



# La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español

(PRIMERA PARTE)

TERONIMO LOPEZ LOPEZ

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—1. Las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia.—A) La tendencia dominante y sus fundamentos.—B) Otras opiniones.—2. Consideraciones críticas.—3. Finalidad del presente estudio.—II. Demostración de que el fideicomiso de residuo se encuentra regulado en el Código civil español.—1. La ruptura de la línea tradicional en la regulación del fideicomiso de residuo.—A) La época precodificadora.—B) El Código civil francés.—C) El Código civil italiano de 1865.—D) Influencia sobre la doctrina y jurisprudencia españolas.—2. La posición del Código civil español.—A) El fideicomiso de residuo antes de la formación del Código civil.—B) Los acuerdos de 1882.—C) El artículo 783, párrafo segundo, del Código civil.—D) El problema de la cuarta trebeliánica.—III. Amplitud de la regulación de la sustitución fideicomisaria de residuo en el Código civil español.—1. Consideraciones generales.—2. Interpretación del artículo 785, número 1.º—IV. Configuración de la sustitución fideicomisaria de residuo.—1. Opiniones acerca de si el fideicomisario sucede a título universal o particular.—2. La cuestión en el Código civil español.—V. El problema de los límites temporales de la sustitución fideicomisaria de residuo.—1. Las opiniones de la doctrina.—2. Consideraciones críticas.—3. El límite de la sustitución fideicomisaria de residuo. Interpretación del artículo 781 del Código civil.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (\*)

1. *Las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia.*—A) *La tendencia dominante y sus fundamentos.*—La opinión casi siempre seguida en la doctrina y jurisprudencia españolas estima que el fideicomiso de residuo no se halla regulado en nuestro Código

(\*) Notará el lector algunas deficiencias en la bibliografía. Se deben a dos causas: por una parte, porque se ha preferido no citar sino las obras directamente consultadas; por otra, a consecuencia de las dificultades con que se tropieza para encontrar algunos libros y revistas, sobre todo en el caso de publicaciones extranjeras. Tampoco han podido ser utilizadas siempre las últimas ed:

civil (1), en el cual, se dice, «no se encuentra disposición alguna referente a esta figura jurídica» (2). Las razones en que se fundamenta este modo de pensar son las siguientes: 1.ª) El Código civil español no menciona directamente el fideicomiso de residuo; y 2.ª) Tampoco puede sostenerse que se trate de una forma de sustitución fideicomisaria, y que en este concepto se regule, porque en la definición que de la misma formula el artículo 781 se consideran como tales aquellas «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia» (3), y en el fideicomiso de residuo la obligación de

ciones. Como es lógico, se ha retrasado la publicación del presente estudio hasta el momento en que la tesis en él mantenida ha podido ser suficientemente argumentada, razón por la cual las deficiencias señaladas no afectan en el fondo a la misma.

Las revistas jurídicas españolas se citan empleando sólo las iniciales de sus nombres; las extranjeras, por el nombre completo. Además se emplean las siguientes abreviaturas, todas ellas relativas a los trabajos preparatorios del vigente Código civil italiano: RCR: Relación de la Comisión Real sobre el Proyecto preliminar; RG: Relación del ministro Guardasellos sobre el Proyecto definitivo; RCP: Relación de la Comisión parlamentaria sobre el mismo Proyecto; RR: Relación al Rey Emperador. Para las citas de las mismas se ha utilizado el libro de G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER y G. DALLARI, *Il Codice civile*, en el volumen dedicado a las sucesiones por causa de muerte y donaciones. Milán, 1939. No ha parecido necesario hacer en cada ocasión referencia a las páginas del mismo, por estar allí agrupadas las citas de las Relaciones a continuación de los artículos correspondientes.

(1) La desmesurada extensión que habría de tener la cita de los textos donde dicha opinión se sostiene, y, por otra parte, el hecho de ser sobradamente conocida, hace preferible citar con detalle sólo las opiniones discrepantes, lo que se hace *infra*, notas 7 a 9.

(2) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Mallorca, 1951, página 271.

(3) La doctrina afirma que en el citado precepto se define la sustitución fideicomisaria. Así, por ejemplo, ARMERO, *Testamentos y particiones*, t. I, Madrid, 1951, pág. 383; BONET, *Derecho de familia y sucesiones*, Madrid, 1940, página 505; DE BUEN, *Notas a la traducción española del Curso elemental de Derecho civil de COLLÍN y CAPITANT*, t. VIII, Madrid, 1928, págs. 314-315; DE DIEGO, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Madrid, 1926, págs. 60, 71 y 80-81; JAÉN, *Derecho civil*, Madrid, 1928, pág. 749; LACRUZ BERDEJO, *Notas a la trad. esp. del Derecho de sucesiones de BINDER*, Barcelona, 1953, pág. 112; LARRAZ, *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores*, RDM, 1947, 7, pág. 32; LIÑÁN, *Sobre el párrafo cuarto del artículo 785 del Código civil*, RGLJ, t. CXXXIX, pág. 143; OLIVA, *Sustitución*, en el «Diccionario de Derecho privado», t. II, Barcelona, 1950, página 3746; PLANAS y CASALS, *Derecho civil español común y foral*, t. II, Barcelona, 1925, pág. 45; RAMOS, *De las sucesiones*, t. I, Madrid, 1894, pág. 302; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 30 y *Notas a la trad. esp. del Derecho de sucesiones*, de KIPP (en el *Tratado de Derecho civil de ENNECERUS-KIPP-WOLFF*), t. V, v. 2.º, Barcelona, 1951, pág. 77; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio*, Sevilla, 1951, pág. 158; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 1.º (2.ª edic.), Madrid, 1910, pág. 693; SERRANO SÚÑER y SANTACRUZ TEJERO, *Notas a la trad. esp. del Derecho civil de RUGGIERO*, t. II, v. 2.º, Madrid, s. f., pág. 526; VILLAR y ROMERO, *Derecho civil*, Madrid, 1949, pág. 418.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha reiterado recientemente su opinión de que en el artículo 781 C. c. «se contiene el concepto legal» de las sustituciones fideicomisarias. (S. 20 abril 1951.)

conservar falta (4), pues se autoriza al primer llamado para consumir o para enajenar, y se le obliga solamente a entregar el sobrante. Por tanto, se cree que es nota esencial del concepto de sustitución fideicomisaria que se imponga al llamado como fiduciario la obligación de conservar los bienes fideicomitidos (5).

La consecuencia que produce la indicada doctrina es que se afirma que, a falta de normas directamente aplicables, el fideicomiso de residuo debe ser regulado aplicando por analogía las dictadas para la sustitución fideicomisaria, y en la práctica así se realiza (6).

---

(4) Se utiliza aquí, y se utilizará en lo sucesivo, el término obligación de conservar en el sentido de prohibición de disponer sin limitaciones el fiduciario de los bienes fideicomitidos y de consumirlos. Acerca de la significación exacta de la obligación de conservar, cf. *infra* n. 151.

(5) Sobre la necesidad de que se imponga al fiduciario la obligación de conservar para que pueda considerarse establecida una sustitución fideicomisaria, ha dicho el Tribunal Supremo en su S. 20 abril 1951, que tal es el criterio del artículo 781 C. c., y «además el más conforme con la jurisprudencia de esta Sala [primera], de la que basta citar la Sentencia de 21 de diciembre de 1918, que declaró que la sustitución fideicomisaria exige como condición esencial que el fiduciario esté obligado a entregar la herencia al fideicomisario, y que éste tenga derecho a los bienes desde el momento de la muerte del testador; la de 8 de julio de 1929, según la cual es esencial en los fideicomisos la cláusula de prohibición de enajenar...», «y la de 3 de noviembre de 1890, que declara que el carácter esencial de la vinculación de bienes consiste en la prohibición absoluta de su enajenación». Reitera este criterio la Sentencia 4 marzo 1952. Finalmente, la S. 6 abril 1954 dice que «la obligación de conservar los bienes el primer heredero y transmitirlos a un tercero... es inherente a los fideicomisos, como se previene en el artículo 781 del Código civil», e indica que se sostiene tal afirmación «en las Sentencias... de 28 junio 1928, 27 septiembre 1930 y 2 marzo 1935... al decirse en ellas que son requisitos indispensables para la sustitución fideicomisaria la doble disposición de una misma herencia, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos».

La doctrina mantiene igual opinión, como se ha señalado en el texto, por estimar que el art. 781 del C. c. define la sustitución fideicomisaria (cf. *supra* nota 3). Este precepto es seguido muy de cerca siempre que se intenta definir dicha figura jurídica, aunque no se haga referencia expresa al mismo; así, por ej.: FLORES MICHEO, *Estudio sobre una sustitución fideicomisaria*, ADC., t. IV, fasc. 2, pág. 500, dice que «se llama sustitución fideicomisaria a la disposición en virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas expresamente indicadas por aquél».

(6) DE DIEGO, *El fideicomiso de «eo quod supererit» en Derecho romano*, Madrid, 1926, pág. 13, describe así la situación del fideicomiso de residuo en el Derecho común español: «Disciplinado en las leyes romanas, atendido en las costumbres, parece hallarse ausente del Código civil, y cuando se le encuentra en la vida, la falta de análisis técnico del mismo conduce a que se le crea huérfano de regla propia y congruente, o se le busca ésta en instituciones semejantes, a lo menos en apariencia (sustitución fideicomisaria), o en norma general y vaga, común a todas las organizaciones de su género (art. 675 del Código civil)». Cf., asimismo, *Naturalesa*, cit., pág. 27.

La SIS. 13 febrero 1943 afirma que «las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarios de nuestro Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serles apli-

B) *Otras opiniones.*—No faltan, sin embargo, opiniones discrepantes de la que se expone como general. a) Desde hace tiempo se ha señalado la posibilidad de que el artículo 783, párrafo segundo, i. f., haga referencia al fideicomiso de residuo (7), y categóricamente se ha dicho que «en nuestro Código civil la cláusula de residuo aparece instalada por las buenas en medio de las normas de la sustitución fideicomisaria (art. 783, frase final) con domicilio comfortable. Su intrínquilis consiste en que el testador flexibiliza la obligación del fiduciario en cuanto a su contenido, permitiéndole consumir o disponer del todo o parte de los bienes» (8). b) Por otra parte, se ha estimado que constituye una forma normal de sustitución fideicomisaria y que se acomoda a la definición que de la misma proporciona el artículo 781 del Código civil, porque en el fideicomiso de residuo existe obligación de conservar. El fundamento de esta afirmación es el siguiente: el fiduciario de residuo no puede disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, ya que si esta facultad le hubiera sido concedida por el disponente no se trataría de un fideicomiso de residuo, sino de una «disposición testamentaria supletoria, caso de fallecer el heredero sin testar», y se entiende que si el fiduciario sólo puede disponer por actos *inter vivos*, está obligado a conservar, porque lo que atribuye plena facultad dispositiva es la posibilidad de disponer *mortis causa*. «Disponer en vida—se añade—tiene sus riesgos, pues significa desprenderse para el resto de la existencia de la cosa enajenada, y hay que tener en cuenta la natural resistencia de toda persona a despojarse irrevocablemente de una cosa. He ahí el freno o mecanismo regulador del poder dispositivo del fiduciario de residuo, y que se traduce en una restricción en el disponer, que implica la existencia de un gravamen de tipo fideicomisario» (9).

cables, en determinados extremos, los preceptos que rigen en orden a esta clásica figura jurídica». La S. 28 junio 1947 reafirma este criterio.

Al tratar de realizar esta aplicación analógica, surgen una serie de problemas, como por ej. si debe someterse el fideicomiso de residuo a los límites establecidos en el art. 781 C. c., cuestión que será resuelta *infra* V, y si es posible aplicar al mismo la norma contenida en el art. 784 C. c., problema que será tratado en la segunda parte de este estudio.

(7) DE BUEN. *op. cit.*, pág. 316. La opinión de este autor no es plenamente afirmativa, como se ha indicado en el texto; sobre sus dudas, v. *infra* n. 15

La STS. 13 noviembre 1948 dice (confirmando el criterio mantenido ya antes por el Tribunal Supremo: cf. Res. DC-RN. 16 noviembre 1944), que «la modalidad testamentaria denominada disposición, cláusula, legado o fideicomiso de residuo, supervivencia en nuestras costumbres del fideicomiso *ex eo quod tempore mortis supererit*, está presidida, como la sustitución fideicomisaria, por la nota «de una doble vocación o llamamiento sucesivo en el disfrute de bienes hereditarios», y aunque sostiene que «el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria», añade «que pudiera considerarse comprendido en el último párrafo del artículo 783 del Código civil».

(8) GONZÁLEZ PALOMINO. *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*. AAMN., t. V. Madrid, 1950, pag. 613.

(9) ROCA SASTRE. *Estudios*, cit. pag. 77.

Muchas veces se ha pensado que el fideicomiso de residuo contiene obliga-

2. *Consideraciones críticas.*—Ninguna de las opiniones citadas resulta enteramente satisfactoria o deja de plantear problemas. A) La opinión dominante aparece a primera vista sólidamente fundada, pero resulta difícil aceptar que el legislador de nuestro Código civil no ha querido regular el fideicomiso de residuo o bien que se ha olvidado del mismo. Una serie de motivos se oponen a creerlo así; los principales son los siguientes: a) La utilización del fideicomiso de residuo era muy frecuente antes y hasta el momento de la formación del Código civil, como testimonian las sentencias del Tribunal Supremo a él relativas (10). b) El Proyecto de Código civil de 1851 se refería al supuesto del fideicomiso de residuo, si bien para prohibirlo; su artículo 635 dice: «Toda sustitución fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se la revista» (11), y añadía el artículo 636: «Quedan

ción de conservar; entre las numerosas teorías que se han defendido al respecto (v. una de ellas *infra*. n. 61), estuvo en otro tiempo muy en boga la de que el fiduciario de residuo tenía obligación de conservar en el momento de la muerte, que se atribuía a la vida. POLACCO, *Sulla massima «momentum mortis vite tributur»*, Salerno, 1910 (ed. sep. de los *Studi in onore di B. Brugi*), ha señalado que ni tal máxima ni la opuesta tienen carácter de dogma, que no pueden ser generalizadas, y que una u otra se aplicarán según los casos, pues desde el punto de vista puramente lógico no hay razón alguna para atribuir dicho momento a la muerte o a la vida. Una y otra solución son puramente convencionales, y el legislador y el jurista deben aplicar aquélla que convenga mejor para el cumplimiento de los fines del Derecho. En el supuesto de fideicomiso de residuo (op. cit., págs. 10-11), indica que si el momento de la muerte se atribuye a ésta ya no cabe plantear el problema de la existencia de la obligación de conservar, y, si se atribuye a la vida, lo que ocurre es que hay una imposibilidad práctica de enajenar, pero no una imposibilidad jurídica producida por el nacimiento—en dicho momento—de la obligación de conservar. En el mismo sentido habían opinado ya VITALI, *Il fedecommesso di residuo nel Diritto italiano*, Plasencia, 1889, págs. 100-102, y SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative ai fedecommessi nel Diritto civile italiano, ed in particolare del c. 6. fedecommesso «del residuo»*, Bolonia, 1898, págs. 104-107.

(10) DE DIEGO, en sus ya citadas obras *El fideicomiso*, págs. 14-15, y *Naturaleza*, págs. 14, 15, 20, 21, 114 y 115, señala las siguientes: 21 mayo 1859, 24 octubre 1860, 20 diciembre 1866, 15 junio 1868, 1 febrero 1871, 1 julio 1871, 7 marzo 1876 y 10 julio 1878. La STS. 1 febrero 1871 parece citada con error, y las de 24 octubre 1860 y 7 marzo 1876 se refieren a supuestos de designación de heredero usufructuario con facultad de disponer. De todas maneras, las Sentencias restantes proporcionan la prueba de lo que se afirma en el texto.

(11) Los artículos 629 y 630 se refieren a la sustitución vulgar; el artículo 638 (en relación con el artículo 437) admite: 1.º La institución separada en el usufructo y en la nuda propiedad, pudiendo en este supuesto ser establecido el usufructo con carácter sucesivo, siempre que sea a favor de personas que existan al tiempo de morir el constituyente. 2.º Un tipo de sustitución que recuerde la sustitución pupilar. Dice el párrafo segundo de este precepto que «puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbere para el caso de que éste muera antes de llegar a la pubertad». Esta disposición es el antecedente inmediato de las sustituciones pupilar y ejemplar de nuestro Código civil, y ha determinado que estas formas de sustitución se aparten de los modelos del Derecho romano. El Proyecto de 1851 sigue en este punto el criterio instaurado por las Leyes Civiles para el Reino de las Dos Sicilias, cuyo artículo 945 decía: El padre o la madre y los demás as-

comprendidas en la prohibición del artículo anterior»... «2.º A. aquella [disposición] por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero». c) En las provincias de Derecho foral se empleaba con frecuencia, utilizándose diversas modalidades del mismo que serán expuestas posteriormente en este estudio.

Teniendo en cuenta estos datos, no parece lógico pensar que el legislador de nuestro Código civil no lo mencione. Si tal hubiera sido su proceder, habría que atribuirlo, como antes se ha señalado, a que no quiso regularlo o bien a que se olvidó del mismo. En el primer caso, parece evidente que no pudo el legislador creer que el fideicomiso de residuo era admisible como válido, pero que su regulación no era necesaria, porque la conveniencia de tal regulación parece clara. Y si su propósito era prohibirlo, siguiendo las huellas del Proyecto de 1851, resulta inexplicable también la falta de mención. El Proyecto de 1851 contenía una norma general prohibitiva de las sustituciones, porque se consideraban, en principio, como fideicomisos, y por ello se decretaba su nulidad (art. 635). Por tanto, se considerase el fideicomiso de residuo como fideicomiso o como sustitución, la nulidad del mismo no dejaba lugar a dudas, desde el momento en que no fuera establecida una excepción a su favor. A pesar de todo, se consigna expresamente su prohibición en el artículo 636, para que no quedase duda alguna. Si tantas precauciones se tomaron en el Proyecto de 1851 en el intento de abolirlo definitivamente, ¿cómo pensar que debía

---

cendientes, los tíos y tías, los hermanos, las hermanas, pueden sustituir a un menor de dieciocho años en el caso de que éste muera sin hijos antes de cumplirlos, una tercera persona, pero sólo en aquellos bienes en los cuales haya sido el menor dejado heredero» (CUTURI, *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel Diritto civile italiano*, Città di Castello, 1889, págs. 40-41). Este precepto significaba una excepción a la prohibición general de las sustituciones fideicomisarias que el citado Código napolitano mantenía como principio, y creaba un supuesto que constituye una especie de sustitución fideicomisaria permitida que nada tiene que ver con la sustitución pupilar romana, que, lo mismo que la ejemplar, no fué acogida (CUTURI, op. cit., págs. 41 y 100). GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, págs. 86 y 87, dice que el segundo párrafo de artículo 638 del Proyecto fué adoptado como base por la Comisión a propuesta suya. Se trataba de impedir que los impúberes no fueran beneficiados en testamento ante el temor de que no pudiendo ellos hacerlo les sucediesen, en los bienes en los que se les hubiera favorecido, personas que no mereciesen el afecto del testador. Indica también que el artículo 945 del Código napolitano y el citado precepto del Proyecto de 1851 carecen de conexión con la sustitución pupilar tal como fué regulada por el Derecho romano. En la segunda parte de este estudio se demostrará cuál es la naturaleza jurídica de las sustituciones denominadas pupilar y ejemplar según la regulación que les proporciona nuestro Código civil, con objeto de poder determinar el concepto técnico de sustitución utilizado en el mismo. 3.º Una nueva excepción a la regla general prohibitiva de las sustituciones, que tiene su origen en el C. c. francés (art. 1.048) y está concebida en los siguientes términos: «Puede 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.»

ser suficiente el silencio del Código civil para que se entendiese prohibido? En este Código falta una norma que prohíba de modo general las sustituciones fideicomisarias y fideicomisos, y para abolirlo hubiera sido necesaria una norma expresa en este sentido, pues de otro modo no habría razón alguna en qué fundamentar dicho resultado, y la arraigada práctica de establecerlo continuaría siendo legal.

Nadie piensa, naturalmente, que la falta de mención del fideicomiso de residuo en nuestro Código civil supone que deba considerársele prohibido; por el contrario, se entiende que se permite, pero que el legislador se olvidó de regularlo. Sin embargo, este olvido no parece posible, porque se trataba de una institución de constante uso y no sólo se utilizaba con frecuencia en el ámbito del Derecho común (Derecho de Castilla), sino también en los de los Derechos forales, y resulta muy extraño que tanto los juristas del Derecho común de España, como los foralistas, que tuvieron una amplia intervención en la formación del Código civil, lo hubiesen olvidado, originándose con ello un grave defecto en la obra legislativa (12).

B) Las teorías que afirman que el fideicomiso de residuo se encuentra regulado en el Código civil, o por lo menos aludido en el mismo, suscitan consideraciones sobre sus fundamentos, que pueden ser sintetizadas así: a) En relación con la posibilidad de que el fideicomiso de residuo se encuentre aludido en el artículo 783 i. f. del Código civil, se ha observado que este precepto «está pensando, más que en el fideicomiso de residuo, en la eliminación de la cuarta trebeliánica de Derecho romano» (13); la doctrina siempre lo ha creído así (14), y todavía no se ha indicado ninguna razón que demuestre que se refiere, por el contrario, al fideicomiso de residuo, o también al fideicomiso de residuo. Por otra parte,

(12) Dice, con cierto énfasis, PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., pág. 271, que «al ignorar esta modalidad testamentaria de frecuentísimo uso, tanto en las zonas de Derecho común como en los territorios forales, incurrió el Código civil en un grave pecado de omisión».

(13) ROCA SASTRE, *Notas*, cit., pág. 120. Dice este autor que «sólo con cierto esfuerzo» cabe comprender el fideicomiso de residuo en el citado artículo.

(14) Constituye doctrina común que el artículo 783, párrafo segundo, se refiere a la cuarta trebeliánica. Cfr., sólo como ejemplo: DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 168; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, 7.ª ed. (OGAYAR), Madrid, 1951, pág. 192; DE BOFARULL, *Código civil español*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1880, pág. 250, n. 1; DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, 6.ª ed., t. II, Valencia, 1889, pág. 391; BONET, op. cit., pág. 508; JAÉN, op. cit., pág. 743; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, 4.ª ed., Valladolid, 1939, pág. 197; MORELL Y TERRY, *Derecho civil* (en colaboración con Iglesias y García y Mouton y Ocampo), Madrid, 1909, pág. 668.

Obsérvese que podría también ser interpretada la frase final del artículo 783 del C. c. en el sentido de que el testador impusiera al llamado como fiduciario la carga de no deducir los créditos, gastos legítimos y mejoras. La opinión que sostiene que se refiere al fideicomiso de residuo tiene que abordar este problema o demostrar que no puede plantearse.



se dice que si el fideicomiso de residuo estuviera mencionado en el artículo 783, tendría en el sistema de nuestro Código civil carácter de sustitución fideicomisaria, y si así fuera existiría una contradicción entre este precepto y los artículos 781 y 785, número 1.º, pues éstos presuponen que el fiduciario está obligado a conservar (15), mientras que el artículo 783, párrafo segundo, tiene como supuesto precisamente que la obligación de conservar no existe.

b) Dificultades menores presenta a primera vista la opinión que sostiene que el fideicomiso de residuo constituye una sustitución fideicomisaria porque entraña también obligación de conservar. Efectivamente, se acomoda a la definición que de la sustitución fideicomisaria proporciona, según la doctrina dominante, el artículo 781 del Código civil, puede aceptar sin reservas que el artículo 783 i. f. se refiere a la negación del derecho a detraer la cuarta trebeliánica, y también que el artículo 785, número 1.º, presupone la obligación del fiduciario de conservar los bienes fideicomitidos (16). Sin embargo, este punto de vista no parece aceptable. Dejando aparte el problema de si puede el testador permitir al fiduciario que disponga *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, sin que ello suponga extralimitarse en la figura del fideicomiso, y concretando la cuestión al supuesto normal en el que se permite al fiduciario disponer por actos *inter vivos*, que es el que la opinión citada se plantea, es de observar que la pretendida obligación de conservar no existe, y que lo que se valora como tal es solamente la «conveniencia» de no disponer, en la que, como es lógico, faltan los caracteres técnicos de la obligación y las consecuencias jurídicas que a las obligaciones se atribuyen. Se hace, por tanto, una indebida equiparación entre la obligación de conservar y la conveniencia de no enajenar, conveniencia que ni siquiera existe necesariamente, y menos como norma general, pues múltiples factores pueden hacer más deseable al fiduciario la enajenación, y con frecuencia así ocurre.

3. *Finalidad del presente estudio* (17).—Se intenta demostrar en el mismo que el fideicomiso de residuo está satisfactoriamente

(15) Así piensa DE BUEN, *op. cit.*, pág. 316, y por ello dice que la posibilidad de que el fideicomiso de residuo esté mencionado en el art. 783 es «quizá un tanto sutil».

Que el artículo 785, 1.º del C. c. supone la imposición al heredero de la obligación de conservar, se afirma normalmente en la doctrina (v., por ejemplo, DE DIEGO, *Naturalza*, cit., págs. 71-72), y en la jurisprudencia (cfr. Ss. T. S. 20 abril 1951 y 10 julio 1954).

(16) Así lo cree ROCA SASTRE, defensor de esta opinión. (Cfr. *Notas*, cit., página 106.)

(17) Hace tiempo se ha dicho (1. LOPEZ, *La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil*, ADC, t. IV, fasc. 1, página 189 n.) que el fideicomiso de residuo está regulado en nuestro Código civil, se expusieron sucintamente las razones que permitían pensar así y se ofreció exponerlas más ampliamente en ocasión adecuada: la obra presente constituye el cumplimiento de aquella promesa.

regulado en nuestro Código civil. Por lo expuesto, los problemas que es necesario resolver para lograrlo son los siguientes: A) Que el artículo 781 de dicho Código no pretende definir ni define la sustitución fideicomisaria. B) Que el concepto de sustitución fideicomisaria aceptado por el Código civil español comprende el supuesto de fideicomiso de residuo. C) Que el artículo 783, párrafo segundo, se refiere al fideicomiso de residuo y no solamente al problema de la detracción de la cuarta trebeliánica; y D) Que el artículo 785, número 1.º, no presupone que el heredero fiduciario esté obligado a conservar.

Se observará que se pretende demostrar que se halla satisfactoriamente regulado, y no tan sólo que se encuentra mencionado. La diferencia entre ambas aseveraciones es importante, porque lo son sus efectos. En ocasiones se ha sostenido que el fideicomiso de residuo se encuentra mencionado en el artículo 783, sin que por ello se le atribuya el carácter de sustitución fideicomisaria (18): así se puede pensar que la mención carece de utilidad práctica, pues apenas tendría otro valor que el de ser el reconocimiento de la licitud de dicha figura jurídica, cosa que no se duda, pero sin añadir nada útil para la solución de los problemas que su regulación plantea, porque habría que buscarla precisamente en la aplicación por analogía de las normas que regulan la sustitución fideicomisaria. Es decir, se desemboca en la misma consecuencia a la que llegan los que afirman que nuestro Código civil lo desconoce (cf. supra I, A). Como se demostrará más adelante, no fué este el pensamiento del legislador.

## II. DEMOSTRACIÓN DE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO SE ENCUENTRA REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. *La ruptura de la línea tradicional en la regulación del fideicomiso de residuo.*—La posición que se ha señalado como dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas tiene en su favor todavía un nuevo argumento, basado en el hecho de que los Códigos civiles francés e italiano de 1865, que influyeron en la formación del nuestro, desconocen el fideicomiso de residuo, que no aparece regulado en ellos. Para determinar cuál sea la posición de estos Códigos, y también para situar el proceder del Código civil español en el cuadro de la Codificación en los países latinos, parece conveniente hacer una síntesis del estado del fideicomiso de residuo en la época anterior a la misma.

A) *La época precodificadora.*—En dicha época se consideraba que el fideicomiso de residuo constituía una sustitución fideicomisaria (de residuo).

a) Actualmente se cree que la nota diferencial entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo consiste en la existen-

(18) Esta es, por ejemplo, la posición del Tribunal Supremo en su S. de 13 de noviembre de 1948. (Cfr. supra, n. 7.)

cia o inexistencia de la obligación de conservar, pero antes de la formación de los modernos Códigos civiles no ocurría así. En la regulación de los fideicomisos, según el Derecho romano común, no hubiera podido surgir esta opinión, debido a que tanto el fideicomiso normal como el de residuo entrañaban obligación de conservar, derivada de la obligación de restituir (19). Esto sucede porque la Novela 108 imponía al fiduciario de residuo, como regla general, el deber de conservar una cuarta parte de la herencia fideicomitada (20).

Por el contrario, hubiera podido plantearse el problema en el ámbito de los Derechos nacionales. He aquí cómo: se ha observado que el fideicomiso de residuo es en cierto modo contradictorio, pues mediante el mismo se quiere, por una parte, favorecer al fideicomisario, y, por otra, al permitirle al fiduciario disponer de los bienes fideicomitados, se hace posible que tal deseo se desvanezca y quede desprovisto de efectos, y se añade que la armonización de las facultades del fiduciario y de las legítimas expectativas del fideicomisario fué el empeño de la legislación romana, abandonado por el Derecho moderno (21). En el Derecho romano se utilizaron sucesivamente los siguientes sistemas para medir el poder de disposición del fiduciario de residuo: en un principio (Papiniano, D. 36, 1, 54, pr.), se piensa que éste no tiene que restituir las cosas enajenadas si las enajenaciones se hicieron de buena fe, y no con el fin de frustrar el fideicomiso (22). Para determinar la buena fe

(19) En el Derecho romano clásico no puede hablarse de *obligatio* con referencia al fideicomiso, que se mueve fuera de los límites del estricto *Ius civile*. Como señala ARIAS RAMOS (*Fideicomisos y leyes caducarias*, RDP, 1940, págs. 154-156), en un principio el fideicomiso no tenía otra sanción que la observancia de la *fides* por parte del fiduciario, hasta que Augusto *iussit consulis auctoritatem suam interponere*. Desde Claudio, la protección jurídica de los fideicomisos la comparten los Cónsules con dos pretores especiales creados al efecto, pero sin que dicha protección fuera encauzada en el *ordo iudiciorum privatorum*, tramitándose siempre como *cognitio extraordinaria*. Tito suprimió uno de los pretores, y Nerva añadió otro, al parecer, según Pomponio, con competencia limitada a los supuestos en los que el Fisco tenía intereses encontrados con los particulares. Sin embargo, SEGRE ha sostenido que en las fuentes se habla de *obligatio*, *obligare*, *obligatus*, con referencia a supuestos de fideicomiso, lo que, a su juicio, supone que podían establecerse verdaderas *obligationes* y no simples *debita* fuera del campo del *Ius civile*. ALBERTARIO, *La c. d. obligatio ex causa fideicommissi*, Milán, 1927 (ed. sep. de *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, v. LX, fasc. I-V), ha demostrado que no es así, porque los textos citados por SEGRE en apoyo de su teoría [Gaio, 2, 227; D. 36, 1, 78 (76); D. 35, 2, 32, 4; D. 36, 1, 18 (17), 2 y D. 34, 5, 7 (8)] han sido interpolados.

(20) La citada Novela cap. I, dice: «... sancimus usque ad Fa'cidiam so'mm quae institutionis necessitatem habere servare eum, qui oneratus est fideicommissi restitutione, et non posse aliquid penitus ex illa minuere, sufficiens existens sed heredi quidem supersint tres partes, illi autem quartae solus relinquatur ratio». Se admitían excepciones a la regla general (cap. II).

(21) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., pág. 74.

(22) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., pág. 70, dice que «la regla que emana de este criterio es que el fiduciario puede disponer de los bienes tanto a título

en las enajenaciones realizadas, publicó el emperador Marco una constitución en la que utilizaba para tal fin el paradigma del hombre bueno, determinando que existe buena fe cuando las enajenaciones hubieran sido realizadas *arbitrium boni viri*. Por último, se sustituye el criterio de la buena fe, por el de la Novela 108, del que antes se hizo referencia, «mecánico y automático, que en rigor señala un retroceso en la esfera jurídica, si no fuera porque el desarrollo social y las necesidades prácticas lo imponían con imperio» (23). Ahora bien, desde el momento en que el Derecho romano pierde eficacia normativa directa y se acepta tan sólo como exponente de la razón natural, se comienza a pensar que el sistema de la Novela 108 que, como se ha visto, permitía al fiduciario disponer de las tres cuartas partes de la herencia, teniendo que restituir al fideicomisario la cuarta parte restante, tenía menos valor como razón natural que el criterio de la buena fe, y esta opinión, que comienza a sustentarse ya por los postglosadores (24), se afirma poderosamente en los Derechos nacionales, frente al Derecho común que seguía el criterio de la Novela 108. En el Derecho francés anterior al Código de Napoleón, se siguió en principio este último sistema (25), pero en las provincias francesas en las que el Derecho romano no tenía autoridad sino como razón escrita, se abandona, y se acoge el de la buena fe mantenido en el Digesto, «que está fundado sobre las nociones naturales de esta especie de sustitución» (26). Desde el momento en que se admite que el fiduciario de residuo puede disponer o consumir no importa en qué medida, siempre que lo haga de buena fe, y, como consecuencia, que puede disponer, en principio, incluso de la totalidad de la herencia fideicomitada, hubiera sido posible establecer diferencia entre el supuesto normal de fideicomisa y el fideicomiso de residuo por razón de la obligación de conservar que existía siempre en el primer caso y no en el segundo. Pero ninguna duda se suscita; se señala que las sustituciones fideicomisarias pueden ser puras (simples) o bien hechas «bajo ciertas limitaciones»: En el primer caso se producen cuando se grava al heredero, o a otro sucesor a título universal, de restitución, para después de la muerte, de lo que se le ha donado o dejado; en el segundo, cuando se le encarga restituir lo que quede o lo que quede *in natura* (27). Finalmente se dice que las sustituciones fideicomisarias universales no son siempre de todos los bienes que se han dejado al heredero o a un sucesor universal, sino que pueden ser sola-

---

oneroso como gratuito, para satisfacer necesidades reales *dum modo dolus abesset*».

(23) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., pág. 74.

(24) DE DIEGO, *Naturaleza*, cit., págs. 42-43.

(25) TROPLONG, *Des donations entre-vifs et des testaments*, 3.<sup>a</sup> ed., t. I, Paris, 1872, pág. 155 (siguiendo a THEVENOT).

(26) POTHIER, *Traité des substitutions*, en «Oeuvres», ed. Siffrein, t. XII, Paris, 1822, pág. 275.

(27) POTHIER, op. cit., pág. 262.

mente de aquello que quedase de la herencia (28). Las peculiaridades del fideicomiso de residuo entrañaban diferencias entre éste y el fideicomiso normal (29), pero eran diferencias que originaban solamente que el fideicomiso de residuo fuese considerado como un tipo especial de sustitución fideicomisaria y sin que a consecuencia de ellas se pensase nunca que constituyese una institución diferente. Existían, por tanto, dos tipos de sustitución fideicomisaria: uno con obligación de conservar, otro sin ella (30). Por todo lo expuesto se ha podido decir que en el antiguo Derecho francés la obligación de conservar era una característica importante de la sustitución fideicomisaria, pero no una nota esencial de la misma, puesto que podía faltar (31).

b) Extrañará que los autores antiguos se refieran indistintamente al fideicomiso (de residuo o no) y a la sustitución fideicomisaria (de residuo o normal), porque en la actualidad (a partir de la formación de los Códigos civiles) se diferencian netamente los conceptos de fideicomiso y de sustitución fideicomisaria, y se establece una diferencia tajante entre ambos. En el fideicomiso, institución propia del Derecho romano, un heredero (fiduciario) está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario, que no lo es; en la sustitución fideicomisaria moderna se establecen, en cambio, dos o más liberalidades a favor de personas llamadas como herederos en orden sucesivo, lo que significa la superación del principio romano *semel heres, semper heres*. De esta diferencia de configuración se derivan consecuencias importantes, como lo es la cuestión de la cuarta trebeliánica. En el fideicomiso se concede al fiduciario derecho a detraer la cuarta parte de la herencia, porque solamente él tiene título de heredero, y sin su aceptación el testamento carece de valor y sólo el fiduciario gravado puede, una vez aceptada la herencia, cumplir el fideicomiso. Para evitar que éste decaiga se estimula la aceptación, concediéndole al fiduciario derecho a la cuarta llamada trebeliánica, que constituye un premio a la misma. Por el contrario, en la moderna sustitución fideicomisaria la concesión de tal derecho no tiene razón de ser, porque los llamamientos de heredero que en virtud de ella se producen poseen cada uno valor propio e independiente y por esto no depende el beneficio del fideicomisario de la aceptación de la herencia por parte del heredero fiduciario (32).

Las consideraciones antedichas son exactas, pero se refieren solamente a los puntos extremos de una larga y complicada evolución que transformó el fideicomiso romano en la forma actual de

(28) POTHIER, op. cit., pág. 273.

(29) En cuanto a la percepción de frutos por el fiduciario, deudas que con el mismo tuviera el causante, etc., v. POTHIER, op. cit., pág. 275.

(30) TROPLONG, op. cit., pág. 158.

(31) MÉMIN, *Essai d'une théorie sur les substitutions fidéicommissaires*, Paris, 1891, págs. 87-88.

(32) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 858-862.

sustitución fideicomisaria. En el momento de esta evolución que corresponde a la época precodificadora, los términos de sustitución fideicomisaria y de fideicomiso podían ser usados indistintamente, y así se hacía. Ello se debe a dos tipos de causas: 1.º Allí donde el Derecho romano había perdido su vigencia, el fideicomiso se transforma en sustitución fideicomisaria (en el sentido actual de este término), pero como es más fácil que las instituciones cambien de naturaleza jurídica que de nombre, se le seguía denominando usualmente fideicomiso; 2.º Aun en los territorios en los que el Derecho romano conservaba vigencia directa (lo que supondría en pura lógica que la sustitución fideicomisaria no podría producirse, dada la aplicación del principio *semel heres, semper heres*, que llevaba a considerar como único heredero al fiduciario, aun después de haber verificado la restitución), no por ello deja de admitirse la sustitución fideicomisaria de herencia, a través de una evolución que se produce de la manera siguiente: Ya en el mismo Derecho romano el fideicomisario universal se consideraba que era, prácticamente, como un heredero; frente a los efectos prácticos, el principio *semel heres, semper heres* conservaba un valor puramente formal y después fué debilitándose paulatinamente en el Derecho común hasta que se admite que existe verdadera sustitución del fideicomisario en la posición del fiduciario, posteriormente que el fideicomisario es heredero, y por fin fideicomiso universal y herencia se confunden y mezclan (33) y llegan a producir el actual tipo de sustitución fideicomisaria de herencia. Esta evolución no se ha verificado lógicamente y uniformemente, y no es de extrañar que así sucediera. Por ello se producen aparentes contradicciones constantes: se emplean indistintamente los términos fideicomiso y sustitución fideicomisaria como se ha señalado; se afirma que el fideicomisario universal es heredero (34) y se mantiene en la sustitución fideicomisaria el derecho del fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica.

Ahora bien, si el fideicomiso de residuo, como un tipo más de fideicomiso, constituye para la doctrina de la época precodificadora una forma de sustitución fideicomisaria al lado de los fideicomisos

(33) Como dice IGLESIAS, *Sobre fideicomisos y sustituciones fideicomisarias*. RJC. 1949, 2, págs. 105-106, en el Derecho romano el heredero fiduciario «no perdió nunca—al menos formalmente—su cualidad de tal. Por eso, aun llegándose a conceptualizar al fideicomisario como sucesor universal, distinguióse siempre la *hereditas* del fideicomiso. La institución de heredero se mantenía en pie, y respecto de ella no cabía hablar, con propiedad, de verdadera sustitución fideicomisaria. Pero dado que el fideicomisario actuaba *heredis loco*, como *quasi heres*, bien puede decirse que, en definitiva, la sustitución fideicomisaria era admitida no sólo para los legados, sino también para la herencia. Cabalmente aquí estriba el hecho de que los post-glosadores llagasen a acoger semejante forma de sustitución».

(34) Así la doctrina con relación al vigente Derecho foral catalán, ejemplo vivo de uno de los estadios de la evolución indicada. Cfr. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. V, 2.ª ed., Barcelona, 1944, págs. 114 y 142; ROCA SASTRE, *Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona*, de la que se da cuenta en RJC, LXVIII, 6, págs. 564-565.

en los que se debía restituir el todo o parte de los bienes fideicomitidos, que también lo eran, ¿por qué actualmente se le separa de las sustituciones fideicomisarias y no se le conoce bajo tal nombre?

B) *El Código civil francés.*—Se ha elegido intencionadamente la doctrina francesa para indicar cuál era la situación del fideicomiso de residuo en la época precodificadora, porque es a consecuencia de los preceptos del Código civil francés y de la doctrina y jurisprudencia que los interpreta, por lo que se ha producido el actual estado de la cuestión. En el artículo 896 de dicho Código se determina que las sustituciones quedan prohibidas, y se añade que toda disposición, en virtud de la cual el donatario, el heredero o el legatario sea gravado de conservar y restituir a un tercero será nula, incluso respecto al heredero instituido, donatario o legatario. La fórmula prohibitiva tiene carácter absoluto; sin embargo, el legislador no abolió verdaderamente todo tipo de sustitución. Así, se acepta la sustitución vulgar (artículo 898) e incluso ciertos tipos de sustitución fideicomisaria en beneficio de los nietos y de los sobrinos del testador (artículos 1.048 y 1.049). Pero no por ello sufría excepción—aparentemente—la norma prohibitiva, porque a las sustituciones autorizadas no se las denomina sustituciones, sino «disposiciones permitidas». Este modo de proceder que parece vacío formalismo, posee sus razones: el legislador no quería admitir ningún tipo de sustitución porque uno de los postulados revolucionarios era el de acabar con las sustituciones—que prestaban a la clase noble y a los económicamente poderosos un medio para perpetuar su poder (35)—

(35) El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria han desempeñado a lo largo de los siglos funciones muy diversas; se utilizó en una época en el Derecho romano para evitar las dificultades formalistas del testamento, para lograr que pudieran llegar los bienes a manos de personas que la ley declaraba incapaces de suceder (ARIAS RAMOS, op. cit., págs. 153-154 y 158), para conseguir que los adquiriesen los desheredados en el supuesto de desheredación *bona mente* (DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., págs. 27-28). En la Edad Media todavía se utiliza con frecuencia para suplir el albaceazgo, pero desde entonces adquiere preponderancia la sustitución fideicomisaria utilizada para perpetuar el poderío económico de las familias (DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed. (MONTEL), v. II, Turin, 1947, pág. 285). Para ello se toman como modelo el *fideicommissum familiae relictum* del Derecho romano y, sobre todo, la forma española de mayorazgo que presentaba la ventaja de su carácter perpetuo. (Acerca de la influencia del mismo F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, ALC, t. VI, fasc. 3, págs. 627-628, para el Derecho alemán; para el italiano: CICCAGLIONE, *Manuale di Storia del Diritto italiano*, v. II, Milán, s. f., págs. 456-457; LEICHT, *Storia del Diritto italiano. Diritto privato. Parte II: diritti reali e di successioni*, Milán, 1943, págs. 254-255. TRIFONE, *Il fedecommesso*, Roma, 1914, págs. 155-161, dice que debe acogerse con reserva la cuestión de la influencia del mayorazgo en el Derecho italiano; a su juicio, influye positivamente en el fideicomiso indivisible, pero no en el divisible, que evoluciona en Italia de forma original). En un principio se emplea la sustitución fideicomisaria al servicio de las familias nobles, que constituían el predeterminado vivero de donde habían de surgir las personas que ostentarían los cargos directivos de la vida social, porque entonces, como se sabe, se estimaba que la mejor estructura de la Sociedad era su diferenciación en tres clases: nobles, clero, pueblo (asi ORTIZ, citado por TRIA, *Il fedecommesso nella legislazione e nella dottrina dal secolo XVI ai nostri giorni*, Milán, 1945, pág. 83). pues de ese modo se hacia

y por este motivo se evita cuidadosamente en el Código la mención de este término (36), que sólo se utiliza para decretar su abolición total (artículo 896), negándose el nombre de sustitución hasta a la inocua sustitución vulgar (37).

Ante la severidad de la norma prohibitiva que se antojaba excesiva una vez calmados los principios revolucionarios, doctrina y jurisprudencia se afanan en la búsqueda de soluciones que puedan paliar en lo posible sus efectos. Influye sobre todo la consideración de que, siendo también nula la institución del primer llamado, la voluntad del testador quedaba totalmente desprovista de eficacia (38). Se dice que la nulidad total se estableció en atención a que el legislador pensaba que quizá la voluntad del testador era nombrar heredero al encargado de restituir precisamente porque le sustituía el fideicomisario, y al ser declarado nulo el llamamiento de éste carecería de sentido conservar el primero (39), pero parece que lo decisivo fué la consideración de que si se mantenía el nombramiento del heredero fiduciario podía éste sentirse obligado a restituir por estimarlo deber de conciencia (40), puesto que no se deja lugar alguno a la investigación de la voluntad del disponente como hubiera sido lógico. Se trata, pues, de una sanción.

Entre los procedimientos ideados por la doctrina y por la jurisprudencia francesas para diluir la voluntad del legislador (41), inte-

estable el gobierno. Mediante las sustituciones fideicomisarias se conseguía que dichas personas tuviesen la necesaria independencia y bienestar económico que les permitiera ejercer cargos políticos, ostentar el señorío jurisdiccional y contribuir a la formación y mando del ejército, y por ello durante mucho tiempo se reservó a la nobleza el privilegio de vincular sus bienes (BOUZAT, *Droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises*, Paris, 1934, págs. 23-24, dice que en Francia no se permite establecer sustituciones fideicomisarias a personas del pueblo hasta la Ordenanza de 1629). Posteriormente se produce un cambio en la estructura social: la nobleza empieza a perder su función directiva, se robustece el poder real apoyado en la burguesía, y los burgueses utilizan entonces las sustituciones fideicomisarias (F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida valides*, cit. pág. 627) para mantener el poder del dinero, base de la futura posición en la vida social de los miembros de sus familias y escalón para alcanzar cargos públicos (CUTURI, op. cit., pág. 13). En el momento de la Revolución francesa, el ataque a la posición privilegiada de la nobleza y el temor que originaba la situación preponderante de la aristocracia del dinero, que amenazaba gravemente la libertad de la persona y en ocasiones la misma independencia del Estado, contribuyeron —en unión de otras razones— a originar la tajante prohibición de las sustituciones fideicomisarias (BOUZAT, op. cit., págs. 25-26)

(36) TOULLIER, *Le Droit civil français*, ed. complet. por DUVERGIER, t. III, Bruselas, 1857, pág. 240, n. Lo mismo sucedió con la palabra servidumbre. GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 80, señala que el artículo 896 del C. c. francés en su primera parte («Les substitutions sont prohibées») ha nacido de la Revolución.

(37) GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 80, señala que el C. c. francés «no la califica de sustitución, porque las había proscrito en el artículo 896».

(38) GUIDI, *Il fedecommesso di residuo*, «Rivista di Diritto civile», 1929, págs. 521-522, n.

(39) TOULLIER, op. cit., págs. 8-9.

(40) Consideración que señala TOULLIER, op. cit., en loc. cit.

(41) Probablemente el más llamativo es el comienzo de una nueva teoría sobre el significado del *ordo successivus* como requisito de la sustitución fideico-



resa destacar para la demostración de la tesis que en este estudio se mantiene, uno de los relativos al fideicomiso de residuo. En un primer momento se estimó que éste se hallaba prohibido, porque el artículo 806 citado determinaba la nulidad de las sustituciones y de toda disposición en virtud de la cual existía obligación de conservar y restituir. El fideicomiso de residuo era una forma de sustitución fideicomisaria como se ha señalado, y, por otra parte, un sector de la doctrina estimaba que en el mismo se producía obligación de conservar, pues era aplicable la Novela 108, y por ello el fiduciario tenía que conservar y restituir la cuarta parte de la herencia fideicomitida (42). Esta última opinión no tuvo éxito. Se observó contra ella que el Derecho romano no estaba en vigor y que no podía fundamentarse en sus normas la pretendida existencia de la obligación de conservar (43): por el contrario, entregada al arbitrio del disponente la determinación de los poderes que había de tener el fiduciario de residuo, cuando aquél no hubiese señalado límite alguno a las facultades del mismo, tenía éste derecho a disponer incluso de la totalidad de los bienes, y por tanto la existencia de la obligación de conservar no podía ser mantenida (44).

Quedaba por ello en primer plano la cuestión de que el fundamento de la nulidad de las disposiciones de residuo lo constituía el hecho de ser sustituciones fideicomisarias. Para lograr que pudiera estimarse permitido, comienza a realizarse una interpretación restrictiva del artículo 806. Las etapas de la misma son las siguientes: 1.ª El primer párrafo de este precepto, al prohibir las sustituciones

misaria. La doctrina del Derecho común entendía que dicho requisito quería expresar que no se daba concurso entre los llamados, es decir, que eran llamados sucesivamente y no concurrentemente (*ordine successivo et non conjunctivo seu simultaneo*) y que, por tanto, sucedían sucesivamente al que había dispuesto la sustitución (MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de Droit*, t. VIII, Paris, 1830, pág. 46): una parte de la doctrina piensa posteriormente que orden sucesivo quiere decir orden sucesorio, es decir, que el testador establece, a través de los llamamientos de la sustitución fideicomisaria un orden de sucesión que señalará quién ha de ser sucesor universal del primer llamado en cuanto a los bienes fideicomitados, y así respecto a los demás llamamientos (pueden encontrarse vestigios de esta doctrina en FURGOLE, *Commentaire de l'Ordonnance de Louis XV sur les substitutions*, Paris, 1775, págs. 124-125, autor que no la comparte). Finalmente, la doctrina francesa, bajo el imperio del Código de Napoleón y por las razones señaladas en el texto sostiene que quiere decir, que el llamado en segundo lugar recibirá los bienes *precisamente* a la muerte del llamado en primer término, y considera que si se establece la restitución para un momento diferente ya no se trata de sustitución fideicomisaria (prohibida), sino de llamamientos a término de sucesores universales (permitidos). Independientemente se cree que el fideicomisario sucede al testador o al primer llamado. La cuestión será extensamente tratada en la segunda parte de este trabajo en el que se abordará, asimismo, el problema de la institución de heredero sometida a término.

(42) DE DIEGO, *El fideicomiso*, cit., págs. 92-93.

(43) MERLIN, op. cit., pág. 84, dice que las restricciones que imponía la Novela 108 fueron derogadas por la Ley de 30 de Ventoso del año 12, y que por ello el fiduciario de residuo no estaba obligado a conservar nada: cfr. TROPLONG, op. cit., pag. 158.

(44) TOULLIER, op. cit., págs. 18 n. y 20.

en general, no quiere referirse a todo posible tipo de sustitución. Antes de la publicación del Código civil francés se estimaba que la sustitución por antonomasia era la fideicomisaria, y por ello se entendía que al utilizar el término sustitución sin precisar de qué clase, se quería hacer referencia a la misma; este criterio se aplica al artículo 896 y se concluye que las únicas sustituciones prohibidas son las fideicomisarias (45); 2.<sup>a</sup> Para determinar cuál es el concepto de sustitución fideicomisaria, no se recurre al significado tradicional del término, porque comprendía el de fideicomiso de residuo, y por tanto sería necesario considerarlo prohibido. Para poder sostener su validez se hacía preciso excluirlo del concepto de sustitución fideicomisaria, única prohibida.

Partiendo de estos presupuestos, se piensa que el párrafo segundo del artículo 896 (que determinaba que toda disposición por la cual el heredero, legatario o donatario estuviera gravado de la obligación de conservar y restituir a otra persona era nula), expresaba la razón por la que las sustituciones fideicomisarias se prohibían. Esta razón era precisamente la existencia de la obligación de conservar. Es ésta la que determina que el fiduciario no intente la mejora de los bienes, con perjuicio grave para la agricultura, la que los retira del comercio y la que permite que personas que viven en la opulencia pidan dinero a préstamo, abusando del crédito que su vida ostentosa les confiere y puedan morir después en la pobreza, dejando a sus hijos en posesión de una inmensa fortuna y a sus acreedores defraudados. Ninguno de estos inconvenientes se produce cuando dicha obligación falta. Partiendo de la base de que el legislador no puede, sin abusar de su poder, hacer leyes inútiles, y de que el párrafo segundo del artículo 896 se refiere a la carga de conservar y restituir, se llega a la conclusión de que el espíritu y la letra de la ley prohíben las sustituciones porque implican obligación de conservar (46). Ahora bien, si las sustituciones fideicomisarias se prohíben porque entrañan obligación de conservar (artículo 896, párrafo segundo), y todas las sustituciones fideicomisarias están prohibidas (artículo citado, párrafo primero), la conclusión evidente es que el legislador entiende que las sustituciones fideicomisarias tienen como elemento esencial dicha obligación. El concepto legal de sustitución fideicomisaria supone que el fiduciario tiene que conservar la herencia o bienes fideicomitidos (47). Para defender de posibles ataques este extraño razonamiento, se añade que el artículo 896 es, como contrario a la facultad de disponer, de interpretación estricta y que no puede ampliarse, por tanto, la definición de las sustituciones fideicomisarias que el legislador proporciona (48):

(45) TROPLONG, op. cit., págs. 120 y 108. ARNTZ, *Cours de Droit civil français*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Bruselas, 1870, pág. 320.

(46) TOULLIER, op. cit., págs. 18-19, n.

(47) TOULLIER, op. cit., loc. cit.

(48) V. AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, t. XI, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, 1919, págs. 204, n. 2 y 205, n. 3.

3.ª Por todo lo expuesto, la validez de la disposición de residuo no ofrece duda, porque—por principio—falta en la misma la obligación de conservar (49). Esta consecuencia se acepta y generaliza de tal manera en la doctrina que cuando se quiere prohibir el fideicomiso de residuo en el Proyecto de Código civil español de 1851 se hace necesario recurrir al Código civil holandés (artículo 926), para encontrar un precepto que pudiera ser copiado con esta finalidad, porque se entendía que el artículo 896 del Código civil francés, principal modelo seguido, lo permitía por no contener obligación de conservar (50); 4.ª En el Derecho francés anterior al Código civil los fideicomisos, y entre ellos el de residuo, eran sustituciones fideicomisarias. Dada la interpretación expuesta del artículo 896, no cabe sostener ya la misma solución. Se dice por ello que no todos los fideicomisos son sustituciones, aunque todas las sustituciones—en el sentido legal—son fideicomisos. La característica del fideicomiso es la obligación de restituir; la última diferencia de la sustitución fideicomisaria, es la obligación de conservar (51), y por este motivo es por el que las sustituciones fideicomisarias se prohíben, mientras que los fideicomisos se consideran válidos (52). La disposición de residuo, que no contiene obligación de conservar, no es—como era antes del Código civil francés—una sustitución fideicomisaria, sino simplemente un fideicomiso, nombre con el que se le conocerá en adelante y hasta nuestros días (53).

La deformación del concepto tradicional de sustitución fideicomisaria fué, como es natural, dado lo expuesto, una obra consciente y no el producto de un olvido o de un equivoco. Los defensores del nuevo criterio tuvieron que enfrentarse con los que seguían sosteniendo el tradicional y llegaban a la conclusión de que el fideicomiso o sustitución fideicomisaria de residuo se hallaba prohibido por el artículo 896. Cuando este tema se plantea, los mantenedores del concepto restringido de sustitución fideicomisaria reconocen que el llamado fideicomiso de residuo no era otra cosa que una sustitución en el antiguo Derecho, pero señalan que no pueden aceptar el mismo criterio después de publicado el Código civil, porque entonces tendrían que concluir que era una disposición prohibida, y esto es lo que se trataba de evitar (54).

(49) MERLIN, op. cit. pág. 84; TROPLONG, op. cit., pág. 158; TOULLIER, op. cit., págs. 10 y 17. Otras opiniones en el mismo sentido en MERLIN, op. cit., págs. 88-89. La posición de la jurisprudencia, que fué la iniciadora de esta opinión, puede verse ampliamente en TOULLIER, op. cit., pág. 17, notas 2 y 3, y páginas 19-20, y en MERLIN, op. cit., págs. 86-87.

(50) GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 85.

(51) TOULLIER, op. cit., pág. 17.

(52) TOULLIER, op. cit., pág. 20, n. 1.

(53) Para evitar las dudas que podían derivarse de la forzada diferenciación entre sustitución y fideicomiso, el Proyecto español de 1851 prohíbe las sustituciones porque se consideran como fideicomisos (art. 635).

(54) TOULLIER, op. cit., págs. 18-19, n. ROLLAND DE VILLARGUES estimaba que la disposición de residuo estaba prohibida por ser una sustitución fideicomisaria, y se apoyaba para ello en la uniforme doctrina en este sentido antes del Código

C) *El Código civil italiano de 1865.*—El artículo 899 del antiguo Código civil italiano determina que toda disposición con la cual el heredero o legatario queda gravado, mediante cualquier expresión, de conservar y restituir a una tercera persona, es sustitución fideicomisaria, y añade que tal sustitución está prohibida. Como había ocurrido en Francia, y por las mismas razones (55), doctrina y jurisprudencia intentan suavizar el rigor del sistema (56). En lo que al

civil francés. TOULLIER contesta que el fideicomiso de residuo era una sustitución fideicomisaria en el antiguo Derecho, pero que no lo es «en el sentido que nosotros damos a este término». Dice, asimismo, que el fideicomiso de residuo sometido a la regulación de la Novela 108 es una sustitución fideicomisaria aun teniendo en cuenta el nuevo concepto restringido de la misma, porque existe obligación de conservar la cuarta parte.

(55) Aumentadas por el hecho de que no se reconocen excepciones para ellas a las de los artículos 1.048 y 1.049 del Código civil francés. En cambio, es menor la sanción establecida contra las disposiciones que intentan establecer sustituciones fideicomisarias, pues no se anula la institución de heredero ni la de legatario (art. 900), ni daña a la validez de la donación (art. 1.073).

(56) Comienza entonces una intensa floración de disposiciones encaminadas a suplir en lo posible la prohibición de las sustituciones fideicomisarias o a eludir el artículo 899 citado, cuya aplicación producía gravísimos daños. (DEGNI, *Lezioni di Diritto civile*, t. II, v. 2.º, 2.ª ed., Padua, 1936, pág. 132). Se utilizan el usufructo sucesivo (art. 901 del Código civil italiano de 1865), las disposiciones en favor de personas no concebidas (art. 764, 2), disposiciones condicionales, como por ejemplo, las cláusulas *si sine liberis decesserit* y *si heres non nupserit*, el legado *quum heres morietur*, y, finalmente, el fideicomiso de residuo, cuya validez se afirma por las razones indicadas en el texto a continuación.

Aunque con alternativas, doctrina y jurisprudencia terminaron aceptando con toda la amplitud posible la validez de estas cláusulas, porque estimaban que la prohibición absoluta de las sustituciones fideicomisarias contradecía la conciencia nacional. (D'AVANZO, *Delle successioni*, t. II, Florencia, 1941, pág. 747; EULA, *Delle sostituzioni*, en el *Commentario* de D'AMELIO-FINZI, *Libro delle successioni e donazioni*, Florencia, 1941, pág. 605, n. 3; AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARATI, *Successioni a causa di morte e donazioni*, Padua, 1948, 2.ª ed., pág. 406; CO-SATTINI, *Sostituzione fedecommissaria* (voz), en *Nuovo Digesto Italiano*, t. XII, parte 1.ª, pág. 643), y su proceder se alaba, porque trataban de mantener firme la constitución económica de la familia (RCR). Insistentemente se pide la reforma de la legislación. (GUIDI, op. cit., págs. 570-571), y se propone como modelo a seguir la admisión de las excepciones consignadas en los artículos 1.048 y 1.049 del Código civil francés. (GABBA, *Concetto della sostituzione fedecommissaria*, en *Nuove questione di Diritto civile*, t. I. Turin, 1905, págs. 322-323.)

El nuevo Código civil italiano admite limitadamente las sustituciones fideicomisarias, y sigue el modelo francés, pero con importantes variaciones. Dentro de la órbita de influencia del Código de Napoleón se mantiene asimismo el Proyecto español de 1851, que acepta uno de los supuestos de sustitución previstos en aquél (cf. supra, n. 11).

La finalidad del legislador al admitir ciertos tipos de sustitución fideicomisaria era crear un instrumento que sirviera para la adecuada protección de la economía familiar y que, sin embargo, careciera de sentido político. Se trataba de proteger a nietos o sobrinos del disponente de los hábitos de disipación de sus progenitores (BOUZAR, op. cit., págs. 26-27), o bien cuando el hijo mismo (llamado como fiduciario) hubiera tenido ya reveses de fortuna o «por su estado se halle expuesto a ellos» (GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 87). En los trabajos preparatorios de los Códigos civiles francés e italiano de 1942 se quiso lograr la protección de los nietos del testador sin tener que recurrir a la sustitución fideicomisaria, y para ello se pensó en la desheredación oficiosa del antiguo Derecho francés que consistía en disponer a favor del hijo el usufructo

fideicomiso de residuo se refiere, se ha sostenido alguna vez que debiera considerársele prohibido, porque el fiduciario, de acuerdo con la legislación justinianea, estaba obligado a conservar la cuarta

de la porción legítima y a favor de los nietos la nuda propiedad de la misma, pero este intento fué abandonado porque abría una brecha en el principio de la intangibilidad de la reserva, y porque se estimó que los nietos tendrían poco interés por la nuda propiedad y era de temer que se deshicieran de ella a bajo precio, con lo que se ocasionaría un mal mayor que el que se trataba de evitar (BOUZAT, op. cit., págs. 27-28; art. 93, párr. 2.º del Proyecto preliminar, y RCR). Para evitar que aun esta sustitución fideicomisaria restringida se utilizase con finalidad política, se establece que con la misma se tiene que proteger a todos los hijos, nacidos o por nacer, del llamado como fiduciario, y por partes iguales (C. c. francés, art. 1.050; Proyecto de 1851, art. 638 i. f.; C. c. italiano vigente, art. 692). Esto se hace no tanto por razones de equidad (que señala BIGOT DE PRÉAMENEU, cf. *Code civil des français*, t. IV, París, 1804, ed. Didot, pág. 265), como para evitar la acumulación de riqueza en una sola mano, como indica BOUZAT (op. cit., págs. 31-32), autor que afirma que para conseguir este fin se derogó, en cuanto a las sustituciones fideicomisarias permitidas, la norma (art. 725 C. c. francés) que declara incapaces de suceder a los no concebidos (v., asimismo, GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 83). En los trabajos preparatorios del C. c. italiano se dijo que de esta manera se evitaría «una odiosa disparidad económica» (RCR) y, sobre todo, la reprivatización del mayorazgo (RCP). El vigente C. c. italiano no dice expresamente que todos los hijos del llamado como fiduciario tienen que suceder por partes iguales; pero, dados los precedentes y la *ratio* del precepto, esto no se duda (GANGI, *La successione testamentaria*, t. I, Milán, 1947, págs. 95 y 117; BRUNELLI y ZAPULLI, *Il libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Milán, 1951, pág. 396).

La diferencia esencial entre el vigente sistema italiano y el francés la constituye la admisión por el primero del llamado fideicomiso de beneficencia, en virtud del cual se permite sustituir al hijo o hermano del testador, llamado como fiduciario, un ente público. La particular relevancia social de este tipo de sustitución fideicomisaria ha conducido a que no se aceptase la propuesta de que no fuese permitido sino cuando el primer llamado careciese de hijos (RCR; GANGI, op. cit., págs. 95 y 118-119, se manifiesta en contra).

Se ha dicho que permitir este tipo de sustitución supone un considerable avance en la regulación de las sustituciones fideicomisarias (PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel vigente Diritto italiano*, Milán, 1952, pág. 6), pues está dirigida a secundar el espíritu de beneficencia y de sociabilidad, por razón de los fines superiores a la persona humana que representan los entes públicos (EULA, op. cit., pág. 610). Tanta importancia se concedió a este tipo de sustitución fideicomisaria, que se propuso que en el supuesto de que el ente designado por el testador no existiera ya en el momento de la apertura de la sustitución subentrara en su lugar otro ente público, lo que no fué aceptado (RCP; CICU, *Usserazioni sul terzo libro del Codice civile*, Milán, 1936, pág. 7; ed. sep.). El ente ha de ser público, pero no sólo de beneficencia o cultura, como alguna vez se propuso, sino que puede cumplir cualquier finalidad (RCP; RR), y el término «ente» se debe admitir en toda su latitud, y no solamente en el sentido de persona jurídica pública (MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., v. III, parte 2.ª, Milán, 1952, pág. 127).

En los trabajos preparatorios del vigente Código civil italiano, se propuso, sin éxito, que el testador pudiera nombrar fiduciario al cónyuge superviviente, llamando como fideicomisarios a todos los hijos del matrimonio. Se rechazó esta proposición debido a descarnadas razones de política demográfica fascista, porque se estimó que «no se puede prohibir al cónyuge superviviente contraer nuevas nupcias y tener hijos» (RCP). Como dice BRUNELLI, *L'ammisibilità della sostituzione fedecommissaria nell'ambito familiare*, «Rivista italiana di Diritto matrimoniale», 1942, pág. 211, consintiendo dicha sustitución el cónyuge superviviente

parte de la herencia fideicomitada (57), pero esta opinión no prosperó—como había ocurrido ya en la doctrina francesa—y, por el contrario, la validez del llamado fideicomiso de residuo se afirma diciendo que el citado artículo 899 define la sustitución fideicomisaria (58), lo que resulta fácil dado el texto del mismo (59), y que es nota esencial de ella la obligación de conservar (60). Como en el fideicomiso de residuo dicha obligación no existe (61), no constituye un supuesto de sustitución fideicomisaria (única prohibida) y es válido. Asimismo se afirma, siguiendo el ejemplo de la doctrina francesa, que el legislador ha querido prohibir las sustituciones fideicomisarias, pero no los fideicomisos, como lo es el llamado «de residuo» (62). De esta manera se creó con referencia al Derecho italiano la opinión de que es elemento esencial de la sustitución fideicomisaria la existencia de la obligación de conservar (63), quedando a consecuencia de ello el fideicomiso de residuo fuera de di-

---

habría evitado un nuevo matrimonio, o por lo menos el nacimiento de hijos en el mismo, para no exponerlos a que se encontraran, una vez él muerto, sin su haber hereditario. Prohibiéndola, por el contrario, se facilita la constitución de una nueva familia por parte del cónyuge que ha quedado viudo.

(57) Esta afirmación la sostiene GUIDI, op. cit., págs. 528-531. Su argumentación se basa en que el artículo 48 de las Disposiciones transitorias para la aplicación del Código civil italiano de 1865 decía que en las materias que constituían el objeto del Código dejarían de tener valor todas las leyes anteriores a las que no hiciera el mismo referencia expresa. Como el fideicomiso de residuo no se hallaba regulado, piensa este autor que no es materia que forme objeto del Código civil, y por tanto, que estaba vigente en este punto la legislación romana (Novela 108), y como consecuencia que el fiduciario tiene obligación de conservar, razón por la que se aplica el artículo 899 del Código.

Ya antes se había señalado SOMMARIVA (op. cit., págs. 90-100) la improcedencia de esta solución.

Como se observará, el problema es paralelo al que suscitó la interpretación del artículo 1.976 de nuestro Código civil. Sobre el mismo, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, 3.ª ed. Madrid, 1955, págs. 304-305.

(58) PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato*, t. VII, 4.ª edición (VENZI), Florencia, 1906, pág. 383, e *Istituzioni di Diritto civile italiano*, t. IV, 2.ª ed., Florencia, 1872, pág. 234; RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, t. VIII, trad. esp., Madrid, s. f., pág. 667; DE FILIPPIS, *Corso completo di Diritto civile italiano comparato*, v. XI, Milán, 1907, pág. 404.

(59) Aunque caben otras interpretaciones, bien pudiera ser que el artículo 899 Código civil italiano de 1865 hubiese intentado elevar a criterio legal el propugnado por la doctrina y jurisprudencia francesas para el art. 896 del Código de Napoleón.

(60) PACIFICI-MAZZONI, *Codice*, cit. págs. 397, 398 y 418, *Istituzioni*, cit., págs. 238; DE FILIPPIS, op. cit., pág. 409.

(61) PACIFICI-MAZZONI, *Codice*, cit., págs. 422 ss., *Istituzioni*, cit., pág. 238; DE FILIPPIS, op. cit., pág. 410. De esta opinión se separa RICCI, op. cit., págs. 682-683, que afirma que en el fideicomiso de residuo existe obligación de conservar, porque ésta está implícita en la de restituir. Lo que a su juicio ocurre es que está establecida condicionalmente: si el fiduciario no enajena tiene que conservar. La teoría no es aceptable, porque no puede hablarse en este supuesto de obligación de conservar, sino de conservación de hecho, hecho que depende de que no se haya dispuesto y no de obligación alguna.

(62) PACIFICI-MAZZONI, *Codice*, cit., pág. 383 y allí n. 1.

(63) Así lo estima la doctrina italiana moderna; cf. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3.ª ed., Milán, 1947, pág. 443, y PIRAS, op. cit., pág. 53.

cha figura jurídica y carente de regulación directamente aplicable (64).

D) *Influencia sobre la doctrina y la jurisprudencia españolas.* — No es extraño que estas opiniones hayan sido acogidas por la doctrina y jurisprudencia patrias, pues fueron formadas en torno a los Códigos civiles que se consideran como modelos del español, y no falta en éste base para mantenerlas. Se ha dicho que la definición de la sustitución fideicomisaria en el artículo 781 de nuestro Código civil no anda muy lejos de las de los Códigos civiles francés e italiano (65) y que el fideicomiso de residuo no se encuentra regulado en el Código (supra, I, 1, A). Por otra parte, es de señalar que actualmente se van acortando las diferencias entre fideicomiso de residuo y sustitución fideicomisaria, y que a la opinión tradicional que estimaba que eran dos instituciones diferentes, si bien presentaban analogías entre sí (66), suceden otras que señalan que el fideicomiso de residuo constituye una modalidad fideicomisaria (67), o bien que se trata en ambos casos de una institución única (68); pero o por haberse planteado el problema de manera incidental no se han proporcionado los argumentos necesarios para probar tal aserto (69), o se funda en la razón que no parece aceptable de que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria porque entraña obligación de conservar (70).

Se han expuesto ya los motivos que originaron la ruptura de la sustitución fideicomisaria tradicional desgajando de ella la figura del fideicomiso de residuo (70 bis). Surge ahora el problema de si nuestro Código civil ha seguido la misma línea, como generalmente se cree, o bien si, por el contrario, acoge una solución original.

2. *La posición del Código civil español.*—Alejada de las que se supone que constituyen sus modelos, la solución del legislador de nuestro Código civil aparece como un remanso de buen sentido al aceptar la continuación de la línea tradicional.

A) *El fideicomiso de residuo antes de la formación del Código civil.*—En esta época se pueden distinguir las siguientes tendencias en orden a la configuración y regulación del mismo: a) En el Derecho común de España la sustitución fideicomisaria utilizada preponderantemente era la creada por el Derecho real con el nombre

(64) Sobre la posición del vigente Código civil italiano sobre el llamado fideicomiso de residuo, cf. *infra*, n. 127.

(65) DE DIEGO, *Naturalista*, cit. pág. 60.

(66) Como ejemplo, cf. DE BUEN, op. cit., pág. 316; DE DIEGO, *Naturalista*, citada, pág. 27.

(67) LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 241.

(68) Así GONZÁLEZ PALOMINO, cf. *supra*, n. 8; ROCA SASTRE, cf. *supra* n. 9.

(69) Tal es el caso de GONZÁLEZ PALOMINO.

(70) Así ROCA SASTRE; cf. *supra* I, 2, B, b, la crítica de su posición.

(70 bis) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 913, los había señalado diciendo que a la doctrina italiana se le presentaba el dilema de admitir que el fideicomiso de residuo era una sustitución fideicomisaria, y estimar por ello que se hallaba prohibido, o bien sostener su validez separándole de su familia putativa (la sustitución fideicomisaria). También ROCA SASTRE, *Estudios*, cit., pág. 76.

de mayorazgo (71), abandonándose el modelo de fideicomiso romano de las Partidas (72). Sin embargo, a partir de la legislación desvinculadora del pasado siglo, la atención se vuelve hacia el modelo romano, porque el mayorazgo suponía el carácter de perpetuidad, y por ello estaba sujeto a prohibición. Los artículos 1.º y 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820, que prohibían mayorazgos y fideicomisos, se interpretaban en el sentido de que solamente quedaban prohibidas las vinculaciones perpetuas (73); por ello la práctica y la doctrina se orientan hacia la sustitución fideicomisaria, derivada del fideicomiso romano, que no podía superar cuatro grados o generaciones (Novela 159), y no se hallaba prohibida por no ser perpetua (74). Con razón se dice que «desde la condena a muerte del mayorazgo se despreza la sustitución» (75) y se indica que ambas figuras son análogas porque «en el fondo el mayorazgo no fué más que una sustitución fideicomisaria desbocada» (76), es decir, con carácter de perpetuidad (77). En lo que al llamado fideicomiso de residuo se refiere, se le encuentra en esta época configurado según el modelo que produce el término de la evolución del Derecho romano: esto es, como nombramiento de heredero con encargo de restituir el sobrante de la herencia (o parte de ella) recibida a un segundo heredero, y sin las limitaciones que a las facultades dispositivas del fiduciario imponía la Novela (108) (78), pues lo decisivo en este punto era la voluntad del testador. Presenta nuestro Derecho idéntica posición que la indicada para el Derecho francés anterior al Código de Napoleón (79), y a la que se produjo en el Derecho italiano (80).

b) Al lado de esta configuración del fideicomiso de residuo en

---

(71) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 858 ss., 867 ss. y 882.

(72) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 863 ss.

(73) PACHECO, *Comentario a las leyes de desvinculación*, 3.ª ed., Madrid, 1847, págs. 9 y 62.

(74) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 882-887.

(75) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 864, n.

(76) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 866.

(77) «Cuando tratan los autores de diferenciar el mayorazgo de la sustitución irracasan sus esfuerzos». GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 866, n. 35; BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil español*, t. III, Barcelona, 1890, pág. 370, dice que las sustituciones fideicomisarias a las que se refiere el artículo 781 del Código civil no son otra cosa que mayorazgos, salvo el carácter de perpetuidad que estos tienen en vez de las limitaciones consignadas en dicho precepto.

(78) Cf. las Ss. T. S. indicadas supra, n. 10. BORRELL Y SOLER, op. cit., páginas 155-156, las recoge asimismo, señalando que se permite en el Derecho común de España que disponga el fiduciario de la totalidad de los bienes fideicomitidos, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano justinianeo.

(79) Cf. supra I, A, a. Existe, naturalmente, la diferencia de que ambos llamados son herederos, mientras que en el Derecho francés el fideicomisario no puede ser sino un sucesor a título universal, dado el sistema francés sobre la designación de heredero.

(80) En el que también se considera que no existen las limitaciones impuestas por la Novela 108, y que el fideicomisario es heredero en el residuo. Cf. BRUGI, *Fidecommesso*, en *Digesto italiano*, vol. XI, parte 1.ª, pág. 648.



el Derecho común de España (81), existen otras propias de los Derechos forales: a') En el Derecho foral de Navarra la forma típica de sustitución fideicomisaria era precisamente el fideicomiso de residuo tal como ahora lo conocemos, pues la Novísima Recopilación de Navarra (Libro III, tít. 7.º, 1, 6.ª) determinaba que no heredasen los llamados en segundo término sino los bienes que quedasen a la muerte del primer llamado (82), salvo que se hubiera establecido por el disponente la prohibición de disponer, lo que tenía como consecuencia que el fiduciario no pudiera enajenarlos sin justa causa y decreto de la justicia (83). Por ello, en la Memoria sobre el Derecho navarro que se redacta en cumplimiento de lo ordenado en el R. D. de 2 de febrero de 1880 (84), y en la que se sigue el articulado del Proyecto de 1851, señalando las diferencias que el Derecho foral navarro tiene con el mismo, se dice que el artículo 636, párrafo 2.º del citado Proyecto, que prohibía el fideicomiso de residuo, debe ser reformado (85) y se propone tal reforma en el sentido de permitirlo (86). Este sistema de sustituciones fideicomisarias que no contienen, en principio, obligación de conservar, es

---

(81) No resulta fácil la investigación en la época anterior al Código civil, por lo que al Derecho común de España se refiere, porque la institución del mayorazgo había casi ahogado, como se ha dicho, las formas de sustitución fideicomisaria derivadas del Derecho romano. Dada la escasez de la regulación de las Partidas, se indica que respecto a las sustituciones fideicomisarias «casi no se pueden fijar reglas que tengan su apoyo en la ley». (HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Leciones de Derecho español*, t. II, Madrid, 1838, pág. 50), y las dificultades se acrecientan en lo relativo a la forma de «residuo», cuya peculiaridad se originaba precisamente no en virtud de las disposiciones legales, sino por obra de la voluntad del disponente del mismo, mediante la autorización al fiduciario del poder de disponer de los bienes fideicomitidos. (DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1877, página 121). La decadencia que sufre la doctrina jurídica española y la situación, a veces confusa, de lucha entre el Derecho Real y el romano, añaden obstáculos a la búsqueda. Para los fines del presente estudio basta con señalar la situación en el momento anterior al Código civil, como se ha hecho, y no compensa realizar una investigación más profunda, propia de los historiadores del Derecho.

(82) ELIZONDO, *Novísima Recopilación de las leyes de el Reino de Navarra*, t. II, Pamplona, 1735, pág. 596.

(83) MORALES, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1884, pág. 96.

(84) Es la citada en la nota anterior.

(85) MORALES, op. cit., pág. 96.

(86) MORALES, op. cit., pág. 237. En el articulado que sigue a la Memoria, propone que los artículos 629, 635 y 636 del Proyecto de 1851 quedesen redactados de la siguiente forma: Art. 629: Las sustituciones pueden hacerse en testamento o donación: y comprenden los casos siguientes: ... 3.º Cuando se sustituye al heredero imponiéndole condiciones sucesorias, o haciendo llamamientos a la herencia.

Art. 635: Toda sustitución hecha contra lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 599 [que se refiere al nombramiento de heredero de confianza], o con carácter de perpetuidad es nula, cualquiera que sea la forma con que se la revista. Art. 636: No están comprendidas en la prohibición del artículo anterior: ... 2.º Aquella [disposición] por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero, que es lo que constituye los llamamientos sin prohibición de enajenar.

asimismo el del Derecho foral de Aragón (87); b') Por el contrario, el Derecho foral de Cataluña continúa apegado a la regulación romana justiniana respecto al fideicomiso de residuo. Aunque hubo dudas sobre si se debía aceptar que el fiduciario no pudiese disponer sino de las tres cuartas partes de la herencia, la opinión común es que así sucedía, y se indica que este criterio era necesario elevarlo a ley para evitar que las dudas se reprodujeran (88).

De las observaciones es necesario hacer sobre la situación del fideicomiso de residuo en el Ordenamiento jurídico español antes del Código civil. La primera, que no existe diferencia entre fideicomiso de residuo y sustitución fideicomisaria por razón de la obligación de conservar; ambas figuras constituyen una especie única que se denomina fideicomiso o sustitución fideicomisaria indistintamente, como entonces era aún costumbre hacerlo. Por otra parte, que existían diferencias entre las diversas regulaciones del fideicomiso o sustitución fideicomisaria de residuo, diferencias que se intentó armonizar cuando se pensaba que el futuro Código civil debía tener valor general. A continuación se examina este proceso.

B) *Los acuerdos de 1882.*—En el mes de noviembre de 1882 la Comisión general de Codificación celebró unas reuniones, con asistencia de los senadores y diputados, en las que sus miembros, entre los que se encontraban los representantes forales (89), consideraron las diferencias que existían entre las diversas legislaciones vigentes en España y procuraron llegar a un acuerdo sobre las mismas que pudiera servir de base para la formación de un Código civil que tuviese carácter general (90).

Una de las cuestiones debatidas fué la de los fideicomisos, y entre otros problemas surgió el de si la sustitución fideicomisaria, tal como había de regularse en el futuro Código civil, debía contener o

---

(87) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, s. 1., pág. 169, dice que «en Navarra no es del todo desconocido el fideicomiso romano, pero lo usual y corriente es lo que allí se conoce con el nombre de «llamamientos», los cuales se distinguen del fideicomiso del Pueblo-Rey, en que su duración no pasa del primero o del segundo grado y en que no llevan consigo prohibición de enajenar. Otro tanto sucede en Aragón».

(88) DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, pág. 263. Este criterio se acoge en el articulado que sigue a la *Memoria*; el art. CCCX, párr. 1.º dice que «el heredero gravado de restitución debe de hacerla de todos los bienes que haya recibido a título hereditario, a no disponer otra cosa el testador y salva la deducción de que habla el art. CCCXIII» (que se refiere al derecho del fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica). El art. CCCXI determina que cuando el testador ordene que la restitución se haga de lo que quede a la muerte del fiduciario, éste únicamente puede disponer de los bienes por actos entre vivos y sin exceder de las tres cuartas partes del valor de la herencia.

(89) Los nombrados por R. D. de 2 de febrero de 1880. Eran Durán y Bas (Cataluña), Morales (Navarra), Franco y López (Aragón), Ripoll (Mallorca), Lecanda (Vizcaya) y López Lago (Galicia).

(90) Esta fué la constante aspiración de ALONSO MARTÍNEZ (que presidió dichas reuniones), como señala CASTÁN, *Prólogo* a la obra *El Código*, cit., de dicho autor, pág. XV.

no para el fiduciario prohibición de disponer de los bienes fideicomitidos. Navarros y aragoneses deseaban que se aceptase el criterio, normal entre ellos, de que el fiduciario pudiera disponer o consumir, no teniendo derecho el fideicomisario sino a los bienes que quedasen a la muerte del primer llamado (91), salvo que el testador hubiera determinado otra cosa. A ello se oponía el representante catalán, que deseaba que se acogiese el sistema imperante en el Derecho de Cataluña, en el que el fiduciario estaba obligado a conservar la totalidad de los bienes fideicomitidos, y aún en el supuesto de fideicomiso del residuo, debía conservar para restituir la cuarta parte de los mismos. Ante tan encontradas opiniones se hacía necesario encontrar un criterio de transacción que permitiese formular una norma que pudiera tener carácter general. Por fortuna, hubo en aquellas discusiones un amplio espíritu de concordia y deseo de conciliación (92), y en este ambiente de tolerancia llegar a un acuerdo no fué difícil. El camino seguido para ello fué (93) examinar los fundamentos de ambas posiciones. Por una parte se señala que la tradición jurídica (el Derecho romano justiniano) estaba del lado del representante catalán, y que también la «filosofía del fideicomiso» abonaba su opinión, pues el sistema romano salva la aparente contradicción que existe en el fideicomiso de residuo, ya que no permite pensar que el disponente quiere beneficiar al fideicomisario y al mismo tiempo niega tal posibilidad, permitiendo disponer al llamado como fiduciario incluso de todos los bienes fideicomitidos. Pero también existían razones para no acoger el criterio del Derecho foral catalán, pues—se dice—si se acepta se encontrarían en el futuro Código civil dos instituciones iguales, ya que la sustitución fideicomisaria configurada conforme al mismo vendría a identificarse con la disposición en virtud de la cual el testador deja a una persona el usufructo de la herencia y a otra la nuda propiedad. Todas estas razones no son, ciertamente, de mucho valor, pues el criterio romano justiniano sobre los poderes de disposición del fiduciario de residuo se hallaba totalmente superado en el momento en que la cuestión se plantea, y menos interés presentan todavía los demás argumentos utilizados, porque la pretendida contradicción interna del fideicomiso de residuo no existe; el testador sólo quiere favorecer al llamado como fideicomisario si el fiduciario no ha estimado necesario disponer de los bienes (en el supuesto de que se haya dejado a su criterio el ejercicio del poder de disposición), y solamente en la medida en que no hubiese dispuesto; por último, la supuesta identidad entre la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar y la disposición separada del usufructo y

(91) ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 171.

(92) CÍ. MORALES, *op. cit.*, Prólogo, pág. VI; DURÁN Y BAS, *op. cit.*, págs. 9-10; FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria*, Zaragoza, 1886, págs. 6-7.

(93) ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 171-173. Para la exposición que se hace en el texto se sigue muy de cerca esta obra; las frases entrecorridas en el mismo pertenecen a ella.

la nuda propiedad no puede aceptarse, porque las situaciones del fiduciario (propietario) y del usufructuario no son, naturalmente, iguales (93 bis).

Así las cosas, se piensa y esto resultó decisivo: «Por ventura, ¿no puede suceder que un testador desee dejar sus bienes a una persona querida, no en usufructo, sino en pleno dominio, llamando a otra en segundo lugar para que recoja aquellos de que el primer llamado no haya dispuesto por actos *inter vivos*?» (94). «El fideicomiso en su origen no fué más que una cuestión de confianza» (no tenía otra sanción que la de no faltar a la *fides*), y el testador puede tenerla en que el fiduciario, por su rectitud, afecto al fideicomisario, o por otras causas, no procederá a enajenar los bienes si no le obligan a ello «motivos imperiosos, accidentes fortuitos o sucesos de verdadera fuerza mayor. Basta con que entienda que el fiduciario ha de manejar el caudal con moderación y prudencia, sin espíritu codicioso y sin ánimo hostil al llamado para sucederle». Finalmente se apela «a los principios eternos de la Justicia y del Derecho», con la consecuencia de señalar que «la libertad individual en los actos de la vida civil no debe tener más que dos límites: el derecho de los demás y las funciones esenciales del Estado. Ahora bien, ¿en nombre de qué interés social se puede prohibir a un ciudadano que teste en la manera que es usual en Aragón y Navarra? En virtud de estas consideraciones se llegó al acuerdo de que el futuro Código civil «en punto a la facultad de enajenar los bienes del fideicomiso, debería respetar la voluntad del testador. En el silencio de éste, la presunción de Derecho es que ha querido conservarlos íntegros para el fideicomisario». «Así quedó fallado el litigio entre el fideicomiso *foral* y el *romano*.»

(93 bis) Como se sabe, la jurisprudencia patria comenzó equiparando las posiciones del fiduciario y del usufructuario, pero pronto estableció las diferencias, si bien señalando, con acierto, que son aplicables por analogía al supuesto de la sustitución fideicomisaria muchas de las disposiciones dictadas para el usufructo. En esta línea es de citar la STS 20 octubre de 1954, que señala que «sin dejar de reconocer la analogía existente entre la situación del heredero fiduciario y del usufructuario, en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutan, se diferencian sustancialmente ambos conceptos en que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto con efecto sucesivo, es decir, se llama a una misma cosa al fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al sustituto, lo cual no ocurre con el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario al que no puede corresponder el dominio aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario».

(94) En la segunda parte de este estudio se abordará el problema, expuesto con acierto por ROCA SASTRE (cf. supra I, 1 B, b), de si puede permitir el testador al fiduciario disponer por actos *mortis causa* sin que a consecuencia de ello deje de existir sustitución fideicomisaria de residuo. La opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas es afirmativa, pero exige que el testador otorgue expresamente esta facultad

Dicho acuerdo significa la superación de los sistemas extranjeros entonces vigentes, al continuar la línea tradicional de considerar el fideicomiso de residuo como una sustitución fideicomisaria de residuo, que constituye tan sólo una de las posibles formas de dicha institución puede adoptar (95).

C) *El artículo 783, párrafo 2.º del Código civil.*—Es necesario demostrar cómo esta solución ha llegado a ser acogida en nuestro Código civil. El proceso fué el siguiente: En las discusiones de la Comisión General de Codificación, en el tiempo en que fueron tratados los problemas relativos a las sustituciones fideicomisarias, se utilizaba el sistema de redactar unas Bases que contenían los acuerdos adoptados (96). La Base que hace referencia al problema objeto de examen dice así: «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» (97). En virtud de lo dispuesto en la Base 15 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que determinaba que «el tratado de las sucesiones [del futuro Código civil] se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación, reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adopto en las reuniones celebradas en noviembre de 1882»..., el acuerdo de referencia pasó a formar parte de nuestro Código civil. El artículo 783, párrafo 2.º del mismo, lo copia con leves modificaciones, por lo que su identificación no suscita problema alguno (98).

(95) El fideicomiso romano, y lo mismo la sustitución fideicomisaria no plenamente evolucionada, podía ser de todo o parte de la herencia, del residuo de la misma y de cosa determinada o parte de la herencia sin consideración de cuota. El fideicomiso de residuo constituía antes de la Codificación una sustitución fideicomisaria universal o de herencia, igual que si se hubiese ordenado o pedido restituir el todo o una parte alicuota de la misma. Por el contrario, en el Derecho moderno, y así en el sistema de nuestro Código civil, la sustitución fideicomisaria de residuo puede ser de herencia, de legado y de donación.

(96) Este proceder fué implantado por Alonso Martínez al ser presidente de la misma; antes, según el plan de Alvarez Bugallal, se preparaba la formación del futuro Código civil proponiendo y discutiendo cada uno de los artículos que habían de constituirlo. Alonso Martínez decidió que los acuerdos fuesen recogidos en unas Bases, quedando encargada una subcomisión de redactar el articulado del Código de acuerdo con las mismas, «con lo cual el examen comparativo de las diversas legislaciones podía hacerse con más amplitud y provecho a la par que se abreviaban los trabajos, como dice MORALES, op. cit., Prólogo, pág. V.

(97) Cf. ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 175. Es de hacer notar que en la transcripción de la citada Base en dicha obra se dice «fideicomisario» en vez de «fiduciario»; lo mismo ocurre en la ed. de 1884, pág. 215. La referida errata no puede suscitar duda alguna.

(98) Los foralistas, una vez que la cuestión foral adquiere de nuevo virulencia, no aceptan los acuerdos de 1882 que habían sido recogidos en el C. c. Así FRANCO Y LÓPEZ, *Adiciones a la Memoria*, Zaragoza, 1893, págs. 51-52, vuelve al sistema aragonés de facultar al fiduciario para disponer *inter vivos* de la herencia fideicomitada, salvo que el testador hubiera dispuesto expresamente otra cosa. En el articulado del Anteproyecto que compuso (art. 86) sostiene e

Queda con ello demostrado que el criterio del Código civil español es regular el llamado fideicomiso de residuo como un tipo de sustitución fideicomisaria.

D) *El problema de la cuarta trebeliánica.*—La doctrina estima que el artículo 783, párrafo 2.º del Código civil, resuelve, en sentido negativo, la cuestión de si el heredero fiduciario tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica (99). No cabe duda de que la frase final de este precepto hace referencia a la sustitución fideicomisaria de residuo; no obstante, la doctrina citada tiene razón, pues ambos problemas reciben solución a través de una fórmula única.

Como es sabido, la cuarta trebeliánica se instituyó en el Derecho romano con objeto de estimular al *heres fiduciarius* a aceptar la herencia y lograr así la eficacia del fideicomiso (100). En los Derechos nacionales, al independizarse la validez del testamento del nombramiento y aceptación del heredero, se dispuso que lo dejado como legado o como fideicomiso tuviera plena validez y eficacia, aunque el heredero instituido no aceptase la herencia. Ello ocurre en el Derecho Real de España a partir del Ordenamiento de Alcalá (101), que dispuso que lo dejado como fideicomiso o como legado se cumpliera aunque el heredero no hubiera querido aceptar la herencia, y la misma evolución se produce en el Derecho francés anterior al Código civil (102) y en el Derecho estatutario italiano (103). Ahora bien, si el fideicomiso era válido, a pesar de la falta de aceptación del heredero fiduciario con el gravado, y el fideicomisario podía adquirir los bienes directamente del testador y sin necesidad de entrega por parte de aquél, ¿por qué hacer participe al fiduciario de la herencia fideicomitada? Se comienza así

---

mismo criterio (op. cit., pág. 144). Cfr., asimismo, el art. 31, núm. 4.º del Apéndice foral de Aragón.

(99) Cfr. supra, I, 2 B, a).

(100) IGLESIAS, *Derecho romano*, v. II, Barcelona, 1953, 2.ª ed., págs. 387 y siguientes.

(101) O. A., tit. XIX, única. Este precepto viene a variar fundamentalmente el sistema de las Partidas. Dice así: «Et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad heredat, o manda, o mandare que la den, o que la haya otro, e aquel primer a quien fuese dejada non la quisiere, mandamos que el otro ó otros que la pueden tomar e aver». En el Ordenamiento de Montalvo (5. 2. 11): «Y si alguno dexare á otro en su postrimera voluntad por heredero, o le dejare ó le mandare alguna cosa para que la dé a otro a quien sostituye en la herencia o manda: si el tal heredero o legatario no quisiese aceptar o renunciase la herencia o legado: el sustituto o sustitutos lo puedan haber todo». Este precepto fué sustancialmente reproducido en Nueva Recopilación, 5. IV. 1, y Novísima, X, XVIII. 1. En la doctrina: GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas*, 6. V. 14; A. GÓMEZ, *Variae Resolutiones*, ed. Madrid, 1870, I. 5. 8, pág. 113; TORRES VELASCO, *Institutiones Hispaniae practico-theorico commentatae*, Madrid, 1735, pág. 330, n.; GARCÍA GÓYENA, *Reglas del Derecho romano*, Madrid, 1841, pág. 86.

(102) POTHIER, op. cit., págs. 504-505.

(103) BESTA, *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, Padua, 1935, página 161.

a pensar que la detracción de la cuarta trebeliánica carece de razón de ser.

En la doctrina española, cuando la legislación desvinculadora acabó con el mayorazgo y se vuelven los ojos hacia las sustituciones fideicomisarias que se estimaban permitidas (104), se discutió ampliamente el problema de la detracción de la cuarta trebeliánica. En favor de la posibilidad de la detracción se argumentaba que sería una burla y carecería de sentido el título de heredero en quien nada recibe de la herencia, pues se trataría entonces de un título vacío; que no se derogan las leyes por haber desaparecido el motivo de su promulgación, y, finalmente, que la letra de la ley no permite negar el derecho a la detracción, pues dice que si el fiduciario no acepta los sustitutos «lo puedan haber todo» (105), lo cual—interpretado a *contrario sensu*—indica que en el supuesto de aceptación tiene el fiduciario derecho a detraer la cuarta trebeliánica, pues en este caso ya no tienen derecho los fideicomisarios a la totalidad de los bienes del fideicomiso (106). En contra se indica que, no siendo la aceptación precisa para la validez del fideicomiso, el heredero que acepta no realiza un acto necesario y por ello no merece recompensa, y se añade que el fiduciario, una vez restituida la herencia al fideicomisario, queda exento de responsabilidad frente a los acreedores del causante y resulta natural que si no está sujeto a dicha carga no reciba tampoco participación en el activo hereditario (107).

La discusión sobre este problema se mantuvo viva hasta el momento de la formación de nuestro Código civil, y se planteó y fue objeto de examen en las reuniones de la Comisión general de Codificación celebradas en el mes de noviembre de 1882. En el curso de las mismas, los representantes de Aragón y de Navarra se opusieron a que la facultad de detraer la cuarta trebeliánica fuese admitida en la regulación típica de la sustitución fideicomisaria en el futuro Código civil, porque no concedían este derecho al fiduciario

(104) Véase GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., pág. 864 en n.

(105) Cf., supra n. 101, el final del texto de la ley citada.

(106) ELÍAS, *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Barcelona, 1877, pág. 538; DEL VISO, op. cit., 5.ª ed., t. II, Valencia, 1885, págs. 356-357; MARICHALAR y MANRIQUE, *Recitaciones del Derecho civil de España*, t. III, Madrid, 1916, págs. 510-511; LÓPEZ R. GÓMEZ, *Tratado teórico-legal del Derecho de sucesión*, t. I, Valladolid, 1896, pág. 472; BARRERA, *Nociones de Derecho civil, mercantil y penal*, Valladolid, 1881, págs. 335, 337 y 341; FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, pág. 512; ESCRICHE, *Elementos del Derecho patrio*, 2.ª ed., Madrid, 1840, pág. 108; ALCALDE PRIETO, *Curso teórico-práctico del Derecho civil español común y foral*, Valladolid, 1880, pág. 151; ALVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de España*, t. I, Madrid, 1829, págs. 278-279; MORCILLO, *Novísima Ilustración del Derecho español*, Madrid, 1848, págs. 324-329.

(107) MONTALVÁN, *Examen histórico-filosófico de la legislación española*, t. III, Madrid, 1845-1846, pág. 480; ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 175; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALVÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, Madrid, 1877, pág. 53.

ni la legislación de Navarra (108) ni la de Aragón (109). En Cataluña se reconocía (110), y por ello un vocal de la Comisión solicitó que fuese mantenido este sistema en el futuro Código civil, con objeto de poder llegar sin dificultad a un acuerdo con el representante catalán; pero éste no hizo hincapié en su mantenimiento, y sometido a votación el problema se acordó, por escasa mayoría, que no se debía conceder al fiduciario facultad de detraer parte alguna de la herencia, salvo que el testador le hubiera autorizado para ello (111). Este acuerdo se redactó, en unión del relativo a la sustitución fideicomisaria de residuo, en la base que se ha transcrito en el texto (*supra*, C) (112), y ésta es la razón por la que el artículo 783, párrafo segundo de nuestro Código civil se refiere a ambos problemas. El fundamento del indicado proceder es claro: se parte del principio de que el fiduciario está obligado a conservar íntegramente el todo o parte de la herencia que le fué fideicomitada, y como excepción se indica que el testador puede autorizarle «a distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir». En virtud de esta norma, puede el disponente autorizar al fiduciario para detraer una parte determinada de los mismos (supuesto que atiende a suplir el derecho a detraer la cuarta trebeliánica) (113) o autorizarle para disponer o consumir una parte indeterminada (lo que abre paso al supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo) (114).

Se realiza de la manera expuesta una afortunada solución de los problemas planteados. Navarros y aragoneses transigen en que la

(108) LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 242.

(109) GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1.ª ed., t. VII, Madrid, 1874, 5, pág. 343, dice que en Aragón es desconocida la cuarta trebeliánica, y cita las opiniones de MOLINO, PORTOLÉS y DIESTE. La razón es que no son necesarias la institución de heredero ni la adición de la herencia para la validez del testamento (cf., sin embargo, MOLINO, allí citado).

(110) Cf. *supra* n. 88, el artículo CCCXIII de los que siguen a la *Memo-ria* redactada por DURÁN y BAS.

(111) ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 175.

(112) ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., loc. cit.

(113) En la actualidad, y con referencia a nuestro Código civil, no puede hablarse sino por comodidad de expresión de la cuarta trebeliánica. Este derecho no está configurado legalmente, sino en virtud de cada concreto negocio jurídico, y por ello la regulación del mismo depende de la voluntad privada que puede establecerse en variadas formas y concederlo en cualquier supuesto de sustitución fideicomisaria, a diferencia de lo que ocurría en la regulación tradicional.

(114) Las facultades del fiduciario dependen de lo que se haya dispuesto en el negocio jurídico creador de la sustitución fideicomisaria de residuo. De aquí la importancia de las expresiones utilizadas. En los supuestos de la vida real se observan en este punto grandes diferencias: se concede poder al fiduciario para enajenar, para disponer como quiera, como si fuese dueño, en caso de necesidad, para consumir, etc., y al fideicomisario se le otorga el derecho a lo que quede de la herencia, a lo que quede *in natura*, a los bienes no consumidos, etc. Felizmente, la prudencia notarial, al amparo de la que discurre en estas materias la mayor parte de la vida jurídica española, constituye la garantía de la exacta formulación de la voluntad del disponente.



figura típica de la sustitución fideicomisaria en el Código civil contuviera obligación de conservar toda la herencia o parte de herencia fideicomitida (115); por su parte, los catalanes lo hacen permitiendo que se excluya de la regulación legal el derecho a detraer la cuarta trebeliánica (116). Se llega así a un resultado adecuado y prudente que continúa la línea tradicional y completa, dentro de ella, la evolución que lógicamente tenía que producirse respecto a la sustitución fideicomisaria derivada del fideicomiso romano.

### III. AMPLITUD DE LA REGULACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

I. *Consideraciones generales.*—Siendo, como se ha expuesto, el fideicomiso de residuo una forma de sustitución fideicomisaria, como tal se encuentra regulado en nuestro Código civil. La regulación en el mismo de las sustituciones fideicomisarias (y entre ellas de la de residuo) es insuficiente (117), y resulta necesario completarla recurriendo con frecuencia a la analogía. El motivo de que así ocurra es que el Código civil ha seguido demasiado de cerca los acuerdos de la Comisión general de Codificación de noviembre de 1882. En el seno de ésta se trataban solamente las cuestiones acerca de las cuales la divergencia de criterios hacía necesario tener que llegar a un previo acuerdo, pero no se pretendía lograr la regulación completa de las diversas instituciones. En lo que a la sustitución fideicomisaria se refiere, se fijaron tan sólo los princi-

(115) La obligación de conservar derivada de la existencia de la obligación de restituir, es un efecto natural del negocio jurídico en el que la sustitución fideicomisaria se dispone, y por ello no es necesario hacer referencia a la misma.

(116) La voluntad del disponente pasa así a ser el origen de la atribución del derecho a detraer cantidades de los bienes fideicomitidos, mientras que antes era, si declarada «con palabras expresas y no otramente», el origen de la pérdida del derecho a detraer la cuarta trebeliánica. Cf. SABATER, *Notas de Derecho foral catalán. La cuarta trebeliánica*, RGLJ, t. 191 (1952), págs. 33-39. La forma en que se celebró el acuerdo era favorable a los catalanes, los cuales parece que conceden mayor importancia a que exista obligación de conservar en la sustitución fideicomisaria que al derecho a detraer la cuarta trebeliánica. COLL Y RODÉS, *Consideracions i normes generals referents a la successió voluntaria a títol universal* (contin.) RJC, 1912 (XVIII), págs. 358-359, estima que debe conservarse para Cataluña el sistema del Derecho romano justinianeo, lo que supone la conservación de la Novela 108. Por el contrario, el derecho a detraer la cuarta trebeliánica no suele defenderse con mucho interés; se dice que es natural que exista como compensación a la aceptación y para que el fiduciario realice el debido inventario de los bienes fideicomitidos, pero también se indica que la concesión de este derecho merma el patrimonio que precisamente se desea perpetuar, y se señala la necesidad de la revisión de este problema, porque no es sino adjetivo y no afecta a la esencia del fideicomiso, concluyéndose que la supresión de la cuarta trebeliánica significaría una nota de modernismo. Cf. DE CAMPS I ARBOIX, *Modernitat del Dret català*, Barcelona 1953, pag. 224.

(117) Comp. los arts. 781-789 de nuestro C. c. con los del C. c. francés (1.048-1.075) y del vigente C. c. italiano (692-699). Es de hacer notar que, aunque su regulación es incompleta, nuestro C. c. supera en conjunto a estos Códigos en lo relativo a la sustitución fideicomisaria.

pios, aceptados por todos, sobre los que había de descansar la regulación del futuro Código civil; fueron los siguientes (118): «Base A. Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el *segundo grado y siempre* si se hicieren a favor de personas que *vivan* al tiempo del fallecimiento del testador.» (Cf. artículo 781 del Código civil.) «Base B. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recaen sobre las mejoras, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.» (Cf. artículo 782.) «Base C. Los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.» (Cf. artículo 783, párrafo 1.º) «Base D. Para que el fiduciario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvas las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador.» (Cf. artículo 783, párrafo 2.º) «Base E. Las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes a un segundo heredero, no serán válidas.» (Cf. artículo 785, principio y párrafo 1.º)

Como se observará, en la regulación de las sustituciones fideicomisarias en nuestro Código civil pocas cosas se han añadido: el artículo 784, que significa un cambio radical de la norma hasta entonces vigente (119), y los artículos 786 y 789. El resto (artículos 785, núms. 2, 3 y 4 y 787 y 788) se refieren a la limitación de las figuras afines a la sustitución fideicomisaria, y no interesan de manera directa en cuanto a la regulación de la misma.

El problema que ahora surge es el siguiente: ¿Cuáles, entre las normas que regulan las sustituciones fideicomisarias, son aplicables en el supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo? A la solución del mismo se dedicará la mayor parte del presente estudio.

2. *Interpretación del artículo 785, número 1.* — Como se ha indicado (*supra* I, 2, B, a), este precepto se interpreta considerando que tiene como supuesto de hecho la existencia de la obligación de conservar en la sustitución fideicomisaria. La razón de este modo de pensar consiste en que se supone que este artículo está estrechamente ligado al 781, y que éste define la sustitución fideicomisaria estableciendo como elemento esencial de la misma la existencia de la obligación de conservar. Es natural que si se estima que en la sustitución fideicomisaria se encarga al heredero que conserve y transmita la herencia a un tercero (artículo 781), se llegue a la conclusión de que para establecer válidamente una sustitución

(118) Figuran en las Bases redactadas por Durán y Bas que se transcriben a continuación en el texto. Cf. ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 175-176.

(119) Hasta la publicación del C. c. se entendía que el fideicomisario no tiene derecho a la sucesión si no sobrevive al fiduciario, pues era normal que la restitución se verificase a la muerte de éste, y por eso el llamamiento a favor del segundo heredero estaba sometido a término incierto que tenía (de acuerdo con el Derecho romano) efectos de condición. Se tratará de este problema en la segunda parte de este estudio al determinar la naturaleza jurídica de los llamamientos en la sustitución fideicomisaria.

fideicomisaria o bien se la llama por su nombre o es necesario imponer al fiduciario las obligaciones de conservar y de restituir. Por ello «la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero» (artículo 785, 1.º) se entiende que quiere decir obligación de entregar *todos* los bienes fideicomitidos, y para poder cumplir esta obligación es necesario haberlos conservado en su totalidad, es decir, no haber dispuesto de ellos.

Si se parte del principio de que la sustitución fideicomisaria no requiere en el sistema de nuestro Código civil la existencia de la obligación de conservar, y se ha demostrado que ésta es la posición correcta, la interpretación del precepto es muy diferente. La letra del mismo se refiere sólo a la obligación de restituir, y no se debe forzar la dicción literal, que es clara. Lo que el precepto indicado 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 fideicomitida, 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. Existe obligación terminante de entregar los bienes, pero relativa sólo a aquellos que señalan los términos de la ley o el negocio jurídico, y, en el supuesto concreto de sustitución fideicomisaria de residuo, aquellos de los que el fiduciario, en uso de sus facultades, no hubiese dispuesto.

La norma del artículo 785, 1.º del Código civil se aplica tanto a la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar como a la de residuo. Esta consecuencia es lógica, dada su finalidad, pues trata de impedir que las sustituciones fideicomisarias puedan considerarse establecidas cuando no consta en este sentido de manera expresa la voluntad del testador (120); constituye una reacción

(120) Como señala CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. IV, 6.ª ed., Madrid, 1942, pág. 468, «en realidad el requisito [impuesto por el artículo 785, 1.º] del Código es difícil de matizar, pues si se tomase con excesivo rigor formal resultaría absurdo dentro de los principios espiritualistas que el Código civil y en general el Derecho moderno sustentan en orden a la forma de las declaraciones de voluntad». El requisito no tiene que cumplirse utilizando las mismas palabras que emplea el precepto, como ha indicado, con acierto, la doctrina (NÚÑEZ LAGOS, *Comentarios libres*, en IJ, enero 1944, página 3) y la jurisprudencia (cf. STS 25 octubre 1954). En antecedente de este precepto es la Base E de los acuerdos de 1882, que decía que «las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes a un segundo heredero, no serán válidas»; como se observará el art. 785, 1.º del C. c. dice «manera expresa» y no «palabras expresas», parece que para evitar la posible pero errónea interpretación en el sentido de estimar necesaria la utilización de los mismos términos que indica la ley. En ocasiones se ha manifestado una cierta tendencia a admitir sustituciones fideicomisarias tácitas con el pretexto de que es necesario hacerlo para poder dar cumplimiento a la voluntad

contra la abusiva práctica de las conjeturas (121), que multiplicaba sin motivo el número de las sustituciones fideicomisarias, porque se estimaba que estas eran instituciones favorables (122).

#### IV. CONFIGURACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

1. *Opiniones acerca de si el fideicomisario sucede a título universal o particular.*—Con referencia al sistema del Código civil español, se ha dicho que el fideicomiso de residuo constituye siempre un legado para el llamado como fideicomisario, aunque el fiduciario hubiese sido instituido heredero, porque el llamado en segundo lugar solamente lo está al eventual residuo; consecuencia de ello es que no existe «continuación de la personalidad del difunto» (sic), ni responde el fideicomisario del total pasivo de la herencia (123).

Análoga opinión se ha mantenido alguna vez bajo el imperio del Código civil italiano de 1865, estimándose que el fideicomiso de residuo constituía un legado o sublegado modal (124), o un legado condicional (125), con objeto de poder sostener la validez del mismo por no constituir sustitución fideicomisaria (126), y se utiliza todavía esta opinión vigente el nuevo Código civil italiano (127).

del testador. Un ejemplo de este proceder se encuentra en DÍAZ COBESA, *Diccionarios*, Madrid, 1919, págs. 181-182, autor que admite, en virtud del citado razonamiento, la existencia de una sustitución fideicomisaria en un caso en que el testador decía «que dejaba heredera de todos sus bienes a su legítima esposa doña M. A. y M., y después del fallecimiento de ésta a la hermana del testador, doña L.», señalando que esta disposición, si no se acepta que constituye una sustitución fideicomisaria, no tiene absolutamente ningún sentido posible y que es incomprensible y contradictoria en sus términos, por lo que la voluntad del testador no podría ser cumplida. La opinión de este autor no puede acogerse, y en el supuesto antedicho se trata meramente de herederos a término.

(121) Sobre las mismas, SERVAT, *Las conjeturas en materia de sustituciones según la doctrina del Cardenal Mantica*, RCDI, XXVII, núms. 282 y 283, páginas 801-830 y 881-896, respectivamente.

(122) Cf. BRUGI, op. cit., pág. 633.

(123) DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Madrid, 1951, págs. 493, 495-496.

(124) Tesis de VITALI, op. cit., pág. 88.

(125) Tesis de SOMMARIVA, op. cit., págs. 158-162.

(126) Cf. VITALI, op. cit., págs. 95-116-117, 125, etc.; SOMMARIVA, op. cit., loc. cit.

(127) D'AVANZO, op. cit., pág. 750, n. 4, critica las opiniones de STOLFI (que estima que el fideicomiso de residuo constituye un legado a término o bajo condición) y de BUTERA (que cree que se acerca a una disposición condicional o modal) diciendo que con ella se altera la naturaleza del fideicomiso, de la condición, del modo y del legado.

La norma que prohíbe el fideicomiso de residuo en el Ordenamiento jurídico italiano se halla contenida en el art. 692 *in fine* del Código civil, porque no se permiten las prohibiciones de disponer impuestas al heredero. El artículo 288 del Proyecto preliminar decía que no se admitían las sustituciones fideicomisarias que no estuviesen expresamente dispuestas por el testador y añadía que era, por tanto, nula toda disposición que prohibiera al heredero disponer por testamento de los bienes hereditarios. Es decir, que no se admitían las sustituciones fideicomisarias tácitas (RCR). En el Proyecto definitivo cambia la norma y se señala que es nula toda disposición con la que el testador

En la época anterior a la Codificación, la doctrina clasificaba las sustituciones fideicomisarias en universales y particulares, según que el fideicomisario hubiese sido llamado al todo o a una cuota de la herencia fideicomitada, o a bienes concretos o parte alícuota de la misma sin consideración de cuota (128). La posición romanista no vacilaba en considerar al fideicomiso de residuo como sustitución fideicomisaria universal, porque el fiduciario estaba en principio obligado a restituir la cuarta parte de la herencia fideicomitada, según ordenaba la Novela 108, y el fideicomisario debía por tanto ser considerado como un sucesor a título universal (129). En los Derechos nacionales desde el momento en que se considera que el fiduciario puede disponer incluso de la totalidad de los bienes fi-

prohíbe al heredero disponer por acto entre vivos o de última voluntad de los bienes hereditarios (art. 238, *in fine*), norma que figura en el art. 692 i. f. del C. c. vigente. La RG señala que el artículo 288 del Proyecto preliminar había suscitado dudas. Por ello se verifica el cambio de norma, prescribiéndose explícitamente la nulidad de las prohibiciones de disponer sin ligazón inmediata con las sustituciones fideicomisarias tácitas que son solamente una de las finalidades que pueden conseguirse a través de aquellas. Asimismo indica que no han faltado dudas acerca de la nulidad de las prohibiciones de disponer, pues aunque había general adhesión respecto a las referentes a los actos *inter vivos* parecía excesivo decretar la nulidad de las que afectaban a los actos *mortis causa*, y se observa que de esta manera se viene a prohibir el fideicomiso de residuo, pero no se quiso, a pesar de ello, alterar el criterio rígido del Proyecto preliminar, considerando que el fideicomiso de residuo «responde a sentimientos egoístas no merecedores de tutela».

Como se observará, se parte del supuesto de que el fideicomiso de residuo encierra prohibición de disponer *mortis causa*, opinión que siempre fue y es la dominante en la doctrina italiana (GABBA, op. cit., págs. 332 y ss.; DEgni, op. cit., págs. 136-138; BARASSI, op. cit., págs. 445-446; COSATTINI, *Disposizioni condizionali alternative in frode al divieto della sostituzione fideicommissaria*, «Foro Lombardia», 8 (1933), fascs. 8-9, pág. 642; CICU, *Nota de jurisprudencia en «Revista di Diritto civile»*, 1942, pág. 344, y también *Il Testamento*, Milán, 1952, pág. 225).

En dicha doctrina se estima por regla general que el fideicomiso de residuo se encuentra prohibido, pero no faltan opiniones discrepantes por estimarse que el fideicomisario puede disponer *mortis causa* si el testador le ha autorizado para ello, o que el fideicomiso de residuo es un legado o sublegado, o bien que la finalidad de la Ley es prohibir el establecimiento de la obligación de conservar y que en el caso del fideicomiso de residuo esta obligación no existe. Finalmente, se sostiene una opinión intermedia que señala que se admite el fideicomiso de residuo en los mismos casos en que se admite la sustitución fideicomisaria, estando en los demás supuestos prohibido.

La jurisprudencia admitió alguna vez, incidentalmente, la validez del fideicomiso de residuo (Ap. Florencia, 24 de marzo de 1942, en *Foro italiano*, 1942, I, col. 919-922), pero se inclina después por la negativa (Cas. 18 de febrero de 1949, número 288, en *Foro italiano*, *Mass.*, 1949, col. 60; Ap. Nápoles, 5 de julio de 1947, en *Foro italiano*, *Rep.*, voz Successione legítima o testamentaria, número 117).

(128) Juan Pedro de MONEDA, *Tractatus de commutationibus ultimarum voluntatum*, Lugduni, 1624, págs. 954-956. Cf., asimismo, IGLESIAS, *Sobre fideicomisos*, cit., págs. 99 y ss.

(129) V. GÓMEZ, op. cit., pág. 119; MARTI DE ETXALÁ, *Tratado elemental de Derecho civil romano y español*, Barcelona, 1838, pág. 330. Naturalmente que en el Derecho romano fuese sucesor a título universal no quiere decir que fuese heredero, dada la aplicación del principio *semel heres, semper heres*.

delcomitados (130), surgió el problema de si el fideicomisario de residuo era llamado a título universal o a título particular. La doctrina se decide por la primera de estas afirmaciones, estimando que el residuo no es una cosa determinada, sino una cuota de la herencia, y que por ello el fideicomisario de residuo es un sucesor a título universal (131).

2. *La cuestión en el Código civil español.*—Nuestro Código civil configura el fideicomiso de residuo como una sustitución fideicomisaria, y en ésta, cuando es universal o de herencia, todos los llamados son herederos (artículo 785, 1.º). La razón de que el fideicomisario de residuo sea en tal supuesto heredero, no debe buscarse a través de la determinación de si el llamamiento en el residuo es o no llamamiento a suceder en una cuota hereditaria, sino que se deriva directamente del concepto de sustitución fideicomisaria que nuestro Código civil acoge. La sustitución fideicomisaria se configura, sobre el modelo de la vulgar, como llamamiento de segundo orden que coloca al nombrado en el mismo en la posición del que fué llamado en virtud de la vocación anterior (cf. artículo 780). Por ello el fideicomisario sucede al testador con el mismo título y en igual situación que el fiduciario. Prueba de lo afirmado es que nuestro Código civil, que regula como modelo las sustituciones en la herencia, determina que todo lo dispuesto para los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios (artículo 789), lo que supone que se puede sustituir en el legado de la misma manera que se sustituye en la herencia, es decir, haciendo un llamamiento posterior de legatario en los supuestos en que el Código civil admite las sustituciones (132).

(130) Cf. *supra* II, 1, A, a).

(131) Cf. *supra* n. 28 y además, del mismo autor y obra, págs. 208, 262 y 276, y tomo XIII (Paris, 1823), págs. 83 y ss.

Es un sucesor a título universal, pero no un heredero, porque en el Derecho francés no se admitía, como se sabe, la institución del mismo en el testamento.

(132) Lo mismo ocurre en la donación. La sustitución fideicomisaria de donación tiene sus antecedentes en el Derecho romano; en el mismo, la aplicación del fideicomiso a las donaciones comenzó por las donaciones *mortis causa* cuando éstas se fueron separando cada vez más de las donaciones *inter vivos* y adquirieron un carácter propio que las acercaba a los actos de última voluntad. El fideicomiso se extendió posteriormente a las donaciones *inter vivos*, a través de la donación modal a favor de tercero (MANNA, *Delle sostituzioni fideicommissarie considerate principalmente nelle donazioni*, Lancia-no, 1887, págs. 27-64). Antes de la época codificadora se consideraba que la carga impuesta al donatario de restituir a un tercero el objeto donado constituía una sustitución fideicomisaria, si bien con una serie de peculiaridades (capacidad, forma, requisitos de la aceptación, etc.), como señala POTAUER, *op. cit.*, t. XII, págs. 210 y ss. El artículo 959 del Proyecto de 1851 preceptuaba que la reversión de las donaciones a favor de tercero estaba sujeta a los mismos límites impuestos para las sustituciones testamentarias, pues, como dice GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., pág. 303, «la reversión es una verdadera sustitución», y por este motivo el artículo 639 del Proyecto determinaba que lo dispuesto para la sustitución fideicomisaria de herencia se aplicase también en los supuestos de legado y de donación. Nuestro C. c. señala

Esta regulación se produce como consecuencia, por una parte, de haberse superado en el Derecho moderno la distinción entre herencia, legado y fideicomiso propia del Derecho romano, lo que produce una división fundamental en herencia y legado, y una forma especial (133) de sucesión sucesiva aplicable a ambos casos: la sustitución fideicomisaria; por otra, por haber evolucionado profundamente el concepto de sustitución. El proceder del legislador del Código civil español constituye la regla general de los Códigos civiles modernos, y en la doctrina se acepta, casi sin excepción (134), que ambos llamados tienen que suceder en virtud de idéntico título (135).

Resulta, por lo expuesto, inadecuado, referirse a la sustitución fideicomisaria de residuo como disposición, cláusula, legado o fideicomiso de residuo (136), pues unas veces no se aclara nada con tal nomenclatura (disposición, cláusula); en otras ocasiones se omite la naturaleza de sustitución que posee (fideicomiso), o, por último, se mezclan instituciones diversas, como ocurre en el supuesto de denominarla legado de residuo, pues éste es diferente no sólo de la sustitución fideicomisaria de residuo, sino también de la sustitución fideicomisaria de legado «de residuo».

#### V. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO (137)

1. *Las opiniones de la doctrina.*—La cuestión acerca de si el llamado fideicomiso de residuo está sometido a límites temporales

solamente el supuesto de legado (art. 789), porque en la formación del mismo se decidió en un primer momento que no se admitía la sustitución fideicomisaria en la donación, sino sólo la reversión *strictu sensu*, es decir, a favor del donante. Posteriormente se acogió la propuesta de la admisión de reversión en sentido amplio, esto es, de la sustitución fideicomisaria de donación (FRANCO Y LÓPEZ, *Adición*, cit., págs. 41-42), pero entonces se modifica solamente el artículo 641, añadiendo el supuesto de reversión a favor de tercero.

La doctrina moderna señala que la reversión a favor de tercero constituye una forma de sustitución fideicomisaria. Así, VALLET DE GOYTISOLO, *La donación amoris causa en el Código civil español*, Madrid, 1950 (ed. sep. de AAMN), págs. 157-159, y *Donación, condición y conversión jurídica material*, ADC, t. V, fasc. IV, págs. 1271-1272; Díez PASTOR, *La donación al no concebido*, Madrid, 1952, (ed. sep. de AAMN), pág. 50, al que sigue NART, *Donación y reversión a personas futuras*, ADC, t. V, fasc. II, págs. 599-600.

(133) Especial, porque no es el único supuesto de sucesión sucesiva.

(134) COSATTI, *Sostituzione*, cit., pág. 641, opina que el heredero fiduciario puede ser sustituido un legatario fideicomisario; BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Turin, 1940, pág. 403, cree posible que después de un fiduciario llamado como legatario suceda un heredero fideicomisario.

(135) FADDA, *Pareri giuridici*, 3.<sup>a</sup> ed., Turin, 1928, pág. 23. En general se expresa esta opinión mediante una fórmula no muy adecuada, diciendo que: el fiduciario y fideicomisario deben suceder en los mismos bienes.

(136) Como hace, por ejemplo la STS 13 noviembre 1948.

(137) Por no ser necesario para la finalidad que este estudio persigue no se tratará aquí de la solución que deba recibir el problema del significado de: «termina»

ha recibido en la doctrina jurídica española solución afirmativa; se estima aplicable al mismo el artículo 781 del Código civil, que señala los límites de las sustituciones fideicomisarias y figuras afines (138). Las razones de esta afirmación son muy diversas, y pa-

«grado» que el art. 781 del C. c. utiliza para limitar las sustituciones fideicomisarias a favor de no concebidos. Como se sabe, se ha sostenido que quiere decir: 1.º Llamamiento, lo que supone que se puede nombrar sólo un fideicomisario (pues el llamamiento a favor del fiduciario es ya el primero). 2.º Llamamiento de sustitución, es decir, que solamente se computan los nombramientos de fideicomisarios. Constituye la opinión común y es la mantenida por el Tribunal Supremo a partir de la S. 23 junio 1940. 3.º Llamamiento de sustitución a favor de no concebidos; se tienen en cuenta para el cómputo sólo estos llamamientos, que no pueden pasar de dos, aunque puede contener al mismo tiempo la sustitución un número indefinido de llamamientos a favor de personas vivas. 4.º Generación; se puede hacer un número indeterminado de llamamientos, siempre que sean a favor de personas que no excedan de la segunda generación de parentesco, computado en relación al testador. 5.º Opiniones eclécticas, que adoptan una de las teorías de que «grado» significa llamamiento, cuando se refiere a personas que no están unidas por lazos de parentesco al testador y el significado de generación en el caso contrario (con diversas formulaciones).

La doctrina cree que en la actualidad se ha resuelto definitivamente el problema a favor de la teoría señalada, supra 2.º (Así, DE LA CÁMARA, *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, RDP, 1958, pág. 637; LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 114), pero esta opinión no puede ser aceptada. Todavía no se ha indicado ningún argumento que tenga valor definitivo, y muchas argumentaciones posibles no se han esgrimido aún. Por otra parte, quizá se trate de una solución diferente de las expuestas, como por ejemplo, que «grado» signifique grado de parentesco, pero no computado con relación al testador, sino respecto al primer llamado o fiduciario. Sobre el tema preparo un estudio en el que se abordarán también otros problemas, como es el de los límites de las sustituciones fideicomisarias a favor de personas jurídicas.

(138) Límites impuestos de una manera indirecta, a través de la duración de la vida de las concretas personas llamadas (lo que tiene su importancia, pues la duración de la vida humana está actualmente en aumento), y que se refieren a las sustituciones fideicomisarias de herencia (art. 781), de legado (art. 789) y de donación (art. 641), y también a una serie de instituciones que presentan parecido con aquéllas (y sobre todo con ciertos tipos históricos hoy superados de sustitución fideicomisaria y de fideicomiso, de los que en ocasiones se derivan), o bien que producen análogos resultados prácticos. Así, el usufructo sucesivo (arts. 640 y 787)—figura que se tratará detenidamente en la segunda parte de este estudio con objeto de determinar si existe posibilidad de sustitución fideicomisaria en el usufructo—; prohibición de disponer (art. 785, 2.º); obligación impuesta al heredero de pagar cierta renta o pensión (art. 785, 3.º). Este proceder de nuestro Código civil no debiera suscitar dudas como las que ha producido, pues incluso se ha llegado a afirmar que el Código civil considera como sustituciones fideicomisarias a todas aquellas figuras jurídicas a las que impone la limitación del art. 781. (GALINDO PARDO, *Explicación doctrinal y práctica del libro III del Código civil*, Salamanca, 1896, pág. 441.)

El motivo expuesto de tratarse de instituciones que presentan analogía o producen parecidos efectos prácticos ha llevado también al legislador a tratarlas conjuntamente con las sustituciones fideicomisarias, como es regla general hicierlo en los Códigos civiles (cf. C. c. it. de 1865, arts. 895-902; C. c. it. vigente, arts. 692, 698 y 699). Por no tener en cuenta estas razones, se ha podido decir (LEZÓN, *Institución conjunta de herederos en usufructo y en nuda propiedad según el artículo 787 del Código civil. Su naturaleza y problemas de hermenéutica jurídica que plantea*, RCDI, 1928, págs. 334-335) que el art. 787 está «coo-



rece que pueden ser sintetizadas de la siguiente forma: A) La limitación es aplicable porque si queda un sobrante de la herencia se produce en cuanto al mismo la sustitución fideicomisaria (139). Se atiende, según esta opinión, a que los efectos son los mismos, tanto si el fiduciario cumple la obligación de conservar (propia de la sustitución fideicomisaria), como si conserva de hecho en el supuesto de fideicomiso de residuo; B) El fideicomiso de residuo en traña obligación de conservar, por lo cual el artículo 781 del Código civil es directamente aplicable (140); C) Se ha dicho también que «en el fideicomiso de residuo falta la *ratio legis* de la limitación al segundo grado del artículo 781 y concordantes, mas no tan absolutamente que no siga habiendo razones para mantenerla en pie» (141), es decir, no existe en el fideicomiso de residuo obligación de conservar, pero como de todas formas supone el establecimiento de un orden sucesivo de herederos, debe estar sometido a límite, y éste es el señalado en el artículo 781 del Código civil (142).

2. *Consideraciones críticas.* — Respecto a las opiniones expuestas cabe señalar lo siguiente: A) Por lo que se refiere a la indicada en primer término, es de observar que la norma del artículo 781 tiene por objeto limitar las sustituciones fideicomisarias «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia». La finalidad de la norma no es prohibir el resultado (conservación), sino que dicho resulta-

---

cado incongruentemente en la sección de las sustituciones, lo que parece suponer que el Código civil le otorga carácter de sustitución. No se trata de tal cosa; el proceder del legislador en este punto no tiene significado normativo, pues es solamente un criterio sistemático, que, además, es acertado.

(139) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 606; CASTÁN, *Derecho civil*, cit., página 464; BONET, op. cit., pág. 506. En la doctrina extranjera, VENZI, *Manuale di Diritto civile*, Turín, 1937, pág. 708, sostiene igual opinión, diciendo que en el fideicomiso de residuo hay un verdadero supuesto de sustitución fideicomisaria, que se realiza conservando y restituyendo el fiduciario aquello que dejó de enajenar. DE DIEGO, *Naturaleza*, cit., págs. 86-92, se expresa con cierta vaguedad sobre el problema; parece que puede concluirse que su opinión es que se aplicará el artículo 781 porque en el supuesto de fideicomiso de residuo existe—como en la sustitución fideicomisaria—establecimiento de un *ordo successivus*, y aunque no hay en el mismo obligación de conservar pudieran sentirse los fiduciarios sucesivos obligados en conciencia a hacerlo, o lo hicieran por delicadeza, produciéndose un resultado análogo al que se deriva del establecimiento de una sustitución fideicomisaria.

(140) Cf. supra I, I, B, b. ROCA SASTRE, *Estudios*, cit., págs. 77 y 49, no afirma directamente esta consecuencia, pero parece que no cabe duda de que éste es su pensamiento.

(141) LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 241.

(142) VILLAR Y ROMERO, *Derecho civil*, Madrid, 1943, pág. 338, dice que el Tribunal Supremo ha declarado la validez del fideicomiso de residuo siempre que no vaya más allá del segundo grado y deje al primer llamado el poder de disponer por lo menos *inter vivos*, tanto a título oneroso como gratuito. Como el autor no cita la sentencia o sentencias donde tal opinión se mantiene y su definición del fideicomiso de residuo es además muy original, no ha parecido prudente recoger sus afirmaciones en el texto, que queda de esta manera circunscrito al estudio de la doctrina.

do se consiga a través de la imposición de la obligación de conservar; es el medio y no el fin lo contrario a la norma (143). Por tanto, parece que no puede seguirse la opinión citada, pues en el supuesto del llamado fideicomiso de residuo, tal medio (la obligación de conservar) no se emplea y no puede tenerse en cuenta que el resultado sea el mismo; B) Tampoco puede aceptarse la tesis de que el artículo citado se aplica directamente al fideicomiso de residuo, pues está fundada en la afirmación de que éste contiene obligación de conservar, y ya se ha dicho (*supra* I, 2, B, b) que este punto de partida no es correcto; C) Queda así planteado el problema en torno a la última de las opiniones expuestas, porque los presupuestos de la misma son exactos; la solución, sin embargo, suscita dudas. ¿Es suficiente la existencia del orden de sucesión sucesiva para determinar la limitación de las sustituciones fideicomisarias? Y en el supuesto de que así sea, ¿puede aplicarse el artículo 781 del Código civil a las sustituciones fideicomisarias de residuo?

3. *El límite de la sustitución fideicomisaria de residuo. Interpretación del artículo 781 del Código civil.*—A) En la época de la Codificación se adujeron, por regla general, dos tipos de razones que aconsejaban prohibir o limitar las sustituciones fideicomisarias. Por una parte, que producían la inmovilización de los bienes que el fiduciario tenía que conservar para restituir, con efectos perniciosos para la vida económica de los pueblos; por otra, que suponían un orden de sucesión sucesiva en los mismos bienes determinado por la voluntad privada.

De las dos razones fué sin duda la primera la más importante, debido al caldeado clima de liberalismo económico dentro del que nacen los Códigos civiles de la pasada centuria, pero influyó asimismo de modo decisivo la consideración de que el legislador no podía conceder un margen ilimitado a la autonomía de la voluntad para crear un orden de sucesión sucesiva que, en ocasiones, se intentaba hacer para que tuviera valor perpetuo. Con razón se dice que si se admitiera esta posibilidad se podría originar en el futuro un estado de cosas repudiable, ya que el disponente no puede prever los resultados que pueden producir en siglos sucesivos las sustituciones fideicomisarias que establece (144), y se señala además que si éstas se admiten ilimitadamente el testador legisla para toda la eternidad (145). Frente a las consecuencias que pueden crear

(143) Así lo señala claramente la letra del precepto, que es de interpretación estricta, en cuanto limitativo de la autonomía de la voluntad.

(144) Refiriéndose a las sustituciones fideicomisarias, decía F. SILVELA, en la discusión parlamentaria del Proyecto de la Ley de Bases de nuestro Código civil, que se reconoce a la persona privada el poder de realizar y disponer la organización de la propiedad en el futuro, pero que es necesario limitar esta facultad, porque la previsión del hombre y su juicio y apreciación de las necesidades de los suyos y de su país es limitada en el tiempo. («Diario de Sesiones de las Cortes», Senado, legisl. 1884-1885, t. V, págs. 2224-2225 y 2232).

(145) COSTA, *De los fideicomisos de confianza y sus relaciones con el Código civil español*, Madrid, 1884. Introducción, pag. 16

las sustituciones fideicomisarias si se admiten con excesiva amplitud, destaca la moderación que representa la sucesión testamentaria normal, que al determinarse de persona en persona permite adecuar el destino de los bienes conforme a las circunstancias, y la sucesión legal, con su carácter general y abstracto basado en consideraciones de Derecho de familia y con posibilidad de ser moderada, en su caso, a través de la sucesión testamentaria.

Determinar si el legislador considera como motivo suficiente de prohibición o limitación la existencia del *ordo successivus*, o si estima necesario además que se haya impuesto la obligación de conservar para restituir plantea un difícil problema de interpretación. En la doctrina y jurisprudencia francesas e italianas (146) se consideró por regla general que la existencia del *ordo successivus* no era razón suficiente, pero no deja de haber opiniones discrepantes (147). Afortunadamente, la cuestión ha sido resuelta de manera directa por el legislador de nuestro Código civil.

B) La solución del problema nos la ofrece el artículo 781. Como se ha dicho (*supra*, I, 1, A), la doctrina y la jurisprudencia creen que este precepto define la sustitución fideicomisaria, suponiendo que en la misma existe obligación de conservar y de restituir los bienes heredados. Si así fuera sería contradictorio con el artículo 783, párrafo segundo, que admite que el llamado fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria de residuo, porque ésta no contiene dicha obligación.

En realidad no existe contradicción alguna. Lo que ocurre es que la finalidad del artículo 781 del Código civil no es definir las sustituciones fideicomisarias, lo que no ofrece duda porque literalmente dice: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...», y añade los límites a que se encuentran sometidas. Si el intento del legislador hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias, se habría expresado de otra forma diciendo: «las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia», etc. Como se observará, ambas versiones difieren solamente en que en la segunda se encuentra una coma a continuación de la frase «las sustituciones fideicomisarias», hecho que

(146) Cf. *supra*, II, 1, B y C.

(147) En la doctrina francesa, DEMANTE opina que el fideicomiso de residuo debe considerarse prohibido por el primer párrafo del art. 896 C. c. francés, que prohíbe en general las sustituciones de cualquier clase que sean. BERTAULD cree que el motivo esencial y suficiente de la prohibición de las sustituciones fideicomisarias es la derogación del orden sucesorio que las mismas entrañan. (MÉNIN, op. cit., págs. 88-89 y 92-93). En la doctrina italiana se ha dicho que lo que la Ley ha querido impedir es que el testador disponga dos veces de sus bienes, por lo que basta que exista *ordo successivus* para que se trate de una sustitución prohibida. (LOSANA, *Successioni. (Diritto civile italiano). Delle successioni testamentarie*, en Digesto italiano, vol. XXII, pte. IV, pág. 388). Prevalece sin embargo, la opinión contraria, favorable a la validez del fideicomiso de residuo, como se ha señalado ya.

tiene la mayor importancia. La frase «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia» constituye una oración de relativo, y éstas, como se sabe, pueden ser de dos tipos: explicativas y especificativas. De acuerdo con las reglas de la Gramática (148), la oración de relativo explicativa va separada del antecedente por una pausa, representada por coma; la especificativa, no. Si el propósito del artículo 781 del Código civil hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias, tendría que hacerlo—dada su redacción—mediante una oración de relativo explicativa, y por ello separada por una coma de su antecedente; por el contrario, emplea una oración de relativo especificativa, porque su finalidad es otra: distinguir entre las sustituciones fideicomisarias, las que contienen obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia de aquéllas (las de residuo) que no presentan esta característica.

Ha sido el prejuicio (nacido por influencia extranjera) de que las sustituciones fideicomisarias tienen como una de sus notas esenciales la existencia de la obligación de conservar, lo que ha conducido a la doctrina a creer que el artículo 781 las define, prejuicio que ha prevalecido sobre la dicción literal del precepto, quizá por que se ha pensado que si no se procedía así era imposible otra interpretación del mismo. La última consecuencia de este proceder consiste en modificar al citarlo el texto del artículo 781, añadiéndole indebidamente la coma que se supone que le falta, para lograr de esta manera una expresión correcta de la definición de las sustituciones fideicomisarias (149).

C) El origen del artículo 781 es la Base A de los acuerdos de 1882. En ella se establecían idénticas limitaciones temporales para todas las formas de sustitución fideicomisaria, y lo mismo se preceptúa en la Base 16 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (150). Surgen por ello las preguntas acerca de las razones y los motivos

(148) Cf. *Gramática de la Academia Española de la Lengua*, Madrid, 1931, págs. 212-213; GILI GAYA, *Curso superior de sintaxis española*, Barcelona, 1948, págs. 274-275.

(149) Así, por ejemplo, lo hacen: MORELL Y TERRY, op. cit., pág. 668, MAURA, *Dictámenes*, t. III, Madrid, 1930, págs. 388 y 444; DE BUEN, op. cit., página 315; MARÍN MONROY, *Fideicomisos*, RCDI, 1927, pág. 740; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 693; TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, RDP, XIV, 1927, pág. 414; RAMOS, op. cit., pág. 302; M. SAEVOLA (ORTEGA LORCA), *Comentarios al Código civil*, t. XI, v. II, 5.ª ed., Madrid, 1943, pág. 845; PASO Y DELGADO, *Derecho civil español*, Madrid, 1890, pág. 335. El antiguo Código civil filipino, que es el nuestro, conservaba idéntica redacción; el nuevo la ha cambiado en el sentido de hacer que el precepto defina la sustitución fideicomisaria. En la actualidad, el art. 863 de este Código dice: «A fideicommissary substitution by virtue of which the fiduciary of first heir instituted is entrusted with the obligation to preserve and to transmit to a second heir the whole or part of the inheritance»... etc. La doctrina filipina señala, ahora con razón, que el artículo antedicho define la sustitución fideicomisaria; cf. PADILLA, *Civil Code annotated*, Manila, 1951, vol. I, pág. 965.

(150) La Base A, decía: «Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado y siempre»... etc. La Base 16 de la Ley de Bases dice:

que pudo tener el legislador del Código civil para alterar este criterio y no seguir las indicaciones de la Ley de Bases.

a) Las razones.—El Código civil español distingue dos formas básicas de sustituciones fideicomisarias: una, la típica que supone obligación de restituir el todo o parte de la herencia; otra, que obliga solamente a restituir el residuo del todo o parte fideicomitida de la misma. Este residuo es eventual; puede llegar a no existir sobrante alguno; puede, asimismo, ocurrir que el fiduciario no haya dispuesto o consumido nada y que la herencia se transmita íntegra al fideicomisario, y, naturalmente, existen supuestos intermedios. La característica de este tipo de sustitución es que el fiduciario no tiene en principio derecho a suceder en el todo o en parte alicuota determinada de la herencia, pues solamente está llamado a suceder en el residuo. La sustitución fideicomisaria del primer tipo asegura la sucesión del fideicomisario en todo o en parte de la herencia; la de residuo tiene como presupuesto la indeterminación en la cuantía, y aun en la misma existencia, del sobrante de los bienes hereditarios.

El precepto básico en este aspecto es el artículo 783, párrafo segundo del Código civil, que determina que el fiduciario estará obligado a entregar la herencia (toda la herencia o parte alicuota y determinada de la misma) al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras. El Código civil establece de esta manera como efecto natural del negocio jurídico en el que la sustitución fideicomisaria se dispone que (salvo las detracciones autorizadas) el fiduciario está obligado a entregar la totalidad de los bienes fideicomitados.

Como es lógico, el citado precepto determina que el testador puede disponer otra cosa. La voluntad del testador puede originar multitud de variantes que se engloban en dos supuestos básicos: 1.º Autorizar al fiduciario para detraer una parte de los bienes que debe restituir (recuerdo de la cuarta trebeliánica del Derecho romano); y 2.º Permitirle disponer o consumir, llamando al fideicomisario al sobrante de la herencia. En el primer caso se trata de sustituciones fideicomisarias en las que el fiduciario está obligado a restituir toda la herencia, salvo la cantidad que se le permite detraer, o parte de la misma (la porción fideicomitida), de la que se deducirá la cantidad autorizada. Por el contrario, en el segundo supuesto examinado no existe sino obligación de restituir el eventual residuo; hay obligación de restituir los bienes (cf. artículo 785, número 1), pero sólo aquellos que el fiduciario no hubiese consumido o de los que no hubiera dispuesto.

La diferencia fundamental entre ambos casos, en el aspecto que aquí interesa, es que para cumplir la obligación de restituir en el primero de los indicados supuestos es necesario no haber dispuesto de los bienes, mientras que en el supuesto analizado en segundo

«Materia de las reformas indicadas [en la Base 15] serán las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán...», etc.

lugar se parte precisamente de que no se restituye sino el eventual sobrante.

En el artículo 781 de nuestro Código civil se contemplan las sustituciones fideicomisarias correspondientes al primer tipo de los indicados. Las que limita el legislador son aquellas «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve (151) y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia».

Parece que viene así nuestro Código civil a acoger el criterio, absolutamente dominante en su época, de que solamente deben ser prohibidas o limitadas las sustituciones fideicomisarias que obligan a restituir necesariamente el todo o parte de la herencia.

Son, en efecto, las que ofrecen más inconvenientes, pues contienen mayores limitaciones para el fiduciario (152), encierran una vinculación ineludible y producen los más graves y perniciosos efectos económicos. Todas estas razones faltan, en cambio, o aparecen debilitadas en el supuesto del llamado fideicomiso de residuo. Sería lógica, por tanto, la solución del legislador que somete a limitaciones temporales las disposiciones que producen mayores restricciones a la figura normal de su propiedad (artículos 781, 640, 787, 785, números 2 y 3, C. c.) (153).

(151) Pueden surgir dudas acerca del sentido en que el legislador emplea la expresión encargo de conservar en el artículo 781 C. c. (con fórmula poco afortunada, pues se trata de una obligación; lo que ocurre es que este precepto sigue demasiado de cerca el fideicomiso romano, y por ello dice también encargo de transmitir, siendo así que el segundo llamado adquiere directamente del testador. Cf. ROCA SASTRE, *Estudios*, cit., pág. 30 y *Notas*, cit., pág. 77; GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación*, cit., 900). Se ha evitado en el texto, al tratar de la interpretación del artículo, la referencia a la obligación de conservar, porque cualquiera que sea el significado con que el legislador la emplea, no se alteran las conclusiones que en este estudio se mantienen.

De todas formas, parece conveniente señalar que no parece que pueda sostenerse que el legislador quiere decir prohibición de disponer. Debe suscribirse plenamente la tesis defendida por GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación*, cit., de que la obligación de conservar no es otra que la obligación aneja a la de restituir, y que el fiduciario está legitimado para disponer con fines conservativos.

La equiparación entre obligación de conservar y prohibición de disponer nació—quizá debido al ejemplo de múltiples sustituciones fideicomisarias dispuestas a través de la imposición de la misma—con finalidad dialéctica, para exagerar los inconvenientes de las sustituciones fideicomisarias. El significado tradicional no es ese, sino el que defiende GONZÁLEZ PALOMINO, con referencia al mayorazgo, y es el mismo que se aplica en el supuesto de sustitución fideicomisaria derivada del fideicomiso romano, como ha señalado BALBI, *La posizione del chiamato a succedere con vincolo di sostituzione nella riforma del Codice civile*, «Anuario di Diritto Comparato», 1940, pág. 325.

(152) Cf. PAFICCI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., pág. 244. BALLESTER, *La Costituzione y las sustituciones testamentarias*, RGLJ, 164, 1934, pág. 39.

(153) Se ha indicado que el usufructo sucesivo produce para el nudo propietario los efectos de inmovilización que acompañan a la sustitución fideicomisaria, y por ello debe recibir análogo trato en cuanto a limitaciones temporales (COSATTINI, *Disposizioni*, cit., pág. 326). Las prohibiciones de disponer deforman la institución de la propiedad (CICU, *Osservazioni*, cit., pág. 30) y mediante ellas se logran indirectamente parecidos fines que los que a través de la sustitución fideicomisaria se consiguen. (DE LA CÁMARA, op. cit., pág. 648). Finalmente, las obligaciones impuestas al heredero de pagar cierta renta o pensión significan una carga para la propiedad que no puede ser ilimitada en el tiempo.

b) Los motivos.—Más difíciles de determinar y de escasa importancia el hacerlo, son los motivos que pudieron llevar al legislador a acoger la tendencia indicada. Parece que en el supuesto del Código civil español se pueden cifrar en torno a la lucha que surgió contra los límites que a todas las sustituciones fideicomisarias imponía la Base 16 de la Ley de Bases para la formación del Código civil. La nobleza española veía en la limitación de las mismas el ocaso de su ya justamente mermada posición de privilegio y contra ella se desencadenaron todas las críticas (154). Quizá como criterio de transacción (uno de los muchos que entre reducidos grupos se produjeron durante la formación del Código civil, y que raras veces afloraron a la discusión general) se acogió la fórmula del artículo 781. De todas maneras, la redacción de este precepto es clara, y la *ratio* que lo informa conocida; por ello no merece la pena profundizar más en el posible motivo que contribuyó a la formación del mismo.

D) Parece, por lo expuesto, que solamente se hallan sujetas a limitaciones temporales las sustituciones fideicomisarias que imponen al llamado en las mismas como fiduciario la obligación de entregar todo o parte de la herencia o bienes fideicomitados. Sin embargo, no es así; hubiera sido extraño que se admitiese en el sistema de nuestro Código civil establecer un orden ilimitado de sucesión sucesiva, aunque tuviera como característica depender en último término de que los fiduciarios sucesivos no hubieran dispuesto de los bienes o no los hubiesen consumido (155).

Es cierto que el Código civil no somete a límite temporal la sustitución fideicomisaria de residuo, pero la misma se encuentra limitada por la legislación desvinculadora (arts. 1 y 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820), que está vigente, porque, en lo relativo a la sustitución fideicomisaria de residuo, el Código civil como *lex posterior* no la modifica (al contrario de lo que ocurre respecto a la sustitución fideicomisaria típica, para la que se establece un criterio de mayor severidad, artículo 781), ni le afecta tampoco la disposición derogatoria del artículo 1.976, por tratarse de materia política y no

(154) Sobre la posición de la nobleza española ante la limitación de las sustituciones fideicomisarias, cf. J. López, *Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal*, ADC, t. III, fasc. II, pág. 510, n. 27.

(155) Es de hacer notar que siempre tiene que quedar al arbitrio de la voluntad del fiduciario (no a su arbitrariedad, naturalmente), la posible disposición de los bienes que constituyen el objeto de la sustitución fideicomisaria de residuo, pues si ocurre de otro modo (por ejemplo, autorización para disponer en caso de necesidad apreciada objetivamente) se tratará de una sustitución fideicomisaria con obligación de conservar, que deja paso a una de residuo si se cumple la condición bajo la que ésta fue establecida (en el supuesto, que se produzca caso de necesidad objetivamente considerado). Caben muchas limitaciones al poder dispositivo del fiduciario, que acercan en la práctica ambos supuestos.

Indica MÉNIN, op. cit., págs. 90-91, que la jurisprudencia francesa admitía por regla general las trabas impuestas al fiduciario siempre que no se coartase de modo excesivo su facultad dispositiva y no se situasen los bienes enteramente fuera del comercio.

civil (156). La ley de 11 de octubre de 1820 determinaba: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones...» (art. 1), y que «nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna...» (art. 14). Según quedó de manifiesto durante los trabajos preparatorios de esta ley (157), y opinaron después unánimemente doctrina y jurisprudencia (158), los citados preceptos no se refieren a toda clase de fideicomisos, sino solamente a los perpetuos y fideicomisos perpetuos se entendía que eran no sólo los destinados en principio a durar hasta el fin de los siglos, sino también aquellos que se pretendía durasen un largo lapso de tiempo. Antes del Código civil (159) se estimaba que por lo menos debían de considerarse como permitidos los fideicomisos hasta la cuarta generación, por influencia del Derecho romano (Novela 159). En la actualidad, parece que este flexible criterio, que permite la perfecta acomodación a las circunstancias para mejor cumplimiento de los fines de la ley, debe entenderse en el sentido de que la sustitución fideicomisaria de residuo será nula cuando haya sido establecida para durar un tiempo superior al señalado en el artículo 781 para la sustitución fideicomisaria típica, una vez que haya superado este límite y su mantenimiento se revele pernicioso (160).

---

(156) Sobre la vigencia de la legislación desvinculadora: CASTÁN, *Derecho civil*, t. I, vol. I, 8.ª ed., Madrid, 1951, pág. 189; F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida validez*, cit., pág. 544.

(157) GUTIÉRREZ, op. cit., 5.ª ed., Madrid, 1881, t. II, págs. 350-351.

(158) Cf. MAURA, op. cit., págs. 441 y 433; cita muy completa de jurisprudencia en págs. 383 y 441. V. supra, n. 73.

(159) F. DE CASTRO, *Sobre la pretendida validez*, cit., loc. cit.

(160) La amplitud de los límites que dispone el Ordenamiento jurídico español para las sustituciones fideicomisarias es sumamente elogiabile frente a los criterios restrictivos de otras legislaciones, porque «actualmente se trata de desplazar la preponderancia casi absoluta de las relaciones del tráfico, impuestas por el capitalismo mercantilista...», «incluso volviendo a la vinculación de la tierra en las familias, con función parecida a la originaria de los mayorazgos.» F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., pág. 626 y allí n. 5. Sobre la vinculación de la tierra. FUENMAYOR CHAMPIN, *La mejora de labrar y poseer* ADC, t. I, fasc. 3, págs. 890-897; SAPENA, *En torno a la Ley del Patrimonio familiar*, RDP, 1953, pág. 705 y ss.