



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

ANÁLISIS DE LA INSTITUCION HEREDITARIA DE LA
“SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA”
A TRAVÉS DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Autor

GERARDO MARTÍNEZ CALVO

Director

PROF. JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

Facultad de Derecho

Año 2019

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. ¿QUÉ SON LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS? LAS SUSTITUCIONES EN GENERAL	8
III. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS	10
1. QUÉ SON Y QUÉ IMPLICAN	10
A. REQUISITOS	11
B. EL ORDEN SUCESIVO	13
C. ¿LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA IMPLICA LA VULGAR?	15
D. LLAMAMIENTO EXPRESO	17
2. DIFERENTES MODALIDADES.....	18
A. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL.....	18
B. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO	19
3. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE RESIDUO Y SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO	25
4. EL TÉRMINO FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ¿SINÓNIMOS?	29
5. LIMITES EN LOS LLAMAMIENTOS.....	30
6. LA CAPACIDAD (O NO) DE DISPONER POR EL FIDUCIARIO. ESPECIAL MENCION A LA DISPOSICION MORTIS CAUSA.....	32
7. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y DIVISIÓN DE COSA COMÚN	35
IV. CONCLUSIONES.....	37
V. BIBLIOGRAFÍA	41

ABREVIATURAS

AP	AUDIENCIA PROVINCIAL
ART.	ARTÍCULO
CC	CÓDIGO CIVIL
DGRN	DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NORRARIADO
LAU	LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS
LAR	LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS
PÁG.	PÁGINA
RDGRN	RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO
SAP	SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
STS	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. INTRODUCCIÓN

Es el Derecho Civil la rama principal del derecho, la parte que más me atrae por su importancia y variedad, y dentro de él es el Derecho de Sucesiones una de las especialidades más complejas. Me dispongo a hablar de una institución del derecho sucesorio, poco desarrollada en lo que a su regulación legal se refiere, que ha tenido que ser complementada de la mano de la doctrina y jurisprudencia que a lo largo de los años se han ocupado de su estudio.

Como su propia denominación apunta, la sustitución fideicomisaria es una institución hereditaria que consiste en otorgar testamento en favor de una persona para que posteriormente, otra persona, sucesivamente, le sustituya también como heredera del mismo causante.

Se trata de una institución poco usada en la actualidad, y que, sin embargo, en mi opinión, de ser conocida sería muy útil para regular la sucesión hereditaria de muchas familias y evitar situaciones conflictivas que se generan ante la falta de previsión testamentaria. Me ha resultado muy satisfactorio entrar en conocimiento de todas sus posibilidades, dado que en la mayor parte de las ocasiones el testador se limita a instituir herederos a sus parientes más cercanos, (normalmente descendientes) obviando sin embargo la multitud de supuestos que se pueden plantear en la práctica y que, por la falta de previsión derivan en problemáticas que quizás si el testador las hubiera tenido en cuenta habría dispuesto de otro modo. Son situaciones que, con el establecimiento de una sustitución podrían quedar resueltas. Sirve a mi juicio para otorgar un testamento más completo, en el que no dejar cabos sueltos cuando por ejemplo un heredero fallezca sin sucesión, o incluso para reservar todo o parte de los bienes de una herencia haciéndolo pasar de generación en generación, hasta dos, evitando su destino a ramas familiares distintas.

He tratado de profundizar en esta figura para conocer la configuración y las posibilidades que la doctrina y la jurisprudencia han ido tejiendo, tratando de clarificar

las características de una figura que, aunque poco usada me parece de lo más útil y justa para que los testadores organicen sus herencias y eviten situaciones y disputas entre familiares que de haberlas previsto hubieran sido evitadas.

Vamos a ver las distintas modalidades de sustituciones, con ejemplos, las características de la institución, y la posición de las diferentes partes intervinientes en esta figura. Me he basado para ello en Sentencias, tanto recientes como más antiguas, así como resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en textos doctrinales y en la regulación del Código Civil y de las legislaciones forales que sí han regulado con mayor detenimiento esta institución y espero que mi trabajo sea útil a quien quiera aproximarse a esta figura de nuestro derecho sucesorio.

II. ¿QUÉ SON LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS? LAS SUSTITUCIONES EN GENERAL

En aras de comenzar desde lo más básico de las sustituciones, para con ello entender mejor lo que viene siendo la sustitución fideicomisaria en sí, nos centraremos en entender en qué consiste una sustitución hereditaria.

Pues bien, se trata de una institución testamentaria mediante la cual, el testador, establece un cambio/permuta en la persona instituida heredera, y dependiendo del tipo de sustitución de que se trate, se hará con una finalidad o con otra, esto es, para que sustituya al heredero (o legatario art. 789 CC) en caso de que este no herede (por cualquiera que pueda ser la causa) y no se abra así la sucesión abintestato; o también, para que una vez el primer heredero haya disfrutado de la herencia en los términos en ella establecidos, esta pase, a su fallecimiento (o incluso al cumplir una condición impuesta por el testador), al siguiente heredero designado.

En nuestra legislación, se encuentra regulada en los arts. 774 a 789 del Código Civil, haciendo una clasificación en cuatro categorías, siendo estas; vulgar, pupilar, ejemplar o cuasi-pupilar y fideicomisaria. La característica principal de esta regulación, igual que del derecho sucesorio, es su carácter dispositivo. Y es que es

importante recalcar que el Juzgador debe buscar, mediante la interpretación de los testamentos, la voluntad del testador, y respetarla, pues es lo que prima ante todo en el derecho sucesorio (art. 665 CC).

Comenzaré con una breve descripción de cada uno de los tipos mencionados para no dar lugar a confusiones en la profundización de la sustitución fideicomisaria como tal:

Recogida en el art. 774 CC, la **sustitución vulgar** es aquella que se produce cuando un heredero muera antes que el testador sin llegar a heredar, o para los casos en los que el propio heredero no quiere (por ejemplo, repudia), o no puede (indignidad del instituido) heredar. En estos casos, el testador designa un sustituto en lugar del heredero llamado en primer lugar (que no ha podido o querido heredar).

Por su parte, la **sustitución pupilar**, del art. 775 CC, como aquí bien se explica, es una sustitución cuya finalidad es la de proteger el patrimonio transmitido, de manera que los padres y ascendientes en general, establecen un sustituto para el caso de que su hijo (o descendiente) muera antes de alcanzar la edad para testar, es decir, siendo menor de catorce años.

El tercer tipo de sustitución, del art. 776 CC es la **sustitución ejemplar**, también conocida como **cuasi-pupilar**, muy parecida a la pupilar, y es que la función es la misma, es decir, se encargan del mismo problema: evitar que la falta de capacidad para testar produzca la sucesión intestada del sustituido. En el caso de la sust. ejemplar, el protegido es aquella persona mayor de catorce años, pero que haya sido declarada incapaz por enajenación mental y por consiguiente no pueda testar. ¹

¹ CÁMARA ALVAREZ M. *Compendio de derecho sucesorio.*, LA LEY., Madrid., 2011 Pág. 133-135

III. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

1. QUÉ SON Y QUÉ IMPLICAN

Dispone el art. 781 del Código Civil (CC) que se dedica a esta institución, lo siguiente: *“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero **que conserve y transmita a un tercero el todo o parte** de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.”*

A muy grandes rasgos, lo que podemos entender es que en esta sustitución se instituye como heredero a una persona, disponiendo al mismo tiempo que en un momento posterior, otra persona, (que más tarde comprobaremos que también es heredera del testador), pueda adquirir lo que el primer heredero había recibido en testamento. Es decir, tenemos un primer heredero (fiduciario) que recibe un patrimonio en testamento, pero cabe la posibilidad de que, en un futuro, tenga que entregar todo o parte de lo heredado a una segunda persona (segundo heredero, el fideicomisario).

En definitiva, la sustitución fideicomisaria es una institución hereditaria por la que en un testamento, el testador, que a partir de ahora conoceremos como FIDEICOMITENTE, dispone de su patrimonio para un primer heredero, el cual conoceremos a partir de ahora como FIDUCIARIO, pero al mismo tiempo le impone una carga, la de conservarlo para que en un momento posterior, es decir, sucesivamente, sea transmitido a un segundo heredero del fideicomitente, el FIDEICOMISARIO, cuando se cumpla una condición o término establecidos por el testador, y que normalmente es la muerte del fiduciario.

A título de ejemplo, me sirvo de una Sentencia de la audiencia provincial de Pontevedra², que contempla un supuesto en el que el testador (fideicomitente) instituye heredera a su madre, pero incluyendo una sustitución fideicomisaria

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sala de la civil, sección 6ª), nº 599/2018, de 28 de diciembre de 2018 (RJ 2255/2018)

(sustitución preventiva de residuo en este caso) para que, a su muerte, los bienes que la primera heredera no ha utilizado vayan a pasar a un segundo heredero.

A medida que se entra en profundidad en el estudio de la sustitución fideicomisaria, se puede ver cómo la legislación en esta materia es bastante escasa y han sido la doctrina y sobre todo la jurisprudencia, con ayuda de las legislaciones forales, (donde sí que está regulada con mayor amplitud), las que han completado todos los vacíos que esta ha dejado, incluso contradiciéndose en determinadas ocasiones o cambiando de postura con el tiempo.

A. REQUISITOS

Si atendemos al artículo anterior en su literalidad, podemos concluir que los requisitos de estas sustituciones serían tres, el primero un llamamiento múltiple, es decir, en la herencia son más de una persona las que heredan al testador. El segundo sería el establecimiento de un orden sucesivo y cronológico, es decir, en el mencionado llamamiento múltiple no heredan a la vez, sino que lo hacen uno después de otro. Y tercero, (éste más controvertido) la obligación, el encargo de conservar la herencia o parte de ella.

En un primer momento, la jurisprudencia así lo entendió, considerando como requisitos esenciales todos ellos, véase la STS de 13 de diciembre de 1974³, en la cual se enumeran los tres requisitos mencionados como esenciales a la figura de la sustitución hereditaria, debiendo concurrir todos ellos para su validez.

Sin embargo, tanto la jurisprudencia, pero sobre todo la doctrina, no tardaron en negar que el tercer requisito mencionado, fuera esencial en la institución. Así, y entre otros, el profesor LACRUZ⁴ o el profesor CÁMARA LAPUENTE⁵ consideran

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre 1974. RJ 1974\4677

⁴ LACRUZ BERDEJO JL, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones.*, 2ª ed., Dykinson., Madrid 2009. Pág. 263-264

⁵ CÁMARA LAPUENTE S et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013. Pág. 218

que la obligación a que se refiere el art. 781 CC, de conservar la herencia para el momento de la restitución al fideicomisario, es solo un elemento natural, propio de esta sustitución, que no esencial, por lo que pueden existir tipos de esta sustitución con facultades más amplias. LACRUZ apunta a que no se trata de que el art. 781 describa los requisitos de las sustituciones fideicomisarias, si no que distingue entre las ordinarias (más tarde diferenciaremos unas de otras) y las de residuo (reguladas en el art. 783) con mayores facultades de disposición (las descifraremos ambas).

Además, en palabras del profesor ALBALADEJO⁶ *“negar que el deber de conservar pertenezca a la esencia de la sustitución puede hacerse, sin necesidad de más, aduciendo que la ley no establece que pertenezca (proceda). El art. 781 no define la sustitución fideicomisarias, sino que simplemente establece la prohibición de que pasen del segundo grado aquellas en que haya deber de conservar.”* Para Albaladejo lo que el art. 781 CC dispone, no es aplicable a todas las sustituciones fideicomisarias, sino solo a aquellas en las que se establezca la obligación de conservar algo.

Este autor también apunta que el fideicomisario no adquiere el derecho a la herencia cuando muere el fiduciario si no que adquiere tal derecho en el llamamiento que se le hace a ser heredero después del fiduciario, y no después de su muerte, por lo que el fiduciario no tiene que transmitirle la herencia, sino que tiene que entregársela, puesto que es suya en virtud de tal llamamiento en la herencia. Esto es, no recibe la herencia con un encargo de transmitirla, sino que la recibe con un gravamen, o limitación de tener que entregarle lo estipulado al fideicomisario. Para ser más concretos, el fiduciario no transmite la herencia al fideicomisario, puesto que esta “transmisión” es un efecto ex lege (art. 783 CC).

No ocurre lo mismo en el caso de que la sustitución fideicomisaria sea a condición, puesto que en este caso la delación se adquiere, o por el contrario se deja de poder adquirir, con el cumplimiento de la condición impuesta.

⁶ ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones.*, Edisofer s.l., Madrid 2015., Pág. 276-277

En este sentido, la Resolución de la DGRN de 27 de octubre de 2004⁷, también se pronuncia acerca de lo mismo. En este caso se planteaba el supuesto de premoriencia del heredero y se trataba de determinar si la disposición testamentaria de residuo establecida implicaba sustitución vulgar tácita, o debían entenderse llamados los herederos abintestato del heredero premuerto. Y se concluye que atendiendo al art. 783 CC, del que se desprende que el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria, caracterizada por la facultad del fiduciario de disponer de los bienes en los términos que le ha autorizado el testador, el único elemento esencial de la sustitución fideicomisaria sería el del llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo, mientras que la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, es decir, la obligación de conservar, sería un elemento natural del que el testador puede dispensar, puesto que así se establece en el propio art. 783.

B. EL ORDEN SUCESIVO

Como hemos comprobado anteriormente el orden sucesivo, y como consecuencia lógica de este, el llamamiento múltiple, son los únicos requisitos esenciales para que se dé la sustitución fideicomisaria, cualquiera que sea su forma.

El orden sucesivo supone que el fideicomisario no hereda del fiduciario, sino que lo hace directamente del fideicomitente, siendo heredero de este y no del fiduciario. ALBALADEJO⁸ así lo expresa, y dice que ambos son herederos del fideicomitente, siendo este último el causante de ambos. Con esto lo que quiere decir es que no es una herencia del fiduciario al fideicomisario, sino una herencia que va del fideicomitente al fideicomisario después del fiduciario, únicamente la recibe después de él, que no de él.

⁷ Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) de 27 de octubre de 2004 RJ 2004, 7808

⁸ ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones.*, Edisofer s.l., Madrid 2015., Pág. 278-279.

Como acabamos de comprobar el fideicomisario es heredero del fideicomitente, y por este motivo, el momento en el que adquiere el derecho a la delación de la herencia es a la muerte del fideicomitente (art. 784 CC), que no del fiduciario, y por ello, en caso de que el fideicomisario no sobreviva al fiduciario, el derecho a esta herencia se transmite a sus descendientes, más concretamente a sus herederos (así se puede apreciar en la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) de 27 de octubre de 2.004, anteriormente mencionada).

El art. 784 CC establece que la premoriencia del fideicomisario al fiduciario no supone la pérdida del derecho a la herencia, si no que este pasa a sus herederos. Pero como apunta ALBALADEJO, propiamente lo que ocurre cuando muere el causante (fideicomitente) es que el fideicomisario adquiere una expectativa del derecho que en el futuro recibirá, por la delación, pero que, al ser de nacimiento futuro seguro, será una expectativa transmisible a sus herederos. (Evidentemente estamos hablando de las sustituciones fideicomisarias ordinarias, pues las condicionales, y en base al art. 759 CC, si no se cumple la condición antes de que este muera, no reciben sus herederos ningún tipo derecho).

En este sentido, ALBIEZ DOHRMANN⁹, y en la misma línea, afirma que en el caso de las sustituciones fideicomisarias a término, estas tienen un carácter seguro (o cierto añade el autor), pues, aunque no se sepa cuándo, el plazo o término establecido se sabe que llegará. En estos casos, el nacimiento del derecho de delación y la consiguiente restitución de la herencia fideicomitida se sabe que tendrá lugar. Así el art. 784 establece la transmisibilidad de la expectativa en cuestión, en favor de los herederos del fideicomisario, para el supuesto de que fallezca antes que el instituido en primer lugar. Este derecho expectante es negociable y susceptible de enajenación por actos inter vivos, pues se trata de una herencia ya deferida (no incumbe el art. 1271.2 CC referido a la prohibición de negociar con la herencia futura). En el periodo

⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.L.et al., *Comentarios al código civil Tomo IV.*, Tirant lo Blanch., Valencia., 2013. Págs. 5737-5739

“de expectativa”, aunque no sea del todo claro, el fideicomisario puede aceptar la herencia, basándose en que el hecho de que la expectativa sea negociable equivale a que se pueda aceptar, pues una vez que se ha dispuesto no se puede repudiar.¹⁰

En contraposición, la doctrina no es unánime en cuanto a las sustituciones sometidas a condición, en cuanto si el fideicomisario puede, durante este período de tiempo, aceptar o repudiar la herencia fideicomitida. Algunos autores opinan que no, pues no tiene sentido aceptar algo de lo que no se sabe ni siquiera si va a suceder, y por otro lado quienes dicen que si, puesto que, al tratarse de una expectativa, esta puede ser rechazada, en pro de la seguridad y certidumbre del fiduciario.

C. ¿LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA IMPLICA LA VULGAR?

En línea con lo que venimos hablando, hemos comprobado que en caso de que el fideicomisario premuere al fiduciario, pero no al fideicomitente, la herencia no se estanca en el fiduciario, si no que esta va a manos de los herederos del fideicomisario, pues así lo establece el art.784 CC. Ahora bien, ¿qué ocurre si es el fiduciario el que premuere al fideicomisario?

Haciendo referencia a las palabras del profesor SERRANO¹¹ (y respondiendo a la pregunta del título), la sustitución fideicomisaria sí que lleva implícita una sustitución vulgar. Esto es, si el fiduciario muere antes que el causante, interpretando al testador, habrá que entender que su voluntad es que le suceda el fideicomisario, puesto que, si en condiciones normales ya le iba a suceder, lo normal es que ahora ocurra lo mismo.

¹⁰ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., prácticamente coincide con esta argumentación, añadiendo además las facultades del fiduciario de pedir el otorgamiento de inventario o la prestación de fianza, así como intervenir en ciertos aspectos como la extinción de créditos, lo que supone, tácitamente aceptar la herencia; en su obra: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones.*, 2ª ed., Dykinson., Madrid 2009. Pág. 270

¹¹ SERRANO GARCÍA, J.A., *Lecciones de Derecho Civil: Sucesiones por causa de muerte.*, Kronos., Zaragoza., 2016. Pág. 334

En la misma posición al respecto encontramos al profesor CÁMARA LAPUENTE¹², este también considera que, en el momento de abrirse la sucesión, si el fiduciario no llega a ser heredero, es el fideicomisario quien ocupa el lugar de este directamente, entendiéndose que existe una sustitución vulgar implícita, citando en pro de su pensamiento diferente jurisprudencia, la STS de 29 Noviembre de 1916 entre otras. Sin embargo, este autor nos habla de que en caso de tratarse de una sustitución fideicomisaria de residuo, el Tribunal Supremo no adopta misma solución.

Y es que, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo a lo que nos conduce, es a la negativa de que la sustitución fideicomisaria implique la vulgar, pero como señala la argumentación doctrinal, así como la resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2003, es que deberíamos entender lo contrario, puesto como vamos a analizar, es lo más lógico.

En primer lugar, la citada resolución¹³ hace referencia a que las sentencias del TS lo que hacían era negar el carácter de sustitución fideicomisaria al fideicomiso de residuo, sin embargo, entendidas en su totalidad, examinadas detenidamente, esta conclusión no constituye nunca fundamento del fallo, ya que en el fondo lo que se quiere afirmar es que no es una sustitución fideicomisaria normal¹⁴. Además, también se cita más jurisprudencia, pero en este caso refrendando la sustitución fideicomisaria de residuo como verdadero fideicomiso, concluyendo que la obligación de conservar no es la esencia (como ya hemos mencionado anteriormente) ni requisito de la sustitución fideicomisaria.

Por ello, como bien apunta CÁMARA, los argumentos que se esgrimen a favor de esta solución son los que utiliza la DGRN, siendo estos la admisibilidad de la sustitución vulgar implícita en las sustituciones fideicomisarias, que en los

¹² CÁMARA LAPUENTE, S., et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013. Págs. 230 a 233.

¹³ RDGRN de 17 de Septiembre de 2003 RJ 2003, 18906

¹⁴ Es decir, que es una sustitución ordinaria, con el gravamen de conservar para restituirlo al fideicomisario. Lo que no quiere decir que no sea una sustitución fideicomisaria, sino que no es una sustitución fideicomisaria normal, puesto que se elimina ese gravamen de conservar.

fideicomisos de residuo también se hereda directamente del fideicomitente y no del fiduciario, que en los derechos forales y de otros países, también se admite esta solución y que el testador refleja su preferencia por una persona en lugar de la impuesta por la ley para la herencia así como (implícitamente) su voluntad de excluir del testamento los herederos abintestato, al preferir varios herederos sucesivos.

D. LLAMAMIENTO EXPRESO

Atendiendo al art. 783 CC “*Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.*” y al 785.1 CC “*No surtirán efecto las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.*” Podemos deducir que es imprescindible para que se dé una sustitución fideicomisaria una clara intención, una clara orden, un sentido perfectamente delimitado donde se muestre perfecta e inequívocamente que lo pretendido era configurar una sustitución fideicomisaria. No obstante, esto no quiere decir que deba emplearse el término “sustitución fideicomisaria” sino que esta voluntad sea claramente deducible de lo que se dice.

El llamamiento a la sustitución se puede hacer de varias maneras (siempre que sea inequívoco), bien imponiendo la obligación al instituido de entregar los bienes a un segundo instituido, o expresión similar, bien diciendo expresamente que se trata de una sustitución fideicomisaria, bien llamando al instituido como heredero con carácter sucesivo y temporalmente limitado a varias personas, o bien imponiendo un orden sucesivo con prohibición de enajenar.

Sin embargo, esto no significa que el llamamiento tenga que ser nominal, es decir que los instituidos sean llamados por nombre, simplemente basta con que pueda

ser identificado. Lo que sí que está prohibido son los llamamientos conjeturales¹⁵ o implícitos y que los ruegos o suplicas de conservar sean considerados como sustituciones fideicomisarias.¹⁶

2. DIFERENTES MODALIDADES

Sentada la nota característica esencial de la sustitución fideicomisaria, pasamos ahora a reseñar las diferentes modalidades de esta. Son varias las clasificaciones que se pueden hacer entorno a las sustituciones fideicomisarias, atendiendo a sus características, sin embargo, la que me parece más acertada es la que se hace en “Comentarios al Código civil. Tomo IV”¹⁷. Aquí se diferencia en función de que exista el deber de conservar o no, en dos modalidades distintas, **la sustitución fideicomisaria normal**, donde se obliga, se compele a restituir todos los bienes o parte de ellos al fideicomisario, y el **fideicomiso de residuo**, donde solo se entregara lo que no se haya enajenado o consumido.

Además de esta clasificación, ambas, (sustitución fideicomisaria normal y de residuo) pueden ser **a término o condicionales**, variando aquí el momento de surgir los efectos de la sustitución.

A. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL

Es la que mejor refleja el art. 781 CC, que como hemos dicho define la sustitución fideicomisaria. Tal y como en él se dice, se encarga conservar y transmitir al fideicomisario. Y es que precisamente esto es lo que es la sustitución fideicomisaria

¹⁵ Se hace referencia a una práctica por la que se crean conjeturas a basa de indicios por los que se crea una hipotética voluntad tácita del testador.

¹⁶ CÁMARA LAPUENTE S et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013. Pág. 224 y ALBIEZ DOHRMANN, K.L.et al., *Comentarios al código civil Tomo IV.*, Tirant lo Blanch., Valencia., 2013. Págs. 5743-5744

¹⁷ GALICIA AIZPURUA G., *Comentarios al código civil Tomo IV.*, Tirant lo Blanch., Valencia., 2013. Págs. 5717 y ss.

como tal, conservar para transmitir al fideicomisario. Todas las características descritas en el punto anterior son las que forman esta sustitución.

Como reseña el profesor ALBALADEJO¹⁸, el fiduciario no transmite la herencia al fideicomisario, pues este no es su testador, lo que hace es entregársela al fideicomisario, puesto que le pertenece en virtud del llamamiento que hizo el fideicomitente en el testamento, ya que este sí que es su testador.

B. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

Tiene todo su fundamento en el art. 783 CC, que en su último apartado apostilla que, tendrá capacidad el testador para introducir las modificaciones que considere oportunas, al incluir lo siguiente: “*salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.*”

BLASCO GASCÓ¹⁹ apunta que el fideicomitente puede dotar al fiduciario de la capacidad para disponer de los bienes objeto de la herencia, pero con el gravamen de transmitir²⁰ al fideicomisario los bienes de que no haya dispuesto. Añade que esta disposición testamentaria puede ser configurada a elección del testador, aunque apostilla que no puede permitir la enajenación por actos mortis causa, pues, dice él, se desnaturalizaría la institución, aunque, como vamos a comprobar, tal afirmación es completamente vacía de fundamento.

En un primer momento, hubo cierta reticencia por parte de la jurisprudencia a considerar este tipo de sustitución como una verdadera sustitución fideicomisaria, al

¹⁸ ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones.*, Edisofer s.l., Madrid 2015., Págs. 277 y ss.

¹⁹ BLASCO GASCÓ FP. *Instituciones de derecho civil. Derecho de Sucesiones.*, 2ª ed., Tirant lo Blanch., Valencia., 2015. Pág. 153

²⁰ Como ya hemos apuntado antes, no se trata de transmitir, sino más bien de entregar, puesto que es heredero del fideicomitente que es quien se lo transmite, y el fiduciario entrega algo que el fideicomitente ya había transmitido.

considerar que el elemento conservativo era fundamental de esta institución, y que este tipo en concreto no lo respetaba. Sin embargo, este criterio quedó en saco roto, pues la doctrina más reciente concluye, como ya hemos señalado antes, que se trata de un elemento natural de la sustitución fideicomisaria, pero no esencial.

LACRUZ²¹ como la mayor parte de la doctrina, considera que existen dentro del fideicomiso de residuo varias modalidades, las cuales dependerán de la cláusula en la que el testador ordene la sustitución, es decir, en función de las facultades que se confieran al fiduciario, y la interpretación que se haga de esta cláusula. Las facultades de disposición serán las que quiera el testador (tiene que conceder expresamente la facultad para disponer), aunque, no obstante, el abanico de posibilidades se engloba en estas cuatro:

- a. Disponer para casos de necesidad, que será comprobada por los albaceas, terceros, o incluso el propio fiduciario (buena fe).
- b. Para disponer únicamente por actos inter vivos y a título oneroso.
- c. Para disponer por actos inter vivos pero incluso cabiendo la donación, siempre que se haga de forma expresa (a título lucrativo).
- d. Tanto por actos intervivos como mortis causa, aunque deberá exponer esta opción de manera expresa.

No obstante, la doctrina suele reconocer dos modalidades, entre tantos; CÁMARA LAPUENTE²², ÁLVAREZ²³, o ALBALADEJO²⁴, las cuales se diferencian entre “**si quid supererit**” que quiere decir “si quedase algo”, sin ningún tipo de restricción y otra categoría conocida como “**de eo quod supererit**” que quiere decir “de aquello que deba quedar”, incluyendo una restricción a la disposición de los

²¹ LACRUZ BERDEJO JL, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones.*, 2ª ed., Dykinson., Madrid 2009. Pág. 275-278

²² CÁMARA LAPUENTE S et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013. Pág. 102

²³ CÁMARA ALVAREZ M. *Compendio de derecho sucesorio.*, LA LEY., Madrid., 2011., Pág. 167

²⁴ ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones.*, Edisofer s.l., Madrid 2015. Pág. 284

bienes, de manera que sí existe un auténtico deber de conservar cierta parte de los bienes.²⁵

En el primer caso, el fideicomisario únicamente tendrá derecho a lo que quede de lo transmitido por el fideicomitente al fiduciario. Es decir, el fiduciario, teniendo la facultad de disponer no lo hizo, y esta parte no dispuesta pertenecerá ahora al fideicomisario. En el segundo caso, por el contrario, lo que sucede es que se impone el deber de conservar solo de una parte, que podrá ser una parte concreta (por ejemplo: solo de los muebles, pero nada de los inmuebles) o también podría ser una parte numérica (la mitad de la herencia). De este modo, en el fideicomisario tiene derecho a aquello que debía conservarse, y también a la parte que pudiendo ser dispuesta no lo fue.

En ningún caso se trata de dos tipos de sustituciones de residuo con diferente regulación, simplemente se trata de dos variantes, es decir se rigen por las mismas normas. En todo caso, lo que se podría llegar a considerar es una doble institución en el caso de la sustitución fideicomisaria de “*eo quod supererit*”, es decir, en la parte disponible sería una sustitución fideicomisaria de residuo, y en la parte no disponible, un fideicomiso normal.

Como hemos dicho anteriormente, ambos tipos de sustituciones (la sustitución fideicomisaria normal y la de residuo) pueden ser a término o condicionales.

a. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A TÉRMINO

²⁵ La ya citada sentencia de 28 de Diciembre de 2018 de la AP de Pontevedra incluye una categorización de las modalidades del fideicomiso de residuo, haciéndose eco de la mencionada doctrina: “*Dos tipos de sustitución fideicomisaria se perfilan en la doctrina y en la jurisprudencia; uno primero en el que el testador faculta al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, supuesto en el que el heredero fideicomisario solo recibirá en su día, lo que quede o reste, si algo queda (si quid supererit , si algo queda); en la otra hipótesis, el causante restringe los poderes de disposición de tal forma que los fideicomisarios siempre han de recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquel (de eo quo supererit , de aquello que deba quedar).*”.

También es conocida como **sustitución fideicomisaria pura**. Se conoce como “**a término**” porque es en el momento en el que se cumple el hecho establecido como TÉRMINO cuando se da lugar a la transmisión de los bienes. La efectividad del segundo llamamiento es absoluta, es decir, si se cumple el hecho descrito, sí o sí, se produce la transmisión, y en caso de que el fideicomisario premuera al fiduciario, sus herederos adquirirán estos bienes.

Como hemos señalado, fuere el plazo que fuere, el fideicomisario gozará de una expectativa segura sobre la herencia en el momento en que se dé la apertura de la sucesión del fideicomitente, que como hemos visto es susceptible de transmisión a sus propios herederos, en caso de premoriencia al fiduciario. Se trata de una institución que es cierta, en el sentido de que es un acontecimiento que necesariamente ha de llegar, pero incierta en el sentido que no se sabe cuándo.²⁶

Un ejemplo de esto es la SAP de Ávila de 8 de noviembre de 2018²⁷, en el que aparece una cláusula por la que los fideicomitentes instituyen como únicos y universales herederos a sus ahijados para que, a su fallecimiento, su parte pase a los hijos que hubieren dejado para que finalmente, y al fallecimiento de éstos, sus descendientes lo adquieran en plena propiedad. Es decir, el término es la muerte del fiduciario.

b. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL

El concepto de sustitución fideicomisaria es exactamente el mismo, sin embargo, la efectividad del segundo llamamiento queda subordinada a algo que no es seguro, **un hecho futuro e incierto**. Es necesario que se cumpla la condición para que el fideicomisario adquiera la condición de heredero, porque en caso de que esta no se

²⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.L.et al., *Comentarios al código civil Tomo IV.*, Tirant lo Blanch., Valencia., 2013. Pág. 5738 y ss. Tanto en el comentario al art. 781 (en el que se describe la mencionada institución fideicomisaria en general) como en el comentario al art. 784 (en el que se habla de la adquisición del derecho a la herencia por parte del fideicomisario) se hace una diferenciación en la que se explica las diferencias entre los llamamientos a término y los condicionales y lo que ello supone pues para la institución fideicomisaria.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 8 de noviembre de 2018 RJ 2018, 234

cumpla y muera el fideicomisario, el fiduciario se libera de la carga de conservar y no se produce la transmisión.

Referenciando a LACRUZ²⁸ la condición puede ser de dos tipos, por un lado, puede ser **suspensiva** (lo más habitual) que es la que acabamos de describir propiamente, es decir, el fideicomisario no adquiere el derecho, y por consiguiente no lo transmite a sus herederos, hasta el momento que se cumpla la condición. El otro tipo de condición sería la **resolutoria**, se puede imponer tanto al fiduciario como al fideicomisario, y consiste en que, si se cumple, su efecto es resolver la titularidad de los bienes. Esta condición no les impide enajenar, ni dividir los bienes fideicomitidos, ahora bien, si se cumple tal condición resolutoria en caso del fiduciario, la enajenación realizada por él sin contar con los fideicomisarios queda resuelta, así como también la división provisional.

Una condición muy habitual, y que por su habitualidad se estudia separadamente, es la sustitución fideicomisaria que la doctrina conoce con el nombre de “*si sine liberis decesserit*”, y lo que a grandes rasgos quiere decir es que el segundo llamamiento está supeditado a que el primer llamado muera sin descendientes. Es decir, si el primer heredero muere sin descendencia, se activará la sustitución fideicomisaria y estos bienes irán a parar a quien la sustitución establezca.

Como dice LACRUZ, el objetivo normalmente es conseguir que los bienes objeto de la herencia no salgan de la familia. Además, este autor nos habla de una supuesta regla, proveniente del derecho romano, que dice que la persona que ha sido puesta como condición para la institución hereditaria de otra, también será heredero sustituto fideicomisariamente del instituido heredero. Con esto, lo que se quiere decir es que el instituido heredero a condición es siempre un fiduciario, si se cumple la condición de dejar hijos, estos serán los fideicomisarios, y si no se cumple, lo será en este caso quien este establecido en la sustitución fideicomisaria.

²⁸ LACRUZ BERDEJO JL, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones.*, 2ª ed., Dykinson., Madrid 2009. Pág. 273 y 274

Sin embargo, esta teoría ha sido rechazada por la jurisprudencia, aunque esto no quiere decir que los hijos nunca queden como herederos fideicomisarios, sino más bien que habrá que atender al caso concreto para mediante la interpretación, entender que así se ha querido, o por el contrario no.

En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE piensa lo mismo de esta sustitución, es decir, es cuestión distinta que los hijos sean puestos como condición en la cláusula “*sine liberis decressit*”, a que por causa de esta sean sustitutos fideicomisarios, puesto que esto sería un llamamiento directo y no condicional, o en todo caso se les designaría como sustitutos vulgares.

La palabra hijos puede ser delimitada por el testador, pero en ausencia de delimitación se entenderán incluidos todo tipo de hijos, biológicos y adoptivos. Así pues, cuando se dice tener hijos, quiere venir a decir dejar hijos, incluyéndose todos, biológicos y adoptivos, a no ser que se especifique lo contrario (SAP de Cáceres de 1 de diciembre de 2017).²⁹

Un ejemplo, es la SAP de Mérida de 27 de junio de 2016, en ella se establece que para el caso de que el heredero muera sin descendencia, lo que le ha sido entregado deberá ir a parar a sus hermanas establecidas como fideicomisarias. La fiduciaria dispone de parte de la herencia porque no se le ha puesto ninguna limitación aparentemente, y tras su muerte los fideicomisarios reclaman estos bienes, pero el tribunal interpreta que la sustitución fideicomisaria es de residuo pues no expresa otra cosa, asique sí que está bien dispuesto.

Además, al tratarse de una sustitución condicional, los fideicomisarios no transmiten el derecho sobre los bienes fideicomitidos hasta que se cumpla la condición, y esto, aunque sobreviva al testador.

²⁹ Así lo entiende CÁMARA LAPUENTE S et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013. Pág. 221

En caso de que no se especifique nada en cuestión de si es a término o a condición, por norma general, la sustitución fideicomisaria será considerada a término, dándose la restitución de los bienes a favor del fideicomisario a la muerte del fiduciario.

3. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE RESIDUO Y SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO

En numerosas sentencias podemos encontrar el término sustitución preventiva de residuo, sin embargo, no son la mayoría de los autores los que hablan de este término. Por lo cual nos hacemos aquí varias preguntas; es o no es una verdadera sustitución fideicomisaria; en caso de serlo que tipo de fideicomiso es, etc.

Pues bien, más bien estudiando jurisprudencia que doctrina, podemos entender que a lo que se refiere este término no es más que otro tipo de sustitución fideicomisaria de residuo, por decirlo de alguna manera, la más abierta de todas, es decir, la que mayores facultades otorga al fiduciario, por no decir todas las que quiera.

Como ocurre en general con todo lo que tiene que ver con la sustitución fideicomisaria de residuo, no aparece regulada en el Código Civil, sino que ha sido desarrollada jurisprudencialmente, así como por la doctrina. También son de ayuda los derechos autonómicos, en especial el Catalán que sí que la regula en sus artículos 426 al 459 de su Código Civil de Cataluña, libro de Sucesiones, donde se define como aquella en la que el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar sucesor voluntario, llama a una o varias personas para que, cuando mueran aquellos, hagan suyos los bienes que el heredero o legatario hayan adquirido en la sucesión del testador y de los que no haya dispuesto por actos entre vivos, por cualquier título, o por causa de la muerte.

Para aclarar bien esta figura, utilizaremos la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 26 junio de 2017³⁰ en la que la cuestión principal es la de aclarar los rasgos particulares de cada tipo, la sustitución preventiva de residuo y la sustitución fideicomisaria de residuo (para mí es perfecta para este sentido).

En esta resolución se resuelve un recurso planteado contra el Registro de la Propiedad de Linares. El caso a grandes rasgos y centrándonos en la diferencia planteada es el siguiente: Dos conyugues sin descendencia otorgan un testamento al mismo tiempo, siendo el contenido similar: a su muerte, todos los bienes que cada uno posea en ese momento serán transmitidos al conyugue supérstite, pero en caso de que este no realice ninguna disposición, de cualquier tipo, el patrimonio pasa a los hermanos del fallecido.

Pues bien, muere el primero de los conyugues y cuatro días más tarde muere el otro. Los hermanos del segundo fallecido reclaman la herencia puesto que consideran que les corresponde por lo establecido en el testamento.

La recurrente entiende que la voluntad de los testadores es la de evitar el abintestato y dejar unas pautas para la repartición de la herencia, siendo la sustitución preventiva de residuo la que más pega en este caso. Así lo entiende la DGRN y cada testamento hace eficaces las sust. preventivas de residuo con los hermanos de cada uno, como sustitutos.

Ahora bien, del estudio de esta muy detallada y desglosada resolución podemos responder la pregunta planteada al principio de este epígrafe acerca de la naturaleza de esta. En ella se hace un análisis jurisprudencial de lo que es conocido como sustitución preventiva de residuo y también un análisis doctrinal. Así pues, se hace referencia a las lagunas de la legislación vigente, y es que en el derecho común no regula en ningún artículo esta institución, siendo la jurisprudencia la encargada de desarrollarla y configurarla a lo largo de la historia.

³⁰ Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado núm. 8593/2017 de 26 junio RJ 2017, 3768

En el fundamento jurídico tercero se afirma lo siguiente: *“El fideicomiso de residuo en su modalidad de sustitución preventiva de residuo no tiene una regulación específica en el Código Civil, [...] en la sustitución preventiva de residuo, el fiduciario puede disponer libremente tanto por actos «inter-vivos» como «mortis-causa», por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades [...] puesto que la finalidad de esta sustitución es solamente evitar que la herencia pueda quedar sin titular al morir el heredero o legatario sin haber otorgado testamento y abriéndose la sucesión intestada.”*

La respuesta a todo esto sería pues que la sustitución preventiva de residuo no es más que una modalidad de la sustitución fideicomisaria cuya característica principal es la posibilidad de disponer tanto inter vivos como mortis causa, pues la finalidad es evitar que la herencia quede intestada, sin titular.

En la muy importante y mencionada por la doctrina STS de 2 de septiembre de 1.987 se establece con mayor claridad esta distinción que se ha mantenido vigente hasta nuestros días. En ella se asevera que la sustitución fideicomisaria de residuo se establece para que el fiduciario disponga de todo aquello que entienda oportuno, pero que todo aquello de lo que no disponga irá a parar al fideicomisario, mientras que si está facultado para transmitir de este “residuo” (lo no dispuesto) mortis causa estaríamos ante la figura de la sustitución preventiva de residuo.

En la resolución de la DGRN mencionada podemos encontrar la diferencia principal de ambas figuras: *“su fundamento es también bien distinto; mientras que el de la sustitución fideicomisaria es esencialmente el **mantenimiento del patrimonio dentro del círculo familiar del causante**, en la preventiva de residuo no es otro que el de **evitar la sucesión intestada** con respecto a los bienes procedentes del patrimonio del causante”*

Podemos concluir pues que la sustitución preventiva de residuo es una modalidad de las sustituciones fideicomisarias, siendo la que más poder de

disposición otorga al fiduciario, y está caracterizada por tener naturaleza condicional, es decir, opera para el caso de que el fiduciario no disponga de algo, sea como sea, y por su función de prevención, previniendo que la herencia quede abintestato.

Por su parte, en una sentencia muy reciente, también podemos encontrar el uso de esta figura, es en la ya mencionada sentencia de la AP de Pontevedra de 28 de diciembre de 2018. En ella podemos encontrar un párrafo en su fundamento jurídico tercero en el que se comenta lo siguiente: *“Las facultades de disposición atribuidas por el fideicomitente al fiduciario sobre los bienes fideicomitidos pueden ser variadas. [...] o para disponer por actos mortis causa, hipótesis esta que es conocida como "sustitución preventiva de residuo" dado que su finalidad es prevenir la eventualidad de un fallecimiento abintestato del sustituido³¹.”*

Me encuentro aquí con el deber de mencionar el Código Civil catalán pues en él se establece con mucha claridad lo que es la sustitución preventiva de residuo, concretamente en el artículo 426-59, y que describe con bastante claridad lo que es esta institución.

Por lo tanto, y para concluir este punto, podemos afirmar que la sustitución preventiva de residuo es una sustitución fideicomisaria de residuo con la particularidad de que el fiduciario puede disponer de la manera que quiera y en el momento que quiera, es decir, incluso mortis causa, pues el objetivo de esta figura es evitar que la herencia quede abintestato en manos del fiduciario.

³¹ Último párrafo del fundamento jurídico tercero de la sentencia de 28 de diciembre de 2018 SAP Pontevedra.

4. EL TÉRMINO FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ¿SINÓNIMOS?

Como dice el profesor ALBALADEJO³², “*a la sustitución fideicomisaria se le llama también, por abreviar, fideicomiso*”. Es decir, que se toma en sentido de establecer varios herederos para que reciban sucesivamente la herencia fideicomitida.

Nada que ver con el término fideicomiso procedente del derecho romano; es decir, designar el causante a una persona, que no es heredero de ninguna manera, sino más bien es el encargado de recibir la herencia, no como suya, sino para entregársela al fideicomisario, quien, por el contrario, sí que es el heredero, es más, el único heredero.

A mi modo de ver me parece absurdo este uso indiferente de uno u otro término, puesto que, históricamente ligado al derecho romano, el fideicomiso, que hasta hace poco tenía el mismo sentido que el romano, consistía en otra cosa completamente diferente, como hemos dicho antes, lo cual puede llevar a equivocaciones, más aún cuando la palabra fideicomiso no aparece en todo el Código Civil.

No obstante, el Código civil catalán sí que lo utiliza, es más, para referirse a la sustitución fideicomisaria, el término principal es fideicomiso en lugar de sustitución fideicomisaria, motivo por el que posiblemente se ha traspasado al derecho común el término fideicomiso para hablar de la sustitución fideicomisaria.

³² ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones.*, Edisofer s.l., Madrid 2015. Pág. 276

5. LIMITES EN LOS LLAMAMIENTOS

El objetivo de este límite es evitar que las vinculaciones a la propiedad sean “eternas”, puesto que va contra la lógica de la propia propiedad. Para poder explicar esto de forma muy sencilla, nos vamos a centrar principalmente en dos elementos; los arts. 781, 785 y 786 CC y la SAP de Ávila de 9 de febrero de 2019. Pues bien, citando textualmente el art. 781 CC: *“siempre que no pasen del segundo grado³³, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”*. Es decir, y así lo ha entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia, que, desde el último heredero fiduciario otorgado en vida del fideicomitente, se pueden dar dos sustituciones más, esto es, es posible tener un fiduciario y dos fideicomisarios más sucesivos. Lo que se pretende es evitar que la propiedad quede vinculada a alguien eternamente, por lo que nombrar más de dos fideicomisarios que vivan al tiempo del fideicomitente no altera la lógica de este límite, pues se va a alargar como mucho lo que viva la última persona en esta lista de fideicomisarios que vivan a la vez que el testador.

En palabras del profesor SERRANO³⁴, *“pueden ser llamadas como sustitutos fideicomisarios, además de tantas personas vivas al tiempo del fallecimiento del disponente como este desee (la vinculación no superara la vida del que más viva), dos que todavía no vivientes entonces, si bien cada una de estas personas debe vivir al abrirse la post-sucesión para ella.”*

En la sentencia que aquí analizamos, el fideicomitente dispone de todo su patrimonio para su sobrino, con la limitación de conservar siempre en la familia una vivienda con la que mantener la iglesia del barrio mediante las rentas que esta genera ya que esta alquilada a otra familia. Una vez que han pasado ya por las dos generaciones siguientes al fiduciario, y con el límite que imponen los artículos

³³ En cuanto a que se considera grado, la doctrina, y entre otros los profesores SERRANO, CÁMARA o LACRUZ, entienden que no se trata de grados de parentesco, si no de llamamientos, es decir, no se puede pasar del segundo llamamiento. El art. 915 CC viene a explicar esta situación.

³⁴ SERRANO GARCÍA, J.A., *Lecciones de Derecho Civil: Sucesiones por causa de muerte.*, Kronos., Zaragoza., 2016. Pág. 333

apuntados anteriormente, el tribunal determina el fin del deber de conservar y por tanto el fideicomisario adquiere la vivienda ya sin cargos, debiendo la familia que en él vive abandonarla, produciéndose la “purificación de la sustitución fideicomisaria”, es decir, el fin del deber de conservar y la adquisición en plena propiedad de los bienes.

Aclarar en este punto que como dice el profesor SERRANO, los llamamientos que excedan del límite del segundo grado son ineficaces en el exceso, es decir, el sobrepasar los límites no supone la nulidad de la sust. sino que solo será efectiva hasta los límites permitidos. En el presente caso es lo mismo, no significa que no sea efectiva nunca la sustitución, sino que no lo será a partir del segundo fideicomisario, pues será el último.

Por otro lado, recalca CÁMARA LAPUENTE³⁵ el CC no estipula nada para el caso de que el llamado como fiduciario o como primer fideicomisario sea una persona jurídica, puesto que su duración es indefinida, es decir, una persona sabemos cuándo va a morir, pero en el caso de una persona jurídica no, lo que iría en contra de lo que el límite del segundo grado intenta evitar, y así pues, la doctrina se preguntó por su validez, confirmando su validez, ahora bien, con límites puesto que, como señalábamos, iría en contra del límite que el CC establece.

Este límite se trata del art. 515 CC referido al usufructo en favor de las personas jurídicas, aplicable aquí por analogía. Lo que viene a decir es que se limita el disfrute de la herencia fideicomitada a 30 años, cortando la duración indefinida que supondría el hecho de no haber ningún límite a este respecto.

En lo referido al tema de los límites, es preciso añadir un par de reseñas más. Esto es, en primer lugar la prohibición relativa a la vinculación de los bienes, así

³⁵ CÁMARA LAPUENTE, S. et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013. Pág. 222

como la prohibición de la herencia de confianza o fiducia sucesoria secreta. Se trata de lo contenido en el art. 785 CC, concretamente en sus apartados 2º, 3º y 4º. En su comentario al mencionado artículo, el autor ALBIEZ DOHRMANN³⁶, nos expone que se trata de aplicar a disposiciones testamentarias, que, aunque tienen un contenido en parte similar, no se trata de sustituciones fideicomisarias, los mismos límites temporales. La sanción contra estas disposiciones es la nulidad plena, que recaerá no sobre toda la disposición sino a partir del llamamiento que exceda del límite del art. 781, mientras que los anteriores se mantendrán válidos. Por su parte, el apartado 3º tiene una excepción, la comprendida en el art. 788 CC, y que permite al testador, bajo ciertas condiciones incluidas en el propio artículo imponer “[...]al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas [...]”.

El apartado cuarto, habla de la fiducia sucesoria secreta, en virtud de la cual el causante instituye herederos facultándoles para hacerse cargo del todo o parte de la herencia y disponer de ella conforme al destino expresado en las instrucciones escritas o verbales que previamente le ha trasladado.

6. LA CAPACIDAD (O NO) DE DISPONER POR EL FIDUCIARIO. ESPECIAL MENCION A LA DISPOSICION MORTIS CAUSA

El derecho de disponer es aquel que nos permite enajenar (disponer) de una cosa, siendo esta enajenación a título oneroso o lucrativo. Ahora bien, un fiduciario, que como es sabido tiene el deber de conservar la cosa (haciendo excepción del fideicomiso de residuo) para entregársela a un heredero sucesivo, es decir, al fideicomisario, ¿puede disponer con total normalidad (como si fuera un propietario al uso)?

³⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.L.et al., *Comentarios al código civil Tomo IV.*, Tirant lo Blanch., Valencia., 2013. Pág.5743 y ss.

Como nos dice el profesor BLASCO³⁷, el fiduciario es heredero del fideicomitente (como bien hemos venido exponiendo), por lo cual adquiere los bienes y actúa de la misma forma, o mejor, como propietario que es de los bienes. En virtud de esto, hace suyos los frutos que estos bienes produzcan, ahora bien, al tener el gravamen de conservar esta propiedad es resoluble, esto es, es condicional y temporal. Como bien hemos resaltado, si se trata de una sustitución fideicomisaria de residuo esto no ocurre, pues si que puede disponer generalmente. Sin embargo, el poder de disposición si que se da, siempre y cuando este esté sujeto al límite temporal que la sustitución fideicomisaria impone. Así, este autor, nos hace tres diferenciaciones; en primer lugar, las enajenaciones hechas por el fiduciario solo, sin contar con los fideicomisarios. En este caso las enajenaciones son impugnables por los fideicomisarios. En segundo lugar, nos habla de las enajenaciones hechas con el consentimiento de los fideicomisarios, siendo estas totalmente válidas y eficaces. Si son varios los fideicomisarios y solo consienten los primeros, aquellos que no hayan consentido tienen derecho a impugnar la enajenación. Por último, nos habla de las sustituciones fideicomisarias con fideicomisarios indeterminados, o que aun no han nacido. Para estos casos, hay que atender a los artículos 804 (que habla de la asimilación de la administración de los bienes del ausente para herederos condicionales), el 185 y 186 (que hablan de las facultades para la disposición de los bienes del ausente), entendiéndose de estos que será necesario una autorización judicial, y que se dará solo en casos de necesidad.

Como nos dice LACRUZ³⁸ la primera fuente de regulación en todo lo respectivo a esta institución es la voluntad del instituyente, ahora bien, a falta de expresión completa y clara, habrá que buscar en el Código Civil regulación que solucione los problemas planteados. Con respecto a esto, en función a todas las similitudes que entraña la institución con la institución en usufructo, muchas

³⁷ BLASCO GASCÓ FP. *Instituciones de derecho civil. Derecho de Sucesiones.*, 2ª ed., Tirant lo Blanch., Valencia., 2015., Pág. 151 Y 152.

³⁸ LACRUZ BERDEJO JL, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones.*, 2ª ed., Dykinson., Madrid 2009., Pág. 267

disposiciones que se establecen para esta última pueden ser usadas por analogía, aunque no todas, pues no se trata de instituciones idénticas.

Por último, es de resaltar en este aspecto lo que dice el profesor CÁMARA LAPUENTE³⁹, según este, los resultados de las enajenaciones realizadas por los fiduciarios están sometidas al principio de subrogación real, es decir, si por ejemplo A es fiduciario de B y vende el inmueble fideicomitado sin permiso de B, si el tercero que adquiere el inmueble actúa de buena fe sin saber que tenía un gravamen de conservar el inmueble, el fideicomisario “B” deberá entregar el dinero que haya obtenido con dicha venta. No hay en el código civil disposiciones a este respecto, sin embargo, en los códigos forales como el catalán si que se habla de esto, abogando por la subrogación real, por lo que se entiende que, en cierta manera por analogía, también se ha de dar.

Este autor se plantea también el supuesto de los arrendamientos de bienes fideicomitados, que es relevante debido a la temporalidad de la propiedad de los fiduciarios. En este sentido habrá que diferenciar en primer lugar, si este arrendamiento está sometido al CC, cuando el arrendador pierde la propiedad, el arrendamiento se disuelve también, en aplicación analógica del art. 480 CC que versa del usufructo. Por otro lado, si el arrendamiento se regulaba de acuerdo con la antigua Ley de arrendamientos urbanos (LAU), habrá un plazo de prórroga de 5 años (13.1 de la antigua redacción de la LAU), que, por el contrario, con la nueva redacción, quedará resuelto como ocurre en el primer caso mencionado (art. 13 LAU). Por último, si el arrendamiento es de finca rústica, se regirá por la Ley de arrendamientos rústicos (LAR), se deberá resolver el arrendamiento, a no ser que este en curso el año agrícola que deberá acabarse y entonces es cuando se resolverá el usufructo (art. 10.1 y 13 LAR).

Por último, hacer mención a la disposición mortis causa. Ni que decir tiene que cuando se habla de disposición mortis causa solo se puede dar en el caso del

³⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013., Pág. 226 y 227

fideicomisario y en las sustituciones fideicomisarias de residuo. Para analizar esta cuestión, me he de remitir otra vez, y me reitero, por la claridad por la que se aborda, a la sentencia de la AP de Pontevedra⁴⁰, en concreto en su fundamento jurídico cuarto, relativo a la posibilidad de disponer mortis causa.

Como hemos aclarado anteriormente, el tipo de sustitución que permite la disposición mortis causa es la sustitución preventiva de residuo. Lo más destacable aquí es que hay que hacer mención expresa a esta facultad para disponer mortis causa, por lo que, si no se menciona expresamente, se entenderá por no concedida.

Las donaciones se han de tomar incluidas en el caso de que se permita la disposición mortis causa. Y finalmente decir, que como hemos visto a lo largo de todo el proyecto, la voluntad del causante es la primera norma, por eso debe el juez buscar mediante la interpretación lo que realmente es la voluntad para obrar en este sentido. En el caso de la mencionada sentencia, aunque no lo dice expresamente del todo, el juez interpreta que lo que en realidad quiere expresar el fideicomitente es que permite disponer mortis causa, pues es lo que se infiere de la redacción del testamento.

7. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y DIVISIÓN DE COSA COMÚN⁴¹

Como bien dice el título de este punto, pueden darse casos, en los que, por un lado, el derecho que tiene todo copropietario a solicitar la división de la cosa común (pues no puede obligársele a permanecer en la indivisión) puede entrar en conflicto con el deber (o como hemos explicado anteriormente, el gravamen) de conservar los

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sala de la civil, sección 6ª), nº 599/2018, de 28 de diciembre de 2018 (RJ 2255/2018)

⁴¹ Información obtenida de la autora ANTONIA PANIZA FULLANA, “Sustitución fideicomisaria y división de cosa común: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Número 3, 2019 - 03 – 06

bienes que tienen los fiduciarios, para transmitir a los fideicomisarios. Se trata de dos derechos consagrados en el CC, en el art. 400 y en el 783 respectivamente.

Esta discusión se origina a raíz de un caso real por el que la DGRN se pronunció mediante resolución, la de 6 de noviembre de 2015 concretamente. Los hechos se basaban en lo siguiente; existiendo una comunidad sobre una finca rústica, una de las partes, una sociedad mercantil, interpone demanda de disolución de la mencionada comunidad. Pues bien, la comunidad la conformaban cuatro partes, la parte demandante y otras tres. Por un lado, dos partes se allanan a la pretensión, pero la tercera se declara en rebeldía. La sentencia por la que se dirime esta demanda establece el carácter divisible del objeto del litigio y acepta la división propuesta.

Lo característico aquí es que las tres partes demandadas estaban sometidas a una sustitución fideicomisaria. Presentada la división ante el Registrador de la propiedad, este la califica negativamente, entre otras cosas que aquí no vienen a cuento, por esta razón.

El motivo que se da es que, habiendo en la comunidad una sustitución fideicomisaria por medio, donde además de los actuales titulares, en un futuro, habrá otros cuyos derechos se pueden ver perjudicados, será lo más lógico que comparezcan todos los interesados futuros ratificando la división, para evitar cualquier tipo de perjuicio. Así pues, dice el registrador que la demanda deberá ir en contra tanto de los que hoy son titulares, como los que en un futuro van a serlo, es decir, deberán ser demandados tanto los fiduciarios como fideicomisarios.

La sociedad mercantil, por su parte recurre esta decisión del registrador, alegando que el derecho que otorga el art. 400 CC no puede ser impedido o bloqueado por la existencia de una sustitución fideicomisaria. Además, el hecho de que se proceda a la división de la cosa común, no quiere decir que se disponga de esta, sino más bien lo que se hace es concretar la participación que ostenta cada parte.

El caso se eleva a la DGRN que lo que hace es aceptar este recurso, diciendo que no hace falta que los fideicomisarios muestren su consentimiento, pero que lo que

si que es necesario es que estén demandados juntamente con los fiduciarios en la demanda.

Por otra parte, como hemos estudiado en apartados anteriores, el fiduciario no tiene prohibida la disposición de los bienes fideicomitados, lo que ocurre es que se ha de limitar a su situación temporal, o contar con el permiso del fideicomisario. Sin embargo, uno de los casos en los que el consentimiento de los fideicomisarios no es necesario, es en este que estamos estudiando, y en el que tenemos que hacer diferenciación entre consentimiento y emplazamiento, pues en este caso opera el segundo término, es decir, no es necesario el consentimiento de los fideicomisarios a la división, pero como sí que están legitimados pasivamente, la demanda debe interponerse contra ellos igualmente.

Por último, para concluir este apartado, hay que añadir que en caso de que se dividiera la sociedad en virtud del 400CC el gravamen del 783CC tampoco se rompería, puesto que lo que realmente ocurre con la división de la comunidad, es que la parte correspondiente quedaría en manos del fiduciario para posteriormente, en cumplimiento de la sustitución, pasar al fideicomisario.

Como hemos visto, debido a la subrogación real que comportaría el caso de que la división supusiese una contraprestación en dinero, o el caso de que se repartiera una porción, no supondrían ninguna disminución del valor de los bienes ya que estos permanecerían en el patrimonio de los herederos (sucesivamente, primero en el del fiduciario y después en el del fideicomisario).

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. – El código civil en sus artículos 774 y ss. regula las sustituciones hereditarias, y más concretamente del 781 al 789, regula lo que viene siendo la figura de la sustitución fideicomisaria. Como podemos observar, se trata nada más que de

nueve artículos, lo que ya es una primera muestra de la escasa regulación que esta figura ha tenido históricamente.

Para solventar esta escasa regulación, pues han sido históricamente varios (por no decir demasiados) los “vacíos legales” que esta figura ha dejado en su escasa regulación, tanto los tribunales a través de sus sentencias, sentando jurisprudencia, como también la doctrina, con su enorme y constante labor configuradora del derecho a través del estudio y análisis de los diferentes preceptos, han ido solventando los problemas, o como acabamos de decir, los vacíos legales, de manera más o menos eficaz.

Sin embargo, no es menos cierto que tanto la jurisprudencia, como la doctrina ha ido teniendo diferentes puntos de vista en lo referido a los diferentes problemas que se han planteado, tanto entre ellos mismos como entre los unos y los otros (es decir, entre diferentes posturas doctrinales, así como también entre jurisprudencia y doctrina.)

Son varios los ejemplos en los que podemos ver este cambio de posición, por ejemplo, en lo referido a la consideración del deber de conservar la herencia fideicomitida como un requisito o elemento fundamental para poder considerar como válida una sustitución fideicomisaria. En un primer momento se tenía como fundamental, para posteriormente tenerlo únicamente como un carácter natural propio de la sustitución, que no un elemento esencial o fundamental, considerándolo como un gravamen más que como un deber.

SEGUNDO. – Si bien es cierto que en el derecho común, en nuestra norma civil no regula, o mejor dicho, regula parcamente la sustitución fideicomisaria, los derechos forales o autonómicos, como el aragonés, el balear o el navarro, si que ponen más esmero en la regulación de esta figura. En concreto, mención especial al derecho catalán, que, en su código civil, recoge ampliamente todo lo referido a esta institución, aunque aquí, en la mayoría de sus preceptos (por no decir todos) utiliza el término fideicomiso.

Como hemos visto en este trabajo, es indiferente el uso del término fideicomiso que del de sustitución fideicomisaria, pues ambos se refieren a lo mismo, cuestión que personalmente, y en mi pobre opinión de estudiante, me parece de lamentar, puesto que históricamente como hemos comprobado el termino fideicomiso quería decir o representaba una institución que por similar que parezca no tienen nada que ver con las sustituciones fideicomisarias, y razón por la que se puede inducir a engaños.

TERCERO. – Como sabemos, se trata de una figura que lo que quiere es que lo fideicomitado en herencia, vaya de manos de un primer fiduciario, a unos sucesivos fideicomisarios, que pueden ser uno o más, siempre y cuando se nombren solo a dos cuya existencia no lo sea en el momento de realizar la institución. Con esto, se impone un gravamen de conservar la herencia para entregársela al fideicomisario siguiente (o último), por lo que las facultades de disposición de algo que es propiedad de uno se encuentran limitadas.

En el estudio jurisprudencial de esta institución, he podido percatarme de que, aunque lo que propiamente se describe en el código civil es la sustitución fideicomisaria normal, la que más uso tiene es normalmente la conocida como de residuo, en virtud del art. 783.2 CC. Como sabemos, la particularidad de este tipo de sustituciones fideicomisarias es que se encarga que se entregue al fideicomisario aquello de lo que no se ha dispuesto (siendo múltiples las posibilidades o facultades de disponer las que se permitan por el causante, que tendrán que ser de forma expresa).

El motivo del mayor uso de esta segunda figura es, en mi opinión, que se facilita al fiduciario y primer heredero, mayor libertad en las propiedades, algo que es bastante útil dentro de las familias, pues en ocasiones de necesidad o porque, por ejemplo, se presente una muy buena oportunidad para enajenar, etc. y el límite que la sustitución fideicomisaria normal impone podría bloquear estas situaciones.

CUARTO. – A mi juicio, que como repito es un muy humilde juicio, se trata de una institución con mucha utilidad, aunque, por su desconocimiento muchas veces, en la práctica no es que sea muy común. Siendo todas sus variantes de mucha utilidad,

lo que yo entiendo, es que las mejores formas que se pueden y que incluso se han de dar son la sustitución fideicomisaria normal, la sustitución fideicomisaria “*si sine liberis decesserit*” y/o la sustitución preventiva de residuo.

Esta es mi opinión, y el fundamento de esto es el siguiente, en el primer ejemplo, lo que se pretende conseguir es que, por ejemplo, una casa o algo similar, permanezca en la familia, o en un círculo cercano, de manera que se impone el deber de conservarlo hasta la muerte para disfrutarlo dentro de este círculo. En el segundo ejemplo, lo que se trata de evitar, es que, si un hijo al que le dejo la herencia está casado, y en el caso de no tener descendencia, al abrirse la sucesión abintestato, puede ocurrir que los bienes vayan a parar a la mujer o a su familia, que ni si quiera eran de la familia del primer causante. Y en el último ejemplo, lo que se trata es de dejar en la herencia al primer heredero todo lo que quiera, pero en caso de morir sin haber dispuesto nada, lo transmitido en primer lugar irá al fideicomisario que el primer causante haya decidido, evitando la sucesión abintestato.

QUINTO. – Hoy en día podemos decir que la sustitución fideicomisaria está muy bien delimitada, en primer lugar, por todo el trabajo que han realizado la doctrina y aun más importante la jurisprudencia, pero además gracias a los derechos autonómicos que con su mayor y más extensa redacción de las diferentes cuestiones de la institución han ayudado a la jurisprudencia en su labor perfeccionadora de la institución.

V. BIBLIOGRAFÍA

MANUALES

- ALBALADEJO M, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones.*, Edisofer s.l., Madrid 2015.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.L.et al., *Comentarios al código civil Tomo IV.*, Tirant lo Blanch., Valencia., 2013.
- BLASCO GASCÓ FP. *Instituciones de derecho civil. Derecho de Sucesiones.*, 2ª ed., Tirant lo Blanch., Valencia., 2015.
- CÁMARA ALVAREZ M. *Compendio de derecho sucesorio.*, LA LEY., Madrid., 2011.
- CÁMARA LAPUENTE, S. et al., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.*, Colex., Madrid., 2013.
- LACRUZ BERDEJO JL, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones.*, 2ª ed., Dykinson., Madrid 2009.
- SERRANO GARCÍA, J.A., *Lecciones de Derecho Civil: Sucesiones por causa de muerte.*, Kronos., Zaragoza., 2016
- *COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO V Derecho de Sucesiones.*

REVISTAS JURÍDICAS

- ANTONIA PANIZA FULLANA, “Sustitución fideicomisaria y división de cosa común: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Número 3, 2019 - 03 – 06
- Rodal, L. C. La sustitución fideicomisaria. Especial referencia al fideicomiso de residuo. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 11/2011.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre 1974. RJ 1974\4677
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Mérida de 27 de Junio de 2016. RJ 2016\1356
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 8 de noviembre de 2018. RJ 2018/234
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de diciembre de 2018. RJ 2018/599

RESOLUCIONES DGRN

- Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 17 de septiembre de 2003. RJ 2003/18906
- Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 27 de Octubre de 2004 RJ 2004/7808.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 26 junio de 2017. RJ 2017\3768