



### III. NOTAS CRITICAS

#### La sustitución fideicomisaria de cuantía mínima incierta

I. Se observa en la doctrina y jurisprudencia relativas al Derecho civil común patrio un cierto interés por delimitar el concepto del llamado "fideicomiso de residuo". A) La opinión predominante entendía que no estaba regulado en el Código civil, y estimaba como tal todo supuesto en el que el fiduciario no estuviera obligado a conservar (obligación que la opinión citada equiparaba a la prohibición de disponer), nota que constituía la última diferencia respecto a la sustitución fideicomisaria. Dentro del concepto se integraban, por tanto, casos muy diversos, así si el fiduciario estaba obligado a restituir el residuo de la herencia o bienes fideicomitados, o aquello de lo cual no hubiera dispuesto *inter vivos* o *mortis causa*, etc.

B) Posteriormente se ha dicho que el "fideicomiso de residuo" está regulado en el Código civil español como un tipo de sustitución fideicomisaria. En la actualidad parece aceptada la idea de que el Código civil establece diferencia entre dos formas de sustitución fideicomisaria: una, aquélla en la que el fiduciario está obligado a restituir todo lo fideicomitado o por lo menos una parte cierta; otra, cuando solamente debe restituir el posible residuo. Dentro de esta última forma, es decir, dentro del concepto de sustitución fideicomisaria de residuo, caben todos los supuestos que la opinión común reunía bajo la calificación de "fideicomiso de residuo".

C) Otras opiniones propugnan conceptos más restringidos. a) Se ha indicado que no constituye "fideicomiso de residuo" el supuesto en el que se llama al fideicomisario a suceder en aquello de lo cual el fiduciario no hubiera dispuesto *inter vivos* (1); y también, b) que si se autoriza a éste para disponer *mortis causa* ya no se trata de un caso de "fideicomiso de residuo", sino de "sucesión testamentaria subsidiaria por silencio dispositivo del heredero" (2).

De estas dos opiniones restrictivas del concepto de "fideicomiso de residuo" o, para hablar con propiedad, de sustitución fideicomisaria de residuo, una, la expuesta en último lugar, no va a ser examinada aquí, porque en el sistema del

---

(1) STS 10 julio 1954. La de 21 noviembre 1956 sostiene la opinión contraria, pero con una finalidad diferente: como se sabe, doctrina y jurisprudencia afirman que el fiduciario de residuo no puede disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitados si no ha sido autorizado para ello expresa y especialmente; esta S. combate la opinión del recurrente, el cual afirmaba que si se autorizó al fiduciario para disponer puede hacerlo incluso *mortis causa*, y que en el supuesto no se trata de "fideicomiso de residuo", por lo que no tiene aplicación la doctrina antes expuesta respecto al mismo. Este interesante problema no va a ser aquí tratado, dada la finalidad de estas notas; en otra ocasión nos ocupamos de él brevemente (cf. J. LÓPEZ, "Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español", en ADC, XI, 1, pág. 12, n. 17 i. f.).

(2) ROCA SASTRE, Notas a la trad. esp. del *Derecho de sucesiones* de Kipp, en el *Tra-tado de Derecho civil* de Enneccerus-Kipp-Wolff, t. V, v. 2.º, Barcelona 1951, págs. 119-20, y ya en *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid 1948, pág. 77.

Código civil español no parece aceptable (3); la otra parte del hecho cierto de que, en principio, no es lo mismo ordenar al fiduciario que restituya lo que quede, el residuo, que llamar al fideicomisario a suceder en aquello de lo cual el anterior llamado no hubiese dispuesto (4). Esta opinión suscita el problema objeto de las notas que siguen, a saber, determinar el concepto de sustitución fideicomisaria de residuo en el Derecho civil común español.

II. Se trata, pues, de configurar un concepto técnico jurídico dentro de la esfera de un Derecho positivo. Los conceptos de este tipo, naturalmente, han de poseer un significado jurídico y valor técnico; a continuación se examinan separadamente estos dos aspectos.

I. En cuanto son conceptos jurídicos tienen que estar fundados en el Ordenamiento al servicio del cual se crean. Cuando se intenta construirlos sobre otras bases los resultados no son satisfactorios; así ocurre cuando se repiten antiguos conceptos no obstante el cambio de las normas (5), o cuando se toman de prestado de la doctrina extranjera que los elaboró sobre supuestos jurídicos diferentes (6), y con mayor frecuencia, cuando se asientan en conside-

(3) Cr. J. LÓPEZ, op. cit., pág. 15, n. 22. En la línea de ROCA SASTRE (autor que estima que el "fideicomiso de residuo" constituye una sustitución fideicomisaria porque, como en ésta, existe obligación de conservar, obligación que falta en el supuesto de que se permita al fiduciario disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitados, lo que significa hacer tránsito a otra figura jurídica), es de citar el intento de P. CREHUEL de reconducir al campo de la sustitución fideicomisaria el supuesto en el que se llama a suceder al segundo heredero en los bienes de los que el primer llamado no hubiere dispuesto *mortis causa*, sosteniendo para ello que existe en tal caso obligación de conservar, nota que estima esencial de la misma. Dice este autor ("El fideicomiso en caso de abintestato", *La Notaria*, año 1948, primero y segundo trim., pág. 99, n. 1) que el fideicomiso en caso de abintestato consiste en permitir al primer llamado que disponga por testamento de los bienes fideicomitados, a la par que se le prohíbe hacerlo *inter vivos*, y lo define como una "modalidad específica de la sustitución fideicomisaria condicional, consistente en que la condición es potestativa y está en función del deber de restituir, quedando intocable el de conservar" (op. cit., pág. 107). Como se observará, en el supuesto no existe obligación de conservar, porque para que no haya la de restituir tiene que cumplirse el evento, que consiste precisamente en que el fiduciario disponga (*mortis causa*) de los bienes fideicomitados; no puede equipararse la obligación de conservar con la "prohibición de disponer *inter vivos*". Es de hacer notar que ROCA SASTRE ha abandonado su antigua opinión acerca de que la obligación de conservar es nota esencial de la sustitución fideicomisaria (cf. *El fideicomiso "si sine liberis decesserit"* y *el Código civil*, Madrid, 1956, pág. 75).

(4) Para una exposición detallada, v. J. LÓPEZ, op. cit., pág. 12, n. 17.

(5) El excesivo apego al pasado constituye un fenómeno frecuente en el campo de lo jurídico. Conviene destacar el valor subordinado que el conocimiento del mismo tiene para el jurista; de servicio al presente, cuando se lo pueda prestar.

(6) El peligro de la importación de conceptos técnicos fundados en normas ajenas al sistema español es evidente. A veces las técnicas importadas no se basan en Ordenamiento alguno, sino que son producto de la "princiología" o de la "teoría general del Derecho"; la inutilidad de tales conceptos es clara (cf. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, Parte General*, t. I, tercera edición, Madrid, 1955, pág. 71).

Muy diferente sería el aspecto y desarrollo del Derecho hipotecario español si no se le sometiera al molde importado de los llamados principios hipotecarios y se atendiera a la finalidad concreta de sus normas en los supuestos que regulan; principios que, además, no son homogéneos, a veces manifiestamente inadecuados al sistema español (consentimiento material) o tienen en la doctrina base ficticia (v. F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil. Apéndice*, Madrid, 1958, pág. 69, n. 1).

raciones didácticas, lógicas o pseudológicas, o bien se intenta "mejorar" con ellos el sistema legal (7) o los conceptos que la ley emplea (8). En todos estos casos el resultado de estos intentos carece de significado jurídico (9).

2. Es preciso, además, indagar en qué consiste su valor técnico. La técnica del Derecho, aunque importante en el momento actual de la cultura, tiene, por ser sólo una técnica, significado secundario, que se manifiesta ya en su

(7) Así cuando se sistematiza el artículo 1.483 C. c. como un caso de saneamiento por defectos ocultos, en vez de considerarlo como un supuesto de saneamiento por evicción como la ley hace.

(8) Cuando los conceptos legales son erróneos o simplemente están superados, la doctrina, como es natural, debe abandonarlos; pero es necesario, si fueron empleados con valor normativo, separar este aspecto del puramente técnico; en el caso de que los conceptos que vienen a reemplazarlos estén adecuadamente fundados en las normas no se suscita problema alguno.

Por citar un ejemplo de sustitución arbitraria de los conceptos legales, obsérvese la antinomia que a veces introduce la doctrina entre los artículos 538 y 539 C. c., al creer que las servidumbres negativas son no aparentes; antinomia que en realidad no existe (cf. art. 14, párr. tercero del Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón).

(9) Suponen todos ellos olvido del valor de la norma, doblemente injusto porque en ocasiones la regulación legal supera a la doctrina; recuérdese cómo ha tratado ésta la nitida regulación del C. c. acerca del deber de solicitar la incapacitación de los dementes y sordomudos. Tres tipos de intereses protege la ley eficazmente, que son: a) el del presunto incapaz; b) el público, y c) el del cónyuge y parientes con derecho a suceder abintestato. Examinemos estos tres casos: a) la protección del presunto incapaz se realiza, en primer lugar, por el Juez y el Ministerio público, que cuidan de la constitución inmediata del consejo de familia (art. 293, párrafo primero) y pueden tomar otras medidas (art. 203); para facilitar esta intervención de las autoridades se establece a cargo de ciertas personas el deber de informarles (art. cit., párrafo segundo), bajo ciertas sanciones (arts. 293, párrafo segundo, 237, número 11, y 298). Estas actuaciones son o pueden ser previas a la solicitud de incapacitación e independientes de que la misma llegue a producirse (arts. 293, 216, 217), pues en todo caso se constituirá el consejo de familia y con ello comienza a funcionar la tutela, si bien para el nombramiento de tutor se necesita que la incapacitación se haya producido ya (art. 213). El deber citado no es, por tanto, deber de solicitar la incapacitación, como resulta de comparar los artículos 214 y 293, párrafo segundo, y de considerar que es un deber que nace en ocasiones una vez que la incapacitación ha sido ya declarada (arts. 293, párrafo segundo, en relación con el 200, número tercero), sino sólo un deber de dar noticia. Una vez constituido el consejo de familia, a éste corresponde atender a la persona y bienes del presunto incapaz (art. 301). Además, la ley cuida de que la incapacitación sea solicitada siempre; el Ministerio público tiene el deber de pedirla, y sólo él tiene este deber (art. 215). De este modo el presunto incapaz queda mejor protegido que si se impusiera el deber a determinadas personas, pues podrían no cumplirlo por falta de interés, o interés contrario, o bien por otras causas (falso cariño filial, temor a represalias si el pretendido incapaz no es incapacitado, etc.). b) el interés público queda protegido a través de la actividad del Fiscal (art. 215). Finalmente, c) la ley protege el interés del cónyuge y los parientes que tengan derecho a la sucesión abintestato, a quienes se otorga, fundamentalmente en su propio beneficio, la facultad de solicitar la incapacitación, con precedencia sobre el deber del Fiscal (arts. 214 y 215, núm. 2.º *in fine*), y en su caso se les protege también a través de la actuación obligada de éste (art. 215, número tercero); que se les conceda esta facultad es justo, porque así pueden abstenerse de solicitar la incapacitación para poder formar parte del consejo de familia (art. 217), lo que tiene también una faceta de posible protección del presunto incapaz, o pueden pedirla, por ejemplo, para procurar que el sordomudo se le impidan o permitan ciertos actos en la sentencia de incapacitación (art. 218). La doctrina ha pensado que la incapacitación de los dementes y sordomudos era una cuestión familiar, salvo el caso del artículo 215, número 1.º (cf. la crítica de la misma y nueva solución en F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., v. II, 1, Madrid, 1952, pág. 299).

origen al estar predeterminada por un fin al cual sirve. El Derecho regula la vida social en su intento de adecuarla a la Justicia, y para ello la configura jurídicamente, atribuyéndole valor y efectos jurídicos. La labor de la técnica al servicio del Derecho es crear conceptos que proporcionen un saber acerca de qué consideración merecen del mismo los supuestos de hecho que en la vida social se originan; más aún, se trata con ellos de facilitar el conocimiento citado evitando que sea preciso investigar y explicar caso por caso cómo valora el Derecho una determinada realidad; en esto radica su importancia técnica, en ser instrumentos que permiten conocer de manera general y constante la significación jurídica que se atribuye a un supuesto de hecho (10). Consecuencia de lo dicho es la necesidad de que estén fundados en las normas jurídicas, en el conjunto de las normas que integran el Ordenamiento de que se trate, lo que origina una limitación acerca del fundamento jurídico que ya se ha indicado (*supra*, I) que deben tener. La razón de esta limitación, de este estar vinculados a la parte del Derecho constituida por las normas (11), es evidente: sólo ellas pueden atribuir a la realidad social relevancia jurídica caracterizada por las notas de generalidad y permanencia (12); por el contrario, cuando la regulación se establece en virtud de un negocio jurídico (dentro del ámbito en el cual éste tiene eficacia reguladora) la consideración jurídica que se otorga al supuesto de la realidad es concreta y transitoria, pues, cualquier supuesto real idéntico puede recibir en virtud de un nuevo negocio valoración jurídica diferente, lo que explica que no puedan construirse conceptos con valor técnico derivados de regulaciones dictadas como consecuencia del poder de autonomía de la persona.

III. Aplicando lo antedicho al tema objeto de estas notas, se observará que el concepto más amplio de sustitución fideicomisaria de residuo (*supra*, B) hincó sus raíces en la regulación legal. Abarca todos los supuestos en los cuales, en virtud del negocio jurídico que en cada caso concreto origina la sustitución, es incierta la cuantía mínima de lo que el fiduciario debe restituir, y los abarca porque les atribuye una peculiar consideración jurídica: todos los supuestos de sustitución fideicomisaria que posean tal característica están sometidos, en cuanto a la amplitud de los límites temporales en que pueden desenvolverse, a la legislación desvinculadora, en vez de quedar sujetos a la regulación más estricta establecida en el Código civil (art. 781). Este especial trato jurídico fundamenta el concepto y a la vez señala sus fronteras, pues, el valor técnico del mismo se agota en dar a conocer esta peculiaridad; los demás efectos jurídicos que se atribuyan a las sustituciones fideicomisarias que en el concepto se integran serán los generales de todas las sustituciones fideicomisarias o bien los específicos que en cada caso les otorguen los concretos negocios jurídicos que las hayan originado y las regulen, es decir, o se refieren al género sustitución

(10) Aunque no es probable que se interprete en tal sentido, parece conveniente advertir que lo que se afirma en el texto no tiene relación alguna con el conceptualismo jurídico.

(11) V. acerca del contenido formal del Derecho positivo, F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., págs. 32-3, y lo que allí se dice sobre la técnica jurídica.

(12) Conviene precisar el sentido en que se utilizan aquí estos términos: "generalidad" se emplea para indicar que la apreciación normativa se impone a todos; "permanencia" tiene un valor relativo (pues la apreciación normativa de la realidad es cambiante), pero no por ello menos destacable.

fideicomisaria o a cada supuesto individualizado de sustitución fideicomisaria de residuo. Puede observarse ya desde ahora que el concepto que se analiza está justificado incluso en el supuesto de que fuera posible y conveniente añadir otro más restringido, posibilidad que no existe, como a continuación se indica.

El concepto restringido (*supra* C, a) posee significación jurídica evidente, pero carece de valor técnico. Su significado jurídico se basa en la idea de que no es lo mismo establecer que el fiduciario esté obligado a restituir lo que quede, el residuo, que llamar al fideicomisario para que suceda en aquello de lo que el anterior llamado no hubiera dispuesto; en el primer caso el fiduciario, si dispuso de lo fideicomitado, está obligado a restituir lo que hubiera obtenido como contraprestación, pues se produce subrogación real, al contrario de lo que ocurre si sólo debe restituir aquello de lo que no hubiese dispuesto. Esta diferencia, tradicional en la doctrina jurídica, es acertada, pero no sirve para fundamentar un concepto técnico. La opinión que propugna el concepto restringido no ignora que en el supuesto de que se deje en la incertidumbre el contenido mínimo de la obligación de restituir, de tal manera que incluso pueda faltar, caben multitud de regulaciones cuya nota común última es la situación de incertidumbre citada y en lo demás son diferentes; no lo ignora porque precisamente trata de proporcionar un concepto que corresponde a una de esas regulaciones posibles. Pero aquí nos encontramos ya en el campo del negocio jurídico, dentro del cual no cabe la creación de conceptos técnicos. Lo contrario se cree, al parecer, en virtud de una o de las dos consideraciones siguientes: a) la coincidencia en la regulación de un supuesto en virtud de negocios jurídicos es suficiente para originar un concepto técnico, y b) el empleo de la cláusula de residuo posee significado general y constante. Examinemos estas ideas.

a) La ley permite que en gran medida se regulen los supuestos de sustitución fideicomisaria de residuo en virtud de los negocios jurídicos que los originan. Establece al efecto la posibilidad de inaplicación de lo que constituye la regulación legal normal de la sustitución fideicomisaria en orden a la amplitud de la obligación de restituir (art. 783 *in fine*), y para los casos de sustitución fideicomisaria de residuo dispone una norma de especial favor (art. 781); aparte de las normas generales relativas a todas las sustituciones fideicomisarias y de esta más favorable que se acaba de mencionar, el resto de la regulación queda abandonado a la autonomía de la persona. Entre las distintas regulaciones posibles, algunas se han ido perfilando con nitidez a fuerza de ser repetidas; así la que se crea en virtud de la imposición al fiduciario de la obligación de restituir lo que quede, o bien del llamamiento del fideicomisario al residuo. Es natural que en la doctrina y jurisprudencia se tenga en cuenta la reiteración; normalmente es el camino hacia la tipificación, o hacia la formación de usos de los negocios, de importancia en la esfera de los contratos. Pero en ella no se puede fundamentar un concepto valedero para la técnica jurídica; la línea de continuidad que la reiteración representa puede ser abandonada siempre en virtud de un nuevo negocio jurídico, y además de ella no se deriva ninguna consecuencia que tenga valor regulativo en el ámbito de un posterior negocio. La reiteración en sí nada vale mientras no desemboque en la tipificación o en el uso, es decir, en el campo de las normas jurídicas, únicas que pueden proporcionar a la realidad significado jurídico general y constante; en tanto que esto

no ocurra, lo más que puede indicar es que ha habido coincidencia en el tratamiento jurídico de un supuesto de hecho en virtud de negocios jurídicos (mira hacia el pasado), pero no que tal coincidencia subsista y deba, en principio, continuar (13).

b) Tampoco la utilización de la fórmula de residuo tiene trascendencia. Es cierto que, *prima facie*, tiene un contenido determinado, el que directamente se deduce de su significado literal, que por regla general se estima corresponde a la voluntad de la persona o personas que la emplean (arts. 675 y 1281 C. c.); pero carece de valor general y constante, porque puede ser usada para manifestar contenidos de voluntad diversos, que prevalecerán sobre su significado literal, y nada se opone incluso a que en un caso concreto sea equiparable la fórmula de residuo a la de ordenar que se restituya aquello de lo que no se hubiera dispuesto *inter vivos*, fórmula esta que, como hemos visto, se le contraponen por la opinión que ahora se examina; en efecto, si un testador dispone una sustitución fideicomisaria en la cual el fiduciario está obligado a restituir "lo que quede", y del testamento aparece claramente que la establece sólo porque los bienes objeto de la misma tienen en sí un peculiar valor de afección, en este caso la fórmula "lo que quede" equivale a decir "lo que quede *in natura*", esto es (en términos generales, pues no caben en este punto reglas ciertas), "aquello de lo cual el fiduciario no hubiera dispuesto *inter vivos*".

IV. Parece, por lo expuesto, que en el sistema del Código civil español no cabe formular, con valor técnico, el concepto restringido de sustitución fideicomisaria de residuo que se pretende. Por último, una cuestión secundaria, de terminología: quizá no sea del todo satisfactorio el término "sustitución fideicomisaria de residuo"; tiene tras sí una larga evolución histórica, y esto, unido al valor que en principio tiene la fórmula de residuo, tal vez haga preferible, para evitar dudas, referirse a la sustitución fideicomisaria de "cuantía mínima incierta". Esta es la razón del título que encabeza estas notas.

JERÓNIMO LÓPEZ

---

(13) Podría pensarse que cuando el contenido de los negocios jurídicos ha cristalizado ya puede ser tratado como el de las normas. Así sucedería respecto a un Derecho positivo ya muerto. Pero se observará que en este caso no se plantea un problema de técnica jurídica, pues hablar de Derecho muerto es sólo una comodidad del lenguaje; en realidad no hay tal Derecho, pues falta la validez jurídica. (Además, siempre existiría la diferencia entre lo que tuvo que haber sido y lo que meramente coincidió de hecho.)