

Estudio teórico-práctico de las figuras fideicomisarias

ISMAEL MATEOS BONILLA

Doctorando del Departamento de Derecho Civil e Internacional
Privado de la Facultad de Derecho de Sevilla

SUMARIO: Preámbulo. I. *Reflexiones en materia de autonomía negocial y capacidad sucesoria*: I.1. Idea general de la autonomía de la voluntad en el campo sucesorio: incidencia de la libertad de testar en las figuras fideicomisarias. I.2. Capacidad jurídica en el favorecido o sucesor. Reproducción de algunas cuestiones sobre capacidad en las figuras fideicomisarias. II. *Limitaciones legales al establecimiento de una sustitución fideicomisaria*: II.1. En cuanto al medio elegido para establecerla. Especial consideración de la forma. II.2. En cuanto al número de sujetos llamados sucesivamente a la herencia. Problemática del 2.º grado. II.3. En cuanto al objeto afecto a la sustitución. Aplicación del límite genérico de las legítimas. III. *Estudio del 2.º grado y de la limitación por legítima en los llamados fideicomisos de residuo*: III.1. Límite del segundo grado en los fideicomisos de residuo. III.2. Límite de la legítima en los fideicomisos de residuo. IV. *Reflexiones en torno a la interpretación de las figuras fideicomisarias como disposiciones testamentarias*: IV.1. Especial consideración del principio *voluntas exspectanda*. IV.2. Análisis de los artículos 783.1 y 785.1 del Código Civil: distinción entre declaraciones expresas y tácitas. IV.3. Determinación de los medios interpretativos aplicables: IV.3.1. Posible aplicación de alguno de los medios hermenéuticos empleados en sede contractual. IV.3.2. Tratamiento de la prueba extrínseca. V. *Determinación de la naturaleza de la posición jurídica del fiduciario en la sustitución fideicomisaria*: V.1. Deslinde entre elementos esenciales de la figura tratada y posibles elementos accidentales en el negocio testamentario. V.2. Régimen obligatorio configurador de su posición jurídica. V.3. Estudio del poder jurídico-real mínimo del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos. V.4. Alcance de la actuación de la autonomía negocial del testador en la figura. Posible incidencia de los pactos entre fiduciario y fideicomisario. VI. *Caracterización del fideicomiso de residuo como figura jurídica diversa*: VI.1. Amplio margen de actuación de la autonomía negocial en el momento de su establecimiento (determinación de las facultades correspondientes al fiduciario). VI.2. Aplicación analógica de algunos preceptos reguladores de la sustitución fideicomisaria a la figura estudiada. VI.3. Posición jurídico-real del fiduciario en el fideicomiso *si aliquid supererit*. Regulación jurídica. VII. *Distinción entre las figuras fideicomisarias y el llamado negocio fiduciario*: VII.1. Presencia de la fiducia en determinadas figuras diferenciables de las denominadas disposiciones fideicomisarias. VII.2. Figuras fideicomisarias como manifestación de los negocios *mortis causa* de confianza. VIII. *Responsabilidad patrimonial de los herederos llamados en primer lugar. Posible tratamiento diferenciado al fiduciario de la sustitución fideicomisaria*

y al del fideicomiso de residuo: VIII.1. Planteamiento concreto de la responsabilidad del heredero-fiduciario. Posible incidencia de la autonomía negocial del testador en la responsabilidad patrimonial por deudas: VIII.1.1. Consideraciones generales. Posible alteración del régimen de responsabilidad por el testador. VIII.1.2. Distinción entre los tipos de deudas que pueden existir en el pasivo de la herencia. VIII.2. Referencia al diverso tratamiento de las deudas en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo. VIII.3. Existencia, o no, del beneficio de inventario. VIII.4. Asuntos conexos a la responsabilidad. IX. *Estudio del artículo 783.2 del Código Civil. Desarrollo de sus posibles contenidos en atención a la labor configuradora del testador.* X. *Especialidades de la disposición fideicomisaria como productora de un patrimonio vinculado:* X.1. Acercamiento a la reserva hereditaria. X.2. Falta de confusión patrimonial con los bienes del fiduciario. Particular tratamiento del tema en el fideicomiso de residuo. XI. *Determinación del marco de actuación del fiduciario:* XI.1. Especial tratamiento de la posible actuación dispositiva del fiduciario en la sustitución fideicomisaria: XI.1.1. Consideraciones generales. XI.1.2. Actos dispositivos permitidos. XI.1.3. Régimen de ineficacia. XI.2. Voluntad del testador como medida para concretar las facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo. XII. *Actuación de la subrogación real ante determinadas situaciones con relevancia jurídica de los bienes fideicomitados. Incidencia del carácter vinculado en los bienes.* XIII. *Garantías o aseguramiento de la posición jurídica del llamado en segundo lugar (fideicomisario):* XIII.1. Necesidad de recurrir a la analogía jurídica. Falta de regulación. XIII.2. Tratamiento registral de la figura de sustitución fideicomisaria. XIII.3. Estudio de concretas garantías: XIII.3.1. Estudio general del tema. XIII.3.2. Otorgamiento de inventario. XIII.3.3. Necesidad de caución o fianza. XIII.3.4. Participación del fideicomisario en determinados actos. XIII.4. Posible tratamiento de la cuestión de las garantías en el fideicomiso de residuo: XIII.4.1. Estudio registral de la figura. XIII.4.2. Posible concurrencia de otro tipo de garantías. XIII.4.3. Participación del fideicomisario en determinados actos. XIV. *Conclusiones.*

PREÁMBULO

El trabajo que el lector tiene ante su vista viene a retomar el estudio de unas figuras de nuestro Derecho Sucesorio que gozaron de un gran predicamento en nuestra doctrina civilista durante unas décadas en las cuales se tenía una especial inclinación por aquellas construcciones con raigambre en el Derecho histórico: se trata de los casos de las reservas hereditarias o de la propia sustitución fideicomisaria.

En él se pretende resaltar aquellas zonas de la regulación jurídica de las denominadas figuras fideicomisarias en las cuales podría existir una cierta confusión a causa de la escasa normativa que se ocupa de éstas. Pero, al mismo tiempo, nos proponemos como objetivo cambiar el propio enfoque que, de estas figuras, se había venido dando por la doctrina científica en sus últimos estudios sobre el tema. Así, partiendo del valor que, generalmente, se atribuye en este campo a la declaración de voluntad del testador, pretendemos dar una nueva orientación a la exposición de estas disposiciones, no procurando, en ningún momento, establecer un

sistema de ideas inalterables. Podría decirse que el autor busca esas «pautas mínimas» –como origen, o punto de partida– en que apoyar una serie de reflexiones en la materia.

El enfoque aludido nos mueve a ir de lo general, que en este caso vendría dado por las normas en las que residen los principios básicos que inspiran nuestro sistema sucesorio –autonomía negocial, capacidad jurídica requerida, interpretación subjetiva de la declaración de voluntad emitida y, desde luego, seguridad y formalismo en el acto de testar–, a lo particular, representado por las propias limitaciones recogidas en la escasa normativa que afronta la regulación de estas figuras, limitaciones que se refieren al número de sujetos llamados sucesivamente, de manera que se evite el posible riesgo de vincular un patrimonio; o bien, recogiendo un límite general, que impide que se atente contra el derecho a la legítima de determinados sujetos.

Pero una vez concretadas las que hemos venido a calificar como «pautas mínimas», el estudio asume su faceta práctica –retomándola en otros casos– para adentrarse en el análisis de todos aquellos aspectos que proporcionan una dinamicidad a las figuras objeto de observación. Algo que provoca la necesidad de sucesivas delimitaciones de otras figuras con las que pudieran percibirse, a primera vista, ciertas semejanzas; logrando así, a mi juicio, consolidar su propia configuración.

La utilización, a lo largo de todo el trabajo, de la distinción, que hace años fuera desarrollada por la doctrina, entre fideicomiso de residuo –en sus dos variantes: *si aliquid supererit* y *de eo quod supererit*– y sustitución fideicomisaria tiene como misión facilitar la comprensión de determinados asuntos que, vistos de manera conjunta, podrían ocasionar serios desajustes a la hora de apreciar su desarrollo y efectos jurídicos. Algo que, análogamente, conduce al planteamiento de cuestiones que, pese a considerarse superadas por la doctrina mayoritaria, deben ser objeto de revisión; piénsese en el caso de la titularidad real del fiduciario dentro de las distintas figuras fideicomisarias, o de la naturaleza propia de los deberes que configuran su posición jurídica en la sustitución fideicomisaria.

Esta parte del estudio, en la que hemos pretendido prevalezca la vertiente práctica, pone de manifiesto la importancia que para la configuración de estas disposiciones fideicomisarias tiene el orden sucesivo de llamamientos a la herencia. Así, observamos cómo los sucesores, llamados en primer y segundo lugar, pueden adoptar tras la apertura del proceso sucesorio un papel «protagonista». Algo que queda de manifiesto en asuntos tales como: las garantías que puedan prestarse para asegurar la futura titularidad del fideicomisario, la propia dinámica de los asientos registrales que tiene por objeto bienes fideicomitados, o de un modo más general, aquellos posibles acuerdos que al amparo del Código Civil puedan alcanzar fiduciario y fideicomisario.

I. REFLEXIONES EN MATERIA DE AUTONOMÍA NEGOCIAL Y CAPACIDAD SUCESORIA

I.1. IDEA GENERAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CAMPO SUCESORIO: INCIDENCIA DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS

Sin ánimo expansionista, creo necesario apuntar que la importancia de la voluntad del testador en el campo de las sucesiones, sin dejar de ser un reflejo de la que posee la autonomía de la voluntad para el Derecho privado, trasciende de aquélla que pudiera comportar la autonomía negocial en el campo contractual (art. 658 del Código Civil) ¹.

No obstante, con la prudente reserva en cuanto a la aceptación de la figura del negocio jurídico ² y la necesaria separación que la regulación jurídica de ambas figuras (contrato y testamento) merece, considero adecuado plantear la posible aplicación analógica del artículo 1255 al campo de la sucesión testada. Creo ver la razón de ello en el distinto nivel de relevancia desde el que se aborda la cuestión de la autonomía negocial en los preceptos (arts. 675 y 1255) que la tratan.

Así, el artículo 675.1 del Código Civil ³, cuando aborda la materia interpretativa, permite sostener la primacía de la voluntad del testador, de suma importancia en la sucesión testada.

En cambio, el artículo 1255 ⁴ del mismo texto legal, a la vez que reconoce la importancia y trascendencia de la voluntad privada en el Derecho Civil, alude a sus límites. Este artículo va más allá del reconocimiento que merece la autonomía negocial en el ámbito interno o de génesis en las figuras, fijándose en su relevancia o eficacia externa.

Por ello, la libertad testamentaria no debe hacernos olvidar esos límites a los que expresamente alude el artículo 1255 y que deben reconducir la iniciativa privada dentro de unos intereses colectivos. Estos intereses generales se recogen en el llamado Derecho imperativo, auténtico límite a la autonomía negocial. Ello provoca que el contenido del artículo 675 deba ser integrado con la ayuda de una serie de artículos que, como los

¹ Artículo 658: «La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley».

² Recuérdese las reservas que existen por parte de la doctrina en aceptar la figura del negocio jurídico como figura aglutinadora o comprensiva de otras tan diversas como el testamento, el matrimonio y el contrato.

³ Artículo 675.1: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

⁴ Artículo 1255: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

referentes a reservas y legítimas, configurando y reconociendo dicha autonomía de la voluntad en el campo sucesorio como verdadero principio rector, la limitan y acotan.

Es la autonomía negocial entendida de este modo, la que vendrá a desarrollar una labor de enorme trascendencia en el momento de establecerse alguna de las denominadas, aquí, como figuras fideicomisarias.

Por otro lado, debemos constatar que la autonomía privada del sujeto alcanza relevancia para el Derecho desde el momento en que se singulariza en una concreta relación jurídica. Así, además de la capacidad jurídica que el ordenamiento exige como paso previo para el reconocimiento de eficacia a las declaraciones de voluntad emitidas por el sujeto (como señalaré posteriormente), esta autonomía privada se encontrará estrechamente vinculada al modo de entenderse, en un determinado marco político-jurídico, las relaciones de pertenencia entre las personas y los bienes que las rodean.

Encontramos prueba de esta incidencia de la libertad de testar en la propiedad privada en nuestra Constitución de 1978 (art. 33.1) ⁵. Esta consagración de sendos derechos puede tener una lectura conjunta o global, desde el momento en que se adquiere la propiedad sobre unos bienes en virtud de la herencia de un sujeto. Y no debemos olvidar que la adquisición *mortis causa* de bienes en la sucesión testada viene precedida de la voluntad del disponente.

De este modo, centrando nuestra atención en las construcciones jurídicas que, como las figuras fideicomisarias, implican una cierta vinculación de los bienes, nos veremos obligados a pronunciarnos sobre las relaciones de poder que surgen entre los sujetos llamados sucesivamente en la herencia y aquellos bienes sujetos a este tipo de disposiciones.

I.2. CAPACIDAD JURÍDICA EN EL FAVORECIDO O SUCESOR. REPRODUCCIÓN DE ALGUNAS CUESTIONES SOBRE CAPACIDAD EN LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS

Como siguiente punto, de necesaria observancia para mi estudio, se presenta el tema de la capacidad de los sujetos que se hallan inmersos en la relación jurídica de sustitución fideicomisaria. Me refiero, evidentemente, tanto a la capacidad para realizar o establecer disposiciones *mortis causa* (testamentarias), como a la respectiva capacidad para suceder o para ser partícipe activo de aquella disposición establecida.

El tema de la capacidad se presenta como de previo estudio, necesariamente, a cualquier paso destinado a esclarecer el posible contenido de la voluntad manifestada en testamento. Como consecuencia de lo anterior, la importancia de la materia se manifiesta en el propio desarrollo o

⁵ Artículo 33.1 de la Constitución Española: «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia».

desenvolvimiento de la figura, de manera que difícilmente podemos plantearnos la extensión que pueda tener la voluntad privada manifestada por un sujeto sin reparar en la eficacia que la misma recibirá del ordenamiento dependiendo de las condiciones jurídico-personales de su emisor. Capacidad y voluntad aparecen como nociones íntimamente vinculadas a efectos de validez de lo manifestado. En este sentido, conviene recordar a Roca Sastre ⁶ y Puig Brutau ⁷.

Lo que ocurre es que, dada la propia fisonomía de la sustitución fideicomisaria, el tema de la capacidad se nos suscita en distintos momentos y sobre diversos sujetos.

Por ello, una vez determinada la concurrencia de capacidad en el otorgante o disponente siguiendo a tal fin las reglas generales sobre la materia, conviene centrarse en el estudio de aquella otra capacidad que requiere el ordenamiento para suceder.

A pesar de que para su estudio sigo las pautas señaladas en obras comprensivas del Derecho Sucesorio, o estudios específicos, que determinen cuáles son las reglas generales en materia de capacidad sucesoria, conviene detenerse en cuestiones concretas que puedan presentar un tratamiento particularizado en materia de sustitución fideicomisaria. No obstante, advirtiendo que esta singularidad o especialidad que pueda presentar la capacidad para suceder en sede de sustitución fideicomisaria no emergerá o tendrá su inicio en el momento de redactarse nuestro Código Civil de 1889, sino que deberemos remontarnos a los orígenes de la figura ⁸.

En este orden de ideas, vemos cómo dentro de la capacidad para suceder hay un tema que posee una íntima conexión con la sustitución fideicomisaria, como es la posibilidad de designar como heredero a un *concepturus*, o en otros casos, al *nasciturus* ⁹.

Todos los autores coinciden en señalar la necesidad de que el instituido sobreviva al causante (arts. 766 y 33 CC), pero no en la posibilidad de que el designado heredero aún no haya nacido, o más aún, no haya sido concebido siquiera.

⁶ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Anotaciones a Enneccerus, Kipp y Wolf*. Puesta al día por PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, *Tratado de Derecho Civil* (Sucesiones), Bosch, Barcelona, 1976, pp. 181 a 185 y 190 ss.

⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 18 ss.

⁸ IGLESIAS, Juan, «Sobre fideicomisos y substituciones fideicomisarias», *RJC*, 1949, *passim*. De este modo, el fideicomiso en época romana clásica se idea como mecanismo indirecto para hacer sucesores a personas que carecían de *testamentifactio*, es decir, de capacidad para suceder. Utilizando, a tales efectos, una persona intermedia a la que se designaba como heredero para que con posterioridad restituyera los bienes al incapacitado.

⁹ Algunos de los problemas que lleva aparejados esta cuestión serían reproducibles para el caso de las personas jurídicas en formación.

Ante esta última posibilidad, nos encontramos con posiciones reacias como la de Roca Sastre ¹⁰ o Messineo ¹¹, entre otros autores.

Frente a las anteriores, surgen ciertas posiciones doctrinales que buscan alguna vía para favorecer a personas futuras. En esta línea se encuentran autores como Díez Pastor ¹² y Serrano y Serrano ¹³. Ambas posiciones son de un gran valor para el estudio de la cuestión en la sustitución fideicomisaria: la primera de ellas, porque abre la posibilidad de modalizar el llamamiento a un *concepturus* en unas figuras fideicomisarias donde se admite expresamente la sucesión del mismo. La segunda, porque al poner de relieve la ausencia de unos «presuntos límites» en la designación de los futuros sucesores, otorga un mayor ámbito de actuación a la autonomía negocial del testador a la hora de configurar la disposición fideicomisaria.

De este modo, vemos cómo la voluntad del testador puede desempeñar un papel relevante a la hora de instituir a un sujeto futuro, bien *nasciturus*, bien *concepturus*, en una de las posiciones jurídicas (de fiducia o de fideicomisario) presentes en la sustitución fideicomisaria.

No obstante, hasta que se produce la determinación del sujeto designado, ocasionada normalmente por el nacimiento, se producirá una situación de vacancia ¹⁴ en los bienes no siempre resuelta por el testador.

¹⁰ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nascituri»*, RDP, 1946, p. 313. Según el autor, «principio fundamental del Derecho sucesorio es el que proclama la ineficacia de las disposiciones hereditarias a favor de personas que no han nacido o ni siquiera sido concebidas al tiempo del fallecimiento del causante...».

¹¹ MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 43.

¹² Díez PASTOR, José Luis, «Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos», AAMN, 1952 (tomo VI), pp. 549, 553 y 557. En este sentido, escribe el autor: «La disposición directa a favor del no concebido no encuentra ningún obstáculo de carácter teórico... porque el testamento se concibe como acto unilateral, se perfecciona por la sola voluntad del disponente y en su formación no interviene la de aquellos a quienes beneficia... No es necesario buscar el precepto concreto que autorice un tipo de disposición determinado, basta con estar seguros de que no hay ninguna excepción legal que la excluya». A mi juicio, este autor, si bien es cierto que consigue demostrar la ausencia de una prohibición expresa al respecto, no consigue, en mi opinión, salvar los inconvenientes estructurales que se plantearían caso de aceptarse la sucesión directa del *concepturus*.

¹³ SERRANO Y SERRANO, Rafael, «¿Pueden suceder «mortis causa» personas que no vivan al fallecimiento del testador?», RDP, 1916, pp. 228, 229 y 230. Escribe el autor: «... hay una regla general que impide heredar a los no nacidos cuando la sucesión se abre; hay otra regla particular o excepción, según la que pueden ser herederos los que, aun después de muerto el testador, nazcan, si son instituidos bajo condición o plazo suspensivos...».

¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, volumen I, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1979, p. 174. El autor, en relación al *nasciturus*, dice: «en mi opinión hasta que no nazca y viva veinticuatro horas enteramente desprendido de la madre, se produce una situación de pendencia que si el concebido llega a ser persona, se resuelve a su favor...».

El planteamiento de la cuestión reviste importancia desde el momento en que ambas posiciones no suponen, o conllevan, una misma relación jurídico real respecto de los bienes fideicomitidos. Así, en el caso de haberse instituido fideicomisario a una persona futura, como expresamente permite el artículo 781 del Código Civil, el fiduciario ostentaría un derecho propio y actual sobre los bienes fideicomitidos en virtud de su posición jurídica, pero simultáneamente, tiene una expectativa o derecho eventual a la propiedad plena y definitiva sobre esos mismos bienes para el caso de que no se produjera la delación fideicomisaria por falta de existencia del sujeto llamado a ocupar dicha posición. En este caso, se habla por Iglesias Cubría de «una atribución o vinculación patrimonial eventual»¹⁵.

Este planteamiento, que desde el punto de vista teórico resulta intachable, debe considerarse insuficiente a nivel práctico, pues dentro de cada testamento será la voluntad del disponente¹⁶ la que nos permita dilucidar una solución al respecto; y sólo cuando no exista pronunciamiento claro del testador, acudir a soluciones como la mencionada.

Planteados en estos términos el asunto, la cuestión sería averiguar los posibles efectos de esa atribución patrimonial eventual en caso de producirse la muerte del fiduciario, y no existir sustituto. Caso de reproducirse este último supuesto, se discute en la doctrina acerca de la solución más adecuada. Únicamente, dejando la cuestión apuntada, señalo alguna de las soluciones:

- Posibilidad de producirse la consolidación¹⁷ como titulares plenos sobre los bienes fideicomitidos en los herederos del fiduciario.
- Otra posibilidad sería abrir la sucesión intestada tras la muerte del fiduciario.

Fuera del supuesto, ya estudiado, de la presencia de un derecho eventual del lado del fiduciario¹⁸, la propia configuración de la disposición fideicomisaria permite, evidentemente, hablar de derecho eventual a la herencia del lado del fideicomisario durante la situación de

¹⁵ IGLESIAS CUBRÍA, *Los derechos patrimoniales eventuales*, Oviedo, 1961, pp. 46 y 115. Así, «se habla también de derechos eventuales, al considerárseles desde el punto de vista de la posibilidad de que sobre una de las titularidades (preventivas) se consolide la titularidad definitiva al producirse el evento decisor».

¹⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Hesperia, Madrid, 1981, ficha 58 (fideicomisaria: el problema de la premoriencia del fiduciario), pp. 295 y ss.

¹⁷ La utilización del término jurídico consolidación, obedece, como después se verá, a la tesis aquí sostenida. Ya que el fiduciario, a mi juicio, ostenta una posición jurídica peculiar y diversa a la que tiene un propietario sobre sus bienes.

¹⁸ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, pp. 274, 356 y 357. Para el autor, «todos los negocios (*inter vivos* o *mortis causa*) con estipulaciones o disposiciones en favor de personas futuras, crean un estado de dependencia, que da lugar a titularidades sometidas a un evento, y en este sentido hablamos de derechos eventuales... se hacen funcionar por vía de titularidades interinas...».

pendencia, siempre y cuando dicha posición jurídica la ocupe un sujeto con existencia, o que viva ya en ese momento. Parece que no podría hablarse de expectativa o derecho eventual, en caso contrario, ya que en ese caso la incertidumbre sobre la producción del evento vendría producida por la indeterminación del sujeto, y hasta que no existe sujeto con personalidad, no cabe hablar de derecho eventual en el fideicomisario.

Como conclusión, cabría decir que las disposiciones patrimoniales en favor de personas futuras siempre quedan pendientes en su realización del acaecimiento de la personalidad jurídica en el sujeto designado. En espera de la producción de este evento, el derecho eventual correspondería al titular interino o actual (en la sustitución fideicomisaria al fiduciario); a no ser, que de la voluntad del testador se desprendiera que no se desea que el titular-fiduciario pueda convertirse en titular definitivo llegado el caso de no producirse el nacimiento del fideicomisario, sino que los bienes tuvieran otros destinatarios. Lo cual nos introduce en un problema de carácter interpretativo a resolver por los criterios extraídos ex artículo 675.1 del Código Civil ¹⁹.

Resulta lógico, por ello, que la doctrina acepte la posibilidad de instituir a un *concepturus* (como fideicomisario) siempre que se designe para el período de vacancia o pendencia un titular interino o pretitular, que vendría a ser el fiduciario. Evidentemente que una solución así no plantea problemas doctrinales, puesto que se trata de una construcción ampliamente reconocida en nuestro ordenamiento.

Una vez aceptada, de manera general, la posibilidad de instituir a un *concepturus* como sucesor utilizando para ello la construcción de la disposición fideicomisaria, cabe plantearse dos cuestiones:

– La primera afrontaría la posibilidad de instituir a un *concepturus* para que ocupe la posición jurídica de fiduciario dentro de la figura fideicomisaria.

En principio, si admitiéramos la sucesión directa del *concepturus* de modo general en nuestro ordenamiento ²⁰, cabría plantearlo también para el caso del fiduciario (como primer llamado a la herencia fideicomitida). Pero parece que esta posibilidad resulta, tras un estudio de nuestro sistema sucesorio orientado por los parámetros que establece el artículo 3.1 del Código Civil, difícil de aceptar.

¹⁹ De cualquier modo, lo que queda patente, una vez más, es que para la resolución de gran parte de las cuestiones deberá acudir a una correcta interpretación de la voluntad del testador.

²⁰ Como sabemos, aunque nuestro sistema sucesorio no exige de manera expresa la existencia del instituido en el momento de la muerte del testador o disponente, la mayoría de la doctrina, inspirándose en el modo de producirse el tránsito sucesorio y en el conjunto del ordenamiento jurídico, exige la concurrencia de existencia y capacidad del instituido en el momento de abrirse la sucesión (a excepción del *nasciturus*).

– La segunda de las cuestiones a tratar en esta sede conecta directamente con la incidencia en las figuras fideicomisarias de la voluntad del testador. Me refiero a la posible modulación realizada por el testador en los llamamientos a través del establecimiento de términos y condiciones.

A pesar de tratarse de elementos accidentales del negocio jurídico, pueden provocar el replanteamiento de determinadas cuestiones. Así, el introducir una condición o un término en el llamamiento de un sujeto (a la sucesión) puede propiciar que algo que estaría, en circunstancias normales, prohibido, pase a estar permitido y respaldado por el ordenamiento.

De este modo, un tercer llamamiento en la sustitución fideicomisaria a un *concepturus* quedaría prohibido cuando los dos llamamientos anteriores para ocupar la posición de fideicomisario lo fueron también a favor de personas futuras. Esta situación que se resuelve de modo claro en el artículo 781, puede cambiar si el testador sujetó uno de los dos primeros llamamientos a condición suspensiva, y ésta no llegó a cumplirse. En este caso, el tercer llamamiento en favor de *concepturus* es válido, ya que el segundo jamás llegó a operarse.

Pero este caso no es más que uno de los muchos que pueden generarse en una sucesión mediante la introducción de condiciones por el testador. Así, en el establecimiento de figuras fideicomisarias donde se llama a sujetos que no viven en el momento de otorgar testamento, el testador persigue, generalmente, con el establecimiento de condiciones (suspensivas o resolutorias) que los sujetos instituidos reúnan unas determinadas circunstancias personales o profesionales (Ejemplos: que el sujeto se case antes de una determinada fecha, que estudie una carrera, que antes de su muerte tenga descendencia directa, etc.).

El establecimiento de estas condiciones modalizará la posterior dinámica de la figura al producirse la delación fideicomisaria.

De modo similar puede operar el establecimiento de determinados plazos o términos en los llamamientos a la hora de apreciar la capacidad en el sujeto.

II. LIMITACIONES LEGALES AL ESTABLECIMIENTO DE UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

II.1 EN CUANTO AL MEDIO ELEGIDO PARA ESTABLECERLA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA FORMA

Partiendo de la existencia de capacidad en el testador, debemos empezar a plantearnos hasta qué punto debe ser respetada la voluntad del disponente plasmada en testamento. Digo la plasmada en testamen-

to, porque la que no se refleja en el mismo, según el artículo 785.4 no puede servir de base para sostener la existencia de una figura fideicomisaria ²¹.

Con la aparición del Código se pondrán de manifiesto, además de la ya señalada, toda una serie de restricciones a esa voluntad, que no son sino la expresión de las cautelas del legislador ante los abusos que se habían cometido y el deseo de que la voluntad se canalice y exprese sólo a través de la forma testamentaria. Así, no sólo se exigirá que conste en testamento la voluntad de establecer una figura fideicomisaria, sino que también, para evitar fórmulas ambiguas que dejen dudas al intérprete sobre la obligatoriedad del contenido de la disposición, se requerirá (arts. 783.1 y 785.1 CC) una declaración del testador clara y expresa sobre su intención de establecerla.

Junto a estas limitaciones que afectarían, fundamentalmente, a la forma de fijar una figura fideicomisaria, existirían otras que pretenden coartar la voluntad del testador a la hora de determinar el conjunto de bienes del que se dispone a través de este tipo de figura sucesoria (art. 782 CC).

Por otro lado, si bien es cierto que el principal objeto de las limitaciones es canalizar por unas determinadas pautas el establecimiento de una figura fideicomisaria, no podemos pasar por alto la repercusión que produce la consagración de estas limitaciones sobre el propio derecho que se transmite sobre unos bienes. Incidiendo en esta idea, ya apuntada al comienzo del trabajo, podría decirse que la noción de propiedad se ha visto, a lo largo de la historia, afectada según el alcance de las limitaciones que se imponían a sus titulares. Así, se produce un efecto importante a nivel jurídico íntimamente relacionado con las tendencias ideológicas imperantes en cada momento histórico.

Cuando se pretende preservar la integridad económica o el valor (de cambio) del derecho de propiedad se tiende a limitar las facultades dispositivas sobre los bienes, potenciando, como contrapartida, las facultades de goce. Algo que vemos claramente en la Baja Edad Media y Renacimiento con el tipo de propiedad vinculada ²².

²¹ COSTA, Joaquín, *Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil*, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1905, pp. 30 ss. Esta limitación en cuanto a los medios utilizables para conocer la voluntad del disponente que hoy tiene amplia aceptación por su plasmación legal desde la entrada en vigor del Código Civil, no existió en nuestra tradición jurídica anterior, y de hecho, estuvo aceptado y defendido doctrinalmente que las instrucciones al fiduciario se hicieran de modo reservado, sin necesidad de su plasmación en el testamento. Precisamente el trabajo de este autor profundiza sobre esas figuras sucesorias (como el albaceazgo) que, fundadas en la confianza depositada en determinadas personas, persiguen el cumplimiento de una voluntad que se recoge en documentos secretos u ocultos.

²² GROSSI, Paolo (traducción y prólogo de Ángel LÓPEZ), *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 49 ss.

En cambio, cuando se pretende favorecer la circulación de los bienes se aminoran las limitaciones legales y el propio titular cuenta con amplias facultades para deshacerse de las facultades que integran el derecho de propiedad, lo que va en detrimento de su integridad cuantitativa. Este tipo de propiedad encontró su plasmación con el modelo liberal ²³.

En el primer supuesto, la regulación jurídica del derecho le viene impuesta al sujeto, siendo la propia regulación mencionada la que determina las facultades de goce que integran la posición jurídica del propietario. Por ello, el ámbito de actuación del titular queda muy reducido.

Por el contrario, en el segundo de los modelos de propiedad resulta decisiva la observancia de la autonomía negocial del propietario para determinar el alcance del propio derecho.

Ante esta disyuntiva, cabe cuestionarse la posibilidad de entender la propiedad, hoy día, de una manera intermedia. Es decir, el titular del derecho cuenta con facultades de disposición sobre las distintas facultades que conforman su posición jurídica, pero su autonomía no puede ir más allá de unos límites que el ordenamiento estima infranqueables para preservar la noción de propiedad ²⁴.

Esta mayor o menor rigidez de la regulación o esta mayor o menor amplitud del poder configurador de la autonomía privada se manifiesta no sólo en la noción de propiedad, sino que también se ha puesto de manifiesto a lo largo de la historia en el modo de establecerse los fideicomisos. Es así como, antes de la entrada en vigor del Código Civil, gracias al amplio campo dejado a la autonomía del testador, eran posibles los fideicomisos de confianza, como modo de establecer la sustitución. Hoy, en cambio, ante la idea de preservar unas ciertas garantías, desde la ley se impone la forma expresa y testamentaria ²⁵.

II.2 EN CUANTO AL NÚMERO DE SUJETOS LLAMADOS SUCESIVAMENTE A LA HERENCIA. PROBLEMÁTICA DEL 2.º GRADO

Si la restricción que veíamos en el epígrafe anterior nos reconducía a distintos momentos de la evolución histórica de las figuras fideicomisarias, la que nos proponemos abordar en el presente título enlaza directamente con la legislación desvinculadora de 1820 y con la necesidad de mantener un determinado estatuto jurídico de la propiedad. Es así como

²³ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil III (Derechos Reales)*, vol. I, *Posesión y propiedad*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 274 ss.

²⁴ MONTÉS PENADÉS, VICENTE L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 240 ss.

²⁵ De este modo, la voluntad del causante manifestada de modo expreso en testamento dentro de los márgenes legales se perfila como la ley a cumplir por los fiduciarios en la disposición fideicomisaria.

la limitación del segundo grado permite preservar la circulación libre de la propiedad, así como la propia libertad de testar de posteriores sujetos que recibieron los bienes en cuestión ²⁶.

El hecho de estudiar esta limitación nos introduce, inevitablemente, en una antigua polémica doctrinal en torno a lo que debe entenderse por grado en el campo sucesorio, y más específicamente, en las figuras fideicomisarias.

En este sentido, existen básicamente dos tesis respecto del modo de entender la expresión «segundo grado»:

A) Una primera, que es defendida por Manresa ²⁷, y algún otro autor (Sánchez Román) ²⁸, que resulta más restrictiva, en cuanto que la refiere a los grados de parentesco, con lo que quedaría circunscrita la figura de sustitución fideicomisaria al ámbito familiar.

Se basan «en que el Código Civil al regular el parentesco dice: que cada generación forma un grado (art. 915)» ²⁹. Hacen extensivo este modo de entender el concepto de grado a todo el campo sucesorio, incluida la figura estudiada; igualmente «en la base 16 de los acuerdos de 1882, a cuyo tenor, las sustituciones fideicomisarias no pasarán... de la segunda generación». Se basan, según ellos, en la propia génesis del precepto estudiado (art. 781).

B) Una segunda postura, que resulta ser la mayoritaria dentro de la doctrina, y la seguida por la jurisprudencia. Es mantenida por autores como Albaladejo, Lacruz, Roca Sastre y Marín Lázaro, entre otros. En virtud de ésta, la expresión «segundo grado», aludiría a segundo llamamiento. Teniendo un contenido más amplio (acoge sustituciones fideicomisarias no familiares), es más respetuosa con el espíritu de la institución, y con la capacidad del disponente. En este sentido se pronuncia la sentencia de 23 de junio de 1940 del TS, y algunas otras más

²⁶ MARÍN LÁZARO, Rafael, «El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias», *RGLJ*, 1941, p. 10. Como indica el autor, «la mayor parte de las (disposiciones) reguladoras obedece a la preocupación culminante del legislador por limitar el arbitrio de los testadores, a fin de reducir la medida de la vinculación contenida en las sustituciones fideicomisarias».

²⁷ MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Reus, Madrid, 1921, pp. 140 ss.

²⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. 1.º (*Derecho de sucesiones*), Madrid, 1910, p. 693. «Nuestro Código... optó por la prohibición relativa, que se hizo constar en la Base decimosexta de la ley de 11 de mayo de 1888. En ella, haciendo referencia a la Base anterior, en la que se habla de las reformas que en la sucesión testada debían introducirse, aparece lo siguiente: «Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Consecuencia de este precepto fue el artículo 781, en el que se reproduce, aunque variando algo la redacción...».

²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS... *Derecho de Sucesiones (Derecho Civil V)*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 298.

recientes como la de 4 de noviembre de 1975 y de 31 de enero de 1980 del Tribunal Supremo ³⁰.

Pese a la dificultad que entraña adoptar una posición al respecto ³¹, la conveniencia de los argumentos indicados por los representantes de la postura mayoritaria, unida a la posibilidad de aportar algún otro argumento —como el sistemático— hacen más adecuado decantarse por una interpretación amplia del precepto. Así, en virtud del dato que nos aporta un estudio sistemático, y tras la combinación de los artículos 781 (primer inciso) y 782, difícilmente puede aceptarse la conclusión de que la sustitución fideicomisaria (al entender el término grado como generación) se ciñe a la familia o se desarrolla dentro de ella. Estos artículos dejan claramente abierta la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria en favor de no familiares ³². Como señala Marín Lázaro, «dos categorías de personas pueden ser favorecidas por un fideicomiso, según el artículo 781 del Código Civil: 1.º Todas las personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador. 2.º Las que estén por nacer, con tal de que no pasen del segundo grado. Si por grado entendiéramos parentesco, resultaría que para las primeras no se exigía éste y para las segundas sí, o, lo que es igual, para el mismo fenómeno jurídico se ponían dos medidas heterogéneas que no guardan entre sí ninguna similitud» ³³.

Por ello, sostengo la postura doctrinal según la cual 2.º grado alude a 2.º llamamiento de persona que no vive en el momento de la muerte del testador. «Así que cabe que independientemente del fiduciario, y aparte de los sustitutos fideicomisarios vivientes, puede haber dos sustitutos sucesivos más que no viviesen entonces» ³⁴.

La limitación que en este epígrafe se estudia no se recoge solamente en el trascendental artículo 781, artículo paradigmático de gran parte de la regulación de las figuras fideicomisarias, sino que a través del artículo

³⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales* (arts. 781 y ss.), tomo X, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1984, pp. 286 y 287.

³¹ Debe señalarse que los argumentos aportados por la postura mayoritaria, a veces, no resultan tan claros y cabría la posibilidad de que el artículo 781 *in fine* sólo se refiriera a sustituciones fideicomisarias familiares.

³² Resulta evidente del tenor del artículo 782 que se acepta el establecimiento de una sustitución fideicomisaria en favor de una persona que no sea familiar del testador. La aceptación de esta posibilidad se produce de manera implícita, pues en tanto no grave la parte de la herencia destinada legalmente a cubrir la legítima, podrá recaer sobre el resto de bienes incluida aquella parte reservada a la libre disposición del testador. No parece razonable que sobre una porción de bienes cuya sucesión queda a la libre determinación de su titular, la Ley establezca un destino prefijado en función de la figura escogida para su transmisión *mortis causa*.

³³ MARÍN LÁZARO, Rafael, «El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias», *RGLJ*, 1941, p. 34.

³⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 280.

785.2 del Código Civil³⁵ cabe aplicarla a aquellas otras figuras sucesorias que de algún modo, o utilizando algún mecanismo, persigan limitar indefinidamente la circulación jurídica de unos bienes.

Tras haber manifestado mi postura en relación a la polémica surgida en torno a la expresión «segundo grado», tendría que tratar de aportar una solución a aquellos casos en los cuales el testador dispone más de dos llamamientos en favor de personas futuras, rebasando el límite legal del artículo 781 del Código Civil. En principio, basándonos en diversos argumentos como el respeto a la voluntad del testador ante la ausencia de un precepto que establezca, claramente, el alcance de la limitación del 2.º grado; y sobre todo, ante la posibilidad de traer a colación, vía artículo 4.1 del Código Civil., el principio de conservación del negocio³⁶ que aparece recogido en el artículo 1284 del mismo texto legal, considero que el tipo de ineficacia aplicable a estos supuestos no sería la nulidad de pleno derecho. Así, coincido con la opinión de varios autores como Albaladejo³⁷, Jerónimo López³⁸, u Ossorio Morales³⁹,

³⁵ Artículo 785.2: «No surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aún la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781».

³⁶ MARÍN PADILLA, M.ª Luisa, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 103, 105, 118, 123 y 124. Escribe la autora: «Para mí la nulidad parcial es una manifestación del principio *utile per inutile non vitiatur*, que consiste en extirpar del acto o negocio jurídico la parte nula y conservar lo demás, siempre que el resto tenga entidad propia y satisfaga suficiente y equilibradamente los intereses de las partes, de acuerdo con su voluntad y según las exigencias de la buena fe... La ineficacia de una cláusula entre las varias que contenga un testamento, sólo produce la ineficacia de las restantes, en el caso que haya que admitir que el testador no hubiera dispuesto éstas sin la cláusula ineficaz o de acuerdo con la voluntad del testador. La doctrina es unánime en el sentido de hacer depender la nulidad parcial de la autonomía de la voluntad...».

Vid. en este sentido, GÓMEZ-MARTÍNEZ FAERNA, A., *La nulidad parcial de los negocios jurídicos*, Estudios de Derecho Privado, Editorial R. D. P., Madrid, 1962, pp. 339 y 354.

³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código Civil...*, p. 290. Según dicho autor, «la nulidad de la sustitución, aunque no lo especifique el art. 781, es sólo por exceso, es decir, en cuanto sobrepase el segundo grado, lo que se apoya en el principio de conservación del negocio, y respeto a la voluntad del testador en cuanto sea posible».

³⁸ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1949)», *A. D. C.*, 1950, p. 512. «Importa señalar aquí que el fundamento de la declaración de nulidad radicaría en ser un negocio jurídico contra la ley, y que falta motivo para estimar que todos los llamamientos de la sustitución fideicomisaria que exceden el límite legal son contra la ley. Esto solamente puede decirse de aquellos llamamientos que exceden el límite, pero no de los anteriores, que el legislador expresamente admite (art. 781), y por esta razón estimamos más adecuado sostener que sólo a aquéllos alcanza directamente la declaración de nulidad, lo que no ocurre con los llamamientos de sustitución ordenados por el testador dentro del límite...».

³⁹ OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 294 y 295. «... Pero el hecho de que al hacer la designación

sobre la necesidad de ver en estas disposiciones fideicomisarias donde se sobrepasa el 2.º grado, una nulidad parcial ⁴⁰.

Ahora bien, aceptada la posibilidad de apreciar esta clase de ineficacia ⁴¹, convendría realizar algunas observaciones al respecto. Así, esta nulidad de tipo parcial que normalmente conducirá en el momento de la apertura de la sucesión a dejar subsistentes sólo los dos primeros llamamientos hechos en favor de sujetos que no vivan entonces ⁴² no siempre producirá, necesariamente, este efecto. Ya que en base a una voluntad hipotética del testador puesta de manifiesto en la labor interpretativa, cabrá apreciar que la relevancia jurídica debe recaer no sobre los dos primeros llamamientos, sino sobre el primero y tercero, o sucesivos ⁴³.

De este modo, lo que parece evidente es que la utilización de este régimen de ineficacia, que permitiría conservar en parte la disposición fideicomisaria, tendría lugar en el momento de abrirse la sucesión testamentaria ⁴⁴. No pudiendo retrasarse su adopción a un momento posterior donde pudieran desecharse u obviarse aquellos llamamientos que no hubiesen operado en la realidad. Descartando lo anterior, sí cabría declarar la nulidad parcial de una disposición que sobrepasara el 2.º grado pero de manera inicial, es decir, desde la apertura de la sucesión.

de fideicomisarios, el testador no respete tales límites, no puede anular ni perjudicar a los llamamientos permitidos, según resulta del principio *utile per inutile non vitiatur*, y de una lógica interpretación del art. 786...».

⁴⁰ En contra de lo que defiende esta postura doctrinal, la jurisprudencia en la sentencia comentada de 1949 parece inclinarse por una ineficacia o nulidad total.

⁴¹ No debe resultarnos extraña la adopción de una posición como la que se propone, ya que en la propia regulación de la figura encontramos una solución de igual signo en el artículo 786. El cual dispone: «La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria».

⁴² En mi opinión, para llevar a la práctica esta teoría, sólo se me ocurre recurrir al principio hipotecario *«prior tempore potior iure»* (concediéndole un valor general en Derecho Civil), para dejar subsistentes los primeros dos llamamientos establecidos, aunque esto no siempre sería respetuoso con la verdadera voluntad del testador.

⁴³ La causa que principalmente motivaría esta alteración en el orden de relevancia (producto de la nulidad parcial de la disposición) sería aquella por la cual el testador, con el segundo llamamiento, pretendería no favorecer exactamente al sujeto designado, sino utilizarlo como puente o instrumento entre el primero y el tercero.

⁴⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 282. Para el autor, «no queda explícito en el Código, de si para el número de sustituciones admisible, cuando... hay uno máximo, cuentan únicamente las que hayan tenido efectividad, es decir, si no se trata de que se puedan establecer más de dos, sino de que se puedan establecer las que se quiera, pero no puedan producirse más de dos». Albaladejo considera que sólo deben tenerse en cuenta las sustituciones que operen en la realidad, no contabilizándose aquellas otras que no lleguen a tener virtualidad.

II.3 EN CUANTO AL OBJETO AFECTO A LA SUSTITUCIÓN. APLICACIÓN DEL LÍMITE GENÉRICO DE LAS LEGÍTIMAS

Junto a esta prohibición o restricción en cuanto a los posibles sujetos llamados a ocupar la posición de fideicomisario, nos encontramos con otra que afecta al objeto ⁴⁵ de la misma sustitución fideicomisaria. Cabría establecer un cierto paralelismo entre estas dos restricciones establecidas en el Código, ya que vienen a combatir los dos problemas más importantes que puso de relieve el mayorazgo durante la Edad Media, y parte del Renacimiento. Así, el mayorazgo no sólo conducía a una prohibición perpetua de enajenar en los sucesivos titulares, sino también acarrea la negación del derecho a la herencia que por ley natural correspondía a una serie de parientes del difunto. No obstante, esta carencia ya fue percibida por los autores de la época renacentista, los cuales propiciaron con sus escritos que las nuevas fundaciones de mayorazgo reconocieran su derecho, en cierta medida, a los legitimarios; y por asimilación a éstos, la dote a las hijas. De este modo, el artículo 782 del Código Civil ⁴⁶ vendría a recoger, en cierto modo, una conquista del pasado.

Actualmente el respeto a la legítima inspira no sólo el régimen de las figuras fideicomisarias, sino que todo el sistema sucesorio gira en torno al mismo. Existe por parte de los poderes públicos un interés en que determinadas personas, por su vinculación (familiar) con el causante, no se vean perjudicadas en sus derechos por disposiciones hechas en favor de otras que no poseen ningún vínculo, o que si lo poseen, es de menor entidad o trascendencia jurídica. Cabría hablar, como lo hace Espín Cánovas, de una cuestión de orden público (orden público sucesorio) ⁴⁷.

Para esta cuestión se parte, igualmente, del artículo que de manera general alude al tema (art. 813.2.º) ⁴⁸. Esta restricción afecta a todo tipo de sustituciones fideicomisarias (incluida la de residuo), o al menos, así opina la doctrina ⁴⁹.

Por ello, aun tratándose de una prohibición explícita en el artículo 782 en relación con la sustitución fideicomisaria, me parece cierta-

⁴⁵ Esta restricción se dirige a limitar los bienes que, formando parte del activo de un sujeto, pueden quedar afectos a una disposición fideicomisaria.

⁴⁶ Artículo 782: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

⁴⁷ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, Murcia, 1954, pp. 21 y 22.

⁴⁸ Artículo 813.2.º: «Tampoco podrá (el testador) imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, p. 413. Para Lacruz, «las palabras gravamen, condición y sustitución incluyen en el artículo 813.2.º cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sea de naturaleza real o personal, que en algún modo restrinja o merme el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima... han de entenderse, pues, con la máxima amplitud, en beneficio de la completa percepción, por el legitimario, de cuanto le corresponde».

mente superflua; ya que del contenido del artículo mencionado en segundo lugar, se entiende perfectamente que la misma limitación es general a todo el sistema sucesorio español. La única razón que veo para esta explicitación es la histórica ya apuntada.

En este mismo sentido, apunta Lacruz que «la prohibición del artículo 813 alcanza sólo a los gravámenes impuestos por disposición *mortis causa*». Y no olvidemos, que la sustitución fideicomisaria es un gravamen para el fiduciario. Por ello, desemboco en la necesidad de situar esta limitación dentro de la intangibilidad de la legítima.

«En conclusión, mientras haya legitimarios, no pueden recibir la porción de herencia que forma la legítima, como sustitutos, extraños, salvo claro está que la reciban porque los legitimarios no la quieran»⁵⁰. De modo que, en el caso de la sustitución fideicomisaria del artículo 781 no cabe dañar la legítima. Pero tampoco cabría designar al legitimario como fiduciario o fideicomisario en pago de lo que le correspondiese en concepto de legítima, ya que en ambas posiciones quedaría gravado su derecho, algo que prohíbe, en cualquier caso, la ley.

Esta prohibición, de carácter imperativo, de no dañar la legítima, puede quedar circunscrita en ocasiones a la legítima estricta, puesto que se prevé la posibilidad de mejorar a través de una disposición fideicomisaria a ciertos parientes. De este modo, la mejora puede resultar gravada por una sustitución (del tipo que sea), cuando se establezca «en favor de los descendientes». Descendientes que parece que deberán serlo del causante⁵¹, de quien son herederos, y no así del fiduciario (art. 824 CC). Partiendo de estas premisas, las posibles combinaciones son numerosas, siempre teniendo en cuenta la presencia de legitimarios o descendientes (mejorables) en uno de los lugares (fiduciario-fideicomisario) de la sustitución.

III. ESTUDIO DEL 2.º GRADO Y DE LA LIMITACIÓN POR LEGÍTIMA EN LOS LLAMADOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO

III.1 LÍMITE DEL SEGUNDO GRADO EN LOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO

Al hilo de la restricción en cuanto a los posibles sujetos llamados a una sustitución fideicomisaria, según el artículo 781, surge una cuestión: ¿es aplicable la limitación del segundo grado al fideicomiso de residuo?

A mi juicio, se trata de un tema que se encuentra ligado a la determinación de la naturaleza del fideicomiso de residuo. Debiéndose esclare-

⁵⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, p. 54.

⁵¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 299.

cer si en el supuesto concreto, cabe, o no, hablar de una sustitución fideicomisaria flexibilizada. Pero junto a lo anterior, para la aplicación de esta restricción, deberá decidirse si la misma es esencial a la figura estudiada. En este sentido, estimo, por argumentos históricos (la propia aceptación de la figura en el Código Civil de 1889, puesto que en el proyecto de 1851 no se recogía) y finalistas de la propia institución (establecer un «*ordo successivus*»), que sí resulta esencial a la configuración de la sustitución fideicomisaria. Y por ello, si se concluye que la naturaleza del fideicomiso de residuo es de sustitución fideicomisaria, habrá que concluir que en principio también le afecta el límite del 2.º grado.

Pese a esta idea, debemos diferenciar, siguiendo la doctrina, entre el fideicomiso de residuo *de eo quod supererit* y el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*; ya que es del primero, del que, por propia configuración, cabe predicar lo dicho anteriormente, lo que favorece la aplicación de la mencionada limitación. En cambio, del *si aliquid supererit* no cabe sostener igual resultado, es decir, la aplicación del segundo grado. Si la finalidad auténtica de la limitación, como parece ser, es evitar una vinculación jurídica en los sucesores, la posibilidad de disponer en el fiduciario o en el primer fideicomisario, caso de que exista más de uno, debe verse como la razón de la no aplicación del límite al fideicomiso *si aliquid supererit*, en el que no hay obligación para el fiduciario de reservar unos determinados bienes.

Entre los autores que se muestran opuestos a la aplicación (Lacruz ⁵², Irurzun ⁵³, Díaz Alabart ⁵⁴, Caperochipi ⁵⁵ o el propio Marín Lá-

⁵² LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, pp. 306 ss.

⁵³ IRURZUN GOICOA, Domingo, «El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador», *AAMN*, núm. XVIII, 1974, pp. 217 a 219.

⁵⁴ DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 229, 231, 234 y 235. La autora aludiendo a la aplicación del límite del segundo grado al fideicomiso de residuo, escribe: «... el tema del sentido de la expresión "segundo grado", que, por un lado, también es tema no específico del fideicomiso, sino general a toda sustitución, y, por otro, está resuelto en el sentido de significar que sólo se permiten dos sucesiones fideicomisarias, además de la transmisión del fideicomitente al fiduciario.

Sin embargo, lo que ocurre es que a la vista del artículo 781 es indudable, sí, que la prohibición de que vayan más lejos del segundo grado alcanza a las sustituciones en que hay deber de conservar, pero eso de que el fundamento de la limitación se halle, no en la indisponibilidad, sino en considerarse inadmisibles un *ordo successivus* más dilatado de dos grados, no parece que sea cosa indiscutible y ni siquiera parece que sea más segura que la otra... Yo, por mi parte, creo que el problema debe ser resuelto básicamente no por lo que se pensara o no al tiempo de la codificación (y se pensara lo que fuese, lo cierto es que el art. 781 sólo recoge la prohibición de que pasen del segundo grado las sustituciones en que haya deber de conservar) ni por otras razones escasamente específicas o de valor de dudosa vigencia hoy, sino principalmente a tenor de la realidad social actual (art. 3.1 CC)... Me inclino por la inexistencia del límite del segundo grado para los fideicomisos de residuo en que exista total libertad de disponer...».

⁵⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., «La sustitución fideicomisaria de residuo», *RDP*, 1975, pp. 175 y 176.

zaro ⁵⁶) se alega que «a falta de seguridad hay que inclinarse por la no prohibición», y además, el hecho de que «exista total libertad de disponer en el fideicomiso de residuo». A pesar de la relación que se entabla en este caso entre la limitación en los llamamientos (o grados) y las facultades dispositivas que se conceden al fiduciario, no debemos confundir la posibilidad de conceder facultades de esta naturaleza al fiduciario (existentes en el fideicomiso *de eo quod supererit*), con la consiguiente inaplicación del límite del 2.º grado (sólo presente en el fideicomiso *si aliquid supererit*).

Como sostiene Albaladejo «el riesgo de sustraer imperativamente los bienes del tráfico, no se da en el fideicomiso de residuo, luego no debe alcanzarse una prohibición (la del 2.º grado) que lo que persigue es evitarlo» ⁵⁷.

Frente a esta postura doctrinal reproducida, surge otro grupo de autores (De Diego ⁵⁸, Jerónimo López ⁵⁹, Flores Micheo ⁶⁰, Castán ⁶¹, De Cossío y Gullón ⁶²) que sostienen la necesidad de aplicar el límite del 2.º grado a todas las figuras fideicomisarias, incluidos los fideicomisos de residuo. No obstante, la tendencia a afirmar, por los mismos, la aplicación del límite citado al fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* proviene de razones diversas. Así, De Diego «se alarma ante la posibilidad de que, si el heredero fiduciario no ejerce sus facultades dispositivas, el caudal

⁵⁶ MARÍN LÁZARO, Rafael, *obra citada*, pp. 34 a 39.

⁵⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, pp. 298.

⁵⁸ DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Madrid, 1926, pp. 90 ss.

⁵⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», *ADC*, 1955, pp. 777 ss.

⁶⁰ FLORES MICHEO, Rafael, «Notas sobre el fideicomiso de residuo», *RJC*, 1955, p. 7. Según el autor, «hay que ser más decididos. Si falla la *ratio legis* no falla la *ratio iuris*. La limitación del 781 se aplica tanto al fideicomiso de residuo como a la sustitución fideicomisaria, siempre que una y otra figura lleguen efectivamente a causar más de dos devoluciones a favor de personas no vivas al fallecimiento del testador y con abstracción de que las cláusulas en su texto contengan formalmente más llamamientos de los permitidos, pues si éstos no llegan a producir devoluciones, no se origina la nulidad, que nace no de la vocación fideicomisaria más allá del límite, sino de la efectiva delación fideicomisaria más allá de lo permitido por la norma».

⁶¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo VI, vol. 2.º (Sucesiones), Reus, Madrid, 1973, pp. 245 y 246.

⁶² DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de, *Instituciones de Derecho Civil*, puesta al día por DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, tomo III, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1959, p. 180. «Creemos de aplicación el límite impuesto por el artículo 781, cuando se trata de instituciones sucesivas de heredero (confirmado también en un caso donde no existe sustitución fideicomisaria; art. 787). De no aplicar esta norma pudiera burlarse el espíritu desvinculador de la propiedad, que según tiene declarado la jurisprudencia, es asiento del Derecho patrio. Además, obsérvese que, aun considerando la sucesión del fideicomisario de residuo como de legatario (sucesor a título particular), habría que respetar la prohibición del 781 por imperativo del 789».

relictio pasa intacto al sustituto, y así sucesivamente, pudiera deslizarse en la serie de varias generaciones... no sería extraño que un heredero designado en tales condiciones creyese atemperarse mejor a la voluntad del testador, y «por delicadeza» dejase estar el caudal en sus manos sin verificar actos de disposición, y corriendo este pensamiento de sucesor en sucesor, se entrase en la sustitución fideicomisaria más descarnada»⁶³.

Ante esta teoría, y siguiendo aquí a Irúzun, «nos permitimos señalar que la vinculación que la ley de 1820 y el artículo 781 quieren evitar no surge por el hecho de que unos bienes permanezcan generación tras generación en una familia o pasen a unos sucesores en un orden preestablecido, sino por la «necesidad jurídica» de que así ocurra... pues esta consideración subjetiva de índole moral o sentimental, ni los sustrae del tráfico jurídico ni los torna inalienables o inembargables»⁶⁴.

Distinta es la posición de Jerónimo López, para quien la aplicación del límite del 2.º grado a todo fideicomiso de residuo procede de la asimilación, a efectos de régimen jurídico, entre la figura de la sustitución fideicomisaria del artículo 781 y aquellas otras «sustituciones fideicomisarias» donde se conceden amplias facultades dispositivas, dado que, para el autor, el deber de conservar no es una característica esencial de la figura⁶⁵. Por ello, su postura obedece a una cuestión de enfoque, ya tratada por el que escribe.

III.2 LÍMITE DE LA LEGÍTIMA EN LOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO

Pero no sólo resulta planteable la aplicación del límite previsto en el artículo 781 al fideicomiso de residuo, sino que también cabe la posibilidad de estudiar la incidencia del límite previsto en el artículo siguiente (art. 782) en las figuras fideicomisarias de residuo.

Ya vimos, con ocasión del estudio de esta restricción en la sustitución fideicomisaria, cómo su plasmación en el artículo 782 era reflejo de su afirmación como elemento esencial de nuestro sistema sucesorio en el artículo 813 párrafo segundo. No obstante, partiendo de las consideraciones realizadas en torno a la distinción entre fideicomiso *si aliquid supererit* y fideicomiso *de eo quod supererit*⁶⁶, sobre la que después

⁶³ DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de, *obra citada* (*Naturaleza jurídica de las disposiciones...*), p. 92.

⁶⁴ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 218.

⁶⁵ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, *obra citada*, páginas citadas. Para el autor, «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».

⁶⁶ La distinción entre fideicomiso *de eo quod supererit* y fideicomiso *si aliquid supererit* se concreta, básicamente, en que, mientras que en el primero cabe hablar de sustitución fideicomisaria por persistir en una determinada medida el deber de con-

insistiré, vemos cómo en el primer tipo de fideicomiso de residuo no existe sustitución fideicomisaria (cosa que sí se da en el fideicomiso *de eo quod supererit*), lo cual provoca la duda acerca de la aplicación de un límite establecido expresamente para esta clase de disposición fideicomisaria⁶⁷. Pues bien, si por la calificación dada al fideicomiso *si aliquid supererit* no le resultaría aplicable el artículo 782, todavía nos quedaría averiguar si el contenido de esta disposición se encuentra recogido por el artículo 813.2.º, con lo que, caso de llegarse a una conclusión afirmativa, tendríamos que sostener la existencia de la misma limitación⁶⁸. En mi opinión, que se utilice un orden de sucesión *mortis causa* sucesivo no implica que nos encontremos ante una sustitución. Pero, además, la posibilidad concedida al fiduciario de disponer, por las vías previstas testamentariamente, de todos los bienes fideicomitidos hace dudar de que nos encontremos frente a una figura que entrañe un gravamen, o implique una institución condicional (que caso de admitirse, recaería en la posición

servar en la posición jurídica del fiduciario, en el segundo –fideicomiso *si aliquid supererit*– la posición jurídica del fiduciario se encuentra configurada por un derecho de propiedad y por unos deberes, de carácter genérico, que poco tienen que ver con el derecho y los deberes, de carácter específico, que se hayan presentes en la posición jurídica del fiduciario dentro de la sustitución fideicomisaria, lo que permite calificarlo como una figura con naturaleza jurídica propia y diversa del resto de figuras fideicomisarias.

⁶⁷ FUENMAYOR DE CHAMPÍN, Amadeo, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 48, 59 y 60. «La disminución de los derechos del heredero forzoso se opera mediante la imposición sobre su cuota de gravamen, condición o sustitución de cualquier clase. Tal imposición viene prohibida por el artículo 813 en su párrafo segundo, reforzado en materia de sustituciones por los artículos 777 y 782...».

En este sentido resulta muy ilustrativa, por su amplitud, la postura de Vallet: VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales (art. 813)*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1978, pp. 148 a 150. / *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, *Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 1072 y 1073. / *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. III (2.ª edición revisada y aumentada), *Estudios dispersos sobre las legítimas*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 337 a 405. Para el autor, «el criterio de las leyes *Quoniam in prioribus y Scimus, Cum autem*, resulta implícitamente recogido en el artículo 813.2 del Código Civil... La solución consiste en entender que el legitimario ha sido instituido puramente en cuanto a la legítima, es decir: en considerar como no puesto el plazo, o en cuanto a ella, invalidado el primer llamamiento dispuesto a favor de otra persona, y, por tanto, entender al legitimario directamente llamado a esta porción, sin perjuicio de que, en cuanto al remanente que le haya sido asignado, siga aplazado su llamamiento y siendo válidos los antepuestos, respecto de cuyos beneficiarios continuará siendo fideicomisario».

⁶⁸ REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 463. Según la autora, «la intangibilidad se predica de la legítima en dos aspectos: el cuantitativo y el cualitativo. Éste último se desdobra a su vez, según las opiniones clásicas, en dos reglas: primera, que el legitimario tiene derecho a cobrar en bienes de la herencia; y segunda, que el legitimario tiene derecho a recibir su porción libre de cargas y gravámenes impuestos testamentariamente».

jurídica del fideicomisario como sostiene el Tribunal Supremo ⁶⁹). Todo lo cual hace que nos planteemos lo siguiente: dadas las peculiaridades propias del fideicomiso *si aliquid supererit*, ¿cabe la posibilidad de instituir a un legitimario como fiduciario?, y ¿como fideicomisario?

En mi opinión, instituir al legitimario como fideicomisario de un fideicomiso de residuo lo sitúa en una posición aún más gravosa que aquélla que se plantea cuando se le designa para ocupar alguna de las posiciones jurídicas —de fiduciario o de fideicomisario— en una sustitución fideicomisaria, ya que en este caso no sólo resultaría afectada la intangibilidad cualitativa de su legítima, sino que también, posiblemente, se vería dañada la cuantitativa. Por ello, independientemente de la naturaleza que otorguemos a la legítima —de *pars hereditatis* como hace Fuenmayor Champin ⁷⁰, entre otros; de *pars bonorum* como sostienen Vallet de Goytisoló ⁷¹, o Real Pérez ⁷²; como *pars valoris* defendido, minoritariamente, por González Palomino ⁷³; o, como *pars valoris bonorum*, tal y como mantiene Roca Sastre ⁷⁴— y como consecuencia de ello, al derecho del legitimario, resulta obvio que la intangibilidad que pretende preservarse en el artículo 813.2 se ve afectada en el caso de designarse al legitimario como fideicomisario de un fideicomiso de residuo que recae sobre aquellos bienes que quedan afectos al cumplimiento de lo que se establece en los artículos 806 ss. del Código Civil.

Ahora bien, negando, como hemos anticipado, la calificación de sustitución en el caso del fideicomiso *si aliquid supererit* y dejando, como hace

⁶⁹ La sentencia de 26 de noviembre de 1968 del T. S. parece que entiende aplicable lo establecido en el artículo 782 al fideicomiso de residuo. Algo que resulta coherente con la calificación que el alto tribunal da a esta clase de disposición fideicomisaria, pues, si para el TS se trata de una figura condicional, no le queda más remedio que, aplicando el artículo 813.2.º, negar la posibilidad de designar a un legitimario como titular de un fideicomiso de residuo.

⁷⁰ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *obra citada*, pp. 47 ss.

⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., además de las obras citadas, *vid.* «Significado jurídico y social de las legítimas y de la libertad de testar», *ADC*, 1966, pp. 9 a 17.

⁷² REAL PÉREZ, Alicia, *obra citada*, pp. 409 y 410. «Así pues, de entre todas las teorías expuestas, la más convincente parece ser aquélla, según la cual la legítima es *pars bonorum*. No obstante... pienso que hoy, en el sistema de nuestro Código Civil, la naturaleza de la legítima es plural... principalmente porque en nuestro Derecho el testador no está obligado a instituir heredero al legitimario y porque puede dejarle la legítima por cualquier título...».

⁷³ GONZÁLEZ PALOMINO, José, «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *RDP*, 1936, pp. 160 y 162. Según el autor, «... no se trata de una participación determinada en cosas de la naturaleza. La regulación particularizada de las diversas legítimas en el articulado del Código Civil, como cuotas del haber hereditario, en función de la definición de herencia del artículo 659, no está ni podría estar referida a cosas o partes corporales de cosas, sino cuotas matemáticas de un valor. Esto es, no a bienes y derechos, sino al valor de los bienes y de los derechos...».

⁷⁴ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «Naturaleza jurídica de la legítima», *RDP*, 1944, pp. 185 ss.

el testador en estas disposiciones, al arbitrio del fiduciario la disposición de los bienes fideicomitidos (incluso, a menudo, por transmisión *mortis causa*), no veo la dificultad de aplicar a estos supuestos el artículo 815⁷⁵. Todo lo cual me permitiría afirmar la posibilidad de instituir como fiduciario de un fideicomiso *si aliquid supererit* al legitimario⁷⁶, habida cuenta de que no nos encontraríamos, en este tipo de fideicomiso de residuo, ante una carga de carácter real que pudiera afectar la intangibilidad aludida.

Unido a esta serie de consideraciones cabría señalar otro argumento útil en que apoyar la tesis expuesta. A mi juicio, la legítima tendría que conectarse con el derecho⁷⁷ que se concede al sujeto legalmente determinado. De este modo, si lo que se persigue por la ley es atribuir al legitimario un derecho pleno, libre de cargas, sobre una parte de los bienes de la herencia, no aprecio obstáculo en admitir que se le designe como fiduciario de un fideicomiso *si aliquid supererit*, ya que la efectividad, la plenitud⁷⁸ y la libertad de actuación que concede el derecho de propiedad en este tipo de fideicomisos al llamado en primer lugar no entra en colisión con aquel otro derecho que legalmente se le reconoce (derecho a la legítima).

Por el contrario, como ya dejaba apuntado anteriormente, llego a la conclusión opuesta en aquellas disposiciones testamentarias en las que se viene a establecer por el testador un fideicomiso *de eo quod supererit*. La negación de dicha posibilidad emana de la misma naturaleza jurídica de la figura. En ella⁷⁹ existe un elemento determinante que no concurre en el fideicomiso *si aliquid supererit*. Me refiero al deber de conservar; deber que, aun pudiendo ser insignificante desde el punto de vista cuantitativo (en cuanto al conjunto de bienes sujetos a vinculación), grava la posición jurídica del sujeto instituido, y por ello, su derecho (lo que lleva a la aplicación tanto del artículo 782, como del artículo 813.2.º del Código Civil). De esta manera, si

⁷⁵ Artículo 815 del CC: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma». De este precepto se extrae el argumento legal que permite al testador dejar a un legitimario su parte por cualquier título adecuado a tal fin.

⁷⁶ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, *obra citada*, pp. 185 ss. «El causante en conformidad con el artículo 815, puede libremente elegir la forma jurídica de este cumplimiento (se refiere al cumplimiento del deber legitimario) tanto respecto de su configuración, como en cuanto a la expresión objetiva del valor que destina o asigna a los legitimarios (inmuebles, muebles, valores, etc.)».

⁷⁷ REAL PÉREZ, Alicia, *obra citada*, p. 365. «Con independencia de lo que la legítima sea, lo cierto es que desde el punto de vista del legitimario, éste tiene derecho a la legítima. Para averiguar el alcance y la naturaleza de un derecho concreto es imprescindible analizar el ámbito de poder que en ese caso concede la Ley al titular...».

⁷⁸ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *obra citada*, pág. 162. Para el autor, «en el pleno dominio, la eficacia es total y la satisfacción (o al menos la posibilidad de la inmediata satisfacción) es absoluta. El valor de la cosa no sufre deducción alguna».

⁷⁹ Figura donde, veíamos, cabe hablar de una sustitución fideicomisaria por configurarse en torno a los deberes esenciales de conservar y restituir, en mayor o en menor medida. los bienes fideicomitidos.

permitiéramos designar a un legitimario para ocupar la posición de fiduciario dentro de un fideicomiso *de eo quod supererit*, estaríamos atentando la intangibilidad de la legítima, algo que, como sabemos, se prohíbe.

Cosa distinta de lo anterior sería establecer, por el testador, una especie de «cautela Socini», en virtud de la cual se concediera la posibilidad al instituido como heredero-fiduciario de escoger entre aceptar los términos de la disposición por la que quedan los bienes hereditarios sujetos a un fideicomiso *de eo quod supererit*, o recibir la legítima estricta, renunciando a su posición de fiduciario.

A mi juicio, partiendo de la aceptación general de la «cautela Socini» en nuestro sistema sucesorio, no existiría inconveniente alguno para hacerlo del modo señalado.

IV. REFLEXIONES EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS COMO DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

IV.1 ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO *VOLUNTAS EXSPECTANDA*

Como punto de partida en el tema de la interpretación, debemos retomar una idea que dejé apuntada anteriormente: la voluntad del disponente a la hora de establecer una sustitución fideicomisaria debe ser clara y constar en testamento. No se admiten voluntades secretas, o confidenciales, que no consten en un documento que reúna las formalidades necesarias para considerarse como testamento.

Lo que ocurre es que, al existir varios modos de cumplir con las formalidades testamentarias (abierto, cerrado u ológrafo), en no todos ellos tendrán igual incidencia los medios o instrumentos hermenéuticos, por la sencilla razón de que en alguno de los mismos (el abierto) interviene un sujeto, notario, «perito» en la materia civil. En cambio, en los otros modos o formas testamentarias (la cerrada y la ológrafa) la intervención del notario es mínima, o no existe; siendo el propio disponente quien, con sus términos y expresiones, configura las disposiciones testamentarias. Resulta clara la diferencia, ya que con la intervención del notario recogiendo la intención del testador se produce una auténtica interpretación por parte de aquél, que procurará conformar dicha voluntad dispositiva *mortis causa* a nociones o instituciones normativas que tengan trascendencia jurídica (art. 147 del Reglamento) ⁸⁰.

⁸⁰ Artículo 147 del Reglamento Notarial: «los notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia».

Pero el notario, a la vez que desarrolla una labor de adaptación ⁸¹ o conformación de la voluntad del testador para lograr su eficacia desde el punto de vista jurídico, debe actuar siempre teniendo como límite infranqueable de su labor la voluntad real del declarante ⁸².

En esta línea, llega Irúzun a una conclusión clara: «La labor notarial tiene algo de mayéutica. El notario, a través de una exploración detenida y profunda, ha de hacer nacer la propia voluntad testamentaria, captando todos sus matices, incluso aquellos que el mismo testador no ha previsto». En resumen, «conocida que sea la voluntad del testador en todos los planos y matices necesarios para la creación del negocio jurídico, el notario la interpreta, la modela y formula técnicamente, y la plasma en el documento para que se cumpla dentro de los cauces legales y límites permitidos» ⁸³.

Estas ideas señaladas con ocasión del tratamiento del testamento abierto nos conducen a una conclusión de enorme trascendencia en materia interpretativa: resulta fundamental diferenciar entre contenido y expresión (entre determinación fáctica y determinación jurídica) de las disposiciones testamentarias, ya que en este tipo de testamento en que participa el notario de manera activa, si bien formalmente la voluntad es la del testador, de hecho, el texto en que se plasma o expresa, no lo es. Ello conduce a aplicar los criterios interpretativos de manera singular, obviando incluso, si ello fuera necesario, determinadas expresiones que no corresponden al lenguaje propio del causante para, de este modo, desentrañar el verdadero contenido de la disposición ⁸⁴.

Como vemos, los problemas de índole interpretativa que surgen son de mayor calado de lo que, a primera vista, pudiera pensarse.

⁸¹ PUIG BRUTAU, José, «La interpretación del testamento en la jurisprudencia», *AAMN*, tomo XIII, p. 512. Según el autor: «Los Notarios son los intérpretes de una voluntad que se manifiesta con la decisión y firmeza de los actos que han de durar después de la muerte; pero en muchos casos, sin que el declarante tenga visión exacta de todas las consecuencias de su querer. La voluntad del testador puede manifestarse con gran libertad, pero en ocasiones sin que conozca la mejor manera de hacerlo para alcanzar lo que se propone... Muchas veces no puede limitarse a ser un traductor de la voluntad ajena, y más bien le corresponde una labor de adaptación».

⁸² IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 191. El autor, en la línea seguida aquí por mí, realiza una reflexión: «Con humildad hemos de reconocer que si el testamento es abierto, la censura es más contra el Notario que contra el tribunal. Porque, ¿quién si no el Notario autorizante del testamento es el responsable de que en él se exprese la voluntad real del testador? Tampoco ha de contentarse el Notario con transcribir las palabras vulgares con que el testador suele expresarse... El Notario se encuentra ante un testador que enuncia su voluntad en cuanto a la obtención de un determinado resultado empírico y, aparentemente, no sabe ni quiere más».

⁸³ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 193 y 194.

⁸⁴ JORDANO BAREA, Juan B., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1990, tomo IX, vol. 1.º-A, p. 249. En este sentido recoge el autor una Resolución de 25 de septiembre de 1987 de la Dirección General de los Registros del Notariado.

De modo diverso⁸⁵ a como procedimos en el testamento abierto debe actuarse en el caso de los testamentos ológrafo y cerrado, donde, ante la ausencia de participación del notario en su redacción, deberán emplearse todos los medios interpretativos al alcance del sujeto escogido para ejecutar la última voluntad del testador. Sólo así conseguiremos indagar el auténtico sentido de sus disposiciones⁸⁶, procurando su adecuación al ordenamiento sucesorio.

Es precisamente en estos supuestos donde encuentra su perfecta ubicación el principio «rey» en la materia; me refiero al principio *voluntas exspectanda*. En virtud del mismo, hay que estar a la voluntad del testador como pauta a seguir, dejando de lado otros principios que, en cambio, concurren en otro negocio jurídico como el contrato⁸⁷.

La explicación de la relevancia de dicho principio para la sucesión testada resulta superflua, no así el hallazgo de su fundamentación. La última *ratio* de su preponderancia se discute por gran parte de la doctrina. Jordano reproduce en sus obras⁸⁸ la postura de distintos autores (Barassi, Ossorio Morales, Röver, Ferrer Correia y Varela, entre otros)⁸⁹,

⁸⁵ Pese a que la ley no hace distinción entre los tipos de testamento a la hora de establecer una regulación general del negocio, por ejemplo en el artículo 675, nosotros a la vista de las razones aportadas y de otros datos que cabría señalar debemos insistir en la existencia de esta diversidad, lo que nos conduce a negar la aplicación de la máxima «*ubi lex no distinguit...*».

⁸⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución», *RDN*, 1981, p. 348. «Pienso que, hoy, es doble deber nuestro, de los juristas y en concreto de quienes somos juristas prácticos: de una parte, el de guardar para expresarnos y entendernos el rigor técnico de las palabras que expresan la realidad de las cosas y fenómenos que el derecho contempla; y, de otra parte, el de buscar la verdadera intención práctica o empírica de los otorgantes, y en concreto de los testadores, por encima de sus palabras cuando ellos las expresen. Así nuestros ojos deben observar, para seguir el ejemplo de unos y otros, a los juristas romanos en su esfuerzo por expresar el *numen* con el *nomen*, en todo *verbum iuris*; y, de otra, a los glosadores y comentaristas, en su tarea de dar eficacia del mejor modo posible a la voluntad del testador por encima del valor formal de las palabras, aunque teniéndolas rigurosamente en cuenta para captar la intención que tratan de expresar».

⁸⁷ En el contrato se conjuga o pondera la voluntad de los contratantes con los principios de protección de la apariencia y de autorresponsabilidad de los propios intervinientes.

⁸⁸ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 17 ss., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1990, tomo IX, vol. 1^o-A, pp. 212 ss. «La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento», *Revista de Derecho español y americano*, 1960, núm. 23, pp. 229 ss., *Teoría general del testamento*, Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. Ignacio Serrano, vol. I, Valladolid, 1965, pp. 431 ss.

⁸⁹ BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3^a edición, Milán, 1947, p. 372; OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pp. 409 y 410; FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955, pp. 268 ss.; VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, 1950; ESPÍN CAÑOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español*; vol. V, Madrid, 1957, pp. 237 y 238; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, p. 77.

que pretenden hallar la razón de la aplicación exclusiva del principio *voluntas expectanda* al testamento.

Jordano en sus trabajos dedicados a la materia, tras estudiar los razonamientos dados por los diversos autores, ya citados, considera que la aplicación a ultranza de este principio con exclusión de otros encuentra su fundamentación en la peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad. De este modo, la razón principal residiría en ser el testamento un negocio jurídico consistente en una declaración de voluntad independiente de las relaciones que puedan surgir después de su perfección ⁹⁰.

En mi opinión, el fundamento, ciertamente, posee naturaleza compleja, pero dista de algún modo del ofrecido por el autor precedente. Comparto la idea de que el testamento se configura como un negocio jurídico perfecto tras superarse la fase de formalización de la declaración de voluntad del otorgante, pero estimo que la exclusión de otros posibles principios en la fase interpretativa se debe al hecho de que nadie, fundamentalmente los designados en el documento, pueda a la vista de la apariencia de lo declarado tomar decisiones que de manera conjunta con la declaración de voluntad del testador formen un negocio. Es decir, que la naturaleza unilateral y no recepticia del testamento impedirá la conjunción o encuentro, con relevancia jurídica, entre el testamento y una declaración posterior. Con lo cual, nadie, en una primera instancia, puede obligarse a la vista del contenido del mismo. Y si esto, como parece, es así, ¿cómo aplicar otros principios que no sean el de *voluntas expectanda*, que prescindiendo de otro tipo de consideraciones, persigue el discernimiento de la voluntad del testador?

La necesidad del previo esclarecimiento de la precisa voluntad del testador resulta esencial para darle el debido cumplimiento que corresponde.

Esto, que no supone ninguna novedad en el campo de las sucesiones, resulta de vital importancia en la sustitución fideicomisaria dado el tenor de los artículos encargados de su regulación (arts. 781 ss.), como más adelante veremos.

El alumbramiento que, en los testamentos cerrado y ológrafo, proporciona el principio *voluntas expectanda*, presenta perfiles propios y

⁹⁰ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, p. 37. También en *Comentarios al Código Civil...*, pp. 222 a 225. Según el autor, «la razón de fondo en la aplicación del principio citado aparece analizando las características del acto de testar... No podemos captar la esencia propia del acto de última voluntad sin distinguir un doble estadio de relevancia jurídica: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad. Una vez formado, el acto adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, con todas las consecuencias inherentes... En cambio, para la generalidad, el acto es jurídicamente irrelevante en cuanto tal, o sea como negocio jurídico, en la etapa *ante mortem*».

atenuados en el caso del testamento abierto. No debe olvidarse, como indicaba anteriormente, la labor de ajuste a términos jurídicos realizada por el notario ante la declaración de voluntad del testador. No obstante, esta simultánea «interpretación» a la formación del negocio no exime de que en la interpretación *stricto sensu* desarrollada tras la muerte de su autor, se proceda, partiendo de la terminología técnico-jurídica empleada, a la fijación de la voluntad real del causante.

IV.2 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 783.1 Y 785.1 DEL CÓDIGO CIVIL: DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIONES EXPRESAS Y TÁCITAS

Antes de introducirme en los instrumentos hermenéuticos utilizables en materia testamentaria, veo necesario esclarecer el sentido que poseen los artículos 783.1 y 785.1, en sede de sustitución fideicomisaria. Para ello, recorro a la autoridad de un trabajo sobre el tema, de Vallet de Goytisolo, por recoger las diversas tendencias doctrinales que existen al respecto.

El planteamiento de la cuestión no es vano, dado que no debemos olvidar, que los artículos claves sobre interpretación testamentaria (arts. 675 y concordantes del Código Civil) parecen pugnar con lo que establecen los anteriores. Así, junto a la aplicación del artículo 675, clave en esta sede, nos encontramos con otros preceptos como el 773. Artículo que cumple la función de completar el sentido del artículo anterior, y reforzar la interpretación subjetiva como pauta ⁹¹.

En virtud del artículo 675.1 del Código Civil, parece ser posible la utilización de documentos externos al testamento para averiguar el sentido de las expresiones utilizadas por el causante, pero siempre que exista una voluntad expresa del mismo en el testamento ⁹². En este sentido, existe ya hoy jurisprudencia: Sentencias de 3 de junio de 1942; de 6 de marzo de 1944; de 1 de junio de 1946; de 3 de junio de 1947; de 3 de marzo de 1965; de 5 de octubre de 1970; de 18 de junio de 1979; y, de manera más reciente, las de 26 de marzo de 1983; de 29 de enero de 1985 y de 9 de junio y 2 de noviembre de 1987, todas del Tribunal Supremo.

⁹¹ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, *Comentarios al Código Civil...*, p. 226. Escribe el autor: «Por otro lado, el artículo 773, párrafo 1.º, cualquiera que sea su posible inteligencia, viene a respaldar la interpretación, acorde con la verdadera teoría subjetivista, que del artículo 675 propugnamos».

⁹² JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, pp. 85 ss. Según el autor, «la indagación de la *voluntas testantis* puede hacerse con el subsidio de cualquier medio o elemento interpretativo, intrínseco o extrínseco. No hay más restricción que la derivada del carácter formal del testamento, limitación que, en realidad, no afecta a los posibles medios de interpretación, sino a la relevancia hermenéutica de una voluntad totalmente inexpresada o inconciliable con la declaración testamentaria».

En cambio, de los artículos 783.1 y 785.1 ⁹³ parece extraerse un criterio diverso a la hora de aceptar la llamada prueba extrínseca en el momento de interpretar la declaración del causante.

Ante esta situación normativa, cabe plantearse: ¿son incompatibles estos artículos?

A juicio de Roca Sastre «el artículo 783.1 del Código Civil es una excepción que impide la actuación del artículo 675 en cuanto a la interpretación constructiva conjetural de la voluntad testamentaria en materia de llamamientos a la sustitución fideicomisaria» ⁹⁴.

Vallet de Goytisolo, estableciendo una diferenciación necesaria, sale al paso de esta afirmación, y sostiene que «en los llamamientos *si sine liberis decesserit* (como fideicomisos condicionales) no caben conjeturas extratestamentarias, es decir, no deducidas del tenor del mismo, por impedirlo los artículos 783.1 y 785.1, pero sí que se puede y debe interpretar la voluntad del testador, según el tenor del testamento... Se prohíben las conjeturas extratestamentarias, pero no se pueden entender exceptuadas las conjeturas testamentarias» ⁹⁵. Es decir, una cosa es la interpretación y determinación de la voluntad dispositiva, basada en los términos empleados en el testamento; y otra cosa distinta, basarse en elementos externos al testamento para entresacar, o reconstruir, de sus palabras, una sustitución fideicomisaria. Esto último, en virtud de la interpretación de los artículos 783 y 785 no es posible.

De este modo, parece que estos preceptos vendrían a suponer un recorte al ámbito de aplicación del artículo 675.1 que, perfilado por la jurisprudencia, marca los criterios generales en la interpretación testamentaria. Esta especificidad en materia interpretativa se produciría por el rechazo que, en el caso de la sustitución fideicomisaria, surge respecto de la aceptación de la prueba extrínseca; algo que, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, cabe, de modo general, en la interpretación de las disposiciones testamentarias (*ex* artículo 675).

Dejando por un momento el estudio del alcance de la prueba extrínseca en las figuras fideicomisarias, debe recalarse que lo que sí cabe es desarrollar una interpretación flexible de la declaración fijada por el causante, con base en una voluntad expresa de establecer un fideicomiso. Es decir, a mi juicio, el término «expreso» o «de manera expresa», recogido en los artículos estudiados, debe entenderse en el sentido de no existir

⁹³ Artículo 783.1: «Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos».

⁹⁴ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «Dictamen sobre los fideicomisos “*si sine liberis decesserit*”», *Revista Internacional del Notariado*, núm. 45. Esta afirmación la realiza este autor con ocasión del planteamiento de otra cuestión: ¿en los llamamientos *si sine liberis decesserit* cabe la posibilidad de un fideicomiso presunto?

⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Notas para la interpretación del artículo 783.1 y 785.1 del Código Civil», *A. D. C.*, tomo XIV, 1961, p. 141.

dudas sobre la voluntad del testador de crear una sustitución fideicomisaria, y no referirlo a la fórmula verbal empleada o utilizada para establecerla. Como puede observarse, la solución a muchos de los problemas que puedan surgir en la labor interpretativa pasa por determinar el sentido de la expresión «de manera expresa».

Aunque me he apresurado en adelantar cuál es mi opinión sobre el sentido de este término (expreso), no ha sido, ni el único, ni el mayoritariamente defendido en la doctrina. Así, Manresa dice que la interpretación de estos artículos no debe ser otra que la de establecer «una prohibición de los fideicomisos confidenciales o secretos»⁹⁶.

Sánchez Román, siguiendo el mismo criterio que Manresa, se centró en la afirmación de que «el artículo 783.1 no puede significar otra cosa que la necesidad de designar expresamente el nombre del heredero fideicomisario, no pudiendo, hacer designación de un modo secreto o reservado, declarándola únicamente al fiduciario. El llamamiento ha de ser sobre personas ciertas y determinadas, no pudiendo quedar el nombramiento al arbitrio o la conciencia del primer llamado».⁹⁷

Pero estimo que el significado que estos autores atribuyen a la citada expresión vacía de contenido los artículos 783.1 y 785.1, puesto que la solución al problema de los fideicomisos secretos cabe hallarla en el apartado 4.º del artículo 785 del Código Civil.

Por todo lo cual me reafirmo en mi postura, y comparto la opinión de autores como Scaevola⁹⁸, Castán⁹⁹ o Borrell y Soler¹⁰⁰, que han seguido esta orientación.

Para reconducir la cuestión del análisis de las expresiones «expresos» (art. 783.1) y «de manera expresa» (art. 785.1) dentro de la interpretación que actualmente se viene dando a las mismas, es recomendable recurrir a

⁹⁶ MANRESA Y NAVARRO, José M.ª, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Reus, Madrid, 1921, p. 155. La afirmación de este autor es comprensible si se recuerda que de manera previa a la promulgación del Código Civil, y basándose en las Partidas, la jurisprudencia y alguna doctrina (Joaquín Costa) habían aceptado la posibilidad de la designación confidencial, o incluso presunta, del fideicomisario (fundando dicha presunción en conjeturas extratestamentarias).

⁹⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, 2.ª edición, Madrid, 1910, pp. 696 ss.

⁹⁸ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, comentado y concordado extensamente*, tomo XIII, 5.ª edición, Madrid, 1934, pp. 736 ss. Según éste, «allí donde se exige que la sustitución sea expresa, quiso decirse en realidad que fuera imperativa, esto es, que contenga la demostración de que el testador establece la sustitución fideicomisaria por su propio imperio, y no abandonándola a la voluntad de los herederos del fiduciario».

⁹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, Madrid, 1939, pp. 244 ss. En la línea del último autor citado, Castán recurre al principio espiritualista presente en nuestro Ordenamiento para reivindicar una relajación en el excesivo rigor formal en las declaraciones de voluntad.

¹⁰⁰ BORRELL Y SOLER, Antonio M., *Derecho Civil español*, tomo I, Barcelona, 1954, p. 133.

los parámetros establecidos en el artículo 3.1.º del Código Civil, algo que resulta de suma importancia a efectos de determinar la naturaleza de la declaración de voluntad que ha de emitir el testador. Así, convendría distinguir entre dos conceptos, expreso y tácito, que siendo predicables de cualquier declaración, también pueden serlo de la emitida en el testamento por el causante.

Esta distinción nos permitirá saber cuando, por tratarse de una declaración tácita, nos encontramos ante una declaración proscrita por los artículos objeto de estudio.

Pero, para alcanzar el auténtico sentido de lo que deba entenderse por declaración expresa en sede de sustitución fideicomisaria, tendremos que partir de aquellas distinciones que de manera general abordan la cuestión ¹⁰¹. Sólo así lograremos determinar el tipo de declaración que puede servirnos de base para desarrollar la labor interpretativa.

El primero que aborda la cuestión seriamente, con ocasión de un estudio sobre Derecho Foral, es Roca Sastre. Según él, «en las regiones de Derecho romano cabe el fideicomiso tácito, o sea, aquel en el cual el gravamen fideicomisario se induce a través de una interpretación lógica de la voluntad del testador y a base de conjeturas o presunciones. El fideicomiso expreso surge de una simple interpretación literal; el tácito aparece gracias a una interpretación intencional» ¹⁰². Este autor, sin desarrollar la diferenciación hasta sus últimos extremos, comienza a dar alguna de las claves para concretar qué debe entenderse por declaración expresa en el establecimiento de una figura fideicomisaria.

Vallet, ahondando en esta distinción realizada, desarrolla unas precisiones terminológicas, a su juicio necesarias, señalando lo que se entiende por tácito, presunto, formal y expreso. Dice: «Tácitamente y presuntamente... se interfieren en parte y difieren también en parte. Presumir es sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello. Tácitamente significa, además de secretamente, con silencio, sin expresión o declaración formal. Es decir: lo presunto puede basarse en indicios ajenos a toda expresión; lo tácito requiere una expresión, que puede ser sin palabras por hechos concluyentes, o con palabras sin expresión formal, pero sí cierta. Buscar lo voluntad presunta, es indagar la voluntad no manifestada; deducir la voluntad tácita es buscar una voluntad expresada por

¹⁰¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, pp. 187 y 188. Según el profesor Clavería, «declaración expresa será, sencillamente, aquella realizada mediante signos (lenguaje escrito, hablado o mímico, comportamientos determinados) que denoten directamente la voluntad declarada; declaración tácita será, por el contrario, la que se infiere indirectamente de una conducta dotada de un significado propio y distinto de ella pero incompatible con una voluntad diferente de aquella en que dicha declaración consiste».

¹⁰² ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Estudios de Derecho Privado*, tomo II (Sucesiones), Madrid, 1948, pp. 40 ss.

hechos, aunque sin palabras, o bien con palabras no formales». Partiendo de este planteamiento, son lógicas, aunque discutibles, las conclusiones que sigue el autor: «lo presunto y lo expreso se contraponen siempre. Lo tácito y lo formal (en su sentido de «con formalidad») también se contraponen. En cambio, lo expreso y lo tácito no se contraponen más que en el caso de que aquello signifique lo verbalmente expresado y lo tácito signifique lo expresado con hechos, pero sin palabras; pero, no se contraponen cuando éste (lo tácito) significa lo expresado sin declaración formal, aunque sí verbalmente, de modo directo o indirecto»¹⁰³.

Estimo discutibles estas conclusiones, porque parten de un planteamiento que entremezcla tipos de declaraciones, con modos de manifestarlas. No conviene olvidar que el modo de expresar la declaración debe ser por escrito y sujeta a forma testamentaria.

Por todo ello, la declaración expresa será aquella que plasma una voluntad inequívoca de establecer una figura fideicomisaria, sin necesidad de recurrir a eso que llamaba Roca Sastre una interpretación intencional¹⁰⁴.

Una vez aceptado el concepto de declaración expresa en el sentido de declaración inequívoca, que no permite apreciar una voluntad diversa de aquella que supone el establecimiento de un fideicomiso, el siguiente paso será determinar el modo de actuar de los preceptos (arts. 675 y concordantes) que se ocupan de regular la función interpretativa en sede de sucesiones.

En la línea aquí defendida, el Tribunal Supremo, en sentencias de 30 de enero de 1928 y 4 de marzo de 1952, afirmó «que es preciso coordinar el sentido literal de la cláusula con la aspiración o finalidad que presidió la formación de los testamentos. El criterio de admitir un esfuerzo interpretativo para deducir la disposición de una sustitución fideicomisaria y de aceptar conjeturas apoyadas en el tenor del testamento, fue, pues, aplicado con verdadera amplitud»¹⁰⁵.

¹⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Notas para la interpretación...*, p. 156.

¹⁰⁴ JORDANO BAREA, Juan B., «“Pseudousufructo testamentario” y sustitución fideicomisaria» (II. Dictámenes), *A. D. C.*, 1957, pp. 1181 y 1182. Sostiene el autor: «... En una palabra, el Código Civil no admite los llamamientos conjeturales, pero, en su sistema, para que exista sustitución fideicomisaria, no es absolutamente necesario que el testador utilice esta expresión, bastando con que de su disposición se desprenda inequívocamente que tiene uno de los contenidos posibles de esta figura. Quiere ello decir que la sustitución fideicomisaria puede resultar establecida no sólo *apertis verbis*, sino también *re ipsa*, substancialmente, como ha reconocido nuestro TS en la importante sentencia de 6 de marzo de 1944».

¹⁰⁵ De esta jurisprudencia cabe extraer dos ideas fundamentales:

– Se acepta el sentido de declaración expresa como declaración clara e indubitada de establecer una figura fideicomisaria.

– Se admite con base en la declaración testamentaria la utilización de la prueba extrínseca; con lo cual el concurso del artículo 675.1 CC en la interpretación de la disposición no presenta dudas.

Si concluimos, que, conforme a lo dicho anteriormente y a lo manifestado por Vallet ¹⁰⁶ entre otros, la orientación de los artículos 783.1 y 785.1 es desterrar cualquier posibilidad de una declaración tácita en que fundar una disposición fideicomisaria, no encuentro ningún obstáculo que impida desarrollar una interpretación de carácter subjetivo tal y como establecen los artículos 675.1 y concordantes del Código Civil. Es decir, una vez detectada en el testamento la voluntad clara de establecer una disposición fideicomisaria ¹⁰⁷, se aplicarían todos aquellos criterios interpretativos destinados a fijar el contenido de la misma, utilizando para ello, si es preciso, la prueba extrínseca.

IV.3 DETERMINACIÓN DE LOS MEDIOS INTERPRETATIVOS APLICABLES

IV.3.1 Posible aplicación de alguno de los medios hermenéuticos empleados en sede contractual

Decía que, en el caso de los testamentos cerrado y ológrafo, deben utilizarse todos los medios hermenéuticos posibles, sin perder de vista la naturaleza de la institución tratada. Pero, ¿cuáles son estos medios o instrumentos interpretativos aplicables? ¿Posee alguna particularidad la interpretación de una disposición testamentaria que establezca una sustitución fideicomisaria?

Partiendo del principio *voluntas exspectanda* como criterio rector en materia interpretativa de testamentos, y una vez puesta de manifiesto la compatibilidad del régimen de la sustitución fideicomisaria con el artículo 675 del Código Civil, creo que debemos descender al articulado del Código para ver cuál puede ser la concreción del susodicho principio.

Doctrina autorizada en la materia ¹⁰⁸, cuando se ocupa de las normas interpretativas, señala una serie de artículos inspirados en el mencionado

¹⁰⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *obra citada*, pp.152 y 153; Vallet, en un intento sistematizador, pretende desentrañar la amplitud de la restricción que se establece en los artículos 783.1 y 785.1 en cuanto a los medios utilizados para establecer o inferir una disposición fideicomisaria. De este modo, él expone tres frentes que la citada restricción vendría a combatir.

¹⁰⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *obra citada*, pp. 159 y 154. El caso de duda, según Vallet, «no se refiere al mero supuesto de ser opinable la interpretación, sino de ser imposible resolver las dudas con una interpretación racional profunda». Ante la imposibilidad de decidir si hay o no sustitución fideicomisaria, debe resolverse en sentido negativo. Por ello, «si no se dá la denominación de fideicomiso o sustitución fideicomisaria, ni resulta impuesta una obligación terminante que la equivalga, los simples ruegos, súplicas o recomendaciones no parecen suficientes para establecer una sustitución fideicomisaria. A no ser, es claro, que se pueda deducir del tenor de otras expresiones del testamento (conforme al art. 675 CC) que la voluntad del testador fue la de imponer la sustitución ineludiblemente».

¹⁰⁸ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, pp. 47 y ss. También *Comentarios al Código Civil...*, pp. 230 y 231.

criterio, y por ello, concordantes con el 675, como son: 346, 347, 668.2, 747, 749, 751, 768 a 772.3, 779, 780 y 864.

No obstante, y a pesar de haber aceptado la aplicabilidad del artículo 675 en sede de sustituciones fideicomisarias, considero que del resto de artículos mencionados, algunos no tendrían cabida en la interpretación de la figura citada por implicar una contradicción con la propia configuración de la misma. En este caso nos encontramos con el artículo 751¹⁰⁹ que supone una cierta inconcreción del sujeto beneficiado; algo que, si bien cabría plantear teóricamente, sería totalmente inviable en cualquiera de las posiciones a determinar (del fiduciario o del fideicomisario).

Otros artículos no serían aplicables, simplemente, al no poderse generar el supuesto de hecho que contemplan en la sustitución fideicomisaria. Sería el caso del artículo 780¹¹⁰. Este artículo tiene un difícil encaje en la sustitución fideicomisaria, ya que, partiendo del dato conocido de ser el fideicomisario un heredero, necesariamente se deduce esta conclusión: siendo el fideicomisario heredero, al igual que el fiduciario, desde la muerte del testador, ambas se perfilan como titularidades independientes, destinadas a ocupar, en la generalidad de los casos, una posición jurídica diversa; aunque las mismas sean sucesivas en cuanto al poder jurídico sobre idénticos bienes. De ahí que, el planteamiento deba ser diverso, puesto que lo que puede afectar al fideicomisario son las cargas o condiciones que afectan a los bienes fideicomitidos, pero no las cargas o gravámenes que pesen sobre la titularidad del fiduciario¹¹¹.

Por otro lado, siguiendo el criterio sentado hasta el momento acerca de los fideicomisos presuntos, habría que rechazar la aplicación de los artículos que pretenden establecer la voluntad presunta del testador¹¹². Una cosa sería partir de una voluntad expresa de establecer un fideicomiso (necesaria según los arts. 783.1 y 785.1) para posteriormente desarrollar una labor de interpretación sobre la disposición, y otra bien dis-

¹⁰⁹ Artículo 751: «La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado».

¹¹⁰ Artículo 780: «El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido».

¹¹¹ Esta conclusión sería la lógica siempre que todo transcurriese según lo previsto por el testador (primero el fiduciario, y tras éste el fideicomisario). Ahora bien, si el fiduciario, por cualquier motivo no quiere, o no puede, heredar, el planteamiento ha de ser diverso: en tal supuesto entraría a operar la sustitución vulgar, y como consecuencia se aplicaría el artículo 780.

¹¹² JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, p. 56. Según el autor, «los artículos 747, 749, 751, son normas supletorias de integración que presuponen ya terminada la fase interpretativa; únicamente entran en juego cuando por vía interpretativa no se puede llegar a ningún resultado acerca de los extremos en ellas contemplados. El artículo 768 establece simplemente una presunción *iuris tantum*. Finalmente, los artículos 769, 770, 771, 772.3, 779 y 780, inspirados en la voluntad presumible media del testador».

tinta, utilizar una suerte de presunciones que ayudaran a integrar una voluntad inexpresada. Lo primero se encuentra dentro de lo permitido por el régimen jurídico de la figura, lo cual faculta al intérprete para, siguiendo una interpretación de carácter subjetivo, utilizar aquellos preceptos que como el 675.1 o el 773 buscan la determinación de la *voluntas testantis*.

Por ello, aunque hemos de rechazar aquellos preceptos que, en palabras de Jordano ¹¹³, implican «normas interpretativas particulares», sin embargo, lo que sí sería apreciable y reconducible a la figura objeto de estudio es el espíritu de todas estas normas en cuanto que pretenden preservar la auténtica voluntad del testador de establecer una determinada disposición (en nuestro caso de sustitución fideicomisaria), aunque para ello se deba recurrir a elementos externos al testamento para esclarecer las expresiones o terminología utilizada para concretar dicha disposición.

De este modo, debemos concluir que los artículos 783.1 y 785.1 tienen como función delimitar la manera de establecer una figura fideicomisaria, y como consecuencia de lo anterior, prohibir cualquier labor interpretativa o integradora destinada a inferir de una voluntad no concluyente una figura tal. Pero, a mi juicio, no restringe el ámbito de actuación de los artículos 675.1 y concordantes orientados a una interpretación subjetiva ¹¹⁴.

¿Son sólo los últimamente tratados los instrumentos hermenéuticos aplicables para esclarecer el contenido de la disposición fideicomisaria?, o ¿existen otros?

Esta cuestión se discute en un ámbito mayor, en relación a cualquier disposición testamentaria, preguntándose la doctrina por la aplicación de los artículos que abordan la interpretación en sede de contratos.

En cuanto a la aplicación de las citadas normas (arts. 1281 a 1289), Jordano Barea sostiene que «no pueden aplicarse directamente a los testamentos». No obstante, estas normas «forman dos grupos: el primero, constituido por los artículos 1281 a 1283 y el 1285, tienen como objeto la determinación en concreto de la voluntad de las partes contratantes (son reglas de interpretación subjetiva, con función preferentemente reconocitiva); el segundo grupo, constituido por los artículos 1286 a 1289, tienen una función preferentemente integradora, resolviendo los casos de ambigüedad u oscuridad» ¹¹⁵.

¹¹³ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, pp. 55 ss.

¹¹⁴ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, pág. 47. Sostiene Jordano que: «la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser la preferente en tesis general, es también la que debe juzgarse consagrada en el Derecho positivo español».

¹¹⁵ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, pp. 58 y 59. También *Comentarios al Código Civil...*, pp. 231 a 240. Partiendo de esta distinción de normas interpretativas en atención a la finalidad que persiguen, Jordano sostiene que «las reglas de interpretación subjetiva de los contratos, convenientemente adaptadas a las especiales

Dentro de las pautas indicadas por el autor anterior, sostiene Castán Vázquez que «parece que debemos aceptar en términos generales la aplicabilidad de las reglas de interpretación de los contratos a la interpretación del testamento»¹¹⁶.

Se rechaza, o no, que en estos artículos se encuentran los criterios interpretativos para indagar la voluntad hipotética o conjetural, los mismos no resultan aplicables a la sustitución fideicomisaria. La razón puede buscarse en el propio significado de la noción de voluntad hipotética o conjetural. Si decíamos que, en virtud de los artículos 783.1 y 785.1, sólo caben los fideicomisos expresos, esto es, donde exista una voluntad expresada con la forma legalmente requerida, no cabe plantearse una disposición que, por no resultar concluyente, permita recurrir a una voluntad hipotética o conjetural que permitiera ver una sustitución fideicomisaria. Es decir, si no es planteable reconstruir una sustitución fideicomisaria en un testamento a través de una voluntad hipotética del testador (que puede encontrarse fuertemente fundada en otros textos), ¿para qué cuestionarnos la utilización de unos medios interpretativos que pretenden indagar la misma?

Únicamente, y como excepción, creo conveniente decir algo acerca del artículo 1289. Con relación al mismo, escribe Jordano: «La única parte del artículo 1289 que es aplicable por analogía al testamento es su último párrafo, referible también al caso de ambigüedad insanable de la declaración testamentaria sobre puntos esenciales de la misma: entonces la disposición de última voluntad es nula, al no poder venirse en conocimiento de cuál fue la efectiva intención o voluntad del testador»¹¹⁷. Creo que, en el supuesto de constar en el testamento la voluntad de erigir una sustitución, pero sin resultar claro el tipo que se desea, no puede ser tan tajante la respuesta. En el caso de la sustitución fideicomisaria, y siguiendo a Borrell y Soler¹¹⁸, en los casos de duda sobre su existencia, habrá que decantarse por interpretar que lo establecido es una sustitución vulgar¹¹⁹.

características del acto (unilateralidad, no receptibilidad, solemnidad) son ciertamente aplicables al testamento. Las reglas de interpretación de los artículos 1286 a 1289 no son, por el contrario, susceptibles de extensión analógica a los testamentos, por cuanto que para fijar el sentido de la declaración atienden a criterios puramente objetivos».

¹¹⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, José M.^a, «La interpretación del testamento en el Derecho común», *RDP*, 1973, pp. 293 y 294.

¹¹⁷ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, p. 66.

¹¹⁸ BORRELL Y SOLER, Antonio M., *obra citada*, pp. 130 ss. Según el autor, «en materia de sustituciones debe reputarse la sustitución directa y no la oblicua (fideicomisaria) siempre que existan dudas».

¹¹⁹ PUIG FERRIOL, Luis, «Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1983». *CCJC*, núm. 51, Madrid, 1983, pp. 550 y 551. El mismo autor en su obra *El heredero fiduciario*, p. 58, mantiene lo siguiente: «Creo que puede adelantarse que lo más conveniente es aceptar la tesis de la sustitución vulgar tácita comprendida en la fideicomisaria...», *vid.* pp. 60 a 65.

En apoyo de esta afirmación esgrimo el artículo 1284, que no alude a un criterio interpretativo, sino al principio de conservación del negocio ¹²⁰.

Estas afirmaciones, que poseen ciertamente un significado general, o para la generalidad de las disposiciones testamentarias, no pueden ser sostenidas desde la perspectiva del fideicomiso. Quizás aquí radique una de las peculiaridades que presenta la interpretación de la sustitución fideicomisaria, porque en ésta tiene la misma vigencia y supremacía el principio *voluntas exspectanda*, pero siempre partiendo de la voluntad manifestada o expresada en la disposición, y no, en una posible voluntad conjetural o hipotética basada en términos no concluyentes. Por ello, ante la duda, me decanto por la opinión de Borrell y Soler, de reputar existente una sustitución simple (si es éste el posible significado objetivo de la disposición), y sólo, cuando sea inescrutable la voluntad del testador, declarar la ineficacia de la disposición.

IV.3.2 Tratamiento de la prueba extrínseca

Como hasta aquí he tratado de demostrar, una de las cuestiones importantes que suscita la interpretación de una disposición que establece una figura fideicomisaria, es la posible actuación de la prueba extrínseca. No obstante, el análisis de la función de la prueba extrínseca en sede de fideicomisos debe desarrollarse partiendo de los criterios marcados en este trabajo. Así, partiremos de la idea de que la voluntad de establecer una figura fideicomisaria debe resultar inequívoca del tenor del testamento (arts. 783.1 y 785.1 CC). Del mismo modo, el intérprete desarrollará una función de interpretación de marcado carácter subjetivo ¹²¹, rigiéndose en todo momento por el principio *voluntas exspectanda* (ya estudiado). Por último, y en lo que atañe a la determinación del contenido de la disposición, deberán ser utilizados todos aquellos elementos (incluidos los extra-

¹²⁰ JORDANO BAREA, Juan B., *Comentarios al Código Civil...*, p. 238. Jordano en este punto se muestra más cauteloso, y señala: «el principio de conservación del testamento está subordinado al principio *voluntas exspectanda*, de suerte que, aunque la fórmula ambigua pueda tener objetivamente un significado, si una indagación subjetiva guiada por la voluntad (hipotética) demuestra que dicho significado no es atendible desde el punto de vista del testador, no podrá entrar en juego la norma del artículo 1284...».

¹²¹ JORDANO BAREA, Juan B., *Comentarios al Código Civil...*, p. 250. Según Jordano: «Así, pues, las palabras del testador se han de interpretar con arreglo a su propio lenguaje». En este sentido recoge un fragmento de la sentencia del TS de 5 de junio de 1979 —que recoge la doctrina sentada en las sentencias de 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1946 y 6 de febrero de 1958— según la cual: «es en razón de la supremacía que ha de concederse a la voluntad del único autor de la declaración (testamentaria), acentuando su carácter subjetivo, que a los vocablos empleados ha de atribuírseles el sentido que parezca más adecuado a la situación, ideas y hábitos del testador, en definitiva a sus circunstancias personales...».

testamentarios) para discernir el verdadero alcance de las expresiones utilizadas a la hora de establecer el fideicomiso ¹²².

Será dentro de estas coordenadas donde analizaremos la posible incidencia de la prueba extrínseca ¹²³ en la labor de interpretar una disposición fideicomisaria.

Así, la prueba citada puede cumplir una labor que a la larga lleve a la aplicación, o no, de unas determinadas normas. Dado que, constando en el testamento una voluntad expresa de establecer una figura fideicomisaria, dependerá del sentido que conforme a las pruebas extrínsecas demos a ciertas expresiones del testador, para encontrarnos ante una sustitución fideicomisaria (arts. 781 ss. CC), o ante un fideicomiso de residuo (regulación propia, que toma preceptos de la sustitución fideicomisaria y de otras fuentes).

En semejante supuesto nos encontraríamos si un testador dijera: «sea mi sobrino Juan heredero de mis bienes para que disfrute todo lo que pueda y después, si fuera posible, lo haga mi hermano Pedro». Evidentemente, del tenor de una cláusula así se aprecia la voluntad de establecer una figura fideicomisaria, pero no se extrae la figura que se desea. De este modo, recurriendo a la prueba extrínseca, habría que determinar qué entiende el testador por «... disfrutar todo lo que se pueda...», así como por la expresión «... si fuera posible...». Sólo tras esta última operación cabría determinar si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria o ante un fideicomiso de residuo, y con ello, determinar el régimen jurídico a aplicar.

En relación con lo anterior, y para evitar una perniciosa utilización de la prueba extrínseca, Jordano y Salvador Coderch proponen la adopción de una serie de precauciones que parten siempre de la necesidad de que el contenido de la voluntad real del testador haya tenido expresión en la declaración emitida y pueda reconocerse en ésta de algún modo ¹²⁴. Fuera

¹²² JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, pp. 254 y 255. Según el autor, «el carácter formal del testamento no impide el recurso a los llamados medios de prueba extrínsecos, sino que provoca la irrelevancia en sede interpretativa de una voluntad totalmente inexpresada o inconciliable con la declaración testamentaria... (a veces) la prueba extrínseca será el único medio de salvar el principio del entendimiento subjetivo de la declaración, pues lo corriente será que el testador no caiga en la cuenta de que se expresa en forma distinta de la usual...».

¹²³ SALVADOR CODERCH, Pablo, *Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1983, CCJC, 1983 (enero/marzo)*, p. 293. Escribe el autor: «Por prueba extrínseca se entiende el recurso a materiales extratestamentarios para probar la voluntad del testador, especificando su sentido en relación al que resulta de aplicar a la declaración testamentaria el canon de la interpretación literal o el contextual».

¹²⁴ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, pp. 88 y 94. Como señala Jordano Barea: «Pocos son los autores que reconocen a las reales intenciones del testador un poder decisivo incondicionado. Casi todos, debido a que el testamento es un negocio jurídico formal, subordinan el valor interpretativo de la voluntad real al criterio límite de que haya encon-

de estos límites, la prueba extrínseca carece de trascendencia jurídica, y sólo recurriendo a una voluntad presunta o conjetural (algo que se prohíbe en el art. 783.1 CC) cabría apreciar la existencia de una disposición fideicomisaria.

No obstante, considero que en un caso muy concreto cabría recurrir a la voluntad hipotética, o conjetural, para dar cumplimiento a lo establecido por el testador; se trataría de aquél en el cual, por no poder o no querer, el sujeto designado como fiduciario no hereda. En este supuesto, salvo voluntad contraria del disponente, pienso, al igual que otros autores (Borrell y Soler, Díaz Alabart ¹²⁵, o Albaladejo ¹²⁶), que habría que entender subsumida la sustitución normal en la fideicomisaria; por ello, el fideicomisario heredaría como sustituto inmediatamente, sin necesidad de que ocupara el lugar del fiduciario ningún otro sujeto (como pudiera ser el heredero propio del fiduciario por derecho de representación); y por una razón muy simple: si el fideicomisario fue instituido como heredero para después del período ocupado por el fiduciario, hay que entender que la intención del testador fue que, en caso de faltar este último, entrara en la propiedad de los bienes el primero, y no otra persona cualquiera. Este supuesto no iría en contra de cuanto se viene diciendo acerca de la interpretación en materia de sustitución fideicomisaria, ya que se trataría de un caso de interpretación de voluntad conjetural partiendo de una sustitución expresa. Con semejante proceder, cabría operar en otros casos en sede de disposición fideicomisaria, como apunta José Servat al tratar sobre las conjeturas en materia de sustituciones ¹²⁷.

Pero, abandonando el estudio de una posible voluntad hipotética, conviene retomar el análisis de la prueba extrínseca en la interpretación de una voluntad expresa. Pienso que la prueba extrínseca puede

trado en el documento una expresión cualquiera, aunque sea imperfecta. Hay un interés en la certeza de los negocios jurídicos: certeza de su existencia y certeza de su contenido». Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, *obra citada*, p. 293. El autor requiere para la utilización de la prueba extrínseca la concurrencia de dos requisitos.

¹²⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 245 y 249. «Que la sustitución fideicomisaria normal encierra o engloba o comprende la vulgar es opinión, no ya absolutamente razonable y segura, sino adoptada por todos los Derechos españoles, por los extranjeros que puedan importarnos, por nuestra doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo... En conclusión, no es que la sustitución fideicomisaria englobe o encierre o implique la vulgar, sino que es algo que por su propia naturaleza, que es más amplia que la sola sustitución vulgar aislada, comprende el caso (el solo caso que la vulgar encierra, un heredero si no hereda otro), y, además, el otro caso (a que no alcanza la vulgar), el de que el sustituto herede también después de que haya sido heredero el instituido».

La autora mantiene, de igual manera, que el fideicomiso de residuo engloba la sustitución vulgar, pp. 249 a 268.

¹²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, pp. 171 a 176.

¹²⁷ SERVAT, JOSÉ, «Las conjeturas en materia de sustituciones, según la doctrina del Cardenal Mantica», *RCDI*, 1951, *passim*.

ayudar a esclarecer el sentido de las expresiones y con ello, la naturaleza y tipo de disposición fideicomisaria ¹²⁸. Más allá de esto, y en caso de lagunas o puntos no previstos, debe recurrirse a la regulación legal de la denominada sustitución fideicomisaria normal (la que conlleva obligación de conservar), la cual dará la adecuada respuesta a la duda, y, en último extremo, siempre que su naturaleza jurídica lo permita, acudir por vía analógica a la regulación del usufructo, de la reserva hereditaria, o a los artículos 451 ss. sobre liquidación del estado posesorio.

Más difícil sería dar una solución en el supuesto de haberse establecido un fideicomiso de residuo, puesto que deberíamos indagar la voluntad del testador para concretar el régimen a seguir.

V. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

V.1 DESLINDE ENTRE ELEMENTOS ESENCIALES DE LA FIGURA TRATADA Y POSIBLES ELEMENTOS ACCIDENTALES EN EL NEGOCIO TESTAMENTARIO

Una vez interpretada adecuadamente, en cada caso, cuál fue la voluntad del testador a la hora de establecer la sustitución fideicomisaria, se debe proceder al cumplimiento exacto de la misma; siempre dando por sentado que discurra dentro de los límites ¹²⁹ legalmente previstos.

En esta fase de cumplimiento de lo dispuesto en testamento, cuando se abre la sucesión, la voluntad del disponente alcanza una verdadera trascendencia práctica ¹³⁰ desde la óptica de la configuración de la disposición fideicomisaria. Dado que es el testador quien, unas veces sin saberlo ¹³¹, y en otras ocasiones, conociéndolo, determina con sus estipulacio-

¹²⁸ SALVADOR CODERCH, Pablo, *obra citada*, p. 295. Escribe en este sentido: «... La prueba extrínseca no es ningún último recurso. Antes bien, es un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias. Por ello sirve tanto de medio de confirmar o de revalidar el significado literal de éstas como de síntoma para, en su caso, poner de manifiesto que uno es el sentido literal y otra la intención, y aplicar así el propio mandato voluntarista del artículo 675».

¹²⁹ Al estudio desarrollado en epígrafes anteriores sobre estos límites me remito.

¹³⁰ Digo práctica, porque jurídicamente siempre la tendrá; en cambio, será en el momento de su aplicación, como ley a cumplir, cuando se pondrán de manifiesto multitud de problemas de índole patrimonial. Dentro de ellos, quizás el de mayor tratamiento doctrinal tenga por contenido las posibles facultades dispositivas otorgadas al fiduciario.

¹³¹ Recordemos que cuando se trataba del testamento abierto era el Notario quien, recogiendo los deseos y voluntad del causante, procedía a darle forma o expresión en las cláusulas del documento para que posteriormente pudieran tener relevancia jurídica.

nes y expresiones la existencia de una u otra figura jurídica. Y con ello, la aplicación de un concreto régimen jurídico.

De modo concurrente con la labor configuradora descrita, donde resultan fundamentales las expresiones utilizadas por el causante, existe otro efecto producto de la incidencia de la autonomía negocial del testador sobre la figura sucesoria escogida para transmitir *mortis causa* su patrimonio. El fenómeno al que hago referencia se desarrolla en el marco de la sustitución fideicomisaria y se encuentra relacionado con la posición jurídica que en la figura tratada ocupa el fiduciario. Así, el testador puede influir en la determinación de la naturaleza jurídica de la figura introduciendo determinadas facultades dispositivas, en favor del primer llamado, que diluyan el carácter vincular de la disposición. Podría concluirse, en este sentido, que este tipo de declaraciones emitidas por el testador no sólo afectan a la naturaleza y régimen jurídicos de la figura escogida, sino que también repercuten en la posición jurídica que ostenta el primer llamado sobre los bienes fideicomitidos. De este modo, el fiduciario que, en principio, no tiene un derecho de propiedad en sentido estricto, puede verse beneficiado en su posición ¹³² respecto a los bienes fideicomitidos por la concesión de determinadas facultades que sean concretadas por el testador. Pero, incluso en estos supuestos, resulta discutible hablar del fiduciario como de un propietario *ad tempus* ¹³³, como sostiene gran parte de la doctrina apoyándose, para ello, en argumentos semejantes. En este sentido se pronuncian

¹³² MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada, La propiedad privada en el sistema...*, p. 223. «... la regulación del contenido de los derechos reales por medio de la autonomía privada es lícito y eficaz hasta el punto en que venga comprometido el contenido esencial y fundamental de cada situación jurídica. Es decir, hasta el punto en que no sea privado el titular de la situación de los poderes y facultades que caracterizan el mismo derecho real de que se trate, lo que sería aplicable tanto en los supuestos en que se produzca una limitación de tipo ablativo, en la que el titular sea privado de una facultad o de un poder que constituya un activo esencial del derecho real, cuanto para las reglamentaciones en que se impongan al titular del derecho real deberes o vínculos de tal importancia que absorban íntegramente su posición activa».

¹³³ Con relación al concepto de propiedad *ad tempus*, conviene indicar que gran parte de la doctrina actual viene aceptando esta posibilidad como consecuencia de lo que se denomina elasticidad de la propiedad. Considero que esta nota de la elasticidad es predicable del propio contenido del derecho, no así de su duración. Por tanto, cabe hablar de la elasticidad de la propiedad en relación a los derechos reales limitados (usufructo, uso...).

De mi postura puede extraerse, con buen criterio, mi oposición a considerar la multipropiedad como un tipo de propiedad. En mi opinión, se trata de un derecho real atípico posible en nuestro Ordenamiento jurídico por la aceptación de la teoría del *numerus apertus* (arts 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario), no de una propiedad sujeta a temporalidad.

autores como Roca Sastre ¹³⁴, Vallet de Goytisolo ¹³⁵, Lacruz Berdejo ¹³⁶ o de la Cámara ¹³⁷, entre otros.

Ahora bien, considero que esta libertad del testador a la hora de determinar el haz de facultades y obligaciones correspondientes al fiduciario puede llegar a tal extremo que produzca la desnaturalización de la propia figura jurídica que, en un principio, servía de marco al testador –la sustitución fideicomisaria–, conduciendo a la aplicación de un régimen jurídico diverso por encontrarnos ante una figura distinta (fideicomiso *si aliquid supererit*).

Por ello, para apreciar cuándo una determinada expresión del testador nos sitúa ante una u otra figura fideicomisaria, conviene precisar cuáles son las notas esenciales de la figura de la que existe una tipificación legal en nuestro Código Civil. Siguiendo a Clemente de Diego, «la prohibición de enajenar las cosas hereditarias está en la naturaleza del fideicomiso (para mí sustitución fideicomisaria) y es una consecuencia de la obligación de restituir que se le impone; se recibe la herencia para restituirla, y para restituirla es menester conservarla, para conservarla es necesario no consumirla... Esta urdimbre de los dos llamamientos con la obligación de conservar y restituir en el primer llamado para respetar el orden sucesivo dado por el testador es la que queda rota en la cláusula de residuo, puesto que el llamado en primer término no tiene obligación de conservar, autorizado como está para enajenar...La disposición testamentaria de residuo no parece estar comprendida en las sustituciones fideicomisarias del artículo 781 y complementarios de nuestro Código Civil» ¹³⁸.

De esta cita cabe extraer dos ideas claves para mi estudio:

– Las notas esenciales que configuran a la sustitución fideicomisaria, tal y como se desprenden de los artículos 781 ss. del Código Civil.

¹³⁴ ROCA SASTRE, Ramón M., *Estudios sobre sucesiones*, Impreso en España. Madrid, 1981, pp. 90 y 91. También en el discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Afirma Roca Sastre: «El fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, no es un simple propietario medial, instrumental, sino un propietario *per se*, o sea de verdad, sólo que gravado de temporalidad. Sería un propietario normal, como cualquier otro, pero sólo tiene una propiedad *ad tempus*...».

¹³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 231. El autor indica: «Como propietario temporal, el heredero sujeto a sustitución fideicomisaria no puede disponer de los bienes... Como sujeto a restitución tiene un *dominium ad tempus*...».

¹³⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, pp. 299 y 300.

¹³⁷ LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, «Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria», *RDP*, 1948, p. 648. Para de la Cámara, «admitida la posibilidad de una propiedad a plazo», no existe dificultad en apreciarla en el caso del fiduciario.

¹³⁸ DIEGO Y GUTIÉRREZ DE, Felipe Clemente, *obra citada*, pp. 33, 61, 80 y 81.

– La diferenciación con otra figura atípica, y de contornos flexibles como es el fideicomiso de residuo. Este fideicomiso de residuo, en su modalidad *si aliquid supererit*, a mi juicio, se aparta tanto del espíritu y régimen de la primera, que debe hablarse de una figura diversa.

No obstante, en estos momentos interesa destacar más la primera de las ideas apuntadas, puesto que, junto a eso que he venido a denominar notas esenciales de la figura, el causante, haciendo uso de su libertad testamentaria, puede introducir una serie de elementos que, sin variar la naturaleza propia de la disposición fideicomisaria, modalizan los llamamientos sucesivos a la herencia. Estos elementos, ya mencionados anteriormente con ocasión del estudio de la capacidad sucesoria, no son otros que el término y la condición, llamados por la doctrina elementos accidentales del negocio jurídico ¹³⁹.

Curiosamente, algunos autores (destacadamente Albaladejo) ¹⁴⁰ han tratado en profundidad la incidencia de estos elementos en el desenvolvimiento de la figura ¹⁴¹, llevados, probablemente, por la importancia que para la sustitución fideicomisaria posee la faceta temporal.

Evidentemente, estos componentes accidentales (término y condición) pueden determinar el momento de producirse la segunda delación, es decir, cuando deja de ser titular el fiduciario por llegar el día señalado, o, cuando por cumplirse una determinada condición, ya no pueda serlo, y por tanto, pasan los bienes fideicomitidos al fideicomisario. Pero en nada, o en muy poco, influirán los mismos sobre las normas o reglas jurídicas que deben aplicarse a la concreta disposición fideicomisaria ¹⁴².

¹³⁹ Cita de ENNECERUS recogida por DIEZ PASTOR, José Luis, *obra citada*, p. 583. Según el autor, «la condición y el plazo no son sino instrumentos de la voluntad, recursos mediante los cuales adaptamos nuestros negocios a las eventualidades del porvenir, y por eso la intención racionalmente conocible del que los pone debe prevalecer sobre su mecanismo, que es dispositivo y no coactivo».

¹⁴⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario», *RDP*, 1979, pp. 519 ss. y 641 ss.

¹⁴¹ LATOUR BROTONS, José, «Del usufructo a la sustitución fideicomisaria», *RCDI*, 1960, p. 481. Así, Latour considera que, «la condición ha tenido un sentido monopolista para engarzar las sucesiones sucesivas, y su influencia y reflejo se manifiestan con muchas supervivencias en las instituciones sucesorias, que directa o indirectamente reflejan su influencia».

¹⁴² De este modo, el régimen jurídico a aplicar a determinados actos desarrollados por el titular de los bienes (de gestión, administración, adquisición de frutos, etc.) así como a las posibles relaciones jurídicas del fiduciario con terceros (régimen de responsabilidad patrimonial, protección del tráfico jurídico) dependerá de la propia configuración dada por el testador a la disposición fideicomisaria.

En suma, estos elementos accidentales vienen a influir en la propia dinámica de la sucesión una vez producido el evento decisor, pero sin alterar la naturaleza jurídica de la figura escogida por el testador. Éste es quien, por vía testamentaria, fija los caracteres configuradores de la disposición ¹⁴³. Es así, como el testador, haciendo uso de su autonomía negocial, influye de muy diversos modos en el proceso de formación y cumplimiento de la *voluntas testantis*: unas veces determinando la naturaleza jurídica de la figura sucesoria escogida, otras configurando el contenido propio de la misma, y en otras, finalmente, modalizando la dinámica de su posterior cumplimiento ¹⁴⁴.

V.2 RÉGIMEN OBLIGATORIO CONFIGURADOR DE SU POSICIÓN JURÍDICA

A tenor del artículo 781, resulta evidente que la titularidad temporal del fiduciario se encuentra determinada por la concurrencia de unos deberes (de conservar y restituir) que, en gran medida, la condicionan ¹⁴⁵. Estos deberes constituyen la pieza clave que garantiza la propia dinamicidad de la figura: no cabría hablar de un patrimonio vinculado o afecto, y de un orden sucesivo (de sucesión) sobre unos bienes, sin su concurrencia. Y como consecuencia, tampoco cabría hablar de una sustitución fideicomisaria.

Una vez manifestada su consustancialidad a la figura, cabe plantearse la determinación de su naturaleza jurídica. Se trata de una cuestión de gran trascendencia, ya que junto a estos deberes esenciales pudieran surgir otros distintos que, establecidos voluntariamente por el testador, afectarían igualmente al fiduciario.

¹⁴³ LATOUR BROTONS, José, *obra citada*, p. 327. Para determinar cuáles son las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria, sirva además de la cita de Clemente de Diego reproducida, ésta otra de Latour: «Considerando que en cuanto a la obligación de conservar los bienes el primer heredero y transmitirlos a un tercero, el nombrado en su sustitución, que es inherente a los fideicomisos... 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, no es preciso que de un modo expreso la imponga el testador, por llevarla consigo esa institución».

¹⁴⁴ GONZÁLEZ PALOMINO, José, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados», *AAMN*, tomo V, 1950, p. 849. Según el autor, «la práctica y la doctrina de los fideicomisos ha nacido y girado alrededor de máximas como ésta: *sola voluntas servatur in fideicommissis*. Estas máximas regían para investigar libremente cuando el testador había o no querido establecer un fideicomiso, pero pueden y deben regir la vida de todo el fideicomiso haciéndolo depender de la voluntad del testador en cuanto a su nacimiento, contenido y extinción».

¹⁴⁵ Ya anteriormente, dejé sentado que, a mi juicio, estos deberes son esenciales a su posición jurídica. De tal modo que, sin su concurso, no cabría hablar de sustitución fideicomisaria.

Pues bien, a estos efectos, y siguiendo un estudio terminológico de Román García como medio –un medio más¹⁴⁶– para pronunciarme acerca de la naturaleza de estas determinaciones, cabe diferenciar dentro del Derecho de sucesiones unos deberes hereditarios, unas obligaciones testamentarias y unas obligaciones hereditarias¹⁴⁷. La precisión terminológica, en lo que atañe a mi estudio, no resulta superflua, ya que confirma lo sostenido con anterioridad.

Tomando como referencia la distinción realizada, y a sabiendas del riesgo que puede entrañar su utilización, me parece correcto hablar de obligaciones en la sucesión testada.

Según mi tesis, las obligaciones de conservar y de restituir no son obligaciones testamentarias, ya que, con sólo disponer en testamento una sustitución fideicomisaria, entrarían en juego, aunque el testador no las impusiese. Pero tampoco son deberes hereditarios, puesto que su contenido es homogéneo siempre que se establece una disposición de este tipo. Por ello, se trata de obligaciones hereditarias, impuestas por la ley ante la configuración propia de una disposición que entraña una cierta vinculación patrimonial.

Estas obligaciones hereditarias que caracterizan no sólo la figura de sustitución fideicomisaria, sino también la posición jurídica que viene a ocupar el fiduciario, poseen una *causa civilis obligandi* que conecta con aquella otra causa propia de los negocios fiduciarios, sin llegar a confundirse.

Gracias al uso de esta terminología, cabe la posibilidad, ya indicada, de que el testador establezca alguna obligación testamentaria (lo que será más propio en el fideicomiso de residuo), sin que surja confusión con aquellas otras obligaciones esenciales a la figura. Como indica Román

¹⁴⁶ En necesario insistir en la idea de que el uso de estas expresiones no implica asunción por mi parte de la construcción del autor, sino, como ya he manifestado, medio para desarrollar la exposición.

¹⁴⁷ ROMÁN GARCÍA, Antonio, *Las obligaciones testamentarias en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 16, 17, 39 y 40. Según el autor, «... las llamadas obligaciones testamentarias, concepto que hemos diferenciado de los deberes hereditarios y de las obligaciones hereditarias, presentándose los primeros con un contenido más amplio y genérico que el correspondiente a las obligaciones testamentarias y a las obligaciones hereditarias, y estas últimas, como obligaciones que tienen un contenido homogéneo o idéntico en todo tipo de sucesión, tanto testamentaria como abintestato, y cuya única fuente de nacimiento es la ley. Las obligaciones testamentarias, por el contrario, procederán de las disposiciones testamentarias del causante en conexión con la aceptación del gravado, y tendrán un contenido muy variado y diverso en cada sucesión». Añade más adelante el autor: «los deberes hereditarios, desde esta perspectiva, se producen como consecuencia de la asunción por el heredero, o por el sucesor en general, de las posiciones y relaciones jurídicas del causante. Y, en cambio, las obligaciones hereditarias surgirán como consecuencia de la adquisición de la cualidad de sucesor. Estas obligaciones, a diferencia de lo que ocurre con los deberes hereditarios, tienen un contenido homogéneo en todo tipo de sucesión».

García: «Las obligaciones testamentarias determinarán la existencia de relaciones jurídicas obligatorias, por efecto, exclusivamente, de la voluntad del testador manifestada en el instrumento testamentario. A diferencia de las obligaciones hereditarias, las obligaciones testamentarias no procederán, ni tendrán origen en la ley...»¹⁴⁸.

Conviene señalar que, normalmente, estas posibles obligaciones testamentarias que tienen cabida en la sustitución fideicomisaria tendrán como prestación un *facere* (un determinado comportamiento en la gestión de los bienes, la prestación de unas concretas garantías, etc.)¹⁴⁹.

V.3 ESTUDIO DEL PODER JURÍDICO-REAL MÍNIMO DEL FIDUCIARIO SOBRE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Para realizar un estudio sobre la naturaleza del poder atribuido al fiduciario en virtud de su posición jurídica, debemos partir de dos premisas: la primera vendría de su consideración como poder jurídico concedido al titular de un derecho real. La segunda, de su difícil concreción a causa de la escasa normativa destinada a su regulación.

Dejando de momento aplazado el estudio de la segunda premisa señalada, nos veríamos obligados a abordar el análisis de la primera, recurriendo, para ello, al tratamiento que de modo general se le ha venido dando por la doctrina al poder jurídico que se atribuye al titular de un derecho real. No obstante, las reflexiones que sobre este extremo pudieran realizarse pasarían por un estudio que de manera, más o menos amplia, recogiera las diversas teorías que históricamente se han elaborado en la doctrina para exponer la naturaleza y caracteres del derecho real. Algo que, dada la finalidad del trabajo, se presenta como una aspiración ciertamente ambiciosa y, hasta cierto punto, de dudosa utilidad. Por ello, admitiendo, como decía, la naturaleza limitada del derecho atribuido al fiduciario, su poder jurídico debe analizarse a la vista de aquellos posibles estudios¹⁵⁰ que contemplen una configuración semejante en derechos reales.

¹⁴⁸ ROMÁN GARCÍA, Antonio, *obra citada*, pp. 73 y 181.

¹⁴⁹ El establecimiento de estas obligaciones testamentarias supondría una manifestación más de esa incidencia de la autonomía negocial del testador en la figura. Lo que ocurre es que en esta ocasión, a diferencia de lo que sucedía cuando el testador introducía en la posición jurídica del fiduciario determinadas facultades, la intervención del causante tendría un marcado carácter restrictivo.

¹⁵⁰ FAIRÉN MARTÍNEZ, «Derechos reales y de crédito», *R. D. P.*, 1959, pp. 95 ss., en el tomo siguiente (1959), pp. 152 ss.

ROMÁN GARCÍA, Antonio, *La tipicidad en los derechos reales*, Montecorvo, Madrid, 1994, *passim*.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada*, p. 104. El autor refiriéndose al contenido obligacional presente en los derechos reales limitados, escribe: «... la presencia de dos o

Pero quizá el mayor problema para determinar la amplitud del poder jurídico correspondiente al fiduciario proceda de la parca regulación existente sobre la sustitución fideicomisaria en el Código Civil. Regulación que aborda, básicamente, cuestiones de forma en su establecimiento, de límites y de régimen obligatorio –a las que me refería con anterioridad–, pero que no alude, ni tan siquiera tangencialmente, a la propia naturaleza del derecho que se atribuye al fiduciario.

Por ello, a pesar de tratarse de una titularidad tipificada legalmente en cuanto a los perfiles del derecho que atribuye, debe procederse por un método inductivo a su concreción. Algo que nos llevaría de nuevo a esos caracteres esenciales de la figura ¹⁵¹.

En el caso de la sustitución fideicomisaria (art. 781), el derecho que se atribuye tiene indudablemente naturaleza real por reunir los rasgos propios de esta construcción dogmático-jurídica. Lo que ocurre es que, a la hora de su correcto encuadramiento, no se llega doctrinalmente a un acuerdo. Prueba de ello, son las posturas enfrentadas de Sánchez Román ¹⁵² y Flores Micheo ¹⁵³.

más personas portadoras de un interés sobre la misma cosa, facilita la observación. La relación jurídica se presenta como bilateral *ab origine* y, en consecuencia, la armonía de los intereses exige dogmáticamente el recurso al modelo de la relación bilateral por excelencia, que es la relación obligatoria... Otra cosa es que puedan darse distinciones y variantes en función del origen histórico concreto de cada situación –testamento, contrato, etcétera– y también por razón de una regulación paccionada entre sus titulares».

DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús, *Obligación y Derecho real de goce*, Tirant monografías, Valencia, 1994, p. 97. El autor, en un interesante estudio sobre los derechos reales limitados de goce, nos desvela el contenido obligacional presente en los mismos y el modo de manifestarse en su faceta dinámica. Para él, «un análisis conceptual de la categoría del derecho real limitado de goce, en confrontación con la propiedad nos revelará la existencia, necesariamente, de un contenido obligacional de aquél, no como un puro accesorio a su carácter real, sino como connatural al mismo». Soy consciente de que este entramado obligacional se descubre, según el autor, entre el derecho real limitado y aquel otro derecho de propiedad que recae sobre el bien, es decir, entre dos derechos que concurren simultáneamente desde el punto de vista temporal. No obstante, parte de este contenido obligacional se halla presente en la posición del fiduciario.

¹⁵¹ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 186. Como señala Irúrzun: «Ésta es la génesis normal del tipo o *nomen iuris*: conciencia social, reconocimiento legislativo y, por último, disciplina jurídica del tipo, con la fijación positiva de los elementos esenciales o inesenciales del tipo».

¹⁵² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. 1.º Madrid, 1910, p. 690. Según el autor, «en la sustitución fideicomisaria el fiduciario es realmente heredero en cuanto disfruta de la herencia, sucede en los derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del causante, si bien con la prohibición de enajenar que impide considerarle como un verdadero dueño».

¹⁵³ FLORES MICHEO, Rafael, «Los depósitos bancarios y la sustitución fideicomisaria», *AAMN*, 1948, pp. 678 y 679. Estima el ilustre Notario que, «en virtud de su vocación hereditaria el fiduciario deviene propietario de las cosas y titular de los derechos, tanto reales como de crédito, aunque gravado, pura o condicionalmente, de restitución. Esta circunstancia última, si le coloca en posición jurídica especial, no destruye, en manera alguna la

Según Traviesas: «La situación jurídica del fiduciario es explicada de distintas maneras. Para algunos, el beneficiario es propietario... Otros atribuyen al fiduciario una situación análoga a la del usufructuario... Mas es seguro que no puede darse una solución única. El sucesor, en la sustitución fideicomisaria (como en las demás sustituciones), puede ser heredero o legatario (arts. 781 y 789 CC). Y al heredero o al legatario pueden corresponderles derechos de propiedad o de crédito, o de otra clase, según los derechos que integren la herencia y sean objeto de la correspondiente disposición testamentaria. Lo que no puede admitirse es que sea un usufructuario... En todo caso, el fiduciario es titular *ad tempus* de su derecho...»¹⁵⁴.

En línea parecida se halla Bonet, para quien, «el doble llamamiento debe recaer sobre los mismos bienes y sobre el mismo objeto; así no hay sustitución fideicomisaria en el llamamiento de una persona al usufructo y de la otra a la nuda propiedad; pues aunque es cierto que ésta no adquirirá el usufructo hasta la muerte de aquélla, al fin, el derecho a que la una y la otra son llamadas es diverso»¹⁵⁵.

En mi opinión, vendría a ser un derecho real, que implica necesariamente la posesión, con amplias facultades para el disfrute de las cosas objeto del mismo, pero que no es encuadrable en el derecho de propiedad, y que no debe verse como un usufructo desnaturalizado o pseudo-usufructo, como lo denomina González Palomino¹⁵⁶.

Como veíamos, algunos autores han defendido la existencia de una propiedad *ad tempus* en el fiduciario, basándose en la denominada «elasticidad»¹⁵⁷ del derecho de propiedad¹⁵⁸.

efectiva propiedad o titularidad adquirida: simplemente quita a estas situaciones jurídicas la nota de perpetuidad o duración indefinida que les corresponde por naturaleza, pero no por esencia, y da lugar a una propiedad temporal o una titularidad *ad tempus* en las que no deja de haber propiedad y titularidad verdaderas».

¹⁵⁴ TRAVIESAS, Miguel, «Sustituciones hereditarias», *RDP*, 1927, pp. 418 y 419. El autor constata la temporalidad del derecho, pero no se decanta por una posición clara sobre su naturaleza jurídica.

¹⁵⁵ BONET RAMÓN, Francisco, «Compendio de Derecho Civil», *RDP*, Madrid, 1965, p. 351.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, José, «Diagnóstico y tratamiento de pseudo-usufructo testamentario», *AAMN*, tomo II, 1946, *passim*.

¹⁵⁷ VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, «La facultad de disposición», *ADC*, 1950, pp. 1038 y 1039. Según el autor, «el poder se ejerce sobre su objeto por medio de una serie de facultades o poderes accesorios, que más bien son manifestaciones concretas del actuar... A estas facultades se les ha llamado posibilidades de actuación. No son en sí mismas derechos subjetivos, ni existen con independencia del poder principal, sino que con él nacen y con él mueren. No es posible separarlas, aunque sí impedir su ejercicio por su titular. El derecho subjetivo no ve mermada su integridad jamás, aunque dichas facultades no puedan ejercitarse, porque el derecho es único y simple, no compuesto de partes».

¹⁵⁸ VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, *obra citada*, p. 1036. Escribe el autor: «la propiedad es un derecho unitario y simple, y atribuye a su titular una posición jurídica unita-

Es cierto que del derecho de propiedad se predica su elasticidad ¹⁵⁹, y que no cabe hablar de derechos integrantes del mismo, sino de simples facultades de ejercicio, cuya no concurrencia no implica la desintegración del concepto mismo de propiedad. De manera que cabe una propiedad donde algunas de sus potenciales facultades se encuentran en estado latente, por hallarse su titular temporalmente privado de ellas. Este planteamiento, incuestionable en la doctrina actual, no encuentra reflejo en el caso del derecho atribuido al fiduciario de la sustitución fideicomisaria por dos razones:

A) El fiduciario, desde que acepta la herencia, adquiere un derecho cuya configuración está por encima de su voluntad. La ausencia de determinadas facultades (de disposición), que se hallan presentes en el derecho de propiedad, se prolonga durante toda la existencia del derecho del fiduciario, sin que exista la posibilidad de recuperar una plenitud que nunca tuvo ¹⁶⁰.

ria y homogénea. Las facultades no son partes del derecho de propiedad, sino simples posibilidades de actuación».

¹⁵⁹ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada*, p. 78. Para el autor, «... lo cierto es que la propiedad se ha de concebir como un «señorío abstracto y unitario sobre la cosa» y no como una suma de facultades, lo que permite diferenciar el dominio de los demás derechos reales, que se delimitan fijando positivamente las facultades que corresponden a su titular... El dominio así concebido será, además, un derecho elástico, en el doble sentido de que no dejará de ser tal aunque las facultades de goce o de disposición se vean accidentalmente constreñidas por la detracción o por la concurrencia de otros derechos de terceros, y de que posee virtualidad o potencia expansiva para recuperar las facultades que le han sido detraídas en cuanto cese la causa de la detracción o se extinga el derecho concurrente que producía la contracción del poder dominical».

En este sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. I, *Posesión y Propiedad*, pp. 286 y 287. «El dominio, se dice, es elástico, no ya porque pueda ser despojado de algunas o muchas facultades sin dejar de ser dominio, sino porque potencialmente abarca y reclama todas las posibles influencias sobre la cosa (alude el autor al poder de destinación), reabsorbiéndolas en tanto no las tenga jurídicamente otro titular. Es decir: el dominio de una cosa, apto para subsistir aunque se limiten o arrebaten al dueño la facultad de gozar y disponer, tiene la cualidad de expansionarse para recuperar su plenitud apenas cesadas aquellas limitaciones o privaciones, carácter peculiar del dominio que llamamos elasticidad».

¹⁶⁰ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada*, pp. 226 y 249. Escribe el autor: «Mientras que el usufructuario, como otros titulares de derechos reales limitados, ha de respetar el destino –lo que no constituye una verdadera obligación, sino un límite o elemento de conformación de su poder–; para el propietario carece de relevancia el acto jurídico de destino preestablecido, que puede alterar, o desconocer, y no tiene el deber de respetar... el interés del propietario ha de configurarse como un interés en la elección del tipo de goce o de los posibles destinos del bien, interés que no está protegido en ninguno de los tipos de derecho de goce. De este modo, corresponde al propietario la competencia (exclusiva) de determinar, de modo independiente y autónomo, la elección del tipo de goce y por ello esta elección puede ser hecha por el propietario de modo pleno, es decir, en cualquier dirección querida por él».

B) La configuración de la posición jurídica del fiduciario, y de manera refleja, de su derecho, se encuentra determinada por la concurrencia de unos deberes (esenciales a la figura), que hacen del mismo fiduciario, no un titular pasivo desprovisto de ciertas posibilidades de actuación, sino un titular que por su derecho se encuentra compelido a un comportamiento activo, la administración de los bienes fideicomitidos ¹⁶¹.

Implicaría ello la consagración de un derecho real *sui generis* ¹⁶². De este modo, considero que el hecho de hablar de usufructo o de propiedad para referirse al derecho real correspondiente al fiduciario es un error, no debiéndose aceptar en el caso de la sustitución fideicomisaria estas calificaciones. No obstante, la utilización de las mismas puede deberse bien a la propia asimilación realizada a efectos de régimen jurídico, bien, a la necesidad de otorgar al fiduciario, designado normalmente como heredero, el derecho real de mayor extensión (la propiedad) a falta de otro derecho tipificado cuya configuración aglutinase de manera más adecuada las propias especificidades de la titularidad del fiduciario.

Por lo dicho, me parece improcedente mantener una calificación de usufructo en el caso del derecho del fiduciario sólo porque tenga limitadas las facultades dispositivas o porque, con posterioridad a su titularidad, aparezca un sujeto dotado del derecho pleno de propiedad sobre estos mismos bienes. No es usufructuario, por la falta de un sujeto que simultáneamente aglutine el resto de facultades inherentes a la propiedad en concepto de nudo propietario. Pero, sobre todo, porque en sus actuaciones en el tráfico jurídico, es el fiduciario el que aparece como responsable y único titular de esos bienes que posee, no en concepto de propietario, sino en concepto de un derecho con su propia fisonomía.

Opino que la singularidad de la posición jurídica del fiduciario en la sustitución fideicomisaria responde, en gran medida, a las características del poder jurídico-real que se le atribuye testamentariamente. Por ello, no creo que dicha singularidad provenga de una concreta actuación de los llamados (fiduciario y fideicomisario) a la sustitución. Así, se ha dicho que la necesaria intervención del fideicomisario (caso de que viva ya en

¹⁶¹ En suma, cabe decir que es el fideicomisario, en el caso de que sea el último, quien se configura como propietario definitivo de los bienes, pues en su persona finaliza el mecanismo sucesorio configurado por el testador a través de la sustitución fideicomisaria. De este modo, llegando al llamado en último lugar los bienes fideicomitidos, corresponderá sólo a éste la determinación del posible destino de los mismos, facultad que se atribuye al propietario denominándola poder de destinación.

¹⁶² No encuentro razones más consistentes en defender la naturaleza, o condición, de derecho real típico en el usufructo o en la enfiteusis, que en la posición del fiduciario de la sustitución fideicomisaria, partiendo, además, de una normativa que omite puntos esenciales de su regulación.

ese momento) en algunos actos que tienen como soporte los bienes fideicomitidos (como en la partición hereditaria) es prueba de la naturaleza limitada del derecho atribuido al fiduciario. Yo considero que esta intervención del fideicomisario no es prueba de ese hecho, sino del propio interés legítimo que tiene sobre esos bienes que, llegado el momento, serán de su propiedad.

El asignarle un *nomen iuris* a este derecho del fiduciario en la sustitución fideicomisaria me parece de menor entidad que determinar cuáles son sus propias notas configuradoras, que serían las siguientes:

– Se trata de un derecho real, y por ello, oponible *erga omnes*, con acceso al Registro de la Propiedad, en el caso de recaer sobre bienes inmuebles (art. 82 del Reglamento Hipotecario).

– Se trata de un derecho limitado en el tiempo. Y considero que, lo que se limita es el propio derecho atribuido o la titularidad sobre los bienes, y no la condición de sucesor del fiduciario, puesto que tras la restitución de los bienes no perderá su condición de heredero. No desaparece su condición de heredero, porque, para que fuera así, tendría que tratarse de una institución sujeta a condición resolutoria, cosa que no ocurre en la sustitución fideicomisaria tratada ¹⁶³. La limitación temporal sería graduable por el testador a través del establecimiento de posibles términos. No obstante, en caso de no establecerse previsión alguna sobre la duración de la titularidad fiduciaria en la disposición testamentaria, el tiempo comprenderá la vida del fiduciario.

– Se configura como un derecho en el que las facultades dispositivas desaparecen, o se aminoran, sustituyéndose por una actividad de conservación y administración patrimonial. A pesar de lo dicho, debe añadirse que no es ésta una regla absoluta; dado que, a medida que, junto a la conservación del *quantum* patrimonial se concedan facultades dispositivas (de diverso género) sobre parte de los bienes fideicomitidos, irán cediendo los caracteres conservativos en favor de una movilidad real. Me refiero, evidentemente, al caso del fideicomiso *de eo quod supererit*. Pero como norma general, cuando el deber de conservación se extienda a todos los bienes, el papel del fiduciario se acercará muchísimo al que desempeña un depositario, en cuanto a su régimen obligatorio. Otra cosa sucederá en el momento de la extinción del derecho, donde la titularidad del derecho se presenta con perfiles propios a efectos liquidatorios (art. 783.2 CC, donde se deja amplio margen a la libertad testamentaria).

¹⁶³ SAPENA, Joaquín, «La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador», *RGLJ*, 1954, pp. 7 ss.

– Finalmente, se trata de un derecho que recae sobre cada uno de los bienes que componen el patrimonio afecto o vinculado a la disposición fideicomisaria ¹⁶⁴.

Regulación jurídica

Tras habernos centrado, hasta el momento, en el estudio dirigido al esclarecimiento de la naturaleza jurídica y de los caracteres esenciales del derecho presente en la posición del fiduciario cuando nos encontramos con una disposición testamentaria que establece una sustitución fideicomisaria, ahora, tendríamos que determinar el tipo de regulación jurídica que se aplica en estos casos. Pero desgraciadamente, partiendo de este planteamiento, debemos constatar la falta de existencia de un régimen sustancial y concreto regulador de este derecho real, dado que la regulación jurídica contenida en el Código Civil es muy parca y no desciende a los pormenores.

Ante esto, considero que, sólo partiendo desde un prejuicio claro al respecto, cabe negar en este supuesto la aplicación analógica de otros preceptos que encuentran una perfecta acomodación en esta figura. Así, haciendo uso de lo establecido en el artículo 4.1.º del Código Civil, cabría recurrir a los artículos 471 ss. en materia de frutos; los artículos 1766 ss. o 491 ss. en materia de conservación de los bienes ¹⁶⁵; o incluso, los artículos 974 ss. en materia de enajenación de bienes sujetos a reserva.

Como vemos, el déficit de regulación que se presenta en la figura tratada nos lleva a acudir a otras zonas del Código Civil en busca de una regulación que evite las lagunas en un proceso sucesorio tan complejo como el que surge tras la apertura de un testamento que contiene una disposición fideicomisaria.

No obstante, estas remisiones al usufructo o a la reserva que producen la aplicación analógica de algunos preceptos no deben producir-

¹⁶⁴ Únicamente quisiera adelantar que esta nota de vinculación o afección, presente en los bienes fideicomitidos, dará lugar a la aplicación de un sistema subrogatorio cuando se operen determinadas transmisiones dentro de lo que son las facultades propias del fiduciario en la sustitución fideicomisaria.

¹⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS, *obra citada*, *Derecho de Sucesiones*, pp. 299 y 300. Según Lacruz, «el preheredero no puede comportarse con relación a los bienes con igual libertad que un propietario, puesto que tiene obligación de mantenerlos y conservarlos con la diligencia de un buen padre de familia y responde personalmente del cumplimiento de sus obligaciones. En este respecto sí le son aplicables ciertas normas del usufructo». Parece que para este autor serían aplicables los artículos 491 ss. en sede de usufructo y no los señalados en los artículos 1766 ss. también del Código Civil, por ser mayor la identidad de razón, en el primer caso, con la sustitución fideicomisaria.

se irreflexivamente ¹⁶⁶, o con cierta automaticidad, sino que muy al contrario, dependerá del modo de configurarse la misma sustitución fideicomisaria.

En principio bastaría con la aplicación de los artículos 491 ss. del Código Civil ¹⁶⁷; pero cabe que, dentro del marco de la sustitución fideicomisaria, el testador establezca un régimen más rígido inspirado en los artículos 1766 ss. De este modo, si hablamos de la sustitución fideicomisaria que se extiende a la totalidad de los bienes fideicomitados, creo que la actividad exigida al fiduciario, en relación a la conservación y administración de los mismos, es rígida, y tendría cabida cualquiera de los dos bloques normativos señalados. En cambio, si el deber de conservar no se extiende a todos los bienes, sino que sólo debe salvaguardarse parte de ellos, caso del fideicomiso *de eo quod supererit*, sería más adecuado recurrir a los artículos 491 ss., dado que contempla un régimen más flexible que conjuga, junto al deber de conservar, la facultad de disfrutar basada en un derecho. En cualquier caso resultaría esencial el discernimiento de la voluntad del causante en este extremo.

V.4 ALCANCE DE LA ACTUACIÓN DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL DEL TESTADOR EN LA FIGURA. POSIBLE INCIDENCIA DE LOS PACTOS ENTRE FIDUCIARIO Y FIDEICOMISARIO

Veámos más arriba cómo el testador a la hora de establecer la figura fideicomisaria podía influir decisivamente en la configuración propia de la posición jurídica del fiduciario. Pues bien, será en este tema donde se revele imprescindible el recurso a la analogía jurídica y a la elaboración de regímenes jurídicos singulares en materias tan importantes como frutos, deudas, conservación, etc. No obstante, siendo consciente del enorme casuismo que podría plantear el análisis de todas las posibles configuraciones del fideicomiso operadas por obra de la voluntad del

¹⁶⁶ ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1996*, CCJC, 1996. p. 819. Según la autora, «no debe confundirnos, sin embargo, el recurso al artículo 480 del Código Civil, pues no se trata de retomar aquella concepción, superada, que identificaba la situación, y el derecho, del fiduciario con los del usufructuario. La identidad de razón entre el supuesto de hecho regulado y el que carece de regulación (art. 4.1 CC) hay que situarla en las semejanzas derivadas de la limitación temporal de estos dos distintos derechos y en lo equiparable del interés del fideicomisario y del nudo propietario en que su posición jurídica...».

¹⁶⁷ OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, p. 284. «Conviene advertir que si bien, como se dijo, no puede identificarse la posición del fiduciario con la del usufructuario, ello no obsta para que deba reconocerse que existe cierta analogía entre ambas figuras, lo cual permite aplicar al fiduciario algunas normas establecidas para el usufructuario, en cuanto no pugnen con las disposiciones específicas que a la sustitución fideicomisaria se refieren o con la especial naturaleza de esta institución...».

causante y de las regulaciones jurídicas aplicables a cada una de ellas, creo más oportuno ceñir mi trabajo a las dos figuras citadas (sustitución fideicomisaria y fideicomiso *si aliquid supererit*). Disposiciones testamentarias que consistirían, bien en el simple establecimiento de la figura con su fisonomía jurídica normal, tal como se recoge en el artículo 781 del Código Civil, o bien en la total transformación de las pautas señaladas dispositivamente por el ordenamiento ¹⁶⁸.

Estas distintas manifestaciones de la voluntad del testador determinarán, en líneas generales, los bloques normativos aplicables en cada caso. Lo cual nos lleva, considerando lo anterior, a averiguar ese punto, o enclave normativo, a partir del cual abandonamos la regulación propia de una figura y nos introducimos en la reglamentación de la otra. Este dato posee una repercusión enorme, puesto que concretará, en buena medida, los efectos y trascendencia de lo manifestado en el testamento.

Pues bien, considero que el punto en el que la voluntad dispositiva pasa, de ser simplemente modalizadora de la sustitución fideicomisaria, a ser constitutiva de otra figura diversa, es aquél en el que, transgrediendo los caracteres propios de la primera, se sobrepasa el contenido propio del fideicomiso *de eo quod supererit*. Es decir, aquél en el que la voluntad del testador configura un haz de facultades a favor del fiduciario ¹⁶⁹ de tal amplitud, que elimina el deber de conservar y termina con la necesidad de que subsista un remanente patrimonial a disposición del fideicomisario.

No obstante, en la mayoría de los casos, cuando el testador configura la disposición fideicomisaria desconoce la regulación jurídica concreta que se aplica. Siendo, a veces, él mismo el que ofrece con sus expresiones parte de dicha regulación. Sin perjuicio de lo afirmado, resulta coherente con lo sostenido y con la regulación legal existente sobre la sustitución fideicomisaria afirmar las limitaciones que afectan a una posible actuación de la voluntad del testador en una figura como ésta. Cualquier actividad del testador tendente a introducir variaciones en la figura debe encontrarse dentro de las limitaciones y de la fisonomía de la sustitución fideicomisaria.

¹⁶⁸ A mi juicio, el análisis de estas figuras emparentadas por el mecanismo sucesorio escogido pero distintas en cuanto a naturaleza jurídica no exime del análisis o estudio de aquellas otras transformaciones de la sustitución fideicomisaria que sin alumbrar, bien un fideicomiso *si aliquid supererit*, bien una figura con caracteres propios, sí dan lugar a una serie de variantes que se agrupan bajo el concepto de fideicomiso *de eo quod supererit*. En este fideicomiso se conservan, en mayor o menor medida, las notas esenciales o configuradoras de la sustitución fideicomisaria; pero, al mismo tiempo, el testador introduce una serie de facultades y prohibiciones que matizan la posición jurídica del fiduciario y su relación con los bienes.

¹⁶⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, «Usufructo sobre usufructo», *RD*, 1943, pp. 257 ss. Aunque sin aludir a la figura estudiada, señala el autor: «siempre que al usufructuario se conceda algún derecho de disponer, aunque sólo sea condicionalmente, no se constituirá usufructo únicamente, sino también otro derecho real distinto sobre cosa ajena, substanciado en el *ius disponendi*, en virtud del principio del *numerus apertus*».

Toda disposición testamentaria que manifieste una voluntad clara de sobrepasar los confines del fideicomiso *de eo quod supererit* debe verse como una señal de no establecer una sustitución fideicomisaria (arts. 781 y 785.1 CC).

La sustitución fideicomisaria es una figura tipificada que, por conllevar una cierta vinculación patrimonial, algo que parece oponerse a la inspiración de nuestro sistema sucesorio basado en unas amplias libertades testamentarias y en la libre circulación de bienes, provoca los recelos del legislador.

Como resultado de todo ello, debemos aceptar con muchas cautelas la posible intervención del testador a la hora de configurar una sustitución de este tipo, puesto que cualquier expresión o estipulación en su establecimiento puede conducirnos a una figura con diversa naturaleza jurídica.

Igualmente trascendente resulta para la doctrina el contenido del artículo 783.2 ¹⁷⁰, donde se ha querido ver la puerta de entrada para el poder configurador del testador. No obstante, la última expresión del artículo, adoptando un análisis contextual, puede entenderse en un doble sentido:

– Primero, que el testador haya restringido la capacidad de realizar deducciones a menos de lo que dice el artículo. En este sentido, cabría que el testador hubiera dispuesto que el fiduciario pudiera deducir los gastos legítimos, pero no los créditos y las mejoras (otra cosa sería determinar la eficacia de una disposición así, conforme al art. 1010 CC).

Esta primera interpretación del artículo 783.2 *in fine* situaría al fiduciario en una posición jurídica débil, ya que sus facultades se acercarían a las de un mandatario (art. 1728), con la diferencia de que el mandatario posee una titularidad obligacional, y el fiduciario una titularidad real.

– El segundo de los sentidos o interpretaciones de la citada expresión tendría, por el contrario, un contenido orientado a reforzar la posición del fiduciario. Es decir, que el primer llamado pudiera realizar más deducciones de las que aparecen en el segundo párrafo de este artículo 783, pero debiendo conservar siempre un mínimo de bienes para el llamado en segundo lugar. Es decir, que las facultades dispositivas que podrían otorgarse al fiduciario, merced a lo establecido en el artículo 783.2.º, siempre encontrarían su límite en lo dispuesto en el resto de los preceptos que se encargan de la regulación de la figura (fundamentalmente, arts. 781 y 785.1.º). Con lo cual, tendríamos que negar la posibilidad de incardinar el origen del denominado fideicomiso *si aliquod supererit* en el precepto aludido, dado que el mismo conlleva la desaparición del deber de conservar; y ello, pese a la opinión de algunos auto-

¹⁷⁰ Artículo 783.2: «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

res (Jerónimo López ¹⁷¹ o Díaz Alabart ¹⁷²) que ven en este artículo 783.2 un argumento sólido para sostener la existencia de una sustitución fideicomisaria de residuo ¹⁷³, donde el fiduciario entrega lo que pueda quedar —de bienes fideicomitados— tras su muerte.

De cualquier forma, existe una expresión en el artículo 783.2 que hace reflexionar acerca de cuál fue la intención del legislador al redactar este artículo, y darle un sentido a esta figura. Es la palabra «deducciones». Cabanellas y Alcalá-Zamora señalan que deducción en una de sus acepciones significa: «Disminución de cantidad en una concesión liberal. En las particiones, resta o rebaja legales que se hace sobre legados o incluso legítimas, para respeto de los derechos de terceros y de otros legatarios o herederos. En las sucesiones, deducir, es rebajar la cuota que por precepto legal o disposición del testador pertenece a otra persona» ¹⁷⁴. Parece que, en el Derecho de sucesiones, se emplea el término deducciones para indicar las rebajas o detrimentos que se efectúan en los bienes hereditarios con el fin de salvaguardar los intereses de un sujeto, pero siempre partiendo de la existencia de otro sujeto que posee un derecho actual sobre este cúmulo de bienes. Por ello, llevar este término, «deducciones», hasta el extremo de libre disponibilidad para el fiduciario (si así fue la voluntad del testador), no me parece totalmente acorde con el sentido del artículo.

No obstante, el respeto a la voluntad del testador es clave en este asunto, y, si éste confirió amplias facultades dispositivas al fiduciario sobre los bienes constitutivos del fideicomiso, lo que dispuso fue un fideicomiso *si aliquid supererit*, ya que no tomó (el testador) «la precaución» de reservar un *quantum* patrimonial para el llamado en segundo lugar. Esta afirmación se mantendría, incluso, cuando el testador hubiera empleado la denominación de sustitución fideicomisaria para establecer

¹⁷¹ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, *obra citada, La regulación del fideicomiso de residuo...*, pp. 773 ss.

¹⁷² DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, p. 36. Según la autora: «Ahora bien, aceptado que el artículo 783.2.º, se refiere al fideicomiso de residuo, tal cosa no sirve sino a efectos de apoyar que es una sustitución fideicomisaria, no, a los efectos de fundamentar su admisión en nuestro Derecho, ni tampoco, como es obvio, al de darle ninguna regulación específica, porque el solo hecho de que la ley se refiera a una figura singular o la contemple, no tiene virtud de crear norma ninguna particular para ella».

¹⁷³ Por mi parte, considero que esta segunda interpretación del artículo 783.2 *in fine* resulta acertada, siempre y cuando las variaciones introducidas por la autonomía negocial del testador discurren por los cauces del denominado fideicomiso de residuo *de eo quod supererit* que, como señalé anteriormente, no deja de ser una sustitución fideicomisaria.

En apoyo de este posible sentido del artículo 783.2 puede utilizarse un argumento gramatical. Según el artículo 781: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud...». Pues bien, la ausencia de una coma tras la tercera palabra del texto del precepto citado abre la posibilidad de entender, desde el punto de vista legal, la existencia de otros tipos de sustitución fideicomisaria que vengan configurados singularmente en cada testamento.

¹⁷⁴ CABANELLAS, Guillermo y ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis, *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, Editorial Heliasta, SRL, Buenos Aires, 1979.

una disposición así, ya que como establece el artículo 785.1.^o ¹⁷⁵ no bastaría con designar la figura con el *nomen iuris*, sino que debe revestir la configuración prevista en sus líneas básicas.

Evidentemente, cabría el resultado descrito de la disposición, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*, de todos los bienes fideicomitidos, si la intención del testador fue configurar un fideicomiso de residuo del tipo mencionado. Pero en este caso no sería correcta la remisión al artículo 783.2, pues dicho resultado vendría ocasionado por la habilitación previa del causante en el documento.

Dejando a salvo la voluntad del fideicomitente, la clave esencial es la posición adoptada por cada uno de los elementos personales insertos en la sustitución, dado que se trata de una cuestión que repercute en terceros ¹⁷⁶.

Como síntesis de lo dicho hasta aquí, podría indicarse cómo la configuración de la sustitución fideicomisaria operada por el causante en la disposición testamentaria, en la medida en que vincula unos determinados bienes a un orden sucesorio, afecta, no sólo a los sujetos instituidos para alguna de las posiciones jurídicas presentes en la figura (fiduciario o fideicomisario), sino también a aquellas otras personas que, siendo ajenas a la procedencia de los bienes fideicomitidos, entran en contacto con los mismos por vía contractual.

Incidencia en la dinámica de las figuras fideicomisarias de posibles pactos entre fiduciario y fideicomisario

Hasta este momento, en mi investigación, sólo me he ocupado de la posible incidencia de la autonomía negocial del testador en la figura. Algo que, por otro lado, resulta lógico si partimos del dato de que la figura tratada se inserta en un negocio jurídico unilateral, testamento, donde no tienen participación voluntades distintas a la de su autor, el causante. No obstante, como también se ha tratado, las figuras fideicomisarias crean un proceso de sucesión que no se agota con la simple aceptación del instituido, sino que, prolongándose en el tiempo, provoca la concu-

¹⁷⁵ Artículo 785.1: «No surtirán efecto: Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero». Del tenor del artículo parece que, aunque el testador sea benévolo a la hora de conceder facultades al fiduciario, siempre lo que da sentido a la figura es la existencia de un resto de bienes conservados para su posterior entrega al fideicomisario.

¹⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, pp. 148, 212 ss. En este sentido, escribe el autor: «la regulación de la sustitución fideicomisaria es escasa, ya que se omite por completo el estatuto legal de uno y otro durante la pendencia del fideicomiso, es decir, a qué facultades da lugar el que la herencia sea, en ese tiempo, del fiduciario, y de cuáles facultades se halla privado por tener que entregarla en su día al fideicomisario».

rrencia de más de un instituido (la de los sucesivos fideicomisarios) con intereses interrelacionados. De este modo, no cabe deslindar los intereses presentes en la posición del fideicomisario que pueden concretarse en la defensa de su derecho eventual, de aquellos intereses concurrentes en la posición del fiduciario, titular actual de los bienes fideicomitados.

Por todo ello, no debe resultarnos extraña la posibilidad según la cual, tras la apertura de la sucesión testada, fiduciario y fideicomisario lleguen en virtud de su propia autonomía negocial (art. 1255 CC) a determinados pactos sobre la administración o custodia de los bienes. Estos posibles pactos pueden ir, en su contenido, más allá de las previsiones que el testador hubiera adoptado en la disposición testamentaria que establece la figura fideicomisaria, merced a lo establecido en el artículo 6.2.º del Código Civil ¹⁷⁷. Por ello, además de resultar estos pactos muy útiles para completar aquellas facetas dejadas sin regulación, y donde el ordenamiento o régimen jurídico de la sustitución fideicomisaria no establece nada (algo bastante frecuente, por otra parte), pueden alterar el orden de llamamientos o el modo de actuar sobre los bienes mediante la renuncia de derechos atribuidos por el Ordenamiento, siempre que no se perjudiquen intereses de terceros merecedores de protección jurídica.

La incidencia de la autonomía negocial de los interesados se cifraría así en la propia dinámica de la figura previamente fijada. No obstante, esta faceta de la autonomía negocial dentro de la figura se encuentra con algunas dificultades ¹⁷⁸.

Por otro lado, tendríamos que estudiar la posible representación de los fideicomisarios, caso de tratarse de un *concepturus*, o de un *nasciturus*. Por mi parte, y siguiendo con una postura ya manifestada, considero que cabría una representación legal del *nasciturus* para la defensa de sus intereses en una posible negociación con el titular actual de los bienes.

En cambio, en el supuesto de tratarse de un *concepturus*, opino que no cabría representación por no existir nada que negociar. Sólo cuando existe la posibilidad de determinar el sustituto, puede surgir el interés en negociar su futura posición jurídica.

En relación al ámbito concreto de actuación de la autonomía negocial de los sucesivos herederos, opino, aparte de lo ya manifestado, que habría que acudir al contenido concreto de la disposición fideicomisaria en cada testamento para ver lo que allí se establece.

¹⁷⁷ Debemos recordar que no tiene aplicación el artículo 1271.2, ya que, a pesar de que el fideicomisario aún no tiene un derecho actual sobre los bienes, no nos encontramos ante una herencia futura, sino ante una herencia presente en la que existen sucesores que, como el fiduciario por la aceptación, pasan a ser titulares de determinados bienes.

¹⁷⁸ Así, cabría plantearse la posible relevancia jurídica de estos pactos, en caso de existir más de un llamamiento sucesivo (más de un fideicomisario).

VI. CARACTERIZACIÓN DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO COMO FIGURA JURÍDICA DIVERSA

VI.1 AMPLIO MARGEN DE ACTUACIÓN DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL EN EL MOMENTO DE SU ESTABLECIMIENTO (DETERMINACIÓN DE LAS FACULTADES CORRESPONDIENTES AL FIDUCIARIO)

En el caso del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, donde no existe una normativa que señale, al menos, las líneas esenciales de la figura, la voluntad del testador actúa con gran libertad¹⁷⁹; encontrando, únicamente, como frontera a su extensión, aquellas limitaciones generales presentes en el campo de sucesiones (reservas, legítima). Por el contrario, no existen, como en la sustitución fideicomisaria, unas limitaciones específicas que salvaguarden determinados intereses generales¹⁸⁰.

La voluntad del testador tampoco tiene que ir buscando ese equilibrio entre disfrute y conservación que apuntaba anteriormente en la sustitución fideicomisaria. Como señala Álvarez Caperochipi, «las cláusulas de residuo son tan variadas que incluso se puede dudar en la naturaleza unitaria de la institución... Todo ello conduce a que progresivamente vaya ampliándose la funcionalidad de las cláusulas de residuo»¹⁸¹.

El testador modela la titularidad del primer llamado o fiduciario a su libre criterio, determinando no sólo las posibles facultades dispositivas que pudieran corresponderle, sino también, por ejemplo, si debe, o no, entrar en juego el mecanismo de la subrogación real; o si tiene, o no, que prestar algún tipo de garantía el fiduciario acerca de su comportamiento, para evitar posibles actos fraudulentos.

En suma, cabe decir que, una vez superados los caracteres configuradores del fideicomiso *de eo quod supererit*, abandonamos una regulación exigua aunque orientadora de los márgenes a través de los cuales debe transcurrir la actuación configuradora del testador, para adentrarnos en otra figura en la cual será el propio testador la instancia que proporcione una regulación jurídica.

¹⁷⁹ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 211 y 212. La autora refiriéndose a la labor desarrollada por el testador en la configuración del fideicomiso de residuo, escribe: «Tal disponibilidad puede ser muy varia. Como si se concede para poderlos únicamente consumir, o también enajenar, y esto sólo a título oneroso, si es que se necesita, o bien a la libre voluntad del fiduciario, y, en aquel caso, o con o sin necesidad de justificarlo, o hasta se permite que los enajene incluso a título gratuito sin más, o autorizando que eso se haga únicamente a favor de ciertas personas, etc. Y... también cabe que faculte, no ya para la disposición *inter vivos*, sino incluso para la *mortis causa*, de modo que el fiduciario pueda, si quiere, dejar en testamento los bienes fideicomitados...». La autora en las páginas 213 y ss. aborda la distinción entre el fideicomiso *de eo quod supererit* y fideicomiso *si aliquid supererit*.

¹⁸⁰ Recordemos, en este punto, el espíritu presente en la normativa desamortizadora que tan insistentemente defendió la libre circulación de la propiedad.

¹⁸¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *obra citada*, p. 174.

VI.2 APLICACIÓN ANALÓGICA DE ALGUNOS PRECEPTOS REGULADORES DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A LA FIGURA ESTUDIADA

Oponiéndome a gran número de autores ¹⁸², a mi juicio, la aplicación al fideicomiso *si aliquid supererit* de ciertos preceptos (los no configuradores de la sustitución fideicomisaria) dedicados a la regulación de la sustitución fideicomisaria obedece no a la confusión entre ambas figuras, sino a la existencia común en ambas de un *ordo successivus* ¹⁸³. Ya que independientemente de la configuración de ambas figuras, en ellas existen dos instituciones de heredero, una para después de otra. De ahí, la necesidad de recurrir a unos preceptos (arts. 781 ss.) que contemplen esta posibilidad singular dentro de nuestro sistema sucesorio.

En cuanto a los preceptos aplicables, son muy pocos, ya que, como indiqué, la mayoría de ellos se ocupan de establecer determinados límites en cuanto al contenido o forma de la sustitución fideicomisaria. Así, sólo resultarían aplicables los siguientes: el artículo 782 (aunque con alguna salvedad); el artículo 784, el artículo 785.2.º y 4.º, el artículo 786 y el artículo 789.

VI.3 POSICIÓN JURÍDICO-REAL DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO *SI ALIQUID SUPERERIT*. REGULACIÓN JURÍDICA

Partiendo de las reflexiones realizadas, sería imprescindible analizar la naturaleza jurídica del derecho correspondiente al fiduciario en el fideicomiso de residuo, que en su manifestación *si aliquid supererit* se confirma como una figura diversa ¹⁸⁴.

¹⁸² VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Acerca de la naturaleza y efectos del fideicomiso de residuo en el Derecho Civil común español*, RGLJ, 1985, p. 394. «A nuestro entender, si se acepta que el fideicomiso de residuo es en el Derecho civil común español una sustitución fideicomisaria –y hay muchas razones, para entenderlo así–, ello conlleva automáticamente la aplicabilidad del régimen de los artículos 781 y siguientes del Código Civil, con las únicas salvedades derivadas de la flexibilización de la obligación de conservar en base al principio de la autonomía privada (del testador) y dentro del ámbito que tal autonomía tenga reconocido».

¹⁸³ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, p. 41. Escribe la autora: «De cualquier modo, creo que... su regulación (la del fideicomiso de residuo) no parece que vaya a variar, puesto que careciendo de una específica, aunque no fuese sustitución, las normas dictadas para ésta en general, le serían aplicables por analogía, como figura más similar que sería al fideicomiso de residuo, y aunque sí sea sustitución, como discrepa de la normal en no tener el fiduciario deber de conservar, no le serían aplicables las normas de la fideicomisaria ordinaria dictadas en función del deber de conservar».

¹⁸⁴ PUIG FERRIOL, Luís, *Comentario a la sentencia de 25 de Abril de 1983*, pp. 551 y 552. Escribe el autor: «... la jurisprudencia ha venido en distinguir entre el fideicomiso de *si aliquid supererit* (o fideicomiso de si queda algo) y el fideicomiso de *de eo quod supererit* (de lo que quede). La diferencia entre una y otra modalidad del fideicomiso de residuo

En éste considero que el derecho del fiduciario sí puede llegar a configurarse como un auténtico derecho de propiedad. Y no sólo, como se defiende por alguna doctrina, por la posibilidad que le conceden las facultades dispositivas para consumir o disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos, sino también por la perpetuidad que puede incorporar al derecho el dato, previsto a menudo testamentariamente, de poder disponer *mortis causa* el fiduciario a favor de sus propios descendientes¹⁸⁵. En estos casos, sí que se da un auténtico derecho de propiedad en el fiduciario, integrado por sus principales facultades patrimoniales.

Antes de descender a los efectos que se siguen de la calificación jurídica adelantada, paso brevemente a señalar las notas esenciales del derecho presente en la posición jurídica del fiduciario en el fideicomiso *si aliquid supererit*, tal y como procedí antes con la sustitución fideicomisaria:

– Se trata de un derecho en cuya configuración resulta pieza esencial la libertad testamentaria plasmada en una serie de disposiciones¹⁸⁶.

– Se configura como un derecho real absoluto, con acceso, igualmente, al Registro de la Propiedad. No obstante, el acceso al mismo puede venir determinado por diversas vías: tanto como derecho real de propiedad sobre bienes fideicomitidos, como también, en forma derecho real de garantía a favor del fideicomisario que gravara la titularidad del fiduciario¹⁸⁷.

viene establecida por la sentencia de 25 de mayo de 1971 en los siguientes términos: «en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades. Primera: En el supuesto de que el testador (fideicomitente), faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que reste o quede (*si aliquid supererit*), si queda algo; y segunda: en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*), de aquello que debe quedar». Cfr. también la sentencia de 7 de enero de 1959».

También en este sentido, FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, p. 8.

¹⁸⁵ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *obra citada*, pp. 400 y 402. Según el parecer del autor, «... creemos que el testador puede autorizar al fiduciario a disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, pero creemos también que ello implica un contrasentido –una desnaturalización de la figura del fideicomiso de residuo–, por cuanto el testador deja la puerta abierta para que no surta efecto la vinculación que inicialmente estableció. Ello caería ciertamente dentro de las atribuciones del testador (dentro, naturalmente, de los límites previstos por la Ley), pero hace tránsito hacia una figura distinta».

¹⁸⁶ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La sustitución fideicomisaria de cuantía mínima incierta», *ADC*, 1959, p. 1072. Como señala Jerónimo López, «cuando la regulación se establece en virtud de un negocio jurídico, 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».

¹⁸⁷ PUIG FERRIOL, Luis, *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil «Durán y Bas», Barcelona, 1965, pp. 191 a 197.

– Con una limitación temporal que se presenta mucho más contingente, desde el momento en que cabe se conceda al fiduciario la posibilidad de transmitir *mortis causa* los bienes fideicomitidos a sus propios sucesores, los cuales pueden, o no, coincidir con la persona del fideicomisario.

– En último lugar, siendo realmente el dato definitorio, debe señalarse que se trata de un derecho desprovisto de la obligación de conservar y administrar una masa patrimonial para un sujeto posterior, lo que entraña un comportamiento del titular independiente, o desconectado, de posibles restricciones dispositivas ¹⁸⁸. Lo que nunca, a mi juicio, podrá faltar, es la obligación de entregar «lo que quede» a una persona designada para después de su titularidad, ya que la ausencia de este dato significaría que nos hallamos fuera de la figura del fideicomiso.

A pesar de ser, como vemos, la finalidad en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso *si aliquid supererit*, diversa ¹⁸⁹, parte importante de la doctrina española sigue manteniendo el encuadre del fideicomiso de residuo dentro de la sustitución fideicomisaria ¹⁹⁰.

¹⁸⁸ FONT BOIX, Vicente L., *obra citada*, p. 91. «No existe obligación de conservar, puesto que el fiduciario está facultado para enajenar. Con la facultad que recibe para vender, y a veces para disponer *mortis causa*, se desvanece por completo la obligación de conservar, y si actúa la disposición sobre toda la herencia no quedará residuo alguno, y, por tanto, se esfumará por completo la obligación de transmitir, porque no quedará nada que entregar o restituir» (Sts. 21 de noviembre de 1955, 21 de noviembre de 1956, 24 de noviembre de 1960, 29 de enero de 1962 y 5 de julio de 1966).

¹⁸⁹ OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, pp. 302 y 303. Según el autor, «a primera vista se advierte un rasgo común entre esta figura (el fideicomiso de residuo que llamamos *si aliquid supererit*) y la sustitución fideicomisaria: la existencia de un doble llamamiento o vocación al disfrute sucesivo de los bienes hereditarios, a los cuales el testador imprime una trayectoria predeterminada. Pero inmediatamente se destaca una nota diferencial, ya que mientras en la sustitución fideicomisaria el primer llamado viene obligado a conservar los bienes y a entregarlos al sustituto en el momento fijado por el fideicomitente, en cambio, en el llamado fideicomiso de residuo, el fiduciario puede disponer de los bienes por actos *inter vivos* (y aun por *mortis causa* si para esto hubiese sido expresamente autorizado por el testador), quedando únicamente obligado a restituir los bienes de que no hubiese dispuesto al ocurrir su fallecimiento».

¹⁹⁰ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 189 y 190. Según el autor, «la doctrina contemporánea ve en el fideicomiso de residuo una variante o modalidad de la sustitución fideicomisaria, caracterizada por la circunstancia de que lo fideicomitido es de cuantía mínima incierta. González Palomino, Díez Pastor, Roca Sastre, Lacruz, Vallet, Puig Brutau, etc., se muestran decididos partidarios de tal tesis... La jurisprudencia, por el contrario, muestra, por un lado, ciertas vacilaciones en cuanto a su encuadramiento sistemático...».

En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», *ADC*, 1955, p. 786. Para este autor, «el Código Civil español dis-

Por mi parte, considero que en el fideicomiso de residuo, el disponente pretende favorecer no sólo al segundo instituido o fideicomisario, sino también (y, a veces, primordialmente) ¹⁹¹ al primero o fiduciario. Repitiendo palabras de Clemente de Diego, «diríamos que en él, se invierten las tornas y con ser el fideicomisario objeto de atención, consideración y afecto por parte del testador la preferencia y predilección caen del lado del fiduciario a quien en primer término se le autoriza para disponer de todo, y gozar de todo incluso consumiendo» ¹⁹². Por ello, estimo arriesgada la postura de los autores que sostienen la unidad entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso *si aliquid supererit*.

Esta separación entre ambas figuras que pretendo demostrar se ve favorecida si contemplamos el fenómeno desde la óptica de los posibles derechos eventuales presentes.

Así, en el derecho eventual presente en el fideicomiso de residuo –*si aliquid supererit*– debemos distinguir entre la existencia del propio derecho eventual y el objeto del mismo. El derecho eventual, en cuanto expectativa que es, no difiere substancialmente de aquél otro derecho eventual presente en la sustitución fideicomisaria, pudiéndose mantener su existencia. En cambio, la determinación del objeto del derecho se presenta ciertamente ambigua, puesto que se trata de una expectativa al residuo. No obstante, el que se trate de un contenido ambiguo es prueba, al menos, de su existencia. Precisamente esta diferencia de objeto en el derecho eventual y en el derecho futuro, es lo que permite deslindar la figura del derecho eventual –presente en todas las disposiciones fideicomisarias puras o a término–, del derecho condicional ¹⁹³.

Esta serie de consideraciones nos conduce a pronunciarnos acerca de la naturaleza del fideicomiso de residuo. Resulta evidente, a mi juicio, pese a la postura del TS y de algún autor ¹⁹⁴ sobre este extremo, que

tingue 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... El precepto básico en este aspecto es el artículo 783, párrafo segundo, del Código Civil.

¹⁹¹ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, p. 14.

¹⁹² DIEGO Y GUTIÉRREZ DE, Felipe Clemente, *obra citada*, p. 30.

¹⁹³ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, pp. 119 y 122. Escribe el autor: «La diferencia, pues, entre el derecho eventual y el derecho condicional radica en que, mientras en el primero la incertidumbre puede recaer sobre cualquier elemento esencial y constitutivo, sin el que su misma existencia sería inconcebible, en el derecho condicional la incertidumbre recae únicamente sobre la titularidad definitiva del derecho».

¹⁹⁴ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, pp. 23 y 24. Escribe el autor: «Los llamados en segundo lugar quedan pues colgados de un suceso futuro e incierto, dependiente de la exclusiva voluntad del primer instituido, que éste muera sin haber dispuesto de los bienes. Son, pues, herederos bajo condición y, como dice el Código, si fallecen antes de que la condición se cumpla, nada adquieren ni transmiten derecho alguno a sus herederos».

en el caso de esta figura fideicomisaria cabe mantener, como dijimos, la existencia de un posible derecho eventual a favor del fideicomisario. Lo cual nos lleva a desechar, con ello, la calificación de condicional para el fideicomiso de residuo, al menos, como algo derivado de su configuración ¹⁹⁵, dado que conforme al artículo 759 ¹⁹⁶ no cabe hablar de expectativas transmisibles en la institución de heredero o legatario sujeta a condición.

Regulación jurídica

Una vez delimitado de manera panorámica el derecho del fiduciario en este fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, conviene descender a la normativa aplicable a las distintas materias. Es aquí donde

¹⁹⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 49, 162, 163, 172, 173 y 174. Escribe la autora: «... llegaré a la conclusión de que, de por sí, es una sustitución pura, y no condicional. Lo que no excluye que si, como es posible, se le somete a condición, sea una sustitución condicional. Pero no es condicional por el hecho de que, dejado al fideicomisario lo que quede, es decir, el residuo, el que pueda quedar algo o pueda no quedar nada, constituya de por sí una condición, de modo que sería condicional el fideicomiso porque el hecho de que quede constituya un evento, un acontecimiento incierto, del que depende el llamamiento del fideicomisario... Lo primero es señalar que, por lo que toca a la jurisprudencia, si bien no cabe negar que, en su conjunto, es literalmente condicionalista, valga la palabra, sin embargo, no lo es de verdad, como parece, por las siguientes razones: 1.ª Hay fallos no condicionalistas... 2.ª Hay fallos que se limitan a presentar el estado de la cuestión o a referirse a lo que dicen otros... 3.ª Hay fallos que adoptan una postura condicionalista, pero con el puro carácter de *obiter dictum*...».

FONT BOIX, Vicente, *obra citada*, pp. 96 y 97. Refiriéndose a la naturaleza no condicional del fideicomiso de residuo, escribe el autor: «Por incidir directamente sobre la estructura del efecto, tiene carácter necesario. Ello le diferencia netamente de la condición, y le coloca en la categoría de los que la doctrina moderna califica de coelementos necesarios; en este caso, un coelemento necesario respecto al factor objetivo de la relación jurídica. Cuando el hecho determinativo es futuro e incierto, surge una situación de pendencia que en muchos casos parece condicional. Pero la diferencia radica en que el evento de que hablamos no constituye, como la condición, un elemento accidental que pueda inoportunamente suprimirse... Pues bien, esto es lo que ocurre con la disposición de los bienes en el fideicomiso de residuo. En ellos se fijan unos sujetos que van a ser los sujetos de la consecuencia jurídica. Y se fijan unos objetos que, eventualmente, lo van a ser de la relación, y que lo serán *in actu*, surgiendo la consecuencia jurídica respecto de aquellos de que el fiduciario no haya dispuesto antes de su muerte...».

En este sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *obra citada*, pp. 308 a 311. El autor, aludiendo al fideicomiso de residuo, mantiene: «No basta, entonces, con que el hecho del que va a depender la adquisición del segundo llamado sea uno futuro e incierto para que la institución pueda calificarse de condicional; sólo cuando ese evento sea tenido expresamente en cuenta, y a él se subordine la efectividad del llamamiento, podrá, con propiedad, postularse aquel carácter condicionado». *Vid.* JORDANO BAREA, Juan B., «Dictamen sobre fideicomiso de residuo y pago de lo indebido», *ADC*, 1960, pp. 1222 a 1229.

¹⁹⁶ Artículo 759: «El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos».

la labor del jurista se presenta más ardua, puesto que la regulación no es escasa, sino inexistente, y la observancia de unas pautas básicas es esencial si quiere conseguirse una coherencia en la reglamentación de la figura.

No obstante, habiendo, previamente, señalado la pauta, sólo nos faltaría la utilización de la analogía para dar respuesta a los problemas que nos vamos encontrando. Si en el caso de la sustitución fideicomisaria veíamos cómo el régimen de frutos era el previsto para el usufructuario (arts. 471 ss.), dada la similitud de la posición del fiduciario, frente a los bienes, con la adoptada por el usufructuario, en el caso del fideicomiso de residuo tratado, el régimen a aplicar es el previsto en los artículos 451 ss. en sede de posesión, y ello, por tratarse de un disfrute posesorio en concepto de dueño¹⁹⁷. Precisamente será la propia naturaleza del derecho real correspondiente al fiduciario la que determinará, en gran medida, la normativa aplicable a distintas materias puestas de manifiesto con el desenvolvimiento de la figura. Digo esto pensando, por ejemplo, en materia de responsabilidad patrimonial, o de disposición de bienes fideicomitidos.

Básicamente, las ideas aquí sostenidas en torno a la aplicación analógica de determinados artículos son las mantenidas por un elevado número de autores. Así, la de Irúzun¹⁹⁸, o la de Bonet Ramón¹⁹⁹, entre otros.

Pero no deben considerarse estos dos puntos esenciales estudiados hasta aquí (naturaleza del derecho real del fiduciario y facultades dispositivas del mismo) como independientes, sino que, muy al contrario, se condicionan de tal manera que no cabría hablar de posibles diferencias en cuanto a régimen jurídico aplicable, sin contar con ambos. Prueba de lo anterior sería el caso del fideicomiso *de eo quod supererit*. En este tipo de sustitución fideicomisaria la concreción del régimen jurídico a aplicar

¹⁹⁷ PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, p. 89. El autor refiriéndose a la compilación catalana anterior al Código de Sucesiones, escribe: «Respecto a la adquisición de los frutos y rentas, al no disponer nada en particular la Compilación, regirán los preceptos generales que establece el Código Civil referentes a la adquisición de los frutos. Por tanto, los frutos naturales e industriales, o frutos, como simplemente los llama la Compilación, los adquirirá el fiduciario por su separación (ap. 2.º del art. 451 del Código Civil) y los frutos civiles o rentas los percibirá por días, de acuerdo con el ap. 3.º del artículo 451 y artículo 474».

¹⁹⁸ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 202. Según el autor: «juegan de nuevo aquí, con valor relevante, los términos empleados por el testador, acaso irreflexivamente. Y aunque a nuestro parecer los frutos quedan fuera del tránsito fideicomisario, si se tiene en cuenta la naturaleza dominical del derecho del fiduciario y el carácter restrictivo de toda interpretación que verse sobre materia de fideicomisos, es la voluntad del testador la que decide, y por ello ha de investigarse».

¹⁹⁹ BONET RAMÓN FRANCISCO, *obra citada*, p. 359.

en la singular disposición testamentaria ²⁰⁰ pasaría por la determinación del posible alcance de las facultades dispositivas conferidas por el causante al fiduciario. Sólo tras esta previa indagación podremos conocer con certeza el contenido propio de la disposición fideicomisaria, para después aplicar la regulación jurídica más adecuada.

No obstante, en la búsqueda de la regulación jurídica más conveniente, tanto para el fideicomiso *si aliquid supererit* como para el fideicomiso *de eo quod supererit*, deberán tomarse en cuenta no sólo los deseos del causante plasmados en la disposición testamentaria, sino también aquellas limitaciones o restricciones presentes en nuestro ordenamiento sucesorio que persiguen salvaguardar intereses de terceras personas en toda transmisión *mortis causa*.

VII. DISTINCIÓN ENTRE LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS Y EL LLAMADO NEGOCIO FIDUCIARIO

VII.1 PRESENCIA DE LA FIDUCIA EN DETERMINADAS FIGURAS DIFERENCIABLES DE LAS DENOMINADAS DISPOSICIONES FIDEICOMISARIAS

Sin perjuicio de que posteriormente aborde la distinción entre los efectos jurídicos derivados del negocio *mortis causa* en el que se establece alguna de las figuras fideicomisarias y los resultantes del denominado negocio fiduciario, tal y como viene siendo entendido este último por la doctrina que se ha ocupado de su estudio ²⁰¹, creo conveniente apuntar algunas diferencias apreciables entre las construcciones objeto de nuestra atención y aquellas otras figuras *mortis causa* que, como el fideicomiso puro ²⁰² y la institución de heredero

²⁰⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *obra citada*, p. 310. Según el autor, «a poco que se ahonde en su contenido, se descubrirá en él un ente artificial o de laboratorio, que en la realidad viene a corresponderse con dos sustituciones hereditarias distintas, a las que se pretende unir un tanto forzadamente, y presentar como si de una sola se tratase».

²⁰¹ CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.

JORDANO BAREA, Juan B., «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», *ADC*, 1983, vol. III (homenaje a De Castro), pp. 1435 ss.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, Actualidad Civil, 1993, tomo IV, Marg. 663.

CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi fiduciari* (trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario), Ristampa, 1978, Università di Camerino, *passim*.

²⁰² PUIG FERRIOL, Lluís, «Institución de heredero por fiduciario», *RJC*, 1964. p. 15. Siguiendo la tradición romana, sostiene Puig Ferriol: «el fideicomiso puro supone el nombramiento de un fiduciario con la obligación de cumplir el encargo de transmitir la totali-

por fiduciario ²⁰³, vienen a consagrar un mecanismo sucesorio cercano al que se aprecia en los fideicomisos.

Este tipo de disposiciones testamentarias, pese a encontrarse prohibidas en Derecho Común ²⁰⁴, se encuentran ampliamente reconocidas y amparadas en alguno de los ordenamientos forales (caso del catalán ²⁰⁵); lo cual permite, gracias a la tipificación legal que allí se hace, desarrollar la labor apuntada.

Tras un análisis de las mismas (construcciones jurídicas reguladas en Derecho Foral) puede apreciarse como la *fides* cumple, en ellas, un papel muy similar del llamado a desempeñar este componente en las figuras englobadas, generalmente, bajo la denominación de fideicomisos. No obstante, existe una diferencia fundamental entre ambas construcciones, pues pese a condicionar siempre este elemento la titularidad del llamado a cumplir con lo establecido en el testamento –bien transmitiendo los bienes al verdadero heredero, bien designando la persona llamada a ocupar dicha posición en la sucesión testada ²⁰⁶– no se otorga ningún tipo de derecho real a este sujeto, lo que lleva a negar la existencia de un *ordo successivus*, contrariamente a lo que sucede en las figuras fideicomisarias. Esto último, porque, en mi opinión, para que pueda hablarse de un *ordo successivus*, tienen que existir dos titularidades –una después de otra– que concedan facultades con trascendencia real.

dad o una cuota de la herencia o legado al verdadero heredero, o sea el fideicomisario. En el fideicomiso puro el primer llamado no es pues un heredero, sino un fiduciario o *minister* del testador...». También del mismo autor, *El heredero fiduciario*, pp. 37 y 38.

²⁰³ PUIG FERRIOL, Lluís, *obra citada*, pp. 16 y 17. En ésta, no existe un orden sucesivo en la sucesión. «El elector resulta investido de su misión por el causante... El elector tiene como única y fundamental misión la de determinar –entre varias personas– el heredero del causante o también instituirlos en partes iguales o desiguales... El fiduciario con derecho a elegir heredero no ostenta, pues, ningún derecho real de goce o disfrute sobre los bienes hereditarios, pues esto excede de las facultades que por la misma naturaleza de las cosas son propias o peculiares de un elector».

²⁰⁴ En virtud del artículo 785.4.º del Código Civil: «No surtirán efecto... Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador».

²⁰⁵ PÉREZ MAYNAR, David, «Comentario a los artículos 148 ss. (Institución de heredero por fiduciario)», *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991 de 30 de Diciembre*, Bosch, Barcelona, 1994, tomo I, pp. 559 ss. VALLS XUFRE, Josep M.ª, «Comentario a los artículos 180 ss. (Los fideicomisos)», *obra citada*, tomo II, pp. 701 ss.

²⁰⁶ Profundizando algo más en la distinción, cabría decir lo siguiente: en el fideicomiso puro, el testador se sirve de la persona instituida como fiduciario para que transmita los bienes sujetos al fideicomiso a una persona, predeterminada, a quien se quiere como auténtico heredero. En cambio, en la institución de heredero por fiduciario, el designado como tal no tiene la función de transmitir los bienes al sujeto realmente querido como heredero, sino la de designar precisamente la persona que ocupará esa posición dentro del proceso sucesorio.

Junto a las observaciones que hemos realizado en torno a la distinción entre las disposiciones que conceden, o no, algún tipo de posición jurídico-real al fiduciario, podrían realizarse otras, más interesantes, a mi modo de entender, entre todas ellas y el negocio fiduciario como categoría de negocio anómalo. No obstante, prefiero dejar aplazada esta delimitación para más adelante, indicando únicamente cómo en todos los supuestos vistos la elección por el testador de la figura concreta no lleva en ningún caso a la alteración de los posibles efectos jurídicos que se desprenden, de modo natural, del tipo.

Pese a ello, este mecanismo que aparece de manera más nítida en el supuesto de la institución de heredero por fiduciario, puede verse enturbiado en el caso del fideicomiso puro cuando el encargo realizado al fiduciario en base a la *fides* no trasciende del contenido propio de la disposición. En este caso, si el fiduciario aparece frente a terceros como auténtico titular de los bienes, la fiducia se encubre bajo un artificio o mecanismo indirecto para designar al verdadero sucesor, lo cual entraña una simulación a la que se añade el ingrediente de la confianza depositada.

VII.2 FIGURAS FIDEICOMISARIAS COMO MANIFESTACIÓN DE LOS NEGOCIOS *MORTIS CAUSA* DE CONFIANZA

Retomando algo que ya dejaba apuntado en el epígrafe anterior, sería oportuno profundizar en la propia génesis de las figuras fideicomisarias para, de este modo, hacer salir a la luz aquel componente que, presidiendo su configuración, permite la delimitación respecto del negocio fiduciario.

Como ya antes indicaba, la presencia de la *fides* en un determinado negocio no siempre producirá idénticos efectos. En mi opinión, aunque en ambos negocios se encuentra presente la *fides*, en la figura fideicomisaria no hay simulación. De modo que la causa revelada en el testamento es la verdaderamente querida por el autor del negocio, siendo la confianza, componente, o parte integrante de esa causa manifestada. Por el contrario, en el llamado negocio fiduciario (como modalidad de negocio anómalo) la causa manifestada ²⁰⁷ no es la verdadera

²⁰⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales (arts. 1274 ss.)*, tomo XVII, vol.1.º-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 602 y 603. Con ocasión del estudio del artículo 1276, escribe: «... en ambos (el negocio fiduciario y el relativamente simulado) se quieren algunos elementos, pero no todos los manifestados, no siendo cierto siempre que el simulado no se quiera en absoluto, ni que en caso de fiducia se quiera del todo el aparente, pero con función más limitada, pues entonces no se quiere del todo; sí es verdad que la *fides* caracteriza al negocio fiduciario, pero ello sólo demuestra que probablemente éste es sólo un tipo de negocio simulado, pues hay negocios simulados que no funcionan con ese elemento...; más bien creo que, si bien hay

mente querida por las partes, funcionando la confianza que entraña la *fiducia* como instrumento del engaño ²⁰⁸.

Esta fiducia, que revela la confianza que el testador pone en el fiduciario para que cumpla con el encargo hecho en la disposición, constituye la síntesis o esencia propia de la figura prevista en los artículos 781 ss. del Código Civil. El testador confía en que el primer llamado (fiduciario) respetará su voluntad de beneficiar, estimo preferentemente, a un sujeto (fideicomisario) llamado a convertirse en titular definitivo de los bienes dejados a título de fideicomiso.

Esta afirmación en ningún caso debe hacernos pensar en un fenómeno similar al que acontece en el negocio fiduciario ²⁰⁹, puesto que, como ya he dicho, en la sustitución fideicomisaria no existe simulación en el momento de la transmisión de los bienes al fiduciario. Lo que ocurre es que la transmisión *mortis causa* de los bienes fideicomitidos al fiduciario lo convierte en titular de los bienes en virtud de un derecho distinto al de propiedad.

negocios simulados que no son fiduciarios, todo negocio fiduciario es un caso de simulación relativa...».

«En síntesis, fiducia *cum amico* y fiducia *cum creditore* comprende un acuerdo simulatorio innegable; toda fiducia implica mentira ante terceros, por acción u omisión, y, para mitigar esa mentira, *inter partes* opera la *fides*... Por ello termino afirmando, respecto del negocio fiduciario, lo contrario de lo que formulé, con medida cautela, acerca de que el artículo 1276 no se refería a él. Pues bien, sí se refiere...».

²⁰⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a terceros», *A. A. M. N.*, tomo XIV, 1965, pp. 316 y 317.

Vid. CASTRO Y BRAVO, Federico de, *obra citada*, pp. 388, 389, 407 y 419. El autor, ocupándose de la causa en el negocio fiduciario *inter vivos*, explica el mecanismo fiduciario del siguiente modo: «... se le caracteriza como una causa atípica, consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la *res fiduciaria* conforme a lo pactado y de restituir, al fiduciante o un tercero (fideicomisario), la misma cosa o derecho recibidos. De Castro, a modo de conclusión, y tras analizar la normativa, sostiene: «La función conformativa del negocio, que tiene la causa en nuestro Derecho, no permite que el fiduciario, como tal, adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada. Las disposiciones legales que son aplicables expresa o implícitamente a ciertos negocios fiduciarios se oponen o niegan dicha eficacia de modo claro y decisivo... La propiedad no se entiende transmitida de modo pleno y definitivo, sino limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria».

²⁰⁹ A este respecto, conviene recordar la necesaria separación entre la figura del negocio fiduciario, del negocio simulado y del negocio indirecto. Si bien, según mantiene la doctrina –*vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, y CARIOTA-FERRARA, *obra citada*...– todo negocio fiduciario entraña una simulación relativa, no necesariamente todo negocio simulado cuenta en su configuración con el componente de la *fiducia*. Por otro lado, tanto el negocio simulado, como el fiduciario, pueden ser diferenciados del indirecto en virtud del mecanismo escogido por las partes para alcanzar el fin pretendido. Fenómeno semejante al que acontece en relación con el negocio en fraude a la ley. *Vid.* RUBINO, Domenico, «El negocio jurídico indirecto», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953, (traducción de RODRÍGUEZ-ARIAS), *passim*.

Considero que el disponente, en el caso de la sustitución fideicomisaria, a quien pretende favorecer verdaderamente es al llamado en segundo lugar o fideicomisario. No obstante, en unas ocasiones por imposibilidad (no haber nacido aún la persona que realmente se quiere como titular definitivo de los bienes), y en otras por razones de orden moral (el no dejar totalmente desasistida a una persona a quien se profesa afecto), se designa a una persona como fiduciaria en concepto de heredero que, sin configurarse como propietaria de los bienes, sí ostenta una posición jurídico-real respecto a terceros.

Así, pues, la *fides* dentro de las figuras fideicomisarias viene a cumplir una función muy concreta, que no sólo no altera la configuración o la producción de los efectos del negocio utilizado, sino que resulta pieza fundamental para su tipificación.

VIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS HEREDEROS LLAMADOS EN PRIMER LUGAR. POSIBLE TRATAMIENTO DIFERENCIADO AL FIDUCIARIO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y AL DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO

VIII.1 PLANTEAMIENTO CONCRETO DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO-FIDUCIARIO. POSIBLE INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL DEL TESTADOR EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DEUDAS

VIII.1.1 Consideraciones generales. Posible alteración del régimen de responsabilidad por el testador

En principio, por propia configuración de nuestro sistema sucesorio, el heredero, cuando acepta pura y simplemente la herencia, se convierte en titular de todos los derechos y responsable por las deudas que existan en el patrimonio del causante. Esta idea queda recogida claramente en el artículo 1003 del Código Civil²¹⁰. Evidentemente, para eludir una responsabilidad de este tipo (reflejo sucesorio de la prevista en el artículo 1911 del Código Civil) le quedaría al instituido como heredero la posibilidad de recurrir a los artículos 1010 ss. del Código Civil para solicitar el beneficio de inventario, limitando, de este modo, su responsabilidad patrimonial al montante de bienes recibidos por vía testamentaria.

²¹⁰ Artículo 1003: «Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios».

Estas ideas, básicas en cualquier proceso sucesorio, también lo son en las figuras fideicomisarias. No obstante, la presencia de dos herederos sucesivos de un mismo causante, llamados al mismo patrimonio, nos hace reflexionar acerca de una posible alteración de las reglas generales en la materia ²¹¹.

Llegados a este punto, cabría hacerse una pregunta: ¿podría el testador establecer una disposición en virtud de la cual restringiera la responsabilidad del fiduciario, instituido como heredero, a los bienes fideicomitados sin necesidad de solicitar beneficio de inventario? En este caso, estimo que la respuesta debe ser afirmativa, pues además de no existir precepto alguno que se oponga a esta posibilidad ²¹², encontramos un artículo en el Código Civil que prevé una posible alteración en materia de reparto de las cargas de la herencia, por el testador, cuando la misma ha sido enteramente distribuida en legados. El argumento *ex* artículo 891 ²¹³ cabe aplicarlo, a mi juicio, analógicamente al supuesto en el cual lo establecido por el testador sea una sustitución fideicomisaria. Para admitir esta posibilidad basta reflexionar, en mi opinión, sobre los argumentos proporcionados por la doctrina que se ha ocupado del tema ²¹⁴.

Así, cabría que el testador tuviera en cuenta la antigüedad, o naturaleza, de las deudas para distribuirlas entre ambos sucesores –fiduciario y fideicomisario–. Algo que, estimo, no se opondría a la naturaleza del título por el que son llamados fiduciario y fideicomisario.

²¹¹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS, *obra citada*, p. 361. Este autor piensa que «en principio, por cuanto el fideicomisario es heredero, debería responder... Mas la circunstancia de que tal responsabilidad no es simultánea, sino sucesiva, modifica el planteamiento de la cuestión». De este modo, el autor resalta una idea básica para el entendimiento del sistema. Me refiero a la noción de responsabilidad sucesiva.

²¹² Otra cosa sería si el testador dispusiera una responsabilidad patrimonial que tuviera como soporte un caudal inferior al dejado testamentariamente. Aquí, la respuesta debe ser negativa, ya que el testador puede determinar el destino de los bienes, e incluso el modo de operarse sobre los mismos, pero no puede alterar con su voluntad las garantías que el ordenamiento jurídico ha establecido en pro de la seguridad del tráfico, ya que sería tanto como restringir la propia responsabilidad patrimonial para después de su muerte.

²¹³ Art. 891 CC: «Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa».

²¹⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, Evelia, *El art. 891 CC: La distribución de toda la herencia en legados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 339 a 354.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 398 a 409; GARCÍA RUBIO, María de la Paz, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, 1989; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «La herencia y las deudas del causante», *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

VIII.1.2 Distinción entre los tipos de deudas que pueden existir en el pasivo de la herencia

Abierta la sucesión del testador y cuando se produce la delación a favor del fiduciario, en la herencia sólo existen deudas contraídas por el causante. En cambio, finalizada la titularidad del primer llamado y tras operarse la delación fideicomisaria (a favor del segundo llamado o fideicomisario) puede existir más de un tipo de deudas: por un lado, pueden subsistir aún algunas deudas procedentes del caudal hereditario; por otro, posiblemente, existirán una serie de deudas contraídas por el fiduciario durante el tiempo en que tuvo la titularidad de los bienes fideicomitados (generalmente, en el caso de la sustitución fideicomisaria, como resultado de la administración o gestión de los bienes).

Partiendo de esta diferenciación entre tipos de deudas, cabría plantear un régimen de responsabilidad con mayor o menor amplitud. Así, considero que las deudas procedentes del caudal hereditario sujeto a fideicomiso seguirían el régimen general determinado en el artículo 1003 del Código Civil, a salvo de alguna alteración introducida por el testador. En cambio, las deudas surgidas durante el período en que el fiduciario es titular de los bienes fideicomitados tendrían, *a priori*, un régimen más restringido. Parece, a tenor del artículo 783, del que posteriormente me ocuparé, que de estas deudas respondería el heredero-fiduciario sólo con los bienes señalados, sin necesidad de haber solicitado previamente el beneficio de inventario.

Aún cabría establecer dentro de las deudas procedentes del caudal hereditario alguna distinción, ya que a efectos de una liquidación posterior sería necesario separar las deudas que el causante hubiera contraído con terceros, de aquellas posibles deudas que tuviera frente a la persona que instituyó como fiduciario en el testamento.

A mi juicio, el tratamiento de este tipo de deudas debe ser el mismo que el que reciben el resto de las deudas presentes en el patrimonio fideicomitado. Lo que las caracterizaría sería el momento de su liquidación, pues tendría que realizarse en alguno de estos momentos: bien al producirse la delación a favor del fiduciario, para evitar que cuando éste aceptara se produjera la confusión entre sus bienes y los bienes fideicomitados; bien, entendiéndose que nunca hubo confusión entre el patrimonio personal del fiduciario y los bienes recibidos, al término de su titularidad y antes de producirse el tránsito de los mismos al fideicomisario ²¹⁵.

²¹⁵ BONET RAMÓN, Francisco, *obra citada*, p. 385. El autor, comentando la regulación existente sobre la figura fideicomisaria en la Compilación Foral de Cataluña, antes de que se promulgara el Código de Sucesiones de 1991, afirma: «... mientras no tenga

VIII.2 REFERENCIA AL DIVERSO TRATAMIENTO DE LAS DEUDAS EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Al igual que en los epígrafes anteriores, en el presente debe partirse de lo que son las reglas generales en la materia. Por ello, debe constatar-se cómo, tanto en la sustitución fideicomisaria como en el fideicomiso *si aliquid supererit*, el fiduciario es llamado en concepto de heredero. Llamamiento que conlleva todos aquellos efectos jurídicos determinados legalmente y cuyo estudio no es el momento de abordar.

Tomando como premisa ineludible lo precedente, debe señalarse un dato, a mi juicio, de gran trascendencia en lo que se refiere a materia de responsabilidad patrimonial. Pese a tener la consideración de heredero el fiduciario en ambas figuras, la posición jurídica que ostenta no es la misma. De este modo, si bien como herederos recibirían un mismo tratamiento, en cambio, como titulares de posiciones jurídicas diversas, merecerían un tratamiento separado.

De lege ferenda, e inspirándome en su especial posición jurídica, señalo algunas ideas que podrían ser adecuadas para el régimen de responsabilidad estudiado:

Tomando como punto de partida la existencia de deudas dentro del patrimonio fideicomitado, no debería responder de igual modo una persona que actuó con facultades restringidas e inspiradas en un fin conservativo, que otra que posee amplia libertad en cuanto a la determinación de los medios de gestión y disposición sobre un conjunto de bienes.

Considero que en el primer supuesto (el de la sustitución fideicomisaria), la actuación personal del fiduciario se dirige principalmente a satisfacer un interés ajeno ²¹⁶, y sólo de manera subsidiaria se ve beneficiado personalmente a través del disfrute. En cambio, en el segundo supuesto (el del fideicomiso *si aliquid supererit*), se produce una prevalencia del interés del fiduciario en la gestión y disposición de los bienes, dejando desplazado a un segundo lugar el posible interés o expectativa del fideicomisario.

lugar la sustitución fideicomisaria, no podrá el fiduciario hacer efectivos sus créditos contra el testador, salvo que hubiese aceptado la herencia a beneficio de inventario, ni los que posteriormente obtenga contra la herencia o legado fideicomitados; entre tanto, estos créditos no devengarán intereses ni correrá contra ellos la prescripción (art. 183, apart. 2.º)».

También, PUIG FERRIOL, LUÍS, *obra citada*, p. 246. El autor aludiendo a los créditos y deudas entre fideicomitente y heredero fiduciario, escribe: «Las relaciones jurídicas entre fideicomitente y fiduciario no se extinguen... la deuda no es exigible hasta la apertura de la sucesión fideicomisaria, pues el heredero fiduciario, al aceptar la herencia, consintió en demorar voluntariamente la exigibilidad de la obligación».

²¹⁶ Puesto que, como sabemos, el fiduciario al tiempo que disfruta del patrimonio fideicomitado, se encuentra en el deber de conservarlo con la debida diligencia para no frustrar el derecho eventual del fideicomisario.

Como resultado de este planteamiento, de *lege ferenda*, cabría proponer a efectos de responsabilidad patrimonial una limitación al conjunto de bienes fideicomitidos en el caso de la sustitución fideicomisaria, sin necesidad de que el instituido como heredero tuviera que recurrir al mecanismo previsto en los artículos 1010 ss. del Código Civil, o de que existiera alguna disposición hecha al respecto por el testador.

La limitación de la responsabilidad patrimonial del fiduciario en el caso de la sustitución fideicomisaria obedecería a criterios de justicia material y a soluciones análogas dadas por nuestro ordenamiento jurídico (arg. *ex* artículo 891 del Código Civil). No obstante, con esta opinión de *lege ferenda*, que se acerca bastante a la de Roca Sastre ²¹⁷, pugnaría la consideración del fiduciario como heredero ²¹⁸.

Por el contrario, de manera acorde con los razonamientos vertidos anteriormente, opino que para el caso del fideicomiso *si aliquid supererit*, la solución que en materia de responsabilidad pudiera aportarse de *lege ferenda* coincidiría con la aplicación de la solución que cabe dar de *lege data* según nuestro Código Civil. De este modo, en este tipo de fideicomiso de residuo, la responsabilidad patrimonial del fiduciario se extiende no sólo a la totalidad de los bienes dejados por el causante, sino también al patrimonio personal que aquél tuviera antes de recibir éstos, salvo que aceptase, claro está, a beneficio de inventario.

Algo más problemática se plantearía la cuestión en el llamado fideicomiso de residuo *de eo quod supererit*. En este caso, el alumbramiento, de *lege ferenda*, de alguna solución adecuada en materia de responsabili-

²¹⁷ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Estudios de Derecho Privado*. vol. II, Madrid, 1948, p. 48, para el autor, el fiduciario «no responde *ultra vires hereditatis*, pues es como un heredero normal que hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario. Y es que el fiduciario hereda un grupo de bienes que se mantiene en bloque o en su unidad, en vistas a su futura restitución; el destino de estos bienes está preordenado en una trayectoria fijada, y, por tanto, el fiduciario no los hace plenamente suyos, pues no puede disponer de ellos. El fiduciario no es un heredero libre, y, por tanto, no adquiere efectivamente un valor libre. Sería absurdo que tuviera que pagar deudas hereditarias no siendo los bienes completamente suyos».

²¹⁸ PUIG FERRIOL, Luís, *obra citada*, p. 65. Según el autor, «una vez aceptada la herencia fideicomitada por el heredero fiduciario, éste se subroga en el derecho de su causante, por bien que su titularidad sobre el patrimonio hereditario venga afectada por el gravamen fideicomisario. Esta circunstancia de no tener una titularidad definitiva sobre los bienes hereditarios hizo sostener a algunos autores (Roca Sastre y Flores Mícheo) que de pleno derecho había de reconocerse al heredero fiduciario el beneficio de no tener que responder *ultra vires hereditatis* por las deudas del causante, fundándose (según el autor) en el absurdo que supondría tener que hacer frente ilimitadamente a estas deudas, sin ser los bienes completamente suyos. Pero ya... de acuerdo con la tesis dominante, que concebía al fiduciario como propietario de los bienes, se entiende que se trata de un heredero como los otros, y que, por tanto, respondería limitada o ilimitadamente por las deudas hereditarias, según se hubiera acogido o no a los supuestos legales sobre limitación de responsabilidad».

dad (por deudas) pasaría por considerar dos datos decisivos: el montante de bienes que se reserva necesariamente al fideicomisario, y la amplitud de las facultades dispositivas conferidas al fiduciario sobre el resto de bienes ²¹⁹.

Como puede observarse, gran parte de los problemas que se presentan en materia de responsabilidad patrimonial dentro de las figuras fideicomisarias derivan de la ausencia de una regulación jurídica al respecto, pero podrían solventarse por el causante dentro del testamento valiéndose, para ello, de los medios que le brinda nuestro sistema sucesorio: beneficio de inventario, desarrollo de lo contenido en el artículo 783.2, utilización analógica de lo previsto en el citado artículo 891.

VIII.3 EXISTENCIA, O NO, DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Retomando algo que señalaba más arriba, indicábamos cómo dentro de las reglas generales en materia de responsabilidad patrimonial por deudas del causante se preveía la solicitud del beneficio de inventario. Algo que aparece recogido por la totalidad de autores: entre otros, Vallet ²²⁰, Albaladejo ²²¹ o Lacruz ²²².

Por mi parte, estimo innecesario abundar sobre algo claro, prefiriendo avanzar algunas ideas conectadas con la propia fisonomía de las figuras fideicomisarias.

²¹⁹ En este tipo de figura fideicomisaria, dejando a salvo el establecimiento por el testador de un concreto régimen de responsabilidad por deudas, el fiduciario respondería con su patrimonio personal (excepto si aceptó a beneficio de inventario) siempre que se le dejaran determinados bienes que no tuvieran que entregarse posteriormente al fideicomisario, o que se le concedieran facultades dispositivas para otros casos que no fueran el de necesidad probada.

²²⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montecorvo, Madrid, 1987, p. 227. Para el autor, «el heredero gravado de restitución responde ilimitadamente de las deudas del causante si no ha aceptado su herencia a beneficio de inventario y puede cobrar sus créditos, sin perjuicio de imputar el importe de unas y otros a la cuenta de la masa que debe restituir. La responsabilidad *ultra vires* o *intra vires*, frente a los acreedores del causante, afecta a éstos, que son terceras personas respecto la relación entre fiduciario y fideicomisario...».

²²¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, p. 358. «Creo que siendo sucesivamente herederos el fiduciario y el fideicomisario, a cada uno le corresponde, mientras que lo es él, la responsabilidad que, según el Código, alcanza al heredero. Luego pienso que uno y otro, si aceptaron pura y simplemente, responden, diríamos durante su mandato, de las deudas y demás cargas de la herencia «no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (art. 1003) y que sólo la aceptación a beneficio de inventario reduce su responsabilidad hasta únicamente donde alcancen los bienes hereditarios (art. 1023)».

²²² LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*. p. 305.

La primera de las cuestiones a tratar sería la compatibilidad de la existencia de este beneficio de inventario con el orden sucesivo de llamamientos, en concepto de heredero, presente en las figuras fideicomisarias. Pues bien, su aceptación vendría directamente de la combinación de dos preceptos: el artículo 1010, donde se prevé este beneficio de inventario para «todo heredero...» y el artículo 1022²²³, del cual cabe extraer un criterio favorable para aquellos casos donde se sucede más de un heredero sobre una misma herencia.

Siguiendo a Albaladejo²²⁴, el beneficio de inventario solicitado por el llamado en primer lugar (fiduciario) aprovecharía al fideicomisario llegado el momento de producirse la delación a su favor. En cambio, la falta de solicitud por el fiduciario no supondría un obstáculo para que el llamado en segundo lugar pudiera solicitarlo²²⁵.

La segunda de las cuestiones a estudiar en este punto giraría en torno al grado de responsabilidad patrimonial de los herederos sucesivos por las deudas producto de la administración de los bienes fideicomitados, ante la falta de beneficio de inventario. Pues bien, parece que, independientemente del montante o cantidad de bienes a reservar por el fiduciario, de aquellas operaciones o actuaciones que tuvieran por objeto la administración de dichos bienes, respondería exclusivamente la totalidad del patrimonio fideicomitado (arg. *ex art.* 783.2 CC).

VIII.4 ASUNTOS CONEXOS A LA RESPONSABILIDAD

Ligados a la materia de responsabilidad, existen muchos asuntos que suponen una reminiscencia del fideicomiso romano, y que, sin afectar de

²²³ Art. 1022: «El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia, aprovechará a los sustitutos y a los herederos abintestato, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el artículo 1019, se contarán desde el siguiente al que tuvieron conocimiento de la repudiación».

²²⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, *Comentarios al Código Civil...*, pp. 360 y 361. Según el autor: «En cuanto a esta responsabilidad del fideicomisario, cuando en su día sea heredero, la puede limitar también aceptando, como asimismo le cabe, a beneficio de inventario (pero no tiene limitada su responsabilidad *intra vires* por el solo hecho de ser heredero después del fiduciario), amén de que se puede aprovechar en los términos del artículo 1022 el inventario que hubiese hecho antes el fiduciario y hasta utilizar en su favor el artículo 1021 si es que reclama en su momento judicialmente la herencia fideicomitada».

²²⁵ PUIG FERRIOL, Luís, *obra citada*, pp. 242 y 243. «Con la apertura de la sucesión fideicomisaria, el fideicomisario perfecciona su derecho a la herencia o legado fideicomitados, pues en tal momento cesa la titularidad del fiduciario sobre los mismos... Tanto de las deudas propias del patrimonio fideicomitado como de las cargas impuestas por el causante a cargo del heredero fideicomisario responde éste a partir de la apertura de la sucesión fideicomisaria... La responsabilidad del heredero fideicomisario será limitada o ilimitada, según se acoja o no al beneficio de inventario...».

modo directo a nuestro Derecho Común (sí, en cambio, al Derecho Foral catalán), son frecuentemente tratados por los autores como remoto antecedente del funcionamiento actual de nuestra sustitución fideicomisaria.

Jerónimo López ²²⁶ señala uno que resulta muy interesante y que enlaza, directamente, con la posición jurídica ocupada por el fiduciario. Se trata de la vinculación existente entre la detracción por el fiduciario de la cuarta trebeliánica y la responsabilidad patrimonial del mismo.

No obstante la ausencia de previsión en lo referente a la detracción de la cuarta trebeliánica, el testador en virtud de la habilitación que aparece en el artículo 783.2 podría establecerla como una partida más a deducir por el fiduciario del patrimonio fideicomitado ²²⁷. Lo cual tendría a efectos de responsabilidad cierta importancia, ya que el otorgamiento que se hace por el testador al fiduciario de poder detraer la cuarta «trebeliánica» llegado el momento de la delación fideicomisaria, fortalece la posición de éste como heredero, y como consecuencia su papel de responsable patrimonial frente al pasivo existente.

Esta matización, sólo apreciable *de lege ferenda*, llevaría a proponer una solución parecida a la que en su momento se formuló para el caso del fideicomiso *de eo quod supererit*.

Dejando a un lado el posible establecimiento de la cuarta trebeliánica en Derecho Común, existe un tema conectado con el, ya aludido, de las relaciones jurídicas con terceros y las posibles deudas a cargo de los bienes fideicomitados, que cabría plantearse. Me refiero a la posibilidad de ver alguna preferencia, o prioridad, en los créditos que ostentara el fiduciario frente a la herencia.

Resulta claro del tenor del artículo 1925 del Código Civil que, si un determinado crédito no se encuentra previsto dentro de los supuestos contemplados en los artículos 1921 a 1924, carecerá de preferencia, dado que nos encontramos ante una materia con carácter tasado (*numerus clausus*). Pero también, a mi juicio, resulta fácil extraer de la regulación de la sustitución fideicomisaria la necesidad de que se liquiden los créditos que dan lugar a los gastos legítimos deducibles antes de producirse el tránsito de los bienes al fideicomisario. Si esto último es así como parece, sólo cabe entender que la propia dinámica de la figu-

²²⁶ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, *obra citada*, p. 772. Dice el autor: «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».

²²⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 374. Sostiene el autor: «También en ese «salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa», cabe que el testador, ya que su voluntad es soberana y aun suprimido el derecho legal a la cuarta trebeliánica, es posible que él lo conceda si quiere, faculte para detraerla. Entonces se estará obligado no a entregar al fideicomisario la herencia entera, sino con deducción de la trebeliánica».

ra o modo de sucederse los llamamientos justifica que estas deudas sean canceladas con independencia de que sigan existiendo deudas en el pasivo hereditario, que serían, en su caso, asumidas por el llamado en segundo lugar. Por ello, pienso que los créditos comprendidos dentro de este grupo (los créditos contraídos en la administración de los bienes fideicomitidos) se pagarían preferentemente en la liquidación. Justificando dicha preferencia, en la afección de los mismos a su pago (*ex art. 783.2.º CC*).

Respecto de los créditos que tuviera el fiduciario frente a la herencia en virtud de relaciones anteriores a la aceptación, a mi juicio, separables teleológicamente de los estudiados, seguirían el régimen ordinario en el pago, pues, de no ser así, estaríamos convirtiendo en privilegiados unos créditos por razones que nada tienen que ver con el vínculo o relación de origen ²²⁸. En este caso, por haber sido su acreedor posteriormente heredero, o legatario.

IX. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 783.2 DEL CÓDIGO CIVIL. DESARROLLO DE SUS POSIBLES CONTENIDOS EN ATENCIÓN A LA LABOR CONFIGURADORA DEL TESTADOR

Pocos artículos, como el que sirve de objeto a este epígrafe, han recibido tanta atención por la doctrina ocupada del estudio de las figuras fideicomisarias. No obstante, estimo que las expresiones en él contenidas no han sido interpretadas con excesivo acierto, sobre todo, la que brinda la posibilidad de que el testador altere el régimen previsto. Alguna doctrina ha querido ver en esta expresión la posibilidad de configurar distintos regímenes jurídicos dentro de una misma figura (la sustitución fideicomisaria), únicamente sustentada por un orden sucesivo de llamamientos a la herencia fideicomitada.

Por mi parte, considero que, aun siendo un artículo importantísimo para lograr una regulación lo suficientemente amplia de las figuras en cuestión, el alcance de su contenido puede recibir una doble lectura. La primera, algo más restringida, se conectaría con la introducción de algunos cambios en materia de mejoras, créditos o gastos legítimos. La segunda, más amplia y, a veces, imprecisa, serviría para dar entrada al más variado grupo de medidas previstas en la disposición fideicomisaria, gracias a la autonomía negocial reconocida al testador.

²²⁸ En apoyo de lo dicho cabe recordar como el instituido en una herencia como fiduciario, hasta que no acepta tras la muerte del testador –por operarse la delación a su favor–, se comporta como un tercero ajeno a las relaciones del causante. Por este motivo, no existe inconveniente en que sea considerado un acreedor más.

Antes de adentrarnos en lo que sería principal objeto del presente estudio, a saber, la incidencia de la autonomía negocial del testador en la determinación del régimen jurídico a aplicar en las figuras fideicomisarias conforme a lo previsto en el artículo 783.2 del Código Civil, convendría concretar o fijar el régimen legal previsto. De este modo, tendríamos que aclarar el sentido que dentro de la sustitución fideicomisaria quiso darse a expresiones como gastos legítimos²²⁹, créditos o mejoras²³⁰, utilizando, para ello, por vía del artículo 4.1 del Código Civil lo previsto en el régimen jurídico del usufructo.

Aparte de la posible trascendencia que en el plano práctico puedan suscitar tanto las mejoras como los gastos legítimos, creo que lo que interesa más a mi estudio es la mención de unos créditos deducibles. Pero, ¿qué créditos son éstos? Resulta claro que, si no son créditos que surjan de gastos legítimos o mejoras, tienen que tener una entidad propia.

Bajo mi punto de vista, esta expresión sólo puede referirse a los posibles créditos que tuviera el fiduciario frente al fideicomitente antes de convertirse en heredero suyo²³¹. Cualquier otro significado que quisiera atribuirse a la expresión «créditos» contenida en el artículo 783.2.º caería, bien en la esfera de responsabilidad propia del fiduciario, con lo que no sería deducible, bien en la partida deducible, ya señalada, de los gas-

²²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 374. «La deducción por gastos legítimos (se refiere) a lo desembolsado por el fiduciario no por los ordinarios de mantenimiento, conservación y obtención de frutos, que son de cargo de quien, como él, tiene el uso y disfrute de la cosa (art. 500), sino por pagos o reparaciones extraordinarios (art. 501) ocasionados por los bienes fideicomitados, su beneficio, defensa, etc., cuya utilidad pase a quien se le entregan, o sumas satisfechas del propio peculio del fiduciario en cumplimiento de obligaciones del fideicomitente».

También *vid.* OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, pp. 291 y 292; BONET RAMÓN, Francisco, *obra citada*, p. 359. Bonet sostiene: «Los gastos o expensas de mera conservación de los bienes de la herencia fideicomitada son de cargo del propio heredero fiduciario, puesto que siempre debe soportarlos quien percibe los frutos, mientras que los gastos de conservación extraordinarios que en bienes de la herencia hubiere hecho el fiduciario por sus propios medios, atribuyen a éste un crédito a deducir de la herencia al tiempo de su restitución, por constituir gastos legítimos»

²³⁰ Para interpretar esta expresión, tendríamos que realizar previamente una clasificación de las mejoras que normativamente se manejan en el Derecho Civil, para, a continuación, restringir el concepto a las denominadas «mejoras útiles» (artículos 471 ss. CC).

²³¹ OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, p. 292. «En cuanto a los créditos, se entiende generalmente que se trata de los que el fiduciario tuviera contra el causante antes de abrirse la sucesión, los cuales no podrá exigir mientras ostente la condición de heredero, pero sí al llegar el momento de la restitución. Representaría una redundancia inútil considerar comprendidos entre estos créditos, cuyo importe puede detraer el fiduciario, los derivados de gastos hechos por él en cumplimiento de obligaciones hereditarias, ya que éstos entran en el concepto de gastos legítimos».

tos legítimos²³². No obstante, existe algún autor, Vallet de Goytisolo²³³, que discrepa de esta interpretación.

A mi juicio, la necesidad de dar este sentido al término «créditos» obedecería a la propia configuración de la sustitución fideicomisaria, en la que sucesivamente son instituidas dos personas para que sucedan en concepto de heredero –o de legatario– al testador. Esta identidad en el título por el que se sucede conlleva ciertos reajustes en el momento de operarse la entrega de los bienes fideicomitados al llamado en segundo lugar. Así, la liquidación de las deudas que existieran entre fideicomitente y fiduciario tienen como objetivo y consecuencia la de facilitar la entrada en el patrimonio fideicomitado del otro sujeto (el fideicomisario) llamado a ocupar la posición de heredero. Esta finalidad atribuida a la liquidación de este tipo de «créditos» es extensible a las otras partidas (gastos legítimos y mejoras) que aparecen en el artículo 783.2.^o²³⁴.

Hasta aquí y de manera sintética, habríamos estudiado el régimen legalmente previsto en el artículo 783.2 tal y como se entiende generalmente en la doctrina. A partir de ahora y tomando como punto de partida lo expresado en el artículo 783.2 *in fine* («... salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa»), tendríamos que analizar el auténtico alcance y contenido que cabe darle en atención a la labor reguladora desarrollada por el testador.

Como decíamos al comienzo del epígrafe, el testador, en virtud de la autonomía negocial que se le reconoce legalmente, no sólo podría establecer un régimen diverso –en cuanto a créditos, mejoras o gastos legítimos– al que con carácter dispositivo se recoge en el artículo 783.2.^o, sino

²³² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, Edersa, Madrid, p. 374. El autor opina: «La deducción por créditos (se refiere), a los que el fiduciario tuviera a su favor y contra el sustituyente a la muerte de éste, que, no cobrados durante el tiempo en que el fiduciario es heredero, deben pagársele cuando cesa de serlo».

A mi juicio, la utilización de esta terminología (gastos legítimos) para los desembolsos realizados en pagos de deudas hereditarias puede distorsionar, en cierto sentido, el mecanismo de responsabilidad previsto para la figura, ya que el heredero asume el pago de un crédito que tras finalizar su titularidad le será reembolsado como tal.

²³³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada*, p. 248. Vallet afirma: «Entre los créditos, deben comprenderse tanto los correspondientes al fiduciario por pago de deudas hereditarias como los que tuviere contra el causante que, sin duda, forman parte del pasivo de la masa que debe restituir».

²³⁴ La solución propuesta, además de encontrar apoyo histórico en alguna de las etapas en las que se aprecia la evolución del fideicomiso en Derecho romano, puede ser susceptible de aplicación analógica en base al artículo 1534 CC, según el cual: «El comprador deberá, por su parte, satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario». *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, 6.^a edición, revisada por José M.^a Bloch, Madrid, 1969 (comentarios del art. 1534, en pp. 585 y 586).

que también tendría la posibilidad de descargar o flexibilizar el régimen obligacional que pesa sobre la posición jurídica del fiduciario, configurando un fideicomiso *de eo quod supererit*. Ello se conseguiría, como sabemos, por la concesión al fiduciario de una serie de facultades dispositivas con un ámbito limitado.

Pero, dado que a esta última posibilidad ya me he referido en mi estudio y con seguridad, lo seguiré haciendo, prefiero centrarme en esas otras modificaciones del régimen de deducciones previsto. En mi opinión, el testador tendría la opción de ampliar, o restringir, el sentido dado a las partidas que se comprenden en el precepto. Así, cabría que autorizara a deducir no sólo las mejoras «útiles», sino también las denominadas mejoras suntuarias²³⁵ o de lujo. Igualmente, cabría que autorizara a deducir determinadas partidas (posibles gastos ordinarios) que habitualmente corresponde asumir a la persona que disfruta de los bienes.

Siguiendo esta línea, desembocaríamos en el tema más delicado; tema ya tratado con anterioridad. Me refiero a la alteración del régimen por deudas. Como ya señalaba, cualquier alteración debe partir de dos nociones básicas: Los acreedores tendrían la consideración de terceros frente a los herederos del causante, y por tanto, frente a lo establecido por éste en cuanto afecte a sus créditos. En segundo lugar, el activo hereditario respondería siempre del pasivo.

Todas estas opciones que no acaban, de ningún modo, con el elenco de las posibilidades que tiene el testador, son muestra de la importancia de un estudio que afronte la configuración de las disposiciones fideicomisarias desde esta perspectiva.

X. ESPECIALIDADES DE LA DISPOSICIÓN FIDEICOMISARIA COMO PRODUCTORA DE UN PATRIMONIO VINCULADO

X.1 ACERCAMIENTO A LA RESERVA HEREDITARIA

El acercamiento a la figura de la reserva hereditaria, en cualquiera de sus modalidades, no proviene lógicamente del origen de la sustitución fideicomisaria que siempre depende de la voluntad del testador, mientras que la mencionada figura se alza como una limitación a la libertad de tes-

²³⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, p. 325. Sostiene el autor: «Respecto a las mejoras suntuarias, la opinión común excluye el derecho del fiduciario a ser indemnizado por ellas, y le concede exclusivamente la facultad de retirarlas, a tenor del artículo 454, si la cosa no sufre deterioro y el fideicomisario (que es el sucesor en la posesión) no prefiere abonar el importe de lo gastado».

tar con origen en la ley, sino del resultado que ambas (figuras) operan sobre un conjunto de bienes.

Bien por voluntad de un testador, en la sustitución fideicomisaria, bien por mandato de la ley, en la reserva hereditaria, un conjunto de bienes perfectamente identificables quedan afectos, por la vía de titularidades preventivas, a un fin ²³⁶. Pero en tanto se cumple, o no, el evento que determina el término de la vinculación, dicho patrimonio posee como «vida propia» ²³⁷. Posee un gestor (titular con derecho real en el caso de la sustitución fideicomisaria); se convierte en centro de imputación de relaciones jurídicas; y sobre todo, se encuentra revestido de toda una serie de garantías que pretenden preservar su valor económico.

De modo que, el conjunto de bienes vinculados conserva su identidad en el momento de la sucesión del testador (y aún después), pudiendo ser el fiduciario, al mismo tiempo, legitimario o legatario del causante por quien fue instituido heredero-fiduciario. Esta identidad de los bienes facilita no sólo el hecho de ver al fideicomisario como heredero del causante (aunque reciba los bienes a través del llamado en primer lugar o fiduciario), sino también permite entender la actuación de determinados mecanismos (subrogación real, necesidad de realizar inventario, etc.) que persiguen conservar lo que hemos denominado la «vida propia» del patrimonio vinculado.

La identidad de razón que en este extremo existe entre sustitución fideicomisaria y reserva hereditaria permite, no sólo apreciar las coincidencias y soluciones análogas que se dan en ambas figuras a determinados supuestos, sino que también habilita para aplicar por la vía del artículo 4.1 del Código Civil algunos preceptos de la reserva hereditaria dada la precaria regulación de la primera en el Código Civil. Así, aparte de las garantías que se prevén en los artículos 977 y 978 para preservar la posición del beneficiado por la reserva, cabe aludir a dos artículos, artículos 970 y 971, en los cuales se contempla la posible consolidación de la titularidad sobre los bienes del reservista —quien hasta ese momento ostenta una titularidad preventiva— caso de que concurren determinadas

²³⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «La jurisprudencia del T. S. y el art. 811 CC», *ADC*, 1957, II, pp. 327 ss.; III, pp. 693 ss.; y IV, pp. 1057 ss. *ADC*, 1958, III, pp. 649 ss. *ADC*, 1959, III, pp. 753 ss.; y *ADC*, 1960, III, pp. 679 ss. «Interpretación, localización, sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código Civil», *RDP*, 1959, pp. 275 ss. y 375 ss. «Hipótesis y tesis del artículo 811 del Código Civil», *RDP*, 1961, pp. 891 ss. y 1020 ss. *RDP*, 1962, pp. 95 ss. «Notas a la sentencia de 5 de Diciembre de 1958», *ADC*, 1959, pp. 351 ss. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1978, pp. 77 ss.

²³⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, *Teoría general de la reserva hereditaria*, *ADC*, 1980, pp. 827 ss., concretamente página 832. Según el autor, «estos (bienes) integran una masa diferenciada, una especie de patrimonio separado produciéndose una verdadera delación especial distinta de la de la herencia del descendiente o cónyuge premuerto causante y, por supuesto, de la del reservista».

circunstancias. Algo que, como veíamos, se producía en el caso de fallar el segundo llamamiento en la sustitución fideicomisaria.

Gran importancia merecen, igualmente, los artículos 975 y 976, los cuales establecen las cautelas que resulta necesario adoptar para enajenar alguno de los bienes sujetos a reserva; así como la consecuencia jurídica que se sigue, en caso de disponer de bienes muebles afectos. Soluciones, todas ellas, trasladables a las posibles actuaciones dispositivas desarrolladas por el fiduciario.

X.2 FALTA DE CONFUSIÓN PATRIMONIAL CON LOS BIENES DEL FIDUCIARIO. PARTICULAR TRATAMIENTO DEL TEMA EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Tras haber realizado una serie de consideraciones a cerca de la situación de los bienes fideicomitidos en la sustitución fideicomisaria, habría que preguntarse, si, como consecuencia del establecimiento por el testador de un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, se produce una fusión en el patrimonio del fiduciario, entre su patrimonio previo y los bienes dejados sujetos al fideicomiso. El planteamiento de esta cuestión no es baladí, ya que se traduce en multitud de efectos. En relación a lo anterior, considero que, pese a tener en este caso el fiduciario un auténtico derecho de propiedad sobre los bienes dejados, no se produce una fusión, sino que los bienes fideicomitidos conservan su propia unidad (se constituyen como un patrimonio separado). La razón de ello se encuentra en la existencia de un deber de restituir «lo que pudiera quedar» tras terminar su titularidad el fiduciario. Difícilmente podría el heredero llamado en primer lugar restituir los bienes fideicomitidos que quedaran tras su titularidad, si previamente hubiera existido una confusión dentro de su patrimonio que impidiera, en gran parte de los casos, la identificación de los mismos. Es el deber de restituir lo que mantiene un cierto grado de vinculación en los bienes, y lo que permite la separación respecto de los bienes no fideicomitidos que pertenecen al fiduciario.

Por supuesto que, si afirmamos esta idea en relación al fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, con mayor razón deberá seguirse en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso *de eo quod supererit*, donde junto al deber de restituir lo que necesariamente ha de quedar tras terminar la titularidad del fiduciario, existe un deber de conservar los bienes que componen el patrimonio fideicomitado.

Partiendo de lo dicho, la consecuencia más inmediata, ya apuntada anteriormente, es una falta de confusión de las posiciones de acreedor y deudor en la figura del fiduciario en el caso de créditos propios de éste frente a la herencia. Los créditos subsisten; lo que ocurre es que habría que esperar hasta la finalización de su titularidad sobre los bienes fideicomitidos (delación del fideicomisario), para operar su liquidación. Surge

así la posibilidad de que un fiduciario pueda ser accionista o comunero, de una sociedad o comunidad respectivamente, en virtud de derechos y titularidades diferentes: unas por ser propietario de acciones, o comunero, a título personal; y otra, por ser titular de una masa de bienes y derechos entre los cuales pueden incluirse acciones, participaciones o una titularidad *pro indiviso* en una comunidad ²³⁸.

Junto a las ya aludidas, podrían reproducirse, en este punto, algunas otras consecuencias derivadas del mantenimiento, durante la titularidad del fiduciario, de una separación entre distintos bloques de bienes como consecuencia de la naturaleza vinculada de uno de ellos, el patrimonio fideicomitado. No obstante, el abordar esta cuestión no entra en el objeto de mi estudio, y por ello, prefiero ocuparme de la motivación última que puede hallarse en dicha separación.

Pues bien, la razón se halla en algo tan sencillo como no perder de vista un dato fundamental: nos encontramos ante figuras (sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo) sucesorias, donde tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del testador o causante. Si admitiéramos que en el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* se produce una disolución o indiferenciación de los bienes dejados *mortis causa* en el patrimonio del fiduciario, la sucesión posterior del fideicomisario saldría del patrimonio propio del fiduciario, y no, del patrimonio relicto del causante. Este proceso, que puede verse de manera algo confusa en las sustituciones fideicomisarias, puede contemplarse con perfecta claridad en las reservas hereditarias, donde el reservatario recibe unos bienes identificables a través del reservista, siendo sucesor del anterior titular de los bienes, y no, del reservista.

En efecto, el mantenimiento de la separación patrimonial, mientras permanece el fiduciario en la titularidad de los bienes fideicomitados, facilita el tránsito sucesorio de los mismos al llamado en segundo lugar (fideicomisario) y permite mantener la pureza de la institución de heredero en la sucesión posterior.

Decía al comienzo de este punto que cabe mantener la separación de patrimonios en el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* en virtud de la subsistencia del deber de restituir «lo que pudiera quedar». Pues bien, a pesar de la posible determinación –en cuanto a la identidad de los bienes– del patrimonio afecto en este tipo de fideicomiso, el amplio margen dispositivo otorgado, en muchos casos, al fiduciario se deja sentir a la hora de concretar los bienes que pueden formar el residuo correspondiente al fideicomisario. La identificación jurídica (posible en aquella figura donde existe deber de conservar, como la sustitución fideicomisaria) debe apoyarse en otros medios (caso del otorgamiento de inventario)

²³⁸ LARRAZ, JOSÉ, «El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores», *RDM*, 1947, pp. 31 ss.

que permitan seguir la trayectoria de aquellos bienes que fueron vinculados por el testador al fideicomiso ²³⁹.

De manera que en el fideicomiso de residuo prevalece la faceta económica de los bienes fideicomitidos, frente a su posible dimensión corporal, principalmente, por las facultades de que se encuentra revestido el fiduciario. Lo cual no supone un obstáculo para mantener la existencia de una separación patrimonial ²⁴⁰.

XI. DETERMINACIÓN DEL MARCO DE ACTUACIÓN DEL FIDUCIARIO

XI.1 ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA POSIBLE ACTUACIÓN DISPOSITIVA DEL FIDUCIARIO EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

XI.1.1 Consideraciones generales

Íntimamente relacionado con el tema del régimen de responsabilidad patrimonial, y con aquel otro de la configuración jurídica de las figuras fideicomisarias, se encuentra el de la determinación del ámbito concreto de actuación del fiduciario. Es decir, de aquellos poderes jurídicos de los que se halla investido y que le facultan para realizar determinados actos con trascendencia sobre los bienes sujetos a vinculación.

Como veremos, es en este extremo donde existe más distanciamiento entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo. No obstante, en mi opinión, este alejamiento entre las figuras obedece, sobre todo, a la configuración y finalidad diversas, y no tanto a la potencial realización de concretos actos por el fiduciario.

De este modo, aunque, como es sabido, el fiduciario en la sustitución fideicomisaria tiene sus facultades dispositivas muy restringidas, o casi eliminadas, no debe descartarse una actuación de naturaleza traslativa llevada a cabo por el mismo ²⁴¹. Lo anterior tendría como principal motivación la concurrencia en la posición jurídica del fiduciario, dentro de la

²³⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *obra citada*, pp. 91 a 93. Según el autor, «el que el fiduciario tenga poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos implica... Lo que recibe el fideicomisario son los bienes que quedan en el patrimonio del fiduciario provenientes del testador, pero en la situación jurídica en que estos bienes se encuentren en el patrimonio del fiduciario».

²⁴⁰ Prueba de esta autonomía y relación entre patrimonios serían los artículos 1358 y 1364, donde se aprecia como una persona, titular de varios patrimonios, provoca son su actuación el entablamiento de relaciones entre ambas masas de bienes.

²⁴¹ AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Edt. Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 233 y 234. El autor cuando afronta el problema de la administración de la herencia, bien en el caso de persona futura, bien en el

sustitución fideicomisaria, de dos ideas distintas: por un lado, el fiduciario es heredero y titular de un derecho real limitado en el tiempo sobre un conjunto de bienes; por otro, el fiduciario se comporta como un administrador de un patrimonio que debe conservar para un posterior propietario (el fideicomisario).

Como puede apreciarse los problemas se entrecruzan, y las soluciones a los mismos deben ser complejas y comprensivas de ambas facetas: la de titular de un derecho real de disfrute y la de administrador de unos bienes.

Retomando la cuestión central sobre la determinación de las facultades presentes en la posición jurídica del fiduciario, cabe decir que, posiblemente, el mejor medio de administrar, conservando la herencia (entendida como patrimonio evaluable económicamente), sea realizar determinadas enajenaciones de bienes que por su naturaleza, pongan en peligro dicho valor económico, adquiriendo otros más seguros y rentables ²⁴².

Por otro lado, evidentemente, resulta razonable enajenar, o disponer, de los bienes para poder afrontar las deudas y cargas de la herencia fideicomitida ²⁴³.

supuesto de herencia yacente, aborda la difícil cuestión de la necesidad de realizar determinados actos dispositivos. Dice: «el problema típico se plantea cuando parece conveniente que el administrador venda, con el fin de sustituir un bien por otro más productivo. Debe recordarse que la misión del administrador no consiste en proporcionar beneficios a la persona futura, sino entregarle los bienes dejados por el causante... Únicamente podría justificarse la disposición por las características especiales del objeto confiado; ... Por el contrario, el heredero administrador se halla plenamente justificado por su título hereditario para realizar actos de administración y de disposición sobre los bienes hereditarios, puesto que está llamado a ser su propietario... Así, pues, no existen límites para realizar actos de disposición». Como señala el autor, el administrador-heredero puede realizar no sólo actos de administración, sino también actos de disposición. Lo que ocurre es que el fiduciario de una sustitución fideicomisaria, si bien no se trata de un administrador de los bienes fideicomitados, sí se configura como un heredero titular de un derecho donde las facultades dispositivas se encuentran sólo en estado latente. De modo que el posible ejercicio de las mismas no depende de la voluntad o libertad del heredero actual (fiduciario), sino de la oportunidad o utilidad que pueda reportar a la conservación y administración del patrimonio fideicomitado.

²⁴² AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, p. 159. Tomás Aguilera, cuando se haya analizando el término conservación en situaciones tales como la institución de heredero bajo condición, o la aceptación a beneficio de inventario (situaciones cercanas, en lo que interesa, a la sustitución fideicomisaria), sostiene: «En tales supuestos, la conservación supone realizar actos de conservación, de administración e incluso de disposición. Los actos de conservación se cumplen, puesto que su posibilidad depende simplemente del hecho de presentarse las circunstancias que los hacen necesarios... cabe la posibilidad de tener que realizar actos de disposición para mejor mantener la integridad del patrimonio, siempre que sean realizados con las debidas garantías».

²⁴³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *obra citada*, tomo VI, vol. 2.º (Sucesiones), Madrid, 1973, p. 234. En este sentido, escribe el autor: «se entiende permitida la enajenación de los bienes fideicomitados en la sustitución fideicomisaria... en ciertos casos pueden realizarse en

El porqué de la existencia de estas facultades dispositivas dentro de la posición del fiduciario (para pago de legítimas, cargas y deudas, o para realizar una conservación adecuada) ²⁴⁴, se desprende de lo dicho hasta aquí. Por ello, los casos y el momento en que deba disponerse de bienes fideicomitidos vendrán determinados por las circunstancias que rodean el deber de conservar ²⁴⁵. Sostener a la vista de estas facultades dispositivas del fiduciario el carácter no esencial del deber de conservar dentro de la sustitución fideicomisaria me parece un error, ya que la nota de inalienabilidad predicable de los bienes sólo cede ante la necesidad de dar el debido cumplimiento a lo anterior. De modo que la disposición no encontraría en un acto de voluntad del fiduciario su causa, sino en la necesidad de mantener el valor de lo dejado.

Consecuencia de lo anterior sería que queda fuera del alcance del fiduciario el determinar qué bienes son disponibles, ya que sólo la naturaleza de los mismos y las circunstancias que rodean su administración pueden concretar este dato de la disponibilidad ²⁴⁶.

A pesar de esto, la disposición o facultad de disponer es mera potencia o posibilidad, y por ello, no debe quedar totalmente anulada la actuación de control del fideicomisario. Según Albaladejo, la responsabilidad por una administración negligente «alcanza lo mismo si el fideicomiso es normal (sustitución fideicomisaria) que si es de residuo, porque, aunque sea de residuo, lo que se le permite al fiduciario es disponer de los bienes, no ser negligente o doloso en su gestión» ²⁴⁷. En otras palabras, el ejercicio de las

concepto de libres los bienes del gravamen restitutorio para pago de legítimas, legados, deudas, etc.».

²⁴⁴ PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, pp. 152 y 153. El autor refiriéndose a casos excepcionales de disposición por el fiduciario, escribe: «Estas excepciones son los casos en que lo permita la ley o lo autorice el testador o los fideicomisarios, y la necesidad de las mismas es tan clara que, creo, excusa, por innecesaria, toda justificación acerca de su mantenimiento. Mediante dejar instituida una sustitución fideicomisaria no puede pretender el testador ir en fraude o en contra de la ley, y de ahí que cuando, para la atención de las obligaciones que aquélla impone, sea necesario proceder a la disposición de determinados bienes, la institución de un heredero sucesivo no ha de presentar, en ningún caso, un obstáculo para que se cumpla una disposición legal».

²⁴⁵ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *obra citada*, *Enajenación de bienes...*, pp. 897 y 936. Este autor se pronuncia a favor de la enajenación de los bienes fideicomitidos en determinados casos, en base a distintas razones: «... La primera, que el testador ha hecho dos llamamientos en orden escalonado de preferencias, y ha tenido presente en primer plano la utilidad, ventaja y beneficio del primer llamado, en tanto no perjudique al segundo».

²⁴⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *obra citada*, *Enajenación de bienes...*, p. 931. Señala el autor: «No nos preguntemos si el fiduciario puede o no puede enajenar los bienes del fideicomiso sino si se pueden o no se pueden enajenar los bienes del fideicomiso; y, caso afirmativo, por quién, para qué y cómo. En vez del “fiduciario-centrismo” vamos a aceptar, provisionalmente, el fideicomiso-centrismo»...».

²⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 321. También en este sentido PUIG FERRIOL, *Anotaciones a*

facultades dispositivas que se conceden al fiduciario de una sustitución fideicomisaria queda sujeto al control que se realiza sobre su actuación ²⁴⁸, como parte de una titularidad que comprende disfrute y conservación.

Esta concreta finalidad conservativa de las posibles facultades dispositivas del fiduciario en la sustitución fideicomisaria nos pone en contacto con el eventual contenido del derecho correspondiente al fideicomisario. Así, pueden acontecer dos procesos sujetos a regímenes bien distintos: por un lado, puede el fiduciario enmascarar una enajenación como necesaria para la conservación del patrimonio fideicomitado, lo que provocaría, una vez descubierto, la aplicación del régimen jurídico de ineficacia concreto ²⁴⁹. Por otro, puede el fiduciario realizar por diversas razones (de utilidad, mayor rentabilidad, etc.) enajenaciones o actos de naturaleza dispositiva, en general, lo que llevaría a la aplicación de la denominada subrogación real para que los nuevos bienes o derechos adquiridos sigan el régimen vinculado establecido por el testador.

Fuera de las facultades dispositivas cuya finalidad sea la conservación de los bienes fideicomitados, nos encontramos con la posible existencia de otras facultades dispositivas cuya finalidad se encuentra más cercana a la idea de disfrute presente, de igual modo, en la posición jurídica ocupada por el fiduciario. En estos casos, la facultad dispositiva no es un medio para conservar, sino parte del contenido del derecho —no un deber instrumental—. Así, sin salirnos aún de lo que es la sustitución fideicomisaria tal y como se encuentra regulada en los artículos 781 ss., puede el fiduciario disponer de los bienes en función de la especial configuración de su derecho real. Es decir, la transmisión del bien quedaría sujeta a la limitación temporal del derecho que corresponde al fiduciario y al deber de restituirlo al heredero instituido en segundo lugar ²⁵⁰.

Pero, además, el testador puede conceder determinadas facultades dispositivas al fiduciario sin que los actos dispositivos desarrollados en

Enneccerus..., p. 520. Para este último autor, dado que el fiduciario es consciente de su posición y deber, parece según alguna doctrina que le resultaría aplicable el artículo 1183 CC, «se presumirá que la pérdida o deterioro del bien fideicomitado ocurridos mientras éste se halla en poder del fiduciario acaeció por su culpa, salvo prueba en contrario».

²⁴⁸ LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, *obra citada*, pp. 657 y 658. Para el autor, «... El control de la finalidad subrogatoria que debe presidir la enajenación, el de la solidez de la inversión proyectada y de su efectiva realización, que es lo que elimina el peligro que pueden correr los fideicomisarios, se obtiene sometiendo la enajenación a la exigencia de la autorización judicial».

²⁴⁹ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, p. 89.

²⁵⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada*, pp. 231 y 232. Vallet opina que «como sujeto a restitución tiene un *dominium ad tempus*, sus actos de enajenación no pueden rebasar ese ámbito temporal, a no ser que el testador lo haya autorizado (según ocurre en los fideicomisos de residuo). La sujeción de los bienes a su restitución es la verdadera causa de esa limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto exceda de aquella sujeción».

base a éstas queden sujetos a temporalidad o resolución. De esta manera se da entrada a lo que hemos venido llamando fideicomiso *de eo quod supererit*. Ahora bien, esta segunda vertiente de facultades dispositivas tendría que compaginarse con la eficacia general de un deber jurídico de conservar determinados bienes fideicomitados ²⁵¹.

XI.1.2 Actos dispositivos permitidos

El planteamiento de la cuestión obedece a la confusión existente, en muchos casos, dentro de la doctrina, entre lo que son propiamente negocios dispositivos y aquellos otros actos ²⁵² de naturaleza dispositiva que puede desarrollar el fiduciario en virtud de las facultades conferidas por el testador.

A mi juicio, la habilitación que se comprende en las facultades de las que el fiduciario es titular no se reduce a la mera realización de transmisiones onerosas o permutas, sino que el concepto de acto jurídico permite dar contenido más amplio a una posible actuación de carácter dispositivo. Así, a título de ejemplo, cabría que el fiduciario realizara una aportación de bienes fideicomitados en la constitución de una sociedad (civil o mercantil). Dicha aportación produciría un cambio no sólo en la titularidad de los bienes, sino también en la configuración del patrimonio fideicomitado. De manera que el titular del patrimonio asume una posición jurídica mucho más dinámica de la que tenía antes de realizarse la aportación mobiliaria a la sociedad.

Aparte de esta precisión terminológica, el estudio de los posibles actos dispositivos a realizar por el fiduciario se presenta con el dato inabarcable de la realidad jurídica. Difícilmente, partiendo de la premisa de que los actos a realizar por el fiduciario dependen de las facultades conferidas por el testador, podríamos presentar todas aquellas posibilidades que se dan o pudieran darse en la realidad. Por ello, tras renunciar a lo anterior, pero dejando abierta la posibilidad de que puedan ser más de los que aparecen recogidos por las normas, recurro a los Derechos Forales presentes en España por ser más ricos que el Derecho Común en esta materia y por recoger un elenco de los actos dispositivos ²⁵³ que, en circunstancias normales, podrá realizar el fiduciario de una sustitución fideicomisaria.

²⁵¹ AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, p. 238. Como conclusión a esta parte de su estudio, argumenta el autor: «Así, pues, todo lo referente a administración y disposición es mera consecuencia de la manera de plantearse la titularidad sobre los bienes...».

²⁵² AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, p. 111. Para el autor, «... el grupo de los actos de disposición comprende todos los actos que producen una modificación jurídica respecto de un bien o derecho. El concepto de los actos de disposición no se restringe a los actos de enajenación, como ha pretendido alguna teoría jurídica. Se trata de una noción mucho más amplia, que comprende toda modificación jurídica de un bien o derecho. Mediante el acto de disposición se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho, o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica».

²⁵³ COLL Y RODÉS. Ramón, «Dictamen (Estudio, en vista de una cláusula testamentaria, sobre utilización de los medios autorizados por el Derecho, para poder enajenar eficazmente bienes inmuebles comprendidos en un fideicomiso)», *RJC*, 1955, pp. 225 a 233.

En esta ocasión, de la mano de Luz Zaforteza, me introduzco en la *Compilación de Derecho civil balear* en su versión de 1990.

Siguiendo esta regulación, vemos cómo las normas en cuestión recogen todos aquellos supuestos, estudiados anteriormente por mí, donde se encuentra plenamente justificada una actuación dispositiva por el fiduciario ²⁵⁴. Quizás, dentro de estos supuestos en los que se faculta a éste para la disposición de los bienes fideicomitados —como bienes libres—, reviste un especial interés aquel que tiene lugar gracias a la participación del fideicomisario. Pues los efectos limitados de las transmisiones realizadas por el fiduciario no obedecen sólo al carácter temporal de su titularidad, sino también a su derecho real *sui generis* sobre los bienes, lo que provoca una precariedad de la transmisión, que sólo puede consolidarse con la intervención de un sujeto llamado a tener un derecho completo de propiedad sobre los mismos.

La intervención del fideicomisario como tercero, titular de un derecho eventual, en este tipo de actos ocasiona una cierta confusión dentro de la doctrina científica cuando la misma se propone calificar jurídicamente dicha participación. Prueba de lo anterior, son las distintas calificaciones adoptadas por autores como O'Callaghan Muñoz ²⁵⁵, Albaladejo ²⁵⁶ o la misma Luz Zaforteza ²⁵⁷.

²⁵⁴ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *El fideicomiso en el Derecho Civil de Mallorca y Menorca*, Ajuntament de Palma, 1992, pp. 156 y 166. Estos supuestos se prevén en los arts. 33 y 34 de la *Compilación balear* y según la autora: «En efecto, el fiduciario sí podrá disponer de aquéllos (los bienes) en determinados supuestos, tales como: si lo hace de común acuerdo con los fideicomisarios —con el de todos los llamados, pues si falta alguno de ellos, éste podría impugnar dicha disposición—; cuando el fideicomitente así lo hubiera autorizado, siempre que esta autorización no sea tan amplia como para constituir en realidad un fideicomiso de residuo; para pagar las deudas de la herencia y los gastos de legítimas, créditos y mejoras; y, finalmente, también podrá disponer libremente de aquellos bienes que por su naturaleza sean susceptibles de destrucción, sujetándose, en este caso, lo obtenido al gravamen fideicomisario».

²⁵⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Consentimiento de los fideicomisarios a los actos de disposición de bienes fideicomitados», *RJC*, 1970, pp. 535 ss. El autor sustenta una opinión muy particular al respecto. Según él, «el consentimiento prestado por los fideicomisarios para que el fiduciario pueda enajenar o gravar bienes fideicomitados eficazmente, es, en realidad, una renuncia, pues el fideicomisario renuncia, ya de presente, de futuro o de pasado, a unos bienes, los enajenados, que en caso de producirse la delación fideicomisaria a su favor, él adquiriría».

²⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Comentarios del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz..., artículos 781 ss., publicado por el Ministerio de Justicia, 1991, p. 1917. Sostiene Albaladejo: «De lo que no puede disponer por sí solo es de ellos (los bienes) como libres en propiedad para siempre (no temporal) y sin sujeción a la restitución al fideicomisario. Para hacer eso, es preciso que además del fiduciario presten su conformidad (o haya algo que le equivalga) los fideicomisarios».

²⁵⁷ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *obra citada*, p. 174. Para la autora, «el consentimiento que prestan los fideicomisarios al acto de disposición que el fiduciario pretenda realizar,

De cualquier modo, se llame como se llame a dicha participación del fideicomisario (asentimiento, renuncia, conformidad o consentimiento), se trata de completar un acto dispositivo que, sin tal participación, no podría operar los efectos jurídicos deseados. Por ello, la calificación jurídica de esta intervención del fideicomisario se encuentra estrechamente vinculada a la determinación del régimen de ineficacia aplicable a aquellos actos dispositivos desarrollados por el llamado en primer lugar para los cuales no se encuentra facultado. Cuestión que trataré de manera conjunta más adelante. Baste, por el momento, señalar que se trata de una participación con carácter necesario ²⁵⁸, debiéndose excluir todas aquellas nociones o calificaciones que aludan a una participación sólo conveniente.

En último lugar, convendría recordar aquellos casos donde por exigencias de la función de administrador que desarrolla el fiduciario (pago de deudas y cargas de la herencia ²⁵⁹), se concede relevancia a determinados actos dispositivos sobre algunos bienes. Con lo cual la administración de un patrimonio afecto a fin concreto, justifica la realización de actos dispositivos sobre determinados bienes. Y, aunque se trata de un supuesto con un razonamiento lógico, ya apuntado por nosotros, merece la pena reproducir el dado por la autora citada: «... si por ley el fiduciario es responsable de que a la herencia fideicomisaria no se le cause perjuicio alguno que pueda disminuir su calidad y cantidad, es lógico que la misma ley le procure alguno de los medios necesarios para evitar, en la medida de lo posible, aquéllos. Hay que tener en cuenta que, en el caso de que el fiduciario no pague dichas deudas y cargas hereditarias, los acreedores pueden dirigirse directamente contra la herencia fideicomitada, con lo que el perjuicio ocasionado puede ser aún más grave que si el fiduciario enajena para pagar a éstos» ²⁶⁰.

o haya realizado ya, consiste en una declaración de voluntad unilateral realizada por una persona ajena, en principio, al negocio, con el fin de conferir eficacia a dicho acto y para asumir los efectos que el mismo produzca. En este sentido se parece más a la figura del "asentimiento"...

²⁵⁸ Considero oportuno recordar el carácter que tiene la participación de un sujeto determinado en diversos artículos de nuestro Código Civil, especialmente por la analogía existente con el supuesto estudiado, artículos 843 y 1322 CC.

²⁵⁹ ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *obra citada*, p. 196. Según la autora, «bajo el concepto de deudas y cargas de la herencia, cabe entender las deudas del causante, los deberes o cargas impuestas al heredero por el testador que no lleguen a ser legados, las cargas impuestas por la ley (arts. 902 y 903 CC); los gastos de administración de la herencia (art. 1003 CC), y los gastos de entrega de los legados (art. 886.3.º CC) y, finalmente, los legados».

²⁶⁰ ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *obra citada*, p. 197.

XI.1.3 Régimen de ineficacia

Para comenzar este epígrafe, debo advertir que sólo me ocuparé del tipo de ineficacia que afecta a los actos dispositivos realizados por el fiduciario sin encontrarse facultado para ello.

Como en aspectos distintos de la figura fideicomisaria ²⁶¹, en éste que se ocupa de su faceta dinámica, la determinación del tipo de ineficacia aplicable no resulta sencilla. Así, llevado por lo que se establece en el artículo 6.3.º del Código Civil, mi primera impresión sería afirmar la existencia de nulidad en aquellos casos en los que se dispone por el fiduciario sin estar habilitado para ello, bien por las circunstancias, bien por el testador, o bien, por la propia ley ²⁶².

No obstante, a la hora de determinar el régimen de ineficacia en esta clase de actos dispositivos debemos contar con otra serie de datos de gran trascendencia: en primer lugar, retomando una idea que dejaba apuntada más arriba, debe considerarse la posibilidad de que el fideicomisario mediante una declaración de voluntad conceda eficacia al acto desarrollado por el fiduciario. Seguidamente, debemos reconocer que el establecimiento de la figura fideicomisaria tiene su origen en el acto de voluntad de un sujeto, como disposición o parte del contenido de una sucesión testada. Esto, que puede resultar una obviedad, influye decisivamente sobre la naturaleza propia de la prohibición de disponer, y como consecuencia de lo anterior, sobre el tipo de ineficacia aplicable en caso de contravención ²⁶³.

Pero, además, a pesar de que debemos partir del dato de Derecho positivo que establece el artículo 6.3 sobre el régimen de ineficacia gene-

²⁶¹ Convendría recordar, aquí, la existencia de nulidad parcial cuando el testador establece más de dos llamamientos en favor de personas que no vivan al tiempo del fallecimiento del mismo; o de la nulidad absoluta de la disposición prevista en el artículo 785, para cuando el testador no utiliza una de las fórmulas establecidas por la ley (arts. 781, 783.1 y 785.1 y 4).

²⁶² JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, p. 333. «... Como he venido repitiendo, la cuestión del régimen de ineficacia es una cuestión de estricto Derecho positivo, que responde a necesidades y conveniencias de política legislativa apreciadas por el legislador en cada momento. O sea, el régimen de ineficacia contractual para estos casos se determina *a posteriori* y en concreto desde las normas vigentes, y no *a priori* desde lo que en abstracto se considere lógico o conveniente».

²⁶³ AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, pp. 125 y 126. Escribe el autor, «por lo que se refiere al derecho, la prohibición de disponer no hace desaparecer el «*ius disponendi*», ni tampoco lo separa del derecho subjetivo. Simplemente, paraliza el ejercicio del «*ius disponendi*», o convierte la disposición en ilícita. Desaparecida la restricción, el «*ius disponendi*» reaparece en toda su virtualidad. En el caso de prohibiciones legales, el acto que las vulnera debe ser nulo en España, por infracción del artículo 4.º del Código Civil. Si las prohibiciones son convencionales, habrá infracción de una obligación; las consecuencias, en tal supuesto, consisten en la posibilidad de reclamar la nulidad del convenio que infringe la prohibición de disponer».

ral, resulta conveniente constatar dos procesos que, teniendo diversa naturaleza, vienen progresivamente a extender el campo de la anulabilidad. Por un lado, la extensión a través de diversas medidas legislativas que en nuestros días sufre el concepto de anulabilidad (caso de la reforma de 1981) ²⁶⁴, aplicándose a supuestos que, en principio, no vendrían recogidos en los artículos 1300 ss. del Código Civil. Por otro lado, la posibilidad, admitida doctrinalmente ²⁶⁵, de aplicar analógicamente ²⁶⁶, apreciando el ámbito concreto de actuación del régimen, la anulabilidad a supuestos carentes de regulación que presentan grandes semejanzas con aquellos otros sujetos a este régimen de ineficacia. No obstante, debemos señalar que dicha aplicación no se produce por considerar determinante el dato de la concurrencia de unos intereses privados ²⁶⁷, ya que mientras no se altere el sistema diseñado la regla general sería la nulidad.

Si unimos este dato a la eficacia y conveniencia de mantener las transmisiones realizadas por el fiduciario a terceros de buena fe que confían en una apariencia ²⁶⁸, vemos cómo nuestras conclusiones sobre el

²⁶⁴ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)*, Centenario del Código Civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 966. Según el autor, «el signo de la línea de progresiva clarificación en materia de ineficacias parece decantarse decididamente hacia la restricción de la nulidad en beneficio de la anulabilidad... la anulabilidad, desbordando los límites del originario artículo 1301 del Código Civil, se irá perfilando como la forma general de protección de intereses privados o disponibles...».

²⁶⁵ JORDANO BAREA, Juan B., «Derecho Civil y Derecho Mercantil», *RDP*, 1964, p. 181. Conviene acudir a la idea que sobre normas especiales y excepcionales mantiene este autor.

²⁶⁶ JORDANO FRAGA, Francisco, *obra citada*, p. 334. Escribe el autor: «La nulidad absoluta es el régimen general de ineficacia que, en defecto de otro legalmente señalado, nuestro ordenamiento establece para los actos que lo contravienen: los contrarios a las leyes imperativas y los que derogan el Derecho dispositivo sin respetar los límites para ello señalados (art. 6.3.º, art. 6. 2.º y 1255 CC.)... La anulabilidad es un régimen especial de nulidad... y no un régimen excepcional: nada impide la extensión analógica de la anulabilidad, de casos previstos por el legislador a otros que no lo están, pero son semejantes».

²⁶⁷ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *obra citada*, pp. 976, 979 y 980. «Cuando lo que está en causa es el simple interés privado de los particulares, basta, y resulta la más adecuada, la forma de ineficacia disponible relativa y tuitiva, propia de la anulabilidad... es la valoración del interés tutelado la que permitirá la más precisa calificación de la ineficacia producida y, consiguientemente, la determinación de sus efectos y el régimen de su ejercicio».

²⁶⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 329. Sostiene el autor: «... sin perjuicio de que cuando, aun cuando indebidamente, disponga por sí solo el fiduciario, su acto hará recibir el derecho total y definitivo al adquirente si es que se dan los requisitos de la adquisición a *non domino*, como en los casos del art. 464 CC o del 34 de la Ley Hipotecaria. Ello, naturalmente, aparte del derecho del fideicomisario a la contraprestación recibida por lo enajenado indebidamente o al equivalente del bien exfideicomitido».

tipo de ineficacia se acercarán bastante a las de otro autor –Albaladejo– que se ha ocupado del asunto ²⁶⁹.

Mantener en el presente caso la existencia de anulabilidad, y no de nulidad, nos ha introducido en una polémica que enfrenta, actualmente, a determinados autores, Jordano Fraga ²⁷⁰ y Gordillo Cañas ²⁷¹ entre otros, sobre el alcance y consideración de ambos regímenes de ineficacia.

Por mi parte, a la vista de que me limito al ámbito concreto de las actuaciones dispositivas desarrolladas por el fiduciario sin encontrarse facultado para ello, considero que una de las repercusiones más importantes que conlleva el hecho de decantarse por uno u otro régimen de ineficacia es determinar la naturaleza del acto por el cual el fideicomisario acepta lo realizado por el llamado en primer lugar (fiduciario). Así, partiendo del dato suministrado por la práctica, vemos cómo la técnica de la confirmación prevista en los artículos 1309 ss., que actúa en casos de anulabilidad del propio acto cuando concurre una posterior declaración de voluntad unilateral y válida, viene siendo utilizada para casos que no son, en rigor, confirmación (arts. 1322 y 843), sino complemento necesario por una falta de legitimación en el que actúa. De este modo, si admitimos como régimen de ineficacia de los mencionados actos la anulabilidad, podría sostenerse sin absoluta propiedad ²⁷² la calificación de confirmación para aludir al consentimiento prestado por el fideicomisario. No debemos olvidar que en la sustitución fideicomisaria nos encontramos ante titularidades sucesivas ²⁷³, con lo que hablar en esta sede de confirmación, por más amplitud que quiera darse al concepto, no parece exacto.

²⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, p. 329. A juicio del autor, «... lo que más conviene al caso es considerarlo como acto impugnado por el fideicomisario, ya que únicamente es suyo el interés de la conservación (a la que ataca el acto de disposición) de los bienes, luego a él sólo le corresponde poder pedir la invalidez, o inoperancia frente a él, de los actos que la ataquen».

²⁷⁰ JORDANO FRAGA, Francisco, *obra citada*, pp. 342 y 344.

²⁷¹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *obra citada*, pp. 938 y 965. El autor refiriéndose a la situación de anulabilidad-confirmabilidad, escribe: «A nuestro juicio, dos son las exigencias necesarias: una referida al juicio legal de protegibilidad; otra, al presupuesto fáctico contractual... En primer lugar es necesaria una situación jurídica en la que el juicio legal de protegibilidad se decante en favor de uno de los contratantes, a cuya voluntad o estimación de conveniencia se deja la decisión sobre la definitiva eficacia o ineficacia del contrato. En segundo lugar, será necesario un dato material u objetivo: la determinación fáctica, acabada y cerrada, de una hipótesis contractual, a la cual sea posible referirse unilateralmente (*per relationem*), sin nada añadirle ni restarle, para darle o negarle definitiva eficacia...».

²⁷² CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 45 ss. Sirva esta cita para entender el verdadero sentido de la confirmación dentro de un negocio anulable.

²⁷³ Debemos tener presente que el sujeto (fideicomisario) que presta su conformidad con el acto, sólo ostenta un derecho eventual a los bienes, y no una titularidad compartida como ocurre en sede de gananciales, o un derecho presente como en sede contractual.

Por otro lado, si bien es cierto que la anulabilidad es un tipo de ineficacia manejado por el legislador, generalmente, para aquellos supuestos en que el sujeto que puede verse afectado por el acto tiene la posibilidad de impugnarlo, este hecho obedece fundamentalmente a la ubicación, en sede de contratos, de su regulación jurídica. Por ello, no debemos considerar este dato como un obstáculo para su aplicación en los casos en los que pudieran existir sujetos incapacitados, o incluso, futuros sujetos afectados por el acto dispositivo del que se deriva la ineficacia relativa. Así, por ejemplo, cuando aparece designado como fideicomisario un *concepturus* o alguien que carece de la capacidad necesaria.

Éste último sería el inconveniente ²⁷⁴ más relevante de aplicar un tipo de ineficacia como el aquí defendido, puesto que en todos aquellos otros supuestos en que el fideicomisario gozara ya de la capacidad necesaria durante el tiempo en que corresponden los bienes a la titularidad del fiduciario, podría defenderse impugnando los posibles actos dispositivos del fiduciario para los que no se encuentra facultado jurídicamente.

Si no existe conformidad previa, o posterior, al acto desarrollado por el fiduciario, el fideicomisario, llegado el momento, exigirá al fiduciario, o a sus sucesores, la contraprestación recibida por lo enajenado indebidamente o el equivalente en concepto de indemnización. Obviamente, dejando a salvo la posibilidad de aplicar lo establecido en el artículo 1303 ²⁷⁵ siempre que no surgiera un tercero protegido legalmente en su adquisición. Algo que produciría la restitución de la cosa salida indebidamente del patrimonio del fiduciario mientras éste era titular de los bienes fideicomitados.

XI.2 VOLUNTAD DEL TESTADOR COMO MEDIDA PARA CONCRETAR LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Tras haber estudiado en epígrafes anteriores las posibles vías de disposición presentes en la figura de la sustitución fideicomisaria, facultades necesarias en cualquier caso, es posible que el testador haya otorgado otras facultades de carácter dispositivo a favor del fiduciario en el acto de última voluntad.

²⁷⁴ Éste que hemos denominado el inconveniente más relevante, no lo sería tanto, si nos detenemos a observar la configuración propia de las figuras fideicomisarias, construidas, como sabemos, sobre un orden sucesivo de sucesión. La concurrencia de cualquier efecto jurídico, o la privación de determinados efectos, tiene que estar íntimamente relacionada con la naturaleza y fisonomía propias de la figura en cuestión.

²⁷⁵ Artículo 1303: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

El concreto ámbito de actuación del fiduciario dentro del fideicomiso de residuo, en cualquiera de sus variantes, fideicomiso *de eo quod supererit* o fideicomiso *si aliquid supererit*, dependerá de la extensión y finalidad de las facultades jurídicas concedidas por el testador. De entre éstas, interesa centrarse en las de carácter dispositivo, pues son ellas las que determinarán el destino, en mayor o menor grado ²⁷⁶, de los bienes fideicomitados. Así, dentro del fideicomiso *si aliquid supererit*, la extensión y finalidad de las facultades dispositivas concedidas al fiduciario permitirán, en muchos casos, abandonar al criterio de éste la elección del fin traslativo de determinados bienes; lo cual, como sabemos, incide en la consideración y calificación jurídica de la figura.

Junto a la faceta dinámica que proporciona a la posición jurídica del fiduciario la concesión de determinadas facultades dispositivas por el causante, nos encontramos con un elemento estático dentro de la sucesión *mortis causa* sucesiva presente en estas figuras fideicomisarias. Me refiero a la expectativa existente en la posición del llamado en segundo lugar o fideicomisario. De este modo, desaparecida alguna de las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria (como el deber de conservar los bienes fideicomitados para después restituirlos al fideicomisario) por la amplitud de las facultades dispositivas concedidas al fiduciario, la expectativa del segundo llamado al residuo se muestra más lejana que nunca ²⁷⁷. Así, pues, si el fiduciario, dentro de las facultades concedidas, consumió o enajenó todos los bienes fideicomitados, el fideicomisario ve desaparecer su expectativa a un derecho de propiedad sobre los mencionados bienes. En este caso la expectativa recae sobre los bienes, es decir, en el objeto de la futura titularidad. Por ello, parece necesario separar la posible titularidad que corresponde a un sujeto por X título (como heredero o legatario), del posible poder jurídico que pueda corresponderle sobre unos bienes por una expectativa o derecho eventual. El fideicomisario siempre ostentará la titularidad (normalmente, heredero) por la que fue instituido en el testamento. Ahora bien, «la expectativa finalmente se extingue si aquella incertidumbre, que actúa de suspensivo del efecto jurídico, desaparece, bien porque se actualice (por el acaecimiento del hecho positivo), o porque

²⁷⁶ Aquí, sí debemos considerar las diferencias existentes entre el fideicomiso *de eo quod supererit* y el fideicomiso *si aliquid supererit*, ya que la existencia de facultades dispositivas, conferidas por el testador, en el primer caso debe compaginarse con la pervivencia del deber de conservar que recae sobre un determinado conjunto de bienes sujetos al fideicomiso.

²⁷⁷ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, p. 89. Como indica el autor, puede ocurrir «que el evento se resuelva de manera no favorable al expectante (sin responsabilidad alguna para el pretitular, ni para terceros), en cuyo caso la expectativa se extingue por sí misma, y las accesorias situaciones creadas en torno a ella».

se adquiriera la certeza del incumplimiento (cuando el fiduciario no deja residuo para que pase al llamado en segundo lugar)»²⁷⁸.

No obstante, el contenido y la extensión de estas facultades no siempre serán los mismos. Por ello, se abre toda una gradación de posibilidades que puede ir desde la disposición *inter vivos* a título oneroso por causa de necesidad, a la propia disposición *mortis causa* de los bienes por el fiduciario²⁷⁹ —planteando este último posible contenido de la disposición fideicomisaria dudas y diferencias dentro de los autores²⁸⁰ que se ocupan de la figura—. Ciertamente, el testador podrá conceder al fiduciario cuantas facultades dispositivas desee, pero la amplitud de las mismas se encontrará en relación directa con el sentido que el propio *de cuius* haya querido dar a la disposición fideicomisaria. Ya que, si bien la facultad de disponer es una nota intrínseca o esencial en el fideicomiso de residuo²⁸¹, su ejercicio por el fiduciario se encontrará en función del tipo de fideicomiso: *de eo quod supererit* o *si aliquid supererit*²⁸².

En mi opinión, y partiendo del diferente tratamiento que deben recibir las facultades dispositivas en el caso del fideicomiso *de eo quod supe-*

²⁷⁸ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, p. 27.

²⁷⁹ Considero, como ya indicaba anteriormente, que estas cláusulas introducidas por el disponente incorporan preceptos por vía analógica, de distintas partes del Código Civil para conseguir una regulación adecuada: así, cuando existan facultades de disposición *inter vivos* a título oneroso, se le aplicará una regulación semejante al usufructo con facultad para enajenar. Cuando la tenga para disponer *inter vivos* a título gratuito, se le aplicarán normas de la donación, etc.

²⁸⁰ PARA MARTÍN, Antonio (comentario a la sentencia de 25 de mayo de 1971), «Fideicomiso de residuo. Fideicomiso de elección o distribución. Sustitución preventiva de residuo. Interpretación de testamento», *RJC*, 1972. p. 603. Escribe el autor, refiriéndose a la Compilación catalana: «... el caso de que el testador atribuya al heredero o legatario plenas facultades de disposición sobre la totalidad de los bienes a él transmitidos, a título oneroso o gratuito, *inter vivos* e incluso *mortis causa*... Están, pues, totalmente, en manos del heredero o legatario, que puede actuar como si fuera un heredero libre sin ninguna traba, diferenciándose esta institución del fideicomiso *si aliquid supererit* en que en este caso el fiduciario no puede disponer *mortis causa*...».

FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada, Notas sobre el fideicomiso...*, p. 24. Según el autor, «parece claro que el primer instituido no puede disponer *mortis causa*, pues si lo hace y se admiten sus disposiciones, resultará improbableísimo que «deje bienes a su muerte».

DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, p. 219. Abordando esta cuestión, escribe la autora: «Lo que pasa es que, a diferencia del caso del fideicomiso de residuo usual, en el actual con disponibilidad *mortis causa*, se concede al fiduciario hasta poder de disponer de los bienes fideicomitados en favor de su propio heredero, o de nombrarse él para sí un heredero de ellos, que los reciba como herencia suya, apartando así los bienes de que a su muerte vayan al fideicomisario como herencia del fideicomitente...».

²⁸¹ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 202 y 203. Concretamente, este autor siguiendo la sentencia de 21 de noviembre de 1956 ha sostenido «que la facultad de disponer de los bienes de la herencia es intrínseca en el fideicomiso de residuo, y la posibilidad de su ejercicio, connatural a la posición jurídica del fiduciario».

²⁸² IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 208 y 209.

rerit, más cercano a la configuración de la sustitución fideicomisaria, los actos de este género que realice el fiduciario merecerán un mayor seguimiento por los interesados en la conservación de los bienes y una interpretación más restrictiva por el tribunal encargado de juzgar su validez (la de los actos dispositivos) ²⁸³.

Pero la concesión de determinadas facultades por el testador al fiduciario plantea, como ya he dejado apuntado en sucesivas ocasiones a lo largo de este trabajo, la difícil cuestión de la subsistencia, o no, del carácter vinculado en las contraprestaciones recibidas por el fiduciario cuando, por habilitación de las facultades conferidas, dispone de los bienes afectos al fideicomiso. Por la complejidad que presenta el estudio de este tema, veo conveniente dedicar a su exclusivo tratamiento el epígrafe siguiente.

XII. ACTUACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL ANTE DETERMINADAS SITUACIONES CON RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS. INCIDENCIA DEL CARÁCTER VINCULADO EN LOS BIENES

Como anunciaba en el epígrafe anterior, el estudio de la faceta dinámica de las figuras fideicomisarias se encuentra indisolublemente ligado a una serie de principios o mecanismos que preservan un derecho eventual, previsto legalmente, sobre unos bienes determinados.

En principio, el análisis dogmático-teórico de estos principios no presenta una gran dificultad; no así cuando nos centramos en una figura concreta, donde, además, la autonomía negocial de un sujeto (el testador) juega un papel de tanta trascendencia. En nuestro caso, el estudio de la subrogación real en las figuras fideicomisarias se complica a medida que la labor de configuración desarrollada por el testador, aumenta. Como sabemos, esta labor del testador reviste una gran relevancia, en la concesión al fiduciario de determinadas facultades dispositivas. Lo cual condiciona la actuación del mencionado principio de subrogación real ²⁸⁴.

²⁸³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 1928. Como señala Albaladejo: «Yo creo que, en principio, y porque siendo lo normal la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, hay que ser restrictivo en la interpretación de la concesión de la facultad de disponer...».

²⁸⁴ MARÍN PADILLA, M.^a Luisa, «Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de sucesiones», *RCDI*, 1980, pp. 1420 y 1426. Según la autora, «la aplicación del principio de la subrogación real en los fideicomisos está en función de las facultades concedidas al fiduciario, bien por ley, bien por expresa voluntad del disponente. A diferencia de Francia, Italia y Alemania, nuestro Código Civil, en el

Pero para entender el *modus operandi* de la subrogación real dentro de las figuras fideicomisarias, previamente debe entenderse en que consiste dicho principio. Cuyo estudio y conceptualización dejo a autores dedicados al tema como Roca Sastre²⁸⁵ y Marín Padilla²⁸⁶.

A mi juicio, los efectos de la subrogación real en las figuras fideicomisarias consistirían en la conservación sobre el bien nuevo de la afección y obligación de restituir, a la que los bienes antiguos estaban sometidos. Lo cual nos conduciría a concluir en la idea de que la subrogación se configura como un principio general de conservación.

En cuanto a la opinión de los autores sobre el funcionamiento de la subrogación real dentro de las figuras fideicomisarias, en general, es favorable²⁸⁷. No obstante, no todos los autores contemplan el fenómeno desde la misma perspectiva. Así, determinados autores ponen el acento sobre la

artículo 783.2.º... El Código Civil niega al fiduciario facultades de disponer de los bienes fideicomitidos, excepto en los casos *ex necessitate*, por lo que la subrogación real no se producirá sino en caso de expropiación forzosa e indemnizaciones recibidas por pérdida, destrucción de los bienes, etc., o bien cuando expresamente lo haya dispuesto el testador.

Es decir, la subrogación real no puede sino aplicarse cuando se ha producido una fluctuación permitida por la ley... La subrogación real, como muy bien dice la sentencia de 2 de mayo de 1956, no crea un poder de disposición al que no lo tiene por ley, sino que es el resultado, el procedimiento técnico que se aplica en las ventas autorizadas por la ley o, como admite la doctrina y la jurisprudencia, en ventas...».

²⁸⁵ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «La subrogación real», *RDP*, 1949, p. 281. Para el autor, la subrogación real se define como aquella figura «en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido aquélla cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida... y el campo o presupuesto fundamental de la subrogación real es un proceso de reconversión de valores económicos sobre la base de la permanencia de un mismo o permanente valor».

²⁸⁶ MARÍN PADILLA, M.ª Luisa, «La formación del concepto de Subrogación Real», *RCDI*, 1975, p. 1192. Según la autora, «la subrogación real para nosotros es un principio general de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto... Para saber cómo interviene la subrogación real y para qué, es necesario estudiar la institución o caso especial en que interviene y el derecho real que se trata de conservar».

²⁸⁷ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *obra citada*, pp. 406 y 407. «Pensamos que los actos dispositivos del fiduciario pueden modificar cuantitativa, pero no cualitativamente, su situación jurídica y la del fideicomisario».

Vid. PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, pp. 153, 221 a 224. «El heredero sucesivo no ha de recibir necesariamente los mismos bienes que con la apertura de la sucesión del fideicomitente pasan a integrar el patrimonio del heredero fiduciario... El heredero sucesivo no perderá tal carácter por más que en el patrimonio fideicomitido hayan ocurrido mutaciones, sea cualquiera la importancia de las mismas... De todas formas, ha de entenderse

concreción o identificabilidad de los bienes, lo que permite establecer la relación entre el bien que sale y aquél otro que entra dentro del patrimonio afecto al fideicomiso. Es el caso de Irúzun ²⁸⁸. Irúzun, no obstante, consciente del mayor grado de afección en los bienes dentro de la sustitución fideicomisaria, realiza una aportación particular para comprender el modo de operar la subrogación real dentro del fideicomiso de residuo. Para el autor, «lo normal, sin embargo, no es establecer el fideicomiso de residuo respecto de unos bienes como tales bienes *in natura*, sino en cuanto representativos de un valor que, en la parte que reste, ha de pasar al fideicomisario» ²⁸⁹. En la línea de ver en la subrogación real un medio de establecer una equivalencia entre valores, el que sale respecto del que entra, se encuentra Álvarez Caperochipi ²⁹⁰. Es decir, para esta tendencia doctrinal, la falta de identificabilidad en los bienes se sustituye por una individualización económica de los mismos a efectos de subrogación.

En mi opinión, en cualquiera de las figuras fideicomisarias (tanto en la sustitución fideicomisaria como en el fideicomiso *si aliquid supererit*) la determinación material de los bienes debe completarse con su consideración como valores económicos; sólo así lograremos comprender tanto el funcionamiento (relación de procedencia entre dos bienes con su raíz en un acto dispositivo permitido) del principio, como su finalidad (restablecimiento de la situación jurídica característica en la figura –vinculación de unos bienes a una finalidad– ante un desequilibrio económico injustificado) ²⁹¹.

Esta dificultad no se presenta en la sustitución fideicomisaria donde las facultades dispositivas del fiduciario se limitan a preservar los bienes, como acertadamente explica Bonet Ramón ²⁹².

que esta subrogación de los elementos integrantes del caudal relicto habrá de compaginarse con las oportunas garantías para los fideicomisarios...».

²⁸⁸ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 213. Concretamente, en relación con el tema de la subrogación señala el autor: «... creemos que hay que entender que la subrogación se da si la conexión entre la salida de un bien y la entrada de otro puede establecerse por cualquiera de los modos de prueba admisibles, y, especialmente, por la propia confesión del fiduciario».

²⁸⁹ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 212.

²⁹⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *obra citada*, p. 193.

²⁹¹ MARÍN PADILLA, M.^a Luisa, *obra citada*, R. C. D. I., 1975. p. 1207. «La subrogación real, de acuerdo con la evolución histórica del principio, requiere la idea de valor económico de los bienes, pero este valor es necesario que esté identificado, y que el valor obtenido (precio) de un bien proceda de ese mismo bien, tenga su origen en él...».

²⁹² BONET RAMÓN, Francisco, *obra citada*, p. 358. Escribe el autor: «Comprende el gravamen de restitución fideicomisaria todo lo que integra la herencia, con aplicación del principio de subrogación real respecto de los elementos resultantes de un cambio o mutación necesaria o sufrida por la necesidad en los bienes fideicomitados...».

Aún restaría algo que decir sobre la aplicación de este principio en las figuras fideicomisarias, y ese algo tendría íntima relación con el tema de fondo de este trabajo: la autonomía negocial del testador ²⁹³. Pues bien, a mi juicio, la aplicación de la subrogación real, si bien puede venir impuesta por el testador para determinadas actuaciones que desarrolle el fiduciario ²⁹⁴, no depende sólo de una declaración de voluntad en sentido afirmativo, sino del conjunto del ordenamiento civil que impone dicha solución para todos aquellos casos que presentan igualdad de razón.

Tras haber reconocido el papel que en esta materia desempeña, como en muchas otras, la autonomía negocial del testador, estimo conveniente señalar en qué figuras fideicomisarias juega a falta de disposición expresa del causante la subrogación real, y en cuál no juega, a salvo lo indicado.

– Comenzando por la figura recogida en los artículos 781 ss. del Código Civil y repitiendo algo ya manifestado, creo que debemos diferenciar entre distintos casos:

Dada la ausencia de facultades dispositivas concedidas al fiduciario, en principio, y como regla general, no actuaría. Lo que sucede es que las especiales notas de carácter conservativo que concurren en la figura de sustitución fideicomisaria justifican su actuación u operatividad en determinados casos: en caso de expropiación del bien, o destrucción del mismo, operaría la subrogación respecto de la indemnización, o de lo recibido por seguro.

Por otro lado, junto a lo anterior, dado que, por lo dicho, el fiduciario carece de facultades dispositivas encaminadas a satisfacer un interés propio, en las enajenaciones a título oneroso en las cuales existan terceros adquirentes protegidos legalmente (arts. 1295 y 1298 CC o 34 y 40 de

²⁹³ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *obra citada*, pp. 407 y 408. Según el autor, «hay que indagar –pensamos– la voluntad del testador para ver si no se opone a la citada subrogación. Y creemos que se opone a la subrogación allí donde se ha autorizado a disponer a título gratuito. Aunque en ese supuesto se dispusiera de los bienes recibiendo una contraprestación, ésta no se integraría en el fideicomiso. Pero también aquí juega el límite de la buena fe y de la prohibición del abuso».

También en este sentido, DIEGO Y GUTIÉRREZ de, Felipe Clemente, *Derecho de sucesiones*. Puesta al día por COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, pp. 180 y 181.

²⁹⁴ MARÍN PADILLA, M.^a Luisa, *obra citada*, RCDI, 1975, pp. 1197 y 1198. Escribe la autora: «En cuanto a la clasificación también clásica, de subrogación real convencional y legal, consideramos que en realidad y en cada caso en que ella interviene, la subrogación es siempre legal, establecida expresamente por la ley o permitida por el Derecho en general o por las normas que rigen la institución jurídica en donde ella va a intervenir. Está claro que los particulares pueden establecer la subrogación real expresamente: así el testador que al establecer una sustitución fideicomisaria concede al fiduciario la facultad de enajenar los bienes fideicomitidos con la obligación de invertir el precio en otros bienes

la Ley Hipotecaria), no jugará la posible anulabilidad del acto, teniendo que actuar el principio de subrogación real respecto de la contraprestación recibida. Éste último es el supuesto al que generalmente alude la doctrina, convirtiéndolo en regla.

– En segundo lugar, debemos sostener cómo en el caso de que el testador estableciera un fideicomiso *si aliquid supererit* no actuaría dicha subrogación²⁹⁵. Esto último, salvo determinación en sentido positivo del testador.

En el caso de este tipo de fideicomiso de residuo la respuesta sobre la aplicabilidad, o no, se presenta más clara cuando la salida del bien se hubiera producido por una transmisión a título gratuito para la que estuviera autorizado el fiduciario, dado que en este tipo de transmisiones nada se recibe generalmente.

– Finalmente, para aquellos supuestos en los cuales se haya establecido un fideicomiso de *eo quod supererit*, la solución no puede ser única. De modo que, en principio, no cabrá aplicar el principio de subrogación real salvo disposición expresa del testador, como en los casos anteriores. No obstante, para ofrecer una respuesta más acertada, tendremos que distinguir los bienes sujetos necesariamente a conservación (que constituirían lo que queda como residuo), de aquéllos otros sobre los que posee el fiduciario algún tipo de facultades positivas encaminadas a satisfacer su propio interés. Sobre el segundo grupo de bienes nunca operará la subrogación real (tal y como ocurre en el fideicomiso *si aliquid supererit* en relación con todos los bienes fideicomitidos). En cambio, sobre los bienes que necesariamente tengan que restituirse al fideicomisario (recordar arts. 781 y 783.2.º CC) podrá actuar la subrogación real en los mismos supuestos descritos para el caso, de que lo dispuesto fuera una sustitución fideicomisaria.

La nota de procedencia se perfila como esencial en la configuración de este principio. Así resulta fácil entender la amplitud con que se entiende por algunos autores la aplicación de este principio²⁹⁶.

seguros... Pero en el fondo de todas estas subrogaciones convencionales, está el Derecho que las autoriza y permite».

²⁹⁵ PARA MARTÍN, Antonio, *obra citada*, p. 596. Escribe el autor: «Incluso en el caso de que el fiduciario enajene bienes y obtenga dinero por ellos, desde este momento el dinero pasa a ser suyo, no queda afecto al fideicomiso, y, en consecuencia, caso que perdurara a la muerte del fiduciario, no constituye ese *aliquid* del fideicomiso, y, por tanto, no lo adquiere el fideicomisario».

FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada, Notas sobre el fideicomiso...*, p. 33.

²⁹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, pp. 340 a 344. Para el autor se produce «la subrogación real de bienes fideicomitidos y la integración en el fideicomiso de bienes adquiridos en virtud de derechos pertenecientes al mismo».

XIII. GARANTÍAS O ASEGURAMIENTO DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL LLAMADO EN SEGUNDO LUGAR (FIDEICOMISARIO)

XIII.1 NECESIDAD DE RECURRIR A LA ANALOGÍA JURÍDICA. FALTA DE REGULACIÓN

Tras el estudio de los distintos regímenes jurídicos aplicables a las diversas figuras fideicomisarias, tanto considerándolas desde un aspecto estático, como sobre todo desde la perspectiva dinámica que nos proporciona la práctica negocial, nos quedaría por tratar todavía una cuestión del mayor interés. Cuestión, que no es otra, que la de las garantías, o aseguramiento, del correcto funcionamiento de la disposición sucesoria.

Podría preguntarse alguien el motivo de la importancia dada al tema de unas garantías que ni siquiera aparecen mencionadas en los escasos artículos que el Código Civil dedica a la regulación de la sustitución fideicomisaria. Pues bien, llama la atención el hecho de cómo, a pesar de encontrarse perfectamente delimitados en la ley los deberes (de conservar y de restituir) que configuran la posición jurídica del fiduciario, nada se hace por parte del legislador para garantizar, durante la titularidad del llamado en primer lugar, el correcto cumplimiento de los mismos. Este es, quizás, uno de los aspectos que más se echa de menos en la parca regulación que el Código Civil dedica a la sustitución fideicomisaria. Por este motivo, precisamente, nos vemos movidos u obligados a recurrir de nuevo a la analogía jurídica.

No obstante, este recurso, tantas veces utilizado por la doctrina jurídica para completar lagunas existentes en la regulación de las figuras fideicomisarias, presenta en este punto de las garantías una especial dificultad. Me explicaré: el establecimiento de unas garantías por la ley exige, normalmente, un concreto comportamiento a algún sujeto inmerso en la relación que pretende asegurarse (en este caso, al fiduciario), y para ello suelen utilizarse preceptos de naturaleza imperativa, para evitar así su elusión (como sucede en el usufructo con la necesidad de hacer inventario). Siendo esto así, podría pensarse que, si el legislador no estableció unas determinadas garantías para preservar la futura delación del fideicomisario, fue porque no era su intención; lo cual sería un serio obstáculo a la hora de aplicar, por vía analógica, las garantías establecidas en otras figuras jurídicas con inspiración semejante. Ésta sería una reflexión lógica si el legislador hubiera sido cuidadoso a la hora de regular la figura tratada. Pero, como ya hemos visto a lo largo de nuestro estudio, el legislador, intencionadamente, para no entrar en conflicto con las regiones donde existía Derecho Foral, trazó en sus rasgos más esenciales la figura dejándola desprovista de normas reguladoras de eso que he venido a denominar faceta dinámica o desenvolvimiento de la disposición fideicomisaria.

Por todo ello, considero que la ausencia de un precepto dedicado al tratamiento de posibles garantías que preserven el objeto (los bienes fideicomitados) del futuro derecho de propiedad del fideicomisario obedece más a un abandono intencionado del legislador, que a una voluntad implícita de excluirlo.

Una vez más, el legislador confía la suerte de la figura a la autonomía negocial del testador y al buen hacer de los aplicadores (Registadores y Jueces) de nuestro Derecho sucesorio.

Pero, si quedara alguna duda de la importancia del tema, así como de la necesidad de una aplicación analógica de determinados preceptos que prevean la constitución de unas garantías para casos similares, claro está, para aquellos supuestos en que el propio testador no hubiera previsto en la disposición fideicomisaria dicha constitución por el fiduciario, valgan los argumentos siguientes:

Si no se produce el establecimiento de unas garantías destinadas a la identificación material de los bienes afectos al fideicomiso, en concreto, la realización de inventario u otorgamiento de fianza, ¿cómo sabríamos que el fiduciario cumplió con su deber de conservar los bienes para el llamado en segundo lugar?, ¿cómo permitir al fiduciario realizar determinadas operaciones con los bienes, por necesidad en su administración, sin que ofrezca fianza suficiente de la seguridad en las operaciones proyectadas?; o lo que sería más grave, ¿cómo identificarlos, por ejemplo, a efectos de valoración o de una posible subrogación real?

Junto a la necesidad de su establecimiento por razones como las descritas, cabría añadir el dato de cómo en las Compilaciones Forales manejadas hasta aquí (preferentemente, catalana y balear), cuando se ocupan de la regulación de las figuras fideicomisarias, se recoge toda una serie de garantías dirigidas a preservar la futura titularidad del fideicomisario.

Una vez sentada la necesidad de establecer un aseguramiento de la titularidad del segundo llamado (o tercero, si existe más de un fideicomisario), nos enfrentamos con un segundo problema: ¿con qué figura realizar la analogía jurídica para establecer las garantías?

Señalaba antes el caso del usufructo ²⁹⁷, figura aludida por gran parte de la doctrina. Pero debe darse un paso más, y buscar la analogía en todas aquellas figuras jurídicas, en las que, existiendo un derecho temporal o pretitularidad sobre unos bienes, se pretende una conservación de los mismos con vistas a una titularidad posterior. Es el caso de las reservas hereditarias en las cuales se exige al reservista el otorgamiento de una serie de garantías para entrar en la titularidad de los bienes reservados (arts. 974 ss. CC).

²⁹⁷ Es con la regulación jurídica del usufructo, principalmente los artículos 491 ss. del Código Civil, con la que existe una mayor identidad de razón en el caso de las garantías aplicables a la sustitución fideicomisaria.

XIII.2 TRATAMIENTO REGISTRAL DE LA FIGURA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Con ocasión del tratamiento y estudio de las posibles garantías que puedan presentarse dentro del establecimiento de una disposición fideicomisaria, nos encontramos con la, ya aludida, publicidad registral de la figura. Auténtica garantía para bienes inmuebles prevista en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario ²⁹⁸ que, por los requisitos formales que rodean su establecimiento y por la finalidad concreta (preservar la seguridad y confianza en el tráfico inmobiliario) que preside la inscripción registral, adquiere una especial importancia para mi estudio.

El tratamiento registral de las figuras fideicomisarias cumple, a efectos de mi investigación, un papel mucho más importante de aquél que pudiera corresponderle como modo de asegurar o garantizar la afectación en los bienes inmuebles integrados dentro del fideicomiso, ya que con la inscripción se otorga publicidad frente a terceros a la disposición fideicomisaria tal y como se configuró testamentariamente por el causante. Es decir, la inscripción de herencia o legado con disposición fideicomisaria permite, desde el punto de vista teórico, calificar jurídicamente dicha disposición como una sustitución fideicomisaria, como un fideicomiso *de eo quod supererit*, o como un fideicomiso *si aliquid supererit*. Calificación que trasciende del ámbito inmobiliario afectando a todos los bienes integrados dentro del patrimonio fideicomitado.

Por otro lado, el Registro, como otras tantas veces, se convierte en fuente de información para posibles terceros interesados en adquirir bienes fideicomitados, pudiendo aquéllos comprobar cuáles son las concretas facultades dispositivas con las que cuenta el fiduciario sobre los bienes.

²⁹⁸ Art. 82 del Reglamento Hipotecario: «En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución.

Quando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.

En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba.

El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella.

El adquirente de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria podrá obtener, en su caso, a través del expediente de liberación de gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley, la cancelación del gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios».

Tras constatar el doble ámbito (teórico y práctico) en que se desarrolla el estudio registral de la figura fideicomisaria, debemos comenzar por exponer una serie de ideas atinentes a la materia objeto de inscripción, así como reflexiones sobre los efectos que se derivan de la propia publicidad de la disposición fideicomisaria. Es, precisamente, en este punto donde la doctrina se centra en aspectos parciales de la figura llegando, con ello, a conclusiones no del todo satisfactorias ²⁹⁹.

En mi opinión, que desarrollaré con posterioridad, la afección presente en los bienes fideicomitados no conlleva simplemente una carga o gravamen para la titularidad del fiduciario, sino que configura la esencia de su posición jurídica. De este modo, tras la inscripción de la disposición fideicomisaria, adquirirá publicidad no sólo la situación a la que se encuentran sometidos los bienes, sino también el derecho real del que es titular el fiduciario.

Expuesto lo anterior, en mi opinión, el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, no viene a subsanar ningún olvido del legislador en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sino muy al contrario, a salvaguardar el derecho eventual que corresponde al fideicomisario por propia estructuración de la sustitución fideicomisaria.

A mi juicio, el artículo 82 del Reglamento supone todo un acierto del legislador, quien, sin entrar en materia sustantiva en cuanto a regulación propia de la figura, algo que corresponde al Código Civil, ha sabido plasmar los rasgos configuradores que caracterizan a la figura: orden sucesivo en la sucesión, afección o vinculación en unos determinados bienes y consideración de la especial posición jurídica que ocupa el llamado en primer lugar (fiduciario).

²⁹⁹ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 268 y 272. Mantiene el autor, «que es censurable por ser absurdo que este número 3.º del artículo 2.º se concrete al modo, y no se extienda asimismo a los gravámenes fideicomisarios y a todos los demás supuestos de cargas, gravámenes, afecciones... El gravamen fideicomisario: es una carga o gravamen real *per se* (o sea, independientemente de la atribución de la titularidad real que entraña el llamamiento de heredero, legatario o donatario fiduciario) aunque supeditada a la publicidad registral, pues su no constancia registral impide que pueda afectar a tercero adquirente».

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral», *RCDI*, 1961, pp. 165, 186 y 187. Este autor, siguiendo las teorías avanzadas por GIORGIANNI, *Diritto Reale, en Novissimo Digesto italiano*, 1960, pp. 746 ss., sobre las notas configuradoras del derecho real, proporciona un enfoque distinto al estudio de la figura. Vallet, dentro de la materia inscribible, sitúa lo siguiente: «Tenemos una serie de situaciones, jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que puede dar lugar a una sujeción con mayor o menor inherencia de la cosa». Y, dentro de estas situaciones, la «... sujeción a prohibiciones de disponer impuestas en testamento, donación u otra forma admitida en Derecho con eficacia *erga omnes*». Partiendo de mi propia visión, éstas vendrían, parcialmente, a configurar el derecho de titularidad fiduciaria.

Prueba de lo anterior es lo previsto en el segundo párrafo del aludido artículo 82, donde se establece la necesidad de una inscripción posterior cuando los bienes fideicomitidos pasen al fideicomisario ³⁰⁰. Dicha inscripción a favor del instituido en segundo lugar no tiene solamente la función de cumplir con el principio registral del tracto sucesivo, sino también permite configurar el derecho que se inscribe a favor del fideicomisario como completo, es decir, como un derecho real de propiedad.

Visto hasta aquí el conjunto de cuestiones referentes a la calificación, desde el punto de vista registral, de la disposición fideicomisaria (como titularidad que conlleva una carga independiente, o como disposición testamentaria que comprende unas titularidades sucesivas con derechos distintos sobre unos bienes sujetos a una finalidad), nos restaría aún por afrontar la forma de actuar del Registro como sistema público de garantía en estos casos.

Que en este caso no quepa hablar de fe pública registral ³⁰¹, no quiere decir que no exista un despliegue de efectos a causa de la publicidad de la figura. De este modo, en virtud del citado artículo 82, el fideicomisario puede oponer su condición de tal frente a terceros ³⁰² que hayan adquirido bienes registrados del fiduciario llegado el momento de la delación fideicomisaria. Evidentemente, la adquisición del tercero sería válida dentro de las limitaciones propias del derecho que tiene el fiduciario sobre los bienes. Por ello, el tercer adquirente nunca podría disponer de los bienes adquiridos como libres, ni practicar una inscripción registral con un título que entrara en oposición con el que recoge la cláusula de sustitución y que, en su día, fue objeto de publicidad ³⁰³.

³⁰⁰ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. III., Aranzadi, 3.ª edición, Pamplona, 1982, pp. 537 ss.

³⁰¹ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «El registro y el Derecho de sucesiones», *AAMN*, 1965. p. 493. Sostiene el autor: «En cuanto al fundamental principio de fe pública registral, la inscripción en las adquisiciones *mortis causa* no despliega la misma energía que en la *inter vivos*, especialmente cuando éstas son a favor de terceros a título oneroso». A pesar de ser, en gran parte, cierta la afirmación realizada por Roca Sastre, el que no despliegue la misma energía que en las transmisiones *inter vivos*, no quiere decir que no despliegue ninguna.

³⁰² VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada*, pp. 392 y 395. Vallet, aludiendo al sistema de publicidad ordenado por el legislador, indica: «No obstante, existen situaciones no visibles, tales como las vinculaciones, fideicomisos, reservas..., que sólo con la inscripción registral pueden obtener visibilidad suficiente para ser oponibles a terceros en un régimen de publicidad organizada».

³⁰³ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 167 y 168. Escribe el autor: «El Registro de la Propiedad protege a las personas que hacen constar sus derechos en el mismo, a los propietarios y titulares de derechos reales —en ciertos casos, también los titulares de un derecho de crédito— cuyos actos de adquisición o constitución a título oneroso acceden al Registro. Y precisamente ese desconocimiento es lo que le permite considerar inoponibles el acto o la situación que les son ajenos».

Todo ello es consecuencia del sistema de publicidad registral adoptado por el ordenamiento español: aunque se inscriben títulos, se publican derechos; y éstos aparecen configurados en sus rasgos esenciales, incluidos aquéllos que conllevan una limitación en las facultades del titular (el art. 82 del Reglamento Hipotecario debe conectarse, por este motivo, con los artículos 2 y concordantes de la Ley Hipotecaria que delimitan el objeto de publicidad en el Registro).

A mi juicio, el mecanismo registral previsto legalmente para preservar la titularidad fideicomisaria, no es otro que el efecto primordial de la inoponibilidad ³⁰⁴.

En virtud de este principio de inoponibilidad ³⁰⁵, no puede oponerse a un tercero, adquirente de los bienes a través del fiduciario, la carga de conservar (con la consiguiente prohibición de disponer de los bienes como libres) para restituir con posterioridad al fideicomisario, si la cláusula no aparece en el título que se inscribe y que da lugar a la publicación de un derecho real esencialmente limitado. Por ello, la publicidad de la disposición fideicomisaria genera una presunción de exactitud apta para oponerse frente a todos ³⁰⁶, lo cual otorga una seguridad a la futura titularidad del fideicomisario sobre los bienes afectos o fideicomitados.

Esta protección registral de lo que figura inscrito puede producir la actuación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en casos de inexactitud de lo publicado, cuando el tercer adquirente confía en lo que aparece en

³⁰⁴ Remisión para el estudio del principio de inoponibilidad al trabajo de GORDILLO CAÑAS, Antonio, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 590 a 595. También ver LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho Inmobiliario registral (Elementos de Derecho Civil, III)*, Bosch, Barcelona, 1984 (reimpresión 1991), pp. 48 ss., 164 y 165.

³⁰⁵ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *obra citada*, pp. 209 a 211 y 245. Para el autor, «la inoponibilidad no es una particular forma de ineficacia de los actos jurídicos, sino una medida especial establecida por la ley para salvaguardar los legítimos derechos anteriores de ciertas personas, ajenas a esos actos, facultándoles para que actúen como si no se hubieran realizado. El tercero protegido por la inoponibilidad tiene el beneficio legal de hacer valer la ficción de que el acto ajeno no se ha realizado y, en consecuencia, de actuar eliminando jurídicamente ese obstáculo para el ejercicio de sus legítimos derechos... la inoponibilidad sería entonces la facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, puedan actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido».

³⁰⁶ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *obra citada, Tratado Hipotecario*, p. 181. Como indica el autor: «Se trata de un efecto o cometido de afección, de tipo, por tanto, meramente negativo de todo cuanto consta inscrito, en la medida que no sirva de apoyo a dichos terceros, sino en cuanto les afecta o perjudica».

En parecido sentido RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *obra citada*, pp. 194, 195 y 199. «En mi opinión, la regla general de la oponibilidad de los actos jurídicos debe matizarse de esta manera: el acto jurídico es oponible, en todo caso, al ser conocido efectivamente por los terceros, antes de que éstos entren en contacto jurídico con las partes...».

el Registro (caso de que no se haya producido la cancelación del asiento por apreciarse nulidad en el testamento donde se contiene la disposición fideicomisaria).

XIII.3 ESTUDIO DE CONCRETAS GARANTÍAS

XIII.3.1 Estudio general del tema

Como dejaba apuntado con anterioridad, el tratamiento registral de la figura estudiada no agota todas las posibles garantías que, bien analógicamente, bien por voluntad propia del testador, puedan venir a proteger la futura titularidad del fideicomisario sobre los bienes afectos a dicha disposición. Se debe esto a razones obvias, puesto que, dentro de los bienes afectos a la disposición fideicomisaria, podemos encontrarnos toda una suerte de bienes muebles³⁰⁷, de desigual importancia, que quedan fuera del ámbito del Registro de la propiedad.

Por ello, con ser la inscripción registral el medio más importante para el aseguramiento en el caso de bienes inmuebles, no es, en la figura, el único.

El establecimiento de medios de garantía de la futura titularidad del fideicomisario es un fenómeno que siempre ha estado presente en la evolución de las figuras fideicomisarias³⁰⁸ y que siempre inquietó al testador que, tras establecer la disposición fideicomisaria, dejaba depositada su confianza en un primer sucesor que debía cumplir lo fijado testamentariamente. Del mismo modo, a pesar de las diferencias existentes entre las figuras estudiadas (principalmente entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso *si aliquid supererit*), el interés por la concurrencia de concretas garantías –concretamente el otorgamiento de inventario– no desaparece en ninguna de ellas, ya que aun siendo muy distinto el futuro objeto del derecho que, llegado el momento, corresponderá al fideicomisario, el derecho eventual persiste en todos los casos.

En mi opinión, las garantías a las que vengo refiriéndome sirven para facilitar el adecuado desarrollo de la sucesión *mortis causa* sucesiva que estas figuras entrañan. Es decir, que, al tiempo que protegen la posición jurídica del fideicomisario, sirven de pautas para el desenvolvimiento de la disposición fideicomisaria. Vendrían, por así decirlo, a evitar aquellas

³⁰⁷ Estos bienes, no necesariamente de poca entidad (muebles e incorporales), encontrarán, en ocasiones, medios de garantía lo suficientemente firmes como para no inquietar la futura consolidación de la expectativa del segundo llamado.

³⁰⁸ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 214 y 216. El autor realiza un estudio histórico-sistemático de lo que son las garantías del fideicomisario. Según él: «Se ha dicho, tratando del fideicomiso en general, que su historia es la historia de las garantías del fideicomisario, y que, a la postre, estas mismas garantías acabaron por estrangular al verdadero fideicomiso. desnaturalizándolo...».

dificultades que se presentan, fundamentalmente, en dos momentos determinados³⁰⁹ –al producirse la entrada del fiduciario en la titularidad real de los bienes fideicomitidos y durante la propia titularidad–, y que podrían subsanarse fácilmente por una adecuada regulación establecida por el causante³¹⁰.

Profundizando aún más en la labor configuradora del testador en lo referente a materia de aseguramiento, en mi opinión, bastaría con que éste, a la hora de establecer alguna de las figuras fideicomisarias, diera a conocer su clara intención de que el fiduciario prestara los medios necesarios para garantizar la titularidad del fideicomisario, para así poderse aplicar alguna de las garantías recogidas por el Código Civil en la regulación de las otras figuras jurídicas con las que existe una identidad de razón (reserva o usufructo).

Dentro de la doctrina se percibe, generalmente, la necesidad de otorgar o conceder una serie de garantías para evitar una posible frustración de la titularidad del fideicomisario. No obstante, ante la ausencia de una norma legal que así lo establezca, los autores se dividen frente a su posible exigibilidad por el interesado (fideicomisario). Así, a favor del derecho del fideicomisario a obtener garantía del fiduciario se encuentran autores como Lacruz³¹¹, Sánchez Román³¹², Flores Micheo³¹³, entre otros. En una posición menos favorable a su concesión, nos encontramos a Manresa³¹⁴, o a Roca Sastre³¹⁵.

³⁰⁹ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 215. Señala el autor: «Quedan por examinar las garantías del fideicomisario en dos momentos diversos: al deferirse la sucesión al primer llamado, y durante el goce y disfrute por éste de la herencia».

³¹⁰ En el establecimiento de estas medidas, como en el desarrollo de todas las figuras fideicomisarias, va a resultar decisiva la voluntad del fideicomitente manifestada en testamento. Ya que, en último extremo, será éste, junto a lo que se marca en la ley, quien podrá determinar los mecanismos adecuados de control sobre la actuación del fiduciario.

³¹¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, pp. 299 ss. Escribe el autor: «... En este respecto sí le son aplicables ciertas normas del usufructo. Así está obligado a otorgar un inventario de los bienes de la herencia: tal obligación se deduce, además, de las propias normas relativas a la sustitución fideicomisaria, puesto que, no practicándose el inventario resultaría ilusoria la obligación general de restituir».

³¹² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *obra citada*, pp. 700 ss.

³¹³ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, pp. 674 ss., 689 y 690. Para el autor, la efectividad de los aseguramientos dependerá, en gran medida, de la diligencia del fideicomisario. «Las garantías del fideicomisario. A él exclusivamente corresponde exigir del primer instituido las oportunas medidas que aseguren la efectividad de su derecho... si el fideicomisario no pone la debida diligencia en reclamar y obtener los oportunos aseguramientos, a él solo serán imputables los perjuicios que experimente y no podrá pretender resarcirse de los mismos dirigiéndose contra los terceros, que frente al fiduciario se limitaron a pagarle lo que le debían».

³¹⁴ MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *obra citada*, pp. 157 ss.

³¹⁵ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Estudios de Derecho Sucesorio*, pp. 90 ss.

Como apuntaba con anterioridad, uno de los períodos en los que se hace necesario el establecimiento de una serie de garantías es el que transcurre durante la titularidad del fiduciario sobre los bienes. Es lógico, por ello, pensar que la finalidad u objeto de las posibles medidas sea impedir la eficacia de ciertos actos de gestión o disposición desarrollados por el fiduciario, para los cuales carece de facultad en virtud de la disposición testamentaria (caso de un posible fideicomiso de residuo), o en virtud de la ley (si lo que se establece es una sustitución fideicomisaria).

Como vemos, al igual que sucedía con el régimen de ineficacia de los actos de carácter dispositivo desarrollados por el fiduciario, aquí, la posición que adopte el fideicomisario resulta de enorme importancia para la prestación efectiva de las concretas medidas de aseguramiento. Con ello, vemos cómo la posición del instituido en segundo lugar es mucho más dinámica antes de la consolidación de su derecho, de lo que piensan algunos autores.

En este sentido, la doctrina discute sobre el cauce más idóneo para la protección judicial del fideicomisario ante concretas actuaciones del primer instituido: causa ilícita, abuso de derecho, doctrina de los actos de emulación, la de los negocios en daño de tercero, fraude...

Inevitable resulta, como en temas anteriormente tratados, recabar material normativo de las Compilaciones Forales (catalana y balear). Ya que, aunque existen puntos importantes de distanciamiento en materia sucesoria, su regulación de la sustitución fideicomisaria, más cercana a aquélla romana postclásica, puede arrojar alguna luz sobre esta materia de garantías ³¹⁶.

Si se observa detenidamente la regulación catalana, cabrá apreciar cómo el legislador foral, consciente de las dificultades que en la práctica puede plantear la concreción de las garantías establecidas, se ocupa de determinar el medio o forma de darles cumplimiento ³¹⁷. Por ello, algo que a primera vista pudiera resultar excesivamente casuístico para una

³¹⁶ BONET RAMÓN, FRANCISCO, *obra citada*, pp. 372 y 373. Según el autor: «Como el fiduciario al aceptar la herencia fideicomitida está gravado de restitución, la Compilación dicta reglas especiales relativas a la conservación, administración, garantía, disfrute, enajenación y partición de la herencia fideicomitida, que faciliten el cumplimiento de su obligación principal... Así, el fiduciario estará obligado: A tomar inventario de los bienes de la herencia o legado fideicomitidos. A prestar fianza bastante, a su costa, en seguridad de los bienes muebles fideicomitidos...». Debo decir que, aunque Bonet Ramón se refiere a la regulación contenida en la Compilación Foral de Cataluña anterior al Código de Sucesiones de 1991, no se han operado en ésta cambios sustanciales al respecto.

³¹⁷ PUIG FERRIOL, LUIS, *obra citada*, *El heredero fiduciario*, pp. 70 a 82. El autor desarrolla cada una de las garantías que se regulan en la Compilación Foral (hoy, Código de Sucesiones) para preservar la expectativa del fideicomisario mientras dura la titularidad del fiduciario.

regulación legal, resultará, en la práctica, ciertamente provechoso. Prueba de ello, son las remisiones a distintas entidades del tráfico monetario, o a los diversos medios para asegurar una rentabilidad en la operación proyectada por el fiduciario (préstamos con interés y garantía real...).

Con igual admiración hacia el sistema diseñado por el legislador foral (en el caso de la Compilación catalana), se han pronunciado otros autores ³¹⁸ que han tratado la figura fideicomisaria en distintas regulaciones forales.

Llegados a este punto, estimo conveniente analizar esas garantías que vienen siendo tratadas por la doctrina como las de mayor importancia, y que encuentran, en mi opinión, suficiente refrendo en la ley.

XIII.3.2 Otorgamiento de inventario

Dentro de las garantías, cuya exigencia, viene siendo admitida por la doctrina mayoritaria, nos encontramos con la necesidad de constituir inventario de los bienes afectos a la sustitución fideicomisaria.

Esta garantía recibe por parte de la doctrina una atención singular, produciéndose este hecho por dos razones básicas: poder identificar claramente los bienes que componen el patrimonio afecto y, como consecuencia de lo anterior, permitir el adecuado funcionamiento de figuras como la subrogación real, la posible accesión, confusión, e incluso la concreción del régimen de frutos.

A pesar de la ausencia en el articulado del Código de expresas medidas de garantías, algunos autores ³¹⁹ las aprecian implícitamente.

La regulación de este inventario vendría dada por la aplicación analógica, ya señalada, bien de los artículos 491 y ss. en sede de usufructo, o bien del también artículo 977 del Código Civil, ubicado en sede de reserva. No obstante, el testador, en virtud de su propia autonomía negocial, podría ofrecer una regulación singular al inventario que apareciera exigido en la disposición fideicomisaria que establece. Así, por ejemplo,

³¹⁸ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *obra citada*, pp. 199 y 200. Para la autora, «... es necesario arbitrar un sistema de garantías que sea suficiente para proteger, de un lado, la expectativa de los fideicomisarios, y, de otro, los intereses de los compradores y terceras personas en los bienes fideicomitados... Quizás haya sido éste uno de los motivos por el que el legislador balear de 1990 haya introducido en el art. 30 de la C. D. C. B. la obligación de que el fiduciario realice inventario de la herencia y garantice, de cualquier forma admisible en derecho, la restitución de los bienes fideicomitados».

³¹⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *obra citada*, p. 702. Escribe el autor: «Implícitamente reconoce el citado art. 783 la obligación de formar inventario por parte del heredero fiduciario, ya que de otro modo no sería posible saber si la entrega de los bienes al fideicomisario se hacía con las únicas deducciones establecidas en la ley o no».

También CASTÁN TOBEÑAS, José, *obra citada*, p. 241. Según el autor «... que tiene, además, el fiduciario la obligación de hacer inventario (pues de otro modo no sería posible saber si la restitución se hacía o no con las únicas deducciones establecidas en la ley)».

el modo de formalizar el inventario, el conjunto de bienes a inventariar, o posibles alternativas a su otorgamiento.

XIII.3.3 Necesidad de caución o fianza

La otra garantía que, según mi opinión, debería de prestarse en el momento de entrar el fiduciario en la titularidad de los bienes fideicomitidos es el otorgamiento de caución o fianza. No obstante, la concurrencia de este tipo de garantía no se presenta con igual necesidad que la abordada anteriormente. Así, el alcance o importancia de los bienes a salvaguardar y las facultades jurídicas otorgadas al fiduciario en la disposición fideicomisaria serían factores a tener en cuenta a la hora de exigir, o no, la prestación de caución suficiente. De este modo, en el caso de la sustitución fideicomisaria (art. 781) sería conveniente aceptar el establecimiento de una caución que supusiera un respaldo a la gestión del fiduciario. En cambio, en el caso del fideicomiso *si aliquid supererit*, la existencia de unas facultades dispositivas, de mayor o menor extensión, en la posición jurídica del fiduciario acompañado de una falta del deber de conservar los bienes dejados, harían innecesaria su exigencia.

Esta duda en cuanto a su necesidad y, más aún, en cuanto a la posibilidad de exigir la caución al fiduciario se traslada a gran parte de la doctrina³²⁰ y a la jurisprudencia existente sobre la materia.

Los efectos favorables que produce el otorgamiento de esta medida de garantía para la posición del fideicomisario son percibidos, de modo general, por los autores que han abordado su posible concesión por el fiduciario³²¹. Lo que ocurre es que volvemos a encontrarnos en una situación parecida a la que acontecía en el caso del otorgamiento de inventario. Es decir, a pesar de lo conveniente, en muchos casos, de una medida de este tipo, los autores encuentran dificultades a la hora de hallar un fundamento para su exigencia.

En cierto modo, veo acertado el argumento de algunos autores que fundan la exigibilidad de la caución en la analogía existente con el artículo 805 del Código Civil³²². Este precepto, en sede de herencia a tér-

³²⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, p. 300. Sostiene el autor: «En cuanto a la prestación de caución, la jurisprudencia es contradictoria; la sentencia de 21 de diciembre de 1892 dice que el fideicomisario puede exigirla al fiduciario, y la sentencia de 29 de enero de 1916 niega esa posibilidad. La solución es dudosa, aunque parece más razonable la exigibilidad de fianza».

³²¹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *obra citada*, p. 702. Para el autor, «los bienes inmuebles se garantizan con la inscripción en el Registro; por lo que se refiere a los muebles, debía prestarse caución suficiente a responder de todos ellos».

³²² OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, p. 284. «Por lo que respecta a la caución o fianza que está obligado a prestar el usufructuario (art. 491, núm. 2.º), aunque las opiniones son contradictorias, parece que también debe ser exigible al fiduciario (sentencia de 21

mino, establece la necesidad de prestar caución suficiente por el heredero actual (que vendría a ocupar una posición, en cierto modo, parecida a la ocupada por el fiduciario en la figura fideicomisaria) a favor del que deba seguirle (que tendría una expectativa parecida a la del fideicomisario). Como vemos, se trata de una sucesión *mortis causa* sucesiva sobre unos mismos bienes que queda sujeta, al igual que sucede en las figuras fideicomisarias, a término (en el caso de las figuras estudiadas, normalmente, la muerte del llamado en primer lugar). Por ello, no obstante la diferencia existente entre el derecho del fiduciario y el correspondiente al heredero llamado en primer lugar en la herencia a término, estimo que cabría, vía artículo 4.1 del Código Civil, pedir, en determinados casos, su otorgamiento al fiduciario.

XIII.3.4 Participación del fideicomisario en determinados actos

Bajo mi punto de vista, la protección que otorgan las medidas de garantía estudiadas hasta aquí vendría requerida por la propia configuración de la disposición fideicomisaria, siendo su principal objetivo preservar la futura titularidad del fideicomisario. En ellas, aunque en determinadas ocasiones se precisa la solicitud por parte del interesado (fideicomisario), normalmente, el beneficiado por las mismas asume una posición pasiva hasta la llegada de la delación fideicomisaria.

Junto a estas medidas de garantía, cabría otra vía de aseguramiento de la posición del fideicomisario que vendría a otorgar protección de modo directo por la participación de éste en determinados actos o negocios que pudieran afectar al cúmulo de bienes fideicomitados; como ejercicio de acciones, reclamaciones de derechos sujetos a prescripción, o incluso, la participación en el acto particional.

Como puede comprenderse, muchas de estas intervenciones del fideicomisario vendrían precedidas de una previa solicitud. En cambio, otras, como la participación en el acto particional o en la división de cosa común³²³, vendrían exigidas o condicionadas por la propia naturaleza del

de diciembre de 1892), con base además en el art. 805 del Código que contempla una situación en cierto modo semejante...».

Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 1918.

³²³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, p. 301. Lacruz, con buen criterio, sostiene: «Como nadie, salvo casos excepcionales, puede ser obligado a permanecer en la indivisión, es evidente que el fiduciario o sus coherederos tienen derecho en todo momento a que la partición se practique (resolución 10 de junio de 1916). Mas si se quiere que valga frente a los sucesores ulteriores, a ella habrán de concurrir los fideicomisarios o, si carecen de capacidad de obrar, sus representantes legales; no habiendo todavía fideicomisarios, se aplicará el régimen de la representación del ausente».

acto. No obstante, no es una opinión compartida por todos los autores ³²⁴. Así, algunos autores partiendo de una naturaleza jurídica meramente declarativa del acto particional, consideran que el fiduciario, en virtud de su titularidad actual sobre los bienes, puede realizar dicho acto sin necesidad de contar con el concurso del llamado en segundo lugar (fideicomisario).

Por mi parte, pienso que la necesidad de admitir la concurrencia de los fideicomisarios –caso de que sean más de uno– al acto particional junto al fiduciario –quien ostenta la titularidad actual sobre los bienes– no sólo se plantea *de lege ferenda*, sino también *de lege data*, pues aunque no diga expresamente nada la Ley con relación a la sustitución fideicomisaria, sí lo exige para situaciones que presentan una unidad de razón (art. 1083 CC).

Centrándonos en la figura fideicomisaria, y retomando una idea que ya apuntaba, considero que la razón de esa participación se encuentra en la propia naturaleza del acto a realizar ³²⁵. El fiduciario, como sabemos, en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso *de eo quod supererit* tiene las facultades dispositivas muy restringidas, y aunque normalmente aparece instituido en concepto de heredero (pudiendo realizar el acto particional conforme al art. 1052), la naturaleza controvertida (con efectos traslativos) del acto particional puede situar fuera de su ámbito de actuación, que dichas facultades delimitan, la realización por sí solo del mismo acto.

Junto a la participación del fideicomisario en el acto particional, mencionaba con anterioridad la posible labor de control que podía desarrollar el llamado en segundo lugar frente a determinadas actuaciones en las que el fiduciario podía comprometer, en cierto modo, la suerte o destino de alguno de los bienes o derechos sujetos a restitución.

Pues bien, dentro de estas actuaciones desarrolladas por el fiduciario destaca la posible defensa judicial (o extrajudicial) de los bienes y dere-

³²⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada, Estudios...*, p. 228. Para el autor, «la cualidad de heredero autoriza para realizar la partición. Esa facultad no puede ser contratada por la limitación temporal de su titularidad de los bienes... Sin perjuicio de las facultades de control que puedan corresponder a los fideicomisarios, a tenor del art. 1054 o, incluso, a base del art. 1121 a través del 791 del Código Civil. Y sin obstar la ulterior posibilidad de impugnar las particiones verificadas en fraude de sus derechos».

Vid. LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, *obra citada*, pp. 652 y 655. Según de la Cámara: «A mi modo de ver, su intervención (la del fideicomisario) no es necesaria para que la partición pueda válidamente otorgarse, con carácter definitivo; pero tienen, sin embargo, derecho a intervenir en ella...».

³²⁵ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *obra citada*, pp. 227, 228 y 232. Señala la autora: «Tanto partición como división quieren decir lo mismo: separación y distribución de las cosas comunes entre las personas a las que pertenece... La doctrina es unánime al señalar que la partición de la herencia y la división de cosa común son negocios jurídicos de disposición...».

chos que integran el fideicomiso, así como la vinculación, o repercusión, de sus resultados con relación al fideicomisario.

En principio, es facultad y deber del fiduciario la defensa judicial o extrajudicial de los bienes y derechos de los que es titular, aunque se trata de una titularidad temporal. Lo que sucede es que, cuando la sentencia o laudo arbitral tienen por objeto cuestiones relativas a la titularidad o existencia de derechos sobre bienes afectos a un fideicomiso, debe tenerse en cuenta la existencia de un sujeto, el fideicomisario, que, siendo titular de un derecho eventual sobre dichos bienes, puede resultar afectado en su expectativa. Por ello, si el resultado de las resoluciones emitidas no es favorable para la futura titularidad del fideicomisario y, además, este sujeto afectado no prestó su consentimiento a la actuación del fiduciario, no le afectarían ³²⁶. Resulta claro que, si el resultado es favorable, el consentimiento del fideicomisario se presume para que le aproveche el mismo.

A mi juicio, no sería aplicable a este tipo de resoluciones lo establecido en el artículo 1252.2.º del Código Civil ³²⁷, ya que en las mismas no se discute la validez, o no, de la disposición fideicomisaria, sino la titularidad de determinados bienes que, llegado el día de la delación fideicomisaria, corresponderán al fideicomisario en propiedad.

XIII.4 POSIBLE TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

XIII.4.1 Estudio registral de la figura

El planteamiento de un tratamiento registral del fideicomiso de residuo pasa por dar respuesta a una pregunta básica: ¿Debe extenderse lo previsto en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario a este tipo de fideicomisos?, ¿o, por el contrario, debemos otorgarle un tratamiento diferenciado?

³²⁶ PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, pp. 115, 116 y 117. Escribe el autor: «Como heredero que es del fideicomitente, hay que reconocer al fiduciario la facultad de poder ejercitar las acciones hereditarias oportunas en orden al reconocimiento, garantía o reclamación de los derechos que competen a la herencia fideicomitida... Pero importa precisar aquí los efectos que la sentencia recaída en un proceso instado por el fiduciario pueda tener con relación a los fideicomisarios... La inocuidad de la excepción de cosa juzgada para con el heredero fideicomisario fue reconocida por la sentencia de 13 de Febrero de 1916, según la cual, si los fideicomisarios no fueron citados en el pleito anterior, no puede surtir efectos de cosa juzgada para ellos los autos seguidos, en la parte que les perjudique, porque no fueron parte ni traen causa de los que litigaron anteriormente».

³²⁷ Art. 1252.2.º: «En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiese litigado».

Considero que la respuesta a la primera pregunta debe ser afirmativa, apoyando mi postura en dos argumentos que estimo decisivos: Uno que responde a una interpretación literal del artículo 82 del Reglamento. Según la misma, la obligación de constancia registral afectaría a «las sustituciones fideicomisarias de cualquier clase». A mi juicio, el legislador no ha querido entrar en la polémica existente acerca de la calificación del fideicomiso de residuo como figura *per se*, o como tipo de sustitución fideicomisaria, y por ello ha utilizado el término sustitución fideicomisaria en su sentido amplio y globalizador de figuras jurídicas dispares (caso del fideicomiso *si aliquid supererit*).

El otro argumento a favor de su inscripción se relacionaría con el propio efecto de la misma. En el caso del fideicomiso de residuo no existe ese deber de conservar para posteriormente transmitir los bienes (y por ende, no existe una limitación esencial de las facultades dispositivas), pero sí que persiste el deber de entrega de lo que reste tras la extinción de la titularidad del fiduciario, en suma, de lo que constituye el residuo. Por este deber de entregar el residuo, queda, a mi juicio, justificada la constancia registral de la doble institución establecida por el fideicomitente.

Si no constase en el Registro la cláusula que establece el fideicomiso de residuo, el tercero, posible adquirente de bienes fideicomitados a través del fiduciario, no resultaría afectado. Ahora bien, si constase la carga de la disposición de residuo, sólo resultaría afectado el posible tercero en aquel caso en el que el fiduciario hubiera sobrepasado las facultades dispositivas que se le otorgaron testamentariamente. Por ejemplo, que legara una finca, cuando sólo se le permitía donarla en parte. Resulta obvio decir que en caso contrario, de disponer conforme a las facultades integrantes de su titularidad, el tercero adquirente no resultaría afectado (arg. *ex art.* 82 del Reglamento Hipotecario).

Junto a los argumentos señalados, quedaría por decir que del mismo modo que se aplicaban determinados artículos propios de la regulación de la sustitución fideicomisaria al fideicomiso *si aliquid supererit* por el mecanismo sucesorio escogido (*ordo successivus*), en materia registral, ante la ausencia de un precepto de la legislación hipotecaria que, de manera expresa, recoja la inscripción de este tipo de disposiciones testamentarias de residuo, debemos recurrir a aquel precepto donde puede encontrar un mejor encaje la figura.

Aceptada la aplicación del artículo 82 del Reglamento Hipotecario a aquellas disposiciones testamentarias que establecen un fideicomiso de residuo, podemos resaltar un doble plano de relevancia: por un lado, el que se ocupa de la inscripción de la disposición en sí. En este plano, como ya señalábamos con ocasión del tratamiento de la sustitución fideicomisaria (y del fideicomiso *de eo quod supererit*, como figura cercana a la sustitución indicada), la inscripción registral resulta necesaria, puesto que gracias a la misma se viene a cumplir con los principios registrales

de legitimación y tracto sucesivo. No obstante, el estudio de este aspecto no presenta interés para mi investigación.

Mucho más interesante resulta el denominado segundo plano para mi estudio. Así, si la publicidad registral siempre es importante para dar a conocer y salvaguardar, con ello, los derechos reales que ostentan las personas sobre los bienes inmuebles, en el caso del fideicomiso de residuo su publicación ayudará, además, a que terceras personas ajenas al tipo de sucesión operada sobre los bienes puedan obtener información acerca de las facultades jurídicas que integran la titularidad del sucesor. Es decir, terceras personas interesadas en determinados bienes afectos al fideicomiso pueden conocer las facultades de carácter dispositivo otorgadas por el testador a la persona que aparece como titular de los mismos, lo cual resulta de enorme trascendencia para considerar como definitiva y válida una posible transmisión.

Este proceso descrito permite un correcto funcionamiento de la disposición de residuo, ya que, sin la publicidad necesaria y ante la falta de una regulación legal que se ocupe de la figura (*si aliquid supererit*), los mecanismos de protección de la apariencia y del tráfico jurídico provocarían, en muchos casos, la evaporación de la expectativa del postheredero.

XIII.4.2 Posible concurrencia de otro tipo de garantías

La ausencia del deber de conservar en el fideicomiso *si aliquid supererit* condiciona ciertamente la necesidad de unas garantías que, en gran medida, tienen por finalidad facilitar unos mecanismos de control sobre la gestión y disfrute de los bienes por el fiduciario. No obstante, esta finalidad de dichos medios de aseguramiento no debe hacernos caer en el error de pensar en la inexistencia de los mismos en el caso del fideicomiso de residuo.

Como sabemos, el abanico de facultades dispositivas conferidas en el supuesto del fideicomiso *si aliquid supererit* es, o puede ser, muy amplio (*vid.* en este extremo Lacruz)³²⁸. Y en muchas ocasiones, serán estas garantías los únicos instrumentos capaces de contrastar la adecuada utilización de las facultades conferidas al fiduciario³²⁹. De este modo,

³²⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, página citada.

³²⁹ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, *Notas sobre el fideicomiso...*, p. 32. El autor cuando se encuentra estudiando el posible control de las actuaciones desarrolladas por el fiduciario de un fideicomiso de residuo, escribe: «El límite se refiere a las facultades dispositivas; el control a los actos concretos de disposición realizados en el ejercicio de aquellas facultades. El límite es abstracto y anterior a las disposiciones singulares. El control es posterior a ellas, a las que en concreto se refiere... Los fideicomisarios de residuo están de cierto legitimados para pedir que judicialmente y *a posteriori* se contrasten las disposiciones del fiduciario con la piedra de toque del fraude o del abuso del derecho».

podría darse el caso de que el fiduciario ostentara facultades para disponer *inter vivos* a título oneroso, o incluso a título gratuito, sin que ello supusiera otorgarle tal libertad a la hora de disponer de los bienes que le permitiera, con una actitud dolosa, privar al fideicomisario de toda expectativa.

Unido al efecto beneficioso, ya indicado, de contemplar algún medio de garantía en la figura fideicomisaria, existe aún otro dato de mayor trascendencia que me inclina a favor de la admisión de alguna de ellas (medidas) en el fideicomiso *si aliquid supererit*. Me refiero a la existencia de un deber de entregar en el primer llamado, para el caso de que quedara «algo». Ese deber de restituir el residuo, así como la posible actuación del mecanismo de la subrogación real en el fideicomiso (en aquellos supuestos en que así se haya establecido), me llevan a considerar la exigibilidad de inventario en este fideicomiso de residuo. Es decir, como sabemos, en el fideicomiso *si aliquid supererit*, el testador configura de tal modo la disposición fideicomisaria que el fideicomisario, llegado el momento de su delación, recibirá el posible residuo existente al término de la titularidad de un fiduciario que pudo disponer (encontrándose facultado para ello) de todos los bienes. Pues bien, si efectivamente quedara un residuo, la existencia de un inventario proporcionaría la información suficiente para concretar los bienes que lo integran (residuo). Pudiendo el fiduciario, tras su determinación, cumplir con el deber de entregar «lo que queda»³³⁰.

Así como considero conveniente el otorgamiento de inventario en este fideicomiso de residuo, estimo que en el mismo (fideicomiso de *si aliquid supererit*) no cabría mantener la exigencia de una caución o fianza al fiduciario, pues ello iría en contra del propio funcionamiento y finalidad de la figura en cuestión. Me explicaré: el exigir una caución al fiduciario sería como hacer resucitar, de modo indirecto, en el fideicomiso *si aliquid supererit* un deber de conservar; algo que es ajeno a la figura. Como sabemos, el que tras la extinción de la titularidad del fiduciario exista, o no, un residuo, dependerá de la propia dinámica y comportamiento del titular, pero en ningún caso, de un control impuesto sobre el mismo.

Solamente cabría plantear la exigencia de fianza para que, en caso de actitud dolosa por el fiduciario, pudiera asegurarse una indemnización al fideicomisario.

³³⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *obra citada*, p. 176. Según éste: «la fundamental diferencia entre el llamado fideicomiso de residuo y la sustitución fideicomisaria es que mientras en esta segunda el fideicomisario puede exigir la conservación de la identidad física de los bienes, en el fideicomiso de residuo sólo puede exigir la conservación de la identidad de la masa patrimonial –identidad jurídica le denominamos en adelante– conservación que se efectúa a través del fenómeno de la subrogación real».

XIII.4.3 Participación del fideicomisario en determinados actos

Por otro lado, abordando la cuestión de la posible participación del fideicomisario en determinados actos durante la titularidad del fiduciario, debe indicarse que en el fideicomiso *si aliquid supererit*, dicha participación encuentra una escasa justificación³³¹. Las razones son varias: el derecho del fiduciario es de propiedad, con facultades dispositivas que, por muy reducidas que éstas sean, justifican la plena eficacia para el futuro de la partición realizada por el fiduciario.

En cuanto a otros posibles actos, como la defensa judicial³³², etc., la concurrencia del fideicomisario sólo quedaría justificada, cuando la pasividad del fiduciario pusiera de manifiesto una actitud claramente dolosa. Y aún así, sería cuestionable.

XIV. CONCLUSIONES

A la vista de lo desarrollado en este estudio cabría resaltar aquellas ideas que, sirviendo de pilares fundamentales para su autor, representan unas constantes para aquel lector que se enfrenta por vez primera con el texto. De este modo, con una clara finalidad recopiladora, podríamos señalar:

a) Que la ausencia de una regulación adecuada de la sustitución fideicomisaria provoca la diversidad de interpretaciones en la doctrina sobre artículos que resultan esenciales para la delimitación de la figura. Siendo la atipicidad de algún tipo de fideicomiso de residuo (fideicomiso *si aliquid supererit*) una de sus principales consecuencias.

³³¹ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 99, 100 y 147. La autora comentando la sentencia de 8 de marzo de 1926, escribe: «... Por mucho que antes de recibir el fideicomiso a la muerte del fiduciario, el fideicomisario, si es puro, tenga todas las expectativas (firmes y transmisibles) que quiera, a heredar, y ser entonces heredero, la protección de las mismas no obliga sino a que la partición que puedan hacer los herederos actuales, sea inoperante frente a él...». Insiste en esta línea la autora, cuando comentando la sentencia de 22 de enero de 1969, sostiene: «...me parece que queda claro que basta repetir ahora la aplicabilidad de lo que dije para la sentencia de 8 de marzo de 1026, de modo que, según eso, sin necesidad de entrar en el tema de si es o no el fideicomisario de residuo un instituido condicionalmente, el caso habría quedado resuelto diciendo que lo sea o no, como lo que con seguridad se puede decir es que no es heredero mientras viva el fiduciario, no tiene que ser citado a efectos del art. 1057; y que otro tema es el de la protección que le corresponda, con vistas a la partición, a su expectativa de ser heredero, protección que le dará derecho a lo que sea, pero no a ser citado como coheredero actual».

³³² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 364. Según el autor, al fideicomisario le resulta aplicable el artículo 1121.1.º del Código Civil, a tenor del cual puede el fideicomisario «ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1896 y 26 de febrero de 1909)».

b) Que dentro de las denominadas figuras fideicomisarias no siempre el primer llamado, o fiduciario, ocupará la misma posición jurídica respecto de los bienes afectos a la sucesión *mortis causa* sucesiva. Algo que nos introduce en la difícil cuestión del tratamiento y calificación de los derechos reales presentes en cada uno de los llamamientos a la herencia –a título de fiduciario o de fideicomisario–.

c) Que la complejidad que entrañan estas figuras desde el punto de vista sucesorio tiene su trasunto en toda una serie de materias que, correspondiendo a lo que se conoce como teoría general del Derecho Civil, pueden presentar alguna especialidad.

d) Que la exigua regulación existente en el Código Civil sobre las construcciones objeto de nuestro estudio no sólo provoca, como dijimos, dificultades a la hora de concretar las notas esenciales que configuran éstas, sino también conduce a la aplicación analógica de numerosos preceptos reguladores de figuras jurídicas con las que se detectan en determinados asuntos una identidad de razón.

e) Que dada la vinculación que entrañan estas figuras sobre un conjunto de bienes, podría decirse que el Ordenamiento, a través de una serie de límites, se muestra enormemente cauteloso con el establecimiento de las mismas en un determinado testamento. Todo lo cual nos lleva a afrontar la tensión existente con un modelo de propiedad liberal y con una legítima pensada para preservar el derecho a suceder de determinadas personas.