



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

**LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE
RESIDUO EN EL PARADIGMA DE LAS
SUSTITUCIONES HEREDITARIAS**

**THE *FIDEICOMISSUM RESIDUI* SUBSTITUTION WITHIN THE SET OF
HEREDITARY SUBSTITUTIONS**

Autor: Rafael Navarro Sánchez

Directora: María Angustias Martos Calabrús

Convocatoria: Junio 2.021

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN EL PARADIGMA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

Resumen.

La sustitución fideicomisaria de residuo es una institución que ha suscitado diferentes controversias con posturas encontradas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en diferentes cuestiones. Nuestro estudio se centra en la regulación y problemática específica de la sustitución fideicomisaria de residuo, planteándonos la vigencia de esta institución y el lugar que ocupa dentro del conjunto de las sustituciones hereditarias.

Abstract.

The *fideicomissum residui* substitution is an institution that has raised different controversies with conflicting positions, both at the doctrinal and jurisprudential level, on different issues. Our study focuses on the regulation and specific problems of the *fideicomissum residui* substitution, considering the validity of this institution and the place it occupies within the set of hereditary substitutions.

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LO	Ley Orgánica
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
ss.	siguientes
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

Contenido

I. INTRODUCCIÓN	4
II. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS: SUS CLASES.	4
III. SUSTITUCIÓN VULGAR	5
1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA	6
2. SUSTITUCIÓN VULGAR Y LA TRANSMISIÓN DEL <i>IUS DELATIONIS</i>	8
IV. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR	10
1. NATURALEZA	12
2. SUSTITUCIÓN PUPILAR Y SUSTITUCIÓN VULGAR	16
3. EXTINCIÓN	17
V. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR	17
VI. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA	19
1. LÍMITES EN LOS LLAMAMIENTOS	20
2. CLASES DE SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS	22
3. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA	23
4. EXTINCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA	24
VII. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO	26
1. ¿ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA?	27
2. CLASES DE SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS DE RESIDUO	29
3. ¿A TÉRMINO O CONDICIONAL?	30
4. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO, ¿IMPLICA LA VULGAR?.	32
5. EL LÍMITE DEL SEGUNDO GRADO	33
6. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y EL USUFRUCTO CON LIBERTAD DE DISPONER.	34
VIII. CONCLUSIÓN	35
BIBLIOGRAFÍA	39
RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES	40

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en el estudio de la sustitución fideicomisaria de residuo, planteándonos la vigencia de esta institución y el lugar que ocupa dentro del conjunto de las sustituciones hereditarias. Para ello, estudiaremos, en primer lugar, las diferentes sustituciones hereditarias contempladas por nuestro Código Civil, como paso previo que nos ayudará a entender la regulación de la figura objeto de nuestro estudio y la problemática específica de la sustitución fideicomisaria de residuo. Efectivamente, se trata de una institución que ha generado diferentes controversias, con posturas encontradas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en diferentes cuestiones.

Una de las primeras cuestiones que abordaremos es el hecho de si la sustitución fideicomisaria de residuo queda englobada dentro de la sustitución fideicomisaria o, si por el contrario, se trata de una figura diferente. Una vez abordada esta primera cuestión, y en el supuesto de que sea una sustitución fideicomisaria, deberemos estudiar si sería pura o condicional. Se trata de una cuestión fundamental, no ya por el hecho de que existan dos corrientes claramente opuestas, condicionalista y no condicionalista, sino por las consecuencias prácticas que implican cada una de las posturas. Completaremos nuestro estudio abordando dos cuestiones: por un lado, si la sustitución fideicomisaria de residuo tiene la limitación del segundo grado que aparece recogida en el artículo 781 CC y, por otro lado, si también implica la sustitución vulgar, tal y como ocurre en la sustitución fideicomisaria.

Daremos respuesta a las diferentes cuestiones planteadas apoyándonos en la doctrina y la jurisprudencia, viendo cómo han ido evolucionando los planteamientos. Precisamente, el gran número de Sentencias del Tribunal Supremo y las diferentes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado avalan no ya el interés teórico de la institución objeto de estudio, sino su interés práctico. En este sentido, queremos clarificar en nuestro estudio si se trata de una institución marginal o, si al contrario, es una institución plenamente vigente y usada en la práctica sucesoria, aportando, si ello es así, en qué situaciones prácticas su uso es una alternativa.

II. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS: SUS CLASES.

Las sustituciones hereditarias quedan reguladas en los artículos 774 y ss. del Código Civil. La propia etimología de la palabra “sustitución” (*sub e institutio*) nos puede dar

una idea de que la sustitución es una institución que está debajo, es decir, subordinada a otra. Por ello, podemos definir las sustituciones como “la disposición testamentaria por la que el testador llama a un tercero a la herencia o legado, en defecto de otra persona o después de ella”. Efectivamente, se trata del derecho de una persona a aceptar una herencia cuando el sucesor no ha podido o bien no ha querido aceptar; o dicho de otra forma, el sustituto ocupará el lugar del legítimo sucesor.

Del propio concepto o definición de sustituciones hereditarias, podemos deducir que existen, fundamentalmente, dos clases de sustituciones. En primer lugar, hablamos de la sustitución directa, a través de la cual se llama a una persona “en defecto” del primer favorecido, es decir, el segundo o siguiente son nombrados exclusivamente para el caso de que el primer, o anterior, instituido no llegase a heredar; se trata de la sustitución vulgar. En segundo lugar, la sustitución indirecta, a través de la cual se llama a una persona después de otra, es decir, hay una pluralidad de llamamientos que implica una pluralidad de favorecidos, teniendo el patrimonio de forma sucesiva y siempre con la obligación de conservarlo, de tal forma que la voluntad del testador pueda verse cumplida; es la denominada sustitución fideicomisaria.

Como veremos, éstas no son las únicas clases de sustituciones que aparecen reguladas en el Código Civil, al contrario, mencionaremos dos posibles sustituciones más que únicamente serán posibles en situaciones especiales de parentesco. Nos estamos refiriendo a la sustitución pupilar y la sustitución ejemplar. Para finalizar, nos centraremos en la sustitución fideicomisaria y, en particular, en el estudio del fideicomiso de residuo.

III. SUSTITUCIÓN VULGAR

De acuerdo con el artículo 774 CC, “Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.”

De forma genérica, podemos afirmar que sería suficiente con el hecho de que el primer llamado no quisiera o no pudiera aceptar para que sea eficaz la sustitución. Ahora bien,

el testador puede manifestar una voluntad delimitadora, que en caso de no expresarse, se entendería que la sustitución abarca todos los casos expuestos.

1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA

El fundamento de la sustitución vulgar es, principalmente, evitar la sucesión intestada, para conseguir que quien herede sea quien realmente ha querido el testador y no el señalado de forma impersonal por la Ley en el orden de la sucesión intestada. Como hemos comentado, la sustitución vulgar es calificada como sustitución directa para señalar que el sustituto no va a recibir la herencia a través del instituido sino que la recibe directamente del propio testador. Esto quiere decir que hablamos de una sola sucesión, o bien la del instituido o bien la del sustituto.

En lo que se refiere a su naturaleza, podemos distinguir tres posturas:

- En primer lugar, aquella que entiende que la sustitución vulgar es, simplemente, una mera previsión sucesoria del testador. Esta postura se fundamenta en el rechazo al criterio que considera que la sustitución vulgar implica para el sustituto una institución sujeta a condición suspensiva. En este sentido, lo que realiza el testador es una previsión sucesoria, de forma parecida a la multiplicidad de designaciones de posibles sucesores en la sucesión intestada. De forma resumida: se llama a una persona y en defecto de ésta se llama a otra. Así, hemos de tener en cuenta que el segundo llamamiento únicamente está previsto para el caso de que falle el primero. Así, la sustitución vulgar sería un medio de eliminar la anomalía que representa una vacante. Al contrario, la condición suspensiva, que se define por su peculiar repercusión sobre el llamamiento, podría dar lugar al fenómeno que la sustitución vulgar pretende eliminar.¹
- En segundo lugar, hay una postura mayoritaria en la doctrina que entiende la sustitución vulgar como una auténtica institución condicional. Efectivamente, el hecho de que se llame al sustituto va a depender de un

¹ Autores como BADOSA COLL defienden esta postura, (Vid. MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común* Tomo II, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020 pág. 1.156.

hecho futuro que realmente no sabemos si tendrá lugar; el hecho de que el instituido no quiera o no pueda aceptar la herencia.²

- En tercer lugar, existe una posición intermedia que algunos autores como Martínez Rivas³ consideran la más acertada. En realidad es una matización sobre la postura que acabamos de comentar y que considera la sustitución vulgar una institución condicional. Es necesario diferenciar entre aquellos casos en los que no quiera aceptar el primer instituido, y aquellos casos en los que no pueda aceptar.
 - En los casos en los que no pueda aceptar (nos referiríamos a casos en los que el primer instituido ha premuerto o es incapaz de heredar) el llamamiento a favor del sustituto es eficaz desde el mismo momento de la apertura de la sucesión, por lo cual una vez fallecido el testador no tendría que cumplirse ninguna condición.
 - Por el contrario, en los casos en los que el instituido no quiera aceptar, y nos referimos a supuestos de renuncia, sí hablaríamos de un auténtico llamamiento condicional, ya que la eficacia de su delación va a depender o, dicho de otra forma, va a existir esa condición de renuncia o no del instituido.

Como vemos, el tema de la naturaleza jurídica plantea dos problemas: por un lado en qué momento se produce la delación hereditaria y, por otro lado, cuándo el sustituto tiene la capacidad para heredar. Si como hemos comentado, siguiendo la postura intermedia, consideramos que la sustitución vulgar es una institución que está sujeta a condición suspensiva que retrasa la delación al mismo momento de su cumplimiento, entendemos que la delación a favor del sustituto tiene lugar, o bien, cuando se extingue, sin que su titular haya adquirido la herencia, el derecho a ella o *ius delationis* que nació de la institución, o bien cuando se produce la muerte del causante, si tal derecho no llegó a nacer. Expresado de una forma práctica: si cuando muere el testador el instituido vive y es capaz y, por supuesto, la institución no es nula, recibe la delación, con lo cual, el sustituto adquiere en ese mismo momento una expectativa de la suya. Pero si no hay delación para el heredero, sí la hay para el sustituto desde el mismo momento de la

² Díez Picazo y Gullón afirman que esta opinión es dominante (DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Madrid, 2017, pág. 96.

³ MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.157.

muerte del testador. Efectivamente, tal y como recoge el artículo 778 CC, para que el sustituto pueda heredar necesita sobrevivir no únicamente al testador, sino también al acto jurídico de la repudiación válida realizada por el heredero instituido.

2. SUSTITUCIÓN VULGAR Y LA TRANSMISIÓN DEL *IUS DELATIONIS*

Llegado este punto, es importante establecer la relación de la sustitución vulgar con la transmisión del *ius delationis*. Nos planteamos el caso de que una vez se abre la sucesión porque el testador ha fallecido, el heredero sustituido falleciera después del causante pero sin que hubiera repudiado ni aceptado la herencia. En este caso el problema será si la herencia pasará a los herederos del heredero instituido o, por el contrario, se diferirá al sustituto. En principio, si el primer llamado ha fallecido sin ejercitar el *ius delationis*, se aplicaría el artículo 1.006 CC y por imperativo la herencia pasaría a sus herederos, lo que eliminaría el juego de la sustitución vulgar, tal y como afirma Díez Picazo⁴. Sin embargo, en la práctica la solución de este problema va a depender de cómo el testador ha manifestado su voluntad en el testamento. Por ejemplo, en el caso de que se haya previsto por el testador que se aplique la sustitución vulgar ante la posibilidad de que el heredero pueda fallecer sin haber aceptado o repudiado la herencia, debería prevalecer lo que ha recogido de forma expresa el testador manifestando su voluntad y “la voluntad del testador es la ley de la sucesión.”

Pero volvamos al propio artículo 774 CC cuando afirma “La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.” Si analizamos esta parte del artículo 774 CC, podemos llegar a concluir que la sustitución dispuesta «sin expresión de casos» englobaría todos aquellos en los que el heredero no llegue a serlo. Como ya hemos comentado, esto puede ocurrir por no querer o por no poder. El llamado puede no llegar a ser heredero porque repudia la herencia, es decir, porque no quiere, o bien porque no puede; premoriencia, indignidad para suceder, no nacimiento, no cumplirse la condición suspensiva impuesta al primer llamado o su fallecimiento antes de que se cumpla, etc.

Según la STS de 22 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6582): “*Estamos ante un supuesto de sustitución vulgar, que es la disposición testamentaria donde el testador nombra a un segundo o ulterior heredero (o legatario) en previsión de que el anterior heredero*

⁴ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pág. 96.

instituido (o legatario llamado) no llegue efectivamente a serlo por no poder o no querer. Mediante esta figura jurídica se concede al testador el medio de lograr que le suceda un heredero de su libre elección, con preferencia a los posibles titulares del derecho de acrecer y al heredero determinado por la Ley en el orden de la sucesión intestada. En el caso del debate, se trata de una sustitución dispuesta sin expresión de casos, expresada en el art. 774-2 CC.” Y continúa: “que comprende todas las ocasiones en que el heredero no llegue a serlo, tanto si no quiere como si no puede; así, cabe que el llamado no sea heredero por no quererlo (repudiación) o por carecer de aptitud para serlo (premorienca, indignidad para suceder, no nacimiento de un concebido, nulidad de la institución, incumplimiento de la condición suspensiva impuesta al primer llamado o su fallecimiento antes de cumplirse, ausencia declarada al tiempo de la delación, etc.), cuya posición es seguida por la Resolución de la DGRN de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9942) (...) Ocorre aquí que la herencia ha sido repudiada por los herederos instituidos y también por los descendientes en primer grado de éstos, lo que no es óbice para que, en virtud de lo expresado en el testamento (“sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes”), sean llamados otros sustitutos vulgares, que hayan sobrevivido no sólo a la testadora, sino también al acto jurídico de las repudiaciones obradas por los herederos instituidos y sus descendientes en primer grado (art. 758 CC)”.

Partimos del hecho de que el propio artículo 774 CC contempla, como hemos mencionado, tres supuestos en los que podemos hablar de sustitución vulgar: la premorienca, la renuncia o no querer y el hecho de no poder aceptar la herencia. Esta última expresión de “no poder” ha de referirse a algo distinto a la premorienca, ya que ésta aparece explícitamente y diferenciada de las demás causas. Por lo tanto, ese “no poder aceptar” tiene que referirse al hecho de no poder hacerlo legalmente, o dicho de otra forma, ha de referirse a la incapacidad por indignidad sucesoria (personas indignas recogidas en el artículo 756 CC), o bien a las personas que está prohibido instituir (supuestos de los artículos 752, 753 y 755 CC). Otros ejemplos en los que no entraría en juego la sustitución vulgar serían: la frustración del nacimiento de la persona concebida, falta de personalidad jurídica en una persona moral, no cumplirse la condición suspensiva que se impone al heredero o su fallecimiento antes de que la misma se cumpla, etc.

Pero hemos de tener en cuenta que también podemos encontrar la sustitución vulgar con expresión de casos, a diferencia de la sustitución simple estudiada en la que no se expresan casos e incluiría los tres mencionados en el artículo 774 CC. Efectivamente, el número de sustitutos no se limita y así el artículo 778 recoge que “pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos.” En el primer caso, se puede llamar a los sustitutos de forma conjunta o sucesivamente. En el caso de que sean llamados conjuntamente, y salvo que el testador haya dispuesto lo contrario, heredarán por partes iguales como queda establecido en el artículo 765 CC, pero si son llamados sucesivamente, son también sustitutos del instituido. También pueden ser sustitutos los propios instituidos, es la denominada sustitución vulgar recíproca que queda configurada en el artículo 779 CC: “Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador”. Sin embargo, una aplicación literal de este artículo podría conducir a la apertura de la sucesión intestada en la parte en que excede de la cuota del heredero-sustituto, efecto no querido por el testador y por ello dispuso la sustitución no queriendo que tuvieran las mismas partes, por lo que hemos de interpretar que los sustitutos han de heredar todo según sus partes. Por ello, no podemos olvidar que el artículo 779 CC, como dice Díez Picazo, no es imperativo, cede a lo que de forma clara aparezca como voluntad del testador.

IV. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR

Aunque vamos a realizar un estudio diferenciado entre la sustitución pupilar y la sustitución ejemplar, son muchos los datos que van a hacer referencia a ambas. Para comenzar, sería pertinente estudiar de forma conjunta los antecedentes de la sustitución pupilar y ejemplar. Efectivamente, ambas sustituciones son de honda raigambre romana y su presencia en el ordenamiento jurídico romano se debía a la necesidad de poder evitar la sucesión intestada, tratando de evitar que el menor llegase a morir sin testamento antes de llegar a la edad de testar, o que se produjese la muerte del incapaz por enfermedad mental sin testamento, al estar incapacitado para testar por su enfermedad mental. Así, a la primera posibilidad se le denomina sustitución pupilar, y a la segunda, ejemplar.

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN EL PARADIGMA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

Como sabemos, el artículo 663 CC establece que “están incapacitados para testar 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. En este sentido, podemos considerar las sustituciones pupilar y ejemplar la otra cara del mencionado artículo.

Por lo tanto, lo que persiguen hoy en día tanto la sustitución pupilar como la sustitución ejemplar, es evitar la sucesión intestada del sustituido, ya que no puede disponer de su propia herencia debido a su falta de capacidad, tendría que diferirse abintestato. Parece más lógico que el destino de esa herencia no se haga de una forma automática sino reflexionada y que sean sus propios ascendientes quienes determinen cuál va a ser la trayectoria sucesoria de los bienes. Por ello, como hemos visto, los casos recogidos en el artículo 663 CC de no poder testar, se suplen con estas sustituciones.

Lo mencionado hasta este momento, nos conduce a un primer problema; estamos hablando del carácter personal del testamento. Como sabemos, una de las notas características del testamento en el Código Civil es precisamente su carácter personalísimo. Efectivamente, el testamento debe recoger exclusivamente la voluntad del testador, prohibiéndose la intervención de terceros distintos al testador. Como afirma Martínez Rivas⁵, ambas sustituciones son en realidad un testamento, bien del impúber, en el caso de la sustitución pupilar, o bien del incapaz, en el caso de la sustitución ejemplar, realizado por el ascendiente y representan una excepción al artículo 670 CC por tratarse de una autorización legal al ascendiente para designar en testamento heredero del descendiente menor de catorce años o incapacitado judicialmente por enfermedad mental, o dicho de otra forma, una autorización legal a tercero para testar por el causante incapaz. En este sentido, quien testa es el sustituyente, ya que el sustituido por hipótesis no puede hacerlo por carecer de capacidad, evitando con esto que el incapaz muera intestado.

La sustitución pupilar aparece recogida en el artículo 775 CC al decir que “los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”.

⁵ MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.188

En la actualidad, el uso de la sustitución pupilar es bastante limitado y, de hecho, algunos Códigos modernos ni siquiera la regulan, viéndola más como una posibilidad teórica que real.

1. NATURALEZA

El problema de la naturaleza jurídica de la sustitución pupilar, al igual que la sustitución ejemplar, se centra en dilucidar si el sustituyente hace testamento por el menor o incapacitado, al que se designa legalmente como sustituido, incluyendo el mismo los bienes que le deje así como los que aquéllos puedan tener por otros títulos; o bien lo que significan estas sustituciones no es otra cosa que la designación de un sucesor para los mismos en los bienes que les deje el sustituyente para el caso de que el menor fallezca antes de cumplir los catorce años o el incapacitado muera antes de haber recobrado la razón o de haber testado en intervalo lúcido, con lo cual estaríamos ante una modalidad de la sustitución fideicomisaria.

Ambas tesis, y seguimos a Díez Picazo⁶, presentan sus dificultades. La primera, porque el artículo 670 CC no admite más excepciones que las recogidas en el Código, y en ningún precepto se considera que el artículo 775 CC (y 776 CC en el caso de la sustitución ejemplar como veremos) lo sean a la naturaleza personalísima del testamento. La segunda, porque deja sin explicación el artículo 777 CC, que admite la validez de las sustituciones pupilar y ejemplar siempre que no quede perjudicada la legítima de los herederos forzosos del sustituido.

Como hemos mencionado, si estamos ante un verdadero testamento del descendiente otorgado por el ascendiente, tal y como la jurisprudencia se inclina por entender, estaríamos ante una excepción al principio de carácter personal del testamento recogido en el artículo 670 CC afirmando que es el sustituyente quien nombra heredero al incapaz.

Si analizamos en profundidad el artículo 775 CC para ver quién puede sustituir y quién puede ser sustituido, cuando dice “los padres y demás descendientes...” sin ninguna otra distinción, parece que podrán nombrar sustituto todos los que siendo ascendientes posean capacidad para testar, es decir, no sólo quien ejerza la patria potestad. Parece

⁶ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., págs. 111 y ss.

evidente, que nuestro Código Civil desconecta esa facultad de sustituir del ejercicio de la patria potestad⁷.

Con respecto a la cuestión de quién puede ser sustituido, el artículo 775 CC dice “... descendientes menores de catorce años de ambos sexos...”, por lo tanto al no distinguir, pueden ser sustituidos los descendientes de cualquier clase, por lo tanto, cualquier descendiente que sea menor de catorce años matrimonial o no matrimonial, así como los adoptados por sus adoptantes. En la sustitución pupilar no es necesario que el pupilo haya nacido, siendo suficiente que esté concebido.

Probablemente, la cuestión de mayor importancia a nivel práctico es qué bienes comprende la sustitución pupilar (pudiéndolo hacer extensivo a la sustitución ejemplar). Para ello, nos encontramos dos posturas contrapuestas:

1. Tesis estricta. Entiende que tanto la sustitución pupilar como la ejemplar son sólo un llamamiento sucesivo a la herencia del sustituyente, en el que queda condicionada la adquisición del sustituto a que el sustituido falleciese antes de llegar a cumplir los catorce años. Si aceptamos esta idea, esto implicaría que este tipo de sustitución sólo incluiría los bienes que el sustituido hubiese recibido del ascendiente sustituyente. Con esta teoría tendríamos que diferenciar dos masas de bienes: por un lado, la que dejó al menor o incapaz el sustituyente, en la que

⁷ De hecho, a partir de las reformas del Código Civil de 13 de mayo de 1981 y la adopción, queda patente que puede sustituir cualquier ascendiente matrimonial o no matrimonial, no se exige la cualidad de representante legal del menor. Los padres adoptantes y sus ascendientes también podrán ser sustituyentes respecto del adoptado, y además en los términos y personas que resultan del artículo 178 CC, después de la modificación de la adopción por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, y de la modificación realizada por la Ley 15/2005. En este sentido, recordemos que el citado artículo 178 CC establece:

«1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.

2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

1º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante aunque el consorte hubiere fallecido.

2º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales».

hereda el sustituto, y, por otro lado, la formada por los otros bienes que deja a su muerte el impúber o el incapaz que no haya recibido del ascendiente sustituyente, en la que suceden los herederos intestados del impúber o del incapaz. Esta tesis es la solución en sentencias como la STS de 20 de marzo de 1967 (RJ 1967, 1665) y la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2003, propugnando una interpretación de la norma de acuerdo con la realidad social.

2. Tesis amplia. Entiende que este tipo de sustituciones implican un testamento del impúber o del incapaz realizado por el ascendiente, lo que llevaría a entender, que ambas sustituciones comprenderían todos los bienes que el incapaz de testar, independientemente de su procedencia, deje a su fallecimiento. Por lo tanto, el sustituto sucede no sólo en los bienes que el impúber o incapaz recibe del sustituyente, sino en todos los bienes propios o privativos que tenga el mismo menor de catorce años o incapacitado en el momento de su fallecimiento. Esta tesis está encabezada por autores como Albaladejo García⁸, y Martínez Rivas⁹ considera que es la que debe prevalecer, tanto por antecedentes históricos como para darle sentido a los artículos 775 y 776 CC.

En este punto, sería interesante ver la postura que el Tribunal Supremo ha seguido en esta cuestión. En general, el Tribunal Supremo se inclina con claridad por la tesis amplia, si bien es cierto que ha habido alguna sentencia, como la STS de 20 de marzo de 1967 (RJ 1967, 1665), que se ha decantado por la tesis estricta, siendo criticada negativamente por la generalidad de la doctrina española. Sin embargo, como decimos, la postura mayoritaria se decanta por la tesis amplia, como podemos observar en las siguientes sentencias:

- La STS de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4234) sigue la tesis amplia, al afirmar que *“esta Sala tiene declarado desde la Sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente, y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y por consiguiente nombra heredero del incapaz es el sustituyente”*. Con estas palabras esta Sentencia se posiciona con la tesis

⁸ ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo X, vol. II, Madrid, 1984, págs. 6 y ss.

⁹ MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.193.

amplia, pues el sustituyente está testando por el incapaz, para evitar la sucesión intestada de éste, que es precisamente lo que la tesis estricta trata, sin éxito, de mantener, pues al haber nombramiento de heredero sobre todos los bienes, cualquiera que sea su origen, no hay lugar para la sucesión intestada.

- La STS 14 abril 2011 (RJ 2011, 2753) ha culminado decididamente esta orientación hacia la tesis amplia, con estas dos afirmaciones: estas sustituciones *“constituyen una excepción al artículo 670 del Código civil que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento» y comprenden «el patrimonio entero del sustituido (hijo menor o incapaz) y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria.”*

Hablamos de pluralidad de sustitutos en el caso de que sean varios los ascendientes que hayan nombrado diferentes sustitutos al menor de catorce años. En este caso, la solución del problema iría ligada a la doctrina que se hubiese seguido de acuerdo con lo que acabamos de comentar al hablar de los bienes que comprende esta sustitución.

- Para la tesis amplia el problema tendría una complicada solución puesto que cada sustituto tendría derecho a la totalidad de los bienes. Como posibles criterios para encontrar una solución, hay autores que entienden que tendrá preferencia el llamamiento hecho por el ascendiente llamado por ley para ejercer la patria potestad. Por el contrario, otros autores entienden que tendrá preferencia el nombramiento hecho en el último testamento, ya que revocaría los anteriores.
- Para la tesis estricta, no existiría ningún problema, pues cada uno de los sustitutos heredaría la parte correspondiente del ascendiente que le designó.
- También existe una posición intermedia¹⁰ para la que la solución más ajustada sería que para los bienes donados o dejados al sustituto por el sustituyente, prevalece la orden dada por éste; con respecto a los demás bienes de otra procedencia, debe prevalecer la ordenada por el padre o

¹⁰ Después de la reforma de 13 de mayo de 1981, se considera la postura más ajustada tal y como recoge Martínez Rivas (MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.205.)

madre, que por sobrevivencia o privación al otro de la patria potestad, la haya ejercido el último.

En este sentido, también en los supuestos de pluralidad de testamentos ha de tener preferencia el testamento del ascendiente más próximo sobre el del más remoto. En el caso de que los distintos testamentos sean de ascendientes del mismo grado habría que coordinarlos, viendo en lo que coinciden y en lo que no.

2. SUSTITUCIÓN PUPILAR Y SUSTITUCIÓN VULGAR

Llegado este punto, podemos plantearnos la cuestión de si la sustitución pupilar implica la sustitución vulgar. Para ello nos planteamos dos situaciones:

a) El sustituto nombrado para el caso de que el menor muera antes de los catorce años, ¿sería también sustituto vulgar para el caso de que el menor, aun después de los catorce años, no llegue a ser heredero? La respuesta a esta pregunta va a depender del hecho de que aparezca esta posibilidad con claridad, ya que al cumplir el impúber los catorce años, la sustitución queda extinguida, tal y como veremos posteriormente.

b) Si premuere el sustituido al sustituyente ¿entra en posesión de la herencia el sustituto como si fuese vulgar? De forma mayoritaria la doctrina cree más conforme con la voluntad del testador la opinión afirmativa, basándose en la idea de que la sustitución pupilar, y en su caso ejemplar, lleva consigo una sustitución vulgar tácita y deben entenderse llamados con carácter preferente el sustituto pupilar, o ejemplar en su caso, como sustitutos vulgares, desde el momento de la apertura de la sucesión.

Con respecto a los efectos de la sustitución pupilar, es evidente que mientras viva el sustituyente no producirá ningún efecto la sustitución, simplemente está dispuesta para cuando llegue el momento. Pero la adquisición de los bienes por el sustituto, es decir alcanzar la plena efectividad, se producirá a la muerte del menor que no ha alcanzado la edad de catorce años o a la muerte del incapaz mental sin que haya otorgado testamento. Por ello, el llamamiento del sustituto está condicionado a estos eventos y deba, por lo tanto, sobrevivir al sustituido para heredar (véase art. 759 CC).

3. EXTINCIÓN

Concluimos este apartado haciendo una referencia a la extinción de la sustitución pupilar. Sin mencionar las causas comunes a la extinción de las disposiciones testamentarias, la sustitución pupilar se extinguirá en el momento que el menor cumpla los catorce años y por premoriencia del sustituto con relación al menor. Si concretamos algo más, podemos decir que la sustitución pupilar deja de surtir efectos en los siguientes casos:

1. Por alcanzar el impúber la edad de catorce años, ya que en ese momento él mismo puede otorgar su testamento. No es necesario que el sustituido otorgue testamento para que la sustitución pupilar quede extinguida.
2. En el caso de nulidad del testamento en el que se estableció la sustitución pupilar.
3. Por premoriencia del sustituto o sustitutos pupilares al menor de catorce años.
4. Por resultar incapaz para suceder o ser declarado indigno el sustituto o los sustitutos pupilares, o porque se produce la renuncia de éstos a la sustitución pupilar.
5. Si el ascendiente revoca o deja sin efecto la sustitución pupilar que ordenó, por otorgar otro testamento, lógicamente, posterior y que difiera en este punto.

V. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

Desde su origen, la sustitución ejemplar fue, en la práctica, una extensión de la sustitución pupilar, de ahí su nombre *ad exemplum* o también llamada cuasi pupilar.

De forma genérica ha existido una asimilación tanto a nivel legislativo como de doctrina entre la sustitución ejemplar y la sustitución pupilar. Por ello, todo lo que ha sido mencionado previamente con respecto a la sustitución pupilar es aplicable a la sustitución ejemplar. De hecho, en el apartado anterior se han ido realizando menciones a ambas sustituciones, por lo que no redundaremos en ello. Sin embargo, sería preciso realizar algunas matizaciones.

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN EL PARADIGMA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

El artículo 776 CC dice; “El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental”. Y añade, “La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”.

Si nos detenemos en lo expuesto en el propio artículo citado, la primera cuestión que nos podríamos plantear es si, efectivamente, el descendiente tiene que ser de forma obligatoria mayor de catorce años. A tenor de lo expresado en el propio artículo, la respuesta parece obviamente afirmativa. Probablemente, en la mayoría de los casos será así, pero también puede ser nombrado un sustituto para un menor de los catorce años.¹¹

Pero, probablemente, el problema más específico que plantea la sustitución ejemplar es esa exigencia que aparece en el artículo de que “haya sido declarado incapaz por enajenación mental”. En este sentido, lo que más interesaría es establecer el momento en el que la declaración de incapacidad ha de ser efectiva, es decir, o bien antes del testamento, o bien, en cualquier momento, incluso una vez otorgado el testamento. En este sentido hay dos claras posturas:

- a) Solución literalista¹². Entiende que el artículo 776 CC es claro en el hecho de que la declaración judicial de incapacidad tiene que ser un requisito previo al testamento. Fue la postura seguida en un primer momento por el Tribunal Supremo.
- b) Solución espiritualista¹³. Manifiesta una postura más flexible admitiendo que es suficiente que esa incapacidad se declare en vida del descendiente sustituido, con tal de que preceda a la efectividad de la sustitución.

Para finalizar, y siguiendo lo establecido en el artículo 776 CC, la sustitución ejemplar se extinguirá no simplemente cuando la persona que haya sido declarada incapaz recupere la razón, sino cuando, una vez recuperada la razón, otorgue testamento, ya que de no hacerlo, la sustitución realizada por el ascendiente seguirá teniendo validez. Sin

¹¹ Tras la Ley de Reforma del Código Civil de 24 de octubre de 1983, se puede incapacitar a un menor independientemente de que tenga más o menos edad de los mencionados catorce años.

¹² Puede ser observada en diferentes sentencias del Tribunal Supremo de la primera mitad del siglo XX, entre ellas mencionamos: STS de 15 de febrero de 1932 (RJ 1932, 907).

¹³ Postura que se puede observar en sentencias como: STS de 10 de junio de 1941 (1941, 745); STS de 12 de junio de 1956 (RJ 1956, 2482); y de forma más reciente STS de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4773).

embargo, Martínez Rivas¹⁴ entiende que la sustitución ejemplar debe extinguirse “*no sólo cuando el sustituido testa después de haber recobrado la razón o en un intervalo lúcido, sino también cuando recobra la razón, aunque no otorgue testamento.*”

VI. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

Se trata de una institución cuyo origen data de la época Romana y que aparece recogida en nuestro Código Civil de 1.889, a pesar de que en otros Códigos Civiles europeos (Alemania y Francia) había sido recogida con restricciones o el caso del Código Civil italiano en el que se excluyó completamente. Sin embargo, con la promulgación de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, se puede hablar de un resurgimiento de la sustitución fideicomisaria, a la que se le ha otorgado un importante papel como instrumento a la hora de proteger el patrimonio de las personas incapacitadas.

El artículo 781 CC dice que “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 a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

Como se desprende del artículo 781 CC, la sustitución fideicomisaria requiere una serie de presupuestos. En primer lugar, la voluntad del testador tiene que establecerse de forma expresa; en segundo lugar, la existencia de una pluralidad de herederos cuyo llamamiento tiene que tener un orden sucesivo. En tercer lugar, el heredero llamado en primer lugar tiene la obligación de conservar los bienes.

Con respecto a la disposición expresa en testamento, y que desarrollaremos posteriormente, es el artículo 783 CC el que recoge que los llamamientos han de ser expresos para que los mimos sean válidos.

Con respecto a la pluralidad de herederos, la sustitución fideicomisaria requiere al menos tres personas. Por un lado, el fideicomitente, es decir, la persona que ordena la sustitución fideicomisaria en el momento en el que otorga el testamento. En segundo lugar, el fiduciario, que es el primer llamado y con la obligación de conservar la

¹⁴ MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.215.

herencia y, finalmente, el fideicomisario, que es el destinatario final y llegará a ser el heredero final, ya sin ningún tipo de carga para conservar ni restituir la herencia.

Con respecto al tercer presupuesto, conservación, lo primero que podemos comentar es la palabra “encargo” que podría dar a entender una recomendación al fiduciario. Sin embargo, la mayoría de autores¹⁵ propugna que esa conservación y transmisión de los bienes es una imposición al fiduciario y no un simple encargo.

En segundo lugar, nos referiremos al término “transmitir”, ya que, en realidad, el fiduciario no transmite nada, sino que simplemente entrega o restituye la herencia al fideicomisario.

Nos estamos refiriendo a dos características de la sustitución fideicomisaria: la natural y la esencial. La natural es la obligación, ya mencionada, de conservar los bienes, si bien es cierto que el testador, de acuerdo con el artículo 783 CC, puede dispensar de ello al fiduciario, dando lugar al fideicomiso de residuo, en cuyo estudio nos centraremos posteriormente. La segunda característica, esencial, es el llamamiento plural y sucesivo cronológicamente sin el cual no hablaríamos de sustitución fideicomisaria.¹⁶

1. LÍMITES EN LOS LLAMAMIENTOS

La Ley ha previsto tres límites para la validez de la sustitución fideicomisaria a fin de evitar que a través de estas disposiciones los bienes no tuvieran libre circulación de forma indefinida y llegaran a convertirse en vinculaciones, por ejemplo, de carácter perpetuo.

- El primero, que ya ha sido mencionado, es el hecho de que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria tienen que ser expresos tal y como queda recogido en el artículo 783 CC. “Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos”.

¹⁵ Entre otros DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pág. 97.

¹⁶ Estos requisitos esenciales de la sustitución fideicomisaria quedan ratificados por la STS de 13 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 4677) cuando dice: “La sustitución fideicomisaria, en virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar los bienes o cosa legada, para entregarlas, a su fallecimiento, a otra u otras personas designadas por él mismo, precisa como requisitos esenciales para su existencia y efectividad: 1º) una doble o múltiple vocación hereditaria consignada de forma expresa e inequívoca en el testamento, 2º) gravamen impuesto al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitados al llamado en segundo lugar a la sucesión, según exige el art. 781 CC; 3º) establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado por el sustituido en primer lugar y el sustituto, de forma que venga uno después del otro en trance de continuidad sucesoria...”

Además, el artículo 785 CC especifica que no surtirán efecto los casos en los que “no se hagan de una forma expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero”. Con respecto a los llamamientos, éstos han de ser sucesivos a favor de personas que cuando muera el testador estén vivas. En este sentido, no hay un límite al número de fideicomisarios que puedan llegar a serlo ya que al tener que estar vivos a la muerte del testador no va a haber una prolongación excesiva de la vinculación de los bienes.

- Lo que ha suscitado una mayor controversia en este tema son las palabras del artículo 781 CC: “... serán válidas y surtirán efectos siempre que no pasen del segundo grado”. Para Díez Picazo¹⁷ queda claro que con esta expresión el legislador regula a favor de personas que no viven cuando fallece el testador, ya que las que vivan en el momento de su muerte, ya han sido objeto de atención por el testador previamente. Así, la expresión “segundo grado” habría que entenderla como contrapuesta a “personas que vivieran a la muerte del testador”. Sin embargo, a pesar de esta aclaración, tendríamos que plantearnos el significado de la palabra “grado”. Hasta alcanzar la interpretación actualmente admitida de forma genérica, ha habido diferentes opiniones. Efectivamente, en un principio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo interpretó como grado de parentesco o “generación” ya que de acuerdo con el artículo 915 CC “...cada generación forma un grado”. Por ello, la sustitución fideicomisaria sería válida si los llamamientos no pasasen del segundo grado del testador. Actualmente la palabra “grado” se entiende como “llamamiento” o “segunda institución” y no estarían limitados al ámbito familiar.¹⁸ Debe quedar claro que cuando se habla de llamamientos se ha de entender que se trata de llamamientos efectivos. Por lo tanto, el hecho de que las sustituciones no pasen el segundo grado, quiere decir que no se admitirán más de dos llamamientos sucesivos de personas que ya no

¹⁷ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pág. 98.

¹⁸ Este significado aparece recogido en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, siendo una reciente la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7983).

vivan cuando se abre la sucesión del testador. La palabra grado haría referencia, exclusivamente, a los sustitutos y no incluiría al fiduciario, por lo cual, la llamada al fiduciario no va a agotar ninguno de los dos llamamientos, ya que el fiduciario es un instituido, no un sustituto. La pregunta que surge en este tema es qué ocurre si se traspasan estos límites impuestos por el artículo 781 CC. Para ello, nos debemos remitir al artículo 786 CC cuando dice: “La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.” Es decir, únicamente serán considerados nulos los llamamientos que excedan de los permitidos, pero se mantendría la validez de lo demás.

- En tercer lugar, el artículo 782 CC recoge que “las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.”

2. CLASES DE SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Son dos los tipos de sustituciones fideicomisarias que podemos distinguir:

- Sustitución fideicomisaria a término. Seguimos el artículo 784 CC al decir: “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”. Como vemos, en este tipo de institución se establece un plazo, al término del cual se producirá la entrega de los bienes. Ese término suspende la ejecución o efectividad, pero nunca la adquisición. Efectivamente, como queda reflejado en el propio artículo, el derecho del fideicomisario es definitivo desde la muerte del testador y aunque falleciera antes de que se cumpliera ese plazo, transmite ese derecho a sus herederos.
- Sustitución fideicomisaria condicional. La sustitución fideicomisaria es condicional si esa entrega de bienes depende del cumplimiento de un

hecho y, por lo tanto, no existirían derechos hasta que esa condición se cumpliera. Siendo así, si muriese antes del cumplimiento de la condición no transmitiría a sus herederos, aplicándose, así, el artículo 759 CC.

3. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Para hablar de los efectos de la sustitución fideicomisaria es necesario distinguir entre la posición jurídica del fiduciario y la posición del fideicomisario.

Con respecto a la posición del fiduciario hemos de partir del hecho de que se trata de un verdadero heredero. Esto quiere decir que es propietario de los bienes que están sujetos a la sustitución. No obstante, el ser propietario tiene un carácter temporal, bien hasta el momento que llegue el plazo para la restitución, o condicional si se tiene que cumplir un evento para que se produzca la restitución. Aunque sea propietario, como hemos dicho, debido a la obligación de conservar y posteriormente transmitir, hay una clara limitación en lo que se refiere a la posibilidad de disposición sobre los bienes fideicomitidos. Efectivamente, el artículo 783 CC en su párrafo 2º obliga al fiduciario a entregar la herencia al fideicomiso “sin otras deducciones que las que les correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa.” Por lo tanto, lo que el fiduciario tiene que restituir es la herencia en sí, mientras que los frutos son de su propiedad. Esto quiere decir que tiene la facultad de mejorar. Igualmente, aquellos gastos que fuesen legítimos (quedarían incluidos gastos extraordinarios de conservación de los propios bienes y aquellos impuestos que graven el capital) y créditos (los que tuviera el fiduciario con el causante) tendrían que ser reintegrados al fiduciario. Con respecto a las obligaciones del fiduciario hasta el momento en que se haga entrega de los bienes, debe hacerse cargo de los gastos ordinarios ya que se derivan del propio uso y disfrute en su beneficio y, llegado el caso, deberá hacerse cargo de los daños o posibles deterioros por negligencia.

Al referirnos a la posición del fideicomisario, el principal problema que se plantea es determinar en qué momento éste adquiere el derecho de la sucesión. Para ello, hemos de volver al artículo 784 CC y distinguir dos supuestos distintos que concuerdan con los dos tipos de sustituciones fideicomisarias que ya han sido expuestas. Así, en la sustitución fideicomisaria a término tendrá lugar en el momento de la apertura de la sucesión, es decir, desde la muerte del fideicomitente. Este es el momento en el que se puede aceptar o repudiar la herencia debido a que hay una seguridad de que la

sustitución va a tener lugar. Sin embargo, en las sustituciones fideicomisarias condicionales tiene que cumplirse la condición para que se pueda hablar del derecho a la herencia. Como ya se ha comentado, en estos casos no sería aplicable el artículo 784 CC, sino el artículo 759 CC, en el que se especifica que si el heredero muere antes de que se cumpla la condición, no transmitirá derecho alguno a sus herederos.

4. EXTINCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

En lo que se refiere a la extinción de la sustitución fideicomisaria, y dejando a un lado las causas genéricas que invalidan el testamento, se producirá en el momento en el que tengan que restituirse los bienes al fideicomisario. También se extinguirá en aquellos casos en los que el fideicomisario no pueda o no quiera heredar. Igualmente, si todos los fideicomisarios han fallecido antes que el testador o, en los casos condicionales, si los fideicomisarios fallecen antes de que se vea cumplida la condición quedará extinguida la sustitución fideicomisaria.

Pero qué pasa cuando el fiduciario no puede o no quiere heredar. Nos estamos refiriendo al hecho de si la sustitución fideicomisaria implica la sustitución vulgar, cuestión que ha suscitado numerosas dudas. Lo que nos planteamos es qué sucedería en el caso de que el fiduciario no llegara a heredar, independientemente del motivo, ya sea por renuncia o por morir antes que el testador. Si, efectivamente, llegado el caso, el fideicomisario se convertiría en heredero de forma directa o si, por el contrario, quienes tendrían que heredar serían los herederos intestados del fiduciario.

Lógicamente, en el caso de que esta posibilidad se hubiera previsto en el testamento y se nombrara de forma expresa al fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario, la cuestión estaría resuelta. Sin embargo, sí existiría un problema en el caso de que esta situación no hubiese sido prevista por el testador y hubiera hecho de forma exclusiva el nombramiento del sustituto fideicomisario.

Albaladejo García¹⁹ afirma que la sustitución fideicomisaria *“implica o supone o contiene o hace presumir la vulgar, lo que significa que, por la razón que sea, se entiende que, en defecto del instituido fiduciario, el fideicomisario resulta llamado directamente a la herencia.”* Igualmente, continúa su razonamiento el citado autor

¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA *Curso de Derecho Civil. V, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2013, págs.. 173 y 176.

diciendo *“Pero yo creo –y en la misma línea, más o menos explícitamente, están varios autores– que es que la sustitución fideicomisaria contiene a la vulgar, en el sentido de que siendo más que ésta, en su propio modo de ser ya lleva el llamamiento a favor del fideicomisario para que suceda en puesto del fiduciario, si éste no hereda. Es decir, no se trata de que dentro de la sustitución fideicomisaria haya una vulgar, sino de que la vulgar es llamamiento del sustituto para un caso, el de que no sea heredero el instituido...”*

Del mismo modo lo considera Ossorio Morales²⁰ cuando dice: *“Si se trata de una simple sustitución fideicomisaria, no cabe duda de que ha de resultar más acorde con la voluntad presunta del causante que, en defecto del primer llamado, se atribuyan los bienes al fideicomisario, a cuyo favor dispuso aquél con preferencia a los herederos con derecho de acrecer y a los herederos abintestato. Con buena lógica cabe razonar que si el testador, aun viviendo el primer instituido, ha querido que en último término sus bienes sean para el sustituto, excluyendo a otras personas, no puede haber querido que por el hecho de no poder los bienes ir a parar a primer beneficiario, resulte también sin efecto el llamamiento de aquel a quien fue su propósito destinar en definitiva sus bienes. Para entenderlo así sería necesario que esa voluntad constara. En puridad el problema se resuelve, pues, en una quaestio voluntatis, de indagación en cada caso concreto de la voluntad real del testador, que es la norma básica que rige toda la sucesión testada”.*

También Díez Picazo y Gullón²¹ afirman: *“Parece más coherente con la voluntad del testador sostener que en la sustitución fideicomisaria existe implícitamente una sustitución vulgar, antes que llamar a sus herederos abintestato para que ocupen la posición jurídica del fiduciario”.*

Como vemos, de forma dominante la doctrina entiende que la sustitución fideicomisaria lleva implícita la sustitución vulgar. Uno de los motivos principales para ello es el hecho de que el testador cuando realiza una sustitución fideicomisaria, designa a una persona a la que finalmente llegarán los bienes, el fideicomisario. Por lo tanto, lo lógico sería que el fideicomisario heredase una vez falleciese el fiduciario, siguiendo, así, la voluntad del testador. En el caso de que el fiduciario no heredase por cualquiera de los

²⁰ OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1.957, págs.. 296 y 297.

²¹ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pág. 104.

motivos expuestos previamente, los bienes deberían pasar al fideicomisario antes de que esa sucesión correspondiera al sucesor intestado.

VII. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

El fideicomiso de residuo es la disposición a través de la cual se instituye heredero o, en su caso, legatario, fiduciario a una persona a la que no se le va a exigir el deber de conservar la herencia. Es decir, el testador dispensa, ya sea en toda la herencia o bien en una parte de la misma, al fiduciario de esa obligación que veíamos en la sustitución fideicomisaria de conservar la herencia.

Esto implica que el fiduciario va a tener la potestad de disponer de los bienes hereditarios, bien en su totalidad, o bien en parte, siempre dentro de los límites establecidos por el testador. Así, cuando llegue el momento de que el fideicomisario tenga que recibir los bienes, únicamente va a recibir los bienes que queden y que el fiduciario no haya dispuesto. Obviamente, puede darse el caso de que el fideicomisario no llegue a recibir ningún bien si el fiduciario ha dispuesto de todos ellos si, efectivamente, así le fue concedido por el testador. Como vemos, el nombre de esta sustitución procede, precisamente, de ese resto o residuo que puede llegar al fideicomisario.

Con referencia a la facultad de disponer, el fiduciario puede disponer de los bienes mediante actos *inter vivos*, y si lo establece de forma expresa el testador, podrá realizar, igualmente, actos de disposición *mortis causa*. Así lo recoge la STS de 13 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3694) cuando afirma: “*las cláusulas testamentarias que pura y simplemente autoricen al fiduciario a disponer de los bienes heredados del testador por actos inter vivos, sin más especificaciones, deben interpretarse como comprensivas únicamente de los actos de disposición a título oneroso, ya que para entender autorizados también los actos de disposición a título gratuito es necesario que el testamento lo declare expresamente.*” De igual forma queda recogido en la Resolución de la DGRN de 9 de junio de 2015 (RJ 2015, 3621) al afirmar: “*...al determinar el alcance de la facultad dispositiva concedida al fiduciario, enseguida se alcanza a comprender que se refiere sólo a actos inter vivos, dado el llamamiento sucesivo, si bien el nudo gordiano de la cuestión no es otro que determinar si esa facultad dispositiva permite únicamente realizar actos a título oneroso o también ampara las*

disposiciones a título gratuito (...) ya que para entender autorizados también los actos de disposición a título gratuito es necesario que el testamento lo declare expresamente.”

En el caso de que el fiduciario tenga concedida la facultad de disposición *mortis causa*, estaríamos ante una sustitución que recibe el nombre de preventiva de residuo. Como dice Costas Rodal²²: “... la sustitución recibe el nombre de preventiva de residuo. El fideicomisario sólo recibirá los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto en testamento. Si se concede la facultad de disposición *mortis causa* debe entenderse concedida la facultad de disponer *inter vivos* a título gratuito...”

Entendemos pertinente, y sin entrar en mayor profundidad, aclarar desde el punto de vista terminológico, que al hablar de fideicomiso de residuo, nos referimos, por brevedad, a sustitución fideicomisaria de residuo, es decir, cuando usamos el término “fideicomiso” no lo hacemos con el significado de “encargo hecho a una persona”, en cuyo caso no estaríamos hablando de un heredero real; caso que no formaría parte de nuestro trabajo.

1. ¿ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA?

Se trata de una de las cuestiones más controvertidas, existiendo disparidad de criterios y posturas distintas entre la doctrina, como iremos desarrollando, y la jurisprudencia con la posición del Tribunal Supremo.

Martínez Rivas²³ afirma que “la sustitución de residuo es una sustitución fideicomisaria, ya que el deber de conservar la herencia no pertenece a la esencia de la institución, si bien mientras no conste una voluntad contraria que dispense de conservar, debe entenderse que la sustitución encierra el deber de hacerlo.” De acuerdo con esta opinión, lo esencial es el orden sucesivo, en definitiva, que la herencia se difiera, en primer lugar, al fiduciario, y posteriormente, al fideicomisario.

Esta es la idea admitida hoy en día de forma generalizada, si bien es cierto que diferentes sentencias del Tribunal Supremo han reiterado una postura contraria, considerando, por lo tanto, que la sustitución fideicomisaria de residuo no quedaría

²² COSTAS RODAL, “La sustitución fideicomisaria. Especial Referencia al fideicomiso de residuo.” Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 11. 2011, págs.. 25-34.

²³ MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.272

englobada en las sustituciones fideicomisarias.²⁴ Para ello, el Tribunal Supremo se basaba en la idea de que al no existir la obligación de conservar en la sustitución fideicomisaria de residuo, era imposible verla como una auténtica sustitución fideicomisaria. Como afirma Martínez Rivas²⁵ se trata de un tema en el que se han tomado ideas del derecho extranjero, de determinados países en los que no se admite la figura de la sustitución fideicomisaria y sí se justifica la existencia de las sustituciones de residuo basándose, precisamente en que no son sustituciones fideicomisarias. Sin embargo, este no es el caso español y, si admitimos, como así lo hace nuestro Derecho, las sustituciones fideicomisarias, ese criterio no tiene mucho recorrido.

Como hemos mencionado, la consideración, sin ningún tipo de duda, del fideicomiso de residuo como sustitución fideicomisaria, es la postura ampliamente admitida. Efectivamente, así han opinado diferentes autores, entre los que destacamos la opinión de Albaladejo.²⁶ Y en este mismo sentido ha ido evolucionando la jurisprudencia también, sobre todo a partir de la Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2.003 (RJ 2003, 6279) en la que se afirma “... *el llamamiento al residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria...*” En esta misma idea vuelve a insistir la DGRN con la Resolución de 27 de octubre de 2.004 (RJ 2004, 7808) al afirmar “... *la conclusión más conforme con la literalidad del artículo 783 del Código Civil es la de considerar, con la doctrina científica, que el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria modalizada porque el fiduciario puede disponer de los bienes en los términos que le haya autorizado el testador...*”

Con posterioridad a estas Resoluciones, será el propio Tribunal Supremo en la STS de 7 de noviembre de 2.008 (RJ 2008, 7696) el que argumente que “... *el fideicomiso de residuo aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias (aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario) al permitir el artículo 783 del Código Civil que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia...*”

²⁴ Nos referimos a sentencias como: STS de 13 de febrero de 1.943 (RJ 1943, 134); STS de 13 de noviembre de 1.948 (RJ 1948, 1270); STS de 1 de diciembre de 1951 (RJ 1951, 2617); STS de 20 de octubre de 1962 (RJ 1962, 3980), que entre otras han insistido en que “*el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria, por apreciarse en uno y otra diversas diferencias...*”

²⁵ MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.272

²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, *Manual de Derecho de familia y Sucesiones*, Barcelona, 1.974, página 278.

Probablemente, la sentencia que de forma más nítida denota esta visión, al considerar el orden sucesivo de llamamientos como esencia de la sustitución fideicomisaria, y que esta característica esencial queda patente en la sustitución fideicomisaria de residuo es la STS de 6 de junio de 2.014 (RJ 2014, 3127) cuando dice “...*la esencia del fideicomiso es el ordo sucessivus, el nombramiento de un preheredero y, sucesivamente de un postheredero pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos en la medida que haya ordenado el testador...*”

Con estas Sentencias que acabamos de comentar, el Tribunal Supremo se posiciona al lado de la postura dominante en la doctrina, entendiendo que el artículo 783 CC en su párrafo segundo, al permitir que el testador pueda dispensar al fiduciario de la obligación de devolver el todo de la herencia, engloba las sustituciones fideicomisarias de residuo dentro de las sustituciones fideicomisarias. Dicho de otra forma, la obligación de conservar no sería algo esencial en la sustitución fideicomisaria, sino únicamente el orden sucesivo de herederos y la consiguiente pluralidad de llamamientos.

2. CLASES DE SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS DE RESIDUO

En diferentes sentencias del Tribunal Supremo²⁷ se recoge que el fideicomiso de residuo puede tener dos modalidades distintas dependiendo, fundamentalmente, de la intención del testador:

- El primer supuesto sería la situación en la que el testador dispone que el fiduciario pueda disponer de los bienes con total libertad. En este caso, los fideicomisarios recibirían, llegado el caso, lo que quede o reste, si es que queda algo de la herencia. Este primer supuesto recibe el nombre de *si aliquid supererit*, si queda algo.
- El segundo supuesto sería la situación en la que el testador obliga al fiduciario, restringiendo su facultad para disponer, a conservar parte de la herencia. De esta forma, los fideicomisarios van a recibir una parte, por

²⁷ Así lo recoge la STS de 7 de enero de 1.959 (RJ 1959, 119) o la STS de 25 de mayo de 1.971 (RJ 1971, 357) en la que se reitera que “... *en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades...*” O en Sentencias más recientes como la STS de 6 de febrero de 2.002 (RJ 2002, 993) o la STS de 22 de junio de 2.010 (RJ 2010, 4900)

mínima que sea, por voluntad del testador. Esta segunda variante recibe el nombre de *de eo quod supererit*, de aquello que deba quedar.

A pesar de las diferencias que puedan existir entre las dos modalidades, no podemos hablar de dos tipos distintos de fideicomiso de residuo; ambas tienen la misma naturaleza con la misma regulación.

Por lo tanto, estaríamos ante dos variantes. Como afirma Martínez Rivas²⁸ “*la diferencia no estaría entre fideicomiso de eo quod supererit y fideicomiso de si aliquid supererit, sino sobre el fideicomiso en lo que atañe a la parte de que se puede disponer, y en lo que atañe a la que no se puede. En aquel sector sería fideicomiso de residuo, en ésta sería fideicomiso normal; es decir, con deber de conservar. Luego el fideicomiso de si aliquid supererit sería realmente por entero un fideicomiso de residuo, y el de de eo quod supererit sería una sustitución fideicomisaria normal, en la parte indisponible, y un fideicomiso de si aliquid en la parte disponible.*”

3. ¿A TÉRMINO O CONDICIONAL?

Entendiendo que la sustitución de residuo es una auténtica sustitución fideicomisaria, nos centramos en analizar si hemos de entenderla a término o condicional. Efectivamente, dependiendo de la respuesta, tendremos unas consecuencias distintas.

Hemos comentado que lo que realmente hace distinta a la sustitución fideicomisaria de residuo de la ordinaria es esa incertidumbre sobre los bienes que pueda recibir el fideicomisario, dependiendo este hecho de lo dispuesto por el testador con respecto a las facultades de disposición por parte del fiduciario y, lógicamente, de la disposición que el fiduciario realice de ellas.

Si se considera que se trata de una sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario únicamente llegará a adquirir el derecho a la sustitución si se cumple la condición. Por ello, si muriese antes de que esa condición se cumpliera, no adquiriría ese derecho ni lo transmitiría a sus herederos.

Si por el contrario, se considera que la sustitución fideicomisario de residuo es una sustitución a término, el derecho a la sustitución sería adquirido por el fideicomisario desde el mismo momento de la muerte del testador, transmitiéndolo desde ese mismo

²⁸ MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, op. cit., pág. 1.274.

momento a sus herederos, como queda recogido en el artículo 784 CC. El hecho de que el fiduciario pueda disponer afecta al *quantum*, es decir, a la cantidad de bienes, pero no a la titularidad que tienen los fideicomisarios.

Para abordar el estudio de este apartado nos vamos a centrar en las posturas que el Tribunal Supremo ha manifestado en diferentes sentencias. Así, podemos distinguir dos posturas:

- a) Posición a favor de la condicionalidad del fideicomiso de residuo. Esta es la postura que ha reiterado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias. Únicamente a título ilustrativo, mencionamos la STS de 13 de noviembre de 1.948 (RJ 1948, 1270); STS de 22 de diciembre de 1.961 (RJ 1961, 4485); STS de 29 de enero de 1.962 (RJ 1962, 605); y centrándonos en una más reciente la STS de 22 de julio de 1.994 (RJ 1994, 6578), en la que, efectivamente, podemos leer “... *el fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento...*”
- b) Posición a favor de la no condicionalidad del fideicomiso de residuo. El Tribunal Supremo ha ido modificando su orientación inicial y prácticamente ha dejado a un lado la idea de la condicionalidad del fideicomiso de residuo. Esta postura la podemos observar en diferentes sentencias: STS de 30 de marzo de 1.955 (RJ 1955, 1123); STS de 5 de julio de 1.966 (RJ 1966, 3671); STS de 25 de abril de 1.983 (RJ 1983, 2122), en la que podemos leer “... *los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados... lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo...*” En este sentido, destacamos el contenido de la STS de 30 de octubre de 2.012 (RJ 2013, 2274) en la que se afirma “... *el fideicomiso de residuo si aliquid supererit se integra en la estructura y generalidad que presenta la institución de herederos ... el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador...*” Estas palabras aclaran el controvertido tema que

estamos estudiando sobre la condicionalidad. Efectivamente, de acuerdo con ellas, el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* no es una sustitución condicional, ya que el hecho de dejar lo que pudiera quedar no hace que el llamamiento sea condicional. Es decir, el derecho adquirido por el fideicomisario, lo es desde que se produce la muerte del testador. Además, el fiduciario no es transmitente de ningún derecho, ya que los fideicomisarios heredan directamente del testador, por eso, tienen la condición de heredero.

Como hemos visto, la postura mayoritaria en la actualidad es la que aboga por la no condicionalidad, es decir, el fideicomiso de residuo no está sometido a la condición de que queden bienes cuando muere el fiduciario. Por lo tanto, se trata de una sustitución pura en la que el fideicomisario, como hemos visto, adquiere su derecho desde que se produce la muerte del testador y desde ese momento puede transmitirlo, incluso si muriese antes que el fiduciario.

4. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO, ¿IMPLICA LA VULGAR?

Al plantearnos si la sustitución fideicomisaria de residuo implica la sustitución vulgar, tal y como ya hicimos con la sustitución fideicomisaria, lo que nos planteamos es si al no heredar el fiduciario, quien hereda directamente es el fideicomisario. En este sentido, una primera postura es la que entiende que la sustitución fideicomisaria de residuo no engloba la sustitución vulgar, tal y como ocurre en la sustitución fideicomisaria, y efectivamente, son varias las sentencias del Tribunal Supremo²⁹ que así lo recogen. Ello debido, fundamentalmente, a la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo defendida por el Tribunal Supremo en esos años, entendiendo que el fideicomisario únicamente sería heredero una vez cumplida la condición suspensiva.

Frente a esta postura del Tribunal Supremo, diferentes autores se posicionan de forma distinta. Díaz Alabart³⁰ afirma “... *el fideicomiso de residuo, como una institución fideicomisaria más que es, engloba la sustitución vulgar, y no sólo para caso de*

²⁹ Nos referimos a sentencias como: STS de 13 de febrero de 1.943 (RJ 1943, 134); STS de 28 de junio de 1.947 (RJ 1947, 920); STS de 13 de noviembre de 1.948 (RJ 1948, 1270); STS de 21 de noviembre de 1.956 (RJ 1956, 3830). Todas estas sentencias dictadas en un contexto en el que la visión del TS, como hemos visto, reivindicaba la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo.

³⁰ DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*, Barcelona, 1.981, página 185.

premorienza del fiduciario al causante, sino también para cualquier otro, como de repudiación, etc.”

De igual forma, la Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2.003 (RJ 2003, 6279) afirma que la sustitución fideicomisaria de residuo implica la vulgar cuando dice “...la realidad de las cosas lleva a concluir que entender que el fideicomisario de residuo no implica la sustitución vulgar lleva a resultados no deseados por el testador que denomina herederos fideicomisarios a los llamados al residuo.”

Un año después, con la Resolución de la DGRN de 27 de octubre de 2.004 (RJ 2004, 7808), se vuelve a insistir en esta idea con dos razones importantes que justifican que la sustitución fideicomisaria de residuo implique la vulgar:

- 1.- Se descarta la presunción de que en las sustituciones fideicomisarias de residuo en las que al premorir el fiduciario hay que abrir la sucesión intestada.
- 2.- Si el testador no ha manifestado que su intención fuese abrir la sucesión intestada, se debe entender que su intención fue que el fideicomisario de residuo fuese su heredero.

5. EL LÍMITE DEL SEGUNDO GRADO

Como ya vimos al estudiar la sustitución fideicomisaria, el artículo 781 CC expresa un límite cuando dice “...serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado...” Precisamente lo que nos planteamos en este momento es si ese límite del segundo grado afecta de igual forma a la sustitución fideicomisaria de residuo.

Una vez más nos encontramos con dos posturas distintas. Una primera postura entiende que esa limitación al segundo grado que veíamos en la sustitución fideicomisaria existe también en la de residuo. Entre los diferentes autores que se han posicionado en este sentido, mencionamos a Ossorio Morales³¹, quien afirmaba que “... como en los casos usuales de disposiciones de de eo quod supererit, a menos que el testador ordene expresamente otra cosa, esa autorización para disponer no debe entenderse referida más que a las enajenaciones que se realicen por actos inter vivos, pero no a las mortis causa, siempre resultan afectadas por una prohibición de disponer por acto de última

³¹ OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, op. cit., pág. 385.

voluntad, lo cual basta para justificar la limitación impuesta por el artículo 781 del Código Civil.”

Frente a esta postura, existe una corriente que entiende que lo dispuesto en el artículo 781 CC únicamente alcanza a las sustituciones en las que se encarga al heredero que conserve y transmita los bienes y que no estarían incluidas las que, por el contrario, no contemplan ese deber de conservar.

En este sentido se posiciona Díaz Alabart³² cuando dice “... *me inclino por la inexistencia del límite del segundo grado para los fideicomisarios de residuo en que exista total libertad de disponer...*” argumentando que el artículo 781 CC únicamente limita al segundo grado los fideicomisos que tienen el deber de conservar. En el fideicomiso de residuo no existe el peligro de sustraer los bienes al tráfico con libertad, por lo tanto no debe afectarle una prohibición que busca, precisamente, evitar que los bienes no tengan esa libre circulación.

6. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y EL USUFRUCTO CON LIBERTAD DE DISPONER.

El usufructo con facultad de disponer está contemplado en el artículo 787 CC cuando dice: “La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de una herencia, y a otro el usufructo, será válida.” Efectivamente, podemos encontrar que el testador ha concedido en su testamento al usufructuario la posibilidad de disponer de los bienes. Por ello, creemos importante establecer una clara distinción entre el fideicomiso de residuo y el usufructo con libertad de disponer ya que si bien son figuras distintas desde el punto de vista teórico, es cierto que en la práctica lo que buscan los testadores es similar.

En el fideicomiso de residuo lo que tenemos es un dueño de la herencia, el fiduciario, que es dueño de la misma desde el momento de la muerte del testador y con posterioridad los bienes pasarán al fideicomisario. Por el contrario, en el usufructo con libertad de disponer hay un único heredero, que lo es desde la muerte del testador, dueño de la herencia, es decir, el nudo propietario, y mientras el usufructuario esté vivo puede disfrutar de la herencia, pero esa herencia no es suya aunque pueda disponer de los bienes.

³² DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*, op. cit., págs.. 235 y 236.

Como vemos, el parecido reside en el hecho de que tanto el fiduciario como el usufructuario tienen la libertad de disponer de la herencia o de parte de ella, dependiendo del alcance del usufructo y del tipo de sustitución fideicomisaria de residuo. Sin embargo, como hemos comentado, esa similitud no oculta dos diferencias importantísimas entre ambas figuras. En primer lugar, el testador puede asignar un usufructo con la facultad de disponer a favor del usufructuario para determinados casos, el más frecuente es el de necesidad, pero la nuda propiedad es asignada a otra persona, es decir, el usufructuario tiene un derecho a disfrutar de algo que no es suyo y la facultad de disponer de ciertos bienes; al contrario, el fiduciario de residuo es auténtico propietario de los bienes de los que puede disponer. En segundo lugar, lo que nos encontramos en el usufructo con libertad de disponer es dos llamamientos simultáneos, mientras que en el fideicomiso de residuo lo que nos encontramos son llamamientos sucesivos y titularidades sucesivas.

VIII. CONCLUSIÓN

Al abordar el estudio de la sustitución fideicomisaria de residuo, lo hemos realizado centrando el trabajo, por un lado, en la regulación de la propia institución y el lugar que ocupa en el conjunto de las sustituciones hereditarias, de ahí la necesidad de realizar un estudio previo de las diferentes sustituciones previstas en nuestro Código Civil y en especial, de la sustitución fideicomisaria. En segundo lugar, nuestro trabajo se ha centrado en los problemas específicos de la sustitución fideicomisaria de residuo, con las diferentes controversias suscitadas a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Para abordar esas controversias nos hemos planteado una serie de cuestiones a las que hemos ido dando respuesta basándonos en la doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como en diferentes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La primera cuestión tratada ha sido plantearnos si la sustitución fideicomisaria de residuo queda englobada en la sustitución fideicomisaria o, si al contrario, se trata de una figura aparte. Esta es, probablemente, una de las cuestiones más controvertidas y en la que hemos encontrado una mayor disparidad de criterios. Como hemos visto, diferentes sentencias del Tribunal Supremo han considerado que la sustitución fideicomisaria de residuo no quedaría englobada en las sustituciones fideicomisarias al

entender que si no existe la obligación de conservar en la institución fideicomisaria de residuo, sería imposible considerarla una auténtica sustitución fideicomisaria. Frente a esta postura inicial, sentencias más recientes del propio Tribunal Supremo, y de acuerdo con la posición generalizada de la doctrina, se posicionan en sentido contrario, considerando que, efectivamente, se trata de una sustitución fideicomisaria al entender que la obligación de conservar no sería algo esencial en la sustitución fideicomisaria y, por lo tanto, lo que sería esencial es el orden sucesivo de herederos y la consiguiente pluralidad de herederos.

Una vez aclarada la primera cuestión y asumiendo que la sustitución de residuo es una auténtica sustitución fideicomisaria, nos hemos planteado si deberíamos entenderla como condicional, o bien a término. Se trata de una cuestión clave, ya que dependiendo de la respuesta, tendríamos unas consecuencias distintas. Así, si admitiéramos que se trata de una sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario sólo llegaría a adquirir el derecho a la sustitución si se cumple la condición, lo cual implicaría que hasta que no se cumpla esa condición no tendría adquirido ese derecho, lo cual, a su vez, implicaría que no lo transmitiría a sus herederos. Esta era la postura inicialmente defendida en diferentes sentencias del Tribunal Supremo. Sin embargo, esa orientación ha ido siendo modificada y en sentencias más recientes el propio Tribunal Supremo se ha decantado por la no condicionalidad del fideicomiso de residuo. De acuerdo con estas sentencias, el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* no es una sustitución condicional, puesto que el hecho de dejar lo que pudiera quedar no hace que el llamamiento sea condicional. De esta forma, el derecho adquirido por el fideicomisario lo es desde el mismo momento en el que se produce la muerte del testador. En este sentido, recordemos que el fiduciario no es transmitente de ningún derecho ya que los fideicomisarios heredan directamente del testador y, por ello, tienen la condición de herederos.

La siguiente cuestión planteada ha sido si la sustitución fideicomisaria de residuo implica la sustitución vulgar, es decir, nos preguntamos si al no heredar el fiduciario, quien hereda directamente es el fideicomisario. Una vez más, para dar respuesta a esta cuestión nos encontramos con dos posturas opuestas. Efectivamente, en un primer momento diferentes sentencias del Tribunal Supremo consideraron que la sustitución fideicomisaria de residuo no englobaba la sustitución vulgar. Sin embargo, tal y como

hemos desarrollado, esta postura se debía, fundamentalmente, al hecho de defender la condicionalidad de la institución en ese momento, entendiendo que el fideicomisario llegaría a ser heredero si se cumplía la condición suspensiva. Una vez superada esa postura condicionalista de la institución, la postura más extendida tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia, y así recogido en diferentes sentencias más recientes del Tribunal Supremo, es que el fideicomiso de residuo al ser una institución fideicomisaria implica la sustitución vulgar y, de hecho, considera que entender que no implicara la sustitución vulgar, podría conducir a resultados no deseados por el testador, cuya intención fue que el fideicomisario de residuo fuese su heredero.

La última cuestión que nos hemos planteado, y que también ha suscitado controversia, es el límite del segundo grado del artículo 781 CC. Volvemos a constatar en este tema la existencia de dos opiniones. En primer lugar, esa limitación del segundo grado que está presente en la sustitución fideicomisaria ha sido justificada por algunos autores también en el fideicomiso de residuo. Pero frente a esa postura, hay una corriente que entiende que la limitación del segundo grado únicamente alcanza a aquellas sustituciones en las que existe el encargo de conservar los bienes para su posterior transmisión. Es decir, si la limitación del segundo grado lo que persigue es evitar que los bienes no tengan una libertad de circulación, en el fideicomiso de residuo en el que exista total libertad de disponer, no existe ese peligro de sustraer los bienes al tráfico con libertad, por lo que no ha de afectarle la limitación del segundo grado.

Como vemos, al igual que el fiduciario en la sustitución fideicomisaria, el fiduciario de residuo es un heredero que tiene una peculiaridad; el hecho de que exista un segundo llamamiento. El fiduciario tiene la facultad de disfrute de los bienes y de los posibles frutos que haya percibido o devengado. Igualmente, el fiduciario es dueño de los bienes con amplias facultades a la hora de disponer de los mismos y si no existiera esa posibilidad de disponer por parte del fiduciario, no podríamos hablar de residuo. El fiduciario, únicamente estará sometido en esa posibilidad de disponer a lo que el testador haya manifestado, pudiendo establecer libremente limitaciones a esa posibilidad de disponer por parte del fiduciario. Así, el fideicomisario podrá recibir una serie de bienes que el fiduciario no haya dispuesto.

La sustitución fideicomisaria de residuo es una institución plenamente vigente, no únicamente por su interés teórico que quedaría avalado por el gran número de

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN EL PARADIGMA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

Sentencias del Tribunal Supremo y las diferentes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la han tratado, sino porque, probablemente, es la sustitución fideicomisaria más importante que existe debido, principalmente, a dos razones; en primer lugar, por ser más frecuente, en la práctica, que la propia sustitución fideicomisaria y, en segundo lugar, por los problemas prácticos que puede resolver en la práctica sucesoria. Para concluir y haciendo referencia a esa importancia y a los problemas prácticos que puede resolver, mencionamos dos supuestos en los que, efectivamente, la sustitución fideicomisaria de residuo tiene un uso práctico. En primer lugar, el fideicomiso de residuo es una institución con gran interés para garantizar cierta protección tanto personal como patrimonial para familiares con discapacidad, ya que aporta cierta flexibilización que permite adaptarse a las sucesivas necesidades de una persona con discapacidad. Se trata, pues, de una auténtica alternativa para las personas con discapacidad. En segundo lugar, el fideicomiso de residuo suele ser usado por personas casadas que no tienen hijos, y que manifiestan su deseo de que sus bienes pasen al cónyuge tras su fallecimiento, a quien se le va a permitir disponer de ellos, pero al mismo tiempo quieren que una vez fallezca el cónyuge, los bienes de los que no haya dispuesto pasen a su familia y no a la familia de su cónyuge.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983.

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil*. V, Derecho de Sucesiones. Décima Edición. Editorial Edisofer. Madrid, 2013.

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Manual de derecho de familia y sucesiones*, Ed. Hijos de José Bosch, Barcelona, 1.974.

BADOSA COLL, F. *Memoria de Derecho Civil*. Marcial Pons, Madrid, 2020.

CÁMARA LAPUENTE, S. “Comentario al art. 781 del Código Civil.” *Código Civil Comentado*. Volumen II. Editorial Civitas, SA, Madrid, 2016.

COSTAS RODAL, L. “La sustitución fideicomisaria. Especial Referencia al fideicomiso de residuo.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 11*. Editorial Aranzadi S.A.U. Cizur Menor (Navarra), 2011, págs.. 25-34.

DÍAZ ALABART, S. *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*. Dykinson S. L. Madrid, 2020.

DÍAZ ALABART, “La interpretación de la voluntad del fideicomitente en el fideicomiso de residuo”, en *Revista de Derecho Privado*, Editorial Reus, Madrid, número 1, Enero-Febrero 2015.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Derecho de Sucesiones. Duodécima Edición. Tecnos. Madrid, 2017

DOMINGO AZNAR. *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1.999.

ESCRIBANO TORTAJADA, P.. “La sustitución fideicomisaria: notas sobre algunas cuestiones prácticas que plantea.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año n° 92, N° 753, Madrid, 2016, págs.. 514 a 534.

MORENO FLÓREZ, “La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García*, Domínguez Luelmo y García Rubio (directores), Herrero Oviedo (coordinadora), Editorial La Ley, Madrid, 2.014.

OSSORIO MORALES. *Manual de Sucesión Testada*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957.

RAMS ALBESA, J., MORENO FLORES, R. M. y otros. *Apuntes de Derecho de Sucesiones*. Dykinson. Madrid, 2012.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de Sucesiones Común*. Tomo II. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020.

ROCA SASTRE MUNCUNILL. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Bosch. Barcelona, 1.995.

RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 15 de febrero de 1.932 (RJ 1932, 907)

STS de 10 de junio de 1.941 (RJ 1941, 745)

STS de 13 de febrero de 1.943 (RJ 1943, 134)

STS de 28 de junio de 1.947 (RJ 1947, 920)

STS de 13 de noviembre de 1.948 (RJ 1948, 1270)

STS de 1 de diciembre de 1.951 (RJ 1951, 2617)

STS de 30 de marzo de 1.955 (RJ 1955, 1123)

STS de 12 de junio de 1.956 (RJ 1956, 2482)

STS de 21 de noviembre de 1.956 (RJ 1956, 3830)

STS de 7 de enero de 1.959 (RJ 1959, 119)

STS de 22 de diciembre de 1.961 (RJ 1961, 4485)

STS de 29 de enero de 1.962 (RJ 1962, 605)

STS de 20 de octubre de 1.962 (RJ 1962, 3980)

STS de 5 de julio de 1.966 (RJ 1966, 3671)

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN EL PARADIGMA DE LAS SUSTITUCIONES
HEREDITARIAS

STS de 20 de marzo de 1.967 (RJ 1967, 1665)

STS de 25 de mayo de 1971 (RJ 1971, 357)

STS de 13 de diciembre de 1.974 (RJ 1974, 4677)

STS de 25 de abril de 1.983 (1983, 2122)

STS de 22 de julio de 1.994 (RJ 1994, 6578)

STS de 26 de mayo de 1.997 (RJ 1997, 4234)

STS de 29 de marzo de 2.001 (RJ 2001, 4773)

STS de 6 de febrero de 2.002 (RJ 2002, 993)

STS de 22 de octubre de 2.004 (RJ 2004, 6582)

STS de 7 de julio de 2.008 (RJ 2008, 7696)

STS de 13 de mayo de 2.010 (RJ 2010, 3694)

STS de 22 de junio de 2.010 (RJ 2010, 4900)

STS de 22 de noviembre de 2.010 (RJ 2010, 7983)

STS de 14 de abril de 2.011 (RJ 2011, 2753)

STS de 30 de octubre de 2.012 (RJ 2013, 2274)

STS de 6 de junio de 2.014 (RJ 2014, 3127)

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN de 11 de octubre de 2.002 (RJ 2002, 9942)

RDGRN de 6 de febrero de 2.003 (RJ 2003, 2269)

RDGRN de 17 de septiembre de 2.003 (RJ 2003, 6279)

RDGRN de 27 de octubre de 2.004 (RJ 2004, 7808)

RDGRN de 9 de junio de 2.015 (RJ 2015, 3621)