

La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual: cuestiones resueltas y pendientes de resolución

por

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN
*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ EL FIDEICOMISO DE RESIDUO?
- II. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA:
 1. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FIDUCIARIOS.
 2. LA OBLIGACIÓN DE CONSERVAR DEL FIDUCIARIO Y LA SUBROGACIÓN REAL.
- III. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ES UN LLAMAMIENTO CONDICIONAL.
- IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO IMPLICA LA SUSTITUCIÓN VULGAR DEL FIDUCIARIO POR EL FIDEICOMISARIO.
 1. EL FIDEICOMISARIO HEREDERO DEL TESTADOR Y SUSTITUTO VULGAR DEL FIDUCIARIO.
 2. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.
- V. CONCLUSIONES.
- VI. REFLEXIÓN FINAL: «SIEMPRE LA BUENA FE...»

I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ EL FIDEICOMISO DE RESIDUO?

Escribir sobre este tema, tan residual (como su propio nombre indica) del Derecho Civil, casi obliga a justificar la elección. Ciertamente, ha sido el desconocimiento, la curiosidad, la que me ha motivado a estudiarlo. Al principio, sin intención de escribir nada, simplemente, porque lo estaba preparando para mis clases de Derecho de Sucesiones, y, al profundizar sobre su concepto, empezaron a surgirme dudas, preguntas... que, entonces, no sabía responder.

Buceando en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia, encontraba respuestas que, a su vez, me formulaban nuevos interrogantes. Lo que empezó siendo una mera curiosidad estaba convirtiéndose en un proceso de investigación cada vez más interesante y en el que iba, poco a poco, asumiendo nuevos retos. Una de las razones que hizo aumentar mi interés por la materia fue descubrir que no es, como alguno puede representarse, un tema extraño, poco frecuente, sino que, con cierta regularidad, los operadores jurídicos deben responder a litigios planteados por su causa. Además, tampoco es un tema en el que no exista discusión, pues, por el contrario, han existido importantes cambios en su concepción, del que derivan relevantes consecuencias en orden a diseñar su régimen jurídico. Y cuando el Código Civil no regula una institución (como sucede con esta), los cambios y vaivenes de la doctrina y jurisprudencia cobran una trascendencia más que relevante.

Finalmente, añadiré un motivo más. El estudio del fideicomiso de residuo como sustitución fideicomisaria es una oportunidad inestimable para un investigador de acercarse a estructuras complejas de nuestro Derecho y, al mismo tiempo, cuestionarse conceptos, instituciones, que hasta entonces parecían inamovibles.

Estoy segura que este será solo un primer trabajo, pues con él se han abierto puertas que no son fáciles de cerrar.

II. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

De las cuestiones apuntadas en este estudio es esta, sin lugar a dudas, la más fácilmente resuelta y que, actualmente, menos problemas suscita en la aplicación del Derecho¹. Pero no por ello vamos a obviarla o, más aun, dejar de dedicarle

¹ No podemos desdeñar ni obviar la tesis, eso sí superada, mantenida por DE DIEGO, Felipe Clemente, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, Editorial Reus, Madrid, 1926, que, defendiendo su validez, niega que comparta la naturaleza jurídica ni de la fiducia ni de las sustituciones fideicomisarias (págs. 106 y 107). Algun pronunciamiento jurisprudencial, como la sentencia del TS, de 13 de noviembre de 1948, Colección Legislativa, 30, pág. 303, citada por ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a*

unas líneas a los aspectos derivados de esta afirmación que generan algún tipo de controversia o que, de su aceptación, se producen consecuencias jurídicas relevantes a la hora de construir el régimen jurídico de esta figura.

Es sabido y repetido hasta la saciedad por aquellos que se han ocupado de estudiarlo, que el fideicomiso de residuo, aunque no está expresamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, se infiere, sin dificultad, del último inciso del artículo 783 del Código Civil. Por ello, no vamos a entrar en una discusión que no es tal, en la medida que, habiendo sido superada, nadie discute, ni en la doctrina² ni en la jurisprudencia³, si nuestro ordenamiento jurídico recoge bajo sus miembros el fideicomiso de residuo como una modalidad de sustitución fideicomisaria.

No obstante, de la afirmación irrefutable que precede a estas líneas podemos partir para reflexionar sobre otras cuestiones, íntimamente relacionadas con esta que, sin desvirtuar dicha afirmación, nos permiten precisar y afinar el sentido de la misma; y no están, en modo alguno, exentas de consecuencias jurídicas. A ello nos dedicamos a continuación.

1. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FIDUCIARIOS

A pesar de las reticencias doctrinales a admitir la división de la propiedad implícita en la admisión de los negocios fiduciarios en nuestro Derecho, existen algunas figuras en las que dicha discusión está presente, mal que le pese a algunos puristas. En verdad, no podemos predicar un régimen del fideicomiso igual al existente en otros ordenamientos jurídicos⁴, en los que este aparece

un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 139, nota a pie núm. 167. Más recientemente, STS de 13 de marzo de 1989, *RJ* 2039/1989, dice: «*fideicomiso de residuo, figura que aun sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores*», y pone, en consecuencia, en duda su naturaleza de sustitución fideicomisaria.

² Por todos DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, págs. 31 a 43.

³ Aún admitiendo que presenta sus peculiaridades, como dice la STS de 22 de julio de 1994, *RJ* 1994/6578 («...*lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones con deber de conservar comprendidas en el art. 781 del CC, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores...*»), no existe ningún pronunciamiento que haya negado su naturaleza jurídica de sustitución fideicomisaria. Remontándonos a los primeros pronunciamientos en esta línea, vid. SSTS de 25 de mayo de 1925, 16 de noviembre de 1944 y 6 de abril de 1954, citadas por DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, cit. págs. 34 y 35.

⁴ Más significativo, por su proximidad, el Derecho alemán, que dada la abstracción de sus relaciones negociales, encuentra un espacio más favorable a la vigencia de los fideicomisos, o patrimonios donde se manifiesta la propiedad de los mismos dividida entre dos sujetos. El causalismo típico del Derecho continental dificulta el reconocimiento abierto de esta figura. La

como una institución insoslayable y dotada de una importante tradición en su forma de proceder. Pero tampoco negarnos a admitirlo en algunos supuestos, como el que nos ocupa, donde pueden, sin mucha dificultad, apreciarse los rasgos característicos de este tipo de negocios.

Si entendemos por fideicomiso «la relación jurídica por la que una persona recibe de otra un encargo que ha de cumplir con unos bienes determinados cuya propiedad se le trasmite a título de confianza»⁵, las sustituciones fideicomisarias, en general, encajan a la perfección en el significado atribuido a esta modalidad de relaciones.

En este sentido, podemos afirmar en primer lugar que en toda sustitución fideicomisaria existe un encargo del causante o fideicomitente al primer llamado o fiduciario. La extensión del encargo y su contenido vendrán definidos por la voluntad del fideicomitente expresada en el testamento, pues, no en vano estas son sustituciones testamentarias que precisan, para su nacimiento, la constancia escrita y expresa⁶ del causante. Desde esta óptica se justifica fácilmente la afirmación, repetida hasta la saciedad⁷, que sostiene que el alcance de la sus-

reforma del Código Civil francés ha propiciado, de forma tímida, la inclusión del fideicomiso *inter vivos*, aunque limitado a la persona jurídica como fideicomitentes, y como fiduciarios establecimientos mercantiles habilitados oficialmente para ello. La ley número 2007-211, de 19 de febrero de 2007, que instituye la fiducia, restablece en el libro III del Código Civil francés un título, el XIV, donde se contienen los artículos 2011 a 2031. En ellos y, concretamente, en el 2011 se define la fiducia como la operación mediante la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado en provecho de uno o varios beneficiarios. Conforme al artículo 2012, el contrato de fiducia es nulo si no es oneroso y affirmando que ésta es una nulidad de orden público. Los artículos 2018 y 2019 establecen ciertos contenidos del contrato de fiducia que deben cumplirse bajo «pena de nulidad». En este sentido el artículo 2018 determina que debe hacerse constar en el contrato los bienes, derechos y garantías transferidos y si son futuros, deben ser determinables; la duración de la transmisión que no podrá durar más de treinta y tres años a contar desde la firma del contrato; la identidad del o los constituyentes; la del o los fiduciarios; la del o los beneficiarios o, en su defecto las reglas que permitan su designación y la misión del o los fiduciarios, así como la extensión de sus poderes de administración y disposición. Siguiendo con esta reflexión, el negocio jurídico fiduciario sí goza de un gran acogimiento en Derecho anglosajón, con la figura del *Trust* que tanto predicamento posee en el tráfico jurídico. A mayor abundamiento, vid. ARESPACOCHAGA, Joaquín, *El Trust, la fiducia y figuras afines*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 18 a 22; también, ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., págs. 47 a 57.

⁵ La definición es de ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., pág. 1.

⁶ Artículos 783 y 785.1º del Código Civil.

⁷ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., págs. 117 a 121.

titución fideicomisaria debe inferirse de la interpretación del testamento, pues es la voluntad del testador, como autor del encargo, el que está legitimado para construirlo y definirlo. Cualquier otra consideración sobre el régimen jurídico del fideicomiso testamentario es siempre supletoria y operará cuando no pueda deducirse la voluntad del fideicomitente, bien porque no esté clara, bien porque no se haya expresado.

Continuando con la argumentación, dado que el encargo implica la división de la propiedad, excepción al régimen general, la interpretación del mismo debe ser una interpretación estricta. Efectivamente, la sustitución fideicomisaria supone la manifestación más clara (si no la única) del fideicomiso en Derecho español⁸; en la medida que el causante divide transitoriamente (solo dos generaciones máximo) la propiedad sobre determinados bienes, atribuyendo a un primer llamado una serie de facultades sobre esta (que pueden incluir la total disposición, para el caso del fideicomiso de residuo), mientras el segundo llamado conserva también un derecho sobre los bienes, de contenido no definido en el caso del fideicomiso de residuo. El contenido, pues, no es igual en ambos tipos de sustituciones fideicomisarias, aunque el derecho, en su naturaleza, sí es idéntico. Ambos tienen derecho sobre el bien sometido al régimen sustitutorio, pudiendo, por ello, transmitirlo *inter vivos* o *mortis causa* antes de su completa realización⁹.

En la estructura de las sustituciones fideicomisarias se ubica, como sustentadora, la confianza o fiducia del causante en el primer llamado o fiduciario. En verdad, estas instituciones no se justifican si no pivotan sobre este sentimiento que el testador tiene en la persona del que recibe, en primer término, los bienes objeto del fideicomiso. No es, en modo alguno, la primera ni la única vez que la confianza se encuentra presente en las relaciones jurídicas; tampoco lo es que, sobre esta, se excepcione algún principio general de nuestro Derecho. Si miramos a los contratos, nos encontramos con el mandato o el contrato de prestación de servicios, instrumentos que se apoyan en la confianza del mandante en el mandatario, en cualquier caso, y del cliente en la figura del profesional, cuando el contrato de servicios versa sobre servicios profesionales. Es la confianza la que autoriza al legislador para excepcionar el régimen general de ineficacia que impide dejar al arbitrio de los contratantes el cumplimiento de lo pactado (art. 1256 CC); ello convierte al mandato en un contrato revocable por el mandante y al contrato de prestación de servicios en un contrato desistible por el cliente. En ambos casos, es la pérdida de la confianza la que legitima al

⁸ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., pág. 115, califica a las sustituciones fideicomisarias como «ejemplo más representativo» del fideicomiso en nuestro Derecho. En esta línea, ARESPACOCHAGA, *ob. cit.*, pág. 122, encuentra paralelismos significativos entre la sustitución fideicomisaria y el *trust* anglosajón.

⁹ Expresamente el artículo 784 del Código Civil.

mandante y al cliente para dar por finalizada una relación jurídica contractual que, por definición, debería obligar a ambas partes contratantes por igual, lo que, en puridad, no sucede.

No es, pues, extraño a nuestro ordenamiento jurídico ni la presencia de la confianza como elemento esencial de una relación jurídica, ni tampoco que, en su virtud, se excepcione un principio general esencial y básico del mismo. Por consiguiente, y en este escenario, no es extraño admitir que en las sustituciones fideicomisarias tiene lugar un auténtico fideicomiso¹⁰ en el que, por la fiducia y a causa de esta, se produce la división de la propiedad entre dos sujetos, de forma transitoria y sin que dicha división exima a los titulares de responder de las deudas del causante. Porque podemos afirmar, que tanto el fiduciario como el fideicomisario son titulares del bien objeto de la sustitución, y lo son desde el fallecimiento del causante, aunque los derechos que ostenten sobre los bienes presenten alcance y contenido diferentes.

Pues bien, admitida como premisa inicial que el fideicomiso de residuo es una variante de las sustituciones fideicomisaria, y como quiera que estas ostentan los caracteres apuntados, queda pues aplicarlos a la figura que estudiamos donde, ya adelantamos, adquieren un mayor significado algunas de las cuestiones adelantadas. Así, por ejemplo, la interpretación estricta del encargo, por ser un encargo de «más envergadura» será, con más motivo, objeto de una interpretación más estricta si cabe.

Definido el fideicomiso de residuo por la facultad que el testador le otorga al fiduciario para disponer de los bienes objeto de este, de tal forma que el fideicomisario recibirá lo que reste después de su uso y/o disposición, se proyecta, como se ha indicado, con más intensidad la confianza que el testador tiene en

¹⁰ No opina así DOMINGO AZNAR, Antonio, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 67 a 69. Este autor mantiene que fideicomiso y sustitución fideicomisaria son dos instituciones diferentes, a pesar de iniciar su estudio en la página 11 con las siguientes definiciones de fideicomiso: «una disposición por la cual se obliga a un heredero, donatario por causa de muerte o en capítulos matrimoniales, legatario o fideicomisario, que entregue a otro uno o varios objetos determinados, la herencia entera o bien una cuota parte de ella» (ROGER), «todo lo que deja el testador a uno para que lo entregue a otro, o bien la herencia o parte de ella que el testador ruega, encarga o manda al heredero restituir» (ESCRICHE), «un llamamiento por voluntad a la sucesión mortis causa, en virtud del que la persona favorecida, recibe los bienes de la herencia no directamente, sino por conducto de otra persona expresamente designada por el testador para este fin» (SÁNCHEZ ROMÁN). Digo «a pesar» porque de la dicción de estos textos no pueden más que constatarse paralelismo y similitudes (sino plena identificación), entre lo que llaman fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias, tal y como son reguladas en el Código Civil. El *quid* de su razonamiento lo sitúa en considerar que no se trata de dos sujetos llamados al mismo tiempo pero con derechos distintos sobre el mismo bien (tal y como mantenemos y defendemos a lo largo de este trabajo), sino de dos llamados sucesivamente, y no, pues, una doble liberalidad: hay un solo heredero (el fideicomisario) al que llegan los bienes por medio de un sujeto interpuesto (fiduciario) que actúa como cadena de trasmisión.

el primer llamado en esta figura. Ciertamente, no se entendería ni justificaría su existencia si no fuera por la confianza que el causante deposita en el fiduciario, confianza que le manifiesta al dejarle total disposición sobre una masa de bienes de la que no es el destinatario final. Porque, si algo hay claro en este juego de trasmisiones, es que es voluntad del causante que el fideicomisario reciba todo o parte de los bienes ya que, de otra forma, no hubiera creado el fideicomiso de residuo. Esta voluntad del fideicomitente no puede obviarse y, junto con la confianza implícita en el encargo, debe ser tenida en cuenta por el intérprete a la hora de limitar la facultad de disposición del fiduciario. En este sentido, pues, debemos entender que si nada se dice por el testador quedarán excluidas las disposiciones a título gratuito y, asimismo, en relación a las trasmisiones onerosas, predicar la sustitución de los bienes de los que hubiera dispuesto por medio del mecanismo de la subrogación real. Pero de ello nos ocuparemos, con más detenimiento, más adelante.

Finalmente, mantenemos que también en el fideicomiso de residuo existen derechos sobre los bienes tanto para el fiduciario como para el fideicomisario desde el momento del fallecimiento del testador, aunque en el fideicomiso de residuo el contenido del derecho se encuentra indeterminado, pues dependerá de la disposición que de los bienes haga el fiduciario, siempre dentro de los límites marcados por el testador.

2. LA OBLIGACIÓN DE CONSERVAR DEL FIDUCIARIO Y LA SUBROGACIÓN REAL

Tradicionalmente la doctrina ha caracterizado al fideicomiso de residuo como una figura en la que, a diferencia de la sustitución fideicomisaria, no existe la obligación típica de conservar¹¹. Así, se ha dicho hasta la saciedad que son elementos característicos de las sustituciones fideicomisarias la existencia de dos llamamientos y el orden de estos, en cambio, la obligación de conservar es un elemento natural del que el testador puede disponer¹². De esta forma se

¹¹ Afirma CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentario a la Resolución de la RDGRN de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6279)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, págs. 689 a 710, concretamente en la pág. 708, y en relación a la comparación entre sustitución fideicomisaria normal y de residuo: «*La diferencia estriba en la falta de conservar los bienes*». LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, Sucesiones, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, pág. 264, se hace eco de la afirmación de VALLET DE GOYTISOLO, Juan, en «*Fideicomisos a término y condicionales*», en *ADC*, 1956, pág. 783 y sigs., quien sostiene que la obligación de conservar es, simplemente, una característica natural de la institución. Pero como se apunta en el texto principal, estas afirmaciones deben ser contextualizadas dentro de una argumentación que, sobre ella, pretende salvar la naturaleza del fideicomiso de residuo como una variante de la sustitución fideicomisaria.

¹² Textualmente, dice DOMINGO AZNAR, Antonio, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid,

salva el fideicomiso de residuo que puede, así, quedar subsumido como una variante de esta clase de sustituciones.

Sin embargo, es posible, y a ello invito al lector, llegar a una conclusión distinta planteando la cuestión desde otra perspectiva¹³.

Ciertamente, la obligación de conservar los bienes no goza de igual intensidad en la sustitución fideicomisaria normal que en la que hemos llamado de residuo. Pero ello no significa que el fiduciario con facultad de disposición carezca de tal obligación. Incluso dentro del fideicomiso de residuo, se pueden detectar grados en la obligación susodicha establecidos en función de la voluntad del testador. Así, acudiendo a la distinción clásica entre fideicomiso de residuo *si aliquit superit* y *de eo quod superit*¹⁴ que está presente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹⁵, podemos detectar la intensidad aludida. En consecuencia, si el fideicomiso de residuo ha sido construido por el testador facultando al fiduciario a disponer de los bienes afectados solo en caso de necesidad, en tanto que dicha necesidad no tenga lugar el fiduciario debe conservar los bienes con la diligencia media exigible, pues estos tienen que ser trasmisidos en óptimo estado al segundo llamado, de no presentarse la causa que justifica la disposición. También podemos detectar la obligación en el caso de que el fiduciario se encuentre facultado para disponer, si así lo estimare conveniente y con la amplitud que el causante hubiera manifestado en el testamento.

Esta afirmación se sustenta en la premisa presente en estas reflexiones: el fiduciario no es un propietario pleno de los bienes que constituyen el fideicomiso; aunque esté facultado para disponer, dicha facultad tampoco es, necesariamente, plena, igual que la que ostenta el propietario libre. En la figura del fideicomiso de residuo, como modalidad de sustitución fideicomisaria, se encuentra implícita la voluntad del fideicomitente de que el fideicomisario reciba una serie de bienes ya que, de otro modo, no hubiera recurrido a la figura y, directamente, hubiera nombrado al fiduciario heredero o legatario sin más. Lo que sucede en el

1999, págs. 82 y 83: «...la sustitución fideicomisaria tiene dos características esenciales y una natural. Son las dos primeras la pluralidad de llamamientos y el orden sucesivo de los llamados. La natural es la obligación de conservar los bienes o su disponibilidad...».

¹³ De forma semejante lo hace ÁLVAREZ CAPERCHIPI, «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *RDP*, 1975, págs. 186 y sigs.

¹⁴ El problema que presenta este tipo de fideicomiso de residuo reside en la calificación de «necesidad», que justifica la facultad dispositiva. En este sentido, RDGRN de 22 de marzo de 2011, *RJ* 2011/2571, que rechaza que tal necesidad exista cuando se enajenan bienes con un precio aplazado, pues «necesidad» implica urgencia que este dato desmiente, declarando nula, en consecuencia, dicha transmisión.

¹⁵ Como muestra extractamos el siguiente fragmento de la STS de 6 de febrero de 2002, *RJ* 2002/993: «...es claro que se está en presencia de la modalidad de residuo acorde con si aliquid superit, esto es, con el efecto transmisorio "si algo queda", en clara contraposición con la otra especie inserta en la fórmula, igualmente de residuo si eo quod superit o transmisión sucesiva a favor de los afines a su cualidad fideicomisaria sobre "de aquello que deba quedar"».

fideicomiso de residuo es que dicha voluntad la deja a la buena fe del fiduciario, persona en la que confía, y, por tanto, el encargo que le realiza es de mayor entidad que el que tiene lugar en las sustituciones fideicomisarias normales¹⁶. En el caso de que solo ostente la facultad dispositiva si hubiera necesidad, el testador desea que el último llamado reciba la cosa gravada, pero entiende que puede darse un supuesto, para él prioritario a esta voluntad, que es el hecho de que la persona en la que confía se encuentre en una situación de necesidad. Ello es tanto como afirmar que “quiero que el fideicomisario reciba estos bienes pero quiero más que el primer llamado no pase necesidad alguna; por lo que, si así fuera, en virtud de esa prioridad te facuto a disponer de ellos”. Sin embargo, de esta situación no se deduce que el fiduciario no deba conservar los bienes en tanto no disponga de estos, pues el testador no le exime de esta obligación, y, evidentemente, es su voluntad que los bienes que pueda recibir el segundo llamado se encuentren en perfecto estado.

Siguiendo con el hilo argumental, si la facultad de disposición es mayor, ello supone que la confianza en el fiduciario también lo es y que, en consecuencia, se prioriza por el causante el deseo de que el fiduciario reciba los bienes gravados antes que el fideicomisario, y que los disfrute más ampliamente pudiendo disponer a su antojo en la modalidad que haya dispuesto; facultad que, lógicamente, se encontrará limitada o mediatisada por el principio de buena fe¹⁷. En consonancia con lo anterior, y en la medida que existe la voluntad de que el fideicomisario se beneficie de los bienes que comporta el fideicomiso, la interpretación sobre el contenido de la facultad dispositiva es estricta; así, si nada se ha dispuesto deberá entenderse que comprende solo la disposición onerosa, debiendo manifestarse de forma expresa o, al menos inferirse de la interpretación del testamento, que el causante lo legitima para disponer lucrativamente de los bienes¹⁸. En principio, debe descartarse la posibilidad de que el fiduciario esté facultado para disponer *mortis causa* de los bienes, aunque ello no impide al causante establecerlo si así es su voluntad. De todas formas, sí se ha de advertir que una redacción amplia de las facultades dispositivas pudiera ser interpretada incluyendo ambas modalidades, aunque limitadas a negocios

¹⁶ De forma llamativa llega a la conclusión opuesta la SAP de Ávila, de 17 mayo de 2000, AC 2000/1459, que califica el fideicomiso de residuo como una modalidad «seudo fiduciaria» condicional, porque el fiduciario no tiene obligación alguna de conservar.

¹⁷ La sentencia de la SAP de Zaragoza, de 6 julio de 1996, AC 1996/1352, se aleja de los planteamientos que mantenemos en el texto principal. En este sentido afirma: «...disponer de los bienes del fiduciario con ánimo de no dejar nada al fideicomisario, no es actuación dolosa, abusiva o fraudulenta, pues quien le deja libertad para enajenar a su libre voluntad y sin necesidad, le deja libertad para que eventualmente, a su libre voluntad prive de bienes al fideicomisario...».

¹⁸ La jurisprudencia es unánime en este punto. Entre otras, STS de 22 de julio de 1994, así como la jurisprudencia citada en ella. Más recientemente, SSTS de 12 de febrero de 2002, RJ 2002/3191 y de 13 de mayo de 2010, RJ 2010/3694.

inter vivos; no obstante, la legitimidad dispositiva *mortis causa* precisa que así se exprese con literalidad¹⁹. Aunque no vamos a entrar en ello, sí apuntar, al menos, que entendemos que en caso de que el fiduciario se encuentre legitimado, de forma expresa, para la disposición *mortis causa* de los bienes integrados en el fideicomiso, esta figura no es, en puridad, un fideicomiso de residuo, en los términos que estamos abordando. Sería más correcto calificarla como una «sustitución preventiva de residuo»²⁰. Y ello porque el segundo llamado no es más que un sustituto del primero, en lo que quede después de ejercitarse la facultad dispositiva *inter vivos* (o en su totalidad, si no hubiera dispuesto), para el caso de que no lo hiciera con la también concedida *mortis causa*, designando en su testamento el sujeto o sujetos que en calidad de heredero o legatario desee los reciban. En definitiva, el testador nombra un sustituto del heredero en prevención de que, a su muerte, este no haya dispuesto *inter vivos* de la totalidad de los bienes recibidos, ni haya designado persona que le suceda en estos, excluyendo, de este modo, la sucesión intestada²¹.

El fiduciario goza de capacidad dispositiva en los términos expuestos, pues esto es, en definitiva, lo que caracteriza a esta figura, pero no debemos inferir de ello que el fideicomitente haya renunciado a su voluntad de que los bienes que reciba el segundo llamado estén en buen estado de conservación. Desde esta óptica podemos afirmar que, en tanto no disponga de los bienes según la extensión de la facultad dispositiva otorgada por el testador, el fiduciario está obligado a conservar los bienes gravados con el fideicomiso, pues estos, si existieran, deberán encontrarse en buen estado cuando sean trasmisidos al

¹⁹ Muy significativa y valga como apostilla a la afirmación efectuada en el texto principal, la SAP de Baleares, de 17 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/99356). En ella se discute la interpretación de una cláusula testamentaria en la que el causante establece una sustitución fideicomisaria de residuo de redacción amplia y de la que se deduce, sin dificultad, la amplitud de facultades dispositivas del fiduciario. No obstante, el Tribunal, con un buen acierto, excluye de esa amplitud la disposición *mortis causa*, pues para que ello fuera procedente sería preciso que, de forma expresa y literal, así lo hubiera manifestado el testador. En consonancia, declara nula la transmisión *mortis causa* que, de los bienes gravados por el fideicomiso, había realizado el fiduciario, pues «nadie da lo que no tiene» y éste no disponía de tal facultad. En igual sentido, STS de 6 de febrero de 2002, *RJ* 2002/993.

²⁰ Así la califica DÍAZ ALABART, Silvia, *ob. cit.*, págs. 218 a 227. En la sentencia SAP de Cantabria, de 4 junio de 2004, *JUR* 2004/180078, el Tribunal se refiere, expresamente, a la «sustitución preventiva de residuo» como una tercera tipología del fideicomiso de residuo, junto a las ya conocidas *eo quod superit* y *si quid superit*.

²¹ El libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, excluye, de forma expresa la facultad dispositiva *mortis causa* de las que puede hacer uso el fiduciario en un fideicomiso de residuo. Dice el artículo 426-53, 2: «*La facultad de disponer, a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos inter vivos...*». No quiere ello decir que tanto en Cataluña como en el resto del territorio español le estuviera prohibida tal posibilidad al testador. Simplemente que, si así lo hiciera, no estaríamos ante un fideicomiso de residuo, lo que conlleva la inaplicabilidad del régimen jurídico previsto para esta figura.

fideicomisario. Conforme a este postulado hay que considerar que, como tal obligación, generaría una responsabilidad por incumplimiento si efectivamente no se llevara a cabo. Así, el fiduciario que no conserva los bienes con la diligencia media exigible a cualquier ciudadano y como consecuencia de dicha inobservancia se generan daños, deberá indemnizar al segundo llamado.

A la conclusión anterior se llega sin dificultad aplicando el principio de buena fe en su función normativa²², que justifica el nacimiento de obligaciones como es la descrita y que, en caso contrario y de no observarse, acredirataría un comportamiento del fiduciario contrario a la buena fe y, por tanto, generador de obligación indemnizatoria de los perjuicios que por su conducta han tenido lugar.

Admitir que facultad de disponer no puede identificarse con facultad de no conservar, no empece para apuntar una nueva cuestión directamente relacionada con la facultad dispositiva, pues, ¿qué sucede con el producto de la disposición cuando ésta es onerosa?; supuesto, como hemos visto, más normal o más querido por el testador. Para responder a la pregunta enunciada debemos retrotraernos a planteamientos precedentes. Es oportuno recordar que el fideicomiso de residuo sólo tiene sentido si en él está presente la voluntad del fideicomitente de que el fiduciario reciba todo o parte de los bienes gravados y que, sólo la confianza en el buen hacer del fiduciario, justifica la facultad dispositiva otorgada. Si a ello unimos que existe una línea consolidada, tendente a excluir la disposición lucrativa, excepto si, efectivamente, y de forma expresa queda reflejada la voluntad del fideicomitente en este punto, parece que, lo coherente, es predicar la subrogación real del producto de la disposición o cosa adquirida con ese producto, que, por tanto, quedaría formando parte del fideicomiso.

La afirmación apuntada, si bien desde la argumentación esgrimida y los razonamientos en los que se sustenta es, a mi juicio, insoslayable, no podemos (ni debemos, so pena de ser tildados de prepotentes), orillar u omitir otros planteamientos doctrinales²³ y jurisprudenciales²⁴ contrarios al mecanismo de

²² Como dice DÍEZ PICAZO, Luis, en el prólogo a la obra de F. WIECKER, *El principio de buena fe*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pág. 19: «*La buena fe es tenida en segundo lugar como una causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ellas.*

²³ GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier, *La subrogación real: Derechos reales, régimen económico-matrimonial y Derecho de Sucesiones*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2009, págs. 130 a 134, considera que para que opere la subrogación real en el fideicomiso de residuo es preciso que el testador haya manifestado la voluntad en este sentido, estando, por tanto, excluida como mecanismo general.

²⁴ El eje argumental para excluir la subrogación real se ubica en que esta es contraria a la facultad dispositiva que se le concede al fiduciario. Así, por ejemplo, STS de 28 de enero de 2009, *RJ* 2009/1356, niega que su procedencia sobre la base de que, al haberse concedido al fiduciario amplias facultades de disposición de los bienes a título oneroso, este hecho «*excluía inequívocamente la subrogación real o sustitución de los bienes heredados*»; máxime cuando, en el caso de autos, las facultades dispositivas no se encontraban limitadas o condicionadas

subrogación en todo caso, tal y como aquí defendemos. Sin embargo, no estamos solos; también, podemos contar con resoluciones jurisprudenciales²⁵, opiniones doctrinales²⁶, y sobre todo, con el respaldo normativo del artículo 426-56 del libro IV del Código Civil de Cataluña que, expresamente, regula esta posibilidad en aplicación de la regla general del artículo 426-36.2 así enunciada: «*La contraprestación eventualmente adquirida por razón de los actos de disposición a que se refiere el apartado 1 se sujeta al fideicomiso en virtud del principio de subrogación real, salvo en los casos que la Ley establece otra cosa o en el que el fideicomitente o los fideicomisarios autorizan que los bienes o el dinero obtenido se excluyan del fideicomiso*». En consonancia, pues, con la amplia libertad de la que goza el testador, el mecanismo de la subrogación real solo puede entenderse operativo si no ha sido expresamente excluido por el testador, bien porque admite las transmisiones lucrativas, en cuyo caso es obvia su exclusión, bien porque limitando solo las transmisiones a las onerosas de forma expresa, quede patente la voluntad del causante de no integrar en el fideicomiso el producto de la disposición o los bienes adquiridos a su cargo.

a la existencia de un estado de necesidad del fiduciario. En igual sentido, afirma la STS de 22 de junio de 2010, *RJ* 2010/4900: «*En la naturaleza del fideicomiso de residuo instituido si aliquid superit no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario...*». También SAP de Madrid, de 20 de diciembre de 2002, AC 2009/2177, y STS de 7 de noviembre de 2008, *RJ* 2008/7696, entre otras.

²⁵ La STS de 30 junio de 2009, *RJ* 2009/4246, contempla la subrogación real en un supuesto muy significativo y que, en verdad, no sirve de sustento a la tesis que mantenemos. En el caso de autos se cuestiona la subrogación real del precio abonado como consecuencia de la expropiación forzosa de un bien inmueble integrante de un fideicomiso con facultad dispositiva del fiduciario, accediendo a ello el órgano jurisdiccional. Es evidente que no existe paralelismo, pues es lógico y de acuerdo con la finalidad del fideicomiso, que dicha subrogación tenga lugar, pues el acto expropiatorio no es fruto de la voluntad del fiduciario y no entra, por tanto, en la facultad dispositiva que el causante le concedió. La admisión de la subrogación real por la jurisprudencia se sustenta en el principio de buena fe; efectivamente, se contraría dicho principio si no se contempla la subrogación real, ya que pudiera, entonces, dejar sin contenido el fideicomiso trasmitiendo por la vía de la enajenación de los bienes que lo componen al patrimonio del fiduciario. Así sucedió en el caso juzgado por el TS en sentencia de 22 de julio de 1994, *RJ* 1994/6578, que casó una resolución de la Audiencia que anulaba la subrogación real de los bienes que componían el fideicomiso, enajenados por el fiduciario afirmando que «...si la heredera fiduciaria puede disponer de la totalidad de sus bienes, no solo para cubrir sus necesidades sino para incrementar su propio patrimonio, trasvasándolo a él in natura o por el equivalente de su venta o cesión, nos encontraríamos ante una contradicción, ya que podría desviar por esta vía sinuosa e indirecta la totalidad del patrimonio a favor de personas no llamadas por el testador...». En igual sentido, la SAP de Valencia, de 1 febrero de 2010, *RJ* 2010/853, que confirma la instancia que ordenaba integrar en el fideicomiso de residuo el importe de la venta de uno de los bienes que lo formaban, aplicando, para ello, el principio de subrogación real.

²⁶ ALEMÁN MONTERREAL, Ana, «Facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo», en *RJN*, núm. 62, 2007, págs. 9 a 41, concretamente págs. 27 y 28, se hace eco de la opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que entiende que cuando el fiduciario sólo está legitimado para disponer a título oneroso, ello genera una masa patrimonial a virtud del principio de subrogación real que el fiduciario tiene la obligación de conservar.

Hilando la subrogación real propuesta e impuesta a falta de voluntad del causante (siempre que, claro está, no lo prohíba ninguna norma legal), con la obligación de conservar en los términos expuestos en párrafos precedentes, no podemos menos que concluir que la obligación de conservación de los bienes que componen el fideicomiso se extiende también a los bienes que, en virtud de la subrogación real, pudieran entrar a formar parte de este en sustitución de los dispuestos por el fiduciario.

Desde esta perspectiva y razonamiento, la obligación de conservar los bienes que la buena fe impone al fiduciario, no es una obligación típica de la sustitución fideicomisaria normal, e inexistente en el fideicomiso de residuo, como afirman, con rotundidad, la doctrina y la jurisprudencia²⁷. La facultad de disponer no elimina la obligación de conservar como si fueran *faceres* antagónicos e irreconciliables. Ciertamente, el que no puede disponer está obligado a conservar, en cualquier caso. El que, como consecuencia de un encargo justificado o a causa de la confianza que el que lo emite tiene depositada, recibe unos bienes, con facultad para disponer de ellos, con los límites y las peculiaridades apuntadas, está obligado, por esa confianza, a conservarlos en buen estado, bien hasta que disponga de ellos, bien hasta que sean entregados a su destinatario final. Y si los bienes iniciales fueran sustituidos por otros, en virtud de la subrogación real, la obligación de conservar recaería sobre estos bienes, en la medida que existe un destinatario, distinto del fiduciario, que recibirá el fideicomiso o parte de este, según el ejercicio que de la facultad de disposición hiciera el primer llamado.

Queda ahora reflexionar sobre las consecuencias que una afirmación de tal índole comporta. Pues si, como hemos mantenido, el fiduciario de un fideicomiso de residuo está obligado con el fideicomisario a conservar los bienes gravados, sería posible, en su virtud, exigir el cumplimiento de esta obligación, mientras subsista, así como reclamar una indemnización si no se hubiera cumplido.

Habida cuenta que el fideicomisario carece de poder alguno sobre los bienes gravados mientras dure el fideicomiso, no podría justificarse una intervención directa en el uso de los bienes por el fiduciario, controlando o demandando un uso más acorde con la naturaleza de los mismos aduciendo una inobservancia de la obligación de conservarlos. No podemos olvidar que el fideicomisario es un segundo llamado y, hasta que no sea efectivo el llamamiento, debe permanecer en un segundo plano, no estando legitimado, a nuestro juicio, para intervenir, de algún modo, en el destino de los bienes afectos, y menos como, en el caso que analizamos, en el fiduciario goza de un poder de disposición. Estas afir-

²⁷ Matiza la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Santander, AC 2005/1782, al mantener que en la modalidad de fideicomiso *si aliquid superit*, el fiduciario carece de la obligación de conservar los bienes poseídos, en cambio, si la modalidad de fideicomiso fuera *eo quod superit*, el fiduciario tendría dicha obligación. Dice textualmente: «...*esto es el atinente a la regla de eo quod superit en cuyo caso, la conservación del patrimonio deferido es una obligación básica para luego trasmitirlo a los sucesivos llamados...*».

maciones deben ser matizadas, ya que, como es sabido, solo serán operativas a falta de voluntad manifiesta del fideicomitente en el testamento que puede, si así lo desea, limitar el uso de los bienes e, incluso, depositar en el fideicomisario funciones de control sobre dicho uso (o mal uso). Aunque, en este caso, sería la voluntad del testador la que prevalecería sobre cualquier consideración y pudiera legitimar, en su virtud, al segundo llamado a tomar medidas judiciales en el sentido que así lo hubiera dispuesto el causante.

El razonamiento anterior solo puede conducirnos a considerar que el cumplimiento de la obligación de conservar se pone de manifiesto en un momento concreto: cuando finaliza el fideicomiso. Efectivamente, cuando el fiduciario hace entrega al fideicomisario de los bienes recibidos (o lo que quede de estos si hubiera sido facultado para disponer a título lucrativo) o, en su caso, del producto de la venta de todos o parte de ellos, o los bienes adquiridos a cargo de dicho producto, entonces será cuando estará legitimado para exigir una indemnización si estos presentaran daños generados por un mal uso o por una deficiente o nula conservación de estos.

Pues bien, si hasta aquí hemos defendido que la obligación de conservar los bienes que integran el fideicomiso también está presente en el fideicomiso de residuo, valga afirmar, en consecuencia, que la facultad dispositiva también puede estarlo en las sustituciones fideicomisarias normales, es decir, las expresamente reguladas en nuestro Código Civil. Efectivamente, existen dos supuestos en los que esta última afirmación encuentra su sustento. En primer lugar, dentro del juego de la autonomía de la voluntad, nada impide al fiduciario enajenar o disponer de los bienes gravados si así lo autoriza el fideicomisario; en segundo lugar, el párrafo 3.º del artículo 783 del Código Civil le autoriza a enajenar parte de los bienes cuando sea preciso para pagar deudas o cargas de la herencia²⁸.

Todas estas consideraciones y reflexiones nos llevan a cuestionar y quebrar planteamientos doctrinales que presentan la obligación de conservar los bienes gravados como propia y característica de las sustituciones fideicomisarias, frente a la facultad dispositiva que aparece como típica del fideicomiso de residuo. Ni una ni otra afirmación deben ser tenidas por ciertas. Porque lo cierto es que, tanto en uno como en otro supuesto, los elementos definidores se concretan en la existencia de un encargo basado en la confianza por el que un sujeto decide, con efecto *mortis causa*, llamar de forma sucesiva a distintos titulares para disfrutar, en distinta medida, de unos bienes, de los que el fideicomitente goza de capacidad dispositiva y que resultan así gravados. Es decir, y en resumen, existencia de un encargo y doble llamamiento son los elementos comunes a toda sustitución fideicomisaria.

²⁸ DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino, «La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo», en *RCDI*, año 80, núm. 682, 2004, págs. 971 a 1024, concretamente la cita es a las págs. 974 y 975.

III. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ES UN LLAMAMIENTO CONDICIONAL

Parece pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia la consideración de heredero (o legatario) del fiduciario y del fideicomisario de cualquier sustitución fideicomisaria. Ambos son llamados a suceder al testador en el orden que este ha impuesto. Lo que diferencia al fideicomiso de residuo de la sustitución fideicomisaria normal es la indeterminación sobre el objeto o bienes que va a recibir el fideicomisario, pues esta estará en función de las facultades dispositivas de que disfrute el fiduciario y del ejercicio que haga de ellas. Sin embargo, admitido el mecanismo de la subrogación real y la interpretación estricta de la institución, de manera que muy difícilmente cabría la transmisión lucrativa, parece que el último llamado va a recibir una masa patrimonial de un importe similar a la que recibió el fiduciario, integrada por los bienes del causante o aquellos otros que, como consecuencia de la subrogación real, hubiesen ocupado el lugar de los trasmisitidos. La situación descrita es, a nuestro juicio, la que debería acontecer pues, como hemos argumentado, rechazamos aquella otra que pudiera resultar de no aplicarse la sustitución de los bienes trasmisitidos por su precio o por otros bienes adquiridos a costa de estos. No obstante, es posible que la masa patrimonial se viera reducida si el fiduciario gasta el montante de los bienes enajenados, no adquiriendo otros; o bien, el testador de forma expresa excluya la subrogación al facultar al fiduciario a trasmisir lucrativamente los bienes que integran el fideicomiso. El primero de los supuestos, testador que gasta el importe de la venta, debiera ser matizado; pues pudiera ser declarada inválida dicha trasmisión si, o bien no se ajusta a las circunstancias que la legitiman (y me estoy refiriendo al fideicomiso de residuo *eo quid superit*, si se acredita que no ha existido la «necesidad» que lo facultaba a disponer) o, el fiduciario actúa de mala fe con la única finalidad de dejar sin contenido el fideicomiso. En ambos supuestos el fiduciario estaría, además, vulnerando el deber de conservación, obligación que entendemos también está presente en el fideicomiso de residuo, tal y como hemos defendido.

Tras estas consideraciones observamos que tradicionalmente se ha mantenido en la doctrina²⁹ y en la jurisprudencia que, en el caso del fideicomiso de residuo, el fideicomisario, y por las circunstancias anteriormente descritas, es un heredero del testador sometido a condición suspensiva. El argumento se ubica en la incertidumbre que deriva de la facultad dispositiva, más o menos amplia, que caracteriza al fideicomiso de residuo. En este sentido, el fideicomisario es

²⁹ Los defensores de esta tesis argumentan siguiendo a uno de sus precursores y defensores, CLEMENTE DE DIEGO, que expone su tesis en la obra *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, cit.

un heredero sometido a la condición de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad del patrimonio que ha recibido como primer llamado.

La superación de la teoría condicionalista en la doctrina ha tenido lugar con más contundencia y unanimidad que en la jurisprudencia³⁰. Sin embargo, hecha esta matización, podemos encontrar en la jurisprudencia recientes pronunciamientos y afirmaciones como «...en los llamados fideicomisos de residuos lo condicionado no es el llamamiento en sí, sino su contenido»³¹, que, si bien, no son abundantes, son prueba de que la aludida forma de entender la naturaleza de esta institución también llega a nuestros operadores jurídicos³².

En verdad, la doctrina actual es pacífica en mantener que tanto el fiduciario como el fideicomisario en el fideicomiso de residuo son herederos, aunque lo son en distinto orden, según la voluntad del testador. Lo que sucede es que, para el segundo llamado, la cantidad o patrimonio que va a recibir se encuentra indeterminado, pues su determinación estará en función del uso que el fiduciario haga de la facultad dispositiva que le ha otorgado el testador³³. Que estemos

³⁰ En verdad aparecen en la jurisprudencia con relativa frecuencia pronunciamiento o afirmaciones como la que, a continuación trascribimos, de la SAP de Ávila, de 17 de mayo de 2000, AC 2000/1459: «*El fideicomiso de residuo es una modalidad “seudo fiduciaria” condicional, en la que los fideicomisarios no adquieren el derecho hasta el cumplimiento de la condición (morir el fiduciario con bienes residuales)*».

³¹ El texto corresponde a la RDGRN de 27 de octubre de 2004, RJ 2004/7807.

³² En igual línea, STS de 25 de abril de 1983, RJ 1983/2122, 6 de febrero de 2002, RJ 2002/993 y AP de Soria, de 14 de febrero de 2007, JUR 2007/265634. A continuación extraemos un fragmento de este último pronunciamiento que se hace eco de la tesis mantenida y defendida en el texto principal: «*En cualquier caso ha de señalarse que la mejor doctrina (Albaladejo) y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha superado la doctrina clásica, seguida por el juez a quo en la fundamentación jurídica de su resolución y reflejada, ...de acuerdo con la cual el fideicomiso de residuo supone una institución condicional a favor del fideicomisario, en la medida en que no atribuiría al favorecido, desde el momento del fallecimiento del causante fideicomitente y sobre los bienes objeto de la disposición, un derecho firme y definitivo, sino un simple derecho eventual o expectativa jurídica, cuya definitiva adquisición queda pendiente hasta el fallecimiento del primer instituido (fiduciario), de la falta de ejercicio por éste de su facultad de disponer respecto de la totalidad de los bienes objeto de la disposición. Por el contrario, en los llamados fideicomisos de residuo, lo condicionado no es el llamamiento a favor del fideicomisario en sí, sino el contenido del mismo, pues no está condicionada la cualidad de sustituto sino el objeto sobre el que se proyecta la sustitución, que, en el caso del fideicomiso de la modalidad si aliquid supererit, se refiere al alcance del residuo relictio en cuanto a su existencia o conjunto de bienes (en este sentido, sentencias de 25-4-1983 [RJ 1983/2122] y 6-2-2002 [RJ 2002/993] y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 17-9-2003 [RJ 2003/6279] y 27-10-2004 [RJ 2004/7807]). Ello no impide, claro está, que el fideicomiso de residuo pueda estar sujeto a una condición como ocurre con la modalidad establecida para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto (si sine liberis decesserit)*».

³³ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *ob. cit.*, dice pág. 710, «*el llamamiento del fideicomisario de residuo nos es condicional, pues lo único que puede entenderse condicionado es el contenido material del llamamiento*».

ante un objeto indeterminado temporalmente no implica, necesariamente, que esta indeterminación dependa del cumplimiento de una condición que, una vez acaecida, convierta en determinado el objeto. Con este razonamiento podríamos llegar a la absurda conclusión de que todo heredero testamentario lo es de forma condicional, pues solo tendrá tal carácter si existen bienes en la herencia al momento de fallecer el causante; e, igualmente, y a mayor abundamiento, el legatario de cosa cierta, pues puede ser que la cosa no exista en la herencia cuando deba hacerse efectivo el pago³⁴.

Ahora bien, es posible que el fideicomiso de residuo sea sometido a condición por el testador, como cualquier otra disposición testamentaria, en cuyo caso podría predicarse su condicionalidad, sin que, por ello, decaiga la argumentación esgrimida³⁵. Simplemente, negamos que, intrínsecamente, por esencia o por naturaleza, sea correcto calificar como llamamiento condicional el realizado al fideicomisario de un fideicomiso de residuo sobre la base de la indeterminación de los bienes que recibirá el segundo llamado.

A diferencia de la doctrina, la jurisprudencia en este punto es confusa, pues acostumbra a acompañar la definición o la alusión al fideicomiso de residuo con referencias a su condicionalidad, como carácter propio de su naturaleza. Sin embargo, sería conveniente matizar los pronunciamientos, pues tales referencias, en muchos casos no entrañan, en puridad, tal consideración³⁶. Analizando la jurisprudencia reciente, observamos como la condicionalidad a que se alude se lleva a cabo en relación a lo que va a recibir el fideicomisario, y no como una condición de la cualidad de heredero, en sentido técnico. Así razonan los Tribunales, calificando el fideicomiso de residuo como un llamamiento condicional fundamentado en que es posible que nada quede de la herencia cuando el fideicomisario pueda disponer de ella. Aparece, pues, un paralelismo entre «amplia facultad de disposición» con condicionalidad del segundo llamado, lo que lleva, ineludiblemente, a identificar dicha condicionalidad con la modalidad de fideicomiso de residuo *si quid superit*. En este sentido podemos encontrar, sin mucha dificultad, en las resoluciones judiciales afirmaciones o declaraciones semejantes a la que, a continuación, trascibimos: *«La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el ahora contemplado, de*

³⁴ DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pág. 50.

³⁵ DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 221 y sigs.

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, pág. 704, ubica el origen de esta confusión en el Derecho francés e italiano. DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 162 a 167, desmitifica la condicionalidad presente en la jurisprudencia, realizando un recorrido exhaustivo en la jurisprudencia anterior a la publicación de su obra (años ochenta). Ya entonces, DÍAZ ALABART justifica y razona que dicha presencia no implica una ineludible identificación, pues en muchas de ellas existen razones para no llevarla a cabo. Así, por ejemplo, la referencia a la condicionalidad no pasa de ser un mero *obiter dicta*, en otras no es más que una afirmación contenida en un recorrido sobre el Estado de la cuestión, sin hacer reflexión alguna, o, en otras es calificada como «condicionalidad intrínseca» lo que hace perder el carácter de condición.

fideicomiso si aliquid superit, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo en la herencia del fideicomitente»³⁷. La condicionalidad del segundo llamado se ubica, según nuestros Tribunales, en la existencia o no de bienes en el momento de efectuarse el llamamiento, llegando a calificar como «expectativa de derecho» a la que pudiera tener el fideicomisario sobre los bienes que disfruta el fiduciario³⁸.

Valgan estas consideraciones para constatar una realidad: la tesis de la condicionalidad del fideicomiso de residuo no está «formalmente» superada por nuestros Tribunales. Pero también es cierto que poco contenido jurídico se observa en la presencia de la «condicionalidad», pues la alusión a ella se efectúa al hilo de la no concreción del objeto del Derecho, como característica del fideicomiso de residuo, en la medida que este está siendo plenamente disfrutado por un primer llamado a hacerlo. Podemos afirmar, pues, que existe una confusión en las resoluciones judiciales entre «condicionalidad» e «indeterminación», lo que no lleva a concluir que, de hecho, los operadores jurídicos no están resolviendo sobre la base de que el fideicomisario sea un heredero sometido a condición, sino considerando, lo que es cierto, que el objeto que este va a recibir se encuentra indeterminado hasta que no tenga lugar el segundo llamamiento.

En resumen, fiduciario y fideicomisario son ambos herederos del testador desde que aceptaron serlo; ambos tienen derecho sobre los bienes gravados, aunque este derecho se encuentra priorizado por el orden establecido y, en el caso del segundo llamado, el objeto sobre el que el derecho recae no se encuentra determinado temporalmente.

Ahora bien, no es de rigor dar por finalizado este discurso sin ofrecer al lector unos argumentos que, si bien no son originales, pues el tema se encuentra ya suficientemente tratado en la doctrina autorizada, son los que, desde el convencimiento, me han servido como premisa para llegar a la afirmación que titula este epígrafe.

Pues bien, hemos de partir de la mecánica de la condición suspensiva en el ámbito de los negocios jurídicos y entender que, concurriendo una condición suspensiva, los derechos u efectos sometidos a esta no se adquieren por el sujeto

³⁷ STS de 7 de noviembre 2008, *RJ* 2008/7696. En igual sentido, entre otras, SAP de Valencia, de 1 febrero de 2010, *AC* 2010/853.

³⁸ «*El derecho del fideicomisario se supedita al cumplimiento de la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente, esto es, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras no se cumpla, no tiene más que una expectativa de derecho*», dice la SAP de Cantabria de 4 de junio de 2004, *JUR* 2004/180078. En igual sentido, STS de 22 de julio de 1994, *RJ* 1994/6678 y SAP de Zaragoza, de 6 de julio de 1996, *AC* 1996/1352, entre otras.

hasta que la condición se cumpla. Si, efectivamente, el fideicomiso de residuo entrañara una condición suspensiva para el segundo llamado, éste no adquiriría la cualidad de heredero hasta que no tuviera lugar dicha condición; es decir, en tanto no se verifique el patrimonio que va a recibir por haber tenido lugar el fallecimiento del primer llamado (o llegado el término fijado por el causante), el fideicomisario no podría ser considerado como heredero. En consecuencia, sólo hay un heredero (el primer llamado), y un posible heredero (el segundo) dependiendo del ejercicio de la facultad dispositiva que haga el fiduciario. Este razonamiento impide al fideicomisario disponer del derecho a recibir todo o parte de la herencia del testador, porque ni las expectativas de derecho pueden ser objeto del tráfico jurídico (pues para disponer de un derecho debe estar dentro del patrimonio del disponente), ni nadie está legitimado en nuestro Derecho a «dar lo que no tiene». Es admitida la disponibilidad *inter vivos y mortis causa* del derecho del fideicomisario a ser partícipe, en segundo lugar, de lo que reste del patrimonio inicialmente recibido por el fiduciario. Y no solo es un derecho disponible por el titular, sino que, incluso, es transmisible *ex lege*, si éste falleciera antes de que tuviera lugar la determinación del objeto del derecho (a no ser, claro ésta, que el testador hubiera dispuesto lo contrario).

En segundo lugar, los que defienden esta naturaleza jurídica del fideicomisario en el fideicomiso de residuo, lo hacen desde una «particular» concepción (por no decir errónea), de la condición, como elemento del negocio jurídico. Afirman que estamos ante una figura que «naturalmente» lleva implícita una condición suspensiva, cuando la condición, como tal, es un elemento accidental del negocio jurídico, que precisa una manifestación de voluntad para su nacimiento y consideración. Así pues, porque el fideicomiso de residuo no lleva implícita la existencia de una condición suspensiva, es posible que el testador, si así fuera su voluntad, la incluyera, en cuyo caso sí estaríamos frente a un fideicomiso de residuo condicional, pero no por definición o por naturaleza, sino, simplemente, porque esa fue la voluntad del causante. Claro que yo me pregunto: y, en este caso ¿habría una doble condición suspensiva, la natural y la impuesta? Seguir con este razonamiento nos conduciría a un resultado absurdo e incongruente.

Para finalizar. El fideicomisario es un heredero desde el momento del fallecimiento del testador, sin que sea necesario se cumpla condición alguna para que adquiera tal cualidad, es decir, su carácter de heredero no se encuentra supeditado a que queden bienes en el patrimonio del causante cuando se perpetre su llamamiento. Porque tiene ese derecho a la herencia del causante, puede trasmisirlo y disponer de este. Y porque no está «naturalmente» condicionado, puede ser sometido a condición suspensiva, cuando así lo disponga el testador.

IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO IMPLICA LA SUSTITUCIÓN VULGAR DEL FIDUCIARIO POR EL FIDEICOMISARIO

Esta es una de las cuestiones no resueltas del régimen jurídico de la figura que nos ocupa, en la medida que existen dos posturas contrapuestas sobre el particular. Sin embargo, entiendo que existen motivos más que suficientes para inclinarnos a considerar que, en todo caso y salvo mención contraria del testador, el fideicomisario está llamado a sustituir al fiduciario si este premuere al testador.

1. EL FIDEICOMISARIO HEREDERO DEL TESTADOR Y SUSTITUTO VULGAR DEL FIDUCIARIO

En primer lugar, hemos de tener presente que, como hemos apuntado, el fideicomisario no es un heredero del testador sometido a condición suspensiva, sino un heredero llamado en segundo lugar pero que adquiere tal carácter desde que muere el causante. Aquellos que, de entrada, le niegan tal cualidad sobre el razonamiento de su llamamiento condicional, no pueden, por motivos lógicos, plantearse la posibilidad de que pueda sustituir al fiduciario en caso de premuerte al testador. En verdad, si el fideicomisario solo es heredero cumplida la condición suspensiva de que resten bienes en el patrimonio gravado y después de que el fiduciario haya disfrutado y dispuesto (o no dispuesto) de estos bienes, si el primer llamado no puede, como consecuencia de su previo fallecimiento, usar y disfrutar del fideicomiso, el fiduciario tampoco podrá hacerlo en su lugar. Pues la condición de que, antes de él, haya un uso y disposición, no se cumple, por lo que, en consecuencia, el fideicomisario no adquiere la cualidad de heredero.

Detrás de este planteamiento subyace, también, la idea de que al testador le es indiferente que el fideicomisario reciba bien alguno, dejando tal eventualidad a juicio del fiduciario, al concederle libertad para disponer de los bienes afectos. Argumentan, asimismo, que las sustituciones no pueden ni deben inferirse y que, si el causante así lo hubiera deseado, lo habría dispuesto, previendo tal circunstancia e introduciendo la pertinente cláusula de sustitución. En cualquier caso, y habida cuenta la premuerte del fiduciario, el testador, conocido tal hecho, pudiera haber declarado heredero al fideicomisario en los bienes inicialmente integrantes del fideicomiso, y si no lo hizo fue, simplemente, porque no era su voluntad. Por ello, entienden que no debe proceder el mecanismo de la sustitución vulgar del fideicomisario, procediéndose, pues, a abrirse la sucesión intestada de los bienes que, inicialmente, integraban el patrimonio del fideicomiso. Finalmente,

no podemos obviar que no existe en nuestro Código Civil ningún precepto³⁹ que declare la cualidad de sustituto vulgar del fideicomisario.

Sin embargo, y como hemos adelantado, podemos sostener y defender la postura inversa, no sin mucha dificultad; avalada, además, por la doctrina más autorizada en la materia⁴⁰. El planteamiento debe ir más allá del fideicomiso de residuo para aterrizar en las sustituciones fideicomisarias, en general, de las que el fideicomiso de residuo es, simplemente, una variedad. En este sentido, el objeto de debate se ubica en si las sustituciones fideicomisarias, en general, implican una sustitución vulgar del fideicomisario⁴¹; de manera que, o bien premuerto (lo más frecuente), o bien por imposibilidad o renuncia, el fiduciario no llegara a recibir el patrimonio gravado, este pasará al fideicomisario al considerar que es el sustituto vulgar del primero.

En primer lugar, se hace del todo preciso llevar a cabo una reflexión sobre la naturaleza del fideicomiso testamentario, como negocio jurídico fiduciario, pues es en ella donde podemos encontrar argumentos y razones que apoyen nuestra afirmación. En consonancia, pues, con la presencia de la fiducia o confianza, podemos afirmar que existe un encargo del testador al primer llamado, un encargo que se materializa en la entrega de unos bienes, sobre los que está facultado (en mayor o menor medida, según el fideicomiso sea o no de residuo, incluso, dentro de este último, según lo estuviera para disponer por algún título o por cualquiera, con o sin límites) a llevar a cabo actuaciones de disfrute y/o disposición sobre estos. Sin la confianza, pues, no es comprensible la figura, como tampoco lo serían otras como el mandato o la prestación de servicios profesionales, conocidas en nuestro Derecho, y con un particular régimen jurídico justificado por ésta⁴².

En segundo lugar, la voluntad del testador, en esta tesitura, no puede ser otra que reconocer que, efectivamente, quiere que el segundo llamado reciba una serie de bienes, que sea su heredero. Ahora bien, este deseo, digamos que es secundario al de que el primer llamado disfrute de los bienes gravados; no quiere excluirlo de la herencia, lo prefiere al resto de sus posibles herederos en relación a los bienes concretos que integran el fideicomiso, pero no lo prefiere frente al primer llamado. Ese es el sentido de la institución fideicomisaria, su

³⁹ A diferencia del Derecho catalán, en cuyo artículo 426-8 titulado «sustitución vulgar implícita», dice en el párrafo (1), textualmente, «siempre que el fiduciario no llegue a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar».

⁴⁰ Básicamente, me estoy refiriendo a DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 241 a 268, y CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, págs. 708 a 710.

⁴¹ Así lo entiende DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pág. 245, que titula el epígrafe con el que comienza a abordar el tema, «La sustitución fideicomisaria normal engloba a la vulgar». De igual forma, el precepto citado del Código catalán (art. 426-8), es una norma correspondiente al régimen jurídico general de la sustitución fideicomisaria.

⁴² De este punto ya nos hemos ocupado con detenimiento en epígrafes precedentes a los que nos remitimos.

finalidad que no es otra que articular jurídicamente ese juego de preferencias, por otra parte, no extraño a la naturaleza humana.

En este razonamiento general, común a cualquier sustitución fideicomisaria, es posible, además, que la confianza que el testador tenga depositada en el llamado en primer lugar, sea tal que, incluso, le faculta para disponer de los bienes gravados, ampliando, pues, su facultad de disfrute. Pero, incluso en este caso, tampoco ha renunciado el causante a su deseo de que el fideicomisario reciba todos o parte de los bienes que integran el fideicomiso, simplemente, lo remite a la voluntad del fiduciario, en la confianza que usará de tal facultad en el mejor de los fines. Este argumento, que traemos de nuevo a colación, lo hemos esgrimido ya, previamente, para legitimar y defender la subrogación real que, creemos, debe generarse de forma automática cuando el fiduciario trasmite a título oneroso (lo que es lo más común, pues no se presume la capacidad dispositiva a título lucrativo).

Pues bien, en concordancia con la voluntad del testador de que el fideicomisario reciba los bienes (todos o parte, o el importe, o los bienes adquiridos con cargo a este), debe, necesariamente, presumirse que la sustitución fideicomisaria (sea o no de residuo), lleva implícita la sustitución vulgar del fiduciario por el fideicomisario. Pues solo de esa forma la sustitución fideicomisaria sirve a su finalidad, al juego de preferencias que ella encierra. Si el fiduciario, primer preferido, no quiere o no puede aceptar el fideicomiso, deberá ser el segundo preferido, elegido por el testador, el destinatario de los bienes gravados, y no los herederos *ab intestato*, ignorados en el testamento en relación a estos bienes⁴³.

Con este discurso cerramos el círculo en torno a la delimitación conceptual del fideicomiso de residuo; todas las afirmaciones esgrimidas en este trabajo, convergen y se sustentan unas a otras. De tal forma que, sin alguna de ellas, carecerían de sentido las siguientes. Efectivamente, hemos argumentado y contraargumentado en círculo, de ahí que las continuas referencias a afirmaciones mantenidas y expuestas para defender una determinada característica o rasgo esencial, hemos de traerla a colación para, también, servir de fundamento a otra cualidad de la institución.

⁴³ De forma semejante, CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, pág. 709, con manifestaciones como la siguiente: «*al priorizar ambos herederos sucesivos frente a todos los herederos ab intestato está manifestando, implícitamente, su voluntad de excluir a los herederos legales*». En igual sentido, del mismo autor, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 86 y sigs., y cómo no, DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 253 y 254, entre otras alusiones.

2. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003 Y LA «PUNTA DEL ICEBERG»

Antes de que la DGRN dictara la Resolución de la que vamos a ocuparnos, pues supone un importante punto de inflexión en este tema, solo se había pronunciado nuestro Tribunal Supremo en seis ocasiones, en todas ellas llegando a la conclusión contraria a la que defendemos⁴⁴. Se ha de tener presente, eso sí, que han sido tomadas en un ambiente «jurídico» proclive a la calificación del fideicomiso de residuo como un llamamiento condicional, pues la última en el tiempo es de 1975 y hasta la década de los ochenta no empieza a cuestionarse esta, hasta entonces, no discutida naturaleza jurídica. Creo que han quedado ya suficientemente expuestas las conexiones existentes entre llamamiento condicional del fideicomisario y sustitución vulgar implícita, por lo que, con esta premisa, los fallos no podían ser de otro modo.

Con esta Resolución, la DGRN se desmarca de la tesis mantenida en nuestros Tribunales y, haciéndose eco de la doctrina autorizada, afirma que la sustitución fideicomisaria de residuo implica la sustitución vulgar tácita, que opera, de forma automática, sin necesidad de que el testador se hubiera pronunciado, de forma expresa, sobre tal posibilidad. Con prontitud, el 27 de octubre de 2004⁴⁵, la misma DGRN dicta una segunda Resolución en igual sentido que su predecesora, lo que convierte en «jurisprudencia» la línea argumentativa en ella contenida.

Los hechos a enjuiciar en la primera de las resoluciones son los siguientes: La testadora establece sustitución fideicomiso a favor de su esposo, como primer llamado, y a sus dos sobrinos en lo que quede de los bienes, pues le concede al fiduciario facultad dispositiva. Premuerto el esposo de la testadora, al fallecimiento de esta se discute si el patrimonio debe pasar a los sobrinos, al ser considerados sustitutos vulgares del primer llamado, o, por el contrario, abrirse la sucesión *intestada*.

Los argumentos esgrimidos por la Dirección General para fundamentar la sustitución vulgar tácita e implícita, en virtud de la cual son declarados herederos los sobrinos fideicomisarios, son los siguientes:

En primer lugar, el fideicomiso de residuo es, sin lugar a dudas, un tipo de sustitución fideicomisaria, lo que implica que comparte (a excepción de la obligación de no disponer)⁴⁶ las demás características de las sustituciones fi-

⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, págs. 704 y 705, sintetiza y comenta las citadas sentencias; a saber, 13 de febrero de 1943, 25 de junio de 1947, 3 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955, 5 de octubre de 1970 y 23 de abril de 1975.

⁴⁵ *RJ* 2004/7807.

⁴⁶ Me niego a utilizar la denominación «obligación de conservar» como característica de las sustituciones fideicomisarias frente al fideicomiso de residuo, para argumentar que, en esta última modalidad, dicha obligación no se encuentra presente. De ahí la denominación de «obligación de no disponer», aunque la resolución sigue aludiendo a la «obligación de

deicomisarias⁴⁷. En este sentido, se argumenta en el pronunciamiento, con muy buen sentido, si el hecho de que el testador establezca un doble llamamiento implica que es su voluntad que el segundo llamado reciba los bienes gravados. Así, califica de «punta de iceberg» este hecho, pues es fácil suponer que dada la no disponibilidad del fiduciario, es revelador de una voluntad más amplia; a saber, que el causante quiere que el fideicomisario sea receptor de los bienes afectos a la sustitución fideicomisaria, por lo que, si el fiduciario premuriera al testador o no pudiera o no quisiera recibir la herencia, lo consecuente es afirmar la calidad del fideicomisario de sustituto vulgar del fiduciario⁴⁸.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional es consciente de que, en verdad, si fácilmente puede predicarse la sustitución vulgar del fideicomisario en una sustitución fideicomisaria normal (no de residuo), cuando el fiduciario goza de facultad dispositiva, la voluntad del testador de que el fideicomisario se beneficie de los bienes gravados puede ponerse en entredicho⁴⁹, o simplemente, no aparecer de manera tan clarificadora. Para salvar este escollo que, por otra parte,

conservar» en varias referencias a lo largo del texto. Así, a modo de ejemplo «...si el llamamiento al residuo es o no una modalidad de la sustitución fideicomisaria, pues, aunque las diferencias que guarda con respecto a la que tiene obligación de conservar no sean suficientes para sustentar una posición negativa...», y más adelante, «...la obligación de conservar no es la esencia de la sustitución fideicomisaria...».

⁴⁷ «En efecto, so pretexto de que la decisión sobre si la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar, implica la vulgar tácita, es una cuestión que se resuelve en función de una actividad de interpretación en función integradora, y de que el llamamiento al residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria, se concluye, con facilidad, que la decisión sobre si el llamamiento al residuo implica la vulgar tácita, es también una cuestión cuya resolución se realiza sin traspasar la frontera de la actividad interpretativa, y que debe tener la misma respuesta favorable».

⁴⁸ «En tales condiciones cabe concluir que, a menos que hubiera otras particularidades en el testamento que lo pusieran en entredicho, ese llamamiento “para después de”, es como la punta de un iceberg, la parte exteriorizada de una voluntad más amplia e inescindible que abarcaría tanto ese llamamiento como el llamamiento en defecto».

⁴⁹ «Ese llamamiento al residuo lo único que implica es que, una vez fallecido el primer llamado y liquidadas sus deudas, los bienes que procedan del fideicomitente quedan sustraídos a la Ley que regulará la sucesión del primer llamado, y seguirán el orden sucesorio predeterminado por el fideicomitente. En tales condiciones, cabe preguntarse si del llamamiento al residuo puede inferirse de forma inequívoca una voluntad implícita del testador a favor del llamamiento directo y al todo, del beneficiario del residuo, para el caso, no previsto expresamente, de ineficacia del primer llamamiento. ¿Puede afirmarse con total certeza que de haber previsto el testador la ineficacia del primer llamamiento, habría dispuesto el llamamiento inmediato y al todo, del elegido para el residuo?; ¿no puede pensarse que quizás la preferencia implícita en el llamamiento al residuo, estuviera determinada por la consideración del testador —más o menos justificada— de la escasa importancia proporcional que tendría el residuo respecto al todo que se dejaba al primer llamado, de manera que respecto del todo no se hubiera producido igual elección? Estos interrogantes ponen de manifiesto que, a diferencia de lo que ocurría en la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar, la afirmación de que el llamamiento al residuo implica también la vulgar tácita, no es ya, de manera incuestionable...».

no elude, y a fin de evitar la interpretación integradora del testamento⁵⁰, se opta por otra fórmula, técnicamente más adecuada, y que le permite llegar a idéntico resultado. A saber, «guardándose las espaldas», la Dirección General declara algo ya de por sí sabido: que habrá de examinarse cada caso de forma aislada para detectar si, efectivamente, la voluntad del testador era beneficiar también al fideicomisario, deseando que este sea receptor de todo o parte de los bienes gravados⁵¹. Con esto, la regla general de entender que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar, quiebra cuando esta es de residuo; sin rechazarla, la supedita a una interpretación del testamento. Pero el órgano va más allá y, entre líneas, parece que apunta la subsidiariedad del criterio interpretativo de entender que dicha sustitución es implícita si no pudiera determinarse voluntad contraria del testador. Ciertamente no existe el paralelismo que puede establecerse en la sustitución fideicomisaria normal, en la medida que, a no ser que se excluya, se entenderá implícita la vulgar. Cuando aquella es de residuo, el intérprete debe ser más meticuloso a la hora de examinar la voluntad del causante, puesto que el fiduciario ostenta mayores facultades sobre los bienes recibidos⁵², pero no debe inferirse que, necesariamente, para que el fideicomisario asuma el rol de sustituto deba expresarlo con claridad meridiana el testador. Pues, como dice textualmente la sentencia «*porque, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede*

⁵⁰ «...pues podría considerarse más bien el resultado de integrar la voluntad del testador considerado con la que razonablemente cabría esperar de un testador medio o estándar. Y en tal caso, habríamos de concluir en el rechazo de tal integración por vulnerar la naturaleza esencialmente personalísima del testamento y no existir, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones españolas distintas del Código Civil (LEG 1889/27), como la de Navarra (RCL 1973/456 y RCL 1974/1077) y el Código de Sucesiones de Cataluña (RCL 1992/456; LCAT 1992/46 y 205), un precepto legal que así lo disponga».

⁵¹ «Parece, entonces, que la solución del problema ha de partir de dos principios básicos: a) Cada caso habrá de resolverse en función de una interpretación específica del respectivo supuesto; b) La solución vendrá dada en función de que se estime, a la vista del caso examinado, si puede llegarse a la conclusión de que se ha querido (teniendo en cuenta las limitaciones que nuestro Código Civil impone a la interpretación del testamento, según la doctrina jurisprudencial) que los llamados al residuo sustituyan a los primeramente llamados, en cuyo caso estaríamos dentro de los límites de la interpretación testamentaria, o, por el contrario, llegar a dicha conclusión supondría entrar en el campo de integración de la voluntad del testador, y, en consecuencia, tal conclusión excedería de tal labor interpretativa».

⁵² «No obstante, en el llamamiento al residuo, las cosas no ocurren del mismo modo; hay un primer llamamiento pleno, total, e ilimitado en vida del beneficiario; el primer llamado es un heredero completo en el tiempo y en las facultades que adquiere, con una sola restricción que operará después de su muerte; la herencia fideicomitida (o el patrimonio fideicomitido ya liquidado, si se aceptó a beneficio de inventario) se integra plenamente en el patrimonio del primer llamado y pasa a responder de las deudas de este como los demás bienes que integran hasta ese momento dicho patrimonio, sin ninguna relación de preferencia entre unos y otros, y esta responsabilidad persiste al fallecimiento de ese primer llamado; el llamamiento al residuo en modo alguno limita en vida las facultades del primer llamado, que es dueño pleno y con plenas facultades de disposición intervivos».

si el primer llamado no lo hace», principio que debe inspirar la labor interpretadora del órgano jurisdiccional. Que, en definitiva, actúa como la «punta del iceberg», cuya extensión debe ser buscada por el intérprete en el hielo, que no es otra cosa que agua helada, voluntad de querer beneficiar al fideicomisario, pues de haber sido la contraria lo habría apartado de la línea sucesoria. Y con esa pauta, con esa realidad, se debe abordar el tratamiento de este tema, lo que, en verdad, facilita una interpretación proclive a considerar al fideicomisario de residuo como sustituto vulgar; sin traspasar esa débil línea que separa la interpretación de la integración, y que tanto miedo le da al ordenamiento jurídico en materia testamentaria.

La siguiente Resolución de la DGRN abunda en la línea iniciada por su predecesora. Más valiente, da un paso más y definitivo para casi no dejar hueco a la posibilidad de que el fideicomisario de residuo no asuma el papel de sustituto vulgar. Es de destacar que la Resolución de la DGRN comienza advirtiendo sobre la dificultad de discernir entre interpretación e integración, consciente de que esta última está excluida para los negocios testamentarios, retomando el hilo argumental presente en la Resolución de 2003⁵³. Partiendo, pues, de la anterior premisa, el órgano jurisdiccional retuerce los argumentos de manera que, en la práctica, el resultado es una presunción muy semejante a la que se establece en el fideicomiso normal a favor de considerar al fideicomisario sustituto vulgar, salvo manifestación en contrario del testador (explícita o implícita). Lo interesante de la Resolución de 2004 no es tanto a dónde llega, sino cómo llega, pretendiendo no cruzar la frontera entre interpretación e integración, que precede a sus razonamientos.

En primer lugar, se trae, a fin de rechazarlo como fundamento, el argumento que niega que el fideicomisario de residuo pueda ser tenido como sustituto vulgar, sobre la base de que carece de derecho alguno sobre los bienes gravados hasta que finalice el fideicomiso, por considerar que no dispone de derecho alguno sobre estos pues solo es tenedor de expectativas de derechos⁵⁴. Esta premisa le da la oportunidad de apuntar que en el fideicomiso de residuo «*lo condicionado no es el llamamiento en sí, sino su contenido; no está condicionada la cualidad de sustituto sino el quantum*»⁵⁵. Sirva, pues, esta referencia como un ejemplo

⁵³ «...porque nos hallamos en la frontera, siempre difusa, entre la interpretación integradora de la voluntad testamentaria —admitida sin dificultad en el ámbito testamentario— y su integración —unánimemente excluida, dada la naturaleza del negocio testamentario—».

⁵⁴ «En tal sentido, deben rechazarse aquellas posiciones que consideran que la disposición de residuo no implica sustitución vulgar tácita porque aquélla no atribuye al favorecido, desde el momento del fallecimiento del causante y sobre los bienes objeto de la disposición, un derecho firme y definitivo, sino un simple derecho eventual o expectativa, cuya definitiva adquisición queda pendiente, hasta el fallecimiento del instituido, de la falta de ejercicio por éste de su facultad de disponer de la totalidad de los bienes objeto de la disposición».

⁵⁵ Continúa el texto: «Cualquier otra conclusión llevaría a considerar que cualquier legado que pueda establecer un testador está siempre condicionado en la medida en que queda

más de la ligazón existente entre la naturaleza condicionada del llamado como fideicomisario como fundamento para negarle el papel de sustituto, y, por tanto, como la superación de la tesis condicional arrastra, también, a la que le niega el rol de sustituto vulgar, en cualquier caso.

En segundo lugar, el texto de la Resolución, partiendo de la diferencia existente entre sustitución fideicomisaria normal y de residuo, pero reconociendo que esta última es una modalidad de la primera, justifica que, en consecuencia, no pueda presumirse que la sustitución fideicomisaria presuponga de forma implícita la vulgar⁵⁶. Pero la DGRN va más lejos. Podría haberse quedado aquí, pero quiere apuntar algo más, que se convierte en la pieza esencial de su argumentación y que, a mi juicio, es la aportación más significativa de esta Resolución. Así, dice que esta afirmación no puede llevar a establecer una presunción contraria, de tal modo que deba colegirse que, si nada se ha dispuesto, la presunción juegue a favor de la no consideración de sustituto vulgar del fideicomisario de residuo⁵⁷. Por tanto, si nada puede deducirse de la voluntad del testador y estamos ante una sustitución fideicomisaria normal, debe entenderse que el fideicomisario actúa como sustituto vulgar del fiduciario. Pero si el fideicomiso es de residuo, la no manifestación expresa de tal cualidad no debe tener una consecuencia contraria, tal cual es negarle tal cualidad. Entonces, ¿cuál es el camino? Lo apunta también el órgano jurisdiccional: si no hay manifestación expresa contraria a la consideración de sustituto vulgar y no puede inferirse que el testador quisiera la sucesión intestada⁵⁸, en ese caso debemos atribuir al fideicomisario de residuo la función de sustituto vulgar del fiduciario. Se simplifica, pues, la labor del intérprete; basta con probar que no existe voluntad de que se abra la sucesión intestada, lo que, en verdad, no es muy difícil pues dicha intención, de entrada, se encuentra excluida por el mero hecho de hacer testamento.

Tras este sutil y fino razonamiento, llegamos al punto de partida donde nos conduce el órgano jurisdiccional; un punto que no tiene retorno, y que sienta las bases para que muy difícilmente pueda negarse la cualidad de sustituto vulgar al

sin efecto si el testador dispone, por cualquier título, del objeto legado (vid. art. 869-2º del CC [LEG 1889/27]). Ello no impide, claro está, que el fideicomiso de residuo pueda estar sujeto a una condición como ocurre con la modalidad establecida para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto».

⁵⁶ «...que, si bien es cierto que en la sustitución fideicomisaria de residuo, a diferencia de lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar (sustitución fideicomisaria propiamente dicha), no cabe afirmar con carácter general y como resultado de una actividad estrictamente interpretativa, que la voluntad presunta del testador para el caso de que el primer llamamiento no sea eficaz es que tenga lugar el segundo...».

⁵⁷ «...no es menos cierto que tampoco quepa establecer la regla contraria por la que, a falta de previsión expresa del testador al respecto, deba presumirse, en todo caso, que ha preferido que se abra la sucesión intestada antes que llamar al fideicomisario de residuo salvo, claro está, que de la interpretación del testamento se pudiera deducir lo contrario...».

⁵⁸ «...que, atendidas las circunstancias del caso concreto sometido a decisión, ningún dato permite presumir que la voluntad de la causante fue la de que se abra la sucesión intestada».

fideicomisario de residuo. En consecuencia, y tras esta Resolución, tanto por ser la segunda en igual sentido como por, a su vez, las aportaciones y matices que en ella se contienen, podemos afirmar que, en muy contadas ocasiones, puede negarse la condición de sustituto vulgar al fideicomisario de residuo, pues el margen a dicha posibilidad es, ciertamente, muy reducido. Podemos, y ya para finalizar, representarnos alguna de estas situaciones. Por supuesto, cuando de forma expresa el testador así lo manifiesta. También pudiera predicarse en el caso de fideicomisos de residuo en los que el fiduciario se encuentre legitimado para disponer a título lucrativo, sin restricción alguna. Fuera de estos casos (de por sí muy específicos y pocos usuales), entiendo que el fideicomisario de residuo es, también, el sustituto vulgar del fiduciario, no procediendo, pues, la apertura de la sucesión *intestada* en caso de fallecimiento o incapacidad para suceder del primer llamado.

V. CONCLUSIONES

1. Las sustituciones fideicomisarias suponen una excepción a la no admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de negocios jurídico fiduciarios.
2. La confianza es la causa que justifica las sustituciones fideicomisarias, pues solo la confianza del testador en el fiduciario, legitima el particular régimen jurídico del encargo que supone el fideicomiso.
3. El fideicomiso de residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria, no regulada específicamente en el Derecho común, que se caracteriza por que el fiduciario goza de capacidad dispositiva sobre los bienes que integran el fideicomiso.
4. El fideicomisario, normal y de residuo, son herederos del testador desde el momento de su fallecimiento. Por tanto, el derecho sobre los bienes es transmisible desde entonces.
5. El contenido del derecho que el fideicomisario de residuo ostenta sobre los bienes de la herencia gravados, sin embargo, se encuentra indeterminado hasta que se haga efectivo su llamamiento.
6. La obligación de conservar es una característica de las sustituciones fideicomisarias, aunque presenta particularidades de intensidad en los dos tipos. Así, al fiduciario normal, la obligación de conservar le impide, además, disponer de los bienes; el fiduciario de residuo, facultado para disponer en determinadas ocasiones, está obligado, también, a conservar los bienes no dispuestos e, incluso, aquellos que ocupen su lugar por subrogación real.
7. Excepto que haya sido excluida por el testador, de forma expresa o tácita, la subrogación real debe operar automáticamente en el fideico-

- miso de residuo, para dar cumplimiento a la voluntad del causante de que el segundo llamado sea, en cierta medida, beneficiario de todo o parte de los bienes.
8. El fideicomisario de residuo debe ser considerado sustituto vulgar del fiduciario, a no ser que el testado de forma explícita o implícita, hubiera manifestado su voluntad de no excluir la sucesión intestada.

VI. REFLEXIÓN FINAL: «SIEMPRE LA BUENA FE...»

No quisiera acabar estas líneas sin referirme a las intensas relaciones que el régimen jurídico propuesto para esta figura tiene con un principio general del Derecho, la buena fe. A la luz del mismo, he ido proponiendo o apuntando soluciones siempre teniendo presente en ellas la aplicación de este importante principio general de nuestro Derecho, con eficacia normativa, en muchos casos.

La buena fe es la que impide, por ejemplo, considerar lícito el uso de la facultad dispositiva de la que es legítimo titular el primer llamado que pueda dejar descapitalizado el fideicomiso constituido. En consonancia, hemos propuesto la operatividad automática de la subrogación real para evitar que comportamientos como este puedan generarse. Es, asimismo, una exigencia de la buena fe evitar que el fiduciario haga un mal uso de los bienes gravados, en tanto no disponga de estos, por lo que mantenemos que existe, también en el fideicomiso de residuo una obligación de conservar estos bienes.

No podemos, ni queremos, desprendernos de este principio, al analizar el encargo sustentado en la confianza que subyace en esta institución. En su virtud las soluciones apuntadas pivotan sobre el deseo del testador de que el segundo llamado sea beneficiario de todo o parte de los bienes. Y así, hemos defendido que el fideicomisario debe ser considerado sustituto vulgar del fiduciario, a no ser que fuera otra la voluntad del testador.

Porque hay una realidad de la que parten estas reflexiones, el fideicomisario de residuo es un heredero del causante, es un sujeto favorecido por la herencia de este desde que fallece el testador, por lo que cualquier regulación debe tender a buscar ese beneficio, máxime cuando, además, es una exigencia de la buena fe que así sea. Lo contrario sería apartarnos de la esencia y sentido de la institución, para perdernos en argumentos más o menos correctos, y alejarnos de una interpretación de las normas adherida y conforme a la buena fe que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

RESUMEN

**SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA
FIDEICOMISO DE RESIDUO
SUSTITUCIONES TESTAMENTARIAS**

En este trabajo se aborda el estudio de una figura tradicional del Derecho de Sucesiones: el fideicomiso de residuo. Para ello se lleva a cabo una revisión crítica de los planteamientos doctrinales y juríprudenciales, ofreciendo soluciones a las cuestiones más conflictivas o cuya resolución comporta consecuencias jurídicas más relevantes. Enriquecido, todo ello, por un detallado análisis de la jurisprudencia más reciente, de la que se sirve la autora, bien para rechazarla, bien para coincidir en sus postulados. De ahí la actualidad que impregna este artículo y que dota de modernidad a una institución tan clásica como es el fideicomiso de residuo.

ABSTRACT

**TRUST
TRUSTEESHIP OF THE RESIDUARY
ESTATE IN THE EVENT OF THE
HEIR'S DEATH BEFORE THE ASSETS
OF THE ESTATE ARE ENTIRELY
EXTINGUISHED
REAL SUBROGATION**

This is a study of that traditional concept in succession law, the trusteeship of the residuary estate in the event of the heir's death before the assets of the estate are entirely extinguished. A critical overview of the approaches found in legal thought and case law is presented. Solutions are offered to the more-conflictive issues and the questions whose resolution involves direr legal consequences. A detailed analysis of the most-recent case law is given, including the author's views about which portions of case law she agrees with and which portions she rejects. As a result, this up-to-the-moment article finds the modern significance in the ever-classic institution.

(Trabajo recibido el 18-6-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)