

La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: 1.1. La dualidad existente entre la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo.—2. LA SITUACIÓN DEL FIDUCIARIO: 2.1. En la sustitución fideicomisaria. 2.2. En el fideicomiso de residuo.—3. LOS FIDEICOMISOS EN EL DERECHO FORAL: 3.1. EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE BALEARES. 3.2. EN EL CÓDIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE CATALUÑA. 3.3. EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA.—4. LA CESIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS EN LOS FIDEICOMISOS: 4.1. EL ARTÍCULO 228 DEL CÓDIGO DE SUCESIONES DE CATALUÑA. 4.2. LA LEY 237 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA.

1. PLANTEAMIENTO

La estimación por separado en el Derecho Foral de la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo, artículos 180 y 243 del Código de Sucesiones de Cataluña; artículos 25 y 37 de la Compilación Civil de Baleares; las leyes 224 y 239 del Derecho Civil de Navarra, nos hace pensar que cualquier planteamiento sobre los mismos debe partir de dicha dualidad.

Por otro lado, la falta de precisión terminológica en nuestro Código Civil sobre las mencionadas sustituciones, como en el residuo, ha facilitado que se entienda como una sola y bajo la denominación: sustitución fideicomisaria de residuo.

Situada la polémica en el ámbito de nuestro Código Civil, por estimar en primer lugar, que el fideicomiso de residuo puede disponer del todo o parte de la herencia fideicomitida, en cambio, en la sustitución fideicomisaria no tendría dicha posibilidad. Por el contrario, en el ámbito del Derecho Foral, la institución de residuo se puede enajenar los bienes fideicomitidos, y en la sustitución fideicomisaria de igual modo, pero bajo una serie de limitaciones o excepciones debidamente justificadas, pero al mismo tiempo el legislador

ha previsto la posibilidad de ceder los derechos fideicomitidos, artículo 228 del CS, y la ley 237 del FN, sin que la voluntad del testador influya en dicha cesión. No obstante, nuestro planteamiento parte del artículo 781 del Código Civil, para la sustitución y el artículo 783-2.º del mismo Cuerpo legal para el residuo, después analizaremos el Derecho Foral, por último la particularidad de la cesión como hemos apuntado.

1.1. LA DUALIDAD EXISTENTE ENTRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

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

Precepto que, como ha declarado la STS de 27-9-1935 (1): «la existencia de la sustitución llamada fideicomisaria tiene tres elementos o características: duplicidad de llamamientos en la disposición testamentaria; obligación de conservar y restituir todo o parte de la herencia deferida al beneficiario del primer llamamiento y orden sucesorio en la transmisión de la herencia». A colación de dicho fallo surge la cuestión de si cuando hablamos de una sustitución fideicomisaria, y por ende, de un fideicomiso de residuo, nos estamos refiriendo a dos institutos diferentes, o por el contrario, podemos admitir que el residuo es una sustitución fideicomisaria.

La cuestión no es pacífica en la doctrina, pues con ello no sólo otorgamos carta de naturaleza jurídica, sino al decantarse por una u otra conlleva la equiparación, o en su caso, diferenciación, con los evidentes efectos jurídicos distintos en cuanto a la posibilidad de enajenar la herencia.

Así que para la doctrina (2), que admite el fideicomiso con los requisitos antes aludidos, la sustitución fideicomisaria es diferente del fideicomiso de residuo, pues en el primero existe, conforme a lo dispuesto en el artículo 781 del Código Civil, el deber de conservar del fiduciario y posteriormente entregar al fideicomisario el todo o parte de la herencia, por lo que, en principio,

(1) (RA 1142), en igual sentido las SSTs de 25-4-1951 (RA 1615); 3-7-1956 (RA 2746); 3-7-1963 (RA 3732); 9-11-1964 (RA 5108); 13-12-1974 (RA 4677).

(2) PUIG PEÑA, F., «Fideicomiso», en *NEJ*, tomo 9.º, pág. 737; DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Madrid, 1999, pág. 67; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, Madrid, 1926, pág. 33 y sigs.; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, A., «La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y la condicional y del fideicomiso de residuo», en *RCDI*, 1951, pág. 100 y sigs.; PUIG FERRIOL, L., *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965, pág. 25.

le está vedado la posibilidad de enajenar la herencia, salvo disposición en contrario, o que tenga que efectuar una enajenación por motivos de mejora, conservación, pago de créditos o deudas. Por el contrario, otro sector de la doctrina (3), excluye como característica «la obligación de conservar y restituir toda parte de la herencia diferida al beneficiario del primer llamamiento», es decir, sólo admiten como requisito el *ordo successivos* o el doble llamamiento. En tal supuesto, el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, lo que lleva implícito la posibilidad por parte del fiduciario de enajenar el todo o parte de la herencia o legado (art. 783.2 del Código Civil), el resto, si queda, es lo que entregará al fideicomisario. Si bien es cierto, como dice DÍAZ ALABART (4), en la sustitución el fiduciario tiene el deber de conservar (art. 781 del Código Civil), que no la tiene o no la expresa el artículo 783.2 del Código Civil, para el fideicomiso de residuo; así que, de acuerdo con la tesis de la autora (5) existen dos variantes, una la sustitución fideicomisaria normal, o usual, que carece de facultades para enajenar bienes fideicomitados; otra la sustitución de residuo con amplios poderes para enajenar los bienes de la herencia.

Por nuestra parte compartimos que del inciso final del artículo 783.2 del Código Civil, cuando dice: «salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa», se hace referencia al fideicomiso de residuo, como el artículo 781 del Código Civil, regula la sustitución fideicomisaria, pero discrepamos en que una sustituya a la otra, es decir, sólo existe el fideicomiso de residuo que es una sustitución de residuo, lo que hace el legislador es regular la sustitución fideicomisaria como una transmisión sucesoria, lo que ocurre, como veremos más adelante, es que dicho mecanismo sucesorio es igual en el

(3) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1988, pág. 363; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo 5.º, vol. 2.º, Barcelona, 1977, págs. 523 y 568; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Fideicomisos a términos y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil», en *ADC*, 1956, págs. 846-847; ROCA SASTRE, R. M., *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp*, traducción de la 11.ª revisión por H. Coing, vol. 1.º, 2.ª ed. al cuidado de Puig Ferriol-Badosa Coll, Barcelona, 1976, pág. 515; IRURZUN GOICOA, D., «El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador», en *AAMN*, 1974, pág. 189; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *RDP*, 1975, pág. 175; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de familia y Derecho de sucesiones, 6.ª ed., revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, 1992, pág. 409; SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica*, tomo 3.º, Madrid, 1979, pág. 451; GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, vol. 2.º, Pamplona, 1964, pág. 378; OSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 303-304; DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo*, Barcelona, 1981, págs. 210-212.

(4) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1984, pág. 208.

(5) «El fideicomiso de residuo», *op. cit.*, págs. 37-38, en «Comentarios», *op. cit.*, pág. 209.

residuo, como en la sustitución, pero se diferencia en que éste no puede enajenar la herencia, salvo disposición en contrario, en el residuo sí.

En efecto, puede decirse que la sustitución fideicomisaria supone un proceso paralelo a la sucesión propiamente dicha, porque el mecanismo de que se vale la sucesión también es aplicable a la sustitución. Como sabemos, la sucesión, y por lo dicho a la sustitución fideicomisaria, empieza con la designación por el causante (fideicomitante), del heredero que recibe la herencia (fiduciario), que conserva y después transmite a otro (fideicomisario), el todo o parte de la herencia. Se trata, como dice ALBALADEJO (6), de una herencia y dos o más herederos sucesivos, de tal manera que el primer heredero (fiduciario) es llamado a la herencia (vocación) (7), pero hemos de tener en cuenta que en el presente caso no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 989 del Código Civil, cuando dice: «Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda», pues si repudia el fiduciario hereda el fideicomisario por sustitución vulgar, salvo disposición en contrario (8). Pero, si acepta la herencia existe posteriormente una delación (9) u ofrecimiento, en principio, y como quiere el artículo 781 del Código Civil, para conservar y después transmitir al fideicomisario, así que mientras viva el primer heredero es un detentador de la herencia, salvo que haya sido designado a término o bajo condición, de tal manera que fallecido o cumplido el plazo o la condición deberá dar tránsito al postheredero.

Aunque tendremos ocasión de insistir más adelante sobre el mismo, a los solos efectos de completarlo decimos; ciertamente, que el fiduciario en una sustitución fideicomisaria no puede disponer libremente de los

(6) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo GARCÍA, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1984, pág. 196; «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales, sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario», en *RDP*, 1979, pág. 522; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, pág. 266; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, págs. 65-70.

(7) ALBALADEJO, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 530; ROCA SASTRE, «Anotaciones», *op. cit.*, pág. 454, del mismo autor, «La designación, la vocación y la delación sucesoria», en *Estudios sobre sucesiones*, tomo 1.º, Madrid, 1981, pág. 132; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 739.

(8) ALBALADEJO, «Las sustituciones fideicomisarias puras...», *op. cit.*, págs. 524 y 533, en «Comentarios», *op. cit.*, pág. 172; ROCA SASTRE, «Anotaciones», *op. cit.*, pág. 458; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, pág. 71; IRURZUN GOICOA, *op. cit.*, pág. 197; GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pág. 365; en el régimen de Derecho Foral es normal que el causante nombre sustituto vulgar para en el caso de que el fiduciario no acepte o no quiera, que generalmente coincide con el fideicomisario. No obstante, en los Ordenamientos Forales viene previsto para en el caso de que el testador no haga uso del mismo, sin embargo en el régimen del Código Civil opera la retroacción de la herencia, pero no podemos aceptarlo porque si el primer heredero desaparece el fideicomiso también.

(9) ALBALADEJO, «Sustitución...», *op. cit.*, pág. 530; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, pág. 60; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 454.

bienes fideicomitidos (10), pero nada impide que el fiduciario y el fideicomisario lleguen a un acuerdo, o el fiduciario obtenga el consentimiento necesario para enajenar, como ante una posible discrepancia entre ambos pueda acudir (el fiduciario) a solicitar autorización judicial, ya que de enajenar por sí mismo y como libre puede ser impugnada la venta (11), en cualquier caso, y de darse la necesidad de abonar deudas, cargas o créditos de la herencia, como pagar mejoras, impensas o conservaciones, podrá el fiduciario enajenar parte de los bienes fideicomitidos, sencillamente porque el párrafo 3.º del artículo 783 del Código Civil, lo autoriza expresamente, cuando dice: «sin otras deducciones que las que corresponde por gastos legítimos, créditos y mejoras...» (12).

(10) ALBALADEJO, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 328.

(11) ALBALADEJO, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 329; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 834, citando el artículo 181-1.º de la Compilación de 1960, de análoga redacción al artículo 217 del CS, señala que el fiduciario no debería ser constreñido tan sólo a conservar y restituir, sino con base en el orden sucesorio puede otorgarle al fiduciario facultades dispositivas cuando así lo permita la ley, lo autorice el testador o lo consientan los fideicomisarios; en igual sentido PUIG FERRIOL, *op. cit.*, 152 y sigs.

(12) En las sustituciones fideicomisarias se admite la posibilidad de que el fideicomitante pueda designar al fiduciario a término o bajo condición. El ejemplo expuesto por ALBALADEJO, «Las sustituciones...» (*op. cit.*, págs. 526 y 641), es desde nuestro punto de vista, el más acertado. Se trata de designar a un fiduciario hasta cierto momento, cumplido el término pasa la herencia al fideicomisario, de tal manera que el orden sucesorio se cumple; para OSSORIO MORALES (*op. cit.*, pág. 275), el término a que se refiere las sustituciones fideicomisarias es, por lo general, suspensivo (*dies a quo*), que pueden ser: *certus an et in certus quando* (ha de llegar pero se desconoce cuándo), y *dies certus an et quando* (término cierto); en igual sentido, DOMINGO AZNAR (*op. cit.*, pág. 61); ROCA SASTRE, *Estudios II* (*op. cit.*, pág. 39); PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 550). En cuanto a la condición en una sustitución fideicomisaria, en opinión de ALBALADEJO, «Las sustituciones...» (*op. cit.*, pág. 577), puede ser resolutoria, es decir, se establece por el testador un requisito que ha de cumplir, por lo general, el fideicomisario, y una vez cumplido, la herencia le es entregada, aunque también cabe en el fiduciario dicha condición, y supone que una vez verificado el evento se produce la eficacia de la sustitución, es decir, tiene un efecto *ex nunc*. Cfr. ALBALADEJO, «La sustitución...» (*op. cit.*, pág. 529); DOMINGO AZNAR (*op. cit.*, pág. 81); ROCA SASTRE, «Anotaciones» (*op. cit.*, pág. 458); LACRUZ-SANCHO (*op. cit.*, pág. 360); PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 548). Sin embargo, en opinión de VALLET DE GOYTISOLO (*op. cit.*, pág. 822), no es posible heredero bajo condición resolutoria, pues ello supondría la posibilidad de la retroacción del fenómeno sucesorio, así que con base en el artículo 798 del Código Civil, señala que la condición en una sustitución fideicomisaria es suspensiva, en donde el fideicomisario no adquiere derecho alguno hasta el momento en que la condición se cumpla, en igual sentido LACRUZ-SANCHO (*op. cit.*, pág. 359); ROCA SASTRE, «Anotaciones» (*op. cit.*, pág. 458); no obstante, ROCA I TRIAS, E., comentando la STS de 5-5-1983 (CCJC, 1983, pág. 589), señala que cuando el testador prevé una situación de pendencia por dejar indeterminada la titularidad después del fiduciario, nos hallamos ante una condición suspensiva, en efecto, en la presente sentencia por testamento se deja un usufructo vitalicio, y la nuda propiedad indeterminada, en este caso es factible la condición suspensiva, precisamente por la indeterminación.

Por el contrario, se predica que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, o lo que es lo mismo una sustitución de residuo (13), que consiste en aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero o legatario a una persona (fiduciario), quedando facultado para disponer del todo o parte de la herencia, el resto, o lo no dispuesto, pasará al fideicomisario.

Tesis que no parece simple, además de equívoca, pues si el fiduciario puede libremente enajenar todo o parte de la herencia, es porque el testador así lo dispuso, y en dicho caso, estamos ante un fideicomiso de residuo, pero cuando no está prevista la facultad de disposición, el fiduciario no sólo tiene el deber de conservar para después entregar, lo que es denominado sustitución fideicomisaria, por tanto, concebimos la diferencia entre ambos en que uno puede disponer libremente (residuo), el otro no está autorizado, salvo lo previsto en el artículo 783.2 del Código Civil.

La confusión, o como titula VALLET (14): «La contraposición entre la sustitución y el fideicomiso», se debe en parte a la sistemática adoptada por el Digesto, pues en el Libro XXVIII, título VI, «Sobre las sustitución vulgar y la pupilar», mientras que los fideicomisos estaban regulados en el Libro XXX a XXXIV, bajo único título «Sobre los legados y fideicomisos», si bien sostiene BIONDI (15), que originariamente el fideicomiso es ajeno al legado, de los epígrafes expuestos, estima VALLET (16), que en Roma no se consideró el fideicomiso como una sustitución. No obstante, se puede apuntar que el fideicomiso, históricamente hablando, se trata de un «instituto amorfo, fluido, adaptable a finalidades varias» (17), o como dice BIONDI (18): «consiste en una carga impuesta al que adquiere *mortis causa* bienes del difunto», lo que explica el hecho de que el fideicomiso se identifique con la voluntad del testador, que de ser este militar se daba por válido la sustitución como fideicomisaria (19). En efecto, la Partida VI, Título V, Ley 1.^a, bajo el epígrafe: *Que quier decir substitutus, quantos maneras son de substitutiones*, que se subdivide en: vulgar, pupi-

(13) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, par. 30, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 211; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pág. 175; LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», en ADC, 1955, pág. 785.

(14) «Estudios de Derecho Sucesorio», vol. 1.º, Madrid, 1987, pág. 485, en *Panorama del Derecho de Sucesiones I, Fundamentos*, Madrid, 1982, pág. 254; para CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit.*, pág. 46, Roma dio nombre a las sustituciones vulgar, pupilar, ejemplar, y también las fideicomisarias.

(15) *Sucesión testamentaria y donación*, traducción de la 2.^a ed., italiana por M. Fiaren, Barcelona, 1960, págs. 297 y 302.

(16) *Op. cit.*, pág. 295; IGLESIAS SANTOS, J., *En torno al fideicomiso familiar catalán*, Barcelona, 1952, pág. 12.

(17) BIONDI, *op. cit.*, pág. 297, añadiendo a lo dicho «esa es la razón de su éxito».

(18) *Op. cit.*, pág. 302.

(19) VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 488.

lar, ejemplar, compendiosa y brevilocua (recíproca), añadió en la parte final: «Otra manera de sustituciones, aquélla que dicen en latín fideicomisaria» que regula la Partida VI, Título V, Ley XIV (20), de la que se deduce como requisitos: el ruego de la buena fe; su uso por cierto tiempo y posterior entrega, además añade que queda facultado el fiduciario para retener la cuarta trebeliánica a cambio de recibir y posteriormente entregar la herencia, en el supuesto de no querer entregarla podrá ser apremiado por el fideicomisario ante el Juez del lugar, lo que parece confirmar, en efecto, que la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo se usaron indistintamente en la época de la precodificación (21). Por otro lado, la Ley 1.^a, Título 2.^o del Libro 5.^o del Ordenamiento de Alcalá (22), se abandona el requisito de acudir al Juez para que el designado aceptara la herencia.

En el proyecto de Código Civil de 1851, que en su artículo 635 estableció: «Toda sustitución fuera de la señalada en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se le revista»; el artículo 629 regula la sustitución vulgar, salvo lo previsto en el artículo 638, que preveía el usufructo simultáneo, es decir, la nulidad del fideicomiso le viene dada por su precedente francés (23), que de igual modo influyó en el artículo 899 del Código Civil italiano de 1865; no obstante, en el Código Civil de 1882, artículo 782, de igual redacción al vigente, artículo 781, se redactó conforme a la Base A, aprobada por Comisión reunida en pleno en 15-11-1882 (24), con todo llegamos al artículo 781 del Código

(20) «De la sustitución que es llamada en latin fideicomisaria, que dice así: "Fidei-commisaria substituto in latin, tanto quiere dezir en romance, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa de su mano, que la de a otro; assi como si dexesse el facedor del testamento: Establezco por mio heredero a fulano, y ruégole, o quiero, o mando, que esta mi herencia, que yo dexo, que la tenga tanto tiempo, e que después que la dé, e entregue a fulano. E tal establecimiento como este puede fazer todo ome a cada uno del Pueblo, solo que nom le sea defendido por algunas leyes de este nuestro libro. Pero dezimos, que este es rogado, e establecido de esta manera, que debe dar, e entregar la herencia al otro, assi como al testador mando; sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para sí. E si esta quarta parte es llamada en latin Trebeliánica. E si este que assi fuesse establecido por heredero, non quisiessse rescibir la herencia, o después que la ouiere recibido, non la quisiessse rescebir la heredad, o después que la ouiere recibido, non la quisiere entregar al otro, puede apremiar el Juzgador del lugar, que la faga"».

(21) LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 755; PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 24, durante mucho tiempo el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria fueron tratados como únicos institutos, sin tomar en cuenta que respondían a dos concepciones diferentes.

(22) «Y si alguno dexare a otro en supostrimera voluntad por heredero, o le legare, o mandare laguna cosa para que la den, a otro laguno a quien sostiituye en la herencia, o manda; si el heredero, o legatario no quisiere aceptar, orenunciare la herencia, o legado,el substituto, oosstituto lo pueden aver todo».

(23) LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 759.

(24) LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española, 4 Codificación civil*, vol. 2.^o, Madrid, 1970, pág. 626 y sigs., de acuerdo con este autor, los artículos 783 y

Civil, que cuando dice «...se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...», apreciamos que son las características de la sustitución fideicomisaria, pero, la expresión «encargo», lo es de un fideicomiso puro, pero al admitir la jurisprudencia el fideicomiso de residuo, además del llamado *si sine liberis decesserit*, que no está regulado en nuestro Código Civil, nos hace pensar que debemos diferenciar la sustitución fideicomisaria del fideicomiso de residuo para poder destacar las particularidades de cada uno.

No obstante, de lo dicho, la reciente incorporación del párrafo tercero al artículo 808 del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE 277, de 19-11), «De protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», viene a corroborar lo hasta ahora sostenido cuando el referido artículo 808, párrafo 3.º dice: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciario los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

Queda claro, desde nuestro punto de vista, la intención del legislador de evitar que los legitimarios incapacitados pierdan su derecho a la legítima, pero al mismo tiempo se sigue considerando la sustitución fideicomisaria como un tránsito hereditario entre el fiduciario y fideicomisario ordenado por el testador. Así que cuando el testador se encuentre ante el supuesto de la norma podrá acudir a una sustitución fideicomisaria en donde el fiduciario (heredero incapacitado), ostentará dicha cualidad de por vida, y a su fallecimiento (no lo dice el precepto que comentamos, pero el sentido del instituto sustitutorio podemos deducirlo así), pasa a los fideicomisarios.

Ejemplo claro, creemos nosotros de que el legislador sigue considerando la sustitución fideicomisaria distinta del fideicomiso de residuo, pues fiduciario como heredero sobre el tercio de legítima estricta carece de la posibilidad de enajenar (en el presente caso por la sentencia de incapacidad), y a su fallecimiento pasa a los coherederos fideicomisarios.

784 se redactaron conforme a la Base B, C, y D; el artículo 785 se corresponde con el 1.868 del Código Civil portugués; el artículo 786 fue una mezcla de la Base E; el artículo 1871 del Código Civil portugués, y el artículo 3.638 del Código Civil mejicano; el artículo 787 se corresponde con el artículo 1.869 del Código Civil mejicano. No obstante, añade LÓPEZ LÓPEZ (*op. cit.*, págs. 768-770), que la diferencia entre el Derecho Foral y el Código Civil de 1882, hizo necesario llegar a una fórmula de transición, en el sentido que para enajenar bienes, el fiduciario debe tener autorización previa del testador vía testamento.

2. LA SITUACIÓN DEL FIDUCIARIO

2.1. EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

No es muy afortunada la redacción de los artículos 781 y 783.2 del Código Civil, en cuanto a las obligaciones del fiduciario en las sustituciones fideicomisarias (25), pues el artículo 781 del Código Civil establece el encargo de conservar y transmitir; el artículo 783.2 del mismo Cuerpo legal, cuando dice: «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario...», siendo los requisitos de conservar y entregar por parte del fiduciario en que se fundamenta la sustitución fideicomisaria, según tiene reconocida la jurisprudencia, si bien, no hay unanimidad a la hora de catalogar dichos requisitos, pues una primera STS de 2-3-1935 (26), estimó dichos requisitos como indispensables; sin embargo, de forma reiterada y uniforme han sido estimados como requisitos esenciales (27), por su parte la SAP de Jaén de 5-6-2000 (28), que podemos considerarla como un supuesto aislado, estimó los antedichos requisitos como especiales (29); por último, la STS de 22-7-1994 (30), señaló que se basaba en la buena fe y confianza, si bien estas expresiones no debemos considerarlas como requisitos, pues forman parte de su concepto histórico (31).

No obstante, tampoco existe unanimidad en la doctrina (32) a la hora de calificar el contenido de los preceptos que comentamos, olvidándose, posible-

(25) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 351; Díez PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 403.

(26) (RA 635); como la de 6-4-1954 (RA 1551).

(27) SSTs de 20-4-1951 (RA 1018); 19-5-1952 (RA 1231); 3-7-1956 (RA 2746); 19-11-1964 (RA 5108); 13-12-1974 (RA 4677); 25-4-1981 (RA 2166); SAP de Toledo de 19-5-2000 (RA 3813).

(28) (RA 2015).

(29) La STS de 13-12-1974 (RA 4677), los elevó a la categoría de ineludible para la estimación de la sustitución.

(30) (RA 6578).

(31) IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 1.ª reimpresión de la 10.ª ed., Barcelona, 1992, pág. 638; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 8.ª ed. italiana por Bacci-Larrosa, 5.ª ed., Madrid, 1979, pág. 653; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 737, el fideicomiso, como su nombre indica, *fidei commissum*, es un encargo confiado a la buena fe u honradez.

(32) OSSORIO MORALES (*op. cit.*, pág. 273) estima que conservar supone excluir toda posibilidad de enajenar, y transmitir carece de sentido, pues el fiduciario no transmite, sino conserva y no dispone; para LACRUZ-SANCHO (*op. cit.*, pág. 346), el fiduciario no transmite sino es la propia ley la que atribuye al postheredero la titularidad; para ROCA SASTRE, «Estudios II» (*op. cit.*, pág. 30), los términos conservar y transmitir resultan un gravamen más cercano a los derechos y obligaciones que dar tránsito a una herencia; para VALLET, «Estudios» (*op. cit.*, pág. 295), destaca que lo esencial en la sustitución fideicomisaria es el orden sucesorio; en igual sentido, PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 534); para LÓPEZ LÓPEZ (*op. cit.*, pág. 784), el requisito de conservar no es esencial para la sustitución; para PUIG PEÑA (*op. cit.*, págs. 739-740), en la sustitución el testador no encarga, sino

mente, de la dicción del artículo 785 del Código Civil, que declara la ineficacia, esto es, no surtirá efectos, para añadir el párrafo 1.º: «Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación de terminante de entregar los bienes a un segundo heredero» (33), precepto de una redacción diáfana en cuanto a la necesidad de que la sustitución fideicomisaria sea expresa (34), además, de la obligación terminante de entregar (35) a un segundo heredero la herencia fideicomitida. Razón por lo que creemos en la necesidad de diferenciar la sustitución fideicomisaria del fideicomiso de residuo (36), fundamentándose la primera en la voluntad del testador (37) de instituir a un heredero o legatario previamente designado por el causante, pues el primer heredero (fiduciario), como el segundo (fideicomisario), heredan del testador (art. 754 del Código Civil) (38).

No obstante, destacamos la STS de 13-12-1974 (39), que señaló: «el fiduciario en la sustitución fideicomisaria carece de facultades para disponer los bienes de la herencia fideicomitida». Ciertamente, esta facultad no le es concedida, pues en dicho supuesto estaríamos ante un fideicomiso de residuo. Ahora bien, el artículo 783.2 del Código Civil prevé que el fiduciario podrá deducir por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo disposición en contrario (40), obviamente, el pago al que está autorizado es *ex lege* y será por

ordena mediante un orden sucesorio; para FONT BOIX, V., «El fideicomiso de residuo *eo quod supererit* y *si quid supererit*», en *Estudios de Derecho Privado* II, dir. por A. de la Esperanza Martínez Radio, Madrid, 1965, págs. 567-568, afirma que conservar puede ser contemplado como inalienable, pero en su opinión es inherente a toda administración de bienes, lo que no impide enajenarlos, transmitir, por el contrario, es una nota aproximativa al fideicomiso romano, pero en el Derecho moderno no tiene sentido, pues opera automáticamente.

(33) STS de 20-4-1951 (RA 1018).

(34) SSTs de 20-4-1951 (RA 1018); 6-4-1954 (RA 2166); 28-2-1999 (RA 1895).

(35) Que no supone otra cosa que hacer inventario de los bienes de la herencia, pues de no hacerse resultaría ilusoria la obligación de restituir.

(36) La STS de 13-11-1948 (RA 1270), lo manifestó en los términos siguientes: «el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria porque, aunque aquélla pudiera considerarse comprendida en el ámbito del último párrafo del artículo 783 del Código Civil, se aprecian entre una y otra las siguientes diferencias...»; en igual sentido, las SSTs de 1-2-1951 (RA 2617); 22-11-1955 (RA 3116); 21-11-1956 (RA 3830); 20-10-1962 (RA 3980); 13-3-1989 (RA 2039); 22-7-1994 (RA 6578); SAP de Jaén, de 5-6-2000 (RA 2015).

(37) SSTs de 2-3-1935 (RA 603); 30-10-1944 (RA 1180); 22-1-1963 (RA 447); 25-5-1971 (RA 2951); 3-11-1989 (RA 7847); 22-7-1994 (RA 6578); 29-12-1997 (RA 9490).

(38) SSTs de 13-12-1974 (RA 4677), citando las de 3-7-1956 (RA 2746); 29-11-1954 (RA 5108); 25-11-1951 (RA 1615); 6-4-1954 (RA 15512); 18-2-1996 (RA 8285); 29-12-1997 (RA 9490).

(39) (RA 4677); en igual sentido, la STS de 20-4-1951 (RA 1270); 20-4-1951 (RA 1018).

(40) SSTs de 6-4-1954 (RA 1551); 25-4-1981 (RA 2166); 28-2-1999 (RA 1895).

cuenta de la herencia, sin que el fideicomisario pueda oponerse al mismo, y ante dicha posibilidad podrá el fiduciario acudir al Juez del lugar en demanda de autorización para enajenar (41), y con ello cubrir las deudas o gastos por impensas o conservaciones necesarias de la cosa heredada o legada, sin perjuicio, desde luego, que un mutuo acuerdo entre fiduciario y fideicomisario para enajenar la herencia sería válido (42), pero si la decisión es tomada unilateralmente por el primer heredero sería ineficaz, por faltar, precisamente, la autorización testamentaria, o el consentimiento del fideicomisario, ello no impide que la posición del fiduciario sea la de un heredero (43), aunque en sus inicios se equiparó al de un usufructuario (44), pero posteriormente fue abandonada dicha identidad (45), por tanto, puede ejercer la acción reivindicatoria para recuperar los bienes fideicomitidos, porque obviamente tiene la obligación de conservar los bienes con la diligencia debida, como pagar los gastos ordinarios y obtener los frutos y rentas (46), cabe, pues, que arriende los bienes, como así lo reconoció la STS de 19-5-1952 (47): «es aplicable al fiduciario por analogía la norma del artículo 480 del Código Civil, en el sentido de que el fiduciario como titular *ad tempus* de un derecho, puede dar en arrendamiento los bienes en que ha sido instituido, pero el arriendo terminará al cumplirse la condición resolutoria del fallecimiento». También puede litigar representando los bienes fideicomitidos (48), por último, escribe LACRUZ (49), el fiduciario responderá limitada o ilimitadamente, según haya aceptado con o sin beneficio de inventario.

2.2. EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

El fideicomiso de residuo es aquella disposición testamentaria en la que el fiduciario (heredero o legatario), queda autorizado testamentariamente para disponer el todo o parte de la herencia, de modo que el fideicomisario adquiere los bienes que el fiduciario no ha dispuesto (*eo quod supererit*), o lo que resta de ella (*si aliquid supererit*) (50).

(41) RDGRN de 7-5-1974 (RA 1639); 13-1-1965 (RA 184); 29-1-1988 (RA 316).

(42) RDGRN de 5-5-1931 (RA 701).

(43) Cfr. DÍAZ PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 403; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 351.

(44) STS de 13-11-1948 (RA 1270).

(45) STS de 19-5-1952 (RA 1231), cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 351.

(46) RDGRN de 21-3-1950 (RA 701).

(47) (RA 1231).

(48) STS de 6-12-1947 (RA 1097).

(49) *Op. cit.*, pág. 358.

(50) CASTRO LUCINI, «Comentario a la STS de 6-2-2002», en *RCDI*, 2003, pág. 2495.

Sin embargo, la cuestión más importante sobre el fideicomiso de residuo es que no tiene regulación expresa en nuestro Código Civil, pero ha sido asumida por la jurisprudencia (51), tan sólo se alude a él y de modo indirecto en el artículo 783.2 del Código Civil, lo que posiblemente ha generado a su vez dos problemas: uno, si el fideicomiso de residuo es o no una sustitución fideicomisaria, el otro, si el mencionado residuo es o no condicional.

La primera cuestión es de difícil solución, pues por un lado tenemos que la generalidad de la doctrina (52) admite que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, en cambio la jurisprudencia manifiesta: «el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria, porque aunque aquélla pudiera considerarse comprendida en el ámbito del último párrafo del artículo 783.2 del Código Civil, se aprecian entre una y otra diferencias (53); por su parte, la SAP de Cuenca de 4-4-2000 (54), estableció: «sabido es que frente a la posición doctrinal de conceptualizar el llamado fideicomiso de residuo como una sustitución fideicomisaria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido ininterrumpidamente, en línea que llega hasta la sentencia de 28-2-1999 (55), la diferencia entre ambas figuras, aunque tengan elementos comunes que exijan aplicar en algunos aspectos los preceptos de las genuinas instituciones fideicomisarias».

Por nuestra parte creemos que si se acepta la tesis de que el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria, o como escribe LACRUZ (56), la sustitución fideicomisaria es una especie de fideicomiso de residuo, había que suprimir una de las dos y dejar una bajo la denominación: sustitución fideicomisaria de residuo, para distinguir con base en la voluntad del causante, si estamos ante una sustitución (conservar para después entregar), o ante un residuo con facultad de disponer (*eo quo supererit*), de lo que queda, o *si aliquid supererit* (de si queda). Nótese, no obstante, que seguimos

(51) Las SSTs de 1-12-1951 (RA 2617); 21-11-1956 (RA 3115); 7-1-1959 (RA 119); 20-10-1962 (RA 3980); 25-5-1971 (RA 2951); como también por la DGRN en su Resolución de 16-11-1944 (RA 1384).

(52) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 361; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, págs. 846-847; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 568; ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 77; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, 4.^a ed., Barcelona, 1991, págs. 278-279; IRURZU GOICOA, *op. cit.*, págs. 188-189; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, págs. 303-304; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 409; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *op. cit.*, pág. 175; SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pág. 451; GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pág. 378; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 212; FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 571; LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 784-785.

(53) STS de 13-11-1948 (RA 1270); en igual sentido, las de 1-12-1951 (RA 2617); 22-11-1955 (RA 3116); 21-11-1956 (RA 3830); 20-10-1962 (RA 3980); 13-3-1989 (RA 2039); 22-7-1994 (RA 6578).

(54) (RA 2552).

(55) (RA 1895).

(56) *Op. cit.*, pág. 361.

usando la doble modalidad: sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo, porque ambas tiene el mismo mecanismo: orden sucesorio u doble llamamiento, en la primera el fiduciario debe entregar la herencia al fideicomisario; en la segunda el fiduciario puede enajenar el todo o parte de la herencia. Lo que ocurre, creemos nosotros, es que el artículo 781 del Código Civil, cuando emplea «se encarga al heredero», parece que se está refiriendo a la sustitución fideicomisaria pura que, como dijera ROSA SASTRE (57), el fiduciario no es heredero sino un encargado, un *maníster*, instituto este que se acerca, en parte, a la fiducia sucesoria (58), en donde el fiduciario es un encargado de la voluntad del causante. Evidentemente, hay que evitar esta confusión, pero sólo es posible a través del legislador.

La otra cuestión es si el fideicomiso de residuo es una condición, y de serlo, si se trata de una condición resolutoria o suspensiva. La doctrina no se ha puesto de acuerdo en este punto, pues de un lado están los llamados condicionalistas (59), que se fundamentan, según DÍAZ ALABART (60), «en que los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, que normalmente coincide con el fallecimiento del fiduciario, pues este hecho determina si hay o no residuo» (61). Frente a éstos están los llamados anticondionalistas (62), que se fundamentan en que los bienes que adquiere el fideicomisario sólo son aquellos que el fiduciario no dispuso, o lo que restó, puede, añadimos nosotros, que la condición afecte al fiduciario, pero lo no dispuesto, o lo que reste de la herencia no está sometida a condición (63).

(57) *Estudios sobre sucesiones*, tomo 2.º, Madrid, 1981, pág. 90; PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 27.

(58) Leyes 281 a 295 del Fuero Nuevo de Navarra; artículo 71 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares; artículo 141 del Derecho Civil de Galicia; artículo 124 de la Ley de Sucesiones de Aragón; artículos 148 y 149 del Código de Sucesiones de Cataluña.

(59) CLEMENTE DE DIEGO, *op. cit.*, págs. 109-110; DE BUEN, D., *Anotaciones al Curso elemental de Derecho Civil*, de Colin-Capitant, reimpresión de la 3.ª ed, revisada por P. Marín Pérez, tomo 8.º, Madrid, 1981, pág. 391 y sigs.; DÍAZ CRUZ, «Los Legados», *op. cit.*, pág. 495; VENTURA-TRAVERSE, *op. cit.*, págs. 95 y 191; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 740; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, pág. 304; FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 575, 585 y 586.

(60) *Op. cit.*, págs. 56 y 65.

(61) En esta misma línea, las SSTs de 13-11-1948 (RA 1270); 1-12-1951 (RA 2617); 10-11-1954 (RA 2028); 25-11-1960 (RA 3764); 20-10-1962 (RA 3980); 22-1-1969 (RA 199); 9-12-1970 (RA 5440); 25-5-1971 (RA 2951); 25-4-1981 (RA 2166); 22-7-1944 (RA 6578).

(62) ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 83; GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pág. 387; LACRUZ, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones*, J. Binder, Madrid, 1953, pág. 241; IRURZUN GOICOA, *op. cit.*, pág. 189; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *op. cit.*, pág. 181; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 209; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 570; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 846; FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 571.

(63) SSTs de 30-3-1955 (RA 1123); 17-5-1962 (RA 2248); 25-4-1983 (RA 2122); RDGRN 4-2-1980 (RA 507).

Tampoco se pone de acuerdo la jurisprudencia sobre qué tipo de condición se está refiriendo, pues en algunos casos la configura como «consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomisario», STS de 30-3-1955 (64); en otras se pronuncia como «una condición intrínseca del propio negocio», STS de 17-5-1962 (65); en otras como «una figura análoga o similar a la denominada *conditio iuris*», STS de 5-7-1966 (66); están, por otro lado, las que lo estiman como «condición de sobrevivencia del fideicomisario», STS de 25-5-1971 (67); no obstante, el fallo que resulta más reiterado es aquel que dice: «los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, o sea, hasta que fallecido el fiduciario pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del testador únicamente surge a favor del instituido una expectativa de derecho a adquirir en concepto de herencia».

Nosotros estamos con la doctrina mayoritaria, esto es, aquella que estima que el fideicomiso de residuo no es una condición. En efecto, la cuestión en estimar si una sustitución fideicomisaria es condicional está en la consideración de que el fiduciario ha de fallecer, es decir, el fallecimiento es un término, pero no sabe cuándo ha de llegar, la incertidumbre añadida al término supone una condición que, como dice ROCA SASTRE (68), ya desde el Derecho romano con base en los textos de Papiniano (D: 35,1,75), *dies incertus conditionem in testamento facit*; y Ulpiano (D: 30,30,4), *dies incertus appellatur conditio*, «el día incierto es llamado condición». Ciertamente, se entiende que el óbito del fiduciario se toma como una condición suspensiva, se sabe que ha de llegar, pero no sabe cuándo, y cuando llegue tiene efectos desde ese momento. No obstante, y como dice DÍAZ ALABART (69): «el fideicomiso de residuo no es una institución sometida a condición de que queden bienes a la muerte del fiduciario», lo que ocurre es que la condición debemos entenderla implícita en el residuo de tal manera que los requisitos *ordo successivos*, por un lado, y tránsito del fiduciario al fideicomisario, por otro, se lleve a cabo *ex lege* (70), el hecho de que esté sometido al fallecimiento del fiduciario para dar tránsito de lo que queda (*eo quod supererit*), o de si queda (*si aliquid supererit*) (71) en sí no es una condición, lo será la institución por

(64) (RA 1123).

(65) (RA 2248).

(66) (RA 3671).

(67) (RA 2951).

(68) «El término incierto implica en los testamentos condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador», en *RJC*, 1970, pág. 333.

(69) *Op. cit.*, pág. 199.

(70) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 361.

(71) DÍAZ ALABART, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 217, al primero se le exime del deber de conservar de aquella parte que fue autorizado a enajenar, el segundo se le exime del deber de conservar el resto, si queda, que será lo que recibe el postheredero.

voluntad del testador de que el fiduciario o fideicomisario cumplan una determinada condición, pero no lo que quede o si queda.

3. LOS FIDEICOMISOS EN EL DERECHO FORAL

3.1. EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE BALEARES

El artículo 25 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (72), distingue entre las sustituciones fideicomisarias familiares y no familiares, pero no las define, tan sólo se limita a señalar que en las primeras tendrán eficacia los llamamientos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación de números. Las que no sean familiares sólo podrán hacerse dos llamamientos (73).

Las primeras se rigen por la regla generacional, las segundas por el llamamiento, pero se diferencia en que las sustituciones fideicomisarias familiares grado es generación (74), en concordancia con el artículo 995 del Código Civil, esto es, sólo son válidas las que se mantengan dentro de esos límites, pero las no familiares establece una relación grado-llamamiento (75), que serán de igual modo válidas hasta dos llamamientos o hasta dos sustitutos. Lo que ocurre con el artículo 25 de la Compilación Balear es que sustituye la expresión «grado», por «generación», mientras que en el artículo 781 del Código Civil emplea la expresión «grado» equiparándola a «llamamiento» (76). Con ello, comenta COLL CARRERAS (77), queda resuelto la polémica, pues la generación rige para las sustituciones fideicomisarias familiares, el llamamiento para las demás.

Por su parte, el artículo 26 de la Compilación, dispone: «Las sustituciones fideicomisarias implican siempre la vulgar». Si bien es cierto que ambas son distintas, pues en la vulgar la sustitución se produce «en lugar de», en el

(72) Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, sección 2.^a: «De la sustituciones fideicomisarias»; del Capítulo III: «De la sucesión testada»; Título II: «De la sucesión», artículos 25 a 37, ambos inclusive.

(73) COLL CARRERAS, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, tomo XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980, pág. 488, parece que la diferencia y la no definición está en considerar las no familiares como regla general, y las familiares como excepción, así que su validez no debe rebasar el tope del segundo llamamiento.

(74) LANZAS GALVACHE-SELVA SÁNCHEZ, «Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 2.º, Madrid, 1988, pág. 776.

(75) ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 42.

(76) STS de 24-6-1940 (RA 4494).

(77) *Op. cit.*, pág. 491.

fideicomiso se produce «después de». No obstante, el precepto tiene otro sentido, pues en los casos de premoriencia, incapacidad, repudiación o renuncia se produce *ex lege* la atribución al fideicomisario, evitando, en los casos anteriores el tener que acudir al declaratorio de heredero (78). Pero, donde realmente tiene sentido el precepto que comentamos es cuando se relaciona con el párrafo 2.º del artículo 27, cuando dice: «...Pero el testador puede, para tal supuesto, ordenar a favor de estos una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán el lugar que hubiera correspondido al fideicomisario sustituto». Precepto que como comenta COLL CARRERAS (79), no desvirtúa el sentido del artículo 784 del Código Civil, que dispone: «El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario». Regla asumida por la Resolución de la DGRN de 27-3-1981 (80), y las SSTs de 25-4-1981 (81) y 29-12-1981 (82): «el fideicomisario es heredero del fideicomitante (causante), no del fiduciario», así que en la recta aplicación del precepto, fallecido el fideicomisario antes que el fiduciario, puede el testador establecer una sustitución vulgar donde el designado ocupará el lugar del sustituido.

Todo ello viene porque en la primera parte del artículo 27, establece: «El fideicomisario que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho a sus sucesores...», es decir, se establece la sustitución fideicomisaria condicional (83), esto es, mientras los bienes estén en poder del fiduciario, el

(78) La RDGRN de 27-3-1981 (RA 1790), consideró que «...ni la doctrina científica ni la jurisprudencia del TS patrocinan de una manera general y decidida la solución de que en la sustitución fideicomisaria, cuando el testador no haya empleado una fórmula de las llamadas compendiosas, se debe considerar sobrentendida la vulgar, con la consecuencia que ello supondría de atribuir la herencia al segundo llamado, si el primero por premoriencia, incapacidad o renuncia, no hubiera podido adquirirla...».

(79) *Op. cit.*, pág. 505.

(80) (RA 1790).

(81) (RA 2166).

(82) (RA 9940).

(83) La STSJ de Baleares, de 21-5-1991 (RA 6828), declaró que «en Derecho romano regía la regla de equiparación del término incierto *certus an incertus quando* a la condición, y así lo recogían dos textos del Digesto. Uno de Papiniano: *dies incertus conditionem in testamento facit* (D: 35,1,75); otro de Ulpiano: *dies incertus appellatur conditio* (D: 30,30,4).

Por ello, en las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de la muerte del fiduciario, el fallecimiento de éste —que necesariamente ocurrirá, aunque no se sabe cuándo— actúa a modo de condición, hasta entonces no tendrá lugar la entrega de los bienes al fideicomisario. La sustitución se entiende, por ello, ordenada bajo condición de sobrevivencia del fideicomisario. Por esto que, en vida del fiduciario, el fideicomisario sólo ostente una mera expectativa insegura a adquirir para el caso de que sobreviva y que si fallece antes, nada transmite a sus herederos.

Este es el criterio seguido de siempre en Mallorca, el que recogieron los sucesivos proyectos de Apéndice y el que inspira al artículo 27 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, aunque la redacción originaria de dicho precepto —que fue corregida en

fideicomisario sólo tiene una expectativa (84), que se transformará en derecho una vez cumplida la condición de fallecimiento del fiduciario, pero, si fallece el fiduciario en vida del causante no transmite derecho alguno a sus herederos, pero si su óbito ocurre después y está prevista la segunda parte del artículo 27, opera una sustitución vulgar.

Por su parte, el artículo 28 del Derecho Civil balear viene a regular la cláusula de los hijos puesto en condición (85) que, como veremos más adelante, es de análoga redacción al artículo 196 del Código de Sucesiones de Cataluña, que establece el sistema de conjeturas, esto es, «las presunciones del Derecho catalán encaminadas a buscar la presunta voluntad del testador» (86). En el Derecho Civil balear, por el contrario, existe una disposición específica, el artículo 28, que dice: «Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de modo expreso. Ello no obstante, se les entenderá llamados como sustitutos de su padre si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos».

Precepto que hace referencia a la cláusula *si sine liberi decesserit* de doble condición o de doble evento (87), referida a que los hijos puestos en condición lo están también en sustitución (88), frente a aquella que señala: «los hijos puestos en condición no lo están en sustitución» (art. 198 del CS), que responde al brocardo: *positus in conditione positus in substitutione*; esto es, «el simple hecho de poner en condición a los hijos del heredero llamado demuestra que la voluntad del causante era la de que estos hijos, generalmente, nietos de este causante, fueran los destinatarios de los bienes del difunto» (89), pero en Cataluña rige el principio opuesto, es decir, los hijos puestos en condición no se entienden llamados a la sustitución, salvo disposición en contrario del causante. Tendremos ocasión de volver sobre el tema cuando comentemos el artículo 196 del CS.

la reforma de la Ley 8/1990, de 28 de julio, de suprimir el primitivo adjetivo de «condicional» referido al fideicomisario— pudiera dar lugar al equívoco de entender la norma destinada exclusivamente a las sustituciones fideicomisarias sujetas a verdadera condición».

(84) JORDANO BAREA, J. B., «Pseudusufructo testamentario y sustitución fideicomisaria», en *ADC*, 1957, pág. 1178.

(85) COLL CARRERAS, *op. cit.*, págs. 509-510; STS de 24-10-1964 (RA 4494), dispuso: «los hijos, puestos en simple condición en una sustitución fideicomisaria, pueden ser llamados en disposición cuando el testador no lo ha dicho expresamente, y en consecuencia deben ser desestimados los motivos, ya que la aplicación de aquella disposición fue perfectamente debida y se dio de la misma por la sentencia recurrida, la única posible interpretación que de ella podía hacerse».

(86) STS de 24-10-1964 (RA 4494).

(87) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 511.

(88) Véase la STS de 24-10-1964 (RA 4494).

(89) ROCA SASTRE, «Estudios sobre sucesiones», *op. cit.*, pág. 196.

No obstante, la cláusula del artículo 28 de la Compilación balear responde al siguiente ejemplo: «Instituyo heredero a mi hijo A, pero si éste fallece sin hijos, o con hijos que no lleguen a la edad de testar, pasará la herencia a mi hijo B, y si éste fallece sin hijos, o con hijos que no lleguen a la edad de testar, a mi hijo C»; o aquélla que dice: «Instituyo heredero a mi hijo A, pero si fallece sin hijos, y sus hijos sin hijos, será heredero mío mi otro hijo B»; esto es lo que se denomina «doble evento o doble condición», que en nuestra opinión, el segundo ejemplo responde a lo dispuesto en el artículo 28, pues a pesar de establecer que los hijos puestos en condición no se entenderán llamados si no lo es expresamente.

Los artículos 30, 31, 32, 35 y 36 de la Compilación de Baleares hacen referencia a una serie de derechos y obligaciones del fiduciario en relación con la herencia, pero para mejor comprensión debemos examinarlos por separado. El artículo 30, dice: «El fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y sus subrogados y accesiones, con la obligación de satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia a expensas de ésta.

Estará obligado, además, a formar inventario y a garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos...». Primeramente, creemos que a pesar de la dicción del precepto comentado que los derechos del fiduciario de usar y disfrutar son iguales a los del usufructuario (art. 467 del Código Civil), supone tan sólo una reminiscencia del pasado donde el fiduciario era, ciertamente, equiparado al usufructuario (90), pero en la actualidad esta teoría ha quedado desfasada (91). Más, creemos que en realidad la equiparación es como propietario, pues los derechos de subrogación y accesiones le son propios, y los de obligarse a satisfacer las legítimas y legados, lo es del fiduciario (heredero). En cuanto a las cargas, las analizaremos más adelante a la vista de los artículos 31 y 32.

No obstante, apreciamos que el segundo párrafo del artículo 30, que contempla la obligación de inventariar, que será con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29, aunque puede ser relevado de dicha obligación: *a)* los fiduciarios por el testador, y *b)* los hijos y descendientes del fideicomitante que resulten recíprocamente sustituidos; además, deberá garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos, es decir, el derecho de uso, disfrute, subrogados y accesiones, se hallan sometidos a restitución (devolver), salvo los frutos de los mismos.

Como decíamos más arriba, el primer apartado del artículo 30 *in fine* hay que relacionarlo con los artículos 31 y 32, este último dispone: «Los gastos extraordinarios de conservación y refacción serán satisfechos por el fiduciario con cargo a la herencia»; por su parte, el artículo 31 señala: «El fiduciario que

(90) RDGRN de 22-2-1943 (RA 265).

(91) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 528.

no se acoja al beneficio de inventario responderá de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicios del derecho a reintegrar con cargo a la herencia». En efecto, el precepto establece la regla general de aceptar la herencia fideicomitida pura y simplemente (92), esto es, el fiduciario responde *ultra vires hereditatis* (93), para evitar dicha consecuencia ha de aceptar a beneficio de inventario (94), por ello, cuando se habla de cargas de la herencia (art. 30, párrafo 1.º, parte final); de gastos de conservación y refacción (art. 32), son con cargo a la herencia por disposición legal, que de no aceptar a beneficio de inventario responderá de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicio del derecho de reintegrarse con cargo a la herencia, es decir, la idea, como dice COLL CARRERAS (95), el fiduciario responde de las deudas hereditarias, pero su pago será a través de los bienes fideicomitidos, de no ser así, y efectuada con los bienes del fiduciario, nace a favor de éste un crédito que podrá computar cuando tenga que restituir los bienes al fideicomisario.

Con todo llegamos al artículo 33 de la Compilación, a cuyo tenor: «El fiduciario podrá, por ministerio de Ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos:

- a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios.
- b) Para satisfacer de su cuota legítima y de la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos.
- c) Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos.

Precepto que admite la alienabilidad de los bienes fideicomitidos por el fiduciario, así como gravarlos, pero subordinados a tres requisitos o, como dice COLL CARRERAS (96), bajo tres excepciones debidamente justificadas, en otras palabras, el fiduciario en los casos previstos en el artículo 33, tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos en concepto de libre, salvo las excepciones apuntadas, así que cualquier otra disposición sobre los bienes fideicomitidos hemos de entenderla como ineficaz, es decir, los casos encomendados en el precitado artículo 30, son aquellos que por disposición legal tiene plena eficacia, con ello se pretende evitar que sean burlados los fideicomisarios, además, de respetar la voluntad del testador.

Sin embargo, el artículo 34 de la Compilación añade a la antedicha alienabilidad de bienes fideicomitidos, otra más, pero previa autorización judicial,

(92) COLL CARRERAS, *op. cit.*, págs. 527-528.

(93) En sentido contrario, ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 48.

(94) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 540.

(95) *Op. cit.*, pág. 548.

(96) *Ibidem*.

y salvo disposición en contrario del testador, consistente en invertir por otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. Así que, si bien el artículo 33 autoriza por sí solo al fiduciario para enajenar o gravar, el artículo 34 contempla la posibilidad de invertir previa autorización judicial, además de ser llamados y oídos los fideicomisarios, o en su caso el Ministerio Fiscal de no ser conocidos. Con ello se está haciendo referencia a la regla de la subrogación real, ya que el fiduciario puede enajenar o gravar los bienes e invertir en otros de mayor rentabilidad o utilidad, sustituyéndolos por los enajenados, que es, en definitiva, el sentido de la subrogación real.

Por último, el artículo 37 de la Compilación alude al fideicomiso de residuo, concretamente, de los denominados *eo quod supererit* (97), es decir, fideicomiso de lo quede, que consiste en una sustitución fideicomisaria, pues le es de aplicación el resto del articulado (arts. 25 a 37), donde el fiduciario tiene poderes de disposición *inter vivos*, no por causa de muerte, pues en este último caso estaríamos ante una sustitución preventiva de residuo que no regula la Compilación Civil balear (98).

En definitiva, el precepto admite la posibilidad discrecional de enajenar las tres cuartas partes del caudal fideicomitado, quedando reservado una cuarta parte al fideicomisario, la llamada «cuarta inversa» (99), cuya venta puede ser a título oneroso, debiendo restituir al segundo heredero la cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación. No obstante, el último párrafo del precitado artículo 37 admite, en caso de indigencia o extrema necesidad, la posibilidad de enajenarlos fiduciario.

3.2. EN EL CÓDIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE CATALUÑA

Es el Código de Sucesiones de Cataluña, la regulación más exquisita y detallada de los fideicomisos, pues dedica el Capítulo VII de la Ley de 30-12-1999, bajo el epígrafe genérico de «Los fideicomisos», subdivididos en seis secciones de las cuales cuatro están dedicadas en su integridad a las sustituciones fideicomisarias (arts. 180 a 242 CS), y las secciones 5.^a y 6.^a (arts. 243 a 249 del CS), al fideicomiso de residuo, sin perjuicio de otras instituciones que aludiremos en este comentario.

La sección primera (arts. 180 a 205), que responde al título: «Los fideicomisos en general, sus clases y su interpretación», distingue siete tipos distintos, como son los llamados universales o de herencia y singulares o de legado (art. 184 CS), cuya nota característica es el objeto que recibe el fideicomisario:

(97) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 574.

(98) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 584.

(99) COLL CARRERAS, *op. cit.*, págs. 578-579.

la totalidad o cuota de ella, para el primer supuesto; un legado o parte alícuota, en el segundo. El artículo 204 del CS, distingue entre los fideicomisos familiares y no familiares (100), que se caracteriza por: *a)* el parentesco no se determina en relación con el fideicomitante, sino el fideicomisario en relación con el fiduciario; *b)* la relación anterior es en línea recta ascendente, o línea colateral entre hermanos o hijos de éstos, y *c)* fija los límites de los llamamientos (101). Así que estaremos ante un fideicomiso familiar cuando los fideicomisarios son parientes del fiduciario en el grado establecido en artículo 204 del CS, por el contrario serán fideicomisos no familiares aquellos que no son parientes del fiduciario o del primer fideicomisario (102), los límites que sólo afectan a las sustituciones fideicomisarias familiares es de doble generación, salvo que los nombrados estén nacidos o concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión. Por su parte, el artículo 185 del CS regula los fideicomisos a término y bajo condición, es decir, dos formas de ordenar los fideicomisos que recae sobre los sujetos de la institución no sobre el objeto de la sustitución. El término es aquí un evento futuro cierto (*certus an et certus quando*), mientras que la condición es un evento futuro incierto (*incertus an et incertus quando*). Como ha puesto de relieve O'CALLAGHAN (103), la muerte no es un término sino una condición, ahora bien, si el causante fija la muerte como tránsito de la herencia o legado, la sustitución es a término, pero, y como dice el párrafo 2.º del artículo 185: «Los fideicomisos dispuestos para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales, salvando voluntad contraria del causante», esta expresión: «para después de fallecido», tiene el carácter de un fideicomiso condicional, a pesar de que la muerte, como decíamos más arriba, sea un término.

El artículo 196 del CS regula la sustitución fideicomisaria de mayor uso en Cataluña, la llamada *si sine liberis decesserit* (104), que general-

(100) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 175, comentando el artículo 180 de la Compilación de 1961, antecedente del 204 vigente, señala que el origen de la sustitución familiar está en el *fideicommissum familiae relictum*, cuya característica era la vinculación de la herencia, íntegra o parcial, a través del orden sucesorio, así como la ausencia de la facultad de enajenar. En la edad media fue el origen de las vinculaciones y mayoralazgo, que como sabemos se basaba en la perpetuidad del patrimonio.

(101) VALLS XUFRE, J. M., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 765; ROCA-SASTRE Y MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, tomo 1.º, *op. cit.*, pág. 470; SAP de Girona de 8-5-1998 (RA 1111).

(102) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 177 y 181.

(103) *Op. cit.*, pág. 43, comentando el artículo 163 de la Compilación de 1960, de análoga redacción al artículo 185 vigente; en igual sentido, VALLS XUFRE, *op. cit.*, págs. 722-723.

(104) ROCA SASTRE, «Estudios sobre sucesiones», *op. cit.*, pág. 86; Díez PICAZO Y GULLÓN, «Sistema IV», *op. cit.*, pág. 409; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, pág. 82; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 360; VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios de Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 155 y sigs.; VALLS XUFRE, *op. cit.*, pág. 746.

mente se suele definir como «aquella sustitución en la que el testador llama a su herencia a una persona y sucesivamente a otra para en el supuesto de que la primera muera sin hijos» (105). Se trata, como ha señalado la STS de 28-6-2002 (106), fideicomiso de doble condición: de una parte el fallecimiento del fiduciario, y por otra que no existan hijos en el momento del fallecimiento, pero también cabe de triple condición (107), fallecimiento del fiduciario, inexistencia de los hijos de éste o habiéndolos no lleguen a la edad de testar. Lo que caracteriza a una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, es que el llamamiento a la totalidad o cuota de herencia, legado o donación, no son de forma simultánea (todos juntos), sino uno después de otro (sucesivos), así que, por su propia naturaleza es una sustitución fideicomisaria condicional, pues sólo grava al sustituto cuando el primer heredero muere sin hijos (*si absque liberis mereretur*). Asimismo recoge el artículo 191 del CS, una variante de la anterior que tiene su origen en el Derecho romano (108), recogida en el artículo 349 del anteproyecto de Compilación de 1959, y posteriormente en el artículo 179 de la Compilación de 1961, consistente en que el causante nombra heredero o legatario a un hijo, al que le impone un gravamen a favor de un no descendiente, y como señala el precitado artículo 197: «...se presume por conjeturas de piedad que el fideicomisario se dispuso bajo condición de fallecer el fiduciario sin dejar hijos o descendientes». Como comenta VALLS XUFRE (109), es fingir que el ascendente llamó tácitamente a un descendiente como si tuviera la convicción de haberlo hecho claramente a favor de quien lo hizo.

Por su parte, el artículo 198 del CS regula el fideicomiso de los hijos puestos en condición, que según dicho precepto no serán considerados sustitutos si no son llamados expresamente (110) como fideicomisarios o susti-

(105) Conocida es aquella definición de la resolución de la DGRN, de 31-3-1950 (RA 701): «el testador instituye heredero al hijo primogénito, y para el caso de que éste fallezca sin hijos o que éstos no alcancen la edad de testar, llama a otro hijo, y así sucesivamente a los demás hermanos, imponiéndoles el mismo gravamen sustitutivo hasta que se purifique la sustitución a favor de alguno o, en su defecto, llegue a corresponder la herencia al último hijo, el cual será heredero libre, con la que se establece una serie encadenada de instituciones cuyo orden prefija el testador dentro de las normas legales».

(106) (RA 5507); en igual sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 130.

(107) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *ibidem*; VALLS XUFRE, *op. cit.*, pág. 746.

(108) *Lex Cui Avus* (D: 35,1,102); Codex VI-25, se trata, dice el pasaje del Digesto, que un abuelo que instituyó heredero a un hijo y al nieto de otro hijo premuerto, y rogó al nieto que, si moría antes de los treinta años, restituyera la herencia a su tío paterno. El nieto murió antes de llegar a esa edad, además, de dejar descendencia.

(109) *Op. cit.*, pág. 736.

(110) El artículo 187 del CS admite que la sustitución fideicomisaria pueda ser expresa o tácita, también está prevista en el artículo 191.

tutos vulgares (111). Como comenta O'CALLAGHAN (112), si fallece (*deceserit*), el fiduciario sin hijos (*sine liberis*) se produce la delación a favor del fideicomisario; si fallece con hijos (*cum liberis*) se produce la delación a favor de los designados por el causante. El problema, añade, es que si fallece el fiduciario con hijos, si estos son fideicomisarios, o si el fideicomisario no acepta, no quiere o no puede, si sus descendientes son sustitutos vulgares del mismo, el autor sostiene que, si el fiduciario fallece con hijos, éstos son fideicomisarios; si se estima que fallecido el fideicomisario antes que el fiduciario, los hijos puestos con condición ocuparán su lugar (113). No obstante, la doctrina (114) estima que se sigue la tradición catalana de entender que «los hijos puestos en condición no serán considerados sustitutos fideicomisarios si no son llamados expresamente como fideicomisarios o sustitutos vulgares», salvo las cuatro excepciones que prevé el artículo 198, párrafo 2.º, para los hijos puestos en condición se entenderán llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso.

La sección segunda (arts. 206 a 228), bajo el epígrafe: «Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente», regula, entre otros, la enajenación y gravamen de los bienes fideicomitidos (arts. 217 a 228, 241 y 242 del CS) (115). Así el artículo 217 del Codi establece: «El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes fideicomitidos en concepto de libre, en los casos en que lo permita la ley o lo autorice el testador o los fideicomisarios, de acuerdo con lo que se dispone en los artículos siguientes...». De la dicción del

(111) El artículo 193 prevé una sustitución vulgar en fideicomiso, o sea, sustituir vulgarmente al fideicomisario llamado, para el caso de que éste no llegue a serlo o no pueda o no quiera; si el testador usa el derecho de representación u otro análogo, se presumirá querido disponer una sustitución vulgar en fideicomiso; por último, el sustituto vulgar en fideicomiso no implica por solo, en ningún caso, un fideicomisario.

(112) *Op. cit.*, pág. 141, referido al artículo 171 de la Compilación de 1961, de igual redacción al vigente 198 del CS; en análogos términos, VALLS XIFRÉ, *op. cit.*, págs. 751-752.

(113) Responde aquí al brocardo: *positus in conditione positus in substitutione* o *positus in conditione positus in dispositione*, es decir, si los hijos puestos en condición están llamados o no en sustitución, la regla establecida en Cataluña es que «los hijos puestos en condición no se entiende llamados a una sustitución, salvo disposición en contrario».

(114) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 141, comentando el artículo 175 de la Compilación; VALLS XIFRÉ, *op. cit.*, pág. 752, referido al artículo 198 vigente; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 200; sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña, de 8-10-1936; SERRES, P., *Una interpretación del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1948, pág. 198 y sigs., citado por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 223 y sigs.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 142.

(115) PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 149, señala que el artículo 186 de la Compilación habla de enajenar y gravar como de un solo acto, en cambio, los artículos 195 y 196 del mismo Cuerpo legal, como si de actos diferentes se tratara, preceptos referidos a la Compilación de 1960, de análoga redacción a los artículos 217, 223 y 224 del Código de Sucesiones.

precepto se desprende la indisponibilidad de los bienes fideicomitidos, salvo: i) las excepciones previstas en los artículos 218 a 223 del CS, que regula los supuestos previstos en la ley; ii) el artículo 223 del CS, que recoge el supuesto de autorización por el testador, y iii) el artículo 224, que asume el supuesto de consentimiento dado por los fideicomisarios.

i) El artículo 218 del CS, que regula los supuestos *ex lege* para enajenar o gravar en concepto de libre los bienes de la herencia o legado fideicomitidos en los siguientes casos: 1.º Para hacer suyo lo que por legítima le corresponde en la sucesión...; 2.º Para pagar las deudas y cargas hereditarias...; 3.º Para efectuar la detracción de la cuarta trebeliánica; 4.º Para atender a los gastos extraordinarios de conservación y refacción de los bienes del fideicomiso y de mejoras útiles y necesarias; 5.º Para garantizar con prenda o hipoteca el préstamo destinado a obras de construcción, ampliación y mejora de fincas rústicas o urbanas, o a extinguir una deuda hereditaria más gravosa (116). Quedando completado lo anterior con lo dispuesto en el artículo 219 del CS, que le impone las siguientes reglas: 1.ª Sólo cuando la herencia fideicomitada no haya dinero suficiente, el fiduciario estará facultada para disponer de otros bienes...; 2.ª Para dichos actos no será preceptiva la notificación previa (arts. 225 y 226 del CS), y 3.ª Inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante, lo anterior por el artículo 220 del CS, queda el fiduciario facultado, respecto de los bienes fideicomitidos, para actuar por sí y bajo su responsabilidad: 1.º Vender los muebles que no puedan conservarse; 2.º Retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro, y 3.º Sustituir, las cosas que se desgasten.

Por su parte, el artículo 221 del CS otorga la facultad de enajenar como libre los bienes sujetos al fideicomiso para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rendimiento o utilidad, previa autorización judicial, añadiendo el párrafo 2.º del antedicho artículo 221 del CS, que señala: «No procederá esta subrogación real si el fideicomitante lo ha prohibido expresamente o ha dispuesto una especial prohibición de disponer incompatible con la subrogación. Si el fideicomitante hubiera permitido y regulado la subrogación, se atenderá a lo que el dispuso». Alude el precepto a la subrogación real (117), entendida ésta «como una sustitución jurídica de un bien por otro de una

(116) Nótese, no obstante, que el artículo 213 del CS, otorga al fiduciario el derecho de uso y disfrute de los bienes, es decir, no es un mero detentador de bienes, sino poseedor con facultades dominicales, lo que en línea de principio justifica lo dispuesto en el artículo 218, pero además, el artículo 214 del CS, y sin perjuicio del deber de conservar y administrar, le atribuye la facultad de cobrar los créditos, como pagar las deudas, impuestos, pensiones, arrendamientos, etc., que sería con cargo al fiduciario por imperativo del artículo 209 del CS; por último, el artículo 215 del CS autoriza realizar mejoras, aunque el precepto no distingue entre las necesarias, útiles y suntuarias.

(117) BRANCÓS NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 812.

misma persona, de tal manera que el bien nuevo ocupa el lugar del antiguo con el fin de ser sometido al mismo régimen jurídico» (118). Ahora bien, la particularidad que introduce el artículo 221, párrafo 2.º, es que deja al arbitrio del testador la antedicha subrogación real (119), de tal manera que de no producirse dicha manifestación no cabe la subrogación real, pero, en el caso de producirse, creemos que no altera los requisitos de la subrogación, que son: *a)* existencia de una relación de causalidad entre el objeto que sale y el otro que entra en su lugar, y *b)* permanencia de la misma relación jurídica a pesar del cambio producido (120).

ii) El artículo 223 del CS prevé que el fideicomitante podrá autorizar en concepto de libre, todos o algunos de los bienes, aunque a renglón seguido establece que si la facultad es de un fideicomiso de residuo, se atenderá a las normas que lo regulan.

Precepto que, en opinión de BRANCÓS NÚÑEZ (121), está a mitad de camino entre la herencia libre y un fideicomiso de residuo, y es que el artículo 223 del CS asimila la autorización del testador al primer heredero para enajenar y gravar, por actos entre vivos y en concepto de libre de todos o algunos de los bienes a un fideicomiso de residuo, remitiéndose en dicho caso a las normas que lo regulan (arts. 243 y sigs. del CS). Evidentemente que dicha asimilación tiene sentido, porque en el Derecho Civil de Cataluña se diferencian la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo, este último es al que la ley le otorga la posibilidad de enajenar y el fideicomisario recibe aquellos bienes o derechos que no dispuso el fiduciario.

iii) Por último, el artículo 224 del CS es el que autoriza al fiduciario para enajenar mediante consentimiento de futuro, de presente o de pretérito, de todos lo fideicomisarios.

El consentimiento a que se refiere el precepto que comentamos, esto es, el prestado por el fideicomisario al fiduciario para enajenar como libres los bienes fideicomitados, tiene naturaleza jurídica de «renuncia preventiva» (122). Es decir, el fideicomisario mientras no acepte la herencia sólo tiene una expectativa de derechos sobre bienes fideicomitados o, si se quiere, mientras el fiduciario sea heredero y mientras no se produzca el óbito puede el fideicomisario

(118) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La subrogación real en el Derecho Común español*, Madrid, 2000, págs. 108-109; MARÍN PADILLA, M. L., «La formación del concepto de subrogación real», en *RCDI*, 1975, pág. 1116.

(119) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, págs. 228-229.

(120) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 228 y sigs., en su opinión la cláusula que autorice enajenar debe ser a título oneroso y conmutativo con obligación de subrogar, salvo los supuestos en que el testador autorice a enajenar por causa de necesidad. La obligación de gravar ni es compatible con la subrogación real.

(121) *Op. cit.*, pág. 817.

(122) O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Consentimiento de los fideicomisarios a los actos de disposición de bienes fideicomitados. El fideicomiso de elección», *op. cit.*, págs. 835-840.

otorgar consentimiento para que el fiduciario pueda enajenar en concepto de libre los bienes de la herencia, dicho consentimiento tiene carácter de «renuncia preventiva», que conforme a la definición de CARIOTA FERRARA (123), «es un negocio jurídico por el que se hace dejación de un derecho con la consiguiente extinción del mismo negocio», que como añade ALBALADEJO (124), es unilateral y no recepticio. La sustitución fideicomisaria puede estar *sub conditione*, como a término, que dicho consentimiento puede ser prestado, asimismo puede ser otorgado un consentimiento de futuro, presente o pretérito. Por otro lado, la renuncia puede ser onerosa o gratuita, con base a si se renuncia sin hacer contraprestación a favor del fideicomisario, en cuyo caso estamos ante un negocio jurídico gratuito, por el contrario, si se efectúa para obtener una contraprestación será un negocio jurídico oneroso (125).

Por el contrario, si la disposición de bienes fideicomitidos se hace sin consentimiento del fideicomisario, es decir, el supuesto de hecho supone que el fiduciario, que no es titular de los bienes, enajena sin haber sido previamente consentido por los fideicomisarios, dicho negocio, en opinión de O'CALLAGHAN (126), es ineficaz, y entiende por tal «la falta de producción de efectos jurídicos propios del negocio».

En lo referente a los artículos 241 y 242 del CS, señalar que el primero otorga la posibilidad al fideicomisario de impugnar por ineficaces todos los actos de la enajenación y de gravamen que el fiduciario haya efectuado en fraude o perjuicio de la herencia; reivindicar los bienes enajenados o gravados; el segundo precepto admite la compensación de créditos entre los fideicomisarios y fiduciarios, conforme al orden previsto en el artículo 240.

La sección quinta, artículos 243 a 248 del CS, regula el fideicomiso de residuo, cuyo artículo 243 del Codi proporciona un concepto amplio: «En el fideicomiso de residuo el fiduciario, sea plazo o condicional, resulta facultado por el testador para disponer de la herencia o el legado fideicomitido porque así lo autoriza expresamente, o porque establece que aquellos bienes de los cuales no haya dispuesto el fiduciario hagan trámite al fideicomisario». Y un concepto restringido: «También existe el fideicomiso de residuo cuando el testador concreta la sustitución fideicomisaria a los demás bienes que el heredero o el legatario conserven al tiempo de deferirse el fideicomiso, por no haber dispuesto de ellos».

(123) *El negocio jurídico*, traducción y notas de M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1956, pág. 112.

(124) «Notas al negocio jurídico de Cariota Ferrara», *op. cit.*, pág. 120.

(125) Cfr. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 159 y sigs.

(126) *Op. cit.*, pág. 844.

De ambos conceptos se pueden entresacar tres características: *a)* el testador autoriza al fiduciario para disponer de la herencia o legado; *b)* los bienes no autorizados harán tránsito al fideicomisario, y *c)* el causante concreta los bienes que el heredero conservará al deferir el fideicomiso.

En efecto, comenta a este respecto FOLLIA CAMPS (127), el primero permite al fiduciario enajenar y gravar lo autorizado por el testador, el segundo establece que el fiduciario podrá alienar y gravar, en concepto de libre, por actos entre vivos, todo o parte de los bienes fideicomitidos, añadiendo más adelante, «la esencia de la distinción entre una sustitución fideicomisaria y un fideicomiso de residuo es el poder de disposición, que si es general será para el residuo, si son bienes concretos una sustitución». No obstante, queda reforzado el contenido del precepto anterior cuando el artículo 244 del CS señala: «El heredero o legatario gravados de fideicomiso de residuo, además de las facultades de todo fiduciario sujeto a fideicomiso, podrán realizar, respecto a los bienes de la herencia o legado, los siguientes actos:

1.º Enajenarlos, gravarlos o disponer de ellos de otra forma por actos entre vivos a título oneroso, en concepto de libres del fideicomiso.

2.º Transformarlos, emplearlos o consumirlos para la satisfacción de sus propias necesidades y las de su familia, sin tener que proceder a su reposición.

Precepto que concreta en esencia el poder de disposición del fideicomiso de residuo. Sin embargo, el artículo 245 del CS establece las reglas a las que tiene que ajustarse el fiduciario para ejercer las facultades dispositivas, y son:

«1.ª Actuarán las especiales limitaciones, plazos, condiciones y demás prevenciones lícitas que establezca el testador.

Excepto voluntad contraria del testador, si faculta al fiduciario para disponer, con autorización de la persona o de las personas designadas al efecto, quedará libre de esta limitación si dichas personas hubieran fallecido, renunciado o quedado incapacitadas, salvo que resulte otra la voluntad del causante. A tales personas, les serán aplicables los preceptos relativos a los albaceas particulares, en la medida en que lo permitan la naturaleza y la duración indefinida de la misión que se les ha encomendado.

2.ª El gravamen fideicomisario subsistirá no sólo sobre los propios bienes relictos por el testador que el fiduciario conserve al deferirse al fideicomiso, sino también sobre el dinero o los bienes que por subrogación real hayan reemplazado a los otros bienes fideicomitidos, sea o no por efecto de dicha facultad dispositiva del fiduciario, que se extenderá también a los bienes subrogados.

(127) «Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña», *op. cit.*, pág. 868.

3.^a Si el fideicomiso de residuo fuera de herencia, el fiduciario no podrá enajenar o gravar la cuarta parte de los bienes hereditarios, que quedará reservada para después de su fallecimiento a favor de los fideicomisarios que, a sazón existan, los cuales en vida del fiduciario podrán pedir su determinación, conformemente a las reglas de la reclamación de la cuarta trebeliánica. El fideicomitante podrá eliminar esta limitación.

Se entenderá que la ha eliminado si ha autorizado expresamente al fiduciario para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitados o para entregarlos.

4.^a En el ejercicio de sus facultades dispositivas, el fiduciario tendrá que actuar de buena fe, sin ánimo de defraudar el fideicomiso».

Del contenido del artículo 245 del CS, destacamos que las limitaciones que en su articulado prevé son establecidas por el testador, por lo que, en principio, éste puede favorecer a alguien, como limitar dicha posibilidad.

Asimismo, resaltamos que el principio de subrogación real, que como comenta FOLLIA CAMPS (128), no tiene precedente en la Compilación de 1960, sino es de nuevo cuño, que define ROCA SASTRE (129) como «situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada, pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida». En efecto, el sentido del artículo 245 del CS, en su regla 2.^a, es que los bienes fideicomitados sean reemplazados por otros, por efecto de la enajenación o no, con idéntico régimen jurídico.

De igual modo destacamos la regla 3.^a del precitado artículo 245 del CS, en que el fiduciario de herencia tendrá que reservar una cuarta parte (cuarta trebeliánica, art. 229 y sigs. del CS), salvo que el fideicomitante le dispense de dicha limitación, es decir, sólo puede disponer el primer heredero de las tres cuartas partes de la herencia, quedando reservado el resto o una cuarta parte, salvo disposición en contrario, regla que converge perfectamente con lo dispuesto en el artículo 229 del CS.

Por su parte, el artículo 247 del CS define y delimita el fideicomiso de residuo *si quid supererit*, que se caracteriza, en opinión de FOLLIA CAMPS (130), porque juega el principio de subrogación real, y sin límite de la cuarta trebeliánica, salvo lo previsto en el artículo 244, párrafo 1.º del CS, que no es un límite, como hemos visto más arriba, sino un artículo que complementa las fa-

(128) *Op. cit.*, pág. 874.

(129) Estudios varios, *La subrogación real*, Madrid, 1980, pág. 30; FONCILLAS LOS-CERTALES, J. A., *Estudios Jurídicos*, «De la subrogación real», Madrid, 1974, pág. 267 y sigs.

(130) *Op. cit.*, pág. 879.

cultades dispositivas del fideicomiso de residuo, por el contrario, sería un fideicomiso de residuo ordinario o *eo quod supererit* (131), «aquél en que juega el principio de subrogación real y existe, además, el deber del fiduciario de no enajenar ni gravar una cuarta parte de los bienes fideicomitidos» (132).

3.3. LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA

La ley de 224 del FN (133), define las sustituciones fideicomisarias en los términos siguientes: «El disponente puede ordenar que se transmitan a uno o sucesivos fideicomisarios, en tiempo y forma que señale, los bienes que de él haya recibido el fiduciario».

El precepto deja claro que es el fideicomitante quien ordena el fideicomiso para que los bienes recibidos por el heredero hagan tránsito a uno o varios fideicomisarios.

No obstante, plantea MEZQUITA (134) si de las leyes 224 a 238 cabe un fideicomiso puro en el Derecho Civil de Navarra. En su opinión, y con base a las leyes 151, 281 a 288, en particular la ley 228, que establece la presunción: «En la duda de si el disponente ha establecido un fideicomiso o formulado una recomendación o simple ruego, se presumirá esto último», precepto de igual redacción al artículo 190, párrafo 1.º, del Código de Sucesiones de Cataluña, del que ha comentado VALLS XUFRE (135), si la voluntad del testador no es clara hay que pronunciarse contra el fideicomiso (*contra fideicomisum semper est in dubio indicandum*), el fideicomiso no se presume sino que debe quedar expresamente establecido por el causante, si bien en el artículo 180 del Codi habla de que el fideicomiso puede ser expreso o tácito, para este último es preciso que la voluntad del disponente se infiera claramente de las palabras utilizadas por el causante.

(131) FOLLIA CAMPS, *ibídem*.

(132) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 217, distingue entre *si aliquid supererit* (fideicomiso de si queda), y el *eo quod supererit* (fideicomiso de lo que queda), planteando la autora si existen dos fideicomisos distintos, ciertamente, en uno ha de quedar algo, en otro no queda nada. Y esto es así, añade, pues si queda, o si queda algo, no hay diferencia en cuanto a la condicionalidad, pero sí a la relación de bienes que quedan.

(133) Ubicada en el Libro II: «De las donaciones y sucesiones»; Título VIII: «De las sustituciones»; Capítulo III: «De las sustituciones fideicomisarias»; leyes 224 a 238.

(134) *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. por E. Rubio Torrano, Pamplona, 2002, pág. 656; en sentido contrario, ARREGUI GIL, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo García-Díaz Alabart, tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998, pág. 1005, si bien en el Código Civil queda excluido toda posibilidad de una sustitución fideicomisaria pura (art. 781), como de igual modo en el Código de Sucesiones de Cataluña (Exposición de Motivos de la Ley de 30-12-1991); artículo 25 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

(135) *Op. cit.*, pág. 734.

Nosotros creemos que de la ley 224, párrafo 1.º del FN, no se puede deducir la existencia de un fideicomiso puro, aunque pongamos dicho precepto en relación con la ley 228 del mismo Cuerpo legal, pues esta última es una norma interpretativa o, como dice ARREGUI (136), el fideicomiso precisa que la voluntad del disponente aparezca bien determinada, pues de existir dudas, o poco claras las disposiciones, equívocas o inseguras, no puede estimarse ordenada una sustitución fideicomisaria, de ahí, añade, la ley 228 del FN, sigue el precedente romano (D: 32,11,2): «en caso de duda se debe tener por querido el efecto menor», estableciendo la mencionada ley 228 las aclaraciones a modo de presunción: la primera, si se ha establecido «una recomendación o simple ruego», se entiende no gravado el fideicomiso ni considerado como tal; la segunda, si no aparece clara la voluntad de ordenar una sustitución, se entenderá que ésta es vulgar. No obstante, y como ha señalado ROCA SASTRE (137), el fideicomiso puro consiste en un encargo de la que se vale el causante para que una herencia pase del fiduciario al fideicomisario, de ahí que señale ALBALADEJO (138): el fideicomiso puro no está sometido a término ni a condición, sino el fiduciario es un mero *minister* (139) que recibe el encargo de conservar para después entregar a otro una herencia o legado. Por nuestra parte, creemos que no es ese el sentido que ha querido el legislador para la sustitución fideicomisaria en el ley 224, párrafo 1.º del FN, máxime cuando de la expresión «en el tiempo y forma que señale» de la precitada ley 224, deduce ARREGUI (140), la existencia de un fideicomiso a término y bajo condición, si bien, como comenta a este respecto MEZQUITA (141), tanto el término como la condición son eventos futuros ciertos e inciertos, esto es, se sabe que ha de llegar, pero no cuándo, o una incertidumbre que ha de ocurrir, pero se ignora cuándo. Volveremos sobre este punto al comentar la ley 230 del FN.

Por su parte, el párrafo 2.º de la ley 224 del FN establece los límites en los llamamientos cuando dispone: «No existirá limitación de número en los llamamientos de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan o al menos estén concebidas al tiempo en que el primer fiduciario adquiera los bienes. Las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento; en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas». El precepto transcrito está orientado a que el testador no quiere que sus bienes salgan de su familia, lo que supone, en cierto modo, una vinculación mientras dicha familia exista o un fideicomiso

(136) *Op. cit.*, pág. 1019.

(137) *Estudios sobre sucesiones*, tomo 2.º, *op. cit.*, pág. 90.

(138) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», *op. cit.*, pág. 161.

(139) BOIX FONT, *op. cit.*, pág. 567; ROCA SASTRE, *ibidem*.

(140) *Op. cit.*, págs. 1002-1003.

(141) *Op. cit.*, págs. 658-659.

perpetuo, así lo ha establecido el legislador, que si bien el artículo 204 del Código de Sucesiones de Cataluña, como el artículo 781 del Código Civil, el límite está establecido en el segundo llamamiento, pero en Derecho Civil de Navarra se sigue la tradición romana (Novela 115,2 del Código de Justiniano), que estableció precisamente los cuatro llamamientos.

No obstante, la ley 225, párrafo 1.º del FN, viene a establecer la regla de que «Los fideicomisarios, aunque lo sean por llamamientos sucesivos, adquieren siempre del fideicomitante...» (142), cuestión que creemos extensible a los fiduciarios, pues en caso contrario (no sería heredero el fiduciario), tenemos razones de peso para creer que se admite el fideicomiso puro en la legislación de Navarra. Pero, no es así, pues al añadir el párrafo 2.º de la ley 225 que: «Los fiduciarios podrán ser recíprocamente fideicomisarios en la cuota señalada por el fideicomitante y, en su defecto, en proporción a la que adquieran como fiduciarios». De la dicción de esta ley entendemos que los fiduciarios pueden ser nombrados sustitutos entre sí, en caso de no señalarse cuota adquieren proporcionalmente o, como dice MEZQUITA (143), la institución de herederos fideicomisarios serán recíprocamente fiduciarios.

Por su parte, la ley 226, párrafo 1.º del FN, establece: «Toda sustitución fideicomisaria valdrá como sustitución vulgar a favor del fideicomisario cuando el fiduciario no llegue a adquirir los bienes...», la claridad del precepto excusa todo comentario. Sin embargo, el párrafo 2.º de la misma ley 226, dice: «La sustitución vulgar de un fiduciario no se entenderá sustitución fideicomisaria a favor del sustituto vulgar. El sustituto vulgar que llegue a adquirir los bienes queda gravado por el fideicomiso que hubiera gravado el fiduciario a quien sustituyó». Es decir, el sustituto vulgar de un fiduciario no se estimará como sustituto fideicomisario, pero si éste adquiere los bienes del fiduciario, queda en su misma situación. Queriendo ser más explícito y siguiendo el ejemplo de MEZQUITA (144): «el fiduciario que premuere al testa-

(142) STSJ de Navarra, de 17-3-1993 (RA 2562), que estableció: «hallándonos en presencia de una sustitución fideicomisaria, en la que se produce una prohibición de disposición de los bienes recibidos por el heredero fiduciario, salvo que lo hubiere autorizado el disponente (ley 233 del Fuero Nuevo), los herederos fideicomisarios adquieren siempre del fideicomitante, tal como lo expresa la ley 225 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, dicción que encuentra similitud en el Derecho catalán, que contiene prácticamente la misma redacción en el artículo 181 del Código de Sucesiones de Cataluña», en igual sentido, la STSJ de Navarra, de 25-4-1981 (RA 2166).

(143) *Op. cit.*, pág. 661, que plantea el siguiente ejemplo, «el causante instituye herederos a sus tres hijos, y además, ordena que se sustituyan en fideicomiso los unos a los otros, de modo que fallecido uno de ellos, le sustituyan los demás como fideicomisarios. La primera consecuencia es que cada uno de ellos será fiduciario de los demás y estará, por tanto, obligado a conservar mientras viva alguno de sus hermanos, de modo que todos serán fiduciarios y fideicomisarios hasta que el fideicomiso se purifique por no quedar más que un heredero».

(144) *Op. cit.*, pág. 664.

dor será llamado, en primer lugar, el sustituto vulgar del fiduciario nombrado expresamente por el testador, pero si no hizo dicho nombramiento, el fideicomisario será delado como sustituto vulgar». El sentido de la sustitución vulgar, como dice MEZQUITA (145), referido al Fuero Nuevo, es que consiste «en un delado subsidiario llamado por el testador en segundo o posteriores grados, para en el caso de que instituido principal o anterior grado no llegue a ser heredero», es decir, en la legislación civil de Navarra pueden ser sustitutos vulgares el heredero, el legatario, como el donatario, y como señala la ley 223, es una sustitución ordenada por el testador para que en defecto de uno le sustituya otro.

Por su parte, la ley 229 del FN, dispone: «Si de los términos de la disposición no se desprendiera claramente otra cosa, las condiciones que afecten a las sustituciones fideicomisarias como, por ejemplo, la de «no tener hijos» o de que éstos «no lleguen a la edad de testar» u otras similares, se entenderán referidas al momento del fallecimiento del fiduciario». Precepto que está referido a las sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit*, que define ROCA SASTRE (146) «como aquella sustitución fideicomisaria condicional cuya efectividad se hace depender del hecho que el instituido muera sin hijos o con hijos que no lleguen a la edad de testar». También denominada sustitución de doble condición (147), pues si fallece el fiduciario sin dejar hijos se da la condición *sine liberis decesserit*, produciéndose la delación a favor del fideicomisario instituido por el testador; también cabe la posibilidad de que el fiduciario fallezca con hijos (*cum et sine liberis decesserit*), éstos son llamados como fideicomisarios y fiduciarios de sus propios hijos de forma sucesiva; en ambos casos lleva como fundamento el conservar los bienes en la familia (148). No obstante, es completado el precepto anterior con la ley 230 del FN, que dice: «Cuando el acto de liberalidad se condicione a la existencia de hijos del adquirente, estos hijos puestos sólo en condición no se tendrán por puestos en disposición ni llamados a adquirir, aunque haya una o muchas conjeturas en su favor, sino cuando expresamente así se establezca». Supuestos que en opinión de GARCÍA GRANERO y ARREGUI (149), está referido a la tradición que formuló la ley 45 de las Cortes de Tudela de 1583,

(145) *Op. cit.*, pág. 650.

(146) «Estudios de Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 98.

(147) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 669.

(148) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 670.

(149) *Op. cit.*, págs. 1024-1025, estiman que la teoría de los hijos puestos en condición deriva de la sustitución fideicomisaria *si cum liberis*, y *si sine liberis*. La primera es una condición positiva de cumplimiento o incumplimiento que hace depender que el instituido sea heredero pleno o simple heredero obligado a entregar la herencia; la segunda es una condición negativa (inexistencia de los hijos) que determina la apertura del fideicomiso.

según la cual: «los hijos puestos sólo en condición no se tienen por puestos en disposición», que se corresponde con el brocardo *positi in conditione non positi in dispositione* (150), que supone «los hijos puestos en condición no se considerarán sustitutos fideicomisarios de no ser llamados expresamente como fideicomisarios».

La ley 232 del FN, que en su primer apartado dispone: «Sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes siguientes...». Cuyas limitaciones están contempladas en la ley 233 del FN, que regula la enajenación y gravamen; y la ley 234 del mismo Cuerpo legal, que prevé las facultades del fiduciario por sí solo.

Dice la ley 233 del FN: «El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes:

1. Por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado; en este caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados.

2. Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando alguno de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando los medios oportunos para asegurar la subrogación».

De la redacción dada por el anterior precepto, se trae a colación tres cuestiones:

- i) Podrá el fiduciario enajenar por sí solo, pero lo adquirido se subrogará (ley 235 del FN).
- ii) Que el fiduciario obtenga el consentimiento de todos los fideicomisarios (ley 233 del FN).
- iii) Que el fiduciario no cuente con el consentimiento de los fideicomisarios (ley 233 del FN).

i) Partimos de la ley 232, a cuyo tenor: «...el fiduciario tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes recibidos, los subrogados y los incrementos que constituyan accesiones naturales y mejoras inseparables. Respecto a los frutos pendientes y a las impensas realizadas por el fiduciario, tendrá éste los mismos derechos que un usufructuario». Precepto que otorga al fiduciario la cualidad de propietario, salvo las limitaciones previstas en la ley 233 y 234 del FN, esta condición, creemos nosotros, está referida al uso y disfrute de los

(150) (D: 35,1,102) y (D: 28,5,85-86).

bienes fideicomitidos, posiblemente de por vida, ya que el fiduciario, sin perjuicio de su condición de heredero, tiene el deber de restituir (151) al fideicomisario los bienes recibidos, los subrogados, como los incrementos habidos por accesión o mejora (152). Cabe también esta cualidad de propietario cuando ordenada una sustitución fideicomisaria sobre único fiduciario y único fideicomisario, este último renuncia, pues se purifica el fideicomiso en el fiduciario.

No obstante, el encabezado de la ley 232 del FN, dice: «Derechos del fiduciario», lo que nos hace pensar que ello supone tener por superado la tesis del fiduciario como usufructuario para concebirlo como un propietario, más acorde con la realidad del instituto fideicomisario, lo que no impide que podamos decir: el fiduciario es un propietario gravado de restitución (153). Lo expuesto viene a colación con el último párrafo de la ley 232 del FN, que parece, a primera vista, que equipara al fiduciario con usufructuario respecto de los frutos pendientes e impensas realizadas, aquí creemos nosotros tiene sentido por el arraigo que tiene la institución de usufructuario (ley 412 del FN), que le concede facultades dominicales con excepción de disponer de la casa (154).

Analizada la ley 232, entramos en la ley 233: «enajenación y gravamen», que permite realizar por sí solo al fiduciario, si es autorizado por el causante, de lo adquirido (bienes y derechos), se subrogará en lugar de lo alineado, es decir, se regula la enajenación con previa autorización del testador para sustituir lo obtenido por otros donde ocupe el lugar del anterior con el fin de ser sometido al mismo régimen jurídico, y con ello restituir la cosa fideicomitida a los fideicomisarios (155). No obstante, creemos con MEZQUITA (156), a pesar de su omisión por el precepto que analizamos, que existe la posibilidad que el testador dispense al fiduciario de subrogar los bienes del fideicomiso, es decir, si la ley 233 del Derecho Civil navarro establece la obligación de subrogar, si el testador así lo ha autorizado, por el contrario el testador lo libera de dicha obligación y podrá enajenar como libres, pero obviamente estamos en otro supuesto, que es la sustitución de residuo, y que analizaremos más adelante.

(151) ARREGUI, *op. cit.*, pág. 1103.

(152) STSJ de Navarra, de 17-3-1993 (RA 2562).

(153) Cfr. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 678.

(154) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 679.

(155) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 689, en su autorizada opinión, las obligaciones de restituir conlleva la prohibición de disponer, así que, añade más adelante, el fiduciario siempre que tenga autorización del causante podrá efectuar mediante subrogación real, esto es, sustituir uno por otro o colocar los bienes adquiridos en lugar de los dispuestos.

(156) *Op. cit.*, pág. 690.

ii) Por lo dispuesto en la ley 233.2 del FN, «Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente...». La STSJ de Navarra, de 17-3-1993 (157), señaló: «las facultades del heredero fiduciario quedan reguladas por las leyes 232, 233 y 234 del Fuero Nuevo, estableciendo la ya citada ley 233 que el fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado o con el consentimiento de todos los fideicomisarios cuando el fideicomitante no lo hubiere autorizado...».

Creemos, no obstante, que no hay mucha analogía entre la ley 233 del FN, con el artículo 217 y siguientes del Código de Sucesiones de Cataluña, en estos últimos, desde nuestro punto de vista, son más amplias las facultades para disponer de los bienes fideicomitidos, sin quebrar, obviamente, el principio de indisponibilidad de bienes como libres que en ambos casos es de aplicación, además, de la restitución impuesta al fiduciario sobre dichos bienes, lo que implica que no podrá enajenar como libre salvo las excepciones previstas en la ley.

Sin embargo, creemos de igual modo que puede ser de aplicación la naturaleza jurídica del consentimiento prestado por los fideicomisarios al fiduciario consistente en la llamada «renuncia preventiva», como así lo manifestamos para el artículo 224 del Código de Sucesiones de Cataluña, entendido como un negocio jurídico unilateral y no recepticio, consistente en la dejación de un derecho que lo extingue.

iii) Si, por el contrario, no obtiene el fiduciario el consentimiento de los fideicomisarios, añade el párrafo 2.º de la ley 233 del FN: «...En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando alguno de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación».

Distingue MEZQUITA (158), a la luz del precepto transcrito, dos supuestos de disposiciones por el fiduciario: la normal y la de residuo. La primera es el supuesto contemplado en la norma que comentamos, pues por el hecho de que el fiduciario esté obligado a restituir los bienes fideicomitidos está sometido a la máxima de indisponibilidad de bienes, salvo autorización del fideicomitante, o conjuntamente con todos los fideicomisarios, o por vía judicial, de esta última se aplica el precepto en su totalidad (159), esto es, en defecto de ser una enajenación consentida por todos los fideicomisarios, o por perso-

(157) (RA 1993).

(158) *Op. cit.*, págs. 682-683.

(159) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 682.

na incierta, futura o indeterminada, el fiduciario deberá probar en la demanda judicial que actúa en los supuestos mencionados o existen los supuestos de necesidades o utilidad evidente, además, de instar la adopción de las medidas oportunas para asegurar la subrogación, que aquí, evidentemente, tiene plena aplicación, pues se trata de sustituir un bien por otro y ha de regirse por el mismo régimen jurídico.

No obstante, de todo lo anterior, autoriza la ley 234 del FN, en sus apartados 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, ejercer facultades por sí solo, a título de ejemplo, se puede señalar: pedir y practicar la partición; cancelar créditos hipotecarios y pignoratícios; realizar enajenaciones a que se hubiese obligado el fideicomitente; dar dinero a préstamo y sustituir, sin detrimento del fideicomiso, bienes consumibles o los que se deterioren o desgasten; facultades que completan las establecidas en la ley 232 del FN, al considerar a éste como un propietario.

Por último, la ley 239 del FN, ubicada en el Capítulo IV: «De la sustitución de residuo», único precepto que dedica la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra a este instituto, dice así: «En las sustituciones de residuo, si no se hubiese ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer de las bienes por actos *inter vivos* y a título oneroso. Si se le hubiese autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Residuo. Los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos».

Señala la primera parte de la ley 239 del FN, salvo que se hubiese ordenado lo contrario, el sustituto de residuo puede enajenar por actos *inter vivos* y a título oneroso (160). Se trata, por tanto, de una sustitución de residuo denominada «de lo que queda» o *eo quod supererit* (161), que consiste en disponer de la parte autorizada quedando la otra parte bajo el deber de conservar (162), aunque en opinión de MEZQUITA (163), se trata de un fiduciario

(160) La STS de 8-5-1986 (RA 2670), corrobora lo dicho cuando dice: «...con base en la sustitución de residuo regulada en el artículo 239 de la mencionada Compilación, estableciéndose que, cuando no se hubiese ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer por actos *inter vivos* y a título oneroso, y si se le hubiese autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*, con la consecuencia de que los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos...».

(161) ARREGUI, *op. cit.*, pág. 1132, señala que se trata de un fideicomiso de residuo diferente de la sustitución fideicomisaria, pues esta última, como hemos visto, tiene el fiduciario el deber de conservar que el residuo no tiene; en sentido contrario, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 700.

(162) Véase DÍAZ ALABART, «El fideicomiso de residuo», *op. cit.*, pág. 217.

(163) *Op. cit.*, pág. 700.

autorizado a disponer de bienes como libres, pero sólo por actos entre vivos, a título oneroso y con subrogación real. En efecto, el fiduciario dispone, pero tiene al mismo tiempo el deber de restituir lo que queda, por lo que está limitado a ciertos bienes (164), posiblemente por motivos de necesidad que deberá constar en la disposición efectuada por el fiduciario. Con ello creemos que el legislador ha excluido el fideicomiso *si aliquid supererit*, por virtud del cual se le otorga al fiduciario amplios poderes para disponer de los bienes fideicomitidos, de tal manera que el fideicomiso sólo tiene derecho a lo que resta, si queda algo después de la enajenación (165).

Sin embargo, el párrafo 2º de la ley 239 del FN, en nuestra opinión, parece estar referido a la sustitución preventiva de residuo, pues al señalar el precepto que si autoriza a título lucrativo, podrá disponer entre vivos o por causa de muerte, siendo precisamente en la sustitución preventiva de residuo la posibilidad de disponer por causa de muerte como entre vivos y no estar sometida la subrogación real, lo que nos hace pensar que, en efecto, no es una sustitución fideicomisaria ni tampoco un fideicomiso de residuo, aunque pudiera acercarse más este último, que a la anterior, por las llamadas facultades de disposición del fiduciario, pero además, no se da aquí el orden sucesorio, sino por el contrario hay un solo llamado con plenos poderes para disponer, pero queda designado un segundo a título de fideicomisario para en el caso de que no disponga el primero (fiduciario) haciendo tránsito los bienes en dicho caso.

4. LA CESIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS EN EL FIDEICOMISO

4.1. EL ARTÍCULO 228 DEL CÓDIGO DE SUCESIONES DE CATALUÑA

Dispone el artículo 228 del CS: «En las sustituciones fideicomisarias a plazo, el fiduciario podrá anticipar la delación del fideicomiso mediante renuncia de su derecho a favor de fideicomisario inmediatamente llamado, y ceder a terceros, pero no a título de censo, el simple aprovechamiento de los bienes fideicomitidos hasta el vencimiento del plazo, sin quedar exonerado de sus obligaciones, respondiendo de los perjuicios que el fideicomiso sufra por culpa del cesionario.

En las sustituciones fideicomisarias condicionales no se podrá anticipar la delación del fideicomiso, y de renunciar el fiduciario a él a favor del fideicomisario, se entenderá que sólo ha cedido su aprovechamiento.

(164) SAP de Guipúzcoa, de 21-4-1998 (RA 793).

(165) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 702.

No obstante, estará facultado para efectuar dicha cesión a favor de terceros y dar a censo inmueble del fideicomiso, con sujeción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 217».

Para una mejor comprensión del precepto debemos hacer los siguientes apartados: i) la anticipación de la delación; ii) la cesión a terceros (art. 217 del CS), y iii) la renuncia del fiduciario condicional a favor del fideicomisario.

i) El precepto que examinamos (art. 228 del CS), otorga al fiduciario a término, la posibilidad de anticipar la delación a favor del fideicomisario renunciando a su derecho en el fideicomiso.

No obstante, debemos tener en cuenta que en la sustitución fideicomisaria el segundo heredero adquiere la herencia desde el fallecimiento del fideicomitante (art. 181.2 del CS), lo que ocurre es que su derecho no se hace efectivo hasta que el fiduciario fallezca o, como dispone el artículo 182 del CS: «En la sustitución fideicomisaria, el fiduciario adquirirá la herencia o el legado con el gravamen de que, finalizado el plazo o cumplida la condición, haga tránsito al fideicomisario la totalidad o la cuota fideicomitada de la herencia o el legado». En efecto, el fideicomisario tiene una expectativa de derecho (166) que en principio, adquiere una vez fallecido el fiduciario (supuesto normal), pero si el fiduciario está designado a término, es decir, hasta un plazo determinado, puede, por autorización expresa del párrafo 1.º del artículo 228 del CS, anticipar la delación mediante renuncia de su derecho a favor del fideicomisario.

Esta anticipación de la delación en el régimen del Código Civil no sería del todo exacta, pues cuando se renuncia manifestamos nuestra voluntad de no ser heredero, no pudiendo, por ello, transmitir a los sustitutos. Pero, en el ámbito del Derecho Foral se accede a la herencia por testamento, intestado, heredamiento, contrato o donación, y como todos los derechos son renunciabiles, el primer heredero puede renunciar en el sentido de rehusar la adquisición de una herencia, por ello, no se trata de una repudiación (167), sino de una auténtica renuncia a un derecho (168). Sin embargo, pudiéramos pensar que la mencionada renuncia no tiene mucho sentido en el sistema sucesorio catalán, pues al disponer el artículo 5 del CS, que la aceptación tiene efectos

(166) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir., por M. Albaladejo García, tomo XXIX, vol. 1.º de la Compilación de Cataluña, Madrid, 1978, pág. 350.

(167) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 350.

(168) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 349-350, comentando el artículo 197 de la Compilación de 1967, de igual redacción al vigente 228 del CS, señala que la naturaleza jurídica de la renuncia del fiduciario consiste en una dejación de su derecho sobre el fideicomiso, por lo que el segundo heredero adquiere de forma inmediata. No es, pues, una repudiación, pues con ella no se beneficia el fideicomisario, sino de una renuncia, y con ello, adquiere el postheredero.

retroactivos a la muerte del causante, antes de la aceptación nada tiene el heredero. Pero creemos que el supuesto contemplado en el artículo 228.1 del CS, tiene sentido, pues el fideicomisario ostenta un derecho que será efectivo cuando fallece el fiduciario, o cuando el término por el que fue designado se cumple, mientras tanto, el fiduciario, como primer heredero, es titular hereditario y si renuncia lo que realmente hace es anticipar el tránsito de los bienes fideicomitidos al segundo heredero.

ii) En cuanto a la cesión a terceros se podrá efectuar no a título de censo (169), sino de simple aprovechamiento hasta el vencimiento del plazo, lo que en principio parece ser que la cesión podría ser efectuada por el fiduciario a término y se regirá por lo dispuesto en el artículo 217.2 del CS, así que, el precepto deja claro que el fiduciario puede ceder a sujetos distintos del fideicomisario (170), que será hasta el fallecimiento del fiduciario, pero si éste es designado bajo término lo será hasta que el plazo se cumpla, pues estamos ante una titularidad *ex tempus*, y como tal, puede cederse el aprovechamiento, esto es, el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, de sus subrogados y accesiones (art. 213 del CS), llegado el plazo se producirá el tránsito, y con ello, la extinción del aprovechamiento cedido adquiriendo los bienes el fideicomisario.

Efectuada la cesión, el fiduciario no queda exonerado de sus obligaciones, respondiendo de los perjuicios que el fideicomiso sufra por culpa del cesionario.

Por su parte dispone el párrafo 3.º del artículo 228 del CS: «No obstante, estará facultado para efectuar dicha cesión a favor de terceros y dar a censo inmuebles del fideicomiso, con sujeción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 217.2...», disponiendo dicho precepto: «En las sustituciones fideicomisarias condicionales, de no haber impuesto el fideicomitante una especial prohibición de disponer, el fiduciario podrá realizar válidamente actos de disposición o de gravamen de tales bienes, pero su eficacia estará supeditada a la posible efectividad de dicha sustitución...» (171).

Es decir, por el antedicho artículo 217.2 del CS, el fiduciario queda autorizado a realizar actos de transmisión, modificación o extinción (172), cuya eficacia estará supeditada a la posible efectividad de la sustitución, que como comenta a este respecto O'CALLAGHAN (173), los actos de disposición no son

(169) BRANCÓS NÚÑEZ, E., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 831; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 353, sostienen que el significado de la expresión «censo» es que no tiene carácter perpetuo.

(170) BRANCÓS NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 833.

(171) De igual redacción al artículo 186 de la Compilación de 1967.

(172) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 234.

(173) *Op. cit.*, pág. 237; LACRUZ, *Anotaciones*, J. Binder, *op. cit.*, pág. 239; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 152.

en concepto de libre, pues con él se destaca la limitación de las facultades de enajenar de los fideicomisarios, o sea, se parte de la base de que el fiduciario no es un titular definitivo (174), y como tal, tiene el deber de dar tránsito al fideicomisario de los bienes fideicomitidos, para evitar posibles abusos se limita las facultades dispositivas a la efectividad de la sustitución. El poder de disponer, por tanto, es extraño al fiduciario, sin embargo, el Codi lo regula y aplica al fideicomiso como una excepción (175).

iii) Por último, señalar que el artículo 228.2 del CS, dispone: «En las sustituciones fideicomisarias condicionales no se podrá anticipar la delación del fideicomiso, y de renunciar el fiduciario a él a favor del fideicomisario, se entenderá que sólo ha cedido su aprovechamiento...» Nótese, que la diferencia de este párrafo con el primero, es que éste le está vedada la posibilidad al fideicomisario condicional de anticipar la delación, y esto es así porque el régimen jurídico de ambas condiciones son diferentes, pero si renuncia a su derecho sólo cede el aprovechamiento de los bienes fideicomitidos, luego la renuncia como acto expreso en ambos supuestos es igual, pero el fiduciario a término puede anticipar la delación mediante renuncia, el fiduciario bajo condición sólo puede renunciar porque hasta que no se cumpla la condición no puede ofrecer la herencia.

En efecto, el Codi entiende que el fiduciario condicional no puede ser privado de la facultad de renunciar, lo que no puede es anticipar la delación, porque, como ya hemos expuesto, la condición es un evento futuro incierto (incertidumbre), y mientras no se cumpla el fideicomisario no adquiere la herencia o legado, tan sólo tiene un derecho expectante, cuando la condición se cumpla se produce la delación, y con ello, el derecho a adquirir el fideicomiso, mientras este cumplimiento llegue, puede el fiduciario ceder el aprovechamiento.

4.2. LA LEY 237 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA

A tenor de lo dispuesto en la ley 237 del FN: «En las sustituciones fideicomisarias a término, el fiduciario podrá anticipar mediante renuncia la delación del fideicomiso.

Cesión. El fiduciario y el fideicomisario podrán ceder sus respectivos derechos. La cesión por el fiduciario quedará limitada por el cumplimiento de la condición o la llegada del término a los que estuviera sometido el fideicomisario, y la cesión por el fideicomisario surtirá efectos a partir de ese mismo momento. La cesión a favor de tercero no confiere a éste en caso alguno la

(174) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 237.

(175) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *ibídem*.

cualidad de heredero, y será aplicable lo dispuesto en el Título XIX de este libro para la cesión de herencia».

Precepto de análoga redacción al artículo 228 del Código de Sucesiones de Cataluña. No obstante, y como hemos expuesto en ese lugar, la delación supone una oferta (176), en donde el delado tiene la opción de aceptar o repudiar, pero previa a ella está la vocación, que supone un llamamiento al que ha sido designado. Así que el *iter* sucesorio sería: designación, vocación y delación. Este rigor conceptual no se cumple *strictu sensu* en el Ordenamiento navarro, pero no perturba su concepto y aplicación, pues su facilidad conceptual hace posible una cómoda capacidad de adaptación de este instituto, posiblemente, por la falta de unanimidad en los Ordenamientos a la hora de su regulación.

El orden sucesorio en la sustitución fideicomisaria comienza con el fiduciario, que será heredero mientras viva, fallecido éste pasa al fideicomisario. Este es el supuesto normal, pero cabe la posibilidad que el causante establezca un término para cuando llegue haga tránsito al sustituto fideicomisario, es decir, estaríamos ante una sustitución en la que el primer llamado lo es a un término distinto del de por vida.

Hasta ese momento el fideicomisario tiene una expectativa de delación desde la muerte del fideicomitante, pero no es efectiva hasta que el óbito del fiduciario llegue, o hasta que se cumpla el término. Pero, en el primer párrafo de la ley 237 del FN, el fiduciario puede anticipar la delación mediante renuncia de su derecho a favor del fideicomisario, pues como comenta a este respecto MEZQUITA (177), la renuncia del fiduciario produce el mismo efecto que producirá la muerte. En efecto, el único obstáculo a la renuncia es que se produzca perjuicios a terceros, descartado este hecho debemos entender que se trata de un derecho del fiduciario que no lleva implícita la pérdida de su cualidad de heredero, como tampoco altera la voluntad del causante, pues los bienes pasarán al fideicomisario, pero ante la eventual renuncia del fiduciario la delación queda anticipada (178).

El segundo párrafo de la ley 237 del FN comienza señalando: «El fiduciario y el fideicomisario podrán ceder sus respectivos derechos...». Así que subdividimos la cesión efectuada por el fiduciario y la efectuada por el fideicomisario. En la primera, «la cesión por el fiduciario quedará limitada por el cumplimiento de la condición o la llegada del término a los que estuviere sometido el fideicomisario...». A tenor de lo expuesto se trata de ceder un

(176) JORDANO FRAGA, F., *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa, ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Madrid, 1996, pág. 19; ROSA SASTRE, «La designación, la vocación y la delación sucesoria», en *Estudios sobre sucesiones*, op. cit., pág. 132.

(177) *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. por E. Rubio Torrano, Pamplona, pág. 695.

(178) RDGRN de 22-2-1943 (RA 265).

derecho por parte del fiduciario que de estar designado bajo término o condición puede en dicha situación ceder su derecho, pero no será efectiva hasta que el precitado término o condición se cumpla, producido el evento futuro cierto e incierto se consolida la adquisición (179).

No obstante, traemos a colación el artículo 238, párrafo 2.º del Código de Sucesiones de Cataluña, que precisamente excluye dicha cesión al fiduciario bajo condición, pero de renunciar el fiduciario se entenderá que sólo ha cedido su aprovechamiento. Así que ante dos preceptos de análoga dicción, apreciamos, no obstante, que lo admitido por uno es negado por otro, y queriendo salir del embate, podemos señalar que si el fiduciario está bajo condición resolutoria es posible la cesión (180), ya que la ley 237 del FN no habla de ceder el aprovechamiento, sino en la parte final de la mencionada ley declara aplicable lo dispuesto en el Título XIX para la cesión de herencia (leyes 325 a 330 del FN). Sin embargo, en opinión de MEZQUITA (181), el fiduciario bajo condición podrá ceder su derecho después de haber aceptado la herencia a un tercero o al fideicomisario. En efecto, el fiduciario que acepte la herencia bajo término (evento futuro cierto), o bajo condición (evento futuro incierto), de donde el fiduciario es heredero mientras no se cumpla la condición, por el contrario, cumplida por el fideicomisario será heredero a partir del momento del cumplimiento, si cede su derecho a un tercero se regirá por lo dispuesto en la ley 325 y siguientes del FN, pero si cede al fideicomisario quedará limitado tan sólo al cumplimiento de la condición.

En el segundo supuesto: «...la cesión por el fideicomisario surtirá efectos a partir de ese mismo momento». Comentando este precepto, señala MEZQUITA (182), toda cesión efectuada por el fideicomisario será bajo condición suspensiva, es decir, debe acaecer el evento para realizar actos dispositivos del fideicomisario, que estará, como hemos apuntado, subordinado a la eficacia de dicha condición.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1984.
- «Los fideicomisos puros, a término y condicionales, sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario», en *RDP*, 1979.
- *Anotaciones al negocio jurídico de Cariota Ferrara*, Madrid, 1956.

(179) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 696.

(180) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ibidem*.

(181) *Ibidem*.

(182) *Ibidem*.

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *RDP*, 1975.
- ARREGI GIL, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo GARCÍA-DÍAZ Alabart, tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998.
- BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, trad. de la 2.ª ed., italiana, por M. Fairen, Barcelona, 1960.
- BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8.ª ed., italiana por Bocci-Larrosa, 5.ª ed., Madrid, 1979.
- BRANCÓS NÚÑEZ, E., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, Madrid, 1926.
- COLL CARRERAS, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980.
- DE BUEN, D., *Anotaciones al Curso Elemental de Derecho Civil de Colín-Capitant*, reimpresión de la 3.ª ed., revisada por P. Marín Pérez, tomo 8.º, Madrid, 1981.
- DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1994.
- *El fideicomiso de residuo*, Barcelona, 1981.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, vol. 4.º, 6.ª ed., Madrid, 1992.
- DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Madrid, 1999.
- FOLLIA CAMPS, R., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994.
- FONCILLAS LOSCERTALES, J. M., «De la subrogación real», en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1974.
- FONT BOIX, V., «El fideicomiso de residuo *eo quod supererit*», en *Estudios de Derecho Privado II*, dir. por A. de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, 1965.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La subrogación real en el Derecho Común español*, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Estudios de Arte Menor*, vol. 2.º, Pamplona, 1964.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 1.ª reimpresión de la 10.ª ed., Barcelona, 1992.
- *En torno al fideicomiso familiar catalán*, Barcelona, 1952.
- IRURZUN GOICOA, D., «El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador», en *AAMN*, 1974.
- JORDANO BAREA, J. B., «Pseudousufructo testamentario y sustitución fideicomisaria», en *ADC*, 1957.
- JORDANO FRAGA, F., *Los acreedores del llamado a su sucesión mortis causa, ante el ejercicio por éste del ius delaciones*, Madrid, 1996.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de J. Binder*, Madrid, 1953.
- LACRUZ-SANCHO, *Fundamentos de Derecho Civil-V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988.
- LANZAS GALVACHE-SELVA SÁNCHEZ, «Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 2.º, Madrid, 1988.

- LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española, 4. Codificación civil*, vol. 2.º, Madrid, 1970.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», en *ACD*, 1955.
- MARÍN PADILLA, M. L., «La formación del concepto de subrogación real», en *RCDI*, 1975.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. por E. Rubio Torrano, Navarra, 2002.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo XXIX, vol. 1.º de la Compilación de Cataluña, Madrid, 1978.
- «Consentimiento de los fideicomisarios a los actos de disposición de bienes fideicomitidos. El fideicomiso de elección. Comentarios a la STS de 7-10-1969», en *RJC*, 1970.
- OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957.
- PARA MARTÍN, A., «Comentarios a la STS de 11-6-1990», en *CCJC*, núm. 23, 1990.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo 5.º, vol. 2.º, Barcelona, 1977.
- PUIG FERRIOL, L., *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965.
- PUIG PEÑA, F., «Fideicomiso», en *NEJ*, tomo 9.º, 1950.
- ROCA SASTRE, R. M., «La designación, la vocación y la delación sucesorias», en *Estudios sobre sucesiones*, tomo 1.º, Madrid, 1980.
- *Estudios de Derecho Privado II*, Sucesiones, Madrid, 1948.
- *Estudios sobre sucesiones*, tomo 2.º, Madrid, 1981.
- *Estudios varios*, Madrid, 1988.
- *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp*, trad. de la 11.ª revisión por H. Coing, tomo 5.º, vol. 1.º, Barcelona, 1976.
- «Término incierto implica en los testamentos condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador», en *RJC*, 1970.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, tomo 1.º, Barcelona, 1989.
- ROCA Y TRÍAS, E., *Comentarios a la STS de 5-5-1993*, 1993.
- SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica*, tomo 30, Madrid, 1989.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho de Sucesiones*, vol. 1.º, Madrid, 1987.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones I*, Fundamento, Madrid, 1982.
- «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *sin sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil», en *ADC*, 1956.
- VALLS XUFRE, J. M., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994.
- VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, A., «La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y la condicional y del fideicomiso de residuo», en *RCDI*, 1951.

JUAN-FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES
Investigador