

1.4. Sucesiones

El incomprensible uso como sinónimos de dos figuras jurídicas diferentes: el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria

The incomprehensible use as synonymus of two differents legals instruments: fideicommissum and trusteeship estate

por

PEDRO IGNACIO BOTELLO HERMOSA

Doctor Internacional en Derecho Civil. Universidad de Sevilla

RESUMEN: Dada la importancia adquirida por la sustitución fideicomisaria en el Derecho Sucesorio español tras la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, momento a partir del cual fue elegida por el legislador español como la institución mediante la cual vulnerar el principio histórico de la intangibilidad de la legítima estricta, la doctrina española y el Tribunal Supremo deben poner fin al error en el que se viene incurriendo desde hace tiempo a la hora de dirigirse al fideicomiso y la sustitución fideicomisaria como si fuesen la misma institución, ya que en realidad son, y siempre lo han sido, dos figuras jurídicas distintas.

ABSTRACT: *By the establishment of the Law 41/2003 of Patrimonial Protection of Persons with Disabilities the trusteeship estate became in 2003 one of the most important concept of Spanish Succession Law. It was chosen by the legislature in 2003 as a legal instrument and this is how, for the first time, the sacred and historic principle of the intangibility of legislation was violated. So the Spanish doctrine and the Supreme Court must leave the use as synonymus the fideicommissum and the trusteeship estate, because in reality are two differents legals instruments.*

PALABRAS CLAVES: Fideicomiso. Sustitución Fideicomisaria.

KEY WORDS: *Fideicommissum. Trusteeship estate.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INCOMPRENSIBLE USO COMO SINÓNIMOS DE LOS TÉRMINOS FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA. 2. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL RESPECTO. 3. EL USO EXCLUSIVO DEL TÉRMINO «FIDEICOMISO» EN CATALUÑA PARA REFERIRSE A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 4. LA CONFUSIÓN EN NUESTRA DOCTRINA.—III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho antiguo de Roma solo podían recibir liberalidades *mortis causa* aquellas personas que gozase de la *testamentifactio*, por lo que todo aquel que careciese de la misma quedaba incapacitado para heredar.

Dentro de dichos grupos de personas incapacitadas para heredar destacaban los extranjeros o *peregrini*, los desterrados o proscritos (víctimas de las guerras civiles), así como las personas inciertas, los póstumos, e incluso las mujeres romanas en ciertos supuestos (limitaciones que introdujo la *Lex Voconia*, 167 a.C.).

Y fue precisamente la protección de estas personas el origen del fideicomiso, es decir, favorecer con liberalidades *mortis causa* a las personas incapacitadas por ley para recibirlas.

Cuenta COSTA¹ que para eludir el rigor del Derecho Civil de la época en cuanto a la imposibilidad de heredar por parte de todas estas personas que no gozaban de *testamentifactio*, se ideó un medio indirecto: disponer a favor de una persona capaz y rogarle en el testamento, o bien reservadamente, de palabra o por escritos privados, que restituyese la herencia o el legado a la persona incapaz que el testador le designaba.

Era una liberalidad indirecta, confiada al honor y a la buena fe del instituido y dependiente por entero de su voluntad, no de la ley, de donde vino el llamarse fideicomisos (derivado del término latino *fideicommisum*, compuesto por las palabras *fides*: «compromiso solemne», «juramento»; y *commisum*: «encargo», «cosa confiada»).

El fiduciario en el fideicomiso no disfrutaba de la herencia fideicomitida, sino que simplemente se limitaba a cumplir con el encargo del testador, transmitiendo de forma inmediata los bienes fideicomitidos a la persona que carecía de capacidad para heredar por sí misma.

Por ello, podemos definir el fideicomiso como el encargo mediante el cual una persona encomendaba a la lealtad y conciencia de otra, el cumplimiento inmediato a la muerte del primero de una serie de disposiciones patrimoniales a favor de un tercero, surgiendo, pues, como un simple ruego aislado totalmente del rigor del Derecho Civil, pero apoyado en la *fides*², que era uno de los rasgos esenciales del carácter nacional de la época.

Por su parte, la sustitución fideicomisaria es la disposición testamentaria en cuya virtud el testador concede al heredero fiduciario el derecho a disfrutar de la herencia fideicomitida como propietario, si bien al mismo tiempo le impone la obligación de conservar y restituir la herencia fideicomitida a los herederos fideicomisarios ya designados en testamento.

Llegados a este punto he de reconocer que la conexión entre ambas instituciones radica en el que el origen de la sustitución fideicomisaria se encuentra precisamente en una modalidad del fideicomiso romano llamado *fideicommisum familiae relictum* o fideicomiso familiar romano. Entre otros OSSORIO MORELLES³ considera que «la sustitución fideicomisaria tiene su antecedente en el fideicomiso romano, y especialmente en una modalidad de este, el “fideicommisum familiae relictum”».

Ya en el siglo II dC, por parte de los padres era general el deseo de evitar la disolución de los patrimonios que se disipaban en manos de los hijos, por lo que surgió la idea de prohibir la enajenación de los bienes a fin de conservarlos en la familia para siempre⁴.

Para ello surgió el *fideicommisum familiae relictum*, a través del cual, el testador podía vincular la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia median-

te un orden sucesivo de restituciones, quedando privada a los beneficiarios la facultad de enajenar.

Mediante el fideicomiso familiar el causante podía ordenar al fiduciario que tras disfrutar este de la herencia por un periodo de tiempo (por regla general hasta su muerte), lo restituyese a favor de una persona determinada, o igualmente podía establecer que directamente fuese el beneficiario el que eligiese al próximo heredero, o incluso, podía el testador ordenar el fideicomiso a favor de todos los miembros de la familia, por lo que habrá de estarse a lo que se entendía por familia. En la época de Justiniano, el término *familia* englobaba tanto a los ascendientes, descendientes y parientes, como al yerno y a la nuera a falta de estos, y, en último lugar, a los libertos.

Pero la esencia del fideicomiso de familia era, sin lugar a dudas, la prohibición de enajenar los bienes objeto de la herencia, lo cual suponía que el patrimonio del testador iría pasando de unas manos a otras dentro siempre de su familia.

Por ello se entiende que el fideicomiso familiar romano, origen de nuestra sustitución fideicomisaria, y el fideicomiso romano no son la misma institución. Así, por ejemplo, lo reconoce CASTÁN⁵, cuando cuenta que «*el Senado-Consulio Pegasiano llegó a exigir la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Y con ello quedaron casi anulados la utilidad y fines de la institución. Pero como una variedad del fideicomiso, apareció en la misma Roma otra institución que respondía a fines muy distintos, y ha sido el germen de las modernas instituciones fideicomisarias: nos referimos al fideicomiso sucesivo gradual o familiar (fideicommissum familiae relictum), por medio del cual el testador hacía varios llamamientos para la restitución sucesiva de los bienes o prohibía la enajenación de los mismos con objeto de que se conservaran en los individuos de una familia determinada.*

O en la misma línea PUIG BRUTAU⁶, que considera que «*el fideicomiso perdió su utilidad en Roma cuando el Senado Consulio Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Pero entonces empezó la evolución que ha conducido a que se distinga claramente el fideicomiso puro de la sustitución fideicomisaria. La estructura del fideicomiso romano permaneció al servicio de una función diferente: la que permitía al causante vincular su herencia a una trayectoria predeterminada, de manera que fueran titulares de sus bienes varias personas sucesivamente. Combinándose las ideas de sustitución y fideicomiso, se disponía que este favoreciera ante todo al heredero instituido en primer lugar, y después, transcurrido cierto plazo o cumplida una condición (generalmente, fallecido el primer instituido), que los bienes del fideicomiso pasaran a un segundo instituido. Es a lo que se llamó substitutio fideicomissaria, origen del fideicommissum familiae relictum, del que deriva la moderna sustitución fideicomisaria.*

De hecho entre el fideicomiso romano y el fideicomiso familiar romano se aprecian, entre otras, las siguientes diferencias:

- El fideicomiso familiar romano obligaba al fiduciario a conservar los bienes fideicomitidos hasta su muerte, o hasta que se cumpla la condición fijada por el testador; mientras que a través del fideicomiso romano, la transmisión o restitución de los bienes debía producirse de manera inmediata, o en un plazo muy breve de tiempo, a favor de la persona que carecía de *testamentifactio*.
- Otra diferencia la encontramos en el hecho de que el fideicomiso familiar romano conlleva la inalienabilidad de los bienes y un orden pre establecido de suceder, cosa que no sucede en el fideicomiso romano.

Una vez acreditado el origen de la sustitución fideicomisaria (único motivo por el cual considero que dicha institución puede confundirse con el fideicomiso), paso a centrarme en el contenido actual de la institución.

Su definición queda comprendida en el artículo 781 del Código Civil que establece: *«las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».*

La mayoría de tratadistas coincide en establecer las mismas líneas directrices de la figura basándose, para ello, en el contenido del propio artículo 781 del Código Civil.

Así, DE DIEGO⁷ define la sustitución fideicomisaria como aquella disposición testamentaria en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita el todo o parte de la herencia a terceras personas expresamente llamadas por el testador, siempre que no pasen del segundo grado o vivan todas al tiempo del fallecimiento de este, o, en ciertos casos, sin nominal determinación y sin limitación de llamamientos mediante el cumplimiento de determinados requisitos.

TRAVIESAS⁸ expone que en las sustituciones fideicomisarias el testador designa sucesores suyos en serie, para que todos lo sean efectivamente, unos después de otros, con obligación en el sucesor anterior de conservar y restituir al posterior todos o parte de los bienes hereditarios. El llamado en segundo término recibe la herencia o el legado a través del llamado en primer término, que llega a ser sucesor.

Mientras que ROCA SASTRE⁹ entiende que la sustitución fideicomisaria no es más que la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero.

Concluyo esta breve introducción resaltando que aunque la sustitución fideicomisaria tiene como origen una modalidad del fideicomiso (el llamado *fideicomissum familiae relictum*), también lo es que ateniéndonos simplemente a la definición de una y otra institución llegamos a la conclusión de que la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso son dos figuras completamente diferentes.

II. EL INCOMPRENSIBLE USO COMO SINÓNIMOS DE LOS TÉRMINOS FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Es una realidad el hecho de que a día de hoy, gran parte de la doctrina y jurisprudencia española a la hora de hacer referencia a la sustitución fideicomisaria lo sigue haciendo con el término *«fideicomiso»*.

Es decir, que se usan ambos términos como sinónimos, *«fideicomiso»* y *«sustitución fideicomisaria»*, produciéndose con ello, bajo nuestro punto de vista, una gravísima confusión terminológica que debería de ser tenida en cuenta por nuestro legislador como problema a resolver, ya que no se trata de una simple cuestión de nomenclatura, sino de algo más trascendente, al tratarse de diferentes figuras jurídicas que no deben, ni tienen por qué, ser confundidas.

En este sentido, PUIG FERRIOL¹⁰ argumenta que *«durante mucho tiempo, fideicomiso y sustitución fideicomisaria fueron tratados como si formaran una sola institución, sin reparar en que respondían a dos concepciones y a dos épocas distintas. Ello tenía sus inconvenientes, pues se pretendía explicar con materiales sacados del Derecho romano primitivo situaciones que obedecían únicamente a peculiaridades propias de este Derecho, con lo cual aumentaban las confusiones en*

una materia ya de por sí difícil. En los últimos tiempos, los tratadistas procuraron poner de relieve las diferencias existentes entre una y otra figura».

Efectivamente, no son pocos los autores que se encargaron de exponer las diferencias entre una y otra institución.

Así, por ejemplo, CASTÁN¹¹ reconoce que «*la dualidad de herederos diferencia la sustitución fideicomisaria del fideicomiso romano. En la primera el fiduciario es realmente heredero y disfruta, como tal, de la herencia, mientras que en el segundo el fiduciario aparece como un mero mandatario o ejecutor testamentario, encargado de entregar los bienes al verdadero heredero. En la sustitución fideicomisaria hay, por consiguiente, dos o más liberalidades; en el fideicomiso una sola liberalidad... La distinción entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria resulta reconocida y confirmada por la jurisprudencia».*

Por su parte, JERÓNIMO LÓPEZ¹² expone: «*extrañará que los autores antiguos se refieran indistintamente al fideicomiso (de residuo o no) y a la sustitución fideicomisaria (de residuo o normal), porque en la actualidad (a partir de la formación de los Códigos civiles) se diferencian netamente los conceptos de fideicomiso y de sustitución fideicomisaria, y se establece una diferencia tajante entre ambos. En el fideicomiso, institución propia del Derecho romano, un heredero (fiduciario) está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario, que no lo es; en la sustitución fideicomisaria moderna se establecen, en cambio, dos o más liberalidades a favor de personas llamadas como herederos en orden sucesivo, lo que significa la superación del principio romano "semel heres, semper heres". De esta diferencia de configuración se derivan consecuencias importantes».*

DE BUEN¹³, con el que coincide literalmente DOMINGO AZNAR¹⁴ durante las quince páginas que dedica en su obra al respecto, expone: «*El rigor conceptual obliga a lamentar la lastimosa confusión de dos figuras del Derecho sucesorio, que, como el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, son, en sí, completamente diferentes y que, por lo mismo, debieran recibir (y reciben) un trato jurídico distinto. (...) Dejando aparte cuestiones de léxico, que tienen, sin embargo, su importancia, lo cierto es que, según queda expuesto más atrás, ninguna de las notas que caracterizan a la sustitución fideicomisaria, se dan en el fideicomiso. (...) Las notas diferenciales, pues, resaltan de tal modo, que la confusión —a efectos dogmáticos— está injustificada por completo».*

En el mismo sentido se expresa SÁNCHEZ ROMÁN¹⁵ cuando argumenta: «*tratamos únicamente de recordar los conceptos fundamentales que han de servirnos para apreciar en su verdadero valor las disposiciones del Código y para evitar confusiones en que, dada la complicación de la materia, sería fácil incurrir como han incurrido ilustrados tratadistas. Así el Sr. Falcón, al tratar de ella encabeza su explicación con el epígrafe: Sustituciones fideicomisarias o fideicomisos. (...) Con lo que antes se ha dicho basta para comprender que no es enteramente exacto lo que afirma el Sr. Falcón, y que se equivoca al confundir dos instituciones que presentan distintos caracteres».*

Y la autora SOLÉ RESINA¹⁶, por su parte, considera «*importante distinguir ya de inicio el fideicomiso de la sustitución fideicomisaria. En el fideicomiso, el primer llamado ha de hacer entrega de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata; mientras que en la restitución fideicomisaria, la restitución tiene lugar después de un tiempo (cuando llega el término o se cumple la condición impuesta), de modo que hasta este momento el fiduciario conserva los bienes y los tiene en su dominio».*

Igualmente, nuestro Tribunal Supremo no duda en considerar diferentes ambas instituciones, como refleja, por ejemplo, en su sentencia de 11 de enero

de 1996¹⁷, donde establece que: «*Las diferencias más notorias entre ambas instituciones son:*

- a) En el fideicomiso puro hay una sola liberalidad, pues el testador contempla y dispone a favor de una sola persona o de varias a la vez, en cambio en la sustitución fideicomisaria, existen al menos dos actos de liberalidad, uno a favor del heredero fiduciario y otro a favor de los herederos fideicomisarios, existe, pues, una sucesión en la herencia, es decir, dos o más liberalidades, cosa que no ocurre en el fideicomiso.*
- b) En el fideicomiso el fiduciario no es heredero, sino «ejecutor testamentario», en la medida en que el testador le encarga sobre la base de la confianza la entrega de la herencia al heredero, en cambio en la sustitución fideicomisaria el fiduciario es heredero.*
- c) En el fideicomiso existe un encargo o ruego del testador al fiduciario acerca de que cumpla su voluntad, en cambio en la sustitución fideicomisaria existe para el fiduciario una obligación jurídica de conservar y transmitir los bienes de la herencia a los herederos fideicomisarios.*
- d) En el Derecho civil común se regula la sustitución fideicomisaria, pero no el fideicomiso».*

Leyendo la opinión de estos autores y la línea marcada por el Tribunal Supremo, lo lógico es que el lector se plantea: ¿pero entonces, quién y por qué se confunden ambas instituciones?

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA

Lo cierto es que el origen de dicha confusión data de la época romana, permaneciendo, posteriormente, en nuestro Derecho Castellano, en nuestra época codificadora, e incluso, en la actualidad.

En mi opinión fue el Código de las Partidas (considerado por VALLET DE GOYTISOLO¹⁸ como el Código más sistemático y perfecto recogido en el Derecho Romano en una lengua romance) el que inició la confusión terminológica, ya que en su Ley 14, Partida 6.^a, Título V, regulaba en su primer apartado el fideicomiso romano puro bajo el término de sustitución fideicomisaria al recoger que: «*la sustitución que es llamada en latín fideicommissaria quiere decir establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno que la herencia desea de su mano que le dé a otro*».

GONZÁLEZ PALOMINO¹⁹ en este sentido argumenta que «*Las Partidas, bajo el nombre de sustitución fideicomisaria, regularon el fideicomiso romano puro, o sea: el «establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro»*. Algunos autores manipulan con el fideicomiso como si se tratara de una verdadera sustitución, basándose en un equívoco que existe en la misma ley, y puede causar despistes, si no se va preventido».

El propio GONZÁLEZ PALOMINO²⁰, de forma simpática y brillante, expuso en referencia a la confusión ya en el Derecho Castellano que «*sobre un fondo de paisaje, que parece romano, se destacan perfiles netos de figuras autóctonas con trajes de época. El cuadro armoniza los diversos elementos, y no es menos castellano por estar pintado, como los de Velázquez, con técnica aprendida de los viejos maestros de Italia, ni menos original. Si buscamos en él a Doña Sustitución Fideicomisaria nos llevaremos un chasco. A primera vista se observa al pie de una de las*

figuras escrito ese nombre. Pronto nos percatamos que no debe de tratarse de una dama porque tiene barba. Se trata, en efecto, del señor Fideicomiso Romano, al que los pintores de cámara de Don Alfonso el Sabio cambiaron de nombre y de sexo».

También contribuye a la confusión doctrinal el hecho de que cuatro años antes de la publicación del Código Civil, ALONSO MARTÍNEZ (para muchos, el «autor» del Código Civil), en su obra *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, llegó a titular su capítulo V, dedicado a la sustitución fideicomisaria, como «*Del Fideicomiso*», denominando la institución a lo largo de su obra indistintamente como «sustitución fideicomisaria» y «fideicomiso»²¹.

Evidentemente, el hecho de que ALONSO MARTÍNEZ usase ambos conceptos para referirse a la figura que centra nuestro estudio puede justificar la confusión terminológica existente entre los autores de aquella época. Pero ¡ojo!, solo entre los autores de entonces, porque a partir de la publicación del Código Civil, la regulación de la institución llevada a cabo en los artículos 781 a 789 del Código Civil únicamente hace referencia a ella como sustitución fideicomisaria, y nunca como fideicomiso, lo cual descarta la posibilidad de que los autores posteriores a la publicación del Código Civil se sigan dirigiendo a la institución indistintamente como fideicomiso o sustitución fideicomisaria.

Es decir, que, en nuestra opinión, de haberse mantenido en la redacción de nuestro del Código Civil ambos términos a la hora de regular la institución (como, por ejemplo, sucede en Portugal²²), el uso indistinto de los dos conceptos para dirigirse a la sustitución fideicomisaria sería una realidad. Pero no fue así.

2. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL RESPECTO

Particularmente creo que es inexplicable el hecho de que nuestro Alto Tribunal en alguna de sus sentencias reconozca claramente las diferencias entre una y otra institución, mientras que en otra usa como sinónimos los términos de fideicomiso y sustitución fideicomisaria.

Traigo a colación al presente estudio algunas de las muchísimas sentencias que así lo acreditan, como por ejemplo, la de 19 de mayo de 1952²³, que establece «que ciertamente no cabe asimilar en absoluto las facultades del fiduciario a las del usufructuario, porque como dijo la sentencia de 26 de febrero de 1919 y lo reconoce la doctrina científica, el usufructo y la sustitución fideicomisaria condicional son instituciones jurídicas distintas... por ello es aplicable al fideicomiso por analogía la norma del artículo 480 del Código Civil...».

O la sentencia de 19 de noviembre de 1964²⁴, que recoge en su penúltimo Considerando que «los hoy litigantes, ni están llamados expresa y claramente a la sucesión, ni..., indispensable para el nacimiento de la sustitución fideicomisaria en su interpretación literal; (...) resulta imposible estimarlos herederos de don Sixto ni en forma directa ni en la de fideicomiso».

Más recientemente, en la sentencia de 28 de junio de 2002²⁵, expone nuestro Tribunal Supremo, siempre tratando ambos términos como sinónimos, que: «En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo «cum liberis decesserit» por lo que este es el fideicomisario, adquiere los bienes y el fideicomiso se purifica. (...) en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria».

También en la sentencia de 22 de junio de 2010²⁶ se contempla que «los bienes de la mejora de que no hubiera dispuesto por actos inter vivos, los conservará y transmitirá en sustitución fideicomisaria al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado...; (...) ordenando que aquello de que no hubiere dispuesto la legataria

por actos inter vivos, lo conserve y transmita en sustitución fideicomisaria...; (...) Según la disposición testamentaria del causante, si el mejorado, don Landelino, hubiera tenido un hijo varón —que viviera al tiempo de su muerte— la sustitución fideicomisaria no habría tenido lugar...; (...) el causante —padre de don Landelino— confirió a aquél absoluta facultad de disponer «inter vivos» de los bienes objeto del fideicomiso..., y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo señalado por el causante que estableció el fideicomiso».

En la sentencia de 2 de noviembre de 2010²⁷ se recoge que «*la demanda que ha dado lugar al presente proceso fue interpuesta por los herederos de don Fructuoso frente a los herederos de doña Agustina interesando en definitiva la efectividad de la sustitución fideicomisaria establecida en su día por el esposo de esta... Doña Agustina gozaba de las más amplias facultades de disposición sobre los bienes heredados del mismo tanto «inter vivos» como «mortis causa» de modo que, incluso, los que eran objeto de fideicomiso podían ser transmitidos a personas distintas de los fideicomisarios, extinguiendo así el fideicomiso, pero no puede entenderse que producía tales efectos extintivos del fideicomiso la disposición efectuada en testamento precisamente a favor del fideicomisario y sobre los bienes objeto del fideicomiso, pues cabalmente ha de entenderse que en tal caso la fiduciaria no hacía otra cosa que ratificar los términos del fideicomiso...».*

En la sentencia de 18 de marzo de 2011²⁸ expone nuestro Alto Tribunal: «*En las sustituciones fideicomisaria condicionales el fiduciario puede enajenar los bienes sujetos a la condición, de modo que no es esencial que el testador imponga la carga de conservar, porque va implícita en dicho fideicomiso... que demuestran que dichos nietos se consideraban herederos libres en relación a los bienes sometidos al fideicomiso».*

Queda sobradamente acreditado que el Tribunal Supremo usa indistintamente los términos sustitución fideicomisaria y fideicomiso para dirigirse a la institución. ¿El motivo? No se me ocurre ninguno.

Lo que sí que considero es que el hecho de que el Tribunal Supremo se dirija a la sustitución fideicomisaria también como fideicomiso puede servir como justificación a la confusión terminológica en la que caen algunos autores, aunque no a todos, tal y como justificaré a continuación.

3. EL USO EXCLUSIVO DEL TÉRMINO «FIDEICOMISO» EN CATALUÑA PARA REFERIRSE A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Al igual que ocurriese en las Partidas, en el Código Civil catalán actual se usa el término fideicomiso para dirigirse a la sustitución fideicomisaria.

El origen de tal confusión se debe, en mi opinión, a la originaria Compilación de Cataluña de 1960 (Texto Refundido de 19 de julio de 1984) donde, por un lado, se regulaba el fideicomiso puro, y por el otro, la sustitución fideicomisaria o fideicomiso de sustitución.

De hecho, el artículo 163 de la Compilación catalana recogía: «*En el fideicomiso puro, el heredero o legatario tendrá la condición de fiduciario, con la obligación de cumplir el encargo de transmitir la totalidad o una cuota de la herencia o legado, sin que pueda hacer suyos los frutos, salvo autorización del testador.*

En el fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria, el fiduciario adquirirá la herencia o el legado con el gravamen de que, finalizado el término o cumplida la condición, haga tránsito al fideicomisario la totalidad o la cuota fideicomitida de la herencia o del legado.

Las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales, salvo voluntad contraria del causante».

Es decir, que el fideicomiso romano como simple ruego del causante hacia el fiduciario para que, en base a su buena fe, cumpliera su encargo, existió como tal en la Compilación catalana, y de ahí el uso totalmente justificado del término fideicomiso en aquella época.

O'CALLAGHAN²⁹ en tal sentido indica que «*la característica del primitivo fideicomiso romano, que era el encargo a la bona fides del fiduciario de cumplir la disposición del causante, todavía inspira la redacción del párrafo 1.º del presente artículo 163. Esta norma recoge el concepto romano evolucionado, al no referirse a la buena fe sino a la obligación, pero mantiene la idea del encargo»;* mientras que ROCA SASTRE³⁰ llega a afirmar que «*el articulado de la Compilación sobre fideicomisos se apoya sustancialmente en materiales romanos. Algun artículo, como el 186, es casi copia de las leyes «Sed quia» y «Sin autem» de Justiniano (Codex, VI-43, ley 3, párrafos 2.º y 3.º), relativas a la enajenación de bienes fideicomitidos».*

La coexistencia de los fideicomisos puros con la sustitución fideicomisaria en Cataluña tuvo lugar hasta la aprobación del Código de Sucesiones catalán (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), el cual regula la institución fideicomisaria en su capítulo VII de forma amplia y completa, concretamente entre sus artículos 180 a 249.

En su Preámbulo, el Código de Sucesiones en su apartado IV, letra c), dedica a los fideicomisos las siguientes palabras: «*El Capítulo VII contiene una completa regulación de los fideicomisos, históricamente tan frecuentes en Cataluña. Se ha conservado casi íntegro el texto de la Compilación de 1960, con algún complemento tomado del anteproyecto de 1.955, pero se han introducido las siguientes modificaciones:*

- a) *Se suprime la figura del fideicomiso puro, con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución»*

Es decir, que a partir del Código de Sucesiones, en Cataluña se suprimieron los fideicomisos puros, y se apostó única y exclusivamente por el uso de la sustitución fideicomisaria.

Sin embargo, el legislador catalán de 1991, tras erradicar por completo el uso de los fideicomisos puros en el Código de Sucesiones, y apostar por la sustitución fideicomisaria, decidió, bajo nuestro punto de vista de forma incomprensible, dirigirse a esta institución indistintamente con ambos términos, originándose desde entonces, una confusión terminológica respecto a la institución que perdura hasta nuestros días.

Prueba de ello es que el título del capítulo VII del Código fuese «*Los fideicomisos»;* y, en cambio, en su articulado se usaban indistintamente los términos «*fideicomiso»» y «*sustitución fideicomisaria»»; cuando en realidad, reiteramos, ya única y exclusivamente se regulaba la sustitución fideicomisaria.**

RÍVAS MARTÍNEZ³¹ en este sentido manifiesta que «*aunque la norma transcrita utiliza la expresión general «fideicomisos» (por arrastre de la letra de la Compilación) se refiere a las cláusulas fideicomisarias».*

Más recientemente, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante del Código Civil catalán), relativo a las sucesiones, siguiendo la Compilación de Cataluña de 1960 y el Código de Sucesiones de Cataluña, regula la sustitución fideicomisaria de forma amplia en los artículos 426-1 a 426-59.

A diferencia de lo sucedido en el Código de Sucesiones, lo cierto es que el del Código Civil catalán utiliza en contadas ocasiones el término «*sustitución fideicomisaria*», usando por regla general para dirigirse a la institución el de «*fideicomiso*». Incluso, el Capítulo VI, del Título II, del Libro IV del Código Civil catalán, dedicado a la institución, lleva por título: «*Los fideicomisos*».

¿Por qué volvió a dejar pasar la oportunidad el legislador catalán de 2008 de arreglar la confusión terminológica iniciada por el legislador de 1991? Es decir, ¿por qué no usó exclusivamente el término de sustitución fideicomisaria para dirigirse a esta institución?

Particularmente no encuentro respuesta a tales cuestiones, pero de lo que no me cabe ninguna duda es de que cuando el del Código Civil catalán hace referencia al fideicomiso está dirigiéndose a la sustitución fideicomisaria y no al fideicomiso puro, pudiéndose extraer tal conclusión del artículo 426-1, cuando expone: «*1. En el fideicomiso, el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen de que, una vez vencido el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito al fideicomisario. 2. Los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después de otro*

Y es que, desde el momento en el que afirma que el fiduciario es realmente un verdadero heredero y disfruta como tal de la herencia, no cabe la menor duda de que el del Código Civil catalán regula una sustitución fideicomisaria, y no un fideicomiso, aunque a ella se refiera como tal, ya que de haberse tratado de un fideicomiso en lugar de una sustitución fideicomisaria, el fiduciario no disfrutaría de la herencia fideicomitida, sino que únicamente se limitaría a entregar los bienes al verdadero heredero, es decir, al fideicomisario.

Por último, hemos de reconocer que en la actualidad, por rocambolesca que resulte la afirmación, los autores que se dirigen a la sustitución fideicomisaria de Cataluña podrán hacerlo indistintamente con el término fideicomiso o sustitución fideicomisaria, porque así lo contempla el propio del Código Civil catalán, si bien en realidad estarán haciendo referencia siempre a la sustitución fideicomisaria.

4. LA CONFUSIÓN EN NUESTRA DOCTRINA

Por todos los motivos anteriormente expuestos parece lógico afirmar que la confusión que lleva a algunos autores³² a usar como sinónimos los términos sustitución fideicomisaria y fideicomiso está más que justificada, ya que, por ejemplo, así lo hizo en su época uno de los «redactores» del Código Civil, ALONSO MARTÍNEZ, y así lo sigue haciendo, en la actualidad, nuestro Tribunal Supremo; o, incluso, por el hecho de que la sustitución fideicomisaria de nuestro Derecho Común se conozca en Cataluña como fideicomiso.

Como ejemplo de los muchos autores que usan indistintamente ambos términos para referirse a la sustitución fideicomisaria traemos a colación la opinión de MANRESA³³, el cual, aunque sin justificar el motivo que le lleva a ello, titula el apartado dedicado al estudio de los problemas que puede conllevar la interpretación de la sustitución fideicomisaria como: «*Problemática del fideicomiso*»; o el autor GALICIA AIZPURUA³⁴, que a la hora de fijar las clases de sustituciones fideicomisarias posibles refleja: «*Cabe distinguir, según concurre o no deber de conservar, dos clases o tipos de sustituciones fideicomisarias (la normal y la de residuo)... A su vez, uno y otro tipo de fideicomiso (o sea, el ordinario y el de residuo)*»; o también RIVAS MARTÍNEZ³⁵, que a lo largo de toda su obra usa

indistintamente los términos «fideicomiso» y «sustitución fideicomisaria» para referirse a esta última figura.

Sin embargo, entiendo necesario remarcar que junto a estos autores cuya confusión terminológica puede llegar a justificarse, existen otros cuya actuación al respecto resulta más difícil de entender.

Me refiero a aquellos que con carácter previo se ocupan de resaltar las diferencias existente entre una y otra institución, para, posteriormente, acabar usándolas como sinónimos.

Así, por ejemplo, ROCA SASTRE³⁶, que expone: «*la existencia de esta característica diferencial entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria es fácil de comprobar, no solo desde el punto de vista institucional, sino en el orden histórico*», para acto seguido, y ya durante el resto de la obra, usar indistintamente los términos «fideicomiso» y «sustitución fideicomisaria» de forma indistinta para dirigirse a esta última.

En otro de sus estudios³⁷, en cambio, equipara directamente ambas instituciones a la hora de definir la sustitución fideicomisaria, exponiendo que: «*el fideicomiso a término o bajo condición, o sea, la sustitución fideicomisaria...*».

Aunque el razonamiento que más me sorprende a la hora de justificar el uso como sinónimos de ambos términos es el de ALBALADEJO³⁸, ya que el ilustrísimo profesor argumenta que «*a la sustitución fideicomisaria que voy a estudiar se le llama también, por abreviar, fideicomiso. (...) De modo que, el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona que no quiere como heredero, sino (...). Ese fideicomiso está hoy prohibido en el Código Civil (...). Sin embargo, por brevedad, y como ya he advertido, en la exposición que sigue hago a veces de fideicomiso para referirme a la sustitución fideicomisaria*».

El propio ALBALADEJO³⁹ sigue afirmándose en su pensamiento en una obra de gran influencia para todos los juristas españoles, como es el *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, cuando a la hora de comentar el artículo 781, comienza exponiendo: «*A la sustitución fideicomisaria se le llama también, por abreviar, fideicomiso. Con esta palabra hoy se hace referencia al establecimiento de herederos para que reciban sucesivamente la herencia del testador, o herencia fideicomitida o fideicomiso. De modo, pues, que el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue, no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona a la que no quiere realmente como heredero, sino a la que confía la misión de que se haga cargo de la herencia simplemente para el fin de entregarla a la persona, el fideicomisario, a quien el difunto dispuso, que es la única que este quiere como sucesor. Este fideicomiso como el romano, está hoy prohibido en el Código Civil*».

También equipara ambas figuras ALBALADEJO⁴⁰ en su propio manual de Derecho Civil, referencia para todos los estudiantes de Derecho, donde indica que «*como dije, la sustitución fideicomisaria o, por abreviar, el fideicomiso, es aquella...*

Debido a la importancia e influencia del autor, su decisión de denominar a la sustitución fideicomisaria indistintamente con uno u otro término «por abreviar», ha llevado a parte de la doctrina posterior a pronunciarse en el mismo sentido, como le sucede a DÍAZ ALABART⁴¹ cuando expone que «*por brevedad, y a veces por no repetir continuamente la misma expresión, hago de fideicomiso de residuo o, indistintamente, sustitución fideicomisaria de residuo... Lo mismo hago indistintamente de fideicomiso normal o de sustitución fideicomisaria, pero siempre para referirme a la sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario carece*

de poder de enajenar, disponer o consumir todos los bienes fideicomitidos o parte de ellos. Lo que quiero que quede claro es que nunca hablo de fideicomiso en el sentido de encargo hecho a una persona (que, aunque reciba materialmente los bienes, no es en realidad heredero, sino mero ejecutor) de que entregue la herencia a otra que es el único heredero material que el causante quiso. Tal cosa, aparte de que no quepa en nuestro Código, no la contemplo en el estudio que sigue»; o, también, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES⁴² cuando refleja que «el origen histórico de la sustitución fideicomisaria nos aclara el por qué no podemos hablar actualmente de fideicomiso en el mismo sentido en que se hacía en el Derecho romano, ya que las diferencias entre una y otra figura son claras, si atendemos a sus notas fundamentales. Lo que sí podemos hacer es utilizar indistintamente los términos «sustitución fideicomisaria» y «fideicomiso», pero entendiéndolo siempre en su sentido actual, y no en el originario de la institución romana».

Por todo ello, considero que los autores que incurren en la confusión terminológica entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso podrían englobarse en dos grupos. Por un lado, aquellos que consideran (por falta de profundidad en su estudio) que ambos términos son realmente sinónimos en base a todos los motivos que hemos expuesto en el presente epígrafe; y, por otro, los autores que siendo conscientes y anunciando las diferencias existentes entre una y otra institución, deciden igualmente dirigirse a ella con uno u otro término por economía lingüística, lo cual, en mi opinión, no tiene ningún sentido, si bien, reitero, también le ocurre al Tribunal Supremo tal y como he acreditado en el presente artículo.

III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

La confusión que nuestra doctrina y nuestro Tribunal Supremo han venido haciendo a lo largo del tiempo entre fideicomiso y sustitución fideicomisaria no puede seguir tolerándose, ya que a partir de la publicación de la Ley 41/2003⁴³, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad⁴⁴, la sustitución fideicomisaria se convierte en una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio español, principalmente por dos motivos:

El primero de ellos, porque a través de la LPPD la sustitución fideicomisaria fue elegida por el legislador de 2003 para resolver un problema de indudable actualidad y enorme alcance desde el punto de vista jurídico: la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Y el segundo, porque tras su nuevo alcance, la sustitución fideicomisaria es el primer y único instrumento jurídico mediante el cual puede vulnerarse el principio histórico y sagrado de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta.

Y es que, tras la entrada en vigor de la LPPD, los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no solo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil⁴⁵.

Para ello, el legislador de 2003 modificó los artículos 782, 808 y 813.2 del Código Civil, los cuales, desde entonces, presentan el siguiente contenido:

Artículo 782 del Código Civil: «*Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el*

artículo 808. Si recayera sobre el tercio de mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».

Artículo 808, párrafo 3º, del Código Civil: «*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzados».*

Artículo 813, párrafo 2º, del Código Civil: «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley.*

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

¿Qué quiere decir esto? Pues que el legislador de 2003, tal y como expone VIVAS TESÓN⁴⁶, ha introducido un supuesto de tangibilidad de la legítima al conceder al testador la facultad, si lo desea, de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente incapacitado judicialmente sobre el tercio de legítima estricta.

Es decir, que desde la entrada en vigor de la LPPD los testadores españoles con hijos o descendientes judicialmente incapacitados, aparte de beneficiar a estos con el tercio de libre disposición y el tercio de mejora, también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, gravando con ello al resto de herederos forzados en su cuota de legítima estricta, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil en este sentido.

Y no solo puede producirse la tangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino que, coincidiendo con parte de la doctrina más cualificada en la materia⁴⁷, entiendo que a través del nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria puede llegar a producirse incluso, su tangibilidad cuantitativa, siempre y cuando el testador haya establecido una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit*⁴⁸ sobre el tercio de legítima estricta como medio de protección ideal a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

O lo que es lo mismo, a partir de 2003 en España a través de la sustitución fideicomisaria, los testadores con hijos o descendientes incapacitados judicialmente (ya sean tutelados o curatelados) podrán llegar incluso a desheredar al resto de sus herederos forzados⁴⁹.

Por todo ello considero que la confusión que se ha venido produciendo a lo largo del tiempo entre las instituciones del fideicomiso y de la sustitución fideicomisaria, dado el alcance actual de esta última, es hoy en día inadmisible.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del tiempo se han producido algunas circunstancias que han podido justificar la confusión existente en parte de nuestra doctrina a la hora de dirigirse a la sustitución fideicomisaria como fideicomiso. Sin embargo, existen otros autores que tras remarcar las diferencias entre ambas instituciones, apuestan por dirigirse a la sustitución fideicomisaria como fideicomiso simplemente por abreviar. Igualmente le ocurre al Tribunal Supremo, que en algunas sentencias remarca las diferencias existentes entre ambas figuras jurídicas, y en otras, en cambio, se dirige a la sustitución fideicomisaria también como fideicomiso.

En mi opinión, esta forma de actuar usando ambos términos indistintamente para hacer referencia a la sustitución fideicomisaria aún teniendo constancia de que son instituciones diferentes carece de toda lógica, y más teniendo en cuenta de la importancia adquirida por la sustitución fideicomisaria a partir de la publicación de la LPPD, momento a partir del cual ha pasado a convertirse en una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio español.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1984). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo García, Tomo 10.º, vol. 2.º, Editorial Edersa, Madrid.
- (1996). *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia.
- (2013). *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Décima Edición, Editorial Edisofer, Madrid.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2004). La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004.
- ALONSO MARTÍNEZ (1991). *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, recogido en la obra de Rogel y Vattier (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid.
- CÁMARA LAPUENTE (2010). *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.), 1.ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid.
- CASTÁN (1942). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- COSTA (1905). *Fideicomisos y Albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil Español*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- DE BUÉN (1975). En sus notas a Colin y Capitant, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid.
- DE DIEGO, F. (1926). Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo, Editorial Reus, Madrid.
- (1959). *Instituciones de Derecho Civil Español*, III, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S. (1981). *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona.
- (2004). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo.
- DOMINGO AZNAR (1999). *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- DOMÍNGUEZ REYES (2004). Juan-Faustino, La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2013). *Comentarios al Código Civil*, Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ PALOMINO (1950). *Enajenación de bienes pseudousfructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948. Editorial Reus, Madrid.
- JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ (1955). La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español, *Anuario de Derecho Civil*.

- MANRESA, J. L. (1973). *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, vol. I, Editorial Reus, Madrid.
- O'CALLAGHAN (1978). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa.
- (2006). *Comentario del Código Civil*, Coord.: Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona.
- PEREÑA VICENTE (2004). El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en *Diario La Ley*, núm. 5957, de febrero de 2004.
- PUIG BRUTAU, J. (1977). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona.
- PUIG FERRIOL (1965). *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil «Durán y Bas», Barcelona.
- RIVAS MARTÍNEZ (2005). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- (2009). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- ROCA SASTRE (1956). *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código Civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid.
- (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil, VI, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Impresores de la Real Casa, Madrid.
- ROCA SASTRE (1961). Los elementos componentes de la Compilación, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona.
- SOLÉ RESINA (2011). *Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil*. Directora: GETE-ALONSO Y CALERA, Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra.
- TRAVIESAS, Sustituciones Hereditarias, en *Revista de Derecho Privado*, 1927, núm. 171, 15 de diciembre.
- VALLET DE GOYTISOLO (1981). La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución, en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo II.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA (2007). *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Editorial Dijusa, Madrid.
- VIVAS TESÓN (2010). Inmaculada, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid.

NOTAS

¹ COSTA, *Fideicomisos y Albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil Español*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1905, pp. 7 y 8.

² La *Fides* en el sistema del Derecho romano era la lealtad en el cumplimiento de lo prometido, la conciencia del deber de corresponder la confianza que otro depositaba en uno, en definitiva, el respeto a la palabra, al entregarse a su lealtad como hombre honrado, siendo de una importancia tal para los romanos que aun estando el fideicomiso faltó de sanción jurídica y de propia obligatoriedad, el encargo se cumplía en la gran mayoría de supuestos.

³ OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 266.

⁴ DE DIEGO, *op. cit.*, p. 41.

⁵ CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, p. 247.

⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 525.

⁷ DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, III, Madrid, 1959, *cit.*, p. 765.

⁸ TRAVIESAS, Sustituciones Hereditarias, en *Revista de Derecho Privado*, 1927, núm. 171, 15 de diciembre, p. 414.

⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 30; O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil*, coord: Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona, 2006, p. 738.

¹⁰ PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil «Durán y Bas», Barcelona, 1965, *cit.*, pp. 24 y 25.

¹¹ CASTÁN, *op. cit.*, p. 441.

¹² JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ, La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español, *Anuario de Derecho Civil*, 1955, p. 754.

¹³ DE BUEN, en sus notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1975, p. 452.

¹⁴ DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 67-78.

¹⁵ SÁNCHEZ RÓMAN, *Estudios de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*. Tomo Sexto, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1910, p. 691.

¹⁶ SOLÉ RESINA, Sustitución fideicomisaria en el Código Civil. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*, M.^a Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, p. 972.

¹⁷ *RJ* 1996, 4271.

¹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución, en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo II, 1981, p. 326.

¹⁹ GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudousfructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948. Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 28.

²⁰ GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, p. 28.

²¹ ALONSO MARTÍNEZ, El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales, recogido en la obra de ROGEL y VATTIER (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 1218, donde expone el autor: «*¿Qué razón puede haber para prohibir las sustituciones fideicomisarias a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna; y sería menester que un alto interés social la demandara imperiosamente, para que fuese legítima esa limitación a la libertad humana. Del fideicomiso, encerrado dentro de ciertos límites, ni puede decirse (...)?*» (la negrita es nuestra).

²² El del Código Civil portugués, que recoge, en su artículo 2286: «*Se llama sustitución fideicomisaria o fideicomiso...*».

²³ *RJ* 1952, 1231.

²⁴ *RJ* 1964, 5108.

²⁵ *RJ* 2002, 5507.

²⁶ *RJ* 2010, 4900.

²⁷ *RJ* 2010, 7981.

²⁸ *RJ* 2011, 3323.

²⁹ O'CALLAGHAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1978, p. 38.

³⁰ ROCA SASTRE, Los elementos componentes de la Compilación, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, p. 16.

³¹ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 219.

³² Entre otros muchos, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Editorial Díjusa, Madrid, 2007, p. 656 y DOMÍNGUEZ REYES, La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004, p. 937.

³³ MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, vol. I, Editorial Reus, Madrid, 1973, p. 269.

³⁴ GALICIA AIZPURUA, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5716.

³⁵ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1169-1217.

³⁶ ROCA SASTRE, *El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1956, *cit.*, p. 29.

³⁷ ROCA SASTRE, *Estudios...*, *cit.*, p. 33.

³⁸ ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, 1984, p. 147.

³⁹ ALBALADEJO, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1996, p. 1922.

⁴⁰ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Décima Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2013, p. 280.

⁴¹ DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, *cit.*, pp. 30 y 31.

⁴² ALBURRUCHE DÍAZ-FLORES, La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril de 2004, p. 937.

⁴³ Publicada en el *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

⁴⁴ En adelante LPPD.

⁴⁵ En adelante Código Civil

⁴⁶ VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 168.

⁴⁷ PEREÑA VICENTE, El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en *Diario La Ley*, núm. 5957, febrero de 2004, p. 2; CÁMARA LAPUENTE *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.), 1.^a ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 726; y DÍAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo de 2004, p. 1050.

⁴⁸ La sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* es una modalidad de la sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario puede disponer libremente de todos los bienes fideicomitidos, y solo en el caso de que no haya dispuesto de todos ellos, entonces el fideicomisario heredará el resto de bienes.

⁴⁹ Imaginemos el caso en el que el testador instituye fiduciario sobre el tercio de legítima estricta a su nieto incapacitado, al que al mismo tiempo le deja el tercio de libre disposición y el de mejora. En tal supuesto, los herederos legítimos del causante deberán esperar a que fallezca el incapacitado fiduciario para poder disfrutar de su tercio de legítima estricta, pero debido a la diferencia de edad, los fideicomisarios premueran al fiduciario. En tal supuesto, aunque los fideicomisarios serán sustituidos en su cuota de legítima estricta por sus herederos, lo cierto es que ellos en vida se habrán visto privados de su legítima estricta.

Otro ejemplo sería el supuesto en el que el testador establece una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit*, y el tutor del fiduciario incapacitado decide disponer de todos los bienes fideicomitidos para proteger al incapacitado. En este caso, igualmente el resto de herederos legítimos quedarían privados de su legítima estricta.