

La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo

SUMARIO: 1. ORIGEN HISTÓRICO.—2. FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—3. SUSTITUCIÓN VULGAR Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ¿IMPLICA LA VULGAR?—4. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO: NATURALEZA. CLASES. LA PROHIBICIÓN DE SOBREPASAR EL SEGUNDO GRADO (ART. 781 DEL CÓDIGO CIVIL) NO AFECTA AL FIDEICOMISO DE RESIDUO.—5. SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO: SU ENCAJE EN EL CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTO Y DIFERENCIAS CON LAS DEMÁS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS. SOBRE EL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE CONDICIONAL DEL FIDEICOMISO PREVENTIVO DE RESIDUO. FIGURAS JURÍDICAS AFINES: EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER, EL «PSEUDOPRODUCTO TESTAMENTARIO» Y EL USUFRUCTO SUCESIVO.—6. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y PREVENTIVO DE RESIDUO EN EL DERECHO FORAL: CATALUÑA, NAVARRA Y BALEARES.—7. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS: EN ESPECIAL EL FIDEICOMISO DE RESIDUO EN EL DERECHO COMPARADO: FRANCIA, ITALIA, ALEMANIA Y PORTUGAL.

1. ORIGEN HISTÓRICO

La sustitución fideicomisaria (1) encuentra su razón de ser en Roma, concretamente en la *fides* romana, que no era otra cosa que «la lealtad a la palabra dada». La *fides* tenía en Roma un profundo sentido religioso y, aunque estaba fuera del ordenamiento jurídico, todos los ciudadanos se veían compelidos en conciencia a cumplir lo prometido por razón de esa confianza.

(1) A la sustitución fideicomisaria se le llama también fideicomiso (palabra derivada del latín *fideicommissum*, compuesta de *fides*, fe, y *commissum*, confiado). Por brevedad, y por no repetir continuamente la misma expresión, hablaremos indistintamente de sustitución fideicomisaria o de fideicomiso.

Los fideicomisos eran, por tanto, disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se le encomendaba una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que los cumpliera. Estos encargos de confianza autorizaban para disponer de todo o parte de la herencia. Desde sus orígenes pudieron distinguirse diversas modalidades: puros y condicionales, perpetuos y temporales, universales y singulares. No nos detendremos aquí en el estudio de cada uno de ellos (2).

A la pregunta de por qué surgen los fideicomisos, es decir, por qué se recurre a un medio extrajurídico como la *fides* para hacer efectiva la voluntad del testador, la doctrina ha ofrecido diferentes respuestas. Como señaló CLEMENTE DE DIEGO (3), todas ellas tienen presente que, en definitiva, se trata de un recurso extralegal que tiene por finalidad beneficiar a un tercero por medio de una persona interpuesta, cuando no se quieren (o no se pueden) cumplir las formalidades legales.

Una de las razones subyacentes a la aparición del fideicomiso reside en la intención de eludir las rígidas y complejas formalidades que estaban petrificando el Derecho de sucesiones romano. Cuando el testador no podía ajustarse a las formas legalmente prescritas, acudía a esta *válvula de escape*.

Otra de las razones esgrimidas para justificar el empleo de esta institución (4) es la que encuentra el fundamento de los fideicomisos en la necesidad de eludir la falta de *testamentifactio pasiva* en el beneficiario, como acontecía en el caso de los llamados *peregrini* (5). A tal fin se nombraba como heredero a una persona intermedia, que recibía el encargo de transmitir posteriormente los bienes recibidos al incapacitado. Se intentaba, de este modo, burlar las causas de incapacidad sucesoria que excluían de los beneficios de la sucesión a un número elevado de personas por incapacidades fundadas más en motivos políticos que en causas de estricta justicia (6).

(2) En este sentido, vide DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1999, págs. 12 y sigs.

(3) CLEMENTE DE DIEGO, F., «El fideicomiso de residuo», en *RCDI*, junio de 1926, vol. II, pág. 824.

(4) Razón íntimamente relacionada con la anterior, puesto que todas las que se emplean no son excluyentes entre sí, sino complementarias.

(5) Así nos lo confirma GAYO, *Instituciones* 2, 285, trad. esp. por M. Abellán Velasco y otros, Ed. Civitas, 1990: «Los extranjeros podían adquirir fideicomisos, y quizá ese fue el origen de los fideicomisos». Según D'ORS, A. (*Elementos de Derecho Privado romano*, 8.^a ed., EUNSA, Pamplona, 1991, pág. 49), *peregrini* eran los extranjeros que, a pesar de tener relación con Roma, no eran romanos ni latinos, pero que se hallaban dentro del *orbis romanus*.

(6) En este sentido, BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, trad. esp. por M. Fairen, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 295; CLEMENTE DE DIEGO, *ob. cit.*, pág. 824; TORRENT, A., *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, 1975, pág. 8; MURILLO VI-

Incluso en etapas más tardías del Derecho romano, los fideicomisos continuaron siendo fieles a su inicial designio de eludir leyes que impedían un tránsito directo de los bienes relictos desde el causante a los herederos; así ocurrió con las leyes caducarias de Augusto, que impedían disponer en favor de los solteros o de los casados sin hijos. También se utilizaron para evitar los límites impuestos por las leyes *Furia Testamentis* y *Voconia*, y para hacer liberalidades a personas inciertas, desterrados, corporaciones, ciudades. En principio, estas liberalidades se basaban sólo en la *fides* y carecían de tutela jurídica; fue en tiempos de Augusto cuando los fideicomisos pasaron a ser tutelados jurídicamente a través de los cónsules, gobernadores y, en época posterior, a través de los pretores fideicomisarios especializados en estas causas.

2. FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

El origen histórico de la sustitución fideicomisaria nos aclara el por qué no podemos hablar actualmente de fideicomiso en el mismo sentido en que se hacía en el Derecho romano, ya que las diferencias entre una y otra figura son claras, si atendemos a sus notas fundamentales. Lo que sí podemos hacer es utilizar indistintamente los términos «sustitución fideicomisaria» y «fideicomiso», pero entendiéndolos siempre en su sentido actual, y no en el originario de la institución romana (7).

El fideicomiso actual hace referencia al establecimiento de herederos para que reciban sucesivamente la herencia del testador (herencia fideicomitida o fideicomiso), mientras que el fideicomiso romano otorgaba la posibilidad de que el causante designara a una persona, a la que no quería realmente como heredero, si bien le confiaba la misión de hacerse cargo de la herencia simplemente con el fin de entregarla a la persona (fideicomisario) a quien el difunto dispuso, que era la única a la que éste quería como sucesor.

Es decir, el fideicomiso, entendido en el sentido originario de la institución romana, no incluía más que un solo llamamiento, una sola liberalidad. La voluntad del testador perseguía que los bienes sólo fueran disfrutados por una persona: o bien directamente por el heredero (sin intermediarios), o bien por el destinatario de los mismos, con la interposición entre éste y el testador de un instrumento de transmisión. Pero en ningún caso aparecía el típico

LLAR, A., *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1989, pág. 134.

(7) ALBALADEJO, M., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, págs. 1915 y sigs.; DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 30.

doble llamamiento de disfrute sucesivo sobre los mismos bienes o derechos, que caracteriza a la sustitución fideicomisaria de nuestros días.

Faltaban, por tanto, los dos elementos definitorios de la actual sustitución fideicomisaria: el *tractus temporis* de disfrute en favor del fiduciario, y el llamado *ordo successivus*, esencial a la sustitución. Y hablamos de elemento esencial porque, si bien puede ser dispensado el requisito de la obligación de conservar los bienes (elemento natural de la sustitución fideicomisaria), nunca podrá omitirse este otro elemento esencial que es el llamamiento plural y cronológicamente sucesivo al fiduciario y fideicomisarios (conocido como *ordo successivus*), con los límites y características que más adelante analizaremos.

3. SUSTITUCIÓN VULGAR Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Nuestro ordenamiento jurídico admite diversas modalidades de sustitución. La primera de ellas es la denominada *sustitución vulgar*, por medio de la cual el testador llama a un sujeto a la herencia para el caso de que el instituido principalmente por él no llegue a ser heredero, porque no quiera o no pueda serlo. Esta sustitución recibe también el nombre de «directa u ordinaria», y puede tener lugar tanto en la sucesión a título universal como a título particular.

Junto a esta modalidad de sustitución, el Derecho romano conoció otras dos figuras, también llamadas «sustituciones», pero que no eran tales en el mismo sentido en que lo era la vulgar (instituir un heredero en defecto de otros: *sub-instituere*). Adoptaron este nombre porque mediante ellas se sustituía a alguien en el ejercicio del poder de disponer *mortis causa*, nombrándole un sucesor. Nos referimos a las denominadas *sustitución pupilar* y *sustitución ejemplar*.

La primera consiste en el nombramiento de heredero hecho por el titular de la patria potestad al hijo sometido a la misma, para el caso de que muriese sin alcanzar la edad de testar; la segunda supone el nombramiento de heredero hecho por el ascendiente a su descendiente enfermo mental, para el caso de que muera en estado de demencia.

La diferencia entre ambas sustituciones (pupilar y ejemplar) y la sustitución vulgar es clara. Si bien utilizan el mismo término, sustitución, expresan dos conceptos distintos y se refieren a dos sujetos diferentes de los que intervienen en la situación: en la sustitución vulgar quien sustituye es el sustituto, que pasa a ocupar el puesto del primer instituido, mientras que en la sustitución pupilar y en la ejemplar quien sustituye es el sustituyente, que pasa a ocupar el puesto del causante, disponiendo de la herencia de éste.

Abordaremos ahora el análisis de las notas que diferencian la sustitución vulgar de la sustitución fideicomisaria. Para ello, hemos de partir de la premisa de que el testador puede hacer un llamamiento único a su herencia, en favor de una sola persona, o puede hacerlo en favor de varias, en cuyo caso

hay pluralidad de llamamientos. Esta pluralidad de llamamientos puede convocar a varias personas bien a un disfrute conjunto y coetáneo (constitución), bien a un disfrute sucesivo (sustitución).

Dentro de la posibilidad de sustitución se puede «sub-instituir» para el caso de que aquél que con carácter preferente haya sido instituido previamente no llegase a heredar; en este caso nos hallamos ante una sustitución vulgar (*si heres non erit*), en la que sólo uno de los llamados quedaría favorecido, puesto que se nombra a uno en defecto del otro. Pero también se puede «sub-instituir» a varias personas de forma que vayan recibiendo la herencia una después de otra, conforme al orden de preferencia señalado por el finado. En este caso, los llamamientos son compatibles y todos los llamados sucesivamente podrán ser favorecidos con la herencia. Este supuesto recibe el nombre de *sustitución fideicomisaria*. Hay un llamamiento y adquisición sucesivos, hay un heredero preferente (el *fiduciario*) y otro subordinado (el *fideicomisario*) mientras que en la *sustitución vulgar* hay llamamiento sucesivo, pero no adquisición sucesiva.

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ¿IMPLICA LA VULGAR?

Una de las cuestiones más planteadas por la doctrina en relación con las sustituciones fideicomisarias es la de qué ocurre cuando el heredero fiduciario no llega a heredar, por renuncia, premoriencia o incapacidad. En esta hipótesis, ¿sería heredero directamente el fideicomisario, o pasarían a la posición del fiduciario los herederos intestados del fideicomitente?

A la pregunta de si una sustitución fideicomisaria fallida vale como vulgar, hay que dar una respuesta afirmativa. Postura defendida en nuestra doctrina, entre otros, por OSSORIO MORALES cuando afirma que «...tanto en uno como en otro caso (se está refiriendo a las sustituciones fideicomisarias ordenadas a término, tanto *certus an et incertus quando* como *dies certus an et quando*) el derecho del fideicomisario está sometido a término suspensivo, y es seguro, desde el momento de la muerte del fideicomitente, que ha de verificarse la restitución, aunque se ignore el momento en que ello haya de tener lugar. Con base a esta consideración dispone el artículo 784 del Código Civil que «*el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario*». Este principio es contrario al adoptado por el Derecho romano y por nuestro Derecho histórico, en los que se consideraba indispensable para que el llamamiento del fideicomisario tuviera eficacia, que éste viviera al tiempo de cumplirse el término, siendo, por consiguiente, necesario que sobreviviera al fiduciario cuando la restitución hubiera de hacerse a la muerte de éste, o en todo caso que viviera al llegar el día fijado por el testador para verificarla. Pero el

artículo 784 es terminante. El fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del testador (aunque los efectos de la adquisición queden aplazados hasta la llegada del término), y si muere antes de ese momento, transmite tal derecho a sus propios herederos como elemento que está ya en su patrimonio.

En cambio, no sucede lo mismo cuando la sustitución fideicomisaria se establece bajo condición, ya que entonces, mientras la condición está pendiente, el llamamiento del fideicomisario queda sometido a la contingencia que el cumplimiento de la condición suspensiva supone, de tal modo que no se sabe si surgirá o no el deber de restituir a su favor, ni si llegará o no a ser heredero. Por eso la doctrina y la jurisprudencia estiman que no es de aplicación en tal supuesto el artículo 784, y que como hasta el cumplimiento de la condición el fideicomisario sólo tiene una expectativa y no un derecho que forme ya parte de su patrimonio, «si muere antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, nada transmite a sus herederos, siendo de aplicación el artículo 759» (8).

Es decir, al morir el causante ya se produce la doble delación a favor del fiduciario y del fideicomisario, pero hay una prelación del primero sobre el segundo. Aquél entra en la herencia antes que éste, pero el fideicomisario ya adquirió un derecho definitivo a la sucesión desde la muerte del testador, y sólo tiene suspendida su efectividad. Pero si fallece el fideicomisario antes de que se cumpla dicho término o plazo, transmite su derecho a los herederos.

No podemos olvidarnos de los argumentos, esgrimidos por la doctrina española (9) y extranjera (10), para defender la existencia de una sustitución

(8) OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 215.

(9) ALBALADEJO, M. (*ob. cit.*, pág. 1915), «...la voluntad del fideicomitente suele ser realmente la de nombrarse un heredero preferente y otro subordinado, de modo que el primero lo sea el fiduciario y luego el fideicomisario, pero si aquél no llega a serlo, que lo sea directamente el fideicomisario, con lo que la voluntad completa del testador será un heredero después de otro, y si éste no hereda, en vez de él, porque verdaderamente la subordinación del segundo al primero, pide que faltando este primero, pase el segundo al primer puesto, se quiere al segundo para después del primero, si éste hereda, y, en vez de él, si no hereda...». LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), (*Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, 5.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 302), afirma que «así como, desapareciendo el fideicomisario, se purifica la institución del fiduciario, así también si ha fallecido el fiduciario al tiempo de abrirse la sucesión del primer causante, ingresa directamente el fideicomisario». Por su parte, DOMINGO AZNAR (*ob. cit.*, pág. 71), defiende que «es, sin duda, mucho más importante la cuestión acerca de si la sustitución fideicomisaria comprende en sí una sustitución vulgar. Con esto quiere decirse simplemente que salvo disposición expresa del testador, el sustituto fideicomisario es, al propio tiempo, sustituto vulgar, de tal modo que si el primer llamado llegara a ser heredero, entra aquél a la herencia fideicomisariamente, esto es, a la muerte del fiduciario, mas si no ocurre así, entra a ella inmediatamente como sustitución vulgar».

(10) COVIELLO, N., *Della fiducia nel diritto civile italiano*, Giur. It., 1912, I, págs. 94 y sigs.; COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. esp. por la

vulgar implícita en la sustitución fideicomisaria, puesto que si nuestro ordenamiento no hace depender la validez de la sustitución de la efectividad de la institución de heredero, no hay términos hábiles para evitar que la sustitución fideicomisaria surta el efecto práctico de una sustitución vulgar, y el fideicomisario venga llamado como un heredero simple.

En contra de la anterior postura se ha manifestado, entre nosotros, TRAVIESAS, quien afirma que, «mientras la delación de la herencia se opera al mismo tiempo en favor del fiduciario y del fideicomisario, no puede acontecer esto con la sustitución vulgar, en la que la delación de la herencia en favor del segundo llamado no puede tener lugar sino después de que sea seguro que no es heredero el llamado en primer término. Así que no es posible que en la sustitución fideicomisaria el derecho de adir la herencia y el fideicomisario estén subordinados al hecho de que no sea heredero el fiduciario, en lo cual consiste la sustitución vulgar» (11), opinión que compartimos con este autor.

La jurisprudencia es vacilante en este punto; en algunas sentencias niega la sustitución vulgar implícita, y en otras la admite (12). En cuanto a la Dirección General de los Registros y del Notariado, parece decantarse hacia una respuesta afirmativa y toma como base de su razonamiento la Resolución de 27 de marzo de 1981 (13).

La postura, ampliamente extendida, de que la sustitución fideicomisaria engloba o encierra la vulgar supone, en definitiva, que el testador desea que le herede el fideicomisario, si no le sucede el fiduciario. En la práctica, es

redacción de la RGLJ con notas sobre Derecho Civil español por Demófilo de Buen, Madrid, 1928, T. VIII, pág. 245.

(11) TRAVIESAS, M., «Sustituciones hereditarias», en *RDP*, Tomo XV, septiembre de 1927, págs. 401 y sigs.

(12) En este sentido, DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 71 y sigs., donde se realiza un estudio pormenorizado de la postura vacilante del Tribunal Supremo y analiza las sentencias dictadas por dicho Tribunal en esta materia.

(13) Dice esta Resolución: «La mayoría de la doctrina afirma que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario en base: a) a los antecedentes históricos favorables a través de nuestros clásicos a esta solución a medida que se iba perfilando la sustitución fideicomisaria; b) a los artículos 784 y 785-1.º del Código Civil, que consideran al fideicomisario como un segundo heredero designado para después del primero, y que adquiere su derecho al morir el testador, por lo que faltando el primero corresponde ahora al nombrado en segundo lugar; c) a que los supuestos resueltos por la jurisprudencia del TS, favorables a la tesis contraria, se refieren o a sustituciones fideicomisarias condicionales o a fideicomiso de residuo, en donde nuestra más alta Magistratura ve una institución condicional, por lo que no es aplicable esta doctrina a los supuestos de sustituciones fideicomisarias puras o aplazadas; d) a que el artículo 675 del Código Civil destaca como esencial la voluntad del testador que puede aparecer manifestada claramente en este sentido; e) a que es la solución acogida por el Derecho Comparado y por nuestras legislaciones forales, tal como lo establecen el artículo 155-3.º de la Compilación de Cataluña, el 25 de la Compilación balear y la Ley 226-1.ª de la Compilación navarra».

habitual hallar testamentos en los que el marido nombra heredera a su esposa, y añade que si, cuando ésta fallezca, no tienen hijos, le hereden sus sobrinos. Pese a no especificarse nada más en estos supuestos, es fácil admitir que, aunque la esposa fallezca antes que él, su voluntad es que le hereden directamente los sobrinos.

La sustitución fideicomisaria presenta dos variantes: una que llamaremos «normal», en la que el fiduciario debe conservar la herencia o legado que se le dejó, para que, en su día, pase al fideicomisario, y a la que se refiere el artículo 789 del Código Civil; y otra, vulgarmente conocida como «de residuo», en la que el testador autoriza al fiduciario a disponer total o parcialmente de los bienes, por lo que, cuando llegue el momento de que los reciba el fideicomisario (normalmente a la muerte del fiduciario), aquél sólo recibirá los que queden o deban quedar, según los dos tipos de fideicomiso de residuo que pueden configurarse.

4. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

Desde el Derecho romano se conoce un género de fideicomiso en el cual no es objeto de entrega al fideicomisario toda la herencia ni parte alícuota de ella, sino tan sólo lo que quede o reste de la herencia al tiempo de la muerte del fiduciario.

Nuestro Código Civil no alude con este nombre a la sustitución de residuo (14), si bien parece consolidada la idea de que el Código Civil distingue entre dos formas de sustitución fideicomisaria: una, en la que el fiduciario está obligado a entregar todo lo fideicomitido, o por lo menos una parte cierta; y otra, en la que solamente debe entregar el posible residuo: la primera aparece regulada en el artículo 781 del Código Civil, que no está destinado a definir la sustitución fideicomisaria, sino a prevenir, para aquel tipo de sustitución que comporta obligación de conservar, el límite del segundo grado; la segunda, aludida en el artículo 783, *in fine*, según demuestra su antecedente inmediato, la base D) de las acordadas en 1882 por la Comisión *ad hoc* (15).

(14) Ampliamente regulada, en cambio, en el Derecho Foral, véase el artículo 243 y sigs. del Código de Sucesiones catalán; y la Ley 239 de la Compilación navarra.

(15) Según la base D) de la Ley de Bases de 1882, «*para que el fiduciario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvo las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador. Lo que el artículo 781 dice es que el fiduciario está terminantemente obligado a entregar los bienes fideicomitidos; pero ¿a qué bienes alcanza esta obligación? La respuesta se encuentra en el artículo 783, párrafo segundo, y no en el artículo 781; el fiduciario tiene obligación, en principio, de entregar la totalidad de la herencia o la parte de herencia fideicomiti-*

El fideicomiso de residuo es, por tanto, aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero fiduciario a una persona que no tiene la obligación de conservar entera la herencia fideicomitida para que en su día pase íntegra al fideicomisario (designado por el testador), supuesto de sustitución fideicomisaria normal. Por el contrario, en este fideicomiso se permite al fiduciario disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución del fideicomiso, sólo aquellos bienes de los el fiduciario no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todos.

NATURALEZA

La sustitución fideicomisaria presenta dos notas peculiares: una *esencial*, el llamamiento plural y cronológicamente sucesivo al fiduciario y fideicomisario; y otra *natural*, la obligación de conservar los bienes, impuesta al fiduciario. El testador puede dispensar de esta última obligación al fiduciario, lo que determinará la aparición del «fideicomiso de residuo». Esta posibilidad aparece recogida en el párrafo segundo del artículo 783 del Código Civil: «*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*». La expresión «*salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*» conlleva la posibilidad de que el testador dispense al fiduciario de la obligación de conservar la herencia o legado fideicomitidos.

Si el deber de conservar la herencia no es una nota esencial de la sustitución (16), podemos afirmar, de acuerdo con la doctrina mayoritaria (17), que su supresión, como se produce en el fideicomiso de residuo, no desvirtúa la figura de la sustitución fideicomisaria. Este fideicomiso es, sin duda, una sustitución fideicomisaria, porque respeta la que sí constituye única nota

da sin otras deducciones que las que corresponden por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, permitiéndole detraer una parte de la herencia o bien consumir o disponer indeterminadamente de los bienes fideicomitidos».

(16) Si bien mientras no conste una voluntad contraria que dispense de conservar, debe entenderse que la sustitución encierra el deber de hacerlo, puesto que, pese a no ser un elemento esencial, la obligación de conservar los bienes es un elemento *natural* de la sustitución fideicomisaria dispensable por el testador.

(17) DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 36 y sigs.; ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 1926 y sigs.; VALLET DE Goytisolo, J. B., «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho de Castilla y en el Código Civil», en ADC, 1956, págs. 846 y sigs.; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, Tomo II, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 62.

esencial de la misma: el llamamiento plural y sucesivo del fiduciario y del fideicomisario a la herencia.

ALBALADEJO argumenta de forma incontestable que el fideicomiso de residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria: «el artículo 781 no define la sustitución fideicomisaria como aquélla en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, sino que se refiere sólo a algunas sustituciones fideicomisarias, a aquéllas “en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia”, lo que implica que haya otras sustituciones posibles en las que se nombra un heredero para después del otro, pero no se impone a éste el deber de conservar la herencia, y esas son las sustituciones o fideicomisos de residuo» (18).

Pese a que la tesis expuesta es la mayoritaria (19) (y casi unánime), dentro de nuestra doctrina, encontramos opiniones contrarias (20), ya que algún autor ha afirmado que el fideicomiso de residuo no es una sustitución fideicomisaria, basándose en el hecho de que no hay deber de conservar, cosa que, como ya indicamos, no resulta esencial a esta figura, por lo que puede faltar, sin que por ello quede desvirtuada su naturaleza.

Esta postura, contraria a admitir que el fideicomiso de residuo sea una verdadera sustitución, ha tenido reflejo en nuestro Tribunal Supremo; por ejemplo, en las sentencias de 13 de noviembre de 1948, 25 de abril de 1951, 6 de abril de 1954, 20 de octubre de 1962, y 13 de marzo de 1989.

En este sentido, DÍAZ ALABART ha señalado que «las afirmaciones que hace el Tribunal Supremo en contra de acoger el fideicomiso de residuo como verdadera sustitución fideicomisaria, no constituyen nunca fundamento del fallo (...) el espíritu de tales sentencias sólo persigue poner de relieve que no se trata de una figura como la sustitución fideicomisaria normal, lo que es innegable» (21).

Según PUIG BRUTAU, la causa de que algún sector doctrinal defienda que el fideicomiso de residuo no es verdadera sustitución fideicomisaria, reside en que toma ideas extranjeras sin tener en cuenta la regulación que nuestro ordenamiento hace de las sustituciones fideicomisarias. Por ello, señala que «es natural que en los países cuyo Derecho Civil prohíbe las sustituciones fideicomisarias, se buscara la manera de legalizar la existencia de las inocuas sustituciones de residuo a base de afirmar que no eran sustituciones fideico-

(18) ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 1916.

(19) Junto a ALBALADEJO podemos citar a LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil», en *ADC*, junio de 1955, VIII, 3, págs. 743 y sigs. DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pág. 38.

(20) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Editorial Reus, Madrid, 1926, pág. 38.

(21) DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, págs. 42 y sigs.

misarias. Pero en España, admitidas las sustituciones fideicomisarias, la adopción de este criterio carece por completo de sentido» (22).

Una vez concluido que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, pasamos a ocuparnos de otro aspecto ampliamente discutido por doctrina y jurisprudencia: el fideicomiso de residuo es una sustitución «pura» o «condicional», porque, según sea la respuesta, las consecuencias serán distintas, y los bienes pasarán a unas u otras manos.

Si es una sustitución pura, el derecho a la sustitución lo adquiere el fideicomisario en el momento de la muerte del fideicomitente, y desde entonces puede transmitirlo a sus herederos (art. 784 del Código Civil); si es condicional, el fideicomisario sólo adquiere ese derecho una vez cumplida la condición, y si muere antes, ni lo adquiere ni lo transmite a sus herederos (art. 759 del Código Civil).

En nuestra opinión —coincidente con la doctrinalmente mayoritaria— (23), no se puede hablar de la sustitución fideicomisaria de residuo como una sustitución condicional. Sin embargo, entendemos que sí se puede someter tal sustitución a condición o a término, en cuyo caso sí nos encontraríamos ante un fideicomiso de residuo condicional (pero sólo en los casos en que así se haya dispuesto). Un ejemplo muy característico de este carácter condicional lo hallamos en las hipótesis en las que el fiduciario está obligado a entregar al fideicomisario los bienes de los que aquél no haya dispuesto, pero sólo si éste ha observado una determinada conducta, o si ha acontecido un concreto suceso, por ejemplo: «Dejo a Fulano mi herencia, y le permito que disponga de ella mientras viva, y a su muerte le ordeno que los bienes de los que no haya dispuesto pasen a Mengano, siempre que éste no haya contraído todavía matrimonio, o haya acabado su carrera, etc.».

Otro tipo de condición que frecuentemente podrá encontrarse en el fideicomiso de residuo es la condición impuesta por el fideicomitente de supervivencia del fideicomisario al fiduciario, y que sólo operará cuando así la haya establecido expresamente. Algo muy distinto era lo que ocurría en las Partidas,

(22) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1982, vol. II, pág. 523.

(23) Doctrina anticondionalista como la defendida por ROCA SASTRE, L., «El fideicomiso de residuo», en *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, pág. 83; PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, pág. 570; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *ob. cit.*, págs. 846 y 847; DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 49; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «Enajenación de los bienes pseudusufructuados», en *AAMN*, V, Madrid, 1950, págs. 913 y 914; ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 1929 y sigs. Aunque también hay voces en la doctrina que se alzan a favor de considerarlo como un llamamiento sometido a condición suspensiva, sería la doctrina condicionalista representada por CLEMENTE DE DIEGO, F., «Naturaleza jurídica...», *ob. cit.*, Reus, Madrid, 1926, págs. 109 y 110; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El fideicomiso de residuo», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, vol. III, pág. 379; HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes*, II, Madrid, 1968, pág. 207.

donde se consideraba como condición imprescindible que el fideicomisario sobreviviera al fiduciario para que hubiera sustitución fideicomisaria (24).

El fundamento de esta condición está en otorgar al fideicomisario de residuo un derecho personalísimo, porque si premuere al fiduciario no quiere el fideicomitente que su puesto lo ocupen sus herederos (del fideicomisario), sino que el fideicomiso se purifique en manos del fiduciario, y éste pase a ser propietario libre de la herencia exfideicomitada.

A nuestro modo de ver, no se puede considerar condicional este tipo de sustitución por el simple hecho de que, dentro del «residuo» que debe recibir el fideicomisario, pueda quedar algo o no. Al fideicomisario se le llama a heredar lo que reste, aunque pueda no quedar nada. Afirmar que esta circunstancia hace condicional la sustitución sería tanto como decir que el instituido heredero por el testador de forma «normal» es siempre llamado condicionalmente, porque también puede ocurrir que al morir el causante no deje bien alguno en su masa hereditaria; afirmación que nadie en su cabal juicio haría.

En cuanto a la postura adoptada por la jurisprudencia en relación con la condicionalidad o no del fideicomiso de residuo, podemos afirmar, tras un primer análisis de los fallos del Tribunal Supremo, que se muestra claramente condicionalista. Pero —como señala DÍAZ ALABART— un estudio detallado de dichos fallos lleva a concluir que «sólo son condicionalistas externamente o en apariencia, y por repetición verbal por unos fallos de lo que antes dijeron otros, pero que en el fondo casi ninguno acoge la tesis condicionalista de verdad y como fundamento de la resolución que adopta, pues eso lo hacen uno o, a lo sumo, dos sentencias... y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, ni de una de ellas se puede decir sino que, a lo más, exponen la situación del tema en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o advierten que hay una corriente defensiva de la tesis condicionalista, pero nunca que acojan ésta como verdadero fundamento de su decisión» (25). No hay que caer, por tanto, ni en el error de considerar el fideicomiso de residuo como condicional, bajo la condición de que queden bienes al morir el fiduciario, ni en el error de creer que la jurisprudencia es condicionalista, puesto que un estudio pormenorizado de la misma demuestra lo incierto de esta afirmación.

(24) Sirva como ejemplo de condicionalidad de la sobrevivencia la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1993.

(25) DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 73. En esta obra realiza un exhaustivo estudio de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, de las que se deduce dicho condicionalismo aparente. Podemos añadir, sobre este particular, sentencias posteriores a la obra de la mencionada autora, como las de 3 de noviembre de 1989, 11 de junio de 1990, 25 de mayo de 1993 y 17 de febrero de 1994, entre otras.

CLASES

La dispensa al fiduciario del deber de conservar los bienes fideicomitidos puede revestir muchas modalidades. De menor a mayor grado de libertad a favor del fiduciario para disponer de los bienes, podemos hablar de:

- a) Autorización para que el fiduciario disponga de los bienes de la herencia sólo cuando se pruebe que verdaderamente los necesita, necesidad que ha de ser siempre probada conforme a la buena fe (26).
- b) Autorización para disponer *inter vivos*, a título oneroso (27).
- c) Autorización para disponer *inter vivos*, a título gratuito.
- d) Autorización para disponer por actos *inter vivos y mortis causa*.

Esta última ha de ser concedida de forma clara y expresa (28), puesto que nunca se considerará implícita en la mera autorización para disponer, ya que la duda en cuanto a la posibilidad de disposición siempre será interpretada en sentido restrictivo. El supuesto de que el fideicomitente permita al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos por acto *mortis causa* nos llevaría a la figura de la *sustitución preventiva de residuo*, que merece tratamiento aparte en este trabajo, de modo que el fiduciario puede, si quiere, dejar en testamento los bienes fideicomitidos (o parte de ellos) a quien desee, y al fideicomisario irán exclusivamente aquellos de que aquél no haya dispuesto.

Del grado de permisividad que el fideicomitente tenga para con el fiduciario respecto a la disponibilidad de los bienes fideicomitidos es del que emanan las dos modalidades o clases de fideicomiso de residuo:

- Si el testador faculta al fiduciario para disponer de todos los bienes fideicomitidos sin ninguna traba o límite, los herederos fideicomisarios sólo recibirán, en su día, lo que reste, si es que queda algo de la herencia; he aquí el fideicomiso de residuo conocido como *si aliquid supererit* (si queda algo).
- Si el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de forma tal que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del

(26) En ocasiones, es clara la falta de buena fe del disponente, debido al deseo de éste de que los bienes fideicomitidos vayan a parar a sus parientes preferidos. Véanse, como ejemplos, las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1971, y la de 28 de febrero de 1974, entre otras.

(27) La cuestión que se plantea en este sentido es la disponibilidad o no del precio de enajenación. En el artículo 245-2.º del Código de Sucesiones catalán se establece la subrogación de los bienes nuevamente adquiridos (el precio de la venta, por ejemplo) en lugar de los enajenados en virtud de la autorización del testador. Regla que, en nuestra opinión, puede ser extrapolada al Código Civil.

(28) Véase en este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1982, así como las citadas en ella.

caudal hereditario (que necesariamente ha de recaer en ellos) por expresa voluntad del fideicomitente, aparecerá el fideicomiso de residuo llamado *eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

Si relacionamos estos dos tipos de fideicomiso de residuo con el tema de la condicionalidad o no condicionalidad del mismo, hemos de señalar que entre el fideicomiso de *si aliquid supererit* y el de *eo quod supererit* no hay diferencia en este sentido, ya que *en ambos supuestos el fideicomisario es nombrado como heredero puramente*; la única diferencia que separa los dos casos es que puede no quedar ningún bien, en el primero, y siempre ha de quedar algún bien, en el segundo. Por todo ello, podemos afirmar que la diferencia se refiere a los bienes, y no a la condicionalidad, que (como veíamos en el epígrafe anterior) nunca se basará en la existencia o no de bienes restantes.

LA PROHIBICIÓN DE SOBREPASAR EL SEGUNDO GRADO (ART. 781 DEL CÓDIGO CIVIL) NO AFECTA AL FIDEICOMISO DE RESIDUO

El artículo 781 del Código Civil establece una prohibición clara y tajante en materia de sustituciones fideicomisarias *«las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»*.

El fundamento de esta prohibición radica en evitar las vinculaciones permanentes de los bienes, por ser contrarias a la naturaleza de la propiedad, puesto que si no se pusiese tope a las transmisiones de la herencia fideicomitida, el fideicomitente podría vincularla a una cadena indefinida de sucesiones. Por eso se permiten, solamente, dos transmisiones efectivas más (dos sustitutos que realmente sucedan, de tal manera que no computan los que, aun habiendo sido nombrados, no hayan sucedido). En este sentido es en el que se ha utilizado la expresión *«segundo grado»*: dos transmisiones después del fiduciario, entendiendo el término *«grado»* como sinónimo de llamamiento, y no relacionándolo con el grado de parentesco, puesto que puede no haber relación de parentesco entre las partes implicadas en la sustitución fideicomisaria.

En caso de superar el límite legalmente establecido, las sustituciones serán nulas, mientras que la institución de heredero será válida; se trata de una nulidad parcial que sólo afecta a lo que exceda de aquellos límites.

Lo que nos interesa destacar ahora es si dicha prohibición, claramente consagrada en el supuesto de la que hemos venido llamando sustitución normal, debería también aplicarse a la de residuo. A esta pregunta hemos de darle una respuesta negativa, no sólo porque ante la duda hay que inclinarse

por la no prohibición (ya que las prohibiciones son de interpretación restrictiva), sino porque el artículo 781 del Código Civil contempla sólo las sustituciones en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita, dejando fuera de su ámbito aquéllas que no imponen obligación de conservar (dentro de las cuales sobresalen las sustituciones fideicomisarias de residuo).

Como ya hemos visto más arriba, en el fideicomiso de residuo el elemento esencial es el llamamiento sucesivo, pero no la obligación de conservar los bienes, que desaparece en este fideicomiso, y más concretamente en su modalidad de *si aliquid supererit*. No existe, por tanto, el peligro de que los bienes queden sustraídos imperativamente y por tiempo indefinido al libre comercio (hecho que se trata de evitar con esta prohibición), puesto que tanto el primer beneficiario como los sucesivos pueden disponer de ellos a su libre albedrío. Por consiguiente, en esta hipótesis no tendría razón de ser la citada prohibición.

5. SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO

Hemos visto que el fideicomitente puede autorizar al fiduciario para que disponga de los bienes de la herencia de muy diversas maneras: en todo o en parte, *inter vivos* e, incluso, *mortis causa*. Este último supuesto permite que vaya al fideicomisario sólo la parte de la herencia fideicomitida de la que el fiduciario no haya dispuesto ni en vida ni en su testamento, posibilidad que acoge tanto la jurisprudencia (29) como la doctrina (30), y que da lugar a la figura jurídica conocida como «sustitución preventiva de residuo», de la que analizaremos a continuación sus aspectos más destacados.

SU ENCAJE EN EL CÓDIGO CIVIL

Si bien es cierto que el Código Civil carece de normas sobre esta figura jurídica (lo que nos haría vacilar en un primer momento sobre si es posible ordenarla en el régimen del Código), podemos señalar, sin lugar a dudas, que la regulación de la sustitución preventiva de residuo es viable. Para ello, sería suficiente con aplicar los principios generales o institucionales que en materia de sucesiones inspiran el ordenamiento jurídico español; concreta-

(29) Sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1956, 20 de octubre de 1962, 25 de mayo de 1971, 2 de septiembre de 1987 y 10 de octubre de 1989.

(30) ALBALADEJO, M., *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona, 1982, págs. 262 y sigs.; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995; BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho Civil*, Edersa, Madrid, 1965; DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 218.

mente, nos referimos al principio de la libertad de testar y al principio del *favor testamenti*.

Esta propuesta de regulación que aquí defendemos se haría a semejanza de lo que ocurre en el artículo 250 del Código de Sucesiones catalán, donde aparece expresamente recogida esta figura, como veremos más adelante.

FUNDAMENTO Y DIFERENCIAS CON LAS DEMÁS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

El fundamento de la sustitución preventiva de residuo es distinto del de la sustitución fideicomisaria. En esta última lo que pretende esencialmente el causante es mantener un patrimonio dentro de su círculo familiar; en cambio, en la preventiva de residuo el fin no es otro que el de evitar la sucesión intestada en relación con los bienes procedentes del patrimonio del causante, de los que su heredero o legatario no haya dispuesto; de ahí el término «preventiva». Mediante ella el testador «previene» un posible abintestato del heredero sustituido, y establece, para evitarlo, una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo (o de testar) del mismo. Por consiguiente, la finalidad esencial de esta sustitución es la de impedir la sucesión intestada del heredero sustituido.

En este caso, los bienes de los que el fiduciario no haya dispuesto, ni en vida, ni *mortis causa*, van al fideicomisario como herencia del causante. Lo que ocurre es que, a diferencia del fideicomiso de residuo usual, en el preventivo, con disponibilidad *mortis causa*, se concede al fiduciario, incluso, poder para disponer de los bienes fideicomitidos en favor de su propio heredero, o de nombrarse él para sí un heredero en ellos, que los reciba como herencia suya.

Puede, por tanto, el fiduciario, no sólo (como en el fideicomiso de residuo «usual») privar de los bienes al fideicomisario sacándolos del propio patrimonio fideicomitido, con lo que no estarán ya en la herencia fideicomisaria para que el fideicomisario los reciba al tomar ésta, sino dejarlos intocados en el mismo patrimonio fideicomitido hasta su muerte. En este sentido, lo que sí puede hacer es ordenar que no formen parte de la postherencia que ese patrimonio constituirá para el fideicomisario en el momento de tal muerte, sino que se integren en su propia herencia (del fiduciario).

Como ejemplo jurisprudencial de apreciación de la existencia de sustitución preventiva de residuo podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1989 (31).

(31) En ella el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 3, de la misma capital. Para

Por el contrario, y en la línea de establecer una clara distinción entre el fideicomiso de residuo usual y el preventivo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de septiembre de 1987 (32) afirma que «nos encontramos ante un fideicomiso de residuo definido y regulado en el artículo 210.1.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, y por virtud del cual el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares, y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional (para después de su muerte) facultándole, no obstante, para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos *inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito al fideicomisario de los que no hubiere dispuesto. En ningún momento se puede hablar en este caso de una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210.2.º del mismo cuerpo legal, pues para ello hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa*, supuesto que no concurre en el presente caso».

Para demostrar la eficacia práctica de todo lo estudiado hasta ahora, principalmente en relación con el fideicomiso de residuo y con el preventivo, tomemos como base esta sentencia y analicemos, antes de discutir el carácter condicional del preventivo de residuo, la posibilidad, ya estudiada, de someter un fideicomiso de residuo a condición, cuando así lo quiera el causante y sin que por ello sea, por naturaleza (y en todos los casos), una sustitución fideicomisaria condicional, por el sólo hecho de que queden o no bienes, como ya hemos aclarado anteriormente.

La cláusula del testamento desencadenante del litigio que concluyó con la presente sentencia era la siguiente: «De todos mis restantes bienes muebles e inmuebles, presentes y venideros, créditos, derechos y acciones que me pertenecen y pueden pertenecerme por cualquier título, causa o razón, nombro e instituyo heredero mío universal a mi hijo único Jaime G. y C., quien no podrá disponer de la herencia libremente hasta haber cumplido la edad de

comprenderla, hemos de tener en cuenta que se encuentra enmarcada en Cataluña, donde se regula dicha figura jurídica, actualmente en el Código de Sucesiones, y antes de 1991 en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, publicada en el Texto Refundido del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, con base en la Ley 40/1960, de 21 de julio. Según la citada sentencia: «El motivo de este rechazo fue, en primer lugar, la calificación de las facultades diferidas a la madre, en el testamento del padre, dentro de la institución consistente en sustitución preventiva de residuo y no de fideicomiso de residuo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 210, párrafo 2.º, y 216 de la Compilación. Como segundo motivo se esgrimió el hecho de entender designados en el testamento de la madre, como herederos, a los hijos demandados, por lo que la elección había de reputarse bien hecha, según doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de esta Sala de fecha 27 de mayo de 1974 y 25 de mayo de 1971».

(32) Sentencia que, tras estimar el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona y confirma la del Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Hospitalet de Llobregat (nuevamente jurisdicción catalana).

veinticinco años, o antes si se casare y tuviere uno o más hijos. Y para los casos de premorirme, mi dicho hijo y heredero, o sobrevivirme y no ser tal heredero por no poder, o por no querer serlo, y siéndolo, para el caso de morir antes de haber cumplido la edad de veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales uno o más, le sustituyo y herederos míos universales nombro e instituyo a mi hermano don Cosme G. T., y a mis sobrinos, hijos de mis hermanas fallecidas, sucediendo éstos por derecho de representación de sus respectivas madres».

En la cláusula se perfilan dos partes diferenciadas. La primera contiene una institución de heredero a favor del hijo del causante, seguida de una prohibición temporal de disponer. En la segunda, se ordenan una serie de sustituciones: *a)* una primera sustitución vulgar en favor de las mismas personas a las que después se referirá, para los casos de premoriencia del heredero, o para los supuestos de que no llegue a serlo; y *b)* una segunda sustitución fideicomisaria de carácter condicional, instituida para después de la muerte del heredero fiduciario, y sujeta a las dos condiciones alternativas siguientes: en el caso de morir (el heredero) antes de haber cumplido los veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos, le sustituye y nombra herederos suyos a su hermano y a sus sobrinos (hijos de hermanas fallecidas, que acuden por derecho de representación). Necesariamente, existen dos condiciones distintas y referidas a dos supuestos diferentes, de tal manera que la concurrencia de cada uno de estos supuestos por separado dará lugar al nacimiento de la sustitución fideicomisaria: si el fallecimiento del heredero se produce antes de los veinticinco años, o bien si, a pesar de morir una vez superada esta edad, no tiene descendencia.

Si tenemos en cuenta que el testamento constituye una unidad, donde se plasma la voluntad del testador, es necesario armonizar las dos partes que contiene la cláusula estudiada e interpretarlas integrándolas armónicamente, para evitar contradicciones que pudieran presentarse entre las distintas manifestaciones de voluntad. De este modo, la facultad otorgada al heredero en la primera parte de la cláusula, de *disponer libremente* de la herencia una vez que cumpliera veinticinco años o antes si se casara y tuviera hijos, hay que interpretarla poniéndola en relación con la sustitución fideicomisaria que se dispone en la segunda parte.

En relación con lo anterior, hay que entender que el testador sólo le autorizaba a *disponer libremente por actos inter vivos*, pues extendiéndose la autorización a la disponibilidad *mortis causa*, se produciría la contradicción insalvable de admitir que el testador ordenaba una sustitución fideicomisaria en favor de terceras personas, para el caso de morir el heredero sin tener descendencia, cualquiera que fuera su edad, y al mismo tiempo autorizaba al fiduciario a disponer por testamento de los bienes hereditarios a partir de los veinticinco años.

Por todo ello, el fallo de la sentencia fue el de reconocer que nos encontramos ante un fideicomiso de residuo, definido y regulado en el artículo 210.1.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, y no ante una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210.2.º de la misma. Para considerarla preventiva de residuo, hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa*, supuesto que no concurre en el presente caso.

SOBRE EL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE CONDICIONAL DEL FIDEICOMISO PREVENTIVO DE RESIDUO

Si consideramos el fideicomiso preventivo de residuo como una modalidad del fideicomiso de residuo en la que el fiduciario tiene un pleno *ius disponendi* que le permite actuar, por tanto, con total libertad respecto del patrimonio hereditario, sería lógico adelantar que, igual que en el fideicomiso de residuo no hablábamos de condicionalidad del mismo por el solo hecho de que quedaran o no bienes, en este caso también debemos hablar de incondicionalidad (con las matizaciones que veremos más adelante).

Podemos hacer esta afirmación porque la mayor extensión de la disponibilidad de los bienes fideicomitidos en la sustitución preventiva no afecta a que la institución del fideicomisario sea tan pura como en el fideicomiso de residuo usual (lo único es que hay más vías para que los bienes fideicomitidos puedan salir de la herencia fideicomisaria).

Por consiguiente, tanto en el caso de la sustitución preventiva, como en la de residuo «usual», se quiere como heredero futuro al fideicomisario desde un primer momento, si bien subordinado al fiduciario, para que aquél herede lo que quede de la herencia, por no haber dispuesto de ella el fiduciario ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Circunstancias distintas se dan en aquellos casos en los que el testador, como ocurre en el fideicomiso de residuo «usual», puede instituir (también en la sustitución preventiva) *sub conditione* al fideicomisario; o que el testador ordene que lo que de la herencia haya dejado el fiduciario sin disponer ni *inter vivos* ni *mortis causa* sólo lo tome el fideicomisario, si realizó una conducta esperada o si aconteció determinado suceso.

Desde el punto de vista que hasta ahora estamos analizando, el fideicomiso preventivo de residuo no es condicional por el hecho de que el fiduciario no haya dispuesto *mortis causa* de los bienes fideicomitidos (igual que tampoco se considera condición el no haber dispuesto *inter vivos* para el fideicomiso de residuo «usual»). Se entiende que quiere como postheredero al fideicomisario en todo caso, aunque no queden bienes. El hecho

de que queden o no bienes no es una condición de la que dependa la institución, sino simplemente que si no quedan, no tomará bienes porque no los hay.

Hay supuestos en los que sí podemos hablar de *condicionalidad* del fideicomiso preventivo de residuo. En primer lugar, en aquellos supuestos concretos en los que el testador *sí* ha dispuesto claramente que la falta de disposición *inter vivos* (residuo usual) o *mortis causa* (preventivo de residuo) debe ser considerada una verdadera condición puesta por él como requisito indispensable para la adquisición de los bienes. En segundo lugar, también habrá que entender que es condicional la sustitución preventiva ordenada para el supuesto de que el fiduciario muera intestado, porque entonces sí hay un hecho (que el fiduciario haya testado o no) que es inseguro y constituye verdadera condición puesta al nombramiento de fideicomisario.

En este último caso no se alude a la circunstancia de que queden bienes fideicomitidos de los que no se haya dispuesto, ni *inter vivos* ni *mortis causa* (lo cual no supondría una condición), sino que se hace referencia al hecho de que el fiduciario haya o no testado. Este acontecimiento sí que puede configurar una condición.

En el caso de que el fiduciario haya testado, pueden ocurrir dos cosas. La primera consiste en que si se ordenó la sustitución preventiva para el supuesto de que no hubiese testado, los bienes fideicomitidos (aunque el fiduciario al testar no hubiese dispuesto de ellos) deben ir al heredero que él instituyó. Por el contrario, el segundo supuesto radica en que, si se ordenó la sustitución preventiva para cuando el fiduciario no hubiese dispuesto ni siquiera *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, aunque hubiese testado, si en su testamento no dispuso de éstos, dichos bienes pasarían a engrosar el patrimonio del fideicomisario.

Es en este sentido en el que podemos hablar de *condicionalidad* del fideicomiso preventivo de residuo, en las hipótesis de sustitución preventiva ordenada para aquellos supuestos en los que el fiduciario muera intestado. Así lo han señalado algunos autores (33), como O'CALLAGHAN, quien afirma que «la naturaleza jurídica de la sustitución preventiva de residuo, entiendo que es de una institución de heredero o legatario condicional. En efecto, el causante nombra un sustituto para el caso de que el heredero o legatario sustituido, no habiendo dispuesto *inter vivos* de todos los bienes objeto de la herencia o legado, fallezca intestado, lo que constituye un hecho futuro y objetivamente incierto, es decir, una condición. El primer llamado, sustituido,

(33) PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, III, 1.º, Barcelona, 1979, pág. 234; DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 49, y RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *ob. cit.*, pág. 456.

es heredero o legatario libre; y la sustitución se produce cuando se cumple, si se cumple, la indicada condición» (34).

FIGURAS JURÍDICAS AFINES: EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER,
EL «PSEUDOUSUFRUCTO TESTAMENTARIO» Y EL USUFRUCTO SUCESIVO

El usufructo con facultad de disponer

Es frecuente que el testador conceda al usufructuario establecido en testamento la facultad de disponer de los bienes usufructuados, o de parte de ellos. Las diversas modalidades de esta facultad de disposición se asemejan a las explicadas para el fideicomiso de residuo, y van desde la disposición en caso de necesidad apreciada por determinadas personas (o bien demostrada por el hecho de haber gastado previamente el usufructuario todos sus recursos), hasta la enajenación dejada a la libre voluntad del usufructuario y sin alegación de necesidad alguna, e incluso (aunque en raras ocasiones) la disposición por título gratuito.

La diferencia básica entre éste y el fideicomiso de residuo radica en que el usufructuario, aunque facultado para disponer, no deja de ser un usufructuario, mientras que el fiduciario, en el fideicomiso de residuo, es propietario. El usufructo, incluso el de disposición, es un *ius in re aliena*, un gravamen que pesa sobre la propiedad de los bienes usufructuados, mientras que el derecho del fiduciario de residuo es un dominio, aunque gravado de restitución, sobre los bienes fideicomitidos. Por todo ello, el fiduciario de residuo será heredero, mientras que el instituido en usufructo, aunque sea universal, será reputado legatario (art. 768 del Código Civil).

En este sentido, se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 8 de febrero de 1958: «en el usufructo con facultad de disponer el titular tiene un *ius in re aliena*, en tanto que en el fideicomiso de residuo se está ante un dueño en pleno dominio que sólo tiene la limitación de no poder disponer de él *mortis causa*»; y en la de 2 de diciembre de 1986, cuando señala que «siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un *ius in re aliena*, con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad, no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa,

(34) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, M., t. XXIX, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1978, pág. 518.

sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho».

Como consecuencia de esta diferencia básica, surgen otras, como son:

1. El usufructuario y los nudos propietarios son herederos directos y simultáneos, hay concurrencia entre ellos; en cambio, mientras que el fiduciario es heredero directo, los fideicomisarios son herederos indirectos o sucesivos.
2. Consecuencia de lo anterior es que los nudos propietarios deben intervenir, junto con el usufructuario, en las operaciones particionales; sin embargo, no es precisa la intervención de los fideicomisarios.
3. Mientras que el fiduciario es propietario, el usufructuario es titular de un derecho en cosa ajena. En el fideicomiso de residuo al dominio pleno se le ponen limitaciones, bien por la naturaleza de la figura (no disponer *mortis causa*), bien por la voluntad del fideicomitente. En el usufructo de disposición, en cambio, se parte de un grupo limitado de facultades, a las que se añaden ampliaciones que no corresponden a la naturaleza del usufructo. En el primero, lo normal es el dominio y lo excepcional no poder disponer; en el segundo, lo normal es el simple goce y lo anormal el poder disponer.
4. En el usufructo con facultad de disponer hay delación simultánea de dos derechos que se complementan, mientras que en el fideicomiso hay delaciones sucesivas de dos derechos que (en principio) se excluyen, ya que no pueden existir simultáneamente.

Un problema especial que plantea esta institución es el de si el usufructuario con facultad de disponer puede prescindir de los herederos instituidos en nuda propiedad, y liquidar por sí solo la sociedad de gananciales del difunto y partir sus bienes. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, ya que dichas operaciones deben ser realizadas conjuntamente por el usufructuario y los nudos propietarios. Esto es así, no sólo por lo que se deduce de lo expuesto hasta ahora, sino porque así lo ha considerado también la Dirección General de los Registros y del Notariado en alguna de sus Resoluciones, como la de 24 de abril de 1990, en la que se afirma que «...el llamamiento a los hermanos del causante (como nudos propietarios) y el efectuado en favor de la esposa (como usufructuaria vitalicia) son dos vocaciones simultáneas referidas a realidades diferentes, usufructo y nuda propiedad, y que han de operar desde el momento mismo de la muerte del testador, de modo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.410 y 1.058 del Código Civil, y en tanto no conste su renuncia, no cabrá prescindir de los herederos instituidos en nuda propiedad al liquidar la sociedad de gananciales del difunto y partir sus bienes».

El «pseudousufructo testamentario» (35)

No es raro encontrar en los testamentos cláusulas testamentarias de este tipo: «Instituyo heredero en usufructo a X, pasando a su muerte el pleno dominio de los bienes a los hijos o descendientes legítimos que entonces pueda tener el propio X», o bien: «Instituyo heredera usufructuaria a mi esposa, y a su muerte sean herederos en pleno dominio mis sobrinos». El testador, en estos casos, no designa a la vez que al usufructuario, nudo o nudos propietarios correlativos, sino plenos propietarios a partir de la muerte de aquél.

Las dudas que surgen ante estas cláusulas son las siguientes:

- ¿Quiénes devienen, en el momento mismo de abrirse la sucesión, nudos propietarios?
- Si heredan en su momento aquellos designados plenos propietarios existentes al abrirse la sucesión, pero ya no al fallecer el usufructuario.
- Si heredan quienes, no existiendo todavía al abrirse la sucesión, viven ya al extinguirse el usufructo.
- ¿Cuál es la situación de los bienes «usufrutuados» en el tiempo que media entre uno y otro momento, y, en particular, cuál es el régimen de su enajenación?

Para GONZÁLEZ PALOMINO, «como en dichas cláusulas no hay disposición actual de nuda propiedad (36) y los llamados al pleno dominio son de momento desconocidos y pueden ser *nondum concepti* en el momento de abrirse la sucesión, no hay más remedio, si se quiere respetar la voluntad del testador, que entender que tales cláusulas llevan implícita una sustitución fideicomisaria» (37).

La clasificación de las cláusulas de disposición del usufructo depende, sobre todo, de la voluntad del testador y, por tanto, es cuestión de interpretación; así pues, habremos de preguntarnos qué quiso en realidad el causante, es decir, si deseaba o no que sucediesen los no concebidos, o quienes premueren al usufructuario, etc., sin dar excesivo valor a sus palabras (en concreto, al término «usufructo»), pues el testador difícilmente podrá distinguir entre usufructuario y heredero *ad tempus*.

(35) Se trata de un usufructo sin asignación coetánea de la nuda propiedad. Para un estudio pormenorizado de esta figura, véase CUADRADO IGLESIAS, M., «Configuración jurídica del llamado “pseudousufructo testamentario”», en *RDP*, abril 1971, págs. 1063 y sigs.

(36) Cuya existencia coetánea al usufructo es necesaria, según este autor, para que verdaderamente se dé este último derecho.

(37) GONZÁLEZ PALOMINO, J., *ob. cit.*, pág. 831.

Una vez instituidas personas futuras en la nuda propiedad, la decisión dependerá de si se entiende que el Código Civil desconoce la sucesión directa de los no concebidos o si es ésta posible. En la primera hipótesis, la forma de salvar la voluntad del causante y, por consiguiente, las disposiciones a favor de quienes no viven al tiempo de abrirse la sucesión, es acudir a la sustitución fideicomisaria. En la segunda, quizá la más admitida, se entiende posible la sucesión directa de los no concebidos, pero no por ello se cierra el camino a la sustitución fideicomisaria.

Deberíamos, en este sentido, analizar detenidamente si el testador pretendía atribuir al nombrado usufructuario un mero *ius in re aliena*, o si quería nombrarlo heredero *ad tempus* (también dependerá de si el testador condicionaba o no la adquisición de los herederos ulteriores a su supervivencia al «usufructuario»). En el primer caso ha de cuestionarse, además, si verdaderamente juegan algún papel los herederos *ab intestato*, o estamos ante una titularidad del caudal transitoriamente incierta, en espera de que se determinen los sucesores definitivos en plena propiedad.

En la jurisprudencia, las soluciones son vacilantes debidas no sólo a la variedad de supuestos reales, sino también a las vacilaciones doctrinales. En ocasiones, el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado aceptan la posibilidad de resolver el «usufructo» en una situación fideicomisaria (sentencias de 6 de marzo de 1944 y 6 de abril de 1954); otras veces consideran que no hay usufructo sin nuda propiedad, y cuando de la expresión del testador se deduce su intención de gratificar, en todo caso, al instituido en nuda propiedad, aprecian en la atribución de usufructo un mero legado a término (sentencia de 17 de mayo de 1955 y Resolución de 5 de enero de 1959). Por último, están las decisiones que admiten la presencia de la condición de supervivencia del heredero instituido al usufructuario, y afirman (sentencias de 4 de febrero de 1970 y 4 de diciembre de 1975) que el usufructo no requiere ineludiblemente la nuda propiedad coetánea, por lo que consideran admisible una situación provisional de pendencia hasta que, en el momento del fallecimiento del usufructuario, se concreten los herederos en plena propiedad y sin que antes haya otro sucesor.

Si el testador designa sólo al usufructuario vitalicio, sin mencionar al futuro sucesor en los bienes, los heredan quienes fueron sucesores *ab intestato* de dicho testador al fallecer el usufructuario instituido (STS de 8 de mayo de 1979).

El usufructo sucesivo

El artículo 787 del Código Civil, en su inciso primero, establece: «*La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida*».

Pese a las semejanzas externas entre tal situación de disfrute y la producida por la sustitución fideicomisaria, podemos concluir, como ya adelantaba GARCÍA GOYENA en relación con el artículo 638 del Proyecto de 1851 (38), que «hablando con propiedad no hay verdadera sustitución, sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la propiedad» (39).

En efecto, de una parte el usufructuario es titular de un *ius in re aliena*, y no de una propiedad *ad tempus*, como sucede en el caso del fiduciario; correlativamente, al cesar el usufructo, el contenido de éste se reincorpora a la nuda propiedad por virtud de la *vis atractiva* del dominio, y no por especial disposición del causante. El nudo propietario es titular del dominio gravado con el usufructo desde el primer momento, y no un mero portador de una expectativa de dominio futuro, como acontece en el supuesto del fideicomisario mientras vive el fiduciario.

El artículo 787, *in fine*, del Código Civil, afirma que si el testador llamare al usufructo a varias personas no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781. Esta regla trata de evitar que, mediante la atribución sucesiva del usufructo a diversas personas, se llegue a una indefinida inmovilización de la propiedad, ya que se aplica el límite del segundo grado en un supuesto idéntico.

Aun sin el artículo 787, cabría aplicar al usufructo sucesivo dichos límites, pues al existir un orden sucesivo de usufructuarios, hay también sucesión fideicomisaria: la muerte del primer usufructuario no extingue el usufructo, sino que lo traslada al segundo, y así en cuanto a los restantes, si bien siempre como recibido del testador. Eso sí, aquí la obligación de conservar se halla duplicada y oculta por la correspondiente al usufructo, pero tampoco falta.

(38) Artículo 638: «*No se entiende sustitución prohibida, la disposición en que el testador deje la propiedad a uno, y el usufructo a otro u otros con la limitación prescrita en el artículo 437.*

Puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbere para el caso en que éste muera antes de llegar a la pubertad.

Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario».

(39) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, pág. 86.

6. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y PREVENTIVO DE RESIDUO EN EL DERECHO FORAL

Analizaremos aquí aquellos Derechos forales en los que aparecen la sustitución fideicomisaria de residuo y la preventiva de residuo como tales, motivo por el cual no trataremos el Derecho aragonés (40).

CATALUÑA

Es en Cataluña donde las sustituciones fideicomisarias gozan de un mayor arraigo y regulación, como así lo demuestran tanto la anterior Compilación del Derecho Civil de Cataluña, que dedicaba el Capítulo VII del Título segundo del Libro II a los fideicomisos (arts. 165 a 215) y el Capítulo VIII del mismo libro a la sustitución preventiva de residuo (art. 216), como el actual Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña (CSCat), aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, donde se habla expresamente de la sustitución preventiva de residuo en los artículos 250 y 251 en términos muy similares a los de la Compilación. En este punto, la normativa catalana se diferencia del Código Civil, ya que en éste no aparece regulado de manera expresa el fideicomiso de residuo, ni su modalidad de preventivo, como ya hemos expuesto anteriormente.

En Cataluña, la existencia de los fideicomisos es muy antigua; se fechan las primeras cláusulas fideicomisarias a mediados del siglo XII. La regulación de los fideicomisos en el Derecho catalán se basa en las reglas existentes sobre la materia en el Derecho romano; no en vano, el Preámbulo de la Ley que aprueba el Código de Sucesiones catalán establece que «no se modifican los grandes principios propios del Derecho romano, tan arraigado en el derecho sucesorio catalán». Pero hay que matizar que, pese a ser el inspirador de muchos principios del Derecho catalán, resulta del todo lógico que su recepción esté matizada por el devenir histórico.

Frecuentemente los fideicomisos se constituyen por contrato, sobre todo en las capitulaciones matrimoniales, que contienen heredamientos de todas clases; y en éstos, principalmente en los preventivos y prelativos, se estable-

(40) En Aragón se considera fideicomiso la institución indirecta de heredero por la que se encarga al instituido que transmita la herencia, total o parcialmente, a una tercera persona. En este Derecho foral no se recogen especialidades significativas en materia de sustituciones. El párrafo 1.º del artículo 141 de su Compilación, reformado por Ley de 21 de mayo de 1985, dispone que, «salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán, en la porción correspondiente, sus hijos o ulteriores descendientes...».

cen muy a menudo fideicomisos. Lógicamente se admiten todas las clases de fideicomisos que ya aparecían en el Derecho romano, aunque los más frecuentes en Cataluña son los a término y los condicionales.

El fideicomiso de residuo aparece regulado en el Código de Sucesiones como una sustitución fideicomisaria, puesto que tiene también por esencia el *ordo successivus*, que se mantiene inalterado (como ya hemos visto al estudiar esta figura en el Derecho común) y sólo varía la cuantía objeto del fideicomiso. En concreto, se considera como una sustitución fideicomisaria en la que el fideicomitente dispensa al heredero (fiduciario) del deber de conservar la herencia, se amplían las facultades dispositivas del fiduciario, y se observan aquí todas las demás pautas señaladas sobre esta figura en el Derecho común (como su distinción entre de *eo quod supererit* y *si aliquid supererit*) con la particularidad de que aquí viene regulado en el articulado del Código de Sucesiones, prácticamente en los mismos términos que en la Compilación, puesto que tanto en el fideicomiso de residuo «usual» como en el preventivo, los términos utilizados en la Compilación y en el Código de Sucesiones son muy similares, y sólo varían algunas expresiones, pero que no alteran su contenido.

Centrándonos en la sustitución preventiva de residuo, regulada en los artículos 250 y 251 del CSCat (41), diremos que la misma tiene lugar en dos casos:

(41) Artículo 250: «*Se entenderá establecida sustitución preventiva de residuo en el caso a que se refiere el tercer párrafo del artículo 243, y también cuando el testador, en previsión de que algún heredero o legatario fallezca sin dejar heredero voluntario, llame a una o más personas para que al fallecimiento de aquéllos hagan suyos los bienes que hubieran adquirido con este carácter del testador y de los cuales no hubieran dispuesto por actos entre vivos, donación, institución de heredero, legado u otra liberalidad.*

La delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo sólo tendrá lugar si el heredero o el legatario fallecen intestados, y se entenderá que esto ha ocurrido cuando fallezcan sin testamento o con testamento que se anuló, revocado o ineficaz, o si por otra causa el heredero instituido no llega a sucederles, salvo que sea otra la voluntad del testador. La sustitución no tendrá lugar si fallecen con heredero instituido en heredamiento que llegara a serlo, pero prevalecerá la sustitución preventiva de residuo de ser el heredero o legatario sustituido cónyuge del causante que, junto con éste, hubiera otorgado heredamiento preventivo».

Artículo 251: «*En todas las modalidades de la sustitución preventiva de residuo, los bienes de los cuales el heredero o legatario no hubiera dispuesto por actos entre vivos o por causa de muerte serán adquiridos por los sustitutos preventivos de residuo como sucesores del testador.*

Salvo disposición expresa del testador, quedarán excluidos de la sustitución aquellos bienes a que se refiere el último párrafo del artículo 246.

La sustitución preventiva de residuo implicará la vulgar tácita si el testador no establece lo contrario, y quedará sin efecto por renuncia o indignidad sucesoria de todos los sustitutos, o por premorir todos éstos al heredero o al legatario sustituidos».

1. Expresamente: cuando el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar heredero voluntario, llame a una o más personas para que, en el momento del fallecimiento de aquéllos, hagan suyos los bienes del testador de los que el fiduciario no hubiere dispuesto por acto entre vivos, donación, institución de heredero, legado u otra liberalidad.
2. Implícitamente: cuando el heredero o el legatario resulten expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o del legado por actos entre vivos y por causa de muerte, y designar, para después de fallecer aquéllos, un sustituto o sustitutos.

El Código de Sucesiones, continuando con los planteamientos ya adoptados por la Compilación, señala en estos artículos que la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo solamente tendrá lugar en los casos en que el heredero o el legatario mueran intestados o sin herederos instituidos en heredamiento que llegue efectivamente a serlo. En consecuencia, se producirá la sustitución preventiva, salvo voluntad distinta del testador, cuando el heredero o legatario fallezcan:

- Sin testamento.
- Con testamento nulo.
- Si el heredero instituido no llegase a serlo por cualquier causa, además de las expresadas.
- Si se tratara de un heredamiento preventivo y el heredero o legatario sustituido fuese cónyuge del causante que, junto con éste, hubiere otorgado el heredamiento.

En relación con lo anterior, diremos que en la sustitución preventiva de residuo pueden darse las siguientes situaciones:

- a) Que el primer llamado haya dispuesto íntegramente, por actos *inter vivos*, de los bienes que recibió del causante. En este supuesto nada adquirirá el sustituto.
- b) Que el primer llamado no haya dispuesto por actos *inter vivos* de la totalidad de los bienes recibidos del instituyente, pero sí haya dispuesto *mortis causa* del resto en su totalidad a favor del heredero por él instituido en testamento o heredamiento. En este caso, tampoco recibirá nada el sustituto.
- c) Que el primer llamado haya dispuesto sólo de parte de los bienes por actos *inter vivos* y fallezca sin haber instituido heredero en testamento o heredamiento. En esta hipótesis, el sustituto recibirá el resto no dispuesto por el instituido, en llamamiento condicional en los térmi-

nos vistos, como heredero directo del testador. En este sentido, destaca la afirmación hecha por el artículo 251 del CSCat, en su párrafo 1.º: «*los bienes de que el legatario o heredero no hubiere dispuesto por actos inter vivos o mortis causa los adquirirán los sustitutos preventivos de residuo como sucesores del testador*».

Es importante en este punto poner de manifiesto que la Compilación, en un primer momento, y el Código de Sucesiones, en la actualidad, resuelven de manera afirmativa la cuestión planteada en el Derecho común en cuanto a si la sustitución fideicomisaria (aquí aplicada a la preventiva) implica una sustitución vulgar. Así lo dispone el artículo 251, párrafo 3.º del CSCat, cuando señala que «*la sustitución preventiva de residuo implica la vulgar tácita, si el testador no establece lo contrario*».

Esta respuesta afirmativa nos parece acertada por dos razones:

1. Porque creemos que ésta parece ser la solución más conforme con la presunta voluntad del causante, pues al designar al sustituto ha demostrado o exteriorizado su preferencia en relación a sus herederos intestados.
2. Porque el llamamiento condicional que encierra —y que sirve para prevenir el abintestato— justifica esta figura, ya que si en los casos en que faltara el inicialmente instituido hubiera de llamarse a los sucesores abintestato de éste, quedaría burlada la previsión hecha por el testador al ordenar la sustitución preventiva de residuo.

En cuanto a los elementos reales de la sustitución preventiva de residuo, debemos señalar que se extiende a aquellos bienes de que el instituido no hubiere dispuesto por actos *inter vivos* ni *mortis causa*. Si el sustituido ha dispuesto de todos los bienes, el sustituto —como ya vimos— nada adquiere.

Habrà que tener aquí en cuenta qué bienes son los que quedan excluidos de la sustitución preventiva de residuo, que, salvo disposición expresa del testador, serán «*los bienes muebles, o sus subrogados, que al tiempo de producirse la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo estuviesen incorporados o destinados materialmente por voluntad del sustituido a su propio patrimonio, o que se encuentren poseídos pública y pacíficamente como suyos, a sabiendas del sustituido*» (art. 251, párrafo 2.º, en relación con el art. 246, ambos del CSCat).

Por último, el artículo 251, párrafo 3.º, *in fine*, del CSCat establece las causas de extinción, que, lógicamente, son aquéllas en las que la sustitución preventiva de residuo se purifica, al no existir sustitutos «*por renuncia o indignidad sucesoria de todos los sustitutos, o premoriencia de los mismos al heredero o legatario sustituido*». En este supuesto, los bienes que constituyen su objeto pasarán a los herederos abintestato del sustituido, si bien no se

producirá tal llamamiento si el sustituyente o causante ha previsto una sustitución vulgar para el sustituto preventivo; es decir, ha previsto que si este sustituto no quiere o no puede suceder, sea otra persona quien ocupe su puesto como sustituto preventivo.

NAVARRA

La Compilación navarra regula en el Capítulo IV del Título VIII del Libro II la sustitución fideicomisaria de residuo, concretamente en la Ley 239. En esta norma, se establecen dos apartados:

- 1.^a *Disposición de bienes por el instituido. «En las sustituciones de residuo, si no se hubiere ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer de los bienes por actos inter vivos y a título oneroso. Si se le hubiere autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos inter vivos o mortis causa».*
- 2.^a *Residuo. «Los bienes de que el instituido no hubiere dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos».*

Con esta redacción se establecen para el fideicomiso de residuo los siguientes principios:

- a) Se estará, ante todo, y conforme a la regla general que informa todo el Derecho navarro, a la voluntad del disponente.
- b) A falta de ella, se caracteriza el fideicomiso de residuo por lo siguiente:
 - El poder de disposición de que goza el fiduciario alcanza sólo, en principio, a los actos *inter vivos* y a título oneroso.
 - Parece que regula sólo el fideicomiso de residuo de *si aliquid supererit*, en el que no se produce la subrogación real, es decir, la enajenación de un bien fideicomitado realizada por el fiduciario, así como los bienes que adquiera el fiduciario a cambio, quedan libres del fideicomiso. Se está ante esta figura cuando la expectativa del fideicomisario se subordina al hecho de que al fallecer el fiduciario queden en la herencia —o legado— bienes de los que no hubiese dispuesto el fiduciario. Así lo dispone claramente el citado párrafo 2.º de la Ley 239, cuando dice que los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos.

El fiduciario puede, por tanto, disponer de todos los bienes fideicomitidos, sin limitación, a título oneroso; y los bienes que pudiera adquirir como consecuencia de la disposición onerosa de los fideicomitidos quedan libres del fideicomiso y pasan a ser propios del fiduciario. No se produce el juego de la subrogación real. Esto viene confirmado por la propia Compilación cuando, para la sustitución fideicomisaria ordinaria, en contraste con la de residuo, establece expresamente la Ley 235 el juego de la subrogación real en los supuestos en los que el fiduciario enajenare por sí solo en concepto de libres, o sustituyere por otros, los bienes objeto del fideicomiso.

- En cuanto a la disposición a título lucrativo de los bienes fideicomitidos, la Compilación recoge en forma sintética la institución preventiva de residuo, al disponer que si el constituyente del fideicomiso hubiese autorizado al fiduciario para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa* (cfr. inciso segundo del párrafo 1.º de la Ley 239).

BALEARES

Respecto a Mallorca y Menorca, la Compilación de 1961 fue modificada el 28 de junio de 1990 y, concretamente, sus artículos 25 a 37 son los que se ocupan de las sustituciones fideicomisarias, nuevamente inspiradas en el Derecho romano, pero con la necesaria adaptación de su regulación a los supuestos actuales.

El fideicomiso de residuo, éste aparece regulado en el artículo 37: «*Si se sujetaren a sustitución fideicomisaria solamente los bienes que quedaren al fiduciario el día de su fallecimiento, podrá éste enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación.*

El valor de los bienes de que hubiere dispuesto el fiduciario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos le corresponda.

El fiduciario viene obligado a formalizar inventario con citación de los fideicomisarios conocidos o del Ministerio Fiscal, en el caso de que no lo fueren o no comparecieren. El inventario se practicará conforme a las normas establecidas para la cuarta trebeliánica.

Para asegurar la restitución de la cuarta parte reservada a los fideicomisarios, podrán estos pedir su determinación. Mientras no hayan usado de esta facultad no podrán ejercitar acción alguna para impugnar los actos dispositivos del fiduciario.

En caso de indigencia o extrema necesidad podrá el fiduciario disponer también de la cuarta parte».

La puerta que deja abierta la Compilación a la voluntad del testador hace que haya que estudiar, en cada caso concreto, cuál ha sido el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias que establecen el fideicomiso de residuo, y si de ellas puede deducirse que el fiduciario tenga *ius disponendi* para transmitir, *inter vivos*, a título oneroso con subrogación real o sin ella; o bien *ius disponendi* para disponer *inter vivos*, incluso, por donación; o bien *ius disponendi* por actos *inter vivos* y *mortis causa*, lo que daría lugar, en este último supuesto, a la institución preventiva de residuo. Nos encontramos, por tanto, ante las mismas posibilidades que hemos analizado en el Derecho catalán, y a la exposición que allí hemos realizado nos remitimos.

Por lo que respecta a Ibiza y Formentera, según el artículo 78 de la Compilación, en estas islas «*el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa*».

Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular».

Se recoge así, de manera expresa, tanto el fideicomiso de residuo como la sustitución preventiva de residuo.

7. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS, EN ESPECIAL EL FIDEICOMISO DE RESIDUO, EN EL DERECHO COMPARADO

FRANCIA

El Código Civil francés es el cuerpo legal que con mayor rigor trata las sustituciones fideicomisarias. Su artículo 896 las prohíbe totalmente y con un criterio tan radical que no se limita a anular, pleno *iure*, el llamamiento al sustituto (*appellé*), sino que da el mismo trato a la institución del llamado en primer término (*grevé*). La prohibición abarca en sí tanto la transmisión interpuesta por herencia o legado como la donación entre vivos, con carga de conservar y entregar a la muerte del donatario.

Pero el Código napoleónico sabe que la sustitución fideicomisaria, convenientemente regulada, puede, en determinados casos, servir de instrumento de seguridad patrimonial de la familia, por lo cual ha reconocido dos formas especiales de ella.

Estas formas permitidas son las contenidas en los artículos 1.048 y 1.049 del Código de 1804, que establecen en este sentido que los padres que temen la prodigalidad de un hijo puedan imponerle la carga de conservar los bienes que le dejen sobre la legítima para que los pase a todos sus hijos nacidos o por nacer sin distinción; igualmente, el testador que, por muerte de sus hijos, deje sus bienes a uno de sus hermanos puede encargar a éste que los haga

pasar después a todos sus hijos nacidos o por nacer. Fundamentalmente, el fin que se persigue con estas sustituciones autorizadas es el de la tutela familiar, como se deduce de la Exposición de Motivos del Código napoleónico.

De estas sustituciones permitidas conviene destacar que en ellas la carga desaparece si el instituido en segundo lugar no sobrevive al gravado; de aquí la clara nota de eventualidad que informa la sustitución fideicomisaria francesa, que imposibilita la proyección de construcciones doctrinales de los autores franceses semejante a la nuestra. Por otro lado, los padres —pero no los demás ascendientes— pueden establecer la sustitución, salvo el caso de muerte de los hijos a que se refiere el artículo 1.049 (42); asimismo, el principio igualitario impide reconocer privilegios en favor de la primogenitura, por lo que, de establecer la sustitución, han de ser llamados todos los hijos nacidos y por nacer.

El fideicomiso de residuo no encaja en el artículo 896, pero tampoco en las formas de sustitución permitidas. Como consecuencia de ello, si bien la doctrina mayoritaria francesa acepta el fideicomiso de residuo, lo hace con una negativa hacia su carácter de sustitución fideicomisaria (43).

El fideicomiso de residuo no se declara válido a título de sustitución permitida, lo cual tiene, entre otras, la importante consecuencia de que el llamado al residuo ha de estar concebido a la apertura de la sucesión. Si bien el argumento más generalizado para recusar la sustitución fideicomisaria en este fideicomiso es el de la falta de la obligación de conservar.

ITALIA

Inspirado en principios políticos y económicos semejantes a los del Código napoleónico, y siguiendo una corriente desamortizadora, el Código italiano de 1865 suprimió de manera tajante las sustituciones fideicomisarias en su artículo 899, pero no de forma tan ruda como el francés.

Basado en principios políticos completamente diferentes, el Código de 1942 admite formas de sustitución fideicomisaria excepcionales; concretamente el Capítulo VI del Título III del Libro II de dicho cuerpo legal es el que se ocupa de las sustituciones (arts. 688 y sigs.). El artículo 692, relativo

(42) Artículo 1.049: «Será válida, en caso de muerte sin hijos, la disposición que el causante hubiera hecho por acto entre vivos o por testamento, a favor de uno o varios de sus hermanos o hermanas, de todo o parte de sus bienes que no hayan sido reservados por ley en su sucesión, con la carga de devolver aquellos bienes a los hijos nacidos y por nacer de dichos hermanos y hermanas».

(43) BAUDRY-LACANTINERIE, G., AUBRY-RAU, C., *Cours de Droit civil français*, VII, París, 1956, pág. 218; LAURENT, F., *Principes de Droit civil française*, t. XVI, 3.^a ed., Bruxelles-París, 1878, págs. 2 y sigs.; COLIN, A. y CAPITANT, H., *Traité élémentaire du Droit civil*, París, 1922, pág. 880.

a la sustitución fideicomisaria, fue modificado por el artículo 197 de la Ley de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de familia, que nos remite al artículo 238 de dicha Ley. Es este artículo el que recoge los modelos de sustitución fideicomisaria excepcionalmente permitidos que, en esencia, son los dos que reconoce el Derecho francés, es decir, la obligación impuesta por el testador «*al propio hijo de conservar y restituir a su muerte, en todo o en parte, los bienes que constituyen la parte de libre disposición*», y «*la disposición que impone la carga a un hermano/a del testador de conservar y restituir los bienes que les deja a todo hijo nacido o por nacer de aquéllos o en favor de un entidad pública*».

El fideicomiso de residuo se prohíbe por el artículo 238, párrafo 4.º, el cual declara nula «*toda disposición por la cual el testador prohíbe al heredero disponer por actos entre vivos o por acto de última voluntad de los bienes hereditarios*».

La doctrina se encuentra dividida entre quienes apoyan la prohibición del fideicomiso de residuo (44), y aquellos otros que defienden su validez por no ver en la figura una sustitución fideicomisaria (45).

ALEMANIA

El Código alemán (BGB) reconoce la sustitución fideicomisaria en el parágrafo 2.100, en el que aparece la figura de lo que se conoce como «heredero sucesivo». Este precepto afirma que *el causante puede instituir a un heredero de forma que éste sólo llega a serlo después de que otra persona haya sido heredero en primer lugar* (heredero sucesivo). Este heredero posterior recibe el nombre de «*nacherben*».

El límite del orden sucesivo se aparta del criterio normal de establecer un tope al número de llamamientos, en cuanto que la inalineabilidad se limita al plazo máximo de treinta años, a contar desde la muerte del causante. Se permite, sin embargo, una mayor duración en los casos en que la sustitución fideicomisaria haya sido establecida para el supuesto de que se realice un acontecimiento en relación con el gravado o con el sustituto vivo a la muerte

(44) CUTURI, T., *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel diritto civile italiano*, Citá di Castello, 1889; GABBA, C. F., «La fiducia nel diritto civile italiano», en *Rev. «Questioni di diritto civile»*, Torino, 1898, págs. 34 y sigs., y *Foro it.*, 1893, págs. 796 y sigs.; RUGGIERO, R., «L'illiceità della fiducia testamentaria», en *Riv. Dir. Civ.*, 1913, págs. 433 y sigs.; VENEZIAN, G., «Nullità assoluta della dichiarazione di fiducia testamentaria nel diritto civile italiano», en *Rev. Legge*, 1912, págs. 566 y sigs.

(45) CATTANEO, BORDA, PATERNO, SOOMARIVA, *Di alcune questioni relative ai fedecommissi nel Diritto civile italiano de in patrocinar del considero fedecommissio di residuo*, Bolonia, 1898.

del causante; también, para el supuesto de que la sustitución esté condicionada al nacimiento de un hermano o hermana.

El BGB ha introducido, en el título que dedica a la sustitución fideicomisaria, una serie de figuras sucesorias que encajan con dificultad en aquella; por ejemplo, la institución a término o condición resolutoria, la institución a término o condición suspensiva, entre otras. La inclusión de estas figuras se debe, sin duda, a la necesidad de tutelar los posibles derechos que surjan de las mismas, tutela que se logra al aplicar el mismo régimen establecido para las sustituciones fideicomisarias.

El Código alemán es superior a los demás en cuanto a la regulación de las facultades del fiduciario, al que le son aplicables, por analogía, en sus relaciones con tercero, las normas que regulan la protección de los adquirentes de buena fe. Los derechos del sustituto están también efectivamente garantizados.

PORTUGAL

La regulación del Código portugués de 1966 identifica o absorbe en una sola figura jurídica la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso. Concretamente el artículo 2.286 dice que *«se llama sustitución fideicomisaria o fideicomiso a la disposición por la que el testador impone al heredero instituido el encargo de conservar la herencia, para que la entregue, tras su muerte, a otra persona. El heredero gravado con el encargo se llama fiduciario, y fideicomisario al beneficiario de la sustitución»*. Precepto que sigue, en general, por lo que hemos visto, lo dispuesto en esta materia en el ordenamiento francés.

En este sentido, podemos añadir que prohíbe las sustituciones fideicomisarias, salvo en los casos en que sean hechas por el padre o la madre en relación con los bienes disponibles en provecho de nietos nacidos o por nacer, y en el de que sean hechas en favor de descendientes en primer grado de los hermanos del testador. Pero, frente a la regulación francesa, establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde el momento de la muerte del testador, aunque no sobreviva al fiduciario, y, por consiguiente, transmite a los herederos (en este último caso) su derecho.

Tampoco en el Derecho portugués la nulidad de la sustitución fideicomisaria supone la de la institución del primer grado, sino que simplemente aquella se tiene por no puesta. Y, finalmente, debemos señalar que el Código portugués considera sustituciones fideicomisarias (y, por tanto, prohibidas) las prohibiciones de enajenar, los fideicomisos de residuo y las rentas o pensiones sucesivas.

M.^a MERCEDES ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES

Profesora Ayudante de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid