

La facultad de disposición del fiduciario sobre los bienes y derechos sujetos a sustitución fideicomisaria

The trustee's power of disposition over assets and rights subject to trust substitution

por

M.^a DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ

Profesora Titular acreditada a Catedrática Universidad de Córdoba

RESUMEN: El Código Civil impone al heredero fiduciario la obligación de conservar y transmitir al fideicomisario los bienes recibidos del testador fideicomitente. Esta obligación implica, de principio, la prohibición de realizar cualquier acto de disposición sobre dichos bienes, aunque en ocasiones se precisa liquidez para hacer frente a otros gastos de la herencia. Se plantea, por tanto, la colisión entre una obligación de no disponer que parece que forma parte de la esencia de la institución y la necesidad de dar solución a los problemas reales, profundizando en las normas y en la verdadera voluntad del causante.

ABSTRACT: *The Civil Code imposes on the fiduciary heir the obligation to preserve and transfer to the trustee the assets received from the testator or settlor. This obligation implies, in principle, the prohibition of any act of disposition of said assets, although sometimes liquidity is required to cover other expenses of the inheritance. This raises the question of a collision between an obligation not to dispose, which seems to be part of the essence of the institution, and the need to resolve real problems by delving deeper into the rules and the true will of the testator.*

PALABRAS CLAVE: Sustitución fideicomisaria, heredero fiduciario, bienes fideicomitidos, fideicomisario, disposición, prohibición de disponer.

KEYWORDS: *Fiduciary substitution, fiduciary heir, trust assets, trustee, disposition, prohibition of disposition.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS.—III. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR.—IV. LA CUESTIÓN DE LA ENAJENABILIDAD DE LOS BIENES AFECTOS A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 1. LA LIMITACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER DEPENDE DE LA CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA. 2. ¿ES LA PROHIBICIÓN DE DISPONER DE ESENCIA A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA?—V. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, FIDEICOMISO DE RESIDUO Y USUFRUCTO TESTAMENTARIO CON FACULTAD DE DISPONER.—VI. EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMISARIO Y EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE.—VII. LA POSIBILIDAD DE DEUDUCCIÓN DE LOS GASTOS LEGÍTIMOS, CRÉDITOS Y MEJORAS.—VIII. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA HERENCIA AL FIDEICOMISARIO. ¿RESTRICCIÓN A LA DISPOSICIÓN O PROHIBICIÓN DE DISPONER?—IX. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES Y DERECHOS FIDEICOMITIDOS. 1. NEGOCIOS DISPOSITIVOS VOLUNTARIOS EN LOS QUE EL BIEN O DERECHO SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDUCIARIO. 1.A. *Se transmite libre el bien o derecho cuando concurre el consentimiento de todos los fideicomisarios.* 1.B. *Los fideicomisarios con existencia actual prestan su consentimiento, pero, dado que el fiduciario aún vive, no hay certeza de que aquellos sean los únicos porque no ha entrado en juego todavía la limitación del segundo grado (entendido como dos llamamientos) que recoge el art. 781 del Código Civil.* 2. ACTOS QUE NO SON TRANSMISIVOS EN SENTIDO ESTRICTO, PERO EL BIEN O DERECHO SUJETO A GRAVAMEN SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISARIO. 3. ACTOS QUE PUEDEN LLEVAR CONSIGO UNA POSTERIOR TRANSMISIÓN. 3.A. *Embargo sobre bienes o derechos fideicomitidos.* 3.B. *Hipoteca de bienes gravados con sustitución fideicomisaria.*—X. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO ESPECIAL AUTONÓMICO O FORAL. 1. DERECHO BALEAR. 2. DERECHO NAVARRO. 3. DERECHO CATALÁN.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En el número 17 de la revista “El Notario del Siglo XXI”, GARRIDO DE PALMA¹ relata el siguiente supuesto que, como fedatario público, vivió él mismo hace bastantes años. Se trataba de la institución a la única hija, necesitada de periódicos tratamientos

médicos, sustituyéndola fideicomisariamente por una institución religiosa. Se designaban en el testamento dos albaceas mancomunados con facultades colaboradoras en la conservación de los bienes y atención a las necesidades de la heredera. El único bien que quedaba era un caserón en ruinas. La atención médica a la heredera y la conservación del patrimonio requería la disposición de otros bienes o valores productivos. Consultadas por el Notario, tanto la heredera fiduciaria como la fideicomisaria entendieron la situación. Uno de los albaceas mostraba su preocupación; el otro no quiso saber nada de la historia. Así se resolvió: en los casos de suma urgencia, dice el art. 896 del Código Civil, “podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás”. La venta la celebró la fiduciaria y el albacea compareció también para hacer constar que tomaba “las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes” (art.902.4.º CC) sin necesidad de rendir cuentas al Juez porque no se trataba del supuesto contemplado en el art. 907 del Código Civil, previsto para aquellos casos en que hubiesen sido nombrados para darle a los bienes “la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho”.

En definitiva, como dice GARRIDO DE PALMA, se trata de la necesidad de percatarse de los problemas de la vida real y profundizar en las normas para extraer de ellas su jugo. Y cita a GONZÁLEZ PALOMINO, cuando le decía a él mismo: “si quieres profundizar en el estudio del Derecho español, empieza por sacarles la leche a nuestros juristas del XIX”.

La idea que subyace en este trabajo es la de determinar si, a la luz de la normativa del Código Civil es posible o no la disposición de los bienes fideicomitidos habida cuenta del encargo al heredero fiduciario de conservar y transmitir (art. 781 CC). Los problemas de la vida real, como en el supuesto de hecho que se ha reflejado más arriba, hacen pensar que sí. Sin embargo, la esencia de esta clase de sustitución puede avalar lo contrario. Para poder llegar a una conclusión fundada es necesario indagar en el origen de las sustituciones, en general, y en el de la fideicomisaria, en particular. Los problemas que motivaron la creación de esta figura serán claves para hacernos una idea de si la facultad de disposición es o no de esencia a esta institución y si, a la luz de la regulación del Código Civil se ha de entender prohibida, o no, la enajenación de los bienes fideicomitidos.

II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

La palabra “sustitución”, de *sub instituere*, implica una institución de heredero (u ordenación a título singular o legado) subordinada a otra. Es decir, una

disposición en virtud de la cual un tercero es llamado a una herencia, fracción o legado, *en defecto* de una primera persona o *después* de ella.

Nacen de la idea romana de asegurar por todos los medios la sucesión testamentaria, pues, si no había heredero que aceptara la herencia, el testamento perdía su eficacia. Era preciso multiplicar los posibles llamamientos para que hubiera uno que recogiera la sucesión. También era preciso librar al descendiente sometido a potestad, que no podía hacer testamento, de la ignominia de morir intestado.

En nuestro Derecho, a partir del Ordenamiento de Alcalá (1348), al no ser ya necesaria la institución de heredero para la validez del testamento, ni ser incompatibles las sucesiones testada e intestada, ni ignominioso morir sin testamento, desaparecen las razones históricas que determinaron el nacimiento de las sustituciones, pero han subsistido como una consecuencia del principio de libertad de testar y para atender a la idea de mantener los bienes dentro de la familia.

Dejando a un lado la clasificación de las sustituciones atendiendo al modo de ordenarse (recíprocas y compendiosas), si adoptamos el criterio de la estructura que ofrecen, las sustituciones se dividen en:

a) *Sustitución directa o subsidiaria*. Una persona es llamada a la herencia o legado *en defecto de otra*. Hay una sola liberalidad y un solo llamamiento real o efectivo. Trata de evitar la sucesión intestada y tiene dos modalidades: sustitución vulgar y la sustitución pupilar. La reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuanto —como señala su preámbulo— “...sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad”, ha eliminado del Código Civil la denominada sustitución ejemplar o cuasi pupilar mediante la supresión del artículo 776, que la regulaba.

b) *Sustitución indirecta o sucesiva*. Una persona es llamada a la herencia o legado *después de otra*. Hay varias liberalidades o llamamientos efectivos. Se persigue fijar la trayectoria que deben seguir los bienes en el futuro. Su modalidad más importante es la sustitución fideicomisaria. En ella centraremos nuestro estudio.

III. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR

La sustitución fideicomisaria tiene su origen en el fideicomiso romano (*fideicommissum*)², que es el encargo hecho a una persona con capacidad para su-

ceder, para que transmitiera la herencia a un tercero que no tenía capacidad para suceder. Curiosamente, los orígenes del fideicomiso romano se remontan a la primera fase del *testamentum per aes et libram*, el testamento por el bronce y la balanza. Consistía en el acto solemne por el que el disponente vendía sus bienes a una persona de confianza (*mancipatio familiae*) en presencia del portador de la balanza (*libripens*) y de cinco testigos. La persona que recibía los bienes en custodia se comprometía a entregarlos a quien había designado el disponente. Este procedimiento se fundaba en la desconfianza del testador de que se respetase su voluntad después de su muerte, motivo éste por el que intervenía un fiduciario. El adquirente —dice GAYO— no era heredero, pero conseguía la situación de heredero (Inst. II, 23).

El fideicomiso no se configuraba como una sustitución, sino como una primera sucesión cuando el instituido no llegaba a serlo por cualquier causa. Se aplicaba también cuando un ciudadano romano quería dejar sus bienes a un peregrino, que no tenía “testamentifacio pasiva” (G., 2285). Era la forma de eludir una norma demasiado rigurosa³, por lo que esta práctica se fue generalizando y arraigó en las costumbres romanas.

El causante confiaba en que el heredero cumpliera el encargo. Se trataba de encargos de confianza para disponer de todo o parte de la herencia, como resulta de su etimología: confiar en la fe o *fideicommittere*. El encargo se hacía en términos de petición⁴.

El tercero no era llamado como sucesor, pero se beneficiaba del encargo. El heredero nombrado sucesor (heredero fiduciario) era una especie de pantalla, un intermediario entre el causante y el tercero beneficiado (fideicomisario). Tenía el inconveniente de que el encargo hecho al fiduciario no tenía fuerza vinculante, de modo que no había garantía de que los bienes llegasen realmente a la persona deseada por el causante o fideicomisario.

En tiempos de Augusto, el encargo se consideró obligatorio, ya que, preocupado por el constante incumplimiento de lo ordenado y ante la carencia de tutela jurídica en estos casos, convocó a los cónsules para que cuidaran del cumplimiento de los fideicomisos. Claudio instituyó dos pretores fideicomisarios especializados en este asunto, pero el Senado Consulto Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero, con lo que desapareció la utilidad práctica del fideicomiso.

Posteriormente, aparece en Roma otra institución similar: el llamado *fideicommissum familiae relictum*, que era el encargo o disposición por el que el testador pedía a su heredero que conservase el patrimonio hereditario y que a su muerte fuese transferido a personas pertenecientes a su familia o que tuviesen determinado grado de parentesco, como el hijo primogénito. Esta figura permitía

sucesivos e indefinidos llamamientos. Para evitar abusos, Justiniano lo limitó hasta el cuarto grado (Nov, 129,51), incluyendo patronos, libertos y esclavos.

Más adelante aparece el *fideicommissum hereditatis o universitatis*, que servía para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero podía transmitir las cosas hereditarias, pero no podía ceder su cualidad de heredero. Para ello se servía de una venta ficticia de la herencia por una moneda y realizaba las estipulaciones de la herencia comprada y vendida para la transferencia de los créditos y deudas al fideicomisario.

La diferencia entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria estriba en que en el primero, el primer llamado ha de hacer entrega de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata, mientras que en la sustitución fideicomisaria la restitución tiene lugar cuando llega el momento fijado o cuando se cumple la condición que se impuso. Hasta este momento, el fiduciario conserva los bienes⁵. Apunta ROYO MARTÍNEZ (1951,156), muy gráficamente, que cabría comparar este fideicomiso con el juego del frontón: la pelota pasa de un jugador a otro, pero no directamente, sino arrojada contra el muro, que no la retiene, sino que la devuelve para que el otro jugador la recoja. Y continúa explicando que este ejemplo sirve para aclarar la transformación del fideicomiso en sustitución fideicomisaria, y las diferencias entre aquel y ésta. En la sustitución fideicomisaria se permite al frontón que retenga temporalmente la pelota, y el juego se hace más lento o, lo que es lo mismo, sin lenguaje metafórico, en el Derecho romano postclásico y el medieval, el fideicomiso llega a ser empleado para vincular por varias generaciones, e incluso indefinidamente, los bienes a una estirpe. El fideicomiso implica un beneficio indirecto, pero inmediato, para el fiduciario. La sustitución fideicomisaria origina un beneficio directo, pero demorado, para el o los sustitutos fideicomisarios.

En la Edad Media, las sustituciones fideicomisarias se desarrollan bajo la forma de vinculaciones, caracterizadas por la perpetuidad y el preestablecimiento de un orden para suceder, lo que suponía la inmovilización de la riqueza e impedía el tráfico de bienes.

La Revolución francesa suprime las vinculaciones y mayorazgos. En España, lo hace la Ley de 11 octubre de 1820⁶ y prohíbe su constitución futura.

Los códigos civiles europeos, que se redactaron en pleno auge del liberalismo económico, son contrarios a la figura:

- El Código Civil italiano de 1865 la prohibía en absoluto (art. 899); el de 1942 admite la familiar, a favor de nietos o sobrinos, o la sustitución en beneficio de entes públicos (art. 693).
- Los Códigos germánicos la admiten limitándola a un grado (art. 488).

El Código Civil español conserva las sustituciones fideicomisarias, pero sometiéndolas a toda una serie de limitaciones.

IV. LA CUESTIÓN DE LA ENAJENABILIDAD DE LOS BIENES AFECTOS A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1. LA LIMITACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER DEPENDE DE LA CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA.

Ya en el Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena fue esta cuestión objeto de debate. El Código Civil francés, que le sirvió de base, justificaba la limitación de la facultad de disponer en beneficio de los hijos del instituido (art. 595). Como señala VALLET⁷, este criterio, respecto de las sustituciones fideicomisarias temporales, convenció a la comisión codificadora.

Nada señala el Código Civil sobre esta cuestión. No hay respuesta, ni positiva ni negativa, acerca de si es posible enajenar los bienes fideicomitidos. Expresamente, no lo prohíbe. De los preceptos reguladores de la sustitución fideicomisaria parece inferirse la prohibición de enajenar, por cuanto el encargo de “conservar y transmitir” y la obligación de entrega al fideicomisario (art. 783 CC) está presente en el contenido esencial de la figura. En todo caso, no ha sido ésta cuestión pacífica en la doctrina.

Son varias las opciones que se han planteado:

1.^a) Estamos ante una herencia en administración

Afirma GARRIDO MELERO (2004, 833) que se ha dicho que el problema no es *si el fiduciario puede enajenar*, sino *si los bienes fideicomitidos pueden ser enajenados*, por lo que la cuestión se reconduce a que estamos ante un patrimonio en administración. Sigue la idea de GONZÁLEZ PALOMINO, planteando el problema en otros términos: “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, en caso afirmativo, por quién, para quién y cómo. En vez del fiduciario-centrismo, vamos a aceptar, provisionalmente, el fideicomiso-centrismo”⁸. Se trata de una herencia en administración que —dice GONZÁLEZ PALOMINO (1950, 101-102)⁹— no es lo mismo que un caso de mera administración de la herencia, en la que el encargado de la conservación no es necesariamente un administrador de bienes ajenos, sino que tiene también la posesión en nombre propio.

2.^a) Se trata de un heredero sometido a condición suspensiva. Serían, en este caso aplicables, las siguientes disposiciones:

- 1.º El art. 801 del Código Civil, que señala que se pondrán —en este caso— los bienes en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no va a poder cumplirse.
- 2.º El art. 804 del Código Civil en lo referente a los derechos y obligaciones de los administradores., que remite a los que lo sean de los bienes del ausente. Éstos, dice el art. 186 del Código Civil, al final,

“no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida”.

3.ª) Estamos ante lo que el fideicomitente haya querido que sea. La caracterización de la figura depende de la voluntad de quien la ordena.

Es la postura que defiende VALLET DE GOYTISOLO (1982, 315): “es necesario examinar cuál fue el contenido de la sujeción restitutoria ordenada y cuál la persona en cuya utilidad se dispuso, es decir, si fue en interés de los fideicomisarios o del propio fiduciario, de cuyas cualidades se desconfiara”. Argumenta que, si se consideran los bienes como masa de valor, como un valor sujeto a restitución, se acepta la enajenación; pero si lo son como bienes específicamente determinados, la enajenación no puede aceptarse nunca

En general, la figura de la sustitución fideicomisaria ha sido objeto de muchas críticas. Principalmente, porque se considera que la obligación de “conservar y transmitir” implica una paralización de la riqueza que impide el tráfico de bienes. La necesidad de conservar en todo o en parte los bienes del causante para posteriores beneficiarios de estos, hacen que la sustitución fideicomisaria —dice ROYO MARTÍNEZ (1951, 157–158)— lleve anejo un estancamiento o paralización de los bienes afectados por dicha sustitución. En un primer momento, cuando lo que se perseguía era conservar el prestigio y los apellidos de las familias a través de las generaciones, se permitió vincular los bienes a una estirpe sin posibilidad de enajenación. Cuando llegó el liberalismo, la sustitución fideicomisaria fue radicalmente prohibida para impedir el estancamiento de los bienes y propiciar un estímulo a la iniciativa privada y un incremento de la riqueza¹⁰.

Llegado el siglo XIX, efectivamente, y de acuerdo con las ideas liberales de desvinculación de los bienes de cualquier institución, el Código Civil recoge este principio, pero no aclara si es posible o no la enajenación de los bienes objeto del fideicomiso.

2. ¿ES LA PROHIBICIÓN DE DISPONER DE ESENCIA A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA?

La sustitución fideicomisaria se caracteriza por tres rasgos: el llamamiento múltiple, la obligación de conservar y transmitir y el orden sucesivo de los llamamientos. En este sentido, el Tribunal Supremo se pronunció en la sentencia de 25 de octubre de 1954¹¹, acerca de la siguiente cláusula testamentaria: “*Declaro y constituyo heredera universal de todos mis bienes existentes ya en fincas urbanas, terrenos, dinero, acciones de cualquier sociedad, muebles, maulas, aperos de labranza y todos los demás bienes que sean de mi propiedad, en recompensa*

de sus leales servicios, a mi criada Ascensión y al fallecimiento de ésta a los cuatro sobrinos de ésta mancomunadamente que le sobrevivan y en la actualidad habitan en mi compañía, Consuelo, Sara, Ernesto y Dulce”.

Se trataba de interpretar si en la cláusula testamentaria impuesta por el causante se cumplían todos los requisitos de la sustitución fideicomisaria, a lo que el Tribunal Supremo argumenta que, en el supuesto que resuelve, tiene lugar:

1. Un doble llamamiento sobre los mismos bienes en favor de personas distintas
2. La obligación impuesta al sustituido de entregar los bienes a un segundo heredero.
3. Una obligación de conservar. Al respecto, señala la sentencia: *ello impide admitir que atribuye un poder de disposición que no se consigna en la disposición testamentaria y a lo que se opone, por tanto, el artículo 783, párrafo segundo, sin que conforme a la doctrina de esta Sala se requiera que en la disposición testamentaria se empleen por el testador las mismas palabras que la disposición legal expresa, bastando con que su voluntad aparezca claramente manifestada.*

Como apunta VALLET (1982, 295), el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo es la nota esencial en las sustituciones fideicomisarias, y la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, una característica natural que el disponente puede dispensar.

En la misma línea, opina ALBALADEJO (1991, 1916) que, en la sustitución, lo único esencial es el orden sucesivo o doble llamamiento, y se puede negar que el deber de conservar pertenezca a la esencia de la institución porque la ley no establece que pertenezca. Si se dispone total o parcialmente de los bienes de la herencia porque el testador lo ha autorizado, cuando llegue el momento de que los reciba el fideicomisario, éste solo tomará aquellos de los que el fiduciario no hubiese dispuesto. Es la llamada sustitución fideicomisaria de residuo o fideicomiso de residuo. En la sustitución, por tanto, es de esencia el orden de los llamamientos sucesivos; en el fideicomiso de residuo también irán los bienes al fideicomisario después de ir al fiduciario, pero solamente aquellos de los que éste no hubiese dispuesto. Ambas figuras se comprenden dentro de la sustitución fideicomisaria, pero en la “normal” se entiende —salvo que se disponga otra cosa— que el fiduciario no puede disponer de los bienes, y en el fideicomiso de residuo, en el que el fiduciario puede, en mayor o menor medida, enajenarlos y al que no le sería aplicables las normas del Código civil referentes al deber de conservar en la sustitución fideicomisaria.

ALBALADEJO (1991, 1925) define con absoluta claridad la figura cuando dice que “es aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero o legatario fiduciario a una persona, pero en vez de que tenga que conservar entera

la herencia fideicomitida para que, en su día, pase íntegra al fideicomisario que designa el testador, se le permite disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución del fideicomiso, sólo los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todos”. No hay duda sobre su admisibilidad en el Código Civil, porque cuando el artículo 783 señala en el párrafo segundo que “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*”, este inciso final está pensado —apunta LÓPEZ LÓPEZ (1955, 770-771)— para acoger el fideicomiso de residuo.

En la estructura de la sustitución fideicomisaria, por definición, hay dos liberalidades de rango escalonado de preferencias, con predominio de la del primer llamado. En el fideicomiso propio es al revés. No puede mirarse solamente a los derechos del segundo instituido. El beneficio del fiduciario es preferente y se antepone al del fideicomisario, que queda postergado a aquel (GONZÁLEZ PALOMINO, 1950, 19).

V. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, FIDEICOMISO DE RESIDUO Y USUFRUCTO TESTAMENTARIO CON FACULTAD DE DISPONER

Afirma ROYO MARTÍNEZ (1951, 161) que las situaciones del fiduciario (titular pleno con prohibición de disponer) y la del usufructuario (titular de un derecho de goce sobre cosa ajena), son muy semejantes. Ante la falta de desarrollo legal de las obligaciones de conservación y entrega del fiduciario, la doctrina tiende a la aplicación por analogía de las disposiciones del usufructo. Sin embargo, entiende este recurso como orientador, pero no debe llevarse a sus consecuencias más extremas. El usufructuario, titular de un derecho real de goce sobre cosa ajena, halla en sus facultades el límite del derecho real de propiedad, actual y correspondiente desde el primer momento al nudo propietario; el fiduciario es dueño, aunque la propiedad que le transfirió amputara el causante o fideicomitente el *ius alienandi*.

Por el contrario, en el usufructo con facultad de disposición se permite al usufructuario disponer de los bienes usufructuados. Es distinto del fideicomiso de residuo y no admite confusión, aunque en la práctica puede plantear dudas qué es lo que ha querido el testador: que los herederos lo sean de manera directa, o fideicomisarios de residuo. El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 1970¹² señaló que “*no se puede identificar el usufructo con facultad de disposición, con el fideicomiso de residuo, cualesquiera que sean sus analogías, porque en dicho usufructo, el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer «mortis causa» y además porque cuando el testador desmembre*

el usufructo y la nuda propiedad, no hace un doble llamamiento, directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato, las facultades integrantes del dominio". Permite, igualmente, la posibilidad de constituir el usufructo con esta facultad de disposición: *"La posibilidad de conceder al usufructuario la facultad de disponer, permitida por el artículo 467 que en relación con el 470 autoriza la derogación voluntaria de la característica obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada, asimila ciertamente la institución al fideicomiso de residuo..."*.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 11 de julio de 2003¹³, plantea la posibilidad de enajenación de la mitad indivisa de una finca adquirida por herencia del marido testador que había previsto esta opción "para caso de necesidad" de la viuda. La Registradora deniega la inscripción de la venta de la finca (la otra mitad se obtuvo por liquidación de gananciales) ya que el testador había impuesto una cláusula fideicomisaria de residuo a favor de los sobrinos si la finca no se transmitía: *"En caso de fallecer la heredera designada sin haber llegado a serlo, o respecto de aquellos bienes que heredados por la misma no haya tenido que disponer a título oneroso durante su vida, la sustituye... por sus sobrinos"*. El Notario recurrente alega que no puede la Registradora exigir la acreditación de la causa de necesidad, y que no puede calificar sobre ella. La Dirección General concluye: *"este Centro Directivo, al tratar de esta facultad de disposición en caso de necesidad, tanto en el usufructo de disposición, como en la reserva de la facultad de disponer y en el fideicomiso de residuo han declarado que la situación de necesidad de que queda supeditada la facultad de disponer es algo que queda al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación, no pudiendo exigirse tal justificación, que queda a la apreciación del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o el abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes y que dentro del recurso gubernativo no es posible recoger ni ventilar"*.

Admitida la configuración del fideicomiso de residuo como clase de sustitución fideicomisaria, dice ALBALADEJO (1984, 1927) que lo más corriente es la concesión de la facultad de enajenar inter vivos "si es que lo necesita el fiduciario", aunque lo habitual es también que esa necesidad quede al arbitrio de este y no haya obligación de justificarla¹⁴.

VI. EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMISARIO Y EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

Si no nos encontramos en el "caso en que el testador haya dispuesto otra cosa", como señala el art. 783 párrafo segundo del Código Civil, supuesto en el que habrá que estar a la voluntad del causante, el fiduciario está obligado a entre-

gar la herencia al fideicomisario. La transmisibilidad de los bienes fideicomitados a un tercero se ve limitada por dos barreras:

Una primera, legal, porque si el propio Código Civil (art. 781) obliga al heredero fiduciario a conservar y transmitir, pero transmitir al fideicomisario, se está impidiendo al primero enajenar los bienes, al menos de principio. Esto nos lleva a la discusión doctrinal, ya apuntada, de si esa limitación constituye una prohibición de disponer completa o permite la disposición limitadamente hasta el momento de la transmisión al fideicomisario.

Una segunda que trae causa de la voluntad del causante manifestada en el testamento, lo que impediría el tránsito de los bienes a terceros, incluso contando con el consentimiento de los fideicomisarios si son varios, o del que lo sea si solamente existe uno. Dice ALBALADEJO¹⁵ que este consentimiento puede ser sustituido por el de los representantes legales del fideicomisario, salvo el supuesto en que éste no haya llegado a existir aún, caso en que la jurisprudencia rechaza que pueda ser prestado por quienes serían sus padres si llegara a existir, dado que la patria potestad que motivaría este mecanismo de representación legal no ha llegado a ver la luz si el hijo aún no ha nacido y, más aún si todavía no se ha concebido pudiendo, además, en este caso, haber variado la paternidad o maternidad respecto del momento en el que se quiso representar al futuro hijo. En estos casos, y dado que debe atenderse no solamente al interés futuro del fideicomisario, sino también al actual del fiduciario, entiende que debe aplicarse analógicamente el art. 804 del Código Civil, considerando la situación del fiduciario asimilable a la del administrador de herencia condicional y, permitiéndole la enajenación de los bienes fideicomitados en los términos en los que se permite enajenar los del ausente a su representante con autorización judicial.

En la doctrina, ALBALADEJO (1984, 331) admite la enajenación de los bienes, mediando el citado consentimiento:

- 1.º) Cuando es necesario el pago de una deuda de dinero de la herencia o una reparación extraordinaria de bienes de ésta y se precisa enajenar otro bien para obtener el dinero. Tanto si el fiduciario considera conveniente enajenar o permutar un bien antes que otro porque perderá valor, por ejemplo, como si prefiere un bien en concreto sin motivo alguno. En este supuesto se requiere la concurrencia del consentimiento de los fideicomisarios
- 2.º) Cuando se trata de una enajenación no necesaria.

En el mismo sentido, ROCA SASTRE MUNCUNILL (1989, 428) señala tres supuestos en los que pueden enajenarse los bienes fideicomitados: cuando razones de necesidad lo impongan, sin perjuicio de adoptar las medidas o garantías que sean necesarias para la conservación del patrimonio y los intereses de los fideicomisarios (pago de legítimas, cumplimiento de legados, deudas y cargas de la herencia) incluyendo la permuta de los bienes fideicomitados siempre bajo el

principio de subrogación real y con intervención judicial; cuando el propio testador lo admita y cuando lo admitan los fideicomisarios.

En todo caso, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de noviembre de 1933 declaró que *las ventas realizadas por el heredero fiduciario... no son nulas, sino tan sólo anulables*. Así resulta también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1933.

Ya se ha hecho mención a la posibilidad de enajenar los bienes para reinvertir su importe en otros de mayor utilidad que ocuparían la posición jurídica de aquellos en virtud del principio de subrogación real, siendo necesaria para ello autorización judicial con la aplicación analógica del art. 804 del Código Civil al tratar de la administración de los bienes de la herencia dejada bajo condición suspensiva, que remite a las normas de administración de los bienes del ausente. Si esta medida va en beneficio del fiduciario, pero también del o los fideicomisarios es preciso contar con el consentimiento de éstos. No obstante, la situación real que nos arrojan las resoluciones jurisprudenciales es paradójica en este punto: de la misma manera que, sin consentimiento de los fideicomisarios, se puede conceder autorización judicial para enajenar los bienes fideicomitados, puede ocurrir que ni siquiera con el consentimiento de los fideicomisarios conceda el juez dicha autorización, sobre la base que el causante no previó esta posibilidad. Ya hemos hecho referencia en este trabajo al auto de la AP de Badajoz de 31 de agosto de 2008¹⁶, en el que el Juez deniega la autorización a pesar de concurrir el consentimiento de los fideicomisarios, que alegaban no ser agricultores y no dedicarse a la explotación de fincas rústicas, obviando incluso el argumento de que la venta favorecería económicamente a las futuras generaciones.

En todo caso, cuando concorra el consentimiento del fideicomisario o de los fideicomisarios si son varios y no hay prohibición expresa del testador¹⁷, la jurisprudencia ha permitido la enajenación justificando circunstancias excepcionales o mediante autorización judicial¹⁸.

VII. LA POSIBILIDAD DE DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS LEGÍTIMOS, CRÉDITOS Y MEJORAS

Nada aclara el Código sobre cuál sea el contenido concreto de estos conceptos en los que la posición jurídica del fiduciario conlleva necesariamente la enajenación de bienes fideicomitados.

En los gastos legítimos han de incluirse los realizados por reparaciones extraordinarias (art. 501 CC) con cargo al patrimonio del fiduciario, ya que está obligado a una administración diligente que no perjudique la conservación de los bienes fideicomitados.

Cuando se trata de hacer frente a las deudas hereditarias, como heredero que es, habrá de satisfacer las deudas del causante. Si el fiduciario es responsable, debe poder utilizar el dinero fideicomitado para el pago de dichas deudas sin tener que contar con los siguientes llamados. No está, sin embargo, tan claro, que pueda convertir bienes fideicomitados para con su producto satisfacer las deudas hereditarias¹⁹. Señala RIVAS MARTÍNEZ (1992, 55-56) que se incluyen las obligaciones de enajenar contraídas en vida por el causante, como la consumación de un contrato de opción otorgado por el causante estando ya el bien en poder del fiduciario o la obligación de elevar a público actos o contratos otorgados por su causante en documento privado.

Con necesaria subrogación en el precio obtenido, también podrá enajenar como libres aquellos bienes muebles que no puedan conservarse sin deterioro, en aplicación de la facultad que el Código Civil atribuye al usufructuario.

Fuera de estos supuestos debe admitirse cualquier enajenación que haya sido consentida por todos los fideicomisarios porque, como dice RIVAS MARTÍNEZ (1992, 56), nadie podrá negar que si los mismos beneficiarios de la institución (los fideicomisarios) dan su asentimiento al ejercicio del *ius disponendi* por el fiduciario, nada se podrá reprochar al acto dispositivo realizado por éste.

En cuanto a posibles medidas por razones de utilidad que pudieran mejorar el rendimiento de los bienes, se admite como regla general su transformación sin consentimiento de los fideicomisarios cuando medie autorización judicial. El sistema es similar al de los bienes del ausente. Éstos, dice el art. 186 del Código Civil, al final, “no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida”. Se trata de enajenar los bienes para reinvertir su importe en otros de mayor utilidad que ocuparían la posición jurídica de aquellos en virtud del principio de subrogación real. La idea que preside esta situación es la de favorecer los intereses del fiduciario, pero también de los fideicomisarios, por lo que habrán de adoptarse las garantías necesarias para proteger su situación. Ello se consigue mediante la autorización judicial con la aplicación analógica del art. 804 del Código Civil al tratar de la administración de los bienes de la herencia dejada bajo condición suspensiva, que remite a las normas de administración de los bienes del ausente.

VALLET (1982, 315) distingue entre que la utilidad de la sujeción de los bienes fuera en interés de los fideicomisarios o del propio fiduciario. También destaca la importancia de que los bienes fideicomitados fuesen o no específicamente determinados. Si así lo son, la enajenación para subrogar no puede aceptarse nunca. Al contrario, es aceptable que se autorice la enajenación de los bienes meramente considerados, en la disposición del fideicomiso, como un valor suje-

to a restitución. Plantea como posibles hipótesis, entre otras, las siguientes: las enajenaciones autorizadas por el testador; las autorizadas conjuntamente por el testador y los fideicomisarios; las enajenaciones de bienes inmuebles inscritos sin constancia del gravamen de la sustitución; la efectuada sometiendo a los eventos de la efectividad de la sustitución. Es decir, aquella sustitución sometida a condición suspensiva o sujeta a restitución.

La citada autorización, efectivamente, queda al arbitrio del Juez, concederla o no, aun cuando concurren razones que la justifiquen. Resulta especialmente curioso el ya citado auto de la AP de Badajoz de 31 de agosto de 2008²⁰, en el que el Juez deniega la autorización a pesar de concurrir el consentimiento de los fideicomisarios, que alegaban no ser agricultores y no dedicarse a la explotación de fincas rústicas, amén de que la venta favorecería económicamente a las futuras generaciones. Sin embargo, señala el auto que: *Tan loable sería permitir la posibilidad a otras generaciones para disfrutar de un lugar de recreo con un especial valor afectivo o sentimental al proceder de antecesores que optaron por la conservación y permanencia de los terrenos en manos de sus hijos, nietos y demás sucesores. Si, como se dice, la venta se pretende hacer en beneficio de estas generaciones, ¿por qué no plantearse igualmente que también les puede apetecer o interesar en el futuro disponer de un bien de esa naturaleza?* Todo ello sobre la base de la regla general o principio de conservación y permanencia de los bienes, que constituirían per se motivos suficientes para denegar la autorización, por lo que, *aun cuando se cuente con la autorización de los fideicomisarios de primer grado, por lo que no puede contradecirse sin más la voluntad de los causantes cuando deciden expresamente la conservación y permanencia de determinados bienes tras su fallecimiento.*

GARRIDO MELERO (2004, 847) distingue entre medidas conservativas y medidas de mejora. Las primeras son aquellas tendentes a evitar el deterioro del patrimonio y se refiere a las segundas como aquellas otras destinadas a potenciar la riqueza, como las mejoras estructurales en un inmueble o enajenaciones de un paquete de acciones o en un fondo de inversión, y asimila la cuestión al modelo establecido para las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario entre medidas relativas a la administración ordinaria y medidas relativas a la administración ordinaria, libres de restricciones las primeras y limitadas las segundas.

Tradicionalmente se ha planteado la duda doctrinal acerca de la subsistencia de la cuarta trebeliánica. En Derecho romano el fiduciario podía retenerla si el testador no había dispuesto lo contrario de manera expresa. Hoy esta cuestión queda fuera de toda duda, pues el fiduciario no puede hacer otras deducciones de la herencia más que las que traigan su origen de gastos legítimos, créditos y mejoras, a no ser que el testador hubiese dispuesto otra cosa, en cuyo caso habrá que estar a lo que haya dispuesto. Hace notar MANRESA (1921, 153-154) que algunos

comentaristas del Código combaten la disposición contenida en el art. 783 del Código Civil, segundo párrafo, porque entienden que da demasiadas facilidades al fiduciario para deducir de la herencia más gastos de los que pudiesen considerarse legítimos y también porque permite al testador la posibilidad de eludir las prescripciones y prohibiciones de la ley, ya que ha de estarse a su voluntad aun cuando sea contraria a la regla general consignada en dicho artículo. Critica igualmente que se haya suprimido la obligación de formar inventario de los bienes que habían de ser entregados al fideicomisario, tanto más en cuanto que es —dice— un usufructuario de la herencia.

VIII. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA HERENCIA AL FIDEICOMISARIO. ¿RESTRICCIÓN A LA DISPOSICIÓN O PROHIBICIÓN DE DISPONER?

A lo que obliga el párrafo segundo del art. 783 del Código Civil al fiduciario es a “entregar la herencia al fideicomisario”. Aunque es común enunciar el contenido del deber del primer llamado como de “entregar y transmitir” o “conservar y transmitir” (art.781 CC), dice ALBALADEJO (1991, 1922-1923) que esa “transmisión” de la herencia no es para que el fideicomisario la haga suya, porque ya es suya y le corresponde tenerla. No hay obligación de entregar para transmitir o para que adquiera quien recibe, sino de transferir la posesión material al titular del derecho sobre los bienes que se le deben facilitar. Tanto es así que proclama como acciones del fideicomisario la reivindicatoria o la de petición de herencia, como verdadero propietario que recibe una delación a la herencia fideicomitada que le convierte automáticamente en heredero sin necesidad de aceptación, pero que requiere la entrega de los bienes por el fiduciario, por lo que no tiene la posesión civilísima²¹.

El fiduciario es propietario, aunque con propiedad revocable, porque, en principio, no tiene el *ius disponendi*. Dice CLEMENTE DE DIEGO (1932, 167) que sí lo tiene, puesto que está obligado a conservar y transmitir los bienes recibidos a un tercero. Así resulta del Código Civil, lo señala la doctrina y lo corrobora el Tribunal Supremo. En una conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander en el verano de 1948, GONZÁLEZ PALOMINO (1950, 16) apuntó que la Dirección General de los Registros y del Notariado²² había puesto la nota discordante en este concierto. El argumento de la Dirección General era que el heredero fiduciario es un dueño sujeto a condición resolutoria, por lo que cabe la inscripción de sus actos dispositivos con tal de que queden afectos a dicha condición. Sería algo así como considerar que el fiduciario es dueño, pero con un poder de disposición limitado o restringido por el término, que habrá de llegar,

del día en que deje de ser fiduciario o se cumpla la condición que imponga la transmisión de los bienes al fideicomisario.

Es discutible, por tanto, que la prohibición de disponer sea principio básico y esencial en la sustitución fideicomisaria, pues también se habla de un poder de disposición limitado que no encaja en el concepto de prohibición de disponer. El Código Civil establece la obligación del fiduciario de entregar la herencia al fideicomisario “sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa” (art. 783.2.º CC). Será posible, en definitiva, detraer de la herencia fideicomitida lo necesario por estos conceptos, pero también que el ordenante haya permitido expresamente la enajenación de todo o parte de los bienes o derechos de la herencia, en cuyo caso nos encontraríamos ante un fideicomiso de residuo. En esa expresión “salvo que el testador haya dispuesto otra cosa” cabe cualquier otra alteración que el causante quiera en lo referente a la obligación legal de restitución de la herencia al fideicomisario.

De todo lo expuesto hasta ahora lo cierto es que el Código Civil, sin entrar en más detalles, establece para el fiduciario una suerte de limitación implícita en orden a la disposición de los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, al determinar la obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia al, o los, fideicomisarios.

La cuestión que subyace no es otra que la determinación de si se trata de una verdadera prohibición de disponer o no. Si la respuesta fuera positiva, de entre las facultades que conforman el derecho de propiedad, se sustraería la de realizar actos de disposición sobre los bienes²³ o, dicho de otra forma, el derecho se adquiriría privado de esa facultad; en caso contrario hablaríamos de restricciones o limitaciones a la facultad dispositiva, que no desaparecería por completo del haz de facultades que comprende el dominio pleno, siendo posible la transmisión en determinados supuestos y bajo ciertas circunstancias que veremos a continuación.

El Código Civil no señala en ningún momento que el fiduciario no tenga facultades dispositivas, ya que no establece una prohibición expresa, sino que solamente se refiere al encargo de conservar y transmitir. Existe, sin duda, restricción, pero entendemos que se trata de una limitación que no puede interpretarse como una prohibición de disponer²⁴. La RDGSJYFP de 13 de diciembre de 2023, en este sentido, aboga por una interpretación restrictiva de las facultades del fiduciario a falta de autorización expresa.

Señala MINGORANCE GOSÁLVEZ (1999, 70), entre las diferencias fundamentales entre la sustitución fideicomisaria y la prohibición de disponer, las siguientes:

- 1.ª) en las prohibiciones de disponer testamentarias falta la designación de sustituto, por lo que no supone ningún llamamiento actual a la adquisición de bienes; la sustitución fideicomisaria implica el pase de los bienes

a los herederos, constituyendo un segundo o ulterior llamamiento a la adquisición de los bienes afectos al gravamen.

- 2.^a) las prohibiciones de disponer extienden su ámbito a los negocios *inter vivos* y no abarcan los actos *mortis causa*, de manera que el titular de un bien gravado con prohibición de disponer puede determinar el destino del bien para después de su muerte; en las sustituciones hereditarias el fiduciario carece, en principio, de la facultad de disposición tanto *inter vivos* como *mortis causa*.
- 3.^a) los bienes con prohibición de disponer transmitidos *mortis causa* se reciben por el heredero de su causante; el fiduciario recibe los bienes directamente del fideicomitente.

La RDGRN de 6 de noviembre de 2015 sistematizó los casos en que cabe disponer de los bienes sin necesidad del consentimiento del fideicomisario:

- Para la conservación genérica de los bienes o para atender las deudas y cargas de la herencia fideicomisaria o el pago de reparaciones extraordinarias.
- En situaciones derivadas de la sucesión en los derechos y obligaciones del causante, como puede ser la disposición a que resulte obligado el fiduciario por haber contraído la obligación de hacerla el causante –por ejemplo, si este concedió un derecho de opción–, o los otorgados por el causante en documento privado, limitándose el fiduciario a su formalización en escritura pública. En estos casos, puede formalizar por sí solo el fiduciario la disposición que realizó el causante.
- También prevalecerá lo ordenado por el causante respecto a la disponibilidad de los bienes. Así, si autorizó al fiduciario a disponer por sí solo en determinados casos (de ciertos bienes, o hasta cierto montante, o con determinados requisitos), o incluso en cualesquiera situaciones dentro del marco de la ley (en el fideicomiso de residuo con facultades máximas).

IX. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES Y DERECHOS FIDEICOMITIDOS

En un intento de sistematización de las diferentes opciones, se podrían hacer tres grandes grupos: por un lado, aquellos supuestos en los que el acto de disposición implica directamente un negocio dispositivo voluntario sobre el bien fideicomitado, aquellos otros que, no siendo estrictamente de disposición, son actos transmisivos en los que el bien o derecho sujeto a gravamen sale del patrimonio del fiduciario y, por último, aquellos actos que pueden implicar, en caso de ejecución, la transmisión.

1. NEGOCIOS DISPOSITIVOS VOLUNTARIOS EN LOS QUE EL BIEN O DERECHO SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDUCIARIO

Dentro del primer grupo tendrían cabida tanto aquellos supuestos en los que el adquirente recibe el bien o derecho de la herencia desapareciendo el gravamen fideicomisario, como aquellos en los que dicha carga se mantiene.

1.A. Se transmite libre el bien o derecho cuando concurre el consentimiento de todos los fideicomisarios.

Si el fiduciario y los fideicomisarios están determinados, sin posibilidad de ampliación, es posible la disposición, ya que se cuenta con el consentimiento de los que son dueños hoy y de los que lo serán en el futuro, por ejemplo, una persona heredera fiduciaria sustituida fideicomisariamente por sus dos hermanos (vivos). La facultad dispositiva está repartida entre los dueños que lo son y los que serán después. Por eso entendemos que no es una prohibición de disponer. Si lo fuera no se podría disponer ni con el consentimiento de todos, ya que esta facultad no existe como integrante del dominio.

1.B. Los fideicomisarios con existencia actual prestan su consentimiento, pero, dado que el fiduciario aún vive, no hay certeza de que aquellos sean los únicos porque no ha entrado en juego todavía la limitación del segundo grado (entendido como dos llamamientos) que recoge el art. 781 del Código Civil.

Entendemos que en este supuesto es necesaria la autorización judicial porque hay potenciales llamados que aún no han nacido, por lo que no sería suficiente con el consentimiento del fiduciario y los fideicomisarios que ya viven. Dentro de esta situación, si existe una utilidad o necesidad, será el Juez el que decidirá si efectivamente concurre dicha circunstancia de utilidad valorando la que apreciarían las futuras generaciones y, concediendo, o denegando, por ello, la autorización para enajenar. De apreciar esta circunstancia el Juez, el bien o derecho también se transmite libre del gravamen. Por el contrario, si no hay causa de utilidad o necesidad, la limitación se acerca al concepto de prohibición de disponer, llegando a una situación de bloqueo de los bienes porque ninguno de los propietarios actuales tiene la facultad de disposición y no es posible conformarla.

En este punto cabría hacer la siguiente consideración: si la concurrencia de la facultad dispositiva completa está sujeta a la eventualidad de que nazcan o no futuros fideicomisarios, podría deducirse que dicha facultad está sujeta a la

condición de que no nazcan más personas llamadas a la herencia. Es decir, como se ha señalado más arriba, que se puede disponer del bien como libre si media autorización judicial, o sujeto al gravamen fideicomisario si no ha existido autorización judicial. En este último caso se podría aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 975 del Código Civil para las enajenaciones realizadas por el viudo o viuda después de pasar a segundo matrimonio: “La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedaran hijos ni descendientes del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”. El Código Civil impone una obligación legal consistente en que el viudo o viuda, al pasar a segundo matrimonio, debe reservar la propiedad de determinados bienes a los hijos y descendientes del primero. Permite la enajenación de los bienes, aunque amenazada por una posible resolución.

Podría seguirse el mismo camino para la enajenación de bienes fideicomitidos cuando no media autorización judicial y faltan por tener existencia alguno de los futuros fideicomisarios. Si el testador no ha optado por una prohibición de disponer expresa, no parece que deba adoptarse un criterio distinto y más restrictivo que el que aplica el Código Civil cuando la obligación de reservar viene impuesta por la ley.

Siguiendo el mismo argumento también podríamos plantearnos si, cuando no media el consentimiento de los fideicomisarios ni autorización judicial, puede el fiduciario disponer de los bienes, pero estando la transmisión sujeta a resolución cuando entre en juego la sustitución fideicomisaria.

La respuesta negativa tiene los argumentos claros: la obligación de conservar y transmitir es incompatible con la enajenación, siempre que dicha obligación se entienda como imposibilidad de variación en la titularidad del bien o derecho salvo cuando llegue el momento de la entrega al fideicomisario.

Podría armarse una respuesta positiva fundamentada en la analogía con el régimen jurídico de los bienes reservables: si, mientras viva el reservista, es pleno titular del derecho y, por tanto, puede transmitir, pero el acto dispositivo puede claudicar, estando sujeto a resolución, de la misma manera podría argumentarse que la transmisión operada por el fiduciario está condicionada a la existencia de otros fideicomisarios.

Entendemos que el fiduciario puede constituir derechos reales limitados sobre el bien fideicomitado, (usufructos, servidumbres, derechos de uso y habitación, derechos de superficie) explotando los bienes y obteniendo utilidad económica bien directamente o a través de terceros, pero sujetos a la resolución cuando haya de entregar los bienes a los fideicomisarios. Para garantizar la efectividad del gravamen fideicomisario y cuando se trate de bienes inmuebles es de capital importancia la publicidad registral. Si no se compromete la efectividad

de la sustitución podría incluso defenderse la realización de actos de disposición solo por el fiduciario, aunque claudicantes por el fallecimiento del fiduciario o el cumplimiento de la condición

En esta línea, el Tribunal Supremo, en STS de 28 de febrero de 1999²⁵, ha señalado: *“Es necesario diferenciar, en cuanto a los efectos traslativos, las sustituciones fideicomisarias puras de las condicionales. En aquéllas, la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravamen de sustitución.*

Por el contrario, en las sustituciones fideicomisarias condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad. En ellas, el fiduciario puede enajenar los bienes porque pudiera incumplirse la condición resolutoria (si fallece con hijos) con lo que él se convertiría en el último y definitivo propietario de los bienes y por tanto resultarán inatacables las transmisiones que pudiera haber realizado”. En el mismo sentido, la RDGRN de 6 de noviembre de 2015 plantea que el fiduciario es dueño de los bienes fideicomitidos, pero, como debe conservarlos, este deber le limita la disponibilidad de los mismos. Así que por deber conservar, y en tanto en cuanto debe conservar, no puede disponer de ellos. Lo que sí puede, señala, es disponer de los bienes fideicomitidos dentro de los límites de su derecho, esto es, tanto como si los transmite en enajenación no definitiva, sino acotada por un término final que llegue el día que deje de ser fiduciario, o los transmite en enajenación resoluble cuando se resuelva su dominio, si es que se resuelve o, si, los transmite con el gravamen fideicomisario, de modo que en manos del adquirente sigan sometidos a restitución para el día en que corresponda. Llega, finalmente a la conclusión que *para que la enajenación de bienes fideicomitidos, sea enajenación de la plenitud del derecho sobre ellos, puede conseguirse si fiduciario y fideicomisario de común acuerdo conciertan la enajenación con el adquirente de que se trate, ya que entre los dos reúnen el poder pleno y definitivo sobre aquéllos, distribuyéndose entre ambos, en la proporción que establezcan, la contraprestación que se dé por el derecho total sobre los bienes.*

2. ACTOS QUE NO SON TRANSMISIVOS EN SENTIDO ERICTO, PERO EL BIEN O DERECHO SUJETO A GRAVAMEN SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISARIO.

Hacemos referencia al supuesto en el que una porción indivisa de una finca está afecta al gravamen fideicomisario

Efectivamente, las facultades dispositivas de los herederos son limitadas, dada su obligación de conservar los bienes fideicomitidos a favor de los herederos fideicomisarios.

Sin embargo —como ha señalado la citada RDGRN de 6 de noviembre de 2015²⁶— *ello no puede tener, para toda la comunidad, la consecuencia tan perturbadora de impedir la extinción de la comunidad en tanto no medie el consentimiento no sólo de los titulares actuales (herederos fiduciarios) sino también de los futuros (herederos fideicomisario) algunos de los cuales pueden ni siquiera estar concebidos. Tales consecuencias irían contra el principio de que ningún condeño puede ser obligado a permanecer en la indivisión (cfr. artículo 400 del Código Civil). Podría ir también en contra del principio de intangibilidad de la legítima en el supuesto de cuota hereditaria de un legitimario no afecto a la cláusula de sustitución (cfr. artículos 813 y 1051 del Código Civil), debiendo sufrir la restricción de tener que soportar la indivisión hasta que los fideicomisarios de las demás cuotas quedaran determinados.*

En conclusión, la indeterminación en que se encuentran las cuotas sujetas a fideicomiso no puede contaminar a toda la comunidad ni menoscabar la facultad de extinguir el condominio que corresponde a los cotitulares.

En el derecho catalán, el artículo 426-27 del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se refiere tanto a la partición de herencia como a la división de cosa común: *1. Los herederos fiduciarios de cuota de herencia pueden pedir la partición y pueden practicarla eficazmente con los demás coherederos sin necesidad que intervengan los fideicomisarios, siempre y cuando se trate de un puro acto particional. En caso contrario, es preciso atenerse a lo establecido por el artículo 426-40. Los fideicomisarios pueden concurrir a la partición y pueden impugnarla si se hace en fraude de sus derechos.* Esta solución se aplica igualmente a la división cuando alguna de las participaciones indivisas está gravada con una sustitución fideicomisaria: *Si el bien es indivisible o desmerece notablemente al dividirse, debe procederse de acuerdo con lo establecido por el artículo 552-11.5. En este caso, si se adjudica el bien al fiduciario, se mantiene el gravamen sobre la cuota fideicomisa. Si se adjudica a otro cotitular o se vende, la parte de la contraprestación correspondiente al fiduciario se incorpora al fideicomiso. El fiduciario solo puede consentir que el bien se adjudique a otro cotitular previa autorización judicial*²⁷.

3. ACTOS QUE PUEDEN LLEVAR CONSIGO UNA POSTERIOR TRANSMISIÓN

Si nos trasladamos al ámbito de las ejecuciones forzosas, debemos hacer referencia al embargo de bienes fideicomitidos y a la hipoteca de bienes afectos a la sustitución fideicomisaria, supuestos en que la obligación de conservar y transmitir se ve comprometida con una posible ejecución.

Tanto si la hipoteca como el embargo tratan de asegurar alguna deuda del fideicomitente, del caudal hereditario o de la obligaciones fiscales derivadas del

fenómeno sucesorio, parece que el supuesto entraría dentro de la deudas y cargas de la herencia, no existiendo obstáculo para que, tras la enajenación derivada de la hipoteca o embargo, se adjudique el bien como libre y sin el gravamen fideicomisario; en los demás supuestos, de admitirse, subsistiría el gravamen tras la adjudicación, puesto que existía con carácter previo.

3.A. Embargo sobre bienes o derechos fideicomitidos

Con relación al embargo, el supuesto no está resuelto cuando se trata de bienes afectos a una sustitución fideicomisaria. La DGSJYFP ha valorado la posibilidad de embargo en bienes sujetos a prohibición de disponer. Aun cuando el Tribunal Supremo concluyó que la acción de división no es un acto de disposición (STS de 5 de junio de 1989), la posición de la Dirección General ha sido cambiante. CORDERO TABORDA²⁸, hace referencia a la RDGRN 22 de febrero de 1989, que considera que la prohibición cierra la puerta a actos dispositivos voluntarios realizados por el titular, pero no frente a enajenaciones forzosas derivadas de obligaciones para con terceros, por ser contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1911 CC. Esta resolución —señala— vino a alterar una línea que sostenía el cierre registral respecto de todo tipo de actos posteriores y su doctrina fue reproducida en las Resoluciones de 18 de marzo de 2004 y 20 de marzo de 2004, ambas con un similar supuesto de hecho referido al embargo de bienes muebles, manteniéndose pacífica esta línea hasta hoy²⁹.

Por lo que se refiere a los bienes sujeto al gravamen fideicomisario la solución debería ser la misma, ya que la limitación del fiduciario para disponer es menos rígida que una prohibición de disponer. Si el fiduciario recibe del fideicomitente en virtud de la sucesión universal del heredero, deudas que lo eran del causante. El problema se plantea cuando la deuda es del fiduciario.

3.B. Hipoteca de bienes gravados con sustitución fideicomisaria

Siendo ésta un derecho real de garantía que sujeta bienes inmuebles al cumplimiento de una obligación, se plantea si esos bienes que sirven de garantía y que, llegado el momento de la ejecución ante el incumplimiento, serán objeto del *ius distrahendi* del acreedor, pueden ser bienes sobre los que recae el gravamen de conservarlos y transmitirlos después al fideicomisario. Pudiera parecer, en principio, que esto que planteamos no es posible, dado que entrarían en colisión la facultad que asiste al acreedor de enajenar los bienes ante la falta de cumplimiento del deudor hipotecario (el fiduciario) y, con el importe obtenido, cobrarse

su crédito, y la expectativa de derecho del fideicomisario de recibir del fiduciario los bienes libres de cargas cuando llegue el momento de la transmisión.

Lo cierto es que, fallecido el fideicomitente, el fiduciario se convierte en dueño, si bien con la limitación o gravamen de realizar el traspaso de los bienes al fideicomisario.

Como se ha expuesto más arriba, la prohibición de disponer sustrae del dominio la facultad de enajenar. Si entendiéramos que sobre los bienes fideicomitidos existe una prohibición de disponer en sentido estricto, habría que concluir que si la hipoteca constituye una garantía prestada voluntariamente por el titular con cargo a un bien o derecho del que no puede disponer, ya que su derecho se encuentra despojado de esa facultad, en este ámbito la constitución de hipoteca debe ser rechazada, pues siendo esencia de los derechos reales de garantía el *ius distrahendi*, la figura quedaría desnaturalizada y el interés del acreedor insatisfecho. No obstante lo dicho, en este trabajo se ha intentado argumentar que la sustitución fideicomisaria implica una limitación en la facultad de disponer de los bienes, pero no una prohibición, por lo que, al menos, habría que cuestionarse la posibilidad de hipotecar los bienes fideicomitidos con esa limitación, pues, como ocurre en otros supuestos recogidos en la legislación hipotecaria, se permite la hipoteca de determinados bienes o derechos, pero con ciertas restricciones³⁰ (art. 107 LH). Como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015, refiriéndose al fiduciario, *lo que sí puede, es disponer de los bienes fideicomitidos dentro de los límites de su derecho*.

En definitiva, creemos que debería admitirse la hipoteca de los bienes fideicomitidos siempre que esta circunstancia se hiciera constar en la inscripción registral, quedando de esta forma advertidos los posibles terceros que pudieran adquirir derechos sobre la finca.

Aunque en el ámbito de los arrendamientos, la sustitución fideicomisaria puede también producir efectos frente a terceros adquirentes y provocar la extinción del arrendamiento urbano, cuando la operación implica la pérdida del patrimonio del arrendador y la entrada de un tercero en su patrimonio. Así lo confirma la STS de 21 de octubre de 2024, al incluir entre los supuestos que hacen resolverse el derecho del arrendador, la apertura de una sustitución fideicomisaria.

El derecho catalán distingue entre la ejecución forzosa lo sea por deudas del fideicomitente o del fiduciario, señalando en el artículo 426-43 del Código Civil de Cataluña lo siguiente:

1. *Los bienes fideicomisos que se enajenen por ejecución forzosa por deudas del fideicomitente o de aquellas de que responda el fideicomiso son adquiridos por el rematante o adjudicatario libres del fideicomiso, siempre y cuando los fideicomisarios o, si procede, sus ascendientes más próximos o el curador hayan sido citados.*

2. *La ejecución forzosa por deudas propias del fiduciario solo es procedente contra su derecho de legítima y de cuarta trebeliánica o cuota libre y contra los frutos y rentas del fideicomiso que le corresponden, salvo, si se trata de un fideicomiso condicional, que el acreedor prefiera que se enajenen los bienes de acuerdo con lo establecido por el artículo 426-36.3.*

X. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO ESPECIAL AUTONÓMICO O FORAL

En el ámbito del Derecho Foral, el tratamiento del fideicomiso muestra diferencias relevantes entre Baleares, Navarra y Cataluña.

En Baleares, la regulación se caracteriza por un enfoque más restrictivo y formalista: el fiduciario solo puede enajenar o gravar bienes en casos expresamente previstos por la ley, como el pago de deudas, legítimas, la cuarta trebeliánica o los gastos de conservación y refacción, requiriéndose en ciertos supuestos la autorización judicial, siempre que el testador no lo haya prohibido.

Navarra, en cambio, configura un régimen más flexible y pragmático, que otorga al fiduciario amplias facultades para disponer de los bienes. Este puede hacerlo por sí mismo si así lo autorizó el disponente, con el consentimiento de los fideicomisarios o, en ausencia de este, mediante autorización judicial, que solo se concede en casos de necesidad o utilidad evidente. La clave en este sistema es el principio de subrogación, que asegura que los bienes enajenados sean sustituidos por otros igualmente vinculados al fideicomiso.

Cataluña, por su parte, presenta un modelo más moderno y detallado, que combina la libertad del testador con un catálogo amplio de facultades para el fiduciario: este puede vender bienes para pagar cargas hereditarias, legados o legítimas, sustituir los deteriorados, intervenir en operaciones urbanísticas o incluso concertar convenios de expropiación. Además, se contemplan distintos cauces de autorización, ya sea mediante el consentimiento de los fideicomisarios, la designación de un tercero por el testador o la autorización judicial para reinvertir en bienes de mayor rentabilidad.

De este modo, mientras Baleares apuesta por un esquema rígido, Navarra ofrece flexibilidad bajo la garantía de la subrogación y Cataluña busca un equilibrio entre la protección de los intereses de los fideicomisarios y la adaptación del fideicomiso a las exigencias de la vida económica.

1. DERECHO BALEAR

La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre) señala en su artículo 33:

El fiduciario podrá, por ministerio de la Ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos:

- 1. Mediante el consentimiento de los fideicomisarios.*
- 2. Para detraer su cuota legítima y la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos.*
- 3. Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos.*

Si existieran legitimarios que no sean fideicomisarios se observará lo prevenido en la Sección Cuarta de este Capítulo.

Y, en el artículo 34:

También podrá el fiduciario, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir el contravalor, en su caso, en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. En el expediente de autorización judicial serán citados los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso de que no fueren conocidos o no comparecieren.

2. DERECHO NAVARRO

La Ley de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) recoge en las Leyes 233, 234 y 235:

Ley 233. Enajenación y gravamen

El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes:

- 1. Por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado; en este caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados.*
- 2. Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando alguno de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación.*

Ley 234. Facultades del fiduciario por sí solo.

El fiduciario por sí solo podrá:

Uno. Pedir y practicar la partición de la herencia, la división de cosa común y el deslinde y amojonamiento, siempre que se trate de puros actos de partición, división o deslinde; de no ser así, se precisará el consentimiento de los fideicomisarios o la autorización judicial, conforme a lo dispuesto en la Ley anterior.

Dos. Cancelar por cobro créditos hipotecarios o pignoratícios y retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro.

Tres. Realizar las enajenaciones a que se hubiere obligado el fideicomitente y cualesquiera otros actos de cumplimiento de deberes inherentes a la propiedad y anteriores a la adquisición por el fiduciario.

Cuatro. Dar dinero a préstamo, respondiendo de la solvencia del deudor.

Cinco. Sustituir, sin detrimento del fideicomiso, los bienes consumibles y los que se deterioren o desgasten con el uso.

Ley 235. Subrogación.

Siempre que, conforme a las Leyes anteriores, el fiduciario enajenare como libres o sustituyere bienes objeto del fideicomiso, quedarán afectos a éste el dinero o los bienes que los sustituyeron por subrogación.

3. DERECHO CATALÁN

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se refiere ampliamente, en la sección cuarta, a la disposición de los bienes fideicomisos. Las disposiciones recogidas en los artículos 426-36 a 426-43 puede resumirse en lo siguiente:

El testador puede facultar al fiduciario para enajenar y gravar como libres los bienes fideicomitidos (art. 426-37) o bien requerir la autorización de una o más personas designadas a tal fin a las que les serán de aplicación las normas de los albaceas particulares.

El fiduciario está facultado para enajenar o gravar bienes de la herencia en los supuestos que señala el art. 426-38, como son el de pagar deudas, cargas hereditarias, legítimas, legados, para detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre o para financiar los gastos de conservación, refacción y mejora de los bienes.

El fiduciario puede, bajo su propia responsabilidad (art.426-39) vender los bienes muebles que no puedan conservarse y sustituir los que se deterioren, así como cumplir obligaciones del fideicomitente que comporten la extinción de derechos reales o personales ajenos. Puede igualmente intervenir en operaciones urbanísticas que afecten a dichos bienes, así como concertar convenios de expropiación forzosa.

Con autorización judicial, el fiduciario puede enajenar los bienes libres del fideicomiso para reemplazarlos por otros a fin de obtener más rendimiento o utilidad (art.426-40), no siendo necesaria dicha autorización si ya no puede haber más fideicomisarios llamados que los vivos y sus descendientes.

Con consentimiento de futuro, de presente o de pretérito de los fideicomisarios (art. 426-22) puede enajenar y gravar bienes de la herencia,

CONCLUSIONES

I. El encargo de “conservar y transmitir” el todo o parte de la herencia que el Código Civil impone al heredero fiduciario, para transmitirlo con posterioridad al fideicomisario, se ha venido interpretando tradicionalmente como una prohibición de disponer que sustrae de la titularidad del bien o derecho el *ius disponendi*. Esta limitación se justifica por la necesidad de preservar los bienes en beneficio de los fideicomisarios, lo que en ocasiones colisiona con la necesidad de hacer frente a otros gastos de la herencia.

II. La doctrina ha caracterizado la situación del fiduciario de diversas maneras: señalando que posee una herencia en administración, que se trata de un heredero sometido a condición suspensiva, siendo aplicables los derechos y obligaciones del administrador de la herencia que remite al régimen de los bienes del ausente o que, en definitiva, habrá que indagar en la voluntad del causante para interpretar correctamente sus disposiciones.

III. La posibilidad de disponer de los bienes fideicomitidos se ha admitido en la doctrina, defendiendo que la prohibición de disponer no es de esencia a la sustitución fideicomisaria, sino que lo que la define es el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo, siendo la indisponibilidad una característica natural de la institución que se puede dispensar.

IV. De los bienes y derechos sujetos al gravamen, el Código Civil permite deducir los gastos legítimos, créditos y mejoras, incluyéndose las obligaciones de enajenar contraídas en vida por el causante, pero aplicando en este caso el principio de subrogación real en el precio obtenido.

V. El Código Civil no recoge una prohibición expresa de enajenar, sino que entendemos que hace referencia a una limitación de la facultad dispositiva, lo que supone que esta posibilidad no desaparece por completo del haz de facultades del propietario-fiduciario.

VI. Dentro de las posibilidades de disposición se encuentran aquellos supuestos en los que con la transmisión desaparece el gravamen fideicomisario cuando se cuenta con el consentimiento de todos los fideicomisarios, los que lo son y los que lo serán después; cuando aún no viven todos los posibles fideicomisarios será preceptiva la autorización judicial que, de no obtenerse, supondría un bloqueo en la transmisión. Para evitar esta paralización del tráfico se propone la aplicación analógica del art. 975 del Código Civil relativo a las reservas, que permite la transmisión, pero amenazada por una posible resolución. La certeza de esta situación, para no perjudicar a terceros interesados, debería hacerse constar en la inscripción registral de los bienes.

VII. Se pueden plantear otros supuestos en los que, no siendo de disposición en sentido estricto, se produce un desplazamiento patrimonial del bien o derecho.

Entre ellos citamos aquellos en los que una porción indivisa de una finca está afecta al gravamen fideicomisario y se produce la extinción del condominio, el embargo y la hipoteca del bien o derecho fideicomitido. En estos últimos casos de ejecuciones forzosas es posible la constitución del gravamen, aunque con la limitación de realizar el traspaso al fideicomisario.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo (Sala primera)

- STS de 12 de febrero de 1916
- STS de 14 de noviembre de 1933
- STS de 25 de octubre de 1954
- STS de 30 de marzo de 1955
- STS de 7 de enero de 1959
- STS de 20 de octubre de 1962
- STS de 9 de diciembre de 1970
- STS de 25 de mayo de 1971
- STS de 3 de noviembre de 1981
- STS de 25 de abril de 1983
- STS de 13 de marzo de 1989
- STS de 5 de junio de 1989
- STS de 29 de noviembre de 1990
- STS de 28 de febrero de 1996
- STS de 28 de febrero de 1999
- STS de 6 de febrero de 2002
- STS de 13 de mayo de 2010
- STS de 30 de octubre de 2012
- STS de 11 de septiembre de 2013
- STS de 21 de octubre de 2024

Audiencias

- SAP de Zaragoza de 6 de julio de 1996
- SAP de Barcelona de 13 de mayo de 2005
- SAP de Pontevedra de 9 de noviembre de 2006
- Auto AP de Badajoz de 31 de agosto de 2008
- SAP de A Coruña de 13 de octubre de 2017

Doctrina administrativa. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (*Dirección General de los Registros y del Notariado hasta 2020*)

- RDGRN de 22 de febrero de 1864
- RDGRN de 16 de septiembre de 1929
- RDGRN de 14 de noviembre de 1933
- RDGRN de 22 de junio de 1943
- RDGRN de 10 de marzo de 1944
- RDGRN de 22 de diciembre de 1955
- RDGRN de 7 de mayo de 1960
- RDGRN de 5 de octubre de 1969
- RDGRN de 27 de diciembre de 1982
- RDGRN de 29 de enero de 1988
- RDGRN 22 de febrero de 1989
- RDGRN de 2 de abril de 1997
- RDGRN de 11 de julio de 2003
- RDGRN de 18 de marzo de 2004
- RDGRN de 20 de marzo de 2004
- RDGRN de 22 de marzo de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 13 de abril de 2012
- RDGRN 31 de enero de 2013
- RDGRN de 9 de septiembre de 2013
- RDGRN 6 de noviembre de 2015
- RDGRN de 28 de enero de 2016
- RDGRN de 5 de noviembre de 2019
- RDGSJYFP de 13 de diciembre de 2023

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991) “Comentario del artículo 781 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1984) “Comentario de los artículos 781 a 784 del Código Civil”, Tomo X, vol. 2.º, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa.
- AMAT LLARI, E. (2004) “La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSJ de 1 de abril de 2004”, *InDret*. [En línea] Working Paper de Derecho Catalán n.º 15, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/dc15_es.pdf.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1932) *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, Pueyo.
- CORDERO TABORDA, A. (2025) “Prohibiciones de disponer y Registro de la Propiedad: un análisis de la doctrina de la Dirección General”, [En línea] disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/prohibi->

- ciones-de-disponer-y-registro-de-la-propiedad-un-analisis-de-la-doctrina-de-la-direccion-general/.
- GARCÍA GARRIDO, M.J. (1986) *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, segunda edición, Madrid, Dykinson.
- GARRIDO DE PALMA, V.M. (2008) “Disposición de bienes fideicomitidos. (“Les cuento un sucedido”). *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2008.
- GARRIDO MELERO, M. (2004) “Los fideicomisos”, en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones. Vol. 1.º La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma*. Coord. J.F. Delgado de Miguel, Madrid, Thomson-Civitas.
- KIPP, T. (1976) *Derecho de Sucesiones*. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por R.M. Roca SASTRE. Volumen primero. Barcelona, Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J. RIVERO HERNÁNDEZ, F. RAMS ALBESA, J. (2001) *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, Madrid, Dykinson.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. (1955) “La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español”, *Anuario de Derecho Civil*, pp. 743 a 789.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1921) *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, quinta edición, Madrid, Reus.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (1999) *Las prohibiciones testamentarias de disponer*, Sevilla, Academia Sevillana del Notariado.
- PANIZA FUÑANA, A. (2016) “Sustitución fideicomisaria y división de cosa común: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 3, pp. 93-103.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2020) *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (1992) *Derecho de sucesiones, común y foral*. Tomo II. Segunda edición, Madrid, Dykinson.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, R. (1989) *Derecho de sucesiones*, tomo I, Barcelona, Bosch.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951) *Derecho Sucesorio*, Sevilla, Editorial Edelce.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982) *Panorama del Derecho de Sucesiones I. Fundamentos*, Madrid, Civitas.

NOTAS

¹ GARRIDO DE PALMA, V.M. (2008) “Disposición de bienes fideicomitidos. (“Les cuento un sucedido”). *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2008.

² Véase la voz *fideicommissum* en el *Diccionario de Jurisprudencia Romana* de M.J. GARCÍA GARRIDO (1986), segunda edición, Madrid, Dykinson, pp. 137-138.

³ Las Leyes Caducarias de Augusto y las Leyes Furia y Voconia.

⁴ “Pido, ruego, quiero, encomiendo a la fe” (G., 2249). “Te ruego y pido, Lucio Ticio, que tan pronto como puedas aceptar mi herencia la devuelvas y restituyas a Cayo Seyo” (G., 2250). “Quiero que al morir mi heredero Ticio mi herencia pertenezca a Publio Mevio” (G., 2277)

⁵ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2020) *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, 3 Tomos. Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1221.

⁶ Gaceta del Gobierno de 20 de octubre de 1820. El Decreto de supresión de mayorazgos y vinculaciones señala en su artículo 1: “Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres [...]”

⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982) *Panorama del Derecho de Sucesiones I. Fundamentos*, Madrid, Civitas, p. 289. Así lo reconoció ALONSO MARTÍNEZ: “no hay razón alguna, filosófica, jurídica, histórica ni económica que autorice una limitación tan exorbitante a la libertad del propietario”.

⁸ GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1950) *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*. Conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, Instituto editorial Reus, Madrid, 1950, pp. 101-102. No se trata —dice— de un caso de mera administración de la herencia, sino de conservación dinámica de la herencia; una situación objetiva de bienes en expectativa de destino.

⁹ GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1950) *Enajenación de bienes...*, cit. p. 931.

¹⁰ ROYO MARTÍNEZ, M. (1951) *Derecho sucesorio*, cit. pp. 157-158. Ninguna de las dos antagónicas concepciones carece de ventajas e inconvenientes. Escribía este ilustre jurista en 1951 que *si la vinculación produce un entumecimiento en la circulación y aprovechamiento de la riqueza, puesto que asegura a sus dueños un plácido goce de la misma caracterizado por la pasividad y el renunciamento a la especulación, no menos cierto es que la estabilidad de las familias y la existencia de estamentos o clases, cuya tradición y sólida base les permite asumir misiones directivas y funciones sociales, redundan en sosiego de la vida social, tan alterada bajo el trepidante signo del liberalismo*.

¹¹ STS 1071/1954, de 25 de octubre.

¹² Sentencia de 9 diciembre 1970. RJ 1970\5440. La posterior STS de 9 octubre 1986 (RJ 1986\5335), reitera la doctrina de la resolución anteriormente transcrita.

¹³ RJ 2003\6085. En el mismo sentido, la R. de 22 de marzo de 2011, que, a la pregunta de si el registrador puede exigir la acreditación de la necesidad que justifica la transmisión, resuelve que no, pues es una materia en la que interviene un alto grado de subjetividad y si el causante no exigió o condicionó la disposición a que el heredero acreditara la justificación de la necesidad, queda a criterio del heredero esa necesidad y no puede exigirla el registrador (ni el notario); todo ello sin perjuicio de que el acto dispositivo se pueda revisar en los tribunales, en su caso, a instancia de quien corresponda. (BOE-A-2011-6047).

¹⁴ STS núm. 624/2012 de 30 octubre, RJ 2013\2274; STS núm. 268/2010 de 13 mayo, RJ 2010\3694; STS núm. 63/2002 de 6 febrero, RJ 2002\993: la facultad del fiduciario para disponer *mortis causa* debe constar de forma expresa; SAP Zaragoza de 6 julio 1996, AC 1996\1352.

Como dijo la STS 7 enero 1959 (RJ 1959\119), “el fideicomiso de residuo puede revestir dos modalidades: 1.º En el supuesto de que el testador faculte a fiduciario para disponer de los bienes sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia (*si quid supererit*: si queda algo). 2.º En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un número del caudal, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*: de aquello que debe quedar)”. En el mismo sentido, las SSTs de 20 octubre de 1962 (RJ 1962\3980), 25 de mayo de 1971 (RJ 1971\2951), 25 de abril de 1983 (RJ 1983\2122) y 13 de marzo de 1989 (RJ 1989\2036) y la Resolución de la DGRN de 5 octubre de 1966 (RJ 1966\5050). En el primer caso —*si quid supererit*—, en realidad existe sólo un encargo —no exigible jurídicamente y el fiduciante atribuye al fiduciario la posibilidad de eludir sus propias previsiones. Por ello, puede afirmarse que el fideicomisario de residuo, si no recibe nada, no es heredero, porque el que haya bienes es *conditio iuris* de la institución (STS de 30 de marzo de 1955, RJ 1955\1123). Es titular sólo de una expectativa de adquisición. No es que el fideicomiso sea condicional —a condición de que queden bienes— sino que sólo adquiera derecho a bienes, cuando los hay, no cuando no los hay.

¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M. (1984) “Comentario de los artículos 781 a 784 del Código Civil”, *cit.* p. 333. Así, la Resolución de 16 de septiembre de 1929 rechazó la validez de la actuación por sus hijos fideicomisarios de los padres aún autorizados judicialmente (Gaceta de Madrid: núm. 259, de 16/09/1929, páginas 1796 a 1798).

¹⁶ Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, Auto 107/2008 de 31 de julio de 2008, rec. 117/2008.

¹⁷ La Resolución de 2 de abril de 1997 resuelve un supuesto en el que el causante ordenó, entre otras disposiciones, en cuanto a las fincas incluidas en la sustitución fideicomisaria condicional, que no podrán ser vendidas, gravadas ni de otra forma enajenadas ni aun con autorización judicial por sus hijas durante su vida, pudiendo sólo disponer de ellas por actos de última voluntad y precisamente a favor de sus hijos, si los tuvieren. El causante al establecer dicha prohibición lo hizo de manera absoluta, sin ninguna limitación ni excepción de ninguna clase, imponiendo incluso sanciones a las fiduciarias en caso de infracción de la prohibición, por lo que ésta resulta, por sus características, incompatible con cualquier subrogación real consistente en la venta, libres del fideicomiso, de dichas fincas para reemplazarlas con otros bienes.

¹⁸ SAP A Coruña 270/2017 de 13 de octubre de 2017; SAP de Pontevedra 600/2006, 9 de noviembre de 2006, que hace referencia a una anterior autorización judicial obtenida para enajenación por causa de utilidad y necesidad de los menores; SAP de Barcelona 322/2005, 13 de mayo de 2005. No basta para la eficacia de las cláusulas de prohibición de disponer la simple voluntad del testador, sino que es preciso además un interés justo y legítimo en cuyo servicio se impusiera aquélla, interés que podía ser del propio disponente, del gravado o de un tercero, lo cual se justifica por el carácter excepcional que tiene la prohibición o limitación de disponer respecto al principio general de libertad del derecho de propiedad. En este caso, si bien la prohibición se impone a una de las herederas durante el tiempo en que viva la esposa del testador, se especifica más adelante que lo dicho se aplicará igualmente en el supuesto de que su citada hija sin premorir al testador, falleciere dejando hijos, estableciéndose la sustitución fideicomisaria siguiente: éstos (los nietos del testador) heredaran los bienes que compongan la herencia, siempre con las mismas condiciones establecidas, las cuales quedarán sin efecto también al ocurrir el fallecimiento de la esposa viuda.

¹⁹ En el derecho catalán es preciso notificar a los fideicomisarios las adjudicaciones en pago o enajenaciones de bienes para hacer frente a las deudas del causante siempre que el dinero no haya sido suficiente (arts. 218, 219, 225 y 226 CS). Vid. AMAT LLARI, E. (2004) “La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STS/JC de 1 de abril de 2004”, *InDret*. Working Paper de Derecho Catalán n.º 15.

²⁰ Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, Auto 107/2008 de 31 de julio de 2008, Rec. 117/2008.

²¹ La STS de 11 de septiembre de 2013 interpreta el derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 CC y su relación con las delaciones hereditarias y con la sustitución y el fideicomiso. El TS afirma que el derecho de transmisión no constituye una nueva delación sucesoria en el sentido de alterar el ius delationis originario y fija criterios sobre cuándo el transmisor debe intervenir en supuestos de sustituciones y transmisiones múltiples.

²² Resolución de 22 de febrero de 1864

²³ ROCA SASTRE, R.M. (1954) *Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, Bosch, p. 361, las define como “las restricciones o limitaciones impuestas al ejercicio de la facultad dispositiva que normalmente integra el contenido de un derecho subjetivo y, en cuya virtud, el titular del mismo no puede válidamente enajenarlo, gravarlo o disponer de él”.

Como señaló la Resolución de 28 de enero de 2016, *al no habersele transmitido la facultad dispositiva*. BOE n.º 36 de 11 de febrero de 2016.

²⁴ En las sustituciones fideicomisarias, señala LACRUZ BERDEJO, no hay una prohibición de disponer, sino simplemente limitaciones a la facultad de enajenar. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J. RIVERO HERNÁNDEZ, F. RAMS ALBESA, J. (2001) *Elementos de Derecho Civil V*, Sucesiones, Madrid, Dykinson, p. 334.

²⁵ STS 1370/1999.

²⁶ Doctrina anteriormente recogida en la resolución de 29 de enero de 1988. Vid, sobre esta resolución, el comentario de PANIZA FUÑANA, A. (2016) “Sustitución fideicomisaria y división de cosa común: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 3, págs. 93-103.

²⁷ La STS de 29 de noviembre de 1990, que aplica la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, establece que cuando se trata de un puro acto particional se puede pedir la división de la cosa común y practicar la división con los demás herederos, sin necesidad de que intervengan los fideicomisarios.

²⁸ CORDERO TABORDA, A. “Prohibiciones de disponer y Registro de la Propiedad: un análisis de la doctrina de la Dirección General”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/prohibiciones-de-disponer-y-registro-de-la-propiedad-un-analisis-de-la-doctrina-de-la-direccion-general/>. Fecha de la última consulta: 18 de septiembre de 2025.

²⁹ RRDGRN de 13 de abril de 2012, 31 de enero de 2013, 28 de enero de 2016 y 5 de noviembre de 2019.

³⁰ Respecto de la hipoteca de bienes litigiosos, cuando consta otro titular registral de la finca con una anotación preventiva de sentencia no firme que no atribuye aún la plena propiedad al vendedor, esta anotación no implica ninguna modificación jurídico-real a favor del hipotecante, sino solo que cuando llegue a ser firme la sentencia tendrá efectividad contra terceros (R. de 26 de enero de 2012). De la misma manera sería admisible la hipoteca de un bien fideicomitido. El acreedor hipotecario conoce la limitación y la asume.