

1.4. Sucesiones

La sustitución fideicomisaria: notas sobre algunas cuestiones prácticas que plantea

Beneficiary substitution: determine its present-day utility

por

PATRICIA ESCRIBANO TORTAJADA

*Profesora Doctora de Derecho Civil. Universitat Jaume I de Castellón
Master EEES Familia y Sucesiones UNED*

RESUMEN: La sustitución fideicomisaria es una de las cuatro sustituciones reguladas en el Código Civil, junto con la vulgar, la pupilar y la ejemplar. Esta institución ha ido sufriendo diversas transformaciones a lo largo de su historia jurídica: desde el fideicomiso romano, pasando por las vinculaciones perpetuas, su configuración en la promulgación del Código Civil, y por último, la posibilidad de poder gravar la legítima con la misma a favor de hijos o descendientes incapacitados judicialmente. La sustitución fideicomisaria es una institución muy compleja como veremos en las sucesivas páginas, y diversas son las motivaciones que pueden llevar al causante fideicomitente a establecerla en su testamento. En este trabajo vamos a analizar la figura de la sustitución fideicomisaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde su concepto hasta su distinción con figuras afines como puede ser el fideicomiso de residuo, para determinar su utilidad en la actualidad

ABSTRACT: *Beneficiary substitution is one of the four types of substitution envisaged by the Spanish Civil Code, together with ordinary and exemplary substitution and substitution of a minor. The said institution has suffered different transformations throughout its legal history: from the Roman fideicommissum through perpetual tying-up until its regulation in the Civil Code, where it is now possible to encumber in such a way the legitimate portion of a deceased's estate that descends to judicially incapacitated children or descendants. As will be seen on the following pages, the beneficiary substitution is a very complex institution and there are different reasons that may lead the will making trustor to establish it in his testament. The present study analyses the figure of the beneficiary substitution in the jurisprudence of the Spanish Supreme Court, from its concept up to the distinction from other figures, as might be the fideicommissum residui, in order to determine its present-day utility.*

PALABRAS CLAVE: Sustitución fideicomisaria. Testamento. Voluntad del testador. Interpretación.

KEY WORDS: *Beneficiary substitution. Testament. Will of the testator. Interpretation.*

SUMARIO: I. CONCEPTO Y TIPOS DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIAS.—II. REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—III. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—IV. CONTENIDO Y FORMA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—V. LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO.—VI. DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES AFINES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONCEPTO Y TIPOS DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIAS

La sustitución fideicomisaria regulada en los artículos 781 y siguientes del Código Civil, se configura como una disposición testamentaria, por la cual, el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero, todo o una parte de la herencia¹. Pese a tratarse de una institución sucesoria histórica, a diferencia de otras como las reservas «petrificadas» en el tiempo, ha sufrido alguna modificación, como la operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad².

Por otro lado, tal y como señala el artículo 781 del Código Civil, solo serán válidas, siempre que no pasen del segundo grado o que se realicen en favor de personas que estén vivas en el momento del fallecimiento del testador. La STS de 17 de abril de 1964, manifestó que el fideicomiso o la sustitución fideicomisaria suponía «una masa de bienes con prohibición de enajenar hasta determinado límite, con la específica obligación de conservarlos para transmitirlos, en todo o en parte, a un tercero»³. Por su parte, la STS de 29 de diciembre de 1997, evidencia tanto su escasa regulación, cómo pese a su larga tradición histórica, no había sido objeto de renovada atención, ya que la doctrina y la jurisprudencia se habían centrado en el fideicomiso de residuo⁴, en aspectos como las facultades del fiduciario⁵, o en la relación con el usufructo⁶. Remarca, además, que todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, dignidad y prohibiciones se han de referir al fideicomitente, porque todos los herederos lo son de este no del fiduciario, como constataremos en las líneas siguientes.

El TS en su sentencia de 19 de noviembre de 1964, determinó en su considerando primero que «si bien el Código admite la sustitución fideicomisaria, lo hace en forma genuinamente restrictiva con tendencia a su total extinción y solo para aquellos casos en que en forma patente e indudable así lo establezca el testador, con designación del heredero fideicomisario y con la limitación del segundo grado en el llamamiento que llevó a la doctrina a sancionar los diversos aforismos jurídicos en la materia, tales como “los hijos puestos en condición, no lo son en sustitución” o “in dubium contra fideicomissum”». Esta resolución ya ponía de manifiesto uno de los requisitos de la sustitución fideicomisaria que como veremos en el siguiente epígrafe es la necesidad de establecerla de forma expresa o, al menos, con la obligación de reservar los bienes fideicomitidos.

En particular, el conflicto se centraba en una disposición testamentaria en el que un hombre dejaba a su esposa el usufructo de sus bienes inmuebles. Cuando falleciera su viuda, tendrían que pasar a manos de la hermana del causante y, al morir esta, a los nietos de la misma, es decir, de su hermana, (reproducimos la cláusula contenida en el considerando segundo) «por partes iguales y con el derecho de acrecer entre ellos y con la condición de que no podrán disponer de la parte que a cada uno corresponda sino en el caso de tener sucesión legítima». Los

nietos de la hermana del testador eran los litigantes, y el TS considera que no estaban llamados expresamente a la sucesión, ni se les imponía a sus padres en la misma forma la obligación de conservar los bienes para entregarlos, presupuesto constitutivo de la sustitución fideicomisaria. De todas formas carecería de validez al sobrepasar el segundo grado que menciona el artículo 781 del Código Civil⁷.

La doctrina ha criticado algunos aspectos de la redacción del artículo 781 del Código Civil. LACRUZ consideraba impropio hablar de «encargo» cuando realmente es «un gravamen impuesto al fiduciario de modo absoluto». También entendía inexacto hablar de «transmitir» porque «el fiduciario no transmite los bienes al fideicomisario, sino que es la misma ley la que resuelve la titularidad y la atribuye automáticamente al segundo heredero, quedando el primero (a sus sucesores) un deber de entregar materialmente bienes que pertenecen ya a otra persona, al menos en la mayor parte de sus casos»⁸. ROCA SASTRE definía la sustitución fideicomisaria como «la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero». También entendía que el término «encargo», en palabras textuales suyas, «no es muy ortodoxa» ya que la conservación y transmisión se configura como un gravamen ineludible para el fiduciario. Manifestaba, además, cuestionables los términos «conservar» y «transmitir», en este último caso porque el fideicomisario no es la persona que sucede al fiduciario sino al causante, así que entiende que es preferible «entregar o restituir»⁹. Otro autor que critica dicha redacción es el profesor LASARTE al decir que «no llega ni siquiera a indiciar que el *tercero* contemplado en dicha fase es también heredero (el heredero fideicomisario), al tiempo que, de otra parte, sugiere que la suerte y eficacia de la sustitución depende de «*el encargo*» hecho por el testador al primer llamado, cuando verdaderamente la designación de ambos herederos sucesivos la lleva a cabo el propio testador (o fideicomitente)¹⁰».

De otra parte, uno de los principios rectores en esta materia es el aforismo *in dubio contra fideicomissum*, es decir, que en caso de duda sobre si la disposición testamentaria puede ser o no una sustitución fideicomisaria, se ha de interpretar en el sentido más favorable a la libertad de los bienes¹¹. Hemos de tener presente que los fiduciarios, carecen de la facultad de disponer, por tanto, se está en cierto modo coartando la circulación de la masa hereditaria por establecer el testador el destino que han de tener aunque sea de forma transitoria¹². Obviamente, cuando se purifique la sustitución, esa prohibición de disponer, en principio, desaparece así que el fideicomisario podrá enajenarlos, donarlos, gravarlos, etc. Como vemos, es una figura restrictiva para las facultades de determinadas personas sobre los bienes hereditarios, de ahí que en caso de duda sobre si realmente estamos ante una sustitución fideicomisaria u otra institución menos restrictiva, ha de prevalecer esta última¹³.

Por otro lado, en lo atinente a la diversa tipología de sustituciones fideicomisarias la jurisprudencia ha diferenciado dos tipos: las puras y las condicionales. La STS de 28 de febrero de 1999, las define en los siguientes términos: «*En aquellas, la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravamen de sustitución. Por el contrario, en las sustituciones fideicomisarias condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad. En ellas, el fiduciario puede enajenar los bienes porque pudiera incumplirse la condición resolutoria (si fallece con hijos) con lo que él se convertiría en el último y definitivo propietario de los bienes y por tanto resultarán inatacables las transmisiones que pudiera haber realizado*» (FJ 2.º)¹⁴. En este supuesto la testadora había dispuesto

que todas las propiedades, fincas y dinero que le correspondían a su muerte y sin tener descendencia, pasaran y recayeran sobre sus hermanos «*otra vez sobre sus hermanos carnales*». Señala el TS que para que pueda «pasar» después del fiduciario a otras personas es necesario que se conserven o que si alguno de ellos se ha enajenado pueda recuperarse si se cumple la condición resolutoria¹⁵. En la inscripción registral de una de las fincas constaba la existencia de una sustitución fideicomisaria, por tanto, el TS señala que los compradores no podían recurrir a la fe pública registral ya que aparecía la misma inscrita¹⁶.

Normalmente, en las sustituciones fideicomisarias condicionales, este último elemento reside en el fallecimiento con o sin descendencia. Por ejemplo, podemos citar la STS de 15 de diciembre de 2005, donde el testador fallece en 1989 habiendo tenido cuatro hijos, aunque uno de ellos le premurió. El causante había realizado dos testamentos que eran complementarios, uno otorgado en 1892 y otro en 1894. En el primero instituía herederos a sus cuatro hijos por partes iguales, entendiendo que si uno de ellos fallecía sin sucesión, la porción que le correspondía al fallecido pasaría a los que sobrevivieran. En el segundo, determinaba que si sus hijos naturales fallecían sin dejar sucesión, pasarían los bienes que hubieran heredado del otorgante a los herederos intestados del mismo. En 1907 los tres hijos que sobrevivieron a su padre llevan a cabo la partición hereditaria recibiendo cada uno lo que les correspondía. Uno de los tres hermanos fallece en 1956 (sin descendencia), así que los otros dos recibieron lo que este había heredado de su padre y que estaban afectos a la sustitución fideicomisaria que se establecía en el testamento. Uno de los hermanos, en concreto, la hermana había adoptado en 1942 a una niña, mientras que el otro hermano había tenido dos hijos. En 1983 fallece la hermana instituyendo heredera a su hija adoptiva, mientras que en 1960 había fallecido el otro hermano.

El TS es claro y considera que para que un patrimonio pase a otras personas (después del fiduciario) es necesario que se conserve totalmente o que algunos de los bienes enajenados puedan recuperarse si la condición resolutoria se cumple. Señala expresamente que «*Pasa a otro lo que se conserva o lo que se recupera. Si no se mantuviese ya no podría pasar a otros*» (FJ 3.º). Además, clarifica que no es un fideicomiso de residuo porque la testadora no había dicho que de las propiedades, fincas o bienes que mantengan al momento de su muerte pasarán a «...», sino que exige que pasen a los hermanos todas las propiedades que reciba Pascuala, habiendo de conservarlas a favor de los fideicomisarios¹⁷.

II. REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Para que pueda hablarse de sustitución fideicomisaria es necesaria la concurrencia de varios requisitos. EL TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los elementos esenciales que son necesarios para su existencia y su efectividad. La STS de 2 de marzo de 1935, apuntaba que los requisitos de la sustitución eran «*la doble disposición de una misma herencia o de un legado, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo*». La STS de 13 de diciembre de 1974, determina que ha de concurrir:

1. Una doble o múltiple vocación hereditaria establecida de forma expresa e inequívoca en el testamento.
2. Que se imponga el gravamen al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar a la sucesión.

3. Que se establezca 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»*.

En este supuesto, si bien no se designaba nominalmente a los fideicomisarios, podían ser identificados por las circunstancias descritas. La cláusula disponía que se instituyeran herederos de sus bienes a su hermana viva, pasando en el momento de su fallecimiento a todos sus hijos. La cláusula en sí, no es excesivamente extensa, sin embargo, es interesante traer a colación el considerando tercero de la sentencia, que realiza una interpretación de los requisitos segundo y tercero mencionados anteriormente. En lo atinente al segundo señala expresamente que: *«la obligación del fiduciario de conservar los bienes, para que a su fallecimiento se entreguen a los fideicomisarios, si bien constituye un requisito tan ineludible para la estimación de esta clase de sustituciones, que su omisión originaría la ineficacia (S. de 3 de julio de 1881), no precisa, en cambio, que se haya impuesto específicamente en el acto de última voluntad, por ir implícita en el segundo y sucesivo llamamiento»*. Por lo que respecta al tercero de los requisitos: *«tanto de los términos gramaticales de la referida cláusula, como de la intención que movió al testador a redactarla, que debe ser tenida en cuenta de forma primordial, a estos efectos, por imperativo de lo dispuesto en el 675 del Código Civil, (...) se desprende que en ella se observó el “ordo sucessibus”, exigido a tales fines, toda vez que la utilización del gerundio pasando-derivado del verbo “pasar”, que significa, según el Diccionario Oficial de la Lengua, “transmitir, transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro”, relacionado con la oración de que forma parte, denota que lo que se transmite es “la mitad de todo el haber del de cuius”, que deberá ser recibido por todos los hijos de la heredera “por muerte de la misma”, pasando previamente por ella, con lo que dicha señora fue instituida “ad tempus” y sin goce del “ius disponendi”»¹⁸*.

El artículo 783 del Código Civil señala de forma precisa que para que sean válidos los llamamientos de la sustitución fideicomisaria, es necesario que se haga constar de forma expresa. Por ejemplo, la STS de 17 de enero de 1968, considera que el testamento no contenía una sustitución fideicomisaria, porque no se le daba dicho nombre; ni se le establecía al instituido la obligación de entregar los bienes a su hermano, ni el testamento contenía un llamamiento expreso para que el recurrente entrara a ser heredero después que su hermano dejara de serlo por su fallecimiento. La cláusula que se discutía era la siguiente: *«que en sus bienes, créditos, derechos y acciones, presentes y futuras instituye por su heredero, con un tercio y medio de mejora a su hijo...y si este falleciese le sustituya con los mismos derechos su otro hijo..., y en caso de fallecer este que recaen los mismos derechos en su hija de más edad y a falta de esta la que le sigue y así sucesivamente hasta la más joven»*. Por tanto, entiende que del testamento no puede inferirse la existencia de la misma y, que el concepto de sustitución que emplea es el común a todas las sustituciones reguladas en el del Código Civil.

Anteriormente, la STS de 20 de abril de 1951, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, por considerar que la cláusula impugnada no era una sustitución fideicomisaria, dado que no que se imponía la obligación terminante de entregar los bienes. El TS concluye que según el artículo 785 del Código Civil, si a las sustituciones fideicomisarias no se les da ese nombre en el testamento, se ha de imponer al primer nombrado *«la obligación terminante de entregar los bienes al segundo heredero, donde se ve, que el Código no se contenta con establecer tal obligación sino que con la palabra “terminante”*

quiere darle un carácter absoluto que no admita excepciones ni reservas, de modo que establezca a favor del fideicomisario un derecho fijo adquirido desde la muerte del testador, según el artículo 784 del mismo Código y que no dependa de la voluntad del fiduciario...».

Otra de las cuestiones esenciales en materia de sustituciones fideicomisarias es lo que ha de entenderse por grado, dado que si pasan del segundo no serán válidas. Pues bien la STS de 23 de junio de 1940, hubo de resolver el significado de «segundo grado», dado que los recurrentes entendían que se referían a «grado de parentesco» mientras que el tribunal de instancia se refería a «sustitución o llamamiento»¹⁹. En este supuesto existían varios testamentos impugnados donde se ordenaban dos instituciones sucesivas de usufructo vitalicio y una de propiedad plena, por tanto, se debía aplicar el artículo 787 del Código Civil que remite al artículo 781. Pues bien, el TS en su considerando 6.º determina que la base 16.ª de las Leyes de Bases señalaba que las sustituciones no podían pasar, ni siquiera en línea directa de la segunda generación, pensando en el caso que tuviera carácter familiar. Sin embargo, no era nota básica ya que *«claramente daba a entender que la razón del límite de la sustitución estaba en la idea de tiempo más que en la condición o relación de las personas al admitir que se pudieran hacer las sustituciones en favor de indefinido número de ellas cuanto todas viviesen al tiempo del fallecimiento del testador»*. Matiza que los redactores del artículo 781 del Código Civil, al eliminar o prescindir de la expresión «ni aun en la línea directa», que se contenía en la base 16.ª y sustituir «generación» por «grado», buscaban eliminar los equívocos que se presentaban, excluyendo la idea de parentesco, *«ya que a este había que referir la expresión “línea directa” y además porque “generación”, lo mismo en términos legales que en el lenguaje corriente, indica sucesión en línea recta, en tanto que “grado” en el lenguaje usual se aplica y en el jurídico venía utilizándose, según antes se dice, para expresar orden sucesivo, como lo muestra el modo adverbial “de grado en grado”»*²⁰.

A pesar de haber existido también esta discusión en el ámbito doctrinal, en la actualidad se entiende como llamamiento. Esto permite que, además, del primer instituido, el testador pueda llamar a dos personas más, si todavía no viven. RIVAS MARTÍNEZ sintetiza muy bien esta disparidad doctrinal que existía al respecto. Explica que existen dos líneas: la minoritaria y la mayoritaria. La primera entiende que en el llamamiento se incluye el fiduciario por lo que consume un grado. Esto implicaría que solo puede existir otro llamamiento efectivo, es decir, el fiduciario computaría un grado, el fideicomisario el segundo. La doctrina mayoritaria entiende que el grado o el llamamiento hacen referencia a los sustitutos y no al fiduciario, por tanto, se producirá el llamamiento a este que heredará y tendrá la obligación de conservar para otro heredero, el cual posteriormente deberá entregar al fideicomisario²¹. La jurisprudencia así lo reitera: la STS de 22 de noviembre de 2010, en su FJ 6.º mantiene que: *«así la jurisprudencia ha entendido grado en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial»*. Según manifiesta algún autor, esto permite que sean fideicomisarios los *concepturi*, conceptuándose como una excepción a la regla de la ineficacia de los llamamientos sucesorios de las personas no nacidas²².

Por otro lado, el artículo 786 del Código Civil determina que la nulidad de la sustitución no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento. Se tendrá únicamente por no escrita la cláusula fideicomisaria, y los permitidos por el del Código Civil serán válidos²³. Si el artículo 781 del Código Civil impone que las sustituciones no han de pasar del segundo grado

o hacerse favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, intenta evitar que se produzcan vinculaciones perpetuas de bienes. En último caso, establece una especie de límite temporal, aquí no limita al segundo grado, pero la vinculación alcanzará la vida del último llamado.

III. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

En lo atinente a las personas que pueden intervenir en la sustitución fideicomisaria, hemos de señalar que el fideicomitente es el sujeto que establece la sustitución en el testamento. El fiduciario es el obligado a conservar los bienes hereditarios de la herencia (también lo serían los herederos sucesivos) y, el fideicomisario la persona o personas que recibirán los bienes fideicomitidos, en último término, y que no tienen ya que conservar los bienes hereditarios. Esta sería la estructura más sencilla que puede darse en la práctica. Sin embargo, hay supuestos realmente complejos en los que la articulación de la sustitución fideicomisaria llega a comprender incluso varias líneas familiares. Digno de mencionar es el caso sobre el que tuvo que pronunciarse el TS en su sentencia de 17 de julio de 1991, en el cual existía un testamento ológrafo, una memoria testamentaria y un codicilo ológrafo. Solo para calibrar el complejo contenido de algunos testamentos, subrayaremos en estas líneas las cláusulas sobre las que se discutía, descritas en el fundamento jurídico tercero de la resolución.

- a) Testamento ológrafo, cláusula 6.ª: *«lego el sobrante del quinto y constituyo la mejora del tercio de todos mis bienes derechos y acciones en favor de mi hija doña María A. y M., los hijos de la misma y nietos... bajo las condiciones siguientes: 1.ª) que la mejorada y legataria ha de poseer los bienes de estas mandas, esto es, su importe solo en usufructo, reservando la nuda propiedad para sus hijos y nietos. De no tenerlos para sus sobrinos carnales o hijos de estos con derecho de acrecer entre todos en sus respectivos lugares».*
- b) Codicilo: *«...reproduzco mi voluntad en esta parte, adicionando, que si las tres generaciones falleciesen sin sucesión, los bienes en que consistan el tercio y el sobrante del quinto pasen a los descendientes de mi hija doña Isabel A. M. Las expresadas mandas del sobrante del quinto y mejora del tercio se han de entender solo en usufructo, así para mi hija como para los suyos, esto es, mis nietos y la nuda propiedad queda reservada para mis bisnietos;... queda pues sustituido todo lo demás de la cláusula 6.ª del testamento con lo que ahora determino».*
- c) Memoria testamentaria *«queda en su integridad todo lo demás en esta cláusula de mi codicilo se establece».*

Apréciase el doble llamamiento por parte de la causante, establecido en dos líneas familiares o de parentesco; indica el alto Tribunal que la primera en favor de su hija María, en usufructo. A los hijos y descendientes, les reserva la nuda propiedad. Caso de que no los tenga, pasará a los sobrinos o hijos de los mismos. Sin embargo, esta voluntad se complementa con lo dispuesto en el codicilo. La segunda en favor de su hija Isabel y los descendientes de esta, si no existen hijos y nietos del primer llamamiento. Pero aquí, la voluntad difiere, porque el usufructo se le conferiría a su hija y sus nietos, y la nuda propiedad a sus bisnietos. Como declara el TS existen diferencias en los llamamientos por la rectificación del Codicilo que *«devienen evidentes pues las diferencias que existen entre el pri-*

mer llamamiento a favor de la familia de doña María y el segundo a favor de la familia de doña M.^a Isabel, pues en el primer llamamiento por la rectificación del Codicilo, es claro, existe un llamamiento sucesivo y sin limitación alguna a favor de los descendientes de las tres generaciones llamadas, puesto que se habla en el caso de que falleciesen, sin sucesión, mientras que en el llamamiento que se hace en favor de su hija Isabel, expresamente, se hace constar que el usufructo ha de conferirse tanto a su hija como para sus nietos, de la testadora, reservándose, pues, la nuda propiedad para sus bisnietos, de la propia causante, expresión esta que se individualiza de tal forma, que no cabe, pues, interpretarla en cualquier sentido de prolongación a favor de los descendientes de tales bisnietos» (FJ 5.^o)²⁴.

La STS de 29 de diciembre de 1997, ya mencionada, ventilaba una sustitución que no recaía sobre la propiedad sino sobre el usufructo. En este sentido, traemos a colación aquí esta resolución porque también expresa los requisitos personales de esta institución. Los hechos son los siguientes: Pedro se casa con Agustina sin que del matrimonio nacieran hijos. Este tenía una intensa amistad con Tomás, abuelo del actor. Cuando Tomás falleció Pedro se hizo cargo de Luis (hijo de Tomás), con el cual estuvo conviviendo hasta su fallecimiento, incluso con su viuda. Luis se casó con María Asunción (que es la recurrente en casación), a los cuales no les sobrevivió descendientes. Pedro había otorgado un último testamento antes de morir (el tercero). En este se contenía la siguiente cláusula: «... instituye única heredera usufructuaria a su esposa doña Agustina, disponiendo que muerta esta, pasarán, también en usufructo los bienes a don Luis E. V., y por fallecimiento de este sería heredera usufructuaria su esposa doña María Ll. C., y muertos estos dos últimos, dejando sucesión legítima, recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio, y caso de no dejar descendientes sería heredera el alma del testador». El testador fallece en octubre de 1925, en abril de 1939 falleció su viuda y primera heredera, es decir, Agustina. Pero en 1933 Luis había disuelto su matrimonio. Este mismo año se casa con Concepción, con la que tuvo dos hijos José Luis (demandante y recurrido en casación) y Luis Enrique (codemandado). Luis y Concepción fallecen en 1963 y 1967 respectivamente, en 1983, María Asunción acepta la herencia como usufructuaria. El litigio, en resumen, se centra en si los fideicomisarios últimos son José Luis y Luis Enrique o, si antes bien, es el «alma del testador».

El FJ 2.^o segundo la sentencia es importante ya que establece cuándo han de determinarse los requisitos de capacidad, indignidad, etc. Así manifiesta que: *causante-testador, fideicomitente dispone un múltiple llamamiento a sucesivos herederos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio del momento en que se purifique el fideicomiso en un único titular pleno; dicha múltiple institución de heredero sigue el ordo sucessivus que ha señalado, pero siempre todos los herederos lo son del fideicomitente, no del fiduciario; el primero solo es fiduciario, el último solo fideicomisario con cuya adquisición purifica el fideicomisario y los intermedios son fideicomisario respecto al anterior y fiduciario respecto al posterior. Siempre el fideicomisario como tal, intermedio o final, es heredero del fideicomitente, no del fiduciario: de lo cual no solo no hay duda, sino que lo expresa claramente la Sentencia de 22 de noviembre de 1996 (fundamento 1.^o, párrafo 2.^o): ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario. Por lo cual, todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, dignidad y prohibiciones vienen referidas exclusivamente al fideicomitente».*

¿Cómo interpreta el TS la cláusula litigiosa? Pues bien, después de calificar como «absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 del Código Ci-

vil» la sentencia recurrida, explica que el testamento del fideicomitente (Pedro), es de 16 de octubre de 1925, el cual falleció justo tres días después, así que el momento en que ha de interpretarse es en dichas fechas²⁵.

IV. CONTENIDO Y FORMA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Por lo que respecta a la forma que ha de revestir la sustitución fideicomisaria, sabemos que ha de establecerse de forma expresa en el testamento. No obstante, se cuestiona si puede recaer sobre un legado, ha de ser siempre en la herencia, o si puede versar sobre un usufructo o una donación²⁶.

El TS en sentencia de 28 de junio de 2002, resolvió el siguiente supuesto de hecho: en 1965 se realiza un contrato de donación en escritura pública, por el cual los donantes, donan a su hijo adoptivo varias fincas que tenían el carácter de ganancial. La donación, calificada de condicional, con prohibición de disponer, implicaba que a la muerte del donatario, las fincas habían de pasar a sus descendientes legítimos y, si falleciera sin dejarlos, a sus padres (los donantes). Si le premurieran, la mitad pasaría a los sobrinos del padre y la otra mitad a los sobrinos de la madre.

Los donantes premurieron al donatario, el cual falleció en 1980 dejando un hijo adoptivo. La cuestión que se planteaba era que si el hijo adoptivo adquiriría o no, los bienes, o al no ser descendiente biológico, los sobrinos serían los beneficiarios.

El TS califica el acuerdo como sustitución fideicomisaria condicional, no como donación, en la que concurriría una doble condición: si muere con hijos, los fideicomisarios sería estos; si por el contrario falleciera sin hijos, los serían los sobrinos. Señala, a mayor abundamiento que el donatario fiduciario carecía, implícitamente, de poder de disposición.

Es decir, la esencia es la forma de la sustitución fideicomisaria. El del Código Civil, explica, solo regula en la herencia o en legado dispuesto en sucesión testada. Sin embargo, dada la transcendencia de la institución en la Compilación catalana de 1960 se regulaba expresamente esta institución en testamento, codicilo, heredamiento y en donación, manteniéndose en el Código de Sucesiones de 1991. Pero considera que *«cabe establecerse en el contrato de donación regulado en el Código Civil en base al principio de autonomía de la voluntad, esencial en Derecho de obligaciones y proclamado explícitamente en el artículo 1255; además de que viene referida, con terminología impropia, en el artículo 641»* (FJ 2.º)²⁷.

En este caso, al afirmarse que se había cumplido la primera condición, es decir, que el fiduciario había fallecido con un hijo, este sería el fideicomisario. Por tanto, el fideicomiso se purificaría. El TS considera que después de la entrada en vigor de la Constitución Española, no se puede producir ningún tipo de discriminación respecto los hijos, así que es indiferente que sea adoptivo o no²⁸.

Por otro lado, la STS de 22 de noviembre de 2010, ya mencionada, se pronuncia sobre la admisibilidad del usufructo sucesivo sin atribución de la propiedad, hasta que se consolide. Asevera que dicha posibilidad está prevista en el artículo 787 del Código Civil, que se remite a su vez al artículo 781; subraya su semejanza con las instituciones en usufructo históricas, y finalmente, advierte que *otra cosa son los remedios que la legislación establezca en estos casos, pero no puede dudarse que la institución en usufructos sucesivos es posible, está previsto en el artículo 787 del Código Civil que se remite a lo dispuesto para las sustituciones fideicomisarias* (FJ 4.º).

Por lo que respecta a los legados, no concurre controversia alguna, ya que son numerosas las sentencias sobre sustituciones fideicomisarias respecto legados. Por ejemplo, la STS de 2 de marzo de 1935.

V. LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO

Ya hemos subrayado que el fiduciario es un verdadero heredero, sin embargo, no es un heredero que tenga plenas facultades sobre los bienes hereditarios, porque ha de conservarlos para entregarlos al fideicomisario y, por tanto, no podrá disponer de ellos²⁹. Así lo prevé, expresamente, el artículo 783 del Código Civil, añadiendo que tendrá que entregar la herencia sin otras deducciones que las que le corresponda por los gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

La STS de 28 de febrero de 1996, lo estableció de forma muy contundente en su FJ 2.º *«Siendo doctrina consolidada, que el fiduciario no puede disponer de los bienes hereditarios sin más y por sí solo; sí puede, por supuesto, disponer de su titularidad o propiedad en las circunstancias en las que la tiene, es decir, limitada en el tiempo, ya que es dueño mientras que el fideicomiso dure, y quien la reciba será dueño mientras que le hubiese correspondido serlo al fiduciario; después habrá que aceptar, o que el fiduciario (o sus herederos) recobren los bienes fideicomitidos para entregarlos al fideicomisario, o que directamente se los entregue este a quien entonces lo tuviere en su poder. El fiduciario puede por tanto disponer, por sí solo, de su propiedad temporal, pero siempre con el gravamen fideicomisario, lo que no puede es disponer de los bienes como libres»*.

Muchos años antes, la STS de 19 de mayo de 1952 se pronunció sobre la prórroga de un contrato de arrendamiento suscrita por el fiduciario, sin autorización ni aprobación por el actor y heredero fideicomisario. El TS manifiesta que, si bien dicha prórroga le podía beneficiar, ya que gracias a ella aumentó el precio, lo cierto es que *«la prórroga del arriendo por once años puede llegar a revestir los caracteres de un derecho real, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, cercenando o limitando por actos del fiduciario el derecho del fideicomisario a recibir los bienes libres de gravamen, tal como aquel los recibió del fideicomitente»*.

Pero ¿qué ocurre si el fiduciario está en una difícil situación económica y su estabilidad dependiera de la disposición de los bienes? ¿No estaría autorizado a materializarla? Entendemos, por una parte, que carece de potestad para realizar actos a título gratuito, de modo que lo que comporta más interrogantes son los actos a título oneroso. En este sentido, manifiestan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS que dependerá de la existencia o no de los fideicomisarios: si no están determinados podrá recurrir a la autorización judicial. En caso contrario, debería instar su consentimiento³⁰. Dejar la decisión última a los fideicomisarios, si a estos les moviera un interés patrimonial en detrimento de las necesidades del fiduciario, es un tanto dudoso. De este modo, podría verse privado de una solución más o menos inmediata para paliar sus necesidades, sobre todo teniendo en cuenta que el fiduciario es realmente heredero. Por tanto, consideramos que en caso de negativa de aquellos, este podría acudir a la vía judicial para solicitar autorización³¹.

Por otro parte, ha sido criticado el artículo 783 del Código Civil cuando declara que el fiduciario ha de entregar la herencia sin otras deducciones que las que correspondan por los gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador

hubiera dispuesto otra cosa. En este punto, el del Código Civil deja ayuna de regulación jurídica la posición del fiduciario³². Tampoco determina qué ocurrirá con las deudas y cargas de la herencia: ¿tiene obligación de aceptar a beneficio de inventario o puedo hacerlo de forma pura y simple? En este sentido, si ha de solventarse las deudas en el momento en que el fiduciario hereda, parece que el fideicomisario ya la recibiría libre de cargas y deudas³³. ALBALADEJO mantiene que siendo sucesivamente herederos el fiduciario y el fideicomisario, a cada uno le corresponde, la responsabilidad que según el del Código Civil alcanza al heredero. Por tanto, si ambos aceptaron pura y simplemente responden «durante su mandato», de las deudas y cargas de la herencia con los bienes de la herencia y los suyos propios. Aunque el fiduciario podría resarcirse cuando entregara la herencia³⁴.

VI. DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES AFINES

El TS ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto las diferencias existentes entre la sustitución fideicomisaria y otras figuras afines. Así, en la STS de 13 de noviembre de 1948³⁵, estableció las diferencias entre la institución analizada y la sustitución fideicomisaria de residuo. La STS, en su primer considerando, ya ponía de manifiesto la problemática sobre su régimen jurídico: es decir, si a la disposición testamentaria de residuo, le es aplicable el régimen jurídico de la sustitución fideicomisaria, ya que respecto a aquella no había regulación en el del Código Civil; o si por el contrario, eran figuras distintas y, por tanto, tenían una regulación diferente.

En el segundo considerando señala que ambas instituciones están presididas por la «*nota común de una doble vocación o llamamiento sucesivo en el disfrute de los bienes hereditarios, a los que el testador imprime una trayectoria que mientras subsista válidamente impide la apertura de la sucesión intestada por el respeto debido a la voluntad del causante, en tanto no invada la esfera de derecho prohibitivo*». Una vez que pone de manifiesto su finalidad empieza a determinar ya sus diferencias. Apunta que el fideicomiso de residuo no puede identificarse «*de forma genuina*» con la sustitución fideicomisaria, aunque se entienda comprendida en el último párrafo del artículo 783, por las razones siguientes: La primera es que en la sustitución, el sustituto adquiere su derecho desde el mismo momento del fallecimiento del testador, según estipula el artículo 784 del Código Civil. En el fideicomiso de residuo solo hay una mera expectativa o es eventual, ya que habrá que esperar a que el fiduciario no haya dispuesto de todos los bienes (condición suspensiva), al llegar el día de su muerte (institución a término incierto). Es decir, el sustituto fideicomisario adquiere el derecho a la nuda propiedad de los bienes, desde el mismo día del fallecimiento del testador, derecho que se consolidará cuando fallezca el fiduciario. Mientras que en el caso del sustituto de residuo, no adquiere ningún derecho a la sucesión hasta que fallece el primer llamado, porque es en ese momento, si se cumple la condición suspensiva cuando su derecho puede «*devenir perfecto*». Si la condición no se cumple, no nacería su derecho.

La segunda de las diferencias a las que alude la resolución, es que en la sustitución fideicomisaria hay obligación de conservar los bienes de la herencia y transmitirlos a la persona correspondiente, en el momento en que lo haya establecido el fideicomitente. Por su parte, en la de residuo, el fiduciario puede disponer de los bienes mediante actos *inter vivos* y, si así lo ha establecido el testador expresamente, también podría realizar actos de disposición *mortis causa*.

Textualmente dispone en su considerando tercero que *«estas diferencias esenciales afectan a la causa inmediata del nacimiento, extensión y efectos del legado de residuo, como derecho de positivo contenido económico, y llevan a una construcción técnica que no encaja del todo en el marco de la típica sustitución fideicomisaria»*. Insiste en que en esta última el derecho hereditario queda perfeccionado desde el momento de la muerte del testador, como si hubiera sido llamado por sustitución vulgar. En la de residuo no, porque hay una expectativa que solo se consolidará si a la muerte del fiduciario quedan bienes; en su defecto no se perfeccionará su derecho o expectativa.

En el supuesto de hecho, el TS señala que el testador solo había previsto en su testamento que el primer llamado disfrutase y dispusiese de sus bienes, llamando de forma sucesiva a la propiedad de los que hubiesen quedado en el momento del fallecimiento sin descendencia del instituido a sus tres sobrinos. De ahí que considere que no hay ningún elemento que permita interpretar el testamento en el sentido de dar a la cláusula de residuo el alcance de la sustitución vulgar, por premoriencia del fiduciario, así que desestima el recurso. Finaliza trayendo a colación las SSTs de 13 de febrero de 1943 y la de 28 de junio de 1947, al resolver casos similares, declarando que *«la cláusula de residuo precisa para su eficacia que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer instituido y que al morir este no hubiera dispuesto de su totalidad»*³⁶.

La STS de 1 de diciembre de 1951³⁷, incide sobre un supuesto en el que el recurrente consideraba que el fiduciario no tenía facultades para disponer de los bienes *mortis causa*, y por tanto, la causante se había excedido al otorgarle dichas facultades en su testamento. Contenía una cláusula en la que se nombraba a su sobrino heredero de todos sus bienes, en pleno dominio. Le facultaba, además, para disponer de ellos tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Si el heredero premuriera a la testadora, o posteriormente, sin descendientes, los bienes que hubiera heredado y de los que no hubiera dispuesto, pasarían en usufructo vitalicio a su mujer, y al fallecer esta a los hijos de N. V. T. El TS declara que *«el heredero fue expresamente facultado para disponer mortis causa, aun muriendo sin descendencia legítima; que tal autorización, aunque no sea usual, hay que sostenerla, por lo mismo que no hay precepto que la prohíba; sin que por ello se lesionen intereses legítimos de los fideicomisarios presuntos, que solo ostentan una expectativa de derecho, pendiente de que la condición se cumpla, ni se desvirtúe la institución; porque siendo esta libre, solo al testador corresponde configurarla sin sujeción a normas ajenas a su voluntad»*.

También ha tenido la oportunidad el Alto Tribunal de establecer las diferencias entre la sustitución fideicomisaria y la sustitución vulgar. Esta última, prevista en los artículos 774 del Código Civil y siguientes, se configura como una de las disposiciones testamentarias más frecuentes. Ha sido definida como *«la disposición testamentaria en cuya virtud el causante, previendo que el llamado a la herencia (o uno de ellos) no llegue realmente a adquirirla, designa a una o varias personas más que, en su caso, subentrarán en la posición del heredero»*³⁸. El TS también se ha pronunciado sobre las discrepancias entre la sustitución vulgar y la fideicomisaria. En la STS de 25 de abril de 1983, se planteaba qué figura recaía sobre la siguiente cláusula cuarta de un testamento: *«instituye heredero universal a su requerido esposo Antonio el cual podrá disponer libremente de los bienes por actos intervivos, en el caso de haber agotado por necesidad los privativos del mismo, siendo sustituido en cuanto al patrimonio de que no hubiera dispuesto con arreglo a la norma anterior, por los sobrinos carnales de la testadora, don Emilio y doña Iluminada, los cuales, a su vez, serán sustituidos, en el caso*

de premoriencia, por sus descendientes legítimos». Los demandantes interpretaban que se trataba de una situación vulgar. Pues bien, el TS estima que: «no puede decirse que exista una sustitución vulgar porque esta, según el artículo 774 requiere la facultad de sustituir al heredero instituido para el caso de premoriencia o cuando no quiera o no puede aceptar la herencia, mientras que en el caso que se examina, existe una institución de heredero universal con unos sustitutos, no “en lugar de”, sino “después de”, encajable con sus propias características, en el mecanismo de la sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario (heredero) no tiene obligación de conservar puesto que está expresamente autorizado para disponer libremente de los bienes, por acto intervivos, en el caso de haber agotado por necesidad, los suyos privativos, por lo que los fideicomisarios (sustitutos) no tienen derecho a la totalidad de la herencia, sino solamente a aquello que quede, de quedar algo, si se hace uso de la facultad de disposición concedida por la testadora. Es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite el artículo 783 en su párr. 2.º, donde, después de establecer que “el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras”, añade “salvo en caso en que el testador haya dispuesto otra cosa”: que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de “fideicomiso de si queda” o de “si aliquid supererit” a la manera contemplada en la sentencia de 23 de diciembre de 1982 ajeno a la institución condicional en sentido estricto del artículo 790 que, consiguientemente no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados, como tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso “de eo quod supererit”) (Cdo 2.º).

ALBALADEJO, por su parte, considera que la sustitución fideicomisaria y la vulgar no son dispares, sino que aquella es más amplia que esta porque la vulgar, si hereda el primero, la herencia se quedará en sus manos, pasando el día que fallezca a sus sucesores como parte integrante de su propia herencia. En la sustitución fideicomisaria aunque herede el primero, se quiere que posteriormente pase la herencia a un segundo. En la vulgar, tal y como manifestaba, se es heredero «en vez de otro», mientras que en la fideicomisaria, «después de» otro³⁹.

VII. CONCLUSIONES

I. Como hemos podido constatar con la jurisprudencia analizada, la sustitución fideicomisaria es una institución muy compleja. La labor interpretativa de las cláusulas testamentarias por parte de nuestros tribunales es encomiable, porque como hemos apreciado, la dificultad de algunas de ellas era considerable.

II. La parca regulación de nuestro Código Civil, a diferencia por ejemplo de la normativa catalana, no ayuda a aportar soluciones, sino que desde nuestro punto de vista contribuye a agravarlos más. Por tanto, si queremos mantenerla en nuestro Ordenamiento, debería el legislador plantearse su regulación pormenorizada.

III. Esta institución, como otras en materia de Derecho de Sucesiones, requiere un replanteamiento en la actualidad, para darle acomodo a las necesi-

dades sociales. Si bien es cierto, que la modificación realizada en el año 2003, tenía una finalidad positiva, los problemas prácticos pueden superar, incluso, sus ventajas. Por tanto, esta solo es una de las instituciones sucesorias que han de someterse a revisión, dado que nuestro Derecho sucesorio no es acorde a una sociedad del siglo XXI.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991). Comentario al artículo 781, *Comentario del Código Civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- COSTAS RODAL, L., (2009). Las sustituciones, *Derecho de Sucesiones*, Práctica Jurídica, Tecnos, Madrid, pp. 331-390.
- DÍAZ ALABART, S., (2006). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitados judicialmente (art. 808 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol, Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1045-1061.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones, vol. IV, tomo II*, Tecnos, Madrid, 11.ª ed.
- DONADO VARA, A. (2006). Reflexiones en torno a la sustitución fideicomisaria a la luz de la Ley 41/2003, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola, Tomo II*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pp. 1925-1937.
- GARRIDO MELERO, M., (2001). Los fideicomisos, *Instituciones de Derecho Privado, tomo V, Derecho de Sucesiones, vol. 1*, Thomson Civitas y Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 725-1084.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., (1988). *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 9.ª ed.
- MORETÓN SANZ, M.ª F. (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, pp. 61-115.
- MORETÓN SANZ, M.ª F. (2011). El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional si *sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, pp. 550-568.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Capítulo IX, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral, Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1115-1217.
- ROCA SASTRE, R. M.ª (2009). La sustitución fideicomisaria en el Derecho Común y en el Derecho Foral, *Estudios de Derecho Privado, vol. II, Sucesiones*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, pp. 65-97.
- (1981). El fideicomiso si *sine liberis decesserit* y el Código Civil, *Estudios sobre Sucesiones*, Instituto de España, Madrid, pp. 73-128.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1989). *Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Bosch, Barcelona.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1981). *Estudios de Derecho Sucesorio, Vol. II*, Editorial Montecorvo, Madrid.

IX. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 2 de marzo de 1935
- STS de 29 de diciembre de 1939
- STS de 23 de junio de 1940
- STS de 29 de octubre de 1949
- STS de 13 de noviembre de 1948
- STS de 1 de diciembre de 1951
- STS de 20 de abril de 1951
- STS de 19 de mayo de 1952
- STS de 25 de octubre de 1954
- STS de 20 de octubre de 1962
- STS de 3 de marzo de 1964
- STS de 17 de abril de 1964
- STS de 19 de noviembre de 1964
- STS de 5 de julio de 1966
- STS de 17 de enero de 1968
- STS de 13 de diciembre de 1974
- STS de 31 de enero de 1980
- STS de 25 de abril de 1983
- STS de 20 de noviembre de 1987
- STS de 17 de julio de 1991
- STS de 17 de junio de 1993
- STS de 22 de julio de 1994
- STS de 28 de febrero de 1996
- STS de 22 de noviembre de 1996
- STS de 29 de diciembre de 1997
- STS de 28 de febrero de 1999
- STS de 12 de febrero de 2002
- STS de 28 de junio de 2002
- STS de 15 de diciembre de 2005
- STS de 29 de septiembre de 2006
- STS de 28 de enero de 2009
- STS de 13 de mayo de 2010
- STS de 22 de noviembre de 2010
- STS de 18 de marzo de 2011
- STS de 30 de octubre de 2012
- STS de 1 de marzo de 2013
- STS de 6 de junio de 2014
- STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 1994
- STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 1994
- STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 1999
- STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 2009
- Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 2011

NOTAS

¹ Para ver un estudio completo de la materia *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. II, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981. GARRIDO MELERO, M., Los fideicomisos, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*,

Volumen 1, Thomson Civitas y Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, pp. 725-1084 entre otros.

² Esta norma añade un tercer párrafo al artículo 808 del Código Civil para permitir la sustitución fideicomisaria en el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes incapacitados judicialmente. Por su parte, el artículo 782 del Código Civil dispone que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo lo dispuesto en el artículo 808 del Código Civil. Si recaen sobre el tercio de mejora, solo se pueden realizar a favor de descendientes. A pesar de que esta medida es realmente loable, en la práctica puede presentar conflictos entre los herederos, o como resalta la doctrina la posible discriminación de los legitimarios que no estén incapacitados judicialmente, tal y como dispone, DONADO VARA, A., Reflexiones en torno a la sustitución fideicomisaria a la luz de la Ley 41/2003, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo II, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 1926. Si se establece, por ejemplo, la misma hasta el momento en que fallezca el fiduciario incapacitado judicialmente, el o los fideicomisario/s pueden premorirle sin haber disfrutado de los bienes hereditarios. Se ha llegado incluso a señalar que más que gravar la legítima esta medida lo que puede hacer es producir los mismos efectos que su privación, *vid.* DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitados judicialmente (art. 808 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 1048. Si bien entendemos que la intención del legislador es encomiable el resultado obtenido no es el más adecuado, tal y como señala la profesora Díaz Alabart al considerar lo deseable hubiera sido una reforma de las legítimas de los descendientes, y no hacerlo como un parche en un caso concreto, DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria... *op. cit.*, p. 1060. Por otro lado, hemos de manifestar que desde nuestro punto de vista se produce una discordancia entre la medida y la finalidad de la ley. Esta protege a la persona con discapacidad, es decir, aquella que según la LPPPD tienen un grado de discapacidad física o sensorial del 65% o de un 33% psíquica (véase MORETÓN SANZ, M.^a F., Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005, pp. 61 y sigs.). Sin embargo, para que pueda procederse a gravar la legítima es necesaria la incapacitación judicial. A pesar de configurarse como una medida de protección, las familias son reacias a recurrir a los tribunales, para incapacitar a la persona con discapacidad, como consecuencia del todavía estigma social presente en nuestra sociedad, por tanto, tenemos nuestras dudas sobre su efectividad.

³ En este supuesto se planteaba si la disposición contenida en capitulaciones matrimoniales era una sustitución fideicomisaria o un heredamiento preventivo, propio del Derecho sucesorio catalán. La cláusula séptima disponía lo siguiente: «Para el caso de morir cualquiera de los futuros consortes, sin haber otorgado testamento o elección de heredero quien que los sean los hijos que dejen en el día de su fallecimiento respectivo, no todos juntos, sino el uno después del otro, observando en la sucesión el orden de masculinidad y primogenitura, excluyendo de ella a los incapacitados legalmente declarados». El TS considera que es un supuesto de heredamiento preventivo porque no se establece ni la prohibición de enajenar, ni la obligación de conservarlos.

⁴ Por lo que respecta al fideicomiso de residuo puede verse entre otras: SSTs de 20 de noviembre de 1987 de 22 de julio de 1994 de 22 de noviembre de 1996, de 12 de febrero de 2002, 28 de enero de 2009, 13 de mayo de 2010, 30 de octubre de 2012, 6 de junio de 2014.

⁵ ROCA SASTRE, R. M.^a, El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil, *Estudios sobre Sucesiones*, Instituto de España, Madrid, 1981, p. 78 ya manifestaba que los «fideicomisos constituyen una institución jurídica bastante abandonada por los juristas modernos, lo cual guarda pleno contraste con la abundante literatura que produjeron en el Derecho Intermedio». Además, señaló que «La sustitución fideicomisaria ha sido una institución jurídica vejada, vilipendiada y maltratada desde mucho tiempo antes de la Revolución francesa. Contra los fideicomisos se han dicho muchas cosas. Se arremetió contra ellos porque eran la base sobre la que sostenían las clases nobiliarias su poderío económico, así como su potencia social y política; porque inmovilizan la riqueza del país

al impedir la libre circulación de los bienes; porque eran fuente de desigualdades entre los miembros de una misma familia al quedar para uno solo de ellos todo el patrimonio señorial; porque restringían la libertad de testar, y porque, por su complejidad, eran fuente de litigios». *Op. cit.*, p. 79.

⁶ Por lo que respecta al usufructo el TS en esta sentencia reconoce que el causante o fideicomitente dispone de un múltiple llamamiento a varios herederos sucesivos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio que se acabe purificando el fideicomiso en un único titular pleno.

⁷ Lo que determinaba aquí el TS es que los actores estaban puestos en condición en la institución a favor de sus padres, así que no eran herederos del causante en forma directa ni en el fideicomiso.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 346.

⁹ ROCA SASTRE, R. M.^a, La sustitución fideicomisaria en el Derecho Común y en el Derecho Foral, *Estudios de Derecho Privado, vol. II, Sucesiones*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 66.

¹⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, novena edición, 2014, p. 108. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, tomo II, Tecnos, Madrid, 11.^a ed, 2012, p. 97 también tienen una opinión desfavorable a dicho precepto en los siguientes términos «el heredero no tiene un simple «encargo» de conservar y transmitir los bienes de la sucesión, hay siempre una llamada a ella a otra persona para después de aquel, ni el segundo llamado recibe los bienes del primero. Ambos son herederos del testador y lo mismos recibe de él el primer llamado que el segundo». Critica también este artículo ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 408.

¹¹ Mencionan dicho aforismo: la STS de 13 de diciembre de 1974, y las sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña de 22 de noviembre de 1994, 30 de noviembre de 1994, 13 de diciembre de 25 de mayo de 2009, aunque ninguna de ellas lo analizan con detalle.

¹² ROCA SASTRE, R. M.^a, El fideicomiso *si sine liberis decesserit...*, *op. cit.*, p. 79 mantenía que: «La sustitución fideicomisaria es una fórmula de repercusiones tan intensas, que de ella debe hacerse un uso racional. Es como una droga que en varias situaciones proporcionan ventajas, pero de la que no puede abusarse». Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 142 es partidario de su supresión en los siguientes términos: «El análisis detallado del fideicomiso lleva a la conclusión de que actualmente debe desaparecer en el Derecho como ha desaparecido en la sociedad. Debe legalmente suprimirse este vestigio de vinculación como de hecho esta desapareció tiempo ha. Es una institución actualmente muerta y el Derecho debe sancionar, con su eliminación, esta muerte. Actualmente, el único tipo de fideicomiso que conserva su razón de ser, una función social y un interés práctico, es el fideicomiso de residuo, que se da con cierta frecuencia en los testamentos que se hacen, uno a favor del otro, los cónyuges sin hijos».

¹³ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 97 ponen de manifiesto también como la sustitución fideicomisaria se ve con disfavor debido a la vinculación de bienes que establece, aunque sea de carácter temporal. Por ese motivo, junto con el principio mencionado se establecen también como reglas interpretativas: la exclusión de los llamamientos conjeturales y, la negación del carácter de sustitución a los ruegos o encargos del testador de que el instituido transmita o entregue los bienes a otros herederos. La STS de 17 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4683), en su FJ 3.º también contenía el principio que en caso de duda se ha aplicar el criterio más favorable a la libertad de los bienes.

¹⁴ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil...*, *op. cit.*, pp. 97 y 98 definen la sustitución a término como «aquella en que la restitución o entrega de los bienes al segundo llamado se ha de producir necesariamente cuando llegue un plazo. Es condicional «si esa restitución o entrega está sometida al cumplimiento de determinado evento». Ponen de relieve también que en la sustitución fideicomisaria a término los derechos de las personas llamadas después del fiduciario son ciertos, mientras que en la

segunda clase no, no habrá derecho hasta que no se cumpla la condición y si fallece antes no transmitirá nada a sus herederos.

¹⁵ Dispone el FJ 4.º de la sentencia que *«La posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario (en caso de cumplirse la condición) es congruente con la naturaleza retroactiva («ex tunc») del cumplimiento de la condición, por cuanto el artículo 784 del Código Civil establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, es decir que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce en el momento de la muerte del fiduciario, sino mucho antes».*

¹⁶ La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 31 de mayo de 2011 en su Fundamento de derecho tercero también define los distintos tipos de sustitución fideicomisaria: *«En las sustituciones fideicomisarias de derecho común, la apertura de la sucesión se produce al fallecer el fideicomitente, generando la vocación de la herencia tanto a favor del fiduciario como de los fideicomisarios, si bien la delación hereditaria, con el ius transmissionis, solo se produce de manera inmediata a favor del fiduciario y también a favor de los fideicomisarios si la sustitución fideicomisaria lo es a término, que es lo normal si se hace depender exclusivamente de la muerte del fiduciario, por entenderse como término y no condición el dies certus an incertus cuando, como acontece con la muerte, pudiendo transmitirla desde entonces a sus herederos, conforme al artículo 784 del Código Civil. Por el contrario si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria condicional, solo se dará la delación cuando se cumpla la condición, y si muere antes, el fideicomisario no transmite derecho alguno a sus herederos, conforme al artículo 759 del Código Civil».*

No hemos de confundir entre sustitución fideicomisaria y el fideicomiso que según O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil..., *op. cit.*, p. 151 *«El fideicomiso no lo contempla el Código civil y es prácticamente inexistente; consiste en la atribución de una herencia o de un legado a una persona —fiduciario— con el encargo de que lo transmita a otra —fideicomisario— o, en otras palabras y desde otro punto de vista, consiste en la disposición testamentaria por la que el heredero o legatario —fideicomisario— recibe la herencia o legado a través de otro —fiduciario—. Así, el fiduciario no llega a ser heredero o legatario, sino un mero transmisor de la herencia o del legado. El único destinatario de la disposición es el fideicomisario; no hay —como en la sustitución— un preheredero y un postheredero, sino un único heredero (o legatario)».* ALBALADEJO GARCÍA, M., Comentario al artículo 781, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1915, manifiesta que en la actualidad se habla de fideicomiso para abreviar, pero que no tiene el sentido que tenía en el Derecho Romano, que implicaba designar por parte del causante a una persona para que se encargue de la herencia con la finalidad de entregarla al fideicomisario. Manifiesta que esta figura está prohibida.

¹⁷ En su FJ 4.º dispone: *«La posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario (en caso de cumplirse la condición) es congruente con la naturaleza retroactiva («ex tunc») del cumplimiento de la condición, por cuanto el artículo 784 del Código Civil establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, es decir que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce en el momento de la muerte del fiduciario, sino mucho antes».*

¹⁸ Por su parte, la STS de 25 de octubre de 1954 manifestó que en el caso enjuiciado se daban todos los requisitos para poder hablar de sustitución fideicomisaria. La cláusula era la siguiente *«Declaro y constituyo heredera universal de todos mis bienes existentes ya en fincas urbanas, terrenos, dinero, acciones de cualquier sociedad, muebles, mulas, aperos de labranza y todos los demás bienes que sean de mi propiedad, en recompensa de sus leales servicios a mi criada «...» y al fallecimiento de esta a los cuatro sobrinos de esta mancomunadamente que le sobrevivan y en la actualidad habitan en mi compañía...».* Se produce un doble llamamiento, la fiduciaria es la criada y los fideicomisarios mancomunados los cuatro sobrinos, y debe entenderse que se ha cumplido lo que dispone el artículo 781 en relación con el 785 núm. 1 en cuanto la obligación de entregar los bienes al segundo heredero, porque al decir que al fallecimiento de su criada instituye herederos de esos mismos bienes y con el mismo carácter y extensión a los llamados en segundo lugar, *«lleva implícita esta obligación de conservar, e impide admitir que le atribuya un poder de disposición que no se consigna en la disposición testamentaria y a lo que se opone por tanto el artículo 783 párrafo 21, sin que conforme a la*

doctrina de esta Sala se requiera que en la disposición testamentaria se empleen por el testador las mismas palabras que la disposición legal expresa, bastando con que su voluntad aparezca claramente manifestada, como en este caso ocurre».

¹⁹ El segundo considerando de la sentencia señalaba que: «la tradición jurídica viene dando a la palabra “grado” el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la “Instituta” —proemio del Título decimoquinto del Libro segundo, al decir que “puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquel no fuese mi heredero, sea heredero este, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere”, no menos que el Digesto —proemio del primer fragmento del Título sexto, Libro 28—, donde se lee: “los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustituidos en el segundo o en el tercero”; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña, donde refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones “de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad”; sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de “llamamiento”, pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas».

²⁰ Véase también la STS de 31 de enero de 1980.

²¹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Capítulo IX, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1167-1168.

²² COSTAS RODAL, L., Las sustituciones, *Derecho de Sucesiones*, Práctica Jurídica, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 361-362.

²³ La STS de 29 de octubre de 1949, también considera nula la sustitución fideicomisaria porque el testador en la cláusula duodécima de su testamento, había establecido la prohibición de enajenar los bienes más allá del segundo grado y, porque no se pudo probar que se hicieran a favor de personas que estuvieran vivas en el momento de fallecer el testador. Dispone que «cometido en la sustitución, el defecto originario de la nulidad, ni se purifica, ni se subsana, a menos de olvidar el alcance jurídico de las normas invocadas cuyo propósito no es otro que evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad».

²⁴ Otro caso sumamente complejo que tuvo que resolver el TS fue el planteado en la sentencia de 18 de marzo de 2011, que contenía una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, recíproca entre los nietos del causante que gravaba la mejora.

²⁵ En lo atinente a los sujetos realizar una última consideración. En algunos testamentos constaba la expresión «hijos legítimos», lo que dio lugar a problemas interpretativos sobre si dentro de los mismos y después de entrada la Constitución tenían cabida los hijos adoptados. Ejemplo de esta situación es la STS de 29 de septiembre de 2006, que considera que si se interpreta de forma negativa podría darse una interpretación discriminatoria. Puede verse también la STS de 1 de marzo de 2013. En el ámbito doctrinal véase MORETÓN SANZ, M.^a F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero 2011, pp. 550-568.

²⁶ La STS de 3 de marzo de 1964, por lo que respecta a la sustitución fideicomisaria y la herencia futura, ya matizó que «queda abierta la herencia en el momento de la muerte del testador, que es el único causante, al que suceden los llamados sucesivamente, no sucediendo en ningún caso el fideicomisario al fiduciario, aunque solo se perfeccione su derecho cuando se extinga la vida del primer llamado».

²⁷ En Cataluña el fideicomiso se regulaba de forma pormenorizada en los artículos 162 al 197 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (BOE núm. 175 de 22 de julio de 1960). Hemos de mencionar que el artículo 169 recogía expresamente el principio in dubio *contra* fideicomissum mencionado anteriormente en los siguientes términos: Cuando exista duda acerca de si el testador ha dispuesto un fideicomiso o ha formulado una recomendación o simple ruego, se entenderá esto último. Caso

de haberla sobre si una sustitución es vulgar o fideicomisaria, se entenderá que es vulgar. Si la hubiere respecto a si un fideicomiso es puro o de sustitución, se entenderá que es de sustitución para después de fallecido el fiduciario, y condicional para el caso de fallecer sin dejar hijos. La institución de heredero o el legado otorgados por el testador a favor de sus hijos o descendientes, no a todos juntos, sino guardando un determinado orden de llamamientos, que resulte de la mera designación nominativa, o de prelación como las de sexo, primogenitura u otras análogas, se entenderán sustitución vulgar y no fideicomisaria, salvo que del testamento o codicilo se infiera que la voluntad del testador fue establecer una sustitución fideicomisaria con pluralidad de llamamientos de fideicomisarios sucesivos. Posteriormente, la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña (BOE núm. 50 de 27 de febrero de 1992) la reguló, incluso con más detalle en los artículos 180 a 228. En la actualidad, con Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (BOE núm. 190 de 7 de agosto de 2008) también se regula en los artículos 426-1 a 426-50. Por tanto, sin necesidad de entrar a analizar la regulación catalana ya podemos deducir que la importancia de la figura en Cataluña o su presencia, es mucho mayor que la que existe en el Derecho Común. En Navarra, también se regula la sustitución fideicomisaria en las Leyes 224 y siguientes de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57 de 7 de marzo de 1973). En la legislación navarra a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común, el límite de llamamientos de personas fallecidos se encuentra en el cuarto grado.

²⁸ MORETÓN SANZ, M.^a F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero de 2011, pp. 550-568.

²⁹ La STS de 29 de diciembre de 1939, aunque no incida de forma pormenorizada en la materia, manifiesta que el legatario no podía disponer de los bienes que se le adjudicaron, porque cuando falleciera debían pasar de forma íntegra a los fideicomisarios designados y, por tanto, la hipoteca que se estableció sobre una casa como garantía de un préstamo no podía gravarla con perjuicio de los interesados en la sustitución.

³⁰ Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil..., *op. cit.*, 101.

³¹ Véase COSTAS RODAL, L., Las sustituciones... *op. cit.*, pp. 366 y 367.

³² Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil..., *op. cit.*, 100.

³³ Puede verse el tema de las deudas en RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Derecho de Sucesiones..., *op. cit.*, pp. 1177-1179.

³⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., Comentario al artículo 781..., *op. cit.*, p. 1918.

³⁵ RJ 1948, 1270.

³⁶ En la STS de 20 de octubre de 1962, se cuestionaba una cláusula testamentaria en la que se discutía si lo que contenía era una sustitución fideicomisaria o un legado de residuo. La testadora, que no tenía herederos forzosos, nombraba como heredera universal a su sobrina, a la cual autorizaba para vender y gravar los bienes, y cuando falleciese recayendo lo que quedase a favor de los hijos de su sobrina. El TS entiende que la testadora había previsto que su heredera falleciera sin dejar hijos ni nietos, por lo que del testamento se desprendía que concedía a su sobrina la facultad de disponer «mortis causa» de los bienes que poseyera al ocurrir su fallecimiento, que procedían de la primera testadora. En el considerando sexto vuelve a manifestar que «tiene sostenido esta Sala las disposiciones testamentarias de residuos no encajan propiamente en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias, pues la naturaleza condiciona que es propio de aquella tiene como corolario que se trata de una situación distinta de la que prevé el artículo 781, en relación con el 784 del Código Civil, en virtud de los cuales se concede derecho al sustituto, en la sustitución fideicomisaria pura, desde la muerte del testador, pudiendo adoptar el llamado fideicomiso de residuo dos modalidades, de acuerdo con la Sentencia de este Tribunal de 7 de enero de 1959, siendo la primera aquella en que se faculta al fiduciario para disponer de los bienes de la institución en vida y sin tratar de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste, si es que, en efecto, algo quedare de la herencia «si aliquid supervavit» y la segunda cuando el causante restrinja los poderes de disposición

de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel «de coquod superat» o sea de aquello que deba quedar, habiendo establecido también la jurisprudencia de esta Sala que los fideicomisarios de residuo no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que, muerto el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo». La idea que se expone es que es una modalidad de sustitución fideicomisaria, pero no acaba de encajar en la misma. Lo reitera también la STS de 5 de julio de 1966.

³⁷ RJ 1951, 2617.

³⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., Derecho de Sucesiones... *op. cit.*, 96.

³⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., Comentario..., *op. cit.*, p. 1916.