no depende de la existencia del dominio ni padece sus vicisitudes. No se pierde el derecho de vistas cuando el predio gravado queda "nullius".

Es posible, por lo tanto, la sustitución comentada.

Cierto es que es más correcto decir que el testador ha constituido un usufructo por la vía del legado e instituye herederos sujetos a condición suspensiva. Puede incluso el testador reservar la totalidad de los beneficios a los "no concebidos" o personas futuras de otro orden acumulando al capital lo que produzca mientras tanto. La solución técnica de esta disposición se encuentra dentro del Código civil en el albaceazgo con posibilidades casi limitadas.

"Apéndice pseudopolémico" (Variaciones sobre un tema de Palomino); páginas 585 a 628.

Es cierto que no puede decirse que el no concebido adquiere, como tampoco puede decirse que el no concebido no puede adquirir, porque el no concebido no es un sujeto lógico, sino gramatical, y sólo figuradamente podemos emplear esta frase para entendernos de algún modo. Pero la medula de la cuestión es la siguiente afirmación: Se puede realizar un acto de disposición que favorecerá a una persona todavía no concebida situándola en la posibilidad de adquirir cuando llegue, si llega a ser concebida y nacer. Que esto es posible no se puede discutir porque es un hecho. Véase nuestro artículo 781 y el artículo 462 del Código civil

italiano. Será bueno o malo, esto es otra cuestión, pero es indiscutiblemente posible.

De los tres momentos en que el Derecho romano exigía la existencia y capacidad del heredero, a saber: el del otorgamiento de la disposición testamentaria, el de la delación y el de la adquisición, hay uno, al menos, del que ya no cabe hablar, que es el primero. Nadie pone en duda que el Código civil no exige la existencia del heredero al tiempo de otorgarse el testamento. Lo que demuestra que la exigencia del Derecho romano obedecía a razones históricas circunstanciales. Reducidos así los tres tiempos a dos cabe preguntar si hay un mismo fundamento para exigir en ambos la existencia del heredero.

Si A. instituye heredero a B., y éste, ausente por causa de fuerza o emigración, fallece sin haber aceptado ni repudiado la herencia dejando varios hijos y uno de ellos, el más pequeño, concebido después de la muerte del testador, ¿quedaría éste excluido de la herencia? ¿En aras de qué interés? Y, sin embargo, si nos empeñamos en que el artículo 758 "presupone" la necesidad de que el heredero viva en el momento de la muerte del causante, esa sería la solución. Pero sería monstruosa, hasta el punto que, aunque la regla fuera expresa y no presunta, tendríamos que forzar la interpretación para eludirla en este caso.

En la sucesión intestada también puede plantearse el mismo problema. Si uno de los hijos o hermanos del causante es incapaz de suceder ocupan su lugar en la herencia sus propios hijos como herederos directos en virtud del derecho de representación; pero ¿qué hijos? ¿Sólo los que estuvieran concebidos después y antes de ser declarada la incapacidad, por ejemplo, en caso de litigio, o todos los que tuviere hasta que se muera? La conciencia actual está también en este caso a cien leguas de la regla inhumana de las XII Tablas.

Por lo tanto, nuestro Derecho conoce la sucesión directa del no concebido, aun sin llamamiento testamentario a su favor, por vía de transmitidos de la herencia, no adida o de representación, lo mismo que la conoce indistintamente por vía de sustitución fideicomisaria.

En definitiva, el problema de los no concebidos puede tener cualquier solución menos la de convertir el usufructo en institución de heredero fiduciario. Esto no sólo no lo impone ningún precepto legal, sino que es claramente ilícito en nuestro Derecho por ser contrario a la voluntad expresa del testador.

A. TENA
Notario.

BARROS MARTINEZ, Elías: "Derecho local de España". Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951; 1.355 págs.

El autor ha reunido y recopilado en este volumen el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950; las disposiciones legales y reglamentarias, relativas al Régimen foral de Navarra; ordenación, expropiación y venta forzosa de solares; ensanche y reforma interior de poblaciones; abasta-