



**Facultad de Derecho**  
Universidad de La Laguna

**TRABAJO FIN DE GRADO**  
**Grado en Derecho**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de La Laguna**  
**Curso 2021/2022**  
**Convocatoria: Septiembre**

**EL NASCITURUS: SU PROTECCIÓN JURÍDICA Y  
LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA**

**THE NASCITURUS: ITS LEGAL PROTECTION  
AND SUBSTITUTION TRUSTEE**



Realizado por la alumna D<sup>a</sup>. Darina Domínguez Cruz.

Tutorizado por el Profesor: Dr. Antonio Aznar Domingo.

Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Civil.

**Resumen:** En el presente trabajo, se ha llevado a cabo el análisis de la protección que goza el concebido no nacido en el Derecho Civil, es decir, el *nasciturus*. Para ello, se ha elaborado un examen exhaustivo de las tradiciones sobre la protección del *nasciturus*, atendiendo a lo dispuesto en el propio Código Civil, y nuestras Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, se hará referencia en gran parte a la figura de la sustitución fideicomisaria, a través de la cual, se hace un encargo a un tercero para que disponga y adquiera de esos bienes, siendo su voluntad que cuando el concebido no nacido nazca, y, una vez nacido, adquiera la mayoría de edad, pueda adquirir esos bienes que aquel tercero –llamado fiduciario—ha, digamos, gestionado esos bienes todo ese tiempo. De este modo, e introduciéndome de lleno en la sustitución fideicomisaria, trataré todos sus aspectos, tales como sus requisitos, efectos, y todo aquello que la misma conlleva.

**Palabras clave:** *nasciturus*, protección, concebido no nacido, Derecho Civil.

**Abstract:** In the present work, the analysis of the protection enjoyed by the unborn conceived in Civil Law, that is, the *nasciturus*, has been carried out. To this end, an exhaustive review of the traditions on the protection of the unborn has been prepared, in accordance with the provisions of the Civil Code itself, and our Civil Procedure Law. Thus, reference will be made largely to the figure of fideicommissary substitution, through which a third party is commissioned to dispose of and acquire these assets, being their will that when the unborn conceived is born, and, once born, becomes of legal age, can acquire those assets that third party – called trustee – has, let's say, managed those assets all that time. In this way, and fully introducing myself into the trustee substitution, I will deal with all its aspects, such as its requirements, effects, and everything that it entails.

**Key words:** *nasciturus*, protection, conceived not born, Civil Law.

## **SUMARIO.**

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. CONCEPTO DEL NASCITURUS.**
  - 2.1. Momento de adquisición de la personalidad.**
  - 2.2. Teorías acerca de la atribución de derechos al nasciturus.**
    - 2.2.1. Teoría de la filiación.**
    - 2.2.2. Teoría de la personalidad de jurídica del concebido.**
    - 2.2.3. Teoría de la reserva o pendencia de derechos.**
- 3. LA PROTECCIÓN TRADICIONAL AL NASCITURUS.**
  - 3.1. En el ámbito de la donación.**
  - 3.2. En el ámbito de la sucesión.**
  - 3.3. El artículo 29 como norma jurídica de reconocimiento de protección general del nasciturus. Referencia a la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.**
  - 3.4. La propuesta *de lege ferenda*.**
- 4. EL FIDEICOMISO Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.**
  - 4.1. Consideraciones generales.**
  - 4.2. Objeto de la sustitución: los bienes fideicomitidos.**
  - 4.3. ¿Qué requisitos deben darse para que podamos hablar de sustitución fideicomisaria?**
  - 4.4. Fideicomiso de residuo.**
  - 4.5. Efectos y extinción de la sustitución fideicomisaria.**
- 5. CONCLUSIONES.**
- 6. BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.**

## 1. INTRODUCCIÓN.

En nuestro ordenamiento jurídico español, a raíz del último tercio del siglo XX, se ha venido produciendo una actividad legislativa orientada a proporcionar una mayor protección jurídica a los menores de edad en nuestro país<sup>1</sup>. Sin embargo, dicha preocupación por atender las distintas necesidades de estos menores de edad, no se ha producido con la misma intensidad para el caso del concebido no nacido o *nasciturus*. Esto no quiere decir que éstos carezcan de protección alguna, sino, simplemente, que dicha protección no es la misma que para el caso de los nacidos menores de edad.<sup>2</sup>

Es a partir de la creación y publicación de la Constitución Española de 1978, cuando se ha prestado más atención a la situación jurídica de los menores de edad en España. Como fruto de ello, nace la publicación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>3</sup>, la cual ha tenido gran incidencia en España en cuanto al reconocimiento de los derechos y protección de los menores de edad. Sin embargo, esta norma quedó modificada tras la publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>4</sup>. Es aquí donde se prevé, por primera vez, la protección del concebido no nacido, al considerar la posible situación de riesgo prenatal. No obstante, resulta curioso que, frente a la abundante legislación española respecto de los derechos de los nacidos menores de edad, exista una muy escasa regulación entorno a los derechos y protección jurídica del *nasciturus*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la protección del *nasciturus*, existen diversas teorías doctrinales que han tratado de determinarla, siendo la “teoría de la situación de

---

<sup>1</sup> Véase, entre otros, la Declaración de Ginebra, aprobada por unanimidad, en la Sociedad de Naciones en 1924, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 21 de diciembre de 1990 (BOE 31 de diciembre 1990, núm. 313) y que entró en vigor el 5 de enero de 1991.

<sup>2</sup> DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil IV (Tomo II)*, Ed. Tecnos, última edición.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>4</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

pendencia” la que más se sigue por la doctrina mayoritaria, la cual se explicará en el siguiente capítulo de este trabajo, junto con el resto de teorías restantes.

Así, por otro lado, abordaremos el tema de la protección jurídica del *nasciturus* en el ámbito de la donación y en la sucesión, sobre todo en esta última, ya que es aquí en donde parece una figura que para mi es fundamental, y estudiaremos más adelante, que es la llamada sustitución fideicomisaria. Veremos que el *nasciturus* es considerado como nacido para todos sus efectos que le sean favorables, y esto lo recoge el propio texto del Código Civil. No solo queda protegido por este texto legal, sino también por nuestra norma suprema, la Constitución Española, dotándole de derechos fundamentales como si de una persona física se tratase, pero con algunas particularidades. También se hará especial mención al artículo 29 del Código Civil, siendo la norma que principalmente protege al *nasciturus*, así como también otras leyes en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. Cuando lleguemos al ámbito del derecho penal, en donde haremos mención brevemente a los delitos que son constituidos como tal en el Código Penal Español y que afectan al *nasciturus*, haremos mención al aborto con una Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre ello.

Parece lógico pensar que el *nasciturus* ha de ser otorgado de todos los derechos fundamentales que nuestro ordenamiento jurídico recoge, pero también debemos de pensar que de qué manera se va a llevar a cabo del disfrute de estos derechos, ya que el concebido no nacido, como parece obvio, no podría por sí mismos los actos que esto conlleva. Aquí es donde ha emergido la doctrina del Tribunal Constitucional, el cual defiende la idea de que el *nasciturus* ha de ser titular del derecho a la vida consagrado por la Constitución Española.

## **2. CONCEPTO DE NASCITURUS.**

El *nasciturus*, es un término jurídico que se designa para el ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento, es decir, se hace alusión al concebido no nacido. En muchas legislaciones, el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica. Sin embargo, y dado que generalmente el hecho de nacer atribuye al sujeto ciertos derechos, queda protegido

por el ordenamiento jurídico<sup>5</sup>, y es donde nacen las leyes y normas dirigidas y orientadas a la protección jurídica del mismo. Según el Derecho Romano, el *nasciturus* no se le consideraba persona. Por ello, en la Antigua Roma, el aborto estaba permitido; sin embargo, se le reconocían, en este punto, ciertos derechos a la figura del concebido no nacido<sup>6</sup>.

En este punto, me parece importante hacer referencia a la distinción entre dos conceptos; el *nasciturus* y el *concepturus*. Así, el *concepturus* es el no concebido (en latín: el que va a ser concebido). A diferencia del *nasciturus*, al *concepturus* no se le tiene ni por concebido, ni por nacido, por lo tanto, no dispone de derechos futuros.

Sin embargo, se puede disponer a su favor, por ejemplo, en una herencia, para el supuesto de que en un futuro se conciba, nazca y adquiera personalidad civil como persona física. Es más, el Código Civil permite, por ejemplo, hacer donaciones al futuro hijo/a de alguien, aunque no esté concebido al momento de la donación (artículo 1.443). Así, en cuanto a la disposición a favor del *concepturus* al tiempo de la apertura de la sucesión (admitida según la interpretación jurisprudencial del artículo 750 del Código Civil<sup>7</sup>), es reconducible al llamamiento condicional, en donde la condición es la propia existencia futura del heredero. Por ello, se dice que hasta que el *concepturus* no nazca, no se puede producir la aceptación/repudiación de la sucesión a favor del mismo, es decir, no se podrían transmitir sus derechos y, por tanto, no comenzará a correr el plazo para aceptar o repudiar la herencia.

Podría defenderse que lo que dispone el artículo 758 del Código Civil<sup>8</sup> es que el llamamiento a la herencia no comprende al *concepturus*, salvo que la voluntad del testador sea otra. Este artículo, al referirse a la capacidad del heredero condicional, exige

---

<sup>5</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 de marzo 2010) y su reforma mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 22 de septiembre).

<sup>6</sup> *P. ej. Si la mujer que está embarazada estaba condenada a muerte, la ejecución se posponía hasta el nacimiento para proteger el derecho a la vida del nasciturus.*

<sup>7</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El art. 750 dice: “*Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta*”.

<sup>8</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

que esta se aprecie tanto en el momento de la apertura de la sucesión, como en el cumplimiento de la condición, es decir, que debe de existir en ambos instantes.

No obstante, se ha venido sosteniendo que este mencionado artículo 758 del Código Civil no comprende el caso del *concepturus*, ya que solo este puede tener capacidad en el momento del nacimiento, cuna vez cumplidos los requisitos del artículo 30 del mismo texto legal.

Según Albadalejo<sup>9</sup>: *“El artículo<sup>10</sup>, por su ubicación y contenido, debe ser referido a la aptitud de suceder de las personas que, existiendo realmente como tales, son llamadas a suceder a otras. Para que las que aún no existan, pero puedan ser instituidas, la capacidad para suceder sólo se les es exigida al momento en el que hayan que heredar, no al de la muerte del causante”*.

En relación a esta cuestión debo de hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1965, en el cual se opta por interpretar el artículo 758 en el sentido en que basta con que el heredero condicional exista al tiempo del cumplimiento de la condición, aunque no existiese en el momento del fallecimiento del testador. En el caso que aborda la Sentencia, se trata de un testamento en el que se nombra usufructuaria a la esposa del causante, con facultades para disponer de parte de una finca, y se establece lo siguiente: *“Que, a la muerte de mi esposa, pasará todo en propiedad a mis sobrinos carnales por partes iguales, mas si alguno de estos sobrinos falleciese antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarán a su padre o madre”*.

La cuestión que se debatió es si esa mención genérica que realiza a los sobrinos debía entenderse referida a los que existiesen a su fallecimiento, o a los que existiesen al momento del fallecimiento de su esposa, considerando el llamamiento como condicional. Esto último es lo que el Tribunal Supremo considera que se ha de seguir.

---

<sup>9</sup> ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, volumen I, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1979, p. 174. En relación al nasciturus, dice: *“en mi opinión, hasta que no nazca y viva veinticuatro horas enteramente desprendido d la madre, se produce una situación de pendencia que, si el concebido llega a ser persona, se resulta a su favor...”*

<sup>10</sup>Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 758.

En este punto cabe hacer mención a lo que dispone la Resolución de 6 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>11</sup> en materia de capacidad e incapacidad para suceder, y así, dispone que: *“En materia de capacidad e incapacidad para suceder, la necesidad de existencia vital simultánea de causante y causahabiente es controvertida; como señala A., si el art.758 CC fuese un obstáculo para que sucedieren al causante los aún no concebidos al tiempo de su muerte, lo sería también para que pudieran sucederle como fideicomisarios. Se puede traer aquí a colación el art 781 del CC que sólo establece límites relacionados con este tema en las sustituciones fideicomisarias. Igualmente, la doctrina y la jurisprudencia admiten excepciones a la regla general, en materia de nasciturus, concepturus, entes sin personalidad al fallecimiento del causante, fundaciones testamentarias. En este sentido RDGRN de 27.12.1982, declara que no existe prohibición alguna de heredar respecto a personas no nacidas ni todavía engendradas. Excepción hoy confirmada por la legislación en materia de reproducción asistida. Por otra parte, atendiendo a la sistemática del CC, el art. 758 del CC está en la Sección primera «De la capacidad e incapacidad para suceder por testamento y sin él», siendo las secciones segunda y tercera las que regulan la institución de heredero y las sustituciones, de manera que el art. 758 se refiere a la capacidad para suceder, no a la determinación de quién es heredero, que requiere un llamamiento por vía testamentaria o legal”*. De este modo, hemos visto que finalmente el artículo 758 del Código Civil se interpreta de aquel modo en el que el *concepturus* sí puede ser llamado a suceder una herencia. Se declara aquí que no existe prohibición alguna de heredar respecto de personas no nacidas ni todavía engendradas.

## **2.1. Momento de adquisición de la personalidad.**

Para comenzar a estudiar la protección jurídico-civil del *nasciturus*, debemos de conocer el momento inicial y final de la existencia del mismo. Así, la vida del *nasciturus*

---

<sup>11</sup> Resolución de 6 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad accidental de Vigo nº 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.



comienza en el momento de la concepción. Sin embargo, se hace una distinción entre embriones anteriores y posteriores a la implantación<sup>12</sup>.

Es aquí donde entra en juego la Ley 35/ 1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>13</sup>. Así, dicha implantación se produce a los 7 días de la fusión de los gametos<sup>14</sup>. Hasta que no se produzca la anidación, se considera que la subsistencia del embrión “se mueve en la incertidumbre”.<sup>15</sup>

Ahora bien, una vez definido el momento inicial de la vida del *nasciturus*, habrá de conocer el momento en el que esta fase de la vida humana –jurídicamente hablando— llega a su fin. Así, este momento al que hacemos referencia, queda recogido en el artículo 29 del Código Civil.<sup>16</sup>

Dichas condiciones a las que se refiere el artículo mencionado anteriormente quedan reguladas en el artículo 30 del mismo texto legal, el cual establece: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

Por tanto, se dice que la personalidad jurídica del *nasciturus* se adquiere en el **momento en el que se nace con vida**, cumpliendo los requisitos del ya mencionado artículo 30 del Código Civil. Por tanto, resulta imprescindible que, cuando se produzca el pleno desprendimiento del seno materno, el recién nacido esté con vida; este momento se

---

<sup>12</sup> Diferenciación hecha por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 4 de noviembre 1988), modificada en sus artículos 4 y 11 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 22 de noviembre de 2003) introduce la distinción entre los conceptos de "preembrión" y "embrión" y por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

<sup>13</sup> Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 24 de noviembre) modificada en sus artículos 4 y 11 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 22 de noviembre de 2003) introduce la distinción entre los conceptos de "preembrión" y "embrión" y por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

<sup>14</sup> Sánchez Blanco, C., *Manual. Curso intensivo MIR Asturias. Ginecología y Obstetricia*, Asturias, 2015

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 116/1999 (EDJ 1999/11251, FJ 9), en donde se discute sobre la experimentación sobre preembriones.

<sup>16</sup> Art. 29 CC: “*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”.

entiende que se produce en el momento del corte del cordón umbilical que une al recién nacido con la madre.

Esto se introduce con la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, debido a la nueva redacción de la Ley del Registro Civil, abandonando en este punto los requisitos que anteriormente se exigían para que el *nasciturus* fuera considerado como persona con personalidad jurídica, siendo estos requisitos: i) que tuviera figura humana, ii), y que sobreviviera 24 horas totalmente desprendido del seno materno<sup>17</sup>.

Así, el abandono de estos criterios se debe –fundamentalmente-- al artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificado por España. En este artículo se recogía la obligación de la inscripción inmediata del niño una vez nacido.

Es en este momento en donde se produce la adquisición de personalidad jurídica. A partir de este momento, el individuo puede ser titular de derechos y obligaciones, reconociéndosele su capacidad jurídica.

Aquí termina la protección jurídica del *nasciturus*, y se da comienzo a la protección de la persona física.

## **2.2. Teorías acerca de la atribución de derechos al *nasciturus*.**

Como se ha venido estudiando hasta el momento, la protección que el Código Civil le ha otorgado al *nasciturus* se basa en considerarlo nacido a todos los efectos favorables, es decir, al considerarse nacido, ostenta una serie de derechos, los cuales evitan que se produzca un daño al concebido (por ejemplo, en lo que respecta a los derechos hereditarios).

Así, la manera en la que se ha articulado esta protección ha sido discutido por la mayor parte de la doctrina; el hecho de considerarlo nacido para todos los efectos que le sean favorables, supone definir qué hechos le son favorable. Y es en este punto en donde

---

<sup>17</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, de 22 de julio de 2011).

nos encontramos la existencia de tres teorías predominantes, y son las que se explicarán a continuación.

### ***2.2.1. Teoría de la ficción.***

Para esta teoría, el *nasciturus* no se considera persona, ya que la personalidad jurídica del mismo se adquiere con el nacimiento, y con ella la capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Para esta teoría, la equiparación entre concebido y nacido sería una ficción jurídica que quedaría limitada a determinadas situaciones, cuyo objetivo no es otro que proteger la vida humana que se está gestando.

Esta protección se llevaría a cabo a través de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, las leyes penales y civiles serían las encargadas de llevar a cabo dicha protección, siendo las leyes penales las orientadas a proteger aquellos derechos que puede tener el feto, y siendo por otro lado las normas civiles las que sancionarían las conductas causen daño al feto.

### ***2.2.2. Teoría de la personalidad jurídica del concebido.***

Esta teoría parte de la base de que la concepción (y no el nacimiento) es lo que determina la personalidad del sujeto. Al contrario que en otras teorías, en esta no se justifica la atribución de derechos al concebido; por el contrario, lo que se tiene que justificar es por qué se atribuyen derechos distintos al nacido, si se parte de la base de que el concebido ya tiene personalidad.

Se considera también que la capacidad comienza también en el momento de la concepción. Aquí la única diferencia entre concebido y nacido sería una modificación de capacidad legal, ya que los derechos atribuidos desde la concepción se someten a la condición resolutoria de que el niño finalmente nazca con vida.

### ***2.2.3. Teoría de la reserva o pendencia de derechos.***

La teoría que ahora vamos a abordar es la que sostiene la doctrina mayoritaria. Considera que es *nasciturus* es una “expectativa de vida humana”, y por eso tiene derechos futuros.

La doctrina se encuentra dividida, y por ello nos encontramos con algunos autores que consideran que el concebido no puede ser sujeto de derechos, y otros autores opinan que sí lo puede ser. Los que siguen la primera corriente de pensamiento, consideran que el *nasciturus* no puede ser sujeto de derechos, pero sí se tienen que proteger sus derechos potenciales con medidas específicas para que no se vean frustrados cuando nazca.

Así, por el contrario, los que siguen la segunda corriente consideran que el *nasciturus* sí puede ser sujeto de derechos. Para sostener esta teoría, se basan en una hipótesis de personalidad jurídica en la que el *nasciturus* es una “vida en espera”, que queda condicionada al nacimiento, y que el Derecho, por tanto, no puede obviar.

Dicho esto, resulta claro decir que el nacimiento es el momento clave. Es el momento en el que todos estos derechos se hacen efectivos. Si no se produjera el nacimiento, esta reserva de derechos decaería y se pasaría a considerar al *nasciturus* como si nunca hubiera existido.

### **3. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS.**

#### **3.1. *En el ámbito de la donación.***

Para comenzar explicando la posición del *nasciturus* en las donaciones, debemos de recordar la definición de donación que nos aporta el artículo 618 del Código Civil<sup>18</sup>, que lo define como “contratos unilaterales por los que una persona dispone gratuitamente de una cosa, a favor de otra persona, que la acepta”. Es el artículo 624 del mismo texto legal el que define la capacidad del donante, mientras que el donatario no tiene una capacidad especial, y podrá, por tanto, aceptar la donación cualquier persona que no esté impedida expresamente para ello.

---

<sup>18</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Título II, Capítulo I, “*De la naturaleza de las donaciones*”

Sin embargo, el artículo 627 del Código Civil<sup>19</sup> recoge una regla especial para el *nasciturus*, en el sentido que la donación puede ser aceptada aquellas personas que hubieran sido sus representantes legales en caso que hubiera nacido. Por tanto, la donación no se hará efectiva hasta que no se produzca el nacimiento del concebido, y se verifique el mismo (una vez cumplidos los requisitos del artículo 30 del Código Civil). Hasta entonces, se encuentran en situación de pendencia.

Anteriormente hicimos referencia a la regla general del artículo 627, y en cuanto a ello, la doctrina antigua consideraba que en el caso de que ninguno de los progenitores pudiera aceptar la donación, ésta tendría que ser aceptada por el tutor de la madre, o, en su defecto, un tutor especial nombrado ad hoc.<sup>20</sup>

Sin embargo, la doctrina actual considera que la persona que debe de aceptar, en ese caso, la donación en favor del *nasciturus*, ha de ser un defensor judicial.<sup>21</sup>

Así mismo, se han de cumplir una serie de requisitos para que se puede dar lugar esa aceptación por los representantes legales, los cuales regulan en el artículo 631 del Código Civil, en consonancia con el artículo 633 del mismo texto.

### **3.2. En el ámbito de la sucesión.**

Para hablar del *nasciturus* dentro de la sucesión, debemos de hablar de la delación. La delación se define con el llamamiento efectivo del sucesor y puesta la herencia a disposición del llamado para que la acepte o la repudie (Díez Picazo)<sup>22</sup>. Ésta se produce en el momento de la apertura de la sucesión, que es cuando se hace efectivo el llamamiento. En cuanto a la opinión doctrinal, existe una discusión con respecto a la expresión “delación a favor del *nasciturus*”, y ambas opiniones son totalmente opuestas.

---

<sup>19</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Título II, Capítulo II, “*De las personas que pueden hacer o recibir donaciones*”

<sup>20</sup> Arroyo Amayuelas, E. *La protección al concebido en el Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 135.

<sup>21</sup> Albaladejo García, M., *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1978, p. 132.

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil IV (Tomo II)*, Ed. Tecnos, última edición.

Una parte de la doctrina opina que no existe delación, y que el llamamiento al *nasciturus* da lugar a la suspensión de las delaciones incompatibles con la futura delación a favor del concebido.

Por otro lado, la otra parte de la doctrina considera que existe lo que se conoce como delación condicional, mientras que otra pequeña parte de la doctrina considera que hay una delación sometida a condición resolutoria. En conclusión, cuando el concebido no nacido es llamado a suceder, el resto de herederos no pueden poseer el patrimonio heredado como si el *nasciturus* no existiera.

Es debido a la protección que se le intenta dar en todo momento al *nasciturus* que se establecen dos medidas urgentes:

- En primer lugar, se ha de asegurar de la existencia del *nasciturus*, así como de que el nacimiento se produzca. En este caso, la viuda deberá de informar sobre el embarazo en el momento en el que crea estar en cinta, y no cuando el embarazo sea patente, tal y como recoge el artículo 959 del Código Civil. Tiene la obligación de informar a todos aquellos que sean interesados, incluyendo a quienes tienen expectativas de heredar, o simplemente a los albaceas y contadores-partidores.

- Por otro lado, se da lugar a la suspensión de las medidas de división de herencia. En este caso, el legislador ha querido evitar la consolidación de los derechos hereditarios, cuando entre los llamados a suceder haya un concebido no nacido. Estas medidas se contemplan en los artículos 965<sup>23</sup>, 966<sup>24</sup> y 967<sup>25</sup> del Código Civil, y tienen por finalidad que la herencia no se divida durante un tiempo, condicionada al hecho de que el

---

<sup>23</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 965: “*En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiriera incertidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria.*”

<sup>24</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 966: “*La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta.*

*Sin embargo, el administrador podrá pagar a los acreedores, previo mandato judicial.*”

<sup>25</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 967: “*Verificado el parto o el aborto, o transcurrido el término de la gestación, el administrador de los bienes hereditarios cesará en su encargo y dará cuenta de su desempeño a los herederos o sus legítimos representantes.*”

*nasciturus* sea finalmente heredero o no. Así, esta indivisión de la herencia solo se produce cuando además del *nasciturus*, hay más personas llamadas a esa herencia. Sin embargo, en este punto aparece una parte de la doctrina que discrepa con ello, considerando que debería de darse una división provisional de la herencia, apartando esta idea en el artículo 1.054 del Código Civil<sup>26</sup>. Sin embargo, esta idea es mayoritariamente rechazada.

Así, el fin de todas estas medidas llega con el nacimiento. Por ello se dice que el nacimiento es el momento clave para el *nasciturus*; abandona todos los derechos que ha venido disfrutando, y se le dotan de todos aquellos que pertenecen a una persona física. También el fin de estas medidas se obtiene —de modo totalmente opuesto—mediante el aborto.

Para concluir este apartado, podemos volver a decir que el *nasciturus* goza en muchos aspectos de una protección jurídica que es esencial, y lo es también en el ámbito de la sucesión, tal y como lo hemos podido ver.

### ***3.3. El artículo 29 como norma jurídica de reconocimiento de protección general del nasciturus.***

En nuestro ordenamiento jurídico español, el concebido no nacido no tiene consideración de persona. Sin embargo, el artículo 29 del Código Civil establece que: “El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. El artículo que le sigue, siendo el artículo 30<sup>27</sup> del mismo texto legal, e aquel en donde se recogen los requisitos para atribuirle personalidad jurídica al *nasciturus*. La atribución de dicha personalidad jurídica supone el reconocimiento de una

---

<sup>26</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 1.054: “*Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición.*”

<sup>27</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 30: “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*”

persona como sujeto de derechos y obligaciones. Y así, en España, tal y como se acaba de indicar, esta personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento, debiendo cumplir los requisitos que recoge el ya mencionado artículo 30, que es, nacer con vida y el entero desprendimiento del seno materno.

No obstante, el hecho de considerar al *nasciturus* como persona ha originado una importante polémica, no solo doctrinal, sino también social, ya que, a pesar de lo que se deduce del artículo 29 del Código Civil y de la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>28</sup>, existe una corriente doctrinal que estima que el *nasciturus* es persona desde el momento de su concepción, y, por ello, se dice que adquiere derechos desde ese mismo momento.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, considera que el concebido no nacido no tiene personalidad jurídica hasta el momento de su nacimiento con vida y el pleno desprendimiento del seno materno. Es aquí el momento en donde se le empieza a considerar sujeto de derechos, basándose en lo que disponen los dos artículos que hemos venido haciendo mención hasta ahora, los artículos 29 y 30 del Código Civil.

Pese a lo explicado anteriormente, en España, el concebido no nacido es dotado de una particular protección. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, después de haber hecho algunas consideraciones respecto al derecho a la vida del *nasciturus*, concluye diciendo que “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental garantizado por el artículo 15 de la Constitución Española, constituye un bien jurídico cuya protección se encuentra en dicho precepto constitucional”. En este sentido, sigue el propio Tribunal señalando que “dicha protección que la Constitución dispensa al *nasciturus*, implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: en primer lugar, la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y, en segundo lugar, surge la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida del *nasciturus*, que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental que ostenta, incluya también, como última garantía, las

---

<sup>28</sup> En la conocida STC 53/1985, de 11 de abril, se examinó la constitucionalidad del artículo 417 bis del Código penal en el que se despenalizaban determinados supuestos de aborto, considerado como delito en aquellos momentos históricos, en cuyo Fundamento Jurídico 5 afirma expresamente que el *nasciturus* no es titular del Derecho fundamental a la vida.



norma penales”, aunque se advierte aquí que dicha protección no significa que tenga carácter absoluto, ya que en determinados supuestos queda sujeta a varias limitaciones.

Lo importante del artículo 29 del Código Civil se encuentra en conocer el alcance de la expresión “*para todos los efectos que le sean favorables*” ya que implica la total exclusión de cualquier efecto prejudicial para el *nasciturus*, así como la facultad general de adquirir derechos, aunque puedan pesar cargas y gravámenes sobre ellos. El Código Civil, al mencionar derechos a favor del concebido, está haciendo referencia a derechos de carácter patrimonial *inter vivos* o *mortis causa.*, y se le atribuyen siempre que se haya dado su nacimiento. De modo que, más que una atribución de una titularidad, lo que se produce aquí es una reserva de titularidad de estos derechos para el *nasciturus*. Concretamente, nuestro Código Civil recoge la posibilidad de realizar donaciones a los concebidos no nacidos (artículo 627 del Código Civil), así como de nombrarles herederos, tal y como estudiamos en el apartado anterior. Sin embargo, la doctrina amplía el contenido de los efectos, señalando que éstos no quedan limitados únicamente a la esfera patrimonial, sino también a aquellos de carácter personal o extrapatrimonial. Por esto es por lo que la doctrina estudia las posibles indemnizaciones derivada de la responsabilidad civil por los actos que hayan ocasionado daños al *nasciturus*.

En este sentido se admite que cabe atribuir una indemnización de la responsabilidad que procede de la ejecución de cualquier tipo de acto o hecho dañoso para el *nasciturus*, y tal indemnización comprende tanto los daños materiales como los personales. De este modo, el nacido podrá reclamar por derecho propio el resarcimiento de los daños ocasionados durante la gestación, y siempre con carácter retroactivo.

No obstante, no sólo el artículo 29 del Código Civil es la norma que protege al *nasciturus*, ya que éste queda protegido en el ámbito penal, administrativo, procesal, sanitario y civil dentro de nuestro ordenamiento por las distintas normas y leyes que se han venido promulgando a lo largo de los años. Y es que, durante la gestación, la vida y la salud del concebido no nacido puede ser menoscabada, bien por causas espontáneas, bien por la intervención de un tercero (parientes, profesionales sanitarios...). En España se prevén distintos instrumentos para proteger al *nasciturus* por los daños sufridos. El concebido no nacido viene protegido en nuestro ordenamiento de los daños derivados de

determinados delitos. Así, en el ámbito penal nos encontramos con la protección que el Código Penal dispensa al *nasciturus* a través del delito de aborto que contemplan los artículos 144 a 146 del mencionado Código Penal, así como también a través del delito de lesiones al feto de los artículos 157<sup>29</sup> y 158<sup>30</sup>. Añadimos también en este punto que el Código Penal recoge los delitos de manipulación genética en los artículos 159 a 162<sup>31</sup>, siendo los artículos 159 y 160<sup>32</sup> los que se consideran que afectan al *nasciturus*.

No solo debemos de hablar del concebido no nacido dentro del ámbito penal. A su vez, en el ámbito jurídico-administrativo, la protección del *nasciturus*, así como las sanciones que podrían imponerse en ese ámbito queda regulada en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, así como en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 14/1986; DE 25 de abril, General de Sanidad. Estas normas, lo que regulan son las técnicas de reproducción humana asistida y la investigación biomédica y su correspondiente actividad sancionadora, siendo estas conductas sancionables clasificadas en tres categorías: leve, graves y muy graves. Cuando la Administración considere que la infracción constituye un delito, se dará traslado

---

<sup>29</sup>Art. 157: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.”

<sup>30</sup>Art. 158: “El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descrito en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de 3 a cinco meses o multa de seis a diez meses. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá a sí mismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a dos años”.

<sup>32</sup> Art. 159: “Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años”.

Art. 160: “La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años”.

2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.”

directamente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras que la autoridad judicial no se haya pronunciado.

También debemos de hacer referencia al ámbito procesal, ya que en el mismo se permite que el concebido no nacido sea parte en los procesos judiciales cuando versen sobre una materia que les afecte. De tal modo, el artículo 6.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles, entre otros, “*el concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables*”. Lo que parece lógico es que el concebido por sí mismo no podrá comparecer en el juicio, y es por ello que el artículo 7.3 de la mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil dice que “por los concebidos no nacidos comparecerá las personas que legítimamente les representarían si ya hubiera nacido”. El hecho de no haber nacido no puede limitar la actuación del mismo dentro del proceso, y es por ello que se acude a la representación, para seguir protegiendo y atribuyendo derechos al *nasciturus*, los cuales se llevan a cabo, en este caso, por las personas que les correspondería representarlo si hubiera nacido.

Una vez hablado sobre los ámbitos en donde el *nasciturus* cuenta con protección jurídica, y a colación de los delitos del artículo 144 y siguientes del Código Penal, cabe aquí hacer mención a la Sentencia del Tribunal Constitucional 5371985, de 11 de abril, sobre el aborto. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con las conductas negligentes que pueden llevar a cabo los terceros hacia el concebido no nacido, en los casos en los que ese daño es ocasionado por parte de los progenitores a través de la transmisión de enfermedades o malformaciones no se encuentra regulado. Esto no implica que tales conductas que menoscaban la salud del *nasciturus* queden exentas de responsabilidad.

En cuanto a todo esto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia mencionada anteriormente, se posiciona reconociendo el deber de proteger la vida y la integridad física del concebido. El Tribunal, al analizar el alcance del artículo 15 de la Constitución Española, considera que la vida “es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas, no sólo en razón de las distintas perspectivas, sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados”. Parte de una noción básica de la vida, estableciendo que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de

la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que determina en la muerte”. El Tribunal acaba concluyendo esta Sentencia considerando que, si la Constitución Española protege la vida con tanta relevancia en su artículo 15, “no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que también es un momento del desarrollo de la vida misma”. Por lo que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –que es la vida humana-- garantizado en el artículo 15 de la propia Constitución Española, “constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional”. A lo que el Tribunal quiere llegar aquí es que tanto la vida del concebido como su integridad física se encuentran protegidas ya constitucionalmente, aunque éste no sea titular del derecho a la vida e integridad física y moral reconocidos en el ya mencionado artículo 15.

Antes de dar término a este epígrafe, he de citar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia. La denominada “Ley Rhodes” tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando así el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyen la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida. El artículo 1 de la mencionada Ley Orgánica recoge su objeto, y comienza diciendo: *“La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica y moral frente a cualquier tipo de violencia...”*. Así mismo, el artículo 2 de la misma Ley sigue diciendo: *“La presente ley es de aplicación a las personas menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia y a los menores de nacionalidad española en el exterior”*. Lo que vemos de los artículos que he hecho mención, es que el *nasciturus* no es objeto de esta Ley Orgánica, ya que se promulga precisamente para la protección de los niños, niñas y adolescentes, pero no se hace mención al concebido no nacido.

Sin embargo, tras lo que hemos venido exponiendo, nuestro ordenamiento jurídico le otorga ciertos derechos al concebido no nacido mediante el artículo 29 del Código

Civil, el cual considera al *nasciturus* como nacido para todos los efectos que le sean favorables, por lo que se ha dado lugar al debate doctrinal sobre la atribución de los derechos al *nasciturus*. El contenido del artículo 26 de la Ley Orgánica 8/2021 es esencial, ya que el mismo recoge la prevención en el ámbito familiar, diciendo que las Administraciones Públicas han de proporcionar a las familias, niños, niñas y adolescentes un entorno seguro, así como el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer así los factores de protección. El apartado 2 de este artículo continúa diciendo que: “*A tal fin, dentro de los planes y programas de prevención previstos en el artículo 23<sup>33</sup>, las administraciones públicas competentes deberán incluir,*

---

<sup>33</sup> Art. 23 de la Ley Orgánica 8/2021 “1. *Las administraciones públicas competentes establecerán planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia. Estos planes y programas comprenderán medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el marco de la estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, y deberán ser evaluados en los términos que establezcan las administraciones públicas competentes.*

2. *Los planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia identificarán, conforme a los factores de riesgo, a los niños, niñas y adolescentes en situación de especial vulnerabilidad, así como a los grupos específicos de alto riesgo, con el objeto de priorizar las medidas y recursos destinados a estos colectivos.*

3. *En todo caso, tendrán la consideración de actuaciones en materia de prevención las siguientes:*

a) *Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en parentalidad positiva.*

b) *Las dirigidas a detectar, reducir o evitar las situaciones que provocan los procesos de exclusión o inadaptación social, que dificultan el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.*

c) *Las que tienen por objeto mitigar o compensar los factores que favorecen el deterioro del entorno familiar y social de las personas menores de edad.*

d) *Las que persiguen reducir o eliminar las situaciones de desprotección debidas a cualquier forma de violencia sobre la infancia y la adolescencia.*

e) *Las que promuevan la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes, la participación infantil y juvenil, así como la implicación de las personas menores de edad en los propios procesos de sensibilización y prevención.*

f) *Las que fomenten la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad parental.*

g) *Las enfocadas a fomentar tanto en las personas adultas como en las menores de edad el conocimiento de los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

h) *Las dirigidas a concienciar a la sociedad de todas las barreras que sitúan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de desventaja social y riesgo de sufrir violencia, así como las dirigidas a reducir o eliminar dichas barreras.*

i) *Las destinadas a fomentar la seguridad en todos los ámbitos de la infancia y la adolescencia.*

j) *Las dirigidas al fomento de relaciones igualitarias entre los niños y niñas, en las que se identifiquen las distintas formas de violencia contra niñas, adolescentes y mujeres.*

k) *Las dirigidas a formar de manera continua y especializada a los profesionales que intervienen habitualmente con niños, niñas y adolescentes, en cuestiones relacionadas con la atención a la infancia y adolescencia, con particular atención a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad.*

l) *Las encaminadas a evitar que niñas, niños y adolescentes abandonen sus estudios para asumir compromisos laborales y familiares, no acordes con su edad, con especial atención al matrimonio infantil, que afecta a las niñas en razón de sexo.*

m) *Cualquier otra que se recoja en relación a los distintos ámbitos de actuación regulados en esta ley.*

4. *Las actuaciones de prevención contra la violencia en niños, niñas y adolescentes, tendrán una consideración prioritaria. A tal fin, los Presupuestos Generales del Estado se acompañarán de documentación asociada al informe de impacto en la infancia, en la adolescencia y en la familia en la que*

*como mínimo, un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar.”* En este sentido, parte de la doctrina podría discutir que el contenido de este artículo debería de incluir al concebido no nacido, ya que puede verse afectado por el hecho de que el entorno familiar no sea el adecuado. Está claro que entran muchos factores en juego a la hora de calificar el estado familiar, pero lo que también resulta claro es que el mal estado del mismo puede afectar al niño, niña, adolescente o incluso al *nasciturus*, ya que éste último, a pesar de no haber nacido, puede verse afectado por esa situación.

Si seguimos esta línea, podemos mencionar el artículo 28 de la misma Ley, el cual establece que: *“Las administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos de ruptura familiar, adoptando, en el ámbito de sus competencias, medidas especialmente dirigidas a las familias en esta situación con hijos y/o hijas menores de edad, a fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para el bienestar y el pleno desarrollo de los mismos”*. Aquí vuelvo a reiterar la idea anterior, y es que, ante una ruptura de los progenitores, las consecuencias que esto pueda ocasionar afectarían tanto al niño, niña y adolescente, como al *nasciturus*. Es un efecto perjudicial que se ocasiona sobre los mismos, el hecho de que el *nasciturus* no haya nacido, no significa que no pueda ser afectado por las consecuencias de esos problemas familiares.

Lo que queda claro después de todo lo expuesto es que se trata de una cuestión que constituye actualmente un problema emergente, tanto jurídico como social, aun no resueltos. De ahí los debates doctrinales que han dado lugar a raíz de esta cuestión.

### ***3.4. Propuesta de lege ferenda.***

Se ha puesto de manifiesto que el concebido no nacido goza de una notoria protección en el Derecho Civil. Sin embargo, en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico no es así, existiendo así una contradicción.

---

*los distintos centros gestores del presupuesto individualizarán las partidas presupuestarias consignadas para llevarlas a cabo.”*

En un principio, parecía que la intención del legislador era modificar la protección de esta figura en la rama del Derecho Penal, quedando el resto intactas. Por ello es por lo que se realiza una propuesta *de lege ferenda* para que la protección al nasciturus en el ordenamiento civil no quedara afectada por esa desprotección que —a juicio de muchos— está sufriendo en otras ramas. Se propone así una modificación del artículo 29 del Código Civil, consistente en la inclusión de una lista de situaciones favorables en las que el concebido se tiene por nacido en el Derecho Civil.”. Así, el artículo 29 quedaría redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 29 del Código Civil: El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca según expresa el artículo siguiente. Se entenderán como efectos favorables, entre otros, y, en todo caso, los derivados de:*

- a) El reconocimiento de su filiación.*
- b) La atribución de la nacionalidad iure sanguinis, en caso de pérdida de la nacionalidad española por su progenitor.*
- c) El reconocimiento del convenio regulador.*
- d) El derecho de indemnización por los daños que sufra en casos de responsabilidad civil.*

*Sin perjuicio de otros efectos que el propio Código y otra normativa reconocen al nasciturus en especial”.*

Se realiza una modificación de la redacción del artículo 29 del Código Civil en su primera parte. La finalidad de esta modificación es adaptar el nuevo contenido el artículo 29 a la actualizada redacción del artículo 30, en donde ya no hay condiciones de nacimiento, como antaño<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup>El nuevo artículo 30 ha sido redactado por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE de 22 de julio) que modifica el anterior, e indica que: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»<sup>1</sup>. Hasta el 23 de julio el precepto estipulaba que: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Se entiende que dicha regulación no es necesaria para la protección de esta fase de la vida de las personas. El ordenamiento jurídico civil aboga por la equidad entre los nacidos y los no nacidos en el ámbito patrimonial, tal y como hemos venido viendo hasta ahora; pues la misma equidad tendría que darse para cualquier ámbito de protección del concebido. No existe en este caso un derecho de disposición de la vida humana, sino un deber de conservación, y con esta propuesta lo que se pretende es evitar que la desprotección de otras ramas del ordenamiento, no afecte al ámbito civil.

#### **4. EL FIDEICOMISO Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.**

El Código Civil prevé que aquella persona que va a recibir una herencia ha de tener capacidad jurídica y personalidad. Sin embargo, cuando un concebido no nacido es nombrado heredero se da una excepción a lo anterior.

En todas aquellas situaciones que sean favorables para el *nasciturus*, se considera al mismo como un nacido<sup>35</sup>, garantizando así su protección jurídica. En cuanto al momento en el que el concebido no nacido adquiere capacidad jurídica, es en el nacimiento, tal y como hemos hablado ya en apartados anteriores, pues resulta el momento clave que da lugar a la posterior sustitución fideicomisaria. Pongamos el ejemplo de un padre muere sin haber testado, y sin que su hijo haya nacido; en este caso, si el hijo naciese con vida, sería hijo póstumo del fallecido, y por tanto recibiría la herencia de éste mediante la figura de la anterior mencionada sustitución fideicomisaria. Pero en caso de que el bebé no llegase a nacer, y al no existir por tanto descendencia, la herencia iría para los progenitores del causante.

Al hablar sobre el *nasciturus* y su posición en la sucesión, nos deriva esto directamente a la figura de la sustitución fideicomisaria, y ello resulta algo evidente. Al hablar sobre este tipo de sucesión, nos debemos de poner en el supuesto en el que el causante instituye heredero en su testamento a un concebido no nacido. La primera pregunta que surge en este punto, y la primera que debemos de aclarar es: ¿Quién dispone de esos bienes, y durante cuanto tiempo?

---

<sup>35</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Regla general del artículo 29.2.



Aquí es donde debemos de empezar a abordar la sustitución fideicomisaria en sí misma, así como todas sus particularidades --que no son pocas--, y comenzando con un pequeño inciso en la definición del fideicomiso. Así, el fideicomiso se define como “una disposición por la cual se obliga a un heredero, donatario por causa de muerte o en capitulaciones matrimoniales, legatario o fideicomisario, que entregue a otro uno o varios objetos determinados, la herencia entera o parte de ella”. ESCRICHE lo define como: “Todo lo que deja el testador a uno para que lo entregue a otro, o bien la herencia o parte de ella que el testador ruega, encarga o manda al heredero restituir a otro”<sup>36</sup>

Así, son tres sujetos los que intervienen en la sustitución fideicomisaria. En primer lugar, nos encontramos con el *fideicomitente*, que es el testador, es decir, la persona que ordena la sustitución. En segundo lugar, nos encontramos con el *fideicomisario*, que es el heredero destinatario final de la sustitución fideicomisaria, y la cual ostenta el derecho a suceder al testador, tal y como lo dispone en artículo 784 del Código Civil<sup>37</sup>. Así, para saber el momento estado en el que se produce la delación hereditaria, debemos de atender al tipo de fideicomiso ante el que nos encontramos. De este modo, si se trata de un fideicomiso puro o a plazo, la delación se produce en el mismo momento en el que se produce la apertura de la sucesión del causante; pero, si nos encontramos ante un fideicomiso condicional, se producirá en el mismo momento en el que se cumpla la condición. Y, por último, nos encontramos con el *fiduciario*, que es la persona sustituta nombrada por el testador para que conserve todo o parte de la herencia (artículo 781 del Código Civil), y que, además, deberá de entregar o transmitir todo o parte al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, en virtud de lo que dispone el propio artículo 783 del Código Civil.

---

<sup>36</sup> ANTONIO DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 11.

<sup>37</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Art 784: “*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.*”

El fiduciario será heredero hasta que llegue el término de la sustitución o se cumpla la condición. Sin embargo, tal y como lo establece el autor LASARTE, dicha estructura formada por los tres sujetos anteriores (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), necesita ser completada aludiendo a aquellos supuestos en los que son llamados a la herencia varios fideicomisarios sucesivamente. Esto queda admitido por el artículo 781 del Código Civil, el cual permite realizar una sustitución fideicomisaria en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador. Lo que claramente deducimos de esto es que, todas las personas instituidas, deberán estar vivas en el momento del fallecimiento del testador, ya que, de modo contrario, la sustitución fideicomisaria se podría proyectar de modo indefinido en el tiempo, y es esto precisamente lo que el legislador ha querido evitar.

Ya anteriormente mencionamos el artículo 781 del Código Civil, y es que realmente es el principal precepto a citar en este apartado, ya que en el mismo se define la sustitución fideicomisaria, disponiendo lo siguiente: *‘Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador’*.

Analizando lo que nos expone el mencionado precepto, observamos que lo que realmente existe es un encargo por parte de quien se nombra heredero, estando este obligado a conservar la herencia (toda o en parte) según se disponga en el testamento, y a su vez, se nombra un sustituto o heredero sucesivo, de modo que la labor de la persona nombrada heredero queda limitada a conservar y transmitir la herencia a dicho sustituto. El precepto prescribe la necesidad de que estas personas sean familiares de segundo grado del testador, esto no se ha entendido así por la jurisprudencia, se dice que la segunda sustitución no consiste en que las personas se limiten al ámbito familiar, sino que no se pueden dar dos llamamientos a favor de personas que no estén vivas a la muerte del causante de la herencia, así lo establece la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2010<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 710/2010 (EDJ 2010/253926, FJ 1).

Lo que el testador quiere conseguir con esto es que el patrimonio que va a dejar tras su muerte vincule a toda la familia durante un largo periodo de tiempo, ya que el heredero último, que es quien tiene que recibir la herencia, bien no puede aceptarla, o bien no ha nacido, y con esta figura se trata de evitar que el heredero realice una mala gestión de los bienes que conforman dicha herencia o parte de ella, que son los denominados bienes fideicomitidos. En este punto, debemos de hablar de la clasificación existente entre las sustituciones fideicomisarias, en donde se clasifican de la siguiente manera:

1. La primera clasificación se establece según el modo en que se produce el llamamiento. Así, hablamos de *sustitución fideicomisaria pura* cuando tiene un término preestablecido y cuya delación se considera producida en el mismo momento del fallecimiento del fideicomitente, mientras que, de modo opuesto, la *sustitución fideicomisaria condicional* es aquella en la que el llamamiento depende de algo que ocurra en un futuro o incierto que conforma la condición. En esta última clase de sustitución es habitual encontrarnos con la *sustitución si sine liberis decesserit*, en donde el testador llama a una persona y de forma sucesiva a otra distinta, para el caso de que el primer sustituto fallezca sin hijos.

2. La segunda clasificación se establece según el fiduciario tenga o no facultades de disponer sobre todos o parte de los bienes. Hablamos en este punto de la *sustitución fideicomisaria ordinaria* cuando el fideicomisario a quien el heredero fiduciario debe restituir a la herencia no está encargado, a su vez, de restituirla a otro. Y, en el caso de que esa persona (fideicomisario) sí tenga las facultades necesarias para restituirla a otro, hablamos de *sustitución fideicomisaria de residuo*.

Siguiendo las ideas de los autores DÍEZ-PICASO y GULLÓN<sup>39</sup>, la sustitución fideicomisaria requiere del cumplimiento de tres requisitos esenciales para que se de dicha figura: en primer lugar, se ha de dar una doble o múltiple llamada a la herencia, que ha de ser inequívoca; en segundo lugar, se debe de tratar de un gravamen impuesto a la persona llamada para que conserve y transmita esos bienes al segundo llamado, que es el

---

<sup>39</sup> DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil IV (Tomo II)*, Ed. Tecnos, última edición

real destinatario de esos bienes de la herencia; y por último, se ha de dar un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, lo que daría lugar a la existencia de la obligación de hacer la entrega, por lo que podríamos llegar a decir que la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria es, en última instancia, *condicional*. Es decir, aunque la sustitución no esté sometida al cumplimiento de ninguna condición u obligación, afirmamos que sí existe la condición final de hacer efectiva la entrega de esos bienes al fideicomisario.

#### **4.2. Objeto de la sustitución fideicomisaria.**

El objeto de la sustitución fideicomisaria no es otro que los bienes fideicomitidos, es decir, todos aquellos bienes que se encuentran sujetos a la sustitución, bien sea con carácter temporal o condicional. Sin embargo, nos encontramos con la problemática de que no siempre se cumple lo establecido en cuanto a la entrega de esos bienes, y vamos ver el por qué.

Siguiendo lo que dispone el artículo 783 del Código Civil<sup>40</sup>, leemos: “*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo para el caso en el que el testador haya dispuesto otra cosa*”. En resumidas palabras, el legislador da al fideicomisario la facultad de hacer mejoras, así como también le otorga el derecho a reclamar el importe de las mismas.

Si seguimos las palabras de los autores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>41</sup>, “el fiduciario no debe restituir más que la herencia. Los frutos, productos, etc, son de su exclusiva propiedad, en cuanto a que es heredero y propietario; en cambio, el tesoro no, pues no es fruto”. Gastos legítimos son aquellos que no son desembolsados como ordinarios de mantenimiento y obtención de frutos, que son de su cargo porque se encuentra usando y disfrutando la cosa, sino por pagos o reparaciones extraordinarios, así como también todo lo satisfecho con su propio patrimonio para cumplir las obligaciones del fideicomitente o con las cargas de la herencia, pues el beneficio de esos gastos pasa

---

<sup>40</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>41</sup> DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil IV (Tomo II)*, Ed. Tecnos, última edición

en este punto al siguiente heredero, que es el fideicomisario. De igual modo, una vez dicho todo lo anterior, parece lógico pensar que los impuestos y todo lo que grave lo que compone la herencia quedarán incluidos en las obligaciones del fiduciario, así como aquellos créditos que ostente el fiduciario contra el causante. Sin embargo, el Código Civil en este punto no establece nada acerca de la retracción de dichos créditos, es decir, que, si el fiduciario ha de hacer frente al pago de ciertas cargas, el texto normativo no dispone desde que momento exacto se puede hacer efectivo su derecho de detracción para cobrárselas, aunque realmente lo lógico sería que fuese en el mismo momento en que herede el fideicomisario, aunque podría darse antes.

Así, en cuanto a la enajenación de esos bienes, supondría en este caso la transferencia de un derecho real a otro. En un principio, y siguiendo lo que dispone el artículo 783 del Código Civil, el fideicomisario no podría realizarlo porque está obligado a la restitución de la cosa. Si seguimos en sentido estricto el contenido de este precepto, llegamos a la conclusión de que los únicos casos en los que el fiduciario podría enajenar dichos bienes fideicomitados sería que cuente con el consentimiento del fideicomisario, o bien, si al enajenarlo, se sigue cumpliendo la condición establecida por el fideicomitente. Sin embargo, el contenido del artículo 186 del Código Civil nos viene a decir que: *‘Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de a cantidad obtenida’*. Lo que nos está diciendo este precepto es que esos actos de disposición sobre esos bienes, se pueden llevar a cabo en caso de extrema necesidad. En este sentido, gran parte de la doctrina<sup>42</sup> considera que, aunque no puedan equipararse ambas figuras, no hay duda alguna de que el fiduciario se encuentra también conservando los bienes de otro, y que el hecho de negarle ese poder de disposición en un caso de extrema necesidad, supondría un gran perjuicio a los intereses de los futuros titulares de la herencia, es decir, los nombrados fideicomisarios.

Esto puede quedar claro si mostramos un ejemplo práctico:

---

<sup>42</sup> Autores como DÍEZ-PICAZO, LASARTE y GULLÓN siguen este pensamiento doctrinal.

*“El padre de Miguel, Antonio falleció en el año 2000, y dejó como fiduciario de sus bienes a su hermano Luis, hasta que su hijo Miguel que acababa de nacer, cumplierse los dieciocho (sustitución sometida a término). De entre los bienes fideicomitidos encontramos: unas acciones que han ido generando una media de 200 euros de dividendos a lo largo de estos diecisiete años, y por las cuales tributa 100 euros al año en concepto de IRPF; un baúl supuestamente lleno de ropa, pero entre las cuales Luis encontró un broche del siglo XIII forjado en oro cuyo valor asciende a 5.000 euros; una vaca que le da diez litros de leche a la semana y a la cual le cuesta mantener (pienso, veterinario, y otros gastos) una media de 400 euros al año; una finca sita en Madrid por la cual paga unos gastos de comunidad de 100 euros al mes (1.200 al año), y un IBI de 700 euros anuales. Por dicha vivienda, al haberla heredado tuvo que pagar una plusvalía municipal de 8.000 euros. Por último, al hallarse en la Comunidad Autónoma de Madrid, Luis tuvo que pagar en concepto de ISD 2.000 euros. ¿Cuáles de estos gastos deberá restituirle su sobrino Miguel el año que viene, cuando cumpla dieciocho años y se convierta en el único heredero de los bienes de Antonio? De las acciones, los frutos (dividendos) y gastos de conservación (IRPF, que se consideraría un gasto ordinario porque es en su propio beneficio al percibir los dividendos) son para el fiduciario, por lo que Miguel sólo recibiría la titularidad de las mismas, y además pagaría el correspondiente impuesto por el cambio de titularidad. Del baúl de ropa, el broche hallado se considera un tesoro por lo que también será de la propiedad de Miguel. La vaca la hereda Miguel y los gastos de conservación corren a cuenta de Luis, siempre que este haya sacado provecho de la leche, que son los frutos de la vaca. Por último, en cuanto a la vivienda, si su tío no hubiese hecho uso de la misma, supongamos que, porque su hermano dispuso en testamento que sólo debía conservarla, Miguel deberá abonarle a su tío, el IBI de los últimos dieciocho años, la plusvalía municipal que Luis pagó en su momento, los gastos de comunidad, y con la nueva transmisión también deberá abonar el correspondiente importe por el impuesto de AJD. ¿Y si su tío Luis en los últimos años se hallaba en una situación económica insostenible y no pudiendo contar con el consentimiento de Miguel por ser éste, menor de edad decidió alquilar la vivienda sita en Madrid? Habrá que estar al caso concreto, pero Luis deberá pedir autorización judicial y estaremos a lo dispuesto por el Juez, que, en cualquier caso, de estimarlo, ya no tendría que pagar su sobrino el IBI y los gastos de comunidad al heredar la vivienda,*

*porque la ha usado su tío en su provecho para paliar su situación de necesidad económica.”*

### **4.3. ¿Qué requisitos deben darse para que podamos hablar de sustitución fideicomisaria?**

Nuestro legislador exige que se de el cumplimiento de una serie de requisitos para que opere la sustitución fideicomisaria. En primer lugar, se exige que ésta se haya previsto de forma clara y expresa en el testamento del fideicomitente. Este requisito queda reflejado en varios preceptos de nuestro Código Civil, como son los artículos 785<sup>43</sup> y 786<sup>44</sup> del citado texto legal.

En segundo lugar, se exige también que los llamamientos sucesivos no se deduzcan o presuman, es decir, se deben de dar de forma expresa, al igual que la institución de la misma. En este punto citamos el artículo 771 del Código Civil, el cual establece que: *“Cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente, y no sucesivamente.”* Es decir, los llamamientos se han de dar al mismo tiempo, en el mismo momento.

Por otro lado, también hacer mención a lo que el legislador ha exigido con respecto a la institución del heredero, y este ésta no puede quedar afectada por la nulidad o falta

---

<sup>43</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El artículo 785 dice que: *“No surtirán efecto:*

*1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.*

*2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.*

*3.º Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión.*

*4.º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.”*

<sup>44</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El artículo 786 dice que: *“La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.”*

de eficacia de la sustitución fideicomisaria, en donde quedaría sin eficacia únicamente la sustitución fideicomisaria, sin afectar al heredero instituido<sup>45</sup>.

Debemos de hacer referencia a una particularidad presente en las sustituciones fideicomisarias puras, y es que el derecho de heredar del fideicomisario pasa a sus herederos en el momento en que éste muera<sup>46</sup>. Así, de otro modo, en el caso de las sustituciones fideicomisarias sometidas a condición, ya que aquí el fideicomisario debe sobrevivir al fiduciario, tal y como lo dispone el artículo 759 del Código Civil de la siguiente manera: *“El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”*.

#### **4.4. Fideicomiso de residuo.**

Una vez explicada ya la figura de la sustitución fideicomisaria, vamos a hacer una pequeña referencia al denominado *fideicomiso de residuo*<sup>47</sup>. La problemática acerca de la gestión de los bienes fideicomitados se superó con el Derecho Romano, dando paso a disposiciones testamentarias, en virtud de las cuales, al mismo momento que se instituía al fideicomiso, se facultaba así mismo para que fuera él quien dispusiera de los bienes, naciendo así esta figura del fideicomiso de residuo.

Este tipo de fideicomiso resulta característico debido a que consiste en que el testador autoriza al fiduciario o primer llamado a la herencia para disponer de los bienes fideicomitados, hasta el punto de su total agotamiento, únicamente con las limitaciones que se establezca en el testamento. De modo que, cuando llegue el momento de la restitución, el fideicomisario únicamente recibirá lo que quede de la herencia, de ahí viene el término “residuo”. El testador puede optar aquí por conceder al fiduciario poderes demasiado amplios sobre los bienes, en cuyo caso, el fideicomisario se denomina en este

---

<sup>45</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El artículo 786 dice que: *‘La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria’*.

<sup>46</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El artículo 784 dice que: *“El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquel pasará a sus herederos”*.

<sup>47</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.120



punto *si aliquid supererit (si queda algo)*. Es decir, que el fideicomisario recibirá aquellos bienes fideicomitidos que, llegado el momento de la extinción de la sustitución, queden en ese momento, ya que el fiduciario tiene la facultad de disponer de ellos hasta su propio agotamiento. En este caso, como el fiduciario puede llegar a disponer de esa totalidad de los bienes fideicomitidos, sólo se producirá el llamamiento si queda algo tras el fallecimiento del fiduciario. De modo contrario a lo expuesto anteriormente, puede el testador restringir esos poderes de disposición del fiduciario para que el fideicomisario, y los llamados sucesivamente, hereden esos bienes fideicomitidos, en cuyo caso hablaríamos de un fideicomisario *de eo quod supererit (de aquello que deba quedar)*.

En este sentido quedan dos cosas claras, y es que, dependiendo de lo que se establezca en el testamento, el fiduciario podrá tener o no obligación de conservar esos bienes fideicomitidos, cuyo destinatario final, en virtud de la voluntad del testador, sería el *nasciturus*, y en caso de que ya haya nacido, el menor de edad hasta que cumpla su mayoría. Y la otra cosa que queda clara, es que, en caso de existir esa obligación de conservar, puede ser total o parcial. Aquí cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de febrero de 2015, la cual nos dice lo siguiente: “*El artículo 781 del Código Civil define la sustitución fideicomisaria, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, permitiendo el último inciso del artículo 783<sup>48</sup> de este código el fideicomiso de residuo, lo cual supone una dispensa al heredero fiduciario del deber de conservar la herencia para que en su momento la reciba íntegra el heredero fideicomisario. A su vez, esta modalidad permite dos variantes, según que el fiduciario pueda disponer de todos los bienes, de modo que el fideicomisario solo recibe lo que quede de la herencia o fideicomiso “si quid superit”, o tenga que conservar aquél una parte de la herencia, recibiendo el fideicomisario al menos dicha parte más aquello de lo que no dispusiese el fiduciario, en el fideicomiso “eo quod supererit”.*”

---

<sup>48</sup> Artículo 783 del Código Civil: ‘*Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos. El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*’.

En este punto voy a hacer mención a la sustitución preventiva de residuo. Esta sustitución es aquella en la cual el fideicomisario sólo adquirirá los bienes cuando el fiduciario no haya dispuesto de ellos por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa* (testamento). Se llama así porque el testador está llamando a un fideicomisario con la condición de que el fiduciario muera, sin haber dispuesto *inter vivos* de los bienes fideicomitidos ni haber hecho testamento. De este modo, si el fundamento de la sustitución fideicomisaria es la voluntad del testador de mantener un patrimonio dentro del círculo familiar, en la sustitución preventiva de residuo se trata sólo de evitar la sucesión intestada con respecto a esos bienes fideicomitidos, de los que su correspondiente heredero o legatario no haya dispuesto.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2022, vino a admitir con claridad la sustitución fideicomisaria preventiva de residuo en nuestro derecho, admitiendo la siguiente cláusula testamentaria:

*“Instituye heredero universal a su esposo D. en pleno dominio con facultad de libre disposición, tanto por actos inter vivos como mortis causa. Y a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiere dispuesto, recaerán por partes iguales a los cuatro hermanos de la testadora (...), con sustitución vulgar igualmente a favor de sus descendientes respectivos y derecho a acrecer en su caso”.*

En este caso, nuestro Alto Tribunal considera la validez de la disposición testamentaria de dejar a su esposo todos los bienes, admitiendo que pudiera disponer tanto de las gananciales como de los privativos, puesto que ella le habría autorizado para ello mediante la sustitución preventiva de residuo de su testamento. Así, cita nuestro Alto Tribunal que: *“El llamado fideicomiso de residuo supone un encargo hereditario efectuado por la testadora, nombrando a su esposo heredero universal de todos sus bienes, con facultad expresa de libre disposición tanto por actos inter vivos como mortis causa, añadiendo que, a la muerte de éste, los bienes de que los que no haya dispuesto recaerán en partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora –los hoy demandantes y recurrentes--.*

#### 4.5. Efectos y extinción de la sustitución fideicomisaria.

Estando ya en el final de la explicación de la sustitución fideicomisaria, nos encontramos ahora con los efectos de la misma y, en último lugar, con su extinción.

En primer lugar, y en cuanto a los efectos que surgen de la misma, comenzamos citando el artículo 785 del Código Civil<sup>49</sup>, el cual recoge de modo negativo aquellas sustituciones fideicomisarias que no surtirán efecto. Dentro de este artículo se contemplan 4 supuestos distintos. Si nos encontramos con alguno de estas sustituciones que se contienen en el artículo mencionado anteriormente, dispone en este sentido el artículo 786 del Código Civil que: “la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria”. ¿Esto que quiere decir? Que lo que se queda sin efecto alguno es la figura de la sustitución fideicomisaria, pero nunca la institución del heredero.

Además, el artículo 786 del Código Civil<sup>50</sup> también sería aplicable a uno de los límites de la sustitución fideicomisaria, que no es otro que el límite del artículo 781<sup>51</sup>, en virtud del cual solo se considerarán eficaces los llamamientos sucesivos en favor de personas vivas a la muerte del testador, o si éstos no pasan el segundo grado. Pero, ¿se puede traspasar estos límites? La respuesta es afirmativa, y en ese caso aplicaríamos el artículo 786 del Código Civil<sup>52</sup>, provocando de esta forma la nulidad de la sustitución, pero recordamos que nunca supone la nulidad de la institución del heredero.

El momento de la extinción de la sustitución fideicomisaria llega cuando se ha de hacer efectiva la entrega de los bienes fideicomitidos al fideicomisario. También se da lugar a la extinción de esta figura si el fideicomisario no puede (porque ha muerto antes que el testador, porque no se ha cumplido la condición, porque es indigno...), así como

---

<sup>49</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>50</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

<sup>51</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El límite que recoge el artículo 781 es el siguiente: “Las sustituciones para ser válidas y surtir efecto no han de pasar del segundo grado o que se hagan en favor de personas vivas al tiempo del fallecimiento del testador”.

<sup>52</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El artículo 786 dice: “La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; solo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria”.

queda extinguida también si el fideicomisario no quiere heredar, es decir, renuncia a la herencia. Tal y como señala el profesor Aznar en su libro<sup>53</sup>: “El gravamen se purifica y el fiduciario se hace dueño pleno de los bienes (SS de 20 de octubre de 1954 y 4 de diciembre de 1975)”.

La problemática aquí radica, tal y como sostiene DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>54</sup>, en que el fiduciario sea el que no quiere aceptar la herencia. En un principio, no habría problema alguno si se ha nombrado un sustituto vulgar para el mismo, sin embargo, si éste no se ha nombrado, ¿podría considerarse como tal al fideicomisario? Ambos autores<sup>55</sup> entienden que el testador incluye implícitamente una sustitución vulgar dentro de la fideicomisaria, es decir, que sí debería el fideicomisario considerarse como sustituto vulgar del fiduciario. De modo contrario, si la sustitución es condicional, en modo alguno, esa renuncia determinará que el tiempo del cumplimiento de la condición se adelanta, en el sentido de que debe haber tenido lugar antes de su renuncia<sup>56</sup>. Lo contrario a esto supondría una vulneración de la intención del testador sin ninguna causa o motivo que lo justifique.

## 6. CONCLUSIONES.

Una vez desarrollado todo este trabajo, llegamos al momento de las conclusiones de todo lo que hemos venido hablando hasta ahora, y que, desde mi punto de vista, tiene una gran importancia en lo que respecta a la figura del *nasciturus*.

Primera-. El *nasciturus*, a pesar de que en otros ordenamientos no se le dote de personalidad jurídica, en España queda protegido por el contenido del artículo 29 del Código Civil, el cual lo considera como nacido “*para todos los efectos que le sean favorables*”. Así se queda reflejado en nuestra jurisprudencia, como por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 53/1985, en la que se expresa

---

<sup>53</sup> ANTONIO DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 78.

<sup>54</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 104

<sup>55</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN.

<sup>56</sup> ANTONIO DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 79.

lo siguiente en relación a la protección del *nasciturus*: “El art. 15 CE establece que ‘todos tienen derecho a la vida’. [...] De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del ‘nasciturus’, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”. De este modo, queda claro que el *nasciturus* –siguiendo la jurisprudencia-- queda amparado por el derecho a la vida y, por tanto, es por ello por lo que se le dota de toda la protección jurídica de la que goza. No solo se hizo referencia a la protección del concebido no nacido en el ámbito civil, sino también es relevante detallar aquellas conductas que son perjudiciales para el concebido no nacido, y que por tanto, han de ser sancionables. Aquí es donde hablamos sobre el derecho penal y el tema del aborto, haciendo mención a la Sentencia del Tribunal Constitucional 537/1985, de 11 de abril, en donde el Tribunal se posiciona defendiendo el derecho a la vida e integridad física del *nasciturus*. Por tanto, vemos que el concebido no nacido goza de protección no solo en el ámbito civil de nuestro ordenamiento, sino también en el administrativo, penal y sanitario.

Segunda-. En el desarrollo de este trabajo hice referencia a dos teorías doctrinales con respecto a la atribución de derechos al concebido no nacido. La primera de ellas defiende la idea de que al *nasciturus* no se le puede otorgar los mismos derechos que a una persona física hasta que no se produzca el nacimiento, cumpliendo así los requisitos que recoge el artículo 30 del Código Civil. De modo contrario, nos encontramos con la teoría contraria –y a la que yo me uno--, la cual defiende que al *nasciturus* se le han de otorgar los mismos derechos que a una persona física desde el momento de su concepción, y que no se ha de esperar hasta el momento del nacimiento. El *nasciturus* es el concebido no nacido, de modo que, desde que sea concebido, ha de tratarse como si de un nacido se tratara.

Tercera-. En cuanto a la protección del artículo 29 del Código Civil, parece evidente la gran protección de la que goza el *nasciturus* en el ámbito civil, considerándolo

como nacido “*para todos los efectos que le sean favorables*”, sobretudo en el ámbito patrimonial, en donde ya hemos visto que goza de total protección para que sea el *nasciturus* –en este caso fideicomisario—el que reciba esa herencia. Sin embargo, hemos citado también otras leyes que protegen al concebido no nacido en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, como pueden ser el Código Penal<sup>57</sup>, la Ley 39/2015<sup>58</sup> y la Ley 40/2015<sup>59</sup> que sancionan aquellas conductas negligentes hacia el *nasciturus* y la Ley 14/1986, General de Sanidad<sup>60</sup>. A pesar de haber citado estas leyes, lo cierto es que el *nasciturus* goza una protección mucho mayor en el ámbito civil, que en ámbito administrativo, penal o sanitario. Por ello es por lo que surge la propuesta *de lege ferenda*, que tiene como finalidad evitar que la protección del *nasciturus* en el ámbito civil se vea nublado por la desprotección del mismo en otros ámbitos del ordenamiento.

Cuarta-. Es también destacable, como ya lo hemos hecho, la protección del concebido no nacido en la sucesión, y es que deducimos que el hecho de ser instituido heredero supone un efecto favorable para el mismo, el cual ha de ser protegido con cautela. Por ello es por lo que nace la figura de la sustitución fideicomisaria. La voluntad del testador es que determinados bienes (los denominados bienes fideicomitidos) han de llegar al *nasciturus* o al nacido menor de edad. Mediante esta figura se nombra a un tercero, el cual dejará determinado el causante en su testamento, y tendrá la obligación de disponer de esos bienes hasta que el *nasciturus* o nacido menor de edad adquiera la capacidad total para disponer de esos bienes. Por todo ello es por lo que me resulta esencial esta figura en el ámbito de la sucesión, ya que si el concebido no nacido goza de todos los derechos de nuestro ordenamiento –de una u otra forma--, ha de poder recibir esos bienes que el causante ha decidido que así sea.

Quinta-. Dentro de la sustitución fideicomisaria, hay una figura que, para mi gusto, resalta, y es el fideicomiso de residuo. Si la sustitución fideicomisaria es una disposición testamentaria por la que el testador encarga al heredero, llamado fiduciario, que conserve y transmita la herencia a un tercero, en el fideicomiso de residuo nos encontramos con

---

<sup>57</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>58</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>59</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>60</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

una disposición testamentaria en donde el testador dispensa al fiduciario, en mayor o menor medida, del deber de conservar los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario, en este caso, solo recibirá lo que quede al momento del fallecimiento del fallecimiento del primero<sup>61</sup>. ¿Por qué digo que el fideicomiso de residuo resalta dentro de la figura de la sustitución fideicomisaria? Pues porque el primero otorga mediante disposición testamentaria unos determinados bienes a un tercero, y éste puede disponer de los mismos incluso hasta su total agotamiento. De modo que se corre aquí el riesgo de que el concebido no nacido, cuando nazca, y adquiera personalidad jurídica, no pueda disponer de esos bienes. Por ello es por lo que la sustitución fideicomisaria otorga esos bienes fideicomitidos mediante disposición testamentaria a un tercero, con la obligación de conservarlos y disponerlos en mayor o menor medida que el mismo disponga en testamento, pero en este caso, claramente se han de conservar esos bienes en favor del *nasciturus*.

Queda clara cual es la voluntad del legislador en el Código Civil Español, y es que la herencia siempre tenga un destinatario, pues de una manera u otra la sustitución evita en último término que se abra la sucesión intestada, o lo que es lo mismo, evita que sea el legislador quien elija el destino de la herencia. El testador en cualquier caso ha nombrado un primer heredero o llamado a la herencia (o varios en su caso), y ese es el fin que el ordenamiento persigue, y es cumplir con la voluntad del testador.

## 7. BIBLIOGRAFÍA.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, volumen I, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1979.

---

<sup>61</sup> Se admite en base a los siguientes artículos:

Artículo 781 CC: “*Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.*”

Artículo 783 CC: “*Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos. El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo en el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.*”

ARROYO AMAYUELAS, E. *La protección al concebido en el Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil IV (Tomo II)*, Ed. Tecnos, última edición.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012.

DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016.

SÁNCHEZ BLANCO, C., *Manual. Curso intensivo MIR Asturias. Ginecología y Obstetricia*, Asturias, 2015.

## **LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.**

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 24 de noviembre).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 4 de noviembre 1988).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 de marzo 2010).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, de 22 de julio de 2011).



Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 22 de septiembre).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Resolución de 6 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad accidental de Vigo nº 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1965.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 116/1999 (EDJ 1999/11251, FJ 9).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 710/2010 (EDJ 2010/253926, FJ 1).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 53/1985 (EDJ 53/1985, FJ 5).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de febrero de 2015.

Resolución de 6 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad accidental de Vigo nº 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2022.

