

ACEPTACIÓN POR NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO DE LA INSTITUCIÓN DE RESIDUO COMO TIPO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A TÉRMINO

Pedro Botello Hermosa

Doctorando en Derecho
Universidad de Sevilla

RESUMEN: Este trabajo aborda la cuestión de si la sustitución fideicomisaria de residuo es o no una verdadera sustitución fideicomisaria. Si es o no condicional. Para ello se analizan planteamientos doctrinales y se estudia la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo. También se tienen en cuenta las consecuencias que ha podido tener en la figura la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que permite gravar con sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta.

ABSTRACT: *This is a study of one of the most important concept in succession law: the trusteeship estate in the event of the heir's death before the assets of the estate are entirely extinguished. ¿Is it or is it not a really trust? ¿Is it or is it not conditional? A critical overview of the approaches found in legal thought and case law is presented, and the case law more recent of the Supreme Court, and trough Act 41/2003, of 18 November, which authorized the encumbrance of the reserved portion of the deceased's estate with a beneficiary substitution.*

PALABRAS CLAVE: sustitución fideicomisaria de residuo. Sustitución sondicional.

KEY WORDS: *Trusteeship estate in the event of the heir's death before the assets of the estate are entirely extinguished. Conditional Beneficiary Substitution.*

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO. 1.1. *Inadmisibile confusión terminológica*. 1.1.1. Antecedentes históricos. 1.1.2. La postura del Tribunal Supremo. 1.1.3. El uso exclusivo del término fideicomiso para referirse a la sustitución fideicomisaria en Cataluña. 1.1.4. Justificación para algunos autores. 2. LA DE RESIDUO, ¿ES O NO UN TIPO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA? 2.1. *Postura doctrinal*. 2.2 *Postura jurisprudencial*. 3. CLASES DE SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS DE RESIDUO. 3.1. *Sustitución fideicomisaria de residuo de eo quod supererit*. 3.2. *Sustitución fideicomisaria de residuo si aliquid supererit*. 3.3. *Sustitución preventiva de residuo*. 4. LA CONDICIONALIDAD O NO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO. 4.1. *Postura doctrinal*. 4.2. *Postura jurisprudencial*. 4.2.1. Orientación a favor de la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo. 4.2.2. Orientación a favor de la no condicionalidad del fideicomiso de residuo. 4.3. *Reciente e inevitable acercamiento a la postura doctrinal tras el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria introducida por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

Antes de analizar la figura objeto de estudio, conviene recordar que las sustituciones fideicomisarias se encuentran comprendidas entre las sustituciones hereditarias que recoge nuestro Código civil, en su sección 3ª, del Título III del Libro III, y que se encuentran reguladas por los artículos 774 a 789 del mismo cuerpo legal, donde se distinguen cuatro tipos de sustituciones: la vulgar, la pupilar, la ejemplar (también llamada cuasipupilar) y la fideicomisaria.

Son, concretamente, los artículos 781 a 789 del CC los que regulan la sustitución fideicomisaria, caracterizándola como una institución prevista por el testador para disponer de su herencia o de parte de sus bienes para después de su muerte a favor de varias personas de forma sucesiva. Así dice el artículo 781 del CC que:

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

El presente estudio se centra en la modalidad de sustitución fideicomisaria más importante (más que la propia sustitución fideicomisaria pura u ordinaria), no sólo por el alcance que la misma tiene, sino porque, como comenta Lasarte¹, pese a su denominación, la sustitución fideicomisaria de residuo es más frecuente en la realidad que la sustitución fideicomisaria pura.

Así se deduce de la jurisprudencia, y así suelen afirmarlo los notarios, concededores, como nadie, por de la práctica sucesoria. He aquí, pues, la paradoja: el fideicomiso de residuo no puede ser considerado una *figura residual* en la práctica testamentaria, al menos si se lo compara con la sustitución fideicomisaria propiamente dicha. Y es que, como recientemente ha expuesto Rivas Martínez², «esta figura [la sustitución fideicomisaria de residuo] es sin ningún género de dudas, la que está llamada a tener un mayor desarrollo, y podrá resolver el sinnúmero de problemas que puedan plantearse en la práctica profesional».

Por sustitución fideicomisaria de residuo se entiende la disposición de última voluntad mediante la cual, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria ordinaria, se permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los que el fiduciario no haya dispuesto (bien porque así lo haya establecido el testador, bien porque, aun estando facultado para ello, el fiduciario no dispuso de todos).

Es decir, que el fideicomisario de residuo tendrá derecho a los bienes fideicomitados de los que el fiduciario no disponga *inter vivos*, o incluso, de haberlo autorizado expresamente el testador, *mortis causa*.

1.1. *La inadmisibile confusión terminológica*

En la actualidad, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia española, a la hora de referirse a la sustitución fideicomisaria lo hacen con el término «fideicomiso». Es decir, ambos términos —fideicomiso y sustitución fideicomisaria— se emplean como sinónimos, lo que produce, en nuestra opinión, una grave confusión terminológica que

¹ LASARTE, Carlos, *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 136.

² RIVAS MARTÍNEZ, «Problemas “habituales” en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo», *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (dirs.), Dykinson, Madrid, 2014, p. 487.

deberá ser evitada por los aplicadores del Derecho, ya que no se trata de una simple cuestión de nomenclatura, sino que afecta a la naturaleza de la institución, pues fideicomiso y sustitución fideicomisaria son figuras diferentes, que no pueden ni deben confundirse.

Ya desde la definición de una y otra figura se aprecia la diferencia existente entre ambas, y el diverso alcance jurídico que una u otra figura puede tener para el fiduciario.

Así Castán³, por ejemplo, reconoce que:

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

López López expone también:

«Extrañará que los autores antiguos se refieran indistintamente al fideicomiso (de residuo o no) y a la sustitución fideicomisaria (de residuo o normal), porque en la actualidad (a partir de la formación de los Códigos civiles) se diferencian netamente los conceptos de fideicomiso y de sustitución fideicomisaria, y se establece una diferencia tajante entre ambos. En el fideicomiso, institución propia del Derecho romano, un heredero (fiduciario) está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario, que no lo es; en la sustitución fideicomisaria moderna se establecen, en cambio, dos o más liberalidades a favor de personas llamadas como herederos en orden sucesivo, lo que significa la superación del principio romano *semel heres, semper heres*. De esta diferencia de configuración se derivan consecuencias importantes»⁴.

De Buén⁵, con el que coincide literalmente Domingo Aznar⁶ durante las quince páginas que dedicadas al respecto, expone que:

«Dejando aparte cuestiones de léxico, que tienen, sin embargo, su importancia, lo cierto es que, según queda expuesto más atrás, ninguna de las notas que caracterizan a la sustitución fideicomisaria, se dan en el fideicomiso. [...] Las notas diferenciales, pues, resaltan de tal modo, que la confusión —a efectos dogmáticos— está injustificada por completo».

En el mismo sentido se expresa Sánchez Román⁷, cuando argumenta:

³ CASTÁN, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Instituto Reus, Madrid, 1975, p. 441.

⁴ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955, p. 754.

⁵ DE BUEN, Demófilo, en sus notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil* Tomo VIII, Reus, Madrid, 1975, p. 452.

⁶ DOMINGO AZNAR, Antonio, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 67 a 78.

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

Por su parte, Solé Resina⁸ considera necesario «distinguir, ya de inicio, el fideicomiso de la sustitución fideicomisaria. En el fideicomiso, el primer llamado ha de hacer entrega de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata; mientras que en la sustitución fideicomisaria, la restitución tiene lugar después de un tiempo (cuando llega el término o se cumple la condición impuesta), de modo que hasta este momento el fiduciario conserva los bienes y los tiene en su dominio».

Igualmente, el Tribunal Supremo no ha dudado en diferenciar ambas instituciones, como, por ejemplo, en su sentencia de 11 de enero de 1996⁹:

«Las diferencias más notorias entre ambas instituciones son:

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

A la vista de la opinión expresada por estos autores, y teniendo en cuenta la línea marcada por el Supremo, parece lógico que el lector se pregunté por qué se confunden ambas figuras.

Por nuestra parte, en cuanto a la confusión del Alto Tribunal, no encontramos fácil respuesta. Sin embargo, respecto de error cometido por algunos autores, la explicación puede hallarse en algunas causas que exponemos a continuación:

⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil, VI, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1910, p. 691.

⁸ SOLÉ RESINA, Judith, «Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil», en M^ª. GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 972.

⁹ RJ 1996\4271

1.1.1. Antecedentes históricos

El origen de la confusión data de época romana, y ha permanecido con posterioridad en nuestro Derecho castellano e, incluso, en la etapa codificadora.

Cuatro años antes de la publicación del CC Alonso Martínez, en su obra *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, llegó a titular su Capítulo V, dedicado en realidad a la sustitución fideicomisaria, como «*Del Fideicomiso*», denominándola indistintamente a lo largo de la obra «sustitución fideicomisaria y fideicomiso»

Como ejemplo, traemos aquí las siguientes palabras de Alonso Martínez¹⁰:

«¿Qué razón puede haber para prohibir las sustituciones fideicomisarias a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna; y sería menester que un alto interés social la demandara imperiosamente, para que fuese legítima esa limitación a la libertad humana. Del fideicomiso, encerrado dentro de ciertos límites, ni puede decirse [...]».

Evidentemente, el hecho de que el más importante de los redactores de nuestro CC usase ambos conceptos para referirse a la institución, puede justificar la confusión terminológica existente entre los autores de aquella época.

¡Pero sólo en aquella época!

Obviamente, de haberse mantenido en la redacción de nuestro CC ambos términos, como, por ejemplo, sucede en Portugal¹¹, estaría justificado denominar «fideicomiso» a la sustitución fideicomisaria. Sin embargo esto no ocurrió.

En efecto, con posterioridad al texto de Alonso Martínez, se publicó el CC, quedando comprendida la sustitución fideicomisaria entre los artículos 781 a 789, donde únicamente se hace referencia a ella como sustitución fideicomisaria, y nunca como fideicomiso.

1.1.2 La postura del Tribunal Supremo

Nuestro Alto Tribunal, por su parte, en unas sentencias reconoce las claras diferencias entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, mientras que en otras identifica ambos términos. Parece conveniente aportar ahora algunas de las muchas sentencias del Supremo en las que se aprecia la referida confusión terminológica. En primer lugar, la sentencia de 19 de mayo de 1952¹², que dice:

«Que ciertamente no cabe asimilar en absoluto las facultades del fiduciario a las del usufructuario, porque como dijo la Sentencia de 26 de febrero de 1919 y lo reconoce la

¹⁰ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, recogido en la obra de ROGEL y VATTIER (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 1.218.

¹¹ Como por ejemplo sucede en el CC Portugués, que recoge, incomprensiblemente bajo nuestro punto de vista, en su art. 2.286 «*se llama sustitución fideicomisaria o fideicomiso...*».

¹² RJ 1952\1231.

doctrina científica, el usufructo y la sustitución fideicomisaria condicional son instituciones jurídicas distintas... por ello es aplicable al fideicomiso por analogía la norma del artículo 480 del Código Civil [...]»

O la de 19 de noviembre de 1964¹³, que recoge en su penúltimo considerando lo siguiente:

«los hoy litigantes, ni están llamados expresa y claramente a la sucesión, ni [...], indispensable para el nacimiento de la sustitución fideicomisaria en su interpretaci[n literal; [...] resulta imposible estimarlos herederos del don Sixto ni en forma directa ni en la de fideicomiso».

Por su parte, en la sentencia 669/2002¹⁴ de 28 de junio, siempre tratando ambos términos como sinónimos, expone nuestro Tribunal Supremo que:

«ante todo, debe ser calificado aquel contrato correctamente. No se trata de una donación condicional, sino de una sustitución fideicomisaria condicional. [...] En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo *cum liberis decesserit* por lo que éste es el fideicomisario, adquiere los bienes y el fideicomiso se purifica. [...] en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria».

También en la sentencia 327/2010¹⁵ de 22 de junio se afirma que:

«los bienes de la mejora de que no hubiera dispuesto por actos *inter vivos*, los conservará y transmitirá en sustitución fideicomisaria al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado [...] ordenando que aquello de que no hubiere dispuesto la legataria por actos *inter vivos*, lo conserve y transmita en sustitución fideicomisaria [...] Según la disposición testamentaria del causante, si el mejorado, don Landelino, hubiera tenido un hijo varón —que viviera al tiempo de su muerte— la sustitución fideicomisaria no habría tenido lugar [...] el causante —padre de don Landelino— confirió a aquél absoluta facultad de disponer *inter vivos* de los bienes objeto del fideicomiso [...], y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo señalado por el causante que estableció el fideicomiso».

En la misma línea, el Supremo, en la sentencia 691/2010¹⁶ de 2 de noviembre, afirma que:

«La demanda que ha dado lugar al presente proceso fue interpuesta por los herederos de don Fructuoso frente a los herederos de doña Agustina interesando en definitiva la efectividad de la sustitución fideicomisaria establecida en su día por el esposo de ésta [...] Doña Agustina gozaba de las más amplias facultades de disposición sobre los bienes heredados del mismo tanto *inter vivos* como *mortis causa* de modo que incluso los que eran objeto de fideicomiso podían ser transmitidos a personas distintas de los fideicomisarios, extinguiendo así el fideicomiso, pero no puede entenderse que producía tales efectos extintivos del fideicomiso la disposición efectuada en

¹³ RJ 1964\5108.

¹⁴ RJ 2002\5507.

¹⁵ RJ 2010\4900.

¹⁶ RJ 2010\7981.

testamento precisamente a favor del fideicomisario y sobre los bienes objeto del fideicomiso, pues cabalmente ha de entenderse que en tal caso la fiduciaria no hacía otra cosa que ratificar los términos del fideicomiso [...]»

Y en la sentencia 160/2011¹⁷ de 18 de marzo, expone nuestro Alto Tribunal que:

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

1.1.3. El uso exclusivo del término fideicomiso para referirse a la sustitución fideicomisaria en Cataluña

La confusión de la que venimos hablando existe en el Derecho de Cataluña, único Derecho foral donde se emplea el término fideicomiso para referirse a la sustitución fideicomisaria, con las consecuencias jurídicas que ello puede suponer.

En Cataluña, desde la Compilación de 1960 y el Código de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) hasta el actual CC catalán (Ley 10/2008), se ha venido definiendo a la sustitución fideicomisaria como fideicomiso. Ahora bien, aunque esto era así, lo cierto es que en la concreta regulación dicho término se alternaba con el de sustitución fideicomisaria. Así sucedía en el antiguo Código de Sucesiones de Cataluña, cuyo Capítulo VII tenía por título «Los fideicomisos», pero que en su articulado se alternaban varias veces los términos fideicomiso y sustitución fideicomisaria.

A diferencia de lo que sucedía en el Código de Sucesiones, el CC catalán utiliza en contadas ocasiones la expresión «sustitución fideicomisaria», generalizando, en cambio, el término «fideicomiso». Por su parte, la rúbrica del Capítulo VI, del Título II, del Libro IV es también «Los fideicomisos».

Dicho esto cabe plantearse si, en Cataluña, realmente lo que efectivamente se regula es la figura del fideicomiso en vez de la sustitución fideicomisaria. La respuesta podemos encontrarla en la propia definición que el CC Catalán da al supuesto fideicomiso en su artículo 426-1, cuando expone:

«1. En el fideicomiso, el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen de que, una vez vencido el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito al fideicomisario. 2. Los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después de otro».

Desde el momento en que afirma que el fiduciario es realmente un verdadero heredero y disfruta como tal de la herencia, no cabe la menor duda de que, en realidad, el CC catalán regula una sustitución fideicomisaria, aunque a ella se refiera como fideicomiso. De hecho, de haberse tratado de un fideicomiso en vez de una sustitución fideicomisaria, el fiduciario no disfrutaría de la herencia fideicomitada, sino que

¹⁷ RJ 2011\3323.

únicamente se limitaría a entregar los bienes al verdadero heredero, es decir, al fideicomisario.

Por ello, entiendo que será exclusivamente en los casos en los que nos dirijamos a la sustitución fideicomisaria catalana cuando podamos hacerlo con el término fideicomiso o sustitución fideicomisaria indistintamente, ya que, por paradójico que resulte, el CC se refiere a la institución que regula como fideicomiso, si bien en realidad regula una sustitución fideicomisaria. ¿Tiene esto algún sentido?

1.1.4. Justificación por algunos autores

Por todos los motivos anteriormente expuestos, hasta cierto punto puede justificarse la confusión que lleva a algunos autores¹⁸ a usar como sinónimos los términos sustitución fideicomisaria y fideicomiso, ya que así lo hizo en su época uno de los «padres» del CC, Alonso Martínez, y así lo sigue haciendo en la actualidad nuestro Tribunal Supremo; e, incluso, por el hecho de que la misma figura jurídica denominada sustitución fideicomisaria en nuestro Derecho Común se conozca en Cataluña como fideicomiso.

Varios son los autores que emplean indistintamente ambos términos. Desde el ya lejano Manresa¹⁹, que, aunque sin justificar el motivo que le lleva a ello, titula el apartado dedicado al estudio de los problemas que puede suponer la interpretación de la sustitución fideicomisaria como: «*Problemática del fideicomiso*»; a, en la actualidad, Galicia Aizpurua²⁰, que a la hora de fijar las clases de sustituciones fideicomisarias posibles refleja que «Cabe distinguir, según concurra o no deber de conservar, dos clases o tipos de sustituciones fideicomisarias (la normal y la de residuo) [...]. A su vez, uno y otro tipo de fideicomiso (o sea, el ordinario y el de residuo)»; y también Rivas Martínez²¹, que a lo largo de toda su obra usa indistintamente los términos fideicomiso y sustitución fideicomisaria.

Sin embargo, y para concluir, hay que señalar que hay autores que habiendo remarcado previamente las diferencias existente entre una y otra institución, acaban empleando ambos términos como sinónimos. Así, por ejemplo, Roca Sastre²², en su trabajo sobre el fideicomiso *si sine liberis decesserit*, después de afirmar que «La existencia de esta característica diferencial entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria es fácil de comprobar, no sólo desde el punto de vista institucional, sino

¹⁸ Entre otros mucho, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Dijusa, Madrid, 2007, p. 656; DOMÍNGUEZ REYES, Juan-Faustino, «La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril, 2004, p. 937.

¹⁹ MANRESA, José Luis, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Volumen I, Reus, Madrid, 1973, p. 269.

²⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5716.

²¹ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

²² ROCA SASTRE, Ramón María, «*El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1956, p. 29.

en el orden histórico», pasa a usar indistintamente los términos fideicomiso y sustitución fideicomisaria.

En cambio, en otro de sus estudios, Roca Sastre²³ equipara directamente ambas instituciones a la hora de definir la sustitución fideicomisaria, cuando afirma: «El fideicomiso a término o bajo condición, o sea, la sustitución fideicomisaria [...]».

Aunque, sin ninguna duda, el razonamiento que más sorprende en este punto es el de Albaladejo²⁴, cuando afirma:

«a la sustitución fideicomisaria que voy a estudiar se le llama también, por abreviar, fideicomiso. [...] De modo que, el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona que no quiere como heredero, sino [...]. Ese fideicomiso está hoy prohibido en el Código civil [...]. Sin embargo, por brevedad, y como ya he advertido, en la exposición que sigue hablo a veces de fideicomiso para referirme a la sustitución fideicomisaria».

Años más tarde, el propio autor²⁵ confirma su pensamiento en el *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, al decir:

«A la sustitución fideicomisaria se le llama también, por abreviar, fideicomiso. Con esta palabra hoy se hace referencia al establecimiento de herederos para que reciban sucesivamente la herencia del testador, o herencia fideicomitada o fideicomiso. De modo, pues, que el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue, no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona a la que no quiere realmente como heredero, sino a la que confía la misión de que se haga cargo de la herencia simplemente para el fin de entregarla a la persona, el fideicomisario, a quien el difunto dispuso, que es la única que éste quiere como sucesor. Este fideicomiso como el romano, está hoy prohibido en el CC».

Y más recientemente, en su manual, el este autor²⁶ sigue afirmando: «como dije, la sustitución fideicomisaria o, por abreviar, el fideicomiso de residuo, es aquella [...]».

La autoridad de este autor, al denominar fideicomiso a la sustitución fideicomisaria «por abreviar» se refleja en parte de nuestra doctrina. Entre otros, en Díaz Alabart²⁷, quien llega también a la conclusión de que:

²³ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 33.

²⁴ ALBALADEJO, Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo García, Tomo 10º, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, p.147.

²⁵ ALBALADEJO, Manuel, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1996, p. 1922.

²⁶ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Décima Edición, Edisofer, Madrid, 2013, p. 280.

²⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 30 y 31. También ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, que igualmente refleja que «el origen histórico de la sustitución fideicomisaria nos aclara el por qué no podemos hablar actualmente de fideicomiso en el

«por brevedad, y a veces por no repetir continuamente la misma expresión, hablo de fideicomiso de residuo o, indistintamente, sustitución fideicomisaria de residuo [...] Lo mismo hablo indistintamente de fideicomiso normal o de sustitución fideicomisaria, pero siempre para referirme a la sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario carece de poder de enajenar, disponer o consumir todos los bienes fideicomitados o parte de ellos. Lo que quiero que quede claro es que nunca hablo de fideicomiso en el sentido de encargo hecho a una persona (que, aunque reciba materialmente los bienes, no es en realidad heredero, sino mero ejecutor) de que entregue la herencia a otra que es el único heredero material que el causante quiso. Tal cosa, aparte de que no quepa en nuestro Código, no la contemplo en el estudio que sigue».

Por nuestra parte, y en las líneas que siguen, una vez estudiada más en profundidad la institución, y apreciadas las diferencias existentes con el fideicomiso (reconocidas por el Tribunal Supremo y la mayoría de nuestra doctrina), únicamente haremos referencia a la institución objeto del trabajo como sustitución fideicomisaria, tal y como hace nuestro CC

2. LA DE RESIDUO, ¿ES O NO UN TIPO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA?

Centrándonos ya en el estudio de la sustitución fideicomisaria de residuo, hemos de recordar que su antecedente histórico se encuentra en el Derecho romano, concretamente, en el llamado *fideicomiso de eo quod supererit*, cuyo objeto no es la entrega al fideicomisario de toda la herencia ni de parte alícuota de ella, sino tan sólo lo que quede o reste de la herencia fideicomitada al tiempo de la muerte del fiduciario.

La más notable peculiaridad de este *fideicomiso de eo quod supererit*, respecto de la moderna sustitución fideicomisaria de residuo, la constituye la limitación *ex lege* de la facultad de disposición del fiduciario. Los criterios de limitación fueron dos, a lo largo del ciclo evolutivo del Derecho romano: el del Emperador Marco, de atender al *boni viri arbitrium*, o sea, justificadas por causa lícita y probable, y la aplicación inversa de la *falcidia* adoptada por Justiniano, al considerar abusiva y fraudulenta la enajenación de más de las tres cuartas partes de la masa hereditaria.

En cambio, en la actualidad, el fiduciario no tiene ningún tipo de limitación ya que, como expusimos y estudiaremos a continuación, podrá disponer de la herencia fideicomitada o bien *inter vivos*, o incluso, de haberlo autorizado así expresamente el testador, *mortis causa*.

La naturaleza jurídica de la institución de residuo fue objeto de grandes controversias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, discutiéndose si era una modalidad o no

mismo sentido en que se hacía en el Derecho romano, ya que las diferencias entre una y otra figura son claras, si atendemos a sus notas fundamentales. Lo que sí podemos hacer es utilizar indistintamente los términos “sustitución fideicomisaria” y “fideicomiso”, pero entendiéndolo siempre en su sentido actual, y no en el originario de la institución romana» (ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes, «La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 682, Marzo-Abril, 2004, p. 937).

de sustitución fideicomisaria, produciéndose una discrepancia radical entre la opinión de nuestra doctrina más autorizada y la jurisprudencia.

2.1. *Postura doctrinal*

La corriente doctrinal posterior a la publicación del CC, representada, principalmente, por DE DIEGO²⁸, comenzó entendiendo que la sustitución fideicomisaria de residuo no encajaba dentro del marco trazado para las sustituciones fideicomisarias ordinarias, ya que «no se les puede encajar por completo en el molde de las sustituciones fideicomisarias por faltar en ellas el elemento esencial de la obligación de conservar los bienes, debiendo estimarse por tanto que se trata de instituciones condicionales, y no de sustituciones fideicomisarias».

En este sentido, expone González Palomino²⁹ que «nuestra mejor barba jurídica, don Felipe Clemente De Diego, rompió lanzas por dos veces en defensa de que el fideicomiso de residuo no pertenecía a la familia de la sustitución fideicomisaria [...] y esto lo hacía basado fundamentalmente en bibliografía italiana».

Tal y como reconoce la gran mayoría de la doctrina española³⁰, esta conclusión de De Diego condujo a la confusión de nuestra jurisprudencia posterior sobre la naturaleza jurídica de la institución de residuo.

Pero, ¿por qué considerar que la conclusión alcanzada por el referido autor era errónea? Principalmente, por dos motivos.

El primero de ellos fue el hecho de que para llegar a tal conclusión se basase en la bibliografía italiana de la época, porque mientras los juristas italianos tuvieron que buscar fórmulas fuera de la sustitución fideicomisaria (la cual estaba completamente prohibida) para introducir en su ordenamiento la voluntad del testador reflejada en cláusulas de residuo por no ir éstas ni contra la moral, ni contra el orden público ni las buenas costumbres, en España, en cambio, las sustituciones fideicomisarias estaban legalmente admitidas, por lo que las de residuo debían entenderse directamente comprendidas dentro del ámbito de aquéllas, y no fuera.

En la misma línea, recoge Vallet de Goytisiolo³¹ que «las dudas de De Diego inspiradas en la bibliografía extranjera, que se aventuró en ellas para escapar de la prohibición de los fideicomisos han sido, sin duda, la fuente —falseada por plantear un problema extranjero que nosotros no tenemos— de la desorientación de nuestra jurisprudencia».

²⁸ DE DIEGO, Felipe, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Reus, Madrid, 1926, p. 106.

²⁹ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Enajenación de bienes pseudo usufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948. Reus, Madrid, 1950, p. 82.

³⁰ Junto a los autores que se recogen en el texto principal, destacan, entre otros, GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Op. cit.*, págs. 82 y 83; y DE BUEN, Demófilo, *Op. cit.*, págs. 468 y 469.

³¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Estudios de Derecho Sucesorio*. Volumen I., Montecorvo S.A., 1980, p. 251.

Por su parte, Puig Brutau³² expresa que «precisamente estamos ante uno de los casos (dicen nuestros autores) en que se han tomado ideas del extranjero sin la más pequeña justificación. Era natural que en los países cuyo Derecho civil prohíbe las sustituciones fideicomisarias, se buscara la manera de legalizar la existencia de las inocuas sustituciones de residuo a base de afirmar que no eran sustituciones fideicomisarias. Pero en España, admitidas las sustituciones fideicomisarias, la adopción de semejante criterio carece por completo de sentido».

El segundo de los motivos por el que entendemos erróneo el planteamiento de De Diego, es que siete años antes de la publicación del CC, Alonso Martínez, «padre ideológico» del mismo, comentando el *iter* llevado a cabo por la Comisión General de Codificación para alcanzar el contenido final de las Cinco Bases que fueron el antecedente inmediato de las sustituciones fideicomisarias actuales, nos cuenta cómo, desde entonces, la intención del legislador codificador fue claramente dejar a la voluntad del testador el conceder o no al fiduciario la facultad de enajenar los bienes fideicomitidos, dejando entrever con ello la existencia de dos tipos de sustituciones fideicomisarias, una, en las que el silencio del testador supondrá que ha querido conservar íntegramente los bienes fideicomitidos para los fideicomisarios (sería la sustitución fideicomisaria pura u ordinaria, que regirá por defecto-silencio del testador al respecto) y otra, posible sin ningún género de dudas, en las que el testador exprese claramente su intención de facultar al fiduciario a enajenar los bienes (sustitución fideicomisaria de residuo).

Debido al interés de sus palabras y al alcance de las mismas, considero necesario resaltar el extracto literal de Alonso Martínez³³ cuando narra:

«Faltaba sin embargo dilucidar una cuestión que surgió en el seno de la Comisión de Códigos del choque mismo de opiniones entre los representantes de las legislaciones privilegiadas; aludo al de si el fideicomiso ha de llevar consigo necesariamente la prohibición de enajenar.

He ido indicando ya que en Aragón, lo mismo que en Navarra, subsiste en los llamamientos la libertad de enajenar, no teniendo el fideicomiso derecho más que a los bienes que queden en el momento de la muerte del fiduciario; y, como es natural, los juriconsultos aragoneses y navarros se inclinaban a introducir en el Código general esta especialidad del fideicomiso foral. El insigne letrado catalán (Durán y Bas), enamorado del fideicomiso romano, protestaba contra la novedad, no concibiendo siquiera, dados el carácter y la noción jurídica de esta institución, cómo puede dejar de existir en ella la prohibición de enajenar los bienes, salvo siempre la facultad excepcional de realizar los que sean necesarios para el pago de deudas hereditarias, si las hubiere, u otras atenciones de índole preferente. [...]

Ahora bien, ¿en nombre de qué interés social se puede prohibir a un ciudadano que teste en la manera que es usual en Aragón y Navarra? Planteada la cuestión en estos términos, los vocales de la Comisión Codificadora no podían menos de estar acordes en que el nuevo Código, en punto a la facultad de enajenar los bienes del fideicomiso,

³² PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1977, p. 569.

³³ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *Op. cit.*, págs. 1.219 y 1.220.

debería respetar la voluntad del testador. En el silencio de éste, la presunción de derecho es que ha querido conservarlos íntegros para el fideicomisario. Así es como quedó fallado el litigio entre el fideicomiso foral y romano».

Esta última afirmación de Alonso Martínez, en cuanto a que la facultad o no del fiduciario de enajenar los bienes depende de la voluntad del testador, y que si éste no dice nada al respecto es que habrá querido conservarlos íntegros para el fideicomisario, unida al contenido de la Base D) de la famosa Ley de Bases de 1882 (antecedente inmediato del artículo 783 del CC) que recoge que *«para que el fiduciario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvo las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador»*, únicamente nos puede llevar a la conclusión de que mediante el artículo 783.2 del CC, al preverse que *«el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa»*, lo que realmente hizo el legislador de la época codificadora fue establecer dos tipos de sustituciones fideicomisarias, las puras u ordinarias, y las de residuo, pero dos sustituciones fideicomisarias al fin y al cabo, por lo que no comparto la idea de De Diego de que la institución de residuo no es una sustitución fideicomisaria.

La pena es que la tesis defendida por De Diego en 1926 (y seguida por nuestra jurisprudencia durante muchos años), no pudo ser rebatida por ninguno de los miembros de la Comisión General de Codificación de noviembre de 1882 al estar ya entonces todos fallecidos³⁴, pero no cabe duda de que, de haberse podido pronunciar al respecto cualquiera de ellos, lo hubiese hecho en el sentido de confirmar que con el contenido de la Base D) de 1882, lo que pretendían transmitir los componentes de dicha Comisión era la posibilidad por parte del testador de establecer dos tipos de sustituciones fideicomisarias diferentes, la ordinaria y la de residuo.

Sin embargo, la teoría defendida por De Diego deja de seguirse entre nuestra doctrina más reconocida a partir de la segunda mitad del S. XX, cuando autores como Roca Sastre³⁵ y González Palomino³⁶ empiezan a plantear dudas al respecto, si bien no fue hasta 1955 cuando López López³⁷ elaboró un trabajo titulado *«La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español»*, en el que desmontaba por completo la teoría seguida por De Diego.

Tanto es así que a partir de la obra de López López, los autores posteriores se apoyan siempre en su estudio para llegar a sus mismas conclusiones, desechando con ello la teoría propuesta, y seguida, hasta entonces por De Diego. Entre otros autores cabe

³⁴ Por ejemplo, el Presidente de dichas reuniones, ALONSO MARTÍNEZ, falleció en 1.890, mientras que los representantes forales, DURÁN Y BAS (Cataluña) en 1907, FRANCO Y LÓPEZ (Aragón) en 1.896: o LECANDA Y MENDIETA (Vizcaya) en 1900.

³⁵ ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios...*, cit., p. 77.

³⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Op. cit.*, p. 82.

³⁷ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, *La regulación...*, cit., págs. 743 a 789.

citar a Vallet de Goytisiolo³⁸, Puig Brutau³⁹, Ossorio Morales⁴⁰, Lacruz Berdejo⁴¹, Díaz Alabart⁴², Díez-Picazo y Gullón⁴³, O'Callaghan⁴⁴, o Albaladejo⁴⁵ cuando expone que «en cuanto a los antecedentes históricos, ha demostrado Jerónimo López López, que prueban que el inciso final del párrafo II del art. 783 está dictado para acoger el fideicomiso de residuo».

Las conclusiones que se pueden extraer del trabajo de López López que —reitero— sirven de base para formar la opinión doctrinal existente desde entonces hasta hoy, son las siguientes:

- a. Que el artículo 781 de nuestro CC no pretende definir, ni define, la sustitución fideicomisaria, sino diferenciar la ordinaria de la de residuo.
- b. Que ésta está satisfactoriamente regulada en nuestro CC, y no tan sólo mencionada, puesto que el concepto de sustitución fideicomisaria aceptado por el CC español comprende también el supuesto de la de residuo.
- c. Que el artículo 783 párrafo 2º se refiere a ésta última.
- d. Que el artículo 785, número 1º, no presupone que el heredero fiduciario esté obligado a conservar.

2.2. Posición jurisprudencial

Hoy parece completamente superada la línea jurisprudencial que nuestro Tribunal Supremo venía manteniendo desde la publicación del CC hasta comienzos del siglo XXI, en contra de que la institución de residuo fuese considerada como una sustitución fideicomisaria. Y es que, aunque la opinión doctrinal no admitía dudas al respecto, no ocurría lo mismo con la jurisprudencia, la cual se venía posicionando desde la promulgación del CC en la línea de no considerar la sustitución fideicomisaria de residuo como un tipo de sustitución fideicomisaria. ¿El motivo?

En nuestra opinión, pudo ser el hecho de que las dos sentencias más importantes al respecto de nuestro Tribunal Supremo, concretamente la de 13 de febrero de 1943⁴⁶ y la de 13 de noviembre de 1948⁴⁷, que sirven de base a todas las posteriores que se

³⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Estudios...*, cit., p. 250.

³⁹ PUIG BRUTAU, José, *Op. cit.*, p. 569.

⁴⁰ OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 303.

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, Luis, *Elementos...*, edición revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, cit., p. 283.

⁴² DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo García, Tomo 10º, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, p. 210.

⁴³ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, Luis y Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 106.

⁴⁴ O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de...*, cit., págs. 152 y 153.

⁴⁵ ALBALADEJO, Manuel, *Comentario del...*, p. 1933.

⁴⁶ RJ 1943\134.

⁴⁷ RJ 1948\1270.

expresan en el mismo sentido, fuesen dictadas después de las obras de De Diego⁴⁸ y antes de que la corriente doctrinal de nuestros autores fuese pacífica, como lo es desde 1950⁴⁹.

Ambas sentencias coinciden al exponer que «las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarios del Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serles aplicables, en determinados extremos, los preceptos que rigen en orden a esta otra figura jurídica».

Pero, ¿por qué nuestro Tribunal Supremo vino manteniendo durante tantos años⁵⁰ dicho razonamiento?

El motivo principal en el que se basaba esta corriente jurisprudencial fue, principalmente, en que la institución de residuo no incluía una de las características «esenciales» (para la jurisprudencia era esencial, para la doctrina, en cambio, es natural) que debía contener toda sustitución fideicomisaria, como es la obligación de conservar los bienes para restituirlos, y al no existir esta obligación de conservar entendía nuestro Tribunal Supremo que era imposible considerar la institución de residuo como una verdadera sustitución fideicomisaria.

Así lo expone la mencionada sentencia de 13 de noviembre de 1948⁵¹, cuando dice que

«[...] el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria, por apreciarse en uno y otra diversas diferencias; el instituido primeramente en la sustitución fideicomisaria (normal) viene obligado a conservar [...] los bienes de la herencia y a transmitirlos al sustituto en el momento fijado por el testador, mientras que el fiduciario de residuo puede disponer de los bienes por actos inter vivos, y aun por actos mortis causa, si para éstos hubiera sido autorizado también por el testador, viniendo solamente obligado a restituir lo que quedase al tiempo de su muerte».

Es decir, que no existe obligación de conservar, y al no existir entiende el Tribunal Supremo que no puede considerarse el fideicomiso de residuo una verdadera sustitución fideicomisaria.

Por nuestra parte, discrepamos de la opinión jurisprudencial expuesta, y coincidimos con la que viene manteniendo nuestra doctrina al entender que la obligación de

⁴⁸ Las obras de DE DIEGO, Felipe, al respecto, tanto la de «Naturaleza jurídica de...», como la de «El fideicomiso *de eo quod...*», datan ambas de 1926.

⁴⁹ Por ejemplo, la obra de ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios...*, cit., es de 1948, el mismo año de la última sentencia recogida; la de OSSORIO MORALES, Juan, *Manual...*, cit., de 1957; la de PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, cit., data de 1977; la de VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Estudios...*, cit., es de 1980, etc.

⁵⁰ Por ejemplo, las Sentencias de 28 de junio de 1947 (RJ 1947\920); 13 de noviembre de 1948 (RJ 1948\1270); 1 de diciembre de 1951 (RJ 1951\2617); 6 de abril de 1954 (RJ 1954\1551); 21 de noviembre de 1956 (RJ 1956\3830); 20 de octubre de 1962 (RJ 1962\3980).

⁵¹ RJ 1948\1270.

conservar los bienes que se le impone al fiduciario no es una característica esencial de la sustitución fideicomisaria, sino natural, por lo que el causante podrá dispensar, de ser éste su deseo, al fiduciario de la obligación de conservar los bienes fideicomitidos, mientras que jamás podrá dispensar de las dos únicas características esenciales que presenta la figura, que son: la pluralidad de llamamientos y el orden sucesivo entre los llamados.

En este sentido, traemos las palabras de Vallet de Goytisiolo⁵² cuando dice que «el pretendido obstáculo de la obligación de conservar y restituir, —que como ya hemos dicho es elemento natural, pero no esencial, de las sustituciones fideicomisarias— ha quedado demostrado que no lo es para la consideración como sustituto fideicomisario del llamado en el residuo, lo que ha probado exhaustivamente Jerónimo López en su magnífico trabajo sobre este tema».

Por su parte, De Buén⁵³, con el que coincide Domingo Aznar⁵⁴, entiende que de los caracteres de la sustitución fideicomisaria, uno al menos, resalta en el fideicomiso de residuo con toda limpieza: el orden sucesivo. El testador establece la serie de herederos, y fuera de lo que incluye en ella ninguna otra persona puede integrarse en aquel orden.

En la misma línea, argumenta Díaz Alabart⁵⁵ que la sustitución fideicomisaria, de esencia, sólo requiere que el testador haya establecido un *orden* sucesivo de herederos: *primero* el fiduciario, *después* los fideicomisarios, uno si únicamente se nombra uno, y *luego* los otros, si es que se nombran varios, cada uno después del otro.

Aunque el autor que mejor refleja la opinión doctrinal que se viene siguiendo al respecto es Albaladejo⁵⁶, cuando expone:

«que objetivamente el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria queda claro en cuanto se advierte que el deber de conservar los bienes fideicomitidos (no pudiendo así disponer de ellos, como, por el contrario, sí puede el fiduciario si el fideicomiso es de residuo) no es de esencia a la sustitución fideicomisaria, a la que sólo es de esencia el orden sucesivo de herederos, primero el fiduciario, luego el fideicomisario, los dos, uno después del otro heredero del causante. Y ese *ordo successivus* se da en el fideicomiso de residuo, en el que los bienes, después de al fiduciario, irán al fideicomisario, aunque, ciertamente, sólo aquéllos de los que el primero no hubiese dispuesto. Hay pues una única figura de sustitución fideicomisaria, la que se caracteriza única y exclusivamente por el establecimiento de varios herederos sucesivos del testador y dentro de ella dos variantes: una, la de la sustitución fideicomisaria normal o usual, que es la que se entiende ordenada, salvo que se disponga de otra cosa, en la que el fiduciario no puede disponer de la herencia fideicomitada; otra, la del fideicomiso de residuo, o sustitución fideicomisaria sin deber

⁵² VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Op. cit.*, págs. 251 y 252.

⁵³ DE BUEN, Demófilo, *Op. cit.*, págs. 471.

⁵⁴ DOMINGO AZNAR, Antonio, *Op. cit.*, págs. 84 a 92.

⁵⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al...*, cit., págs. 212 y 213.

⁵⁶ ALBALADEJO, Manuel, *Comentario del...*, cit., p. 1933.

de conservar los bienes, en la que, con facultades más o menos amplias, las que se le concedan en cada caso, el fiduciario pueda en mayor o menor grado enajenarlo. Eso lo ha ido admitiendo la doctrina española moderna».

En resumen, la doctrina entiende que el deber de conservar la herencia para que pase de uno a otro no es un requisito de carácter esencial en la sustitución fideicomisaria, sino que se entiende como de carácter natural. Es decir, que el deber de conservar los bienes fideicomitados por parte del fiduciario para transmitirlos (una vez llegado el término o cumplida la condición impuesta por el causante) a los fideicomisarios, queda englobado en la sustitución fideicomisaria de forma natural, sin necesidad de que así lo exprese formalmente el testador.

No siendo de esencia de la sustitución fideicomisaria el deber de conservar, sino sólo el orden sucesivo de herederos, es claro que el fideicomiso de residuo, en el que no existe aquél, pero sí éste, queda comprendido dentro de la figura de la sustitución fideicomisaria.

Entonces, tal vez lo que en realidad se entendía desde la jurisprudencia española al no incluir la de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria, era que debido a la falta del deber de conservar que se producía en la institución de residuo ésta no podía entenderse como sustitución fideicomisaria ordinaria, pero sí como sustitución fideicomisaria, aunque fuese condicional. En este sentido parecía que se iba a posicionar nuestro Alto Tribunal a partir de 1983, cuando expresó mediante su importante sentencia de 25 de abril⁵⁷, en su Considerando segundo, que:

«Es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite 783 párrafo 2º, donde, después de establecer que “el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras”, añade, “salvo el caso en el que el testador haya dispuesto otra cosa”, que es lo que aquí sucedió con la modalidad de “fideicomiso de si queda” o de *si aliquid supererit* [...]».

Sin embargo, y para sorpresa de todos los autores, esta sentencia fue sólo un espejismo ya que, poco después, el Tribunal Supremo continuó en la misma línea de no equiparar la institución de residuo con la sustitución fideicomisaria basándose para ello, casi literalmente, en los mismos argumentos que lo hacían las sentencias de 1943 y 1948, tal y como reflejan, entre otras, la sentencia de 10 de abril de 1985⁵⁸, cuando establece que:

«en parte reitera la de 23 de diciembre de 1982, que las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarios del Código Civil, no obstante tener algunos elementos comunes con ellas y poder serles aplicables, en determinados extremos, los preceptos que siguen en orden a esta clásica figura jurídica [...];

⁵⁷ RJ 1983\2122.

⁵⁸ RJ 1985\1690.

O la de 13 de marzo de 1989⁵⁹, conforme a la cual:

«la cláusula cuarta del testamento de don Julián de O. y B. suponía un fideicomiso de residuo, figura que aun sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias comprendidas en el art. 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores [...]».

Así pues, según lo expuesto cabe concluir que en la última década la jurisprudencial comienza a abandonar la idea de que sea de esencia a la sustitución fideicomisaria el deber de conservar, que venía siendo la negativa más contundente por nuestro Tribunal Supremo a admitir como sustitución fideicomisaria al fideicomiso de residuo, y empieza a casar con la opinión defendida por nuestra doctrina. En el mismo sentido, la importantísima resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2003⁶⁰ ha afirmado:

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

Visto su contenido se entiende que dicha resolución, para llegar a la conclusión de que al igual que sucede con la ordinaria, la sustitución fideicomisaria de residuo implica la vulgar, afirma por el camino que la institución de residuo es una sustitución fideicomisaria.

Aunque no sólo es esta resolución, pues un año después, el 27 de octubre de 2004⁶¹, la propia DGRN vuelve a resolver en la misma línea, al denominar a la institución de residuo directamente como sustitución fideicomisaria de residuo, al afirmar que:

«No obstante, si tenemos en cuenta que, aun reconociendo las diferencias entre la sustitución fideicomisaria propiamente dicha y la de residuo, la conclusión más conforme con la literalidad del artículo 783 del Código Civil es la de considerar, con la doctrina científica, que el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria modalizada porque el fiduciario puede disponer de los bienes en los términos que le haya autorizado el testador. De acuerdo con ello, el elemento esencial de la sustitución fideicomisaria sería el del llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo mientras que la indisponibilidad en perjuicio del sustituto sería un elemento natural del que el testador puede dispensar».

Por todo lo expuesto, es muy posible que las resoluciones de la DGRN que acabamos de referir sirvieran de base a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de

⁵⁹ RJ 1989\2039.

⁶⁰ RJ 2003\6279.

⁶¹ RJ 2004\7808.

2008⁶², a pesar de que no haga referencia a ellas, cuando en su fundamento de Derecho Tercero argumenta literalmente que:

«el fideicomiso de residuo aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias (aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario) al permitir el artículo 783 del Código civil que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia, en cuanto dispone, en su segundo párrafo, que <el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso que el testador haya dispuesto otra cosa».

Otra sentencia mediante la que se puede acreditar que la jurisprudencia comienza a rechazar sus recelos sobre la posibilidad de que la institución de residuo sea una sustitución fideicomisaria, es la del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009⁶³ que declara que al fideicomiso de residuo «ha de considerársele incluido en la definición del artículo 781 CC».

Pero sin ninguna duda, la sentencia más importante de nuestro Alto Tribunal en cuanto a considerar como de esencia de la sustitución fideicomisaria el orden sucesivo de llamamientos, y el cumplimiento de dicha característica esencial por parte de la sustitución fideicomisaria de residuo, es la reciente sentencia 323/2014⁶⁴, de 6 de junio de 2014, la cual expone en su fundamento de Derecho segundo:

«La esencia del fideicomiso (*rectius*, sustitución fideicomisaria) es el *ordo sucessivus*, el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitados, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente. Han tratado directamente del fideicomiso de residuo, las sentencias de 13 marzo 1989 ("aún sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias"), la resolución de la DGRN de 27 octubre 2004 ("modalidad de la sustitución fideicomisaria"). Comprende los actos a título oneroso o gratuito, si así lo dispone el causante (sentencia de 13 mayo 2010).

En el caso presente, comprende los actos inter vivos y a título oneroso (a título gratuito, o mortis causa, sólo a favor de la fundación fideicomisaria). Sin embargo, lo que no disponga (*si quid supererit*) se transmite directamente al heredero fideicomisario».

Y continúa exponiendo en su fundamento tercero que:

«La especialidad de éste alcanza al contenido de los bienes. Estos tendrán mayor o menor entidad según haya dispuesto la fiduciaria, pero los conceptos esenciales de la sustitución fideicomisaria se mantienen.

[...] En el fideicomiso de residuo el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, pero el contenido de la herencia será mayor o menor según haya dispuesto la

⁶² RJ 2008\7696.

⁶³ RJ 2009\4246.

⁶⁴ RJ 2014\3127.

fiduciaria, que lo puede haber dispuesto del todo (*si quid supererit*). En este sentido tiene una mera expectativa, pero heredero sí lo es (a no ser que se trate de fideicomiso condicional, que no es el caso); es lo que se ha denominado "postheredero", tras el fiduciario, "preheredero" en *ordo sucesivus*».

Con estas últimas Sentencias parece que nuestro Alto Tribunal empieza a posicionarse en la misma línea que defendían nuestros autores más autorizados de forma unánime al entender que, efectivamente, el legislador español de la época codificadora lo que pretendió al permitir al testador autorizar al fiduciario a no devolver el todo de la herencia, mediante el artículo 783 párrafo 2º, fue englobar dentro de las sustituciones fideicomisarias las sustituciones fideicomisarias de residuo.

3. CLASES DE SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS DE RESIDUO

Coinciden la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que puede ser muy variado el grado de permisividad que el testador tenga con el fiduciario en cuanto a su facultad de disponer de los bienes fideicomitidos.

Así por ejemplo, podría el testador conceder al fiduciario la facultad para poder únicamente consumirlos, o también enajenarlos, y esto a título oneroso o a título gratuito sin más, o autorizando que eso se haga únicamente a favor de ciertas personas, etc. Pero yendo un poco más lejos, también cabe que se faculte al fiduciario para disponer de la herencia fideicomitada no sólo para actos *inter vivos*, sino incluso para disponer *mortis causa*, en cuyo caso el fiduciario podría dejar en testamento, de ser ésta su voluntad, los bienes fideicomitidos o parte de ellos a quien desee, yendo a parar al fideicomisario únicamente en tal supuesto aquellos bienes fideicomitidos de los que el fiduciario no haya dispuesto ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Dicho lo anterior, hemos de mencionar que lo más corriente, tal y como argumenta Díaz Alabart⁶⁵, teniendo en cuenta el fin que habitualmente se persigue con la sustitución fideicomisaria de residuo, será la concesión de facultad de enajenar *inter vivos* en los casos que lo necesite el fiduciario; aunque se suele establecer que esa necesidad queda a juicio del mismo, y que no tenga deber de justificarla.

En el mismo sentido, expone Nieto Alonso⁶⁶ que cualquier estudioso mínimamente avezado de estas instituciones testamentarias puede constatar que las modalidades más habituales en estas figuras jurídicas, en las que el testador dota a los favorecidos con facultades dispositivas, son las que subordinan esta disposición a la situación de necesidad, sea del fiduciario o del usufructuario.

Eso sí, no se podrá estimar que hay facultad de disponer de bienes, sino cuando conste que se concedió, y presupuesta esta constancia, sólo se podrá estimar que la facultad se extiende a los casos para que conste que se concedió. Así que, por ejemplo: a falta

⁶⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al...*, cit., p. 231.

⁶⁶ NIETO ALONSO, Antonia, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 34.

de que conste que se concedió para poder disponer *mortis causa*, se entenderá concedida sólo para poder disponer *inter vivos*; a falta de que conste que se concedió para poder disponer a título gratuito, se entenderá concedida sólo para poder disponer a título oneroso; a falta de que conste que se concedió para poder disponer a voluntad del fiduciario, se entenderá concedida sólo para poder disponer en caso de que le sea necesario.

Del grado de permisividad que el testador tenga con el fiduciario a la hora de fijar la disponibilidad que éste tendrá de los bienes fideicomitidos, es de donde emanan las tres clases de sustituciones fideicomisarias de residuo que existen en nuestro ordenamiento jurídico, y son:

3.1. *Sustitución fideicomisaria de residuo de eo quod supererit o de aquello que debe quedar*

En este supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo, el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que ha sido intención del testador que, una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario. O, dicho de otra forma, el fiduciario no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitida porque es voluntad del fideicomitente que el fideicomisario reciba parte de la herencia, por pequeña que ésta sea.

3.2. *Sustitución fideicomisaria de residuo si aliquid supererit o de si queda algo*

Nos encontramos en este supuesto cuando el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitidos sin ningún tipo de límite, es decir, para que éste pueda disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida, por lo que los fideicomisarios sólo recibirán, en su día, lo que reste, si es que queda algo de la herencia (de ahí la expresión «si queda algo»).

Coincidimos con Albaladejo⁶⁷ cuando entiende que es errónea toda doctrina que entienda que ambos tipos de sustituciones fideicomisarias de residuo tienen distinta naturaleza, siéndoles de aplicación preceptos diferentes. No es así, y para ver claramente que no lo es, basta advertir que la diferencia no estaría entre sustitución fideicomisaria *de eo quod supererit* y sustitución fideicomisaria *de si aliquid supererit*, sino entre el fideicomiso en lo que atañe a la parte de que se puede disponer, y en lo que atañe a la parte de que no se puede. En aquél sector sería sustitución fideicomisaria de residuo, en este sería sustitución fideicomisaria pura u ordinaria, es decir, con deber de conservar. Luego la sustitución fideicomisaria *de si aliquid supererit* sería realmente una sustitución fideicomisaria de residuo, mientras que la sustitución fideicomisaria *de eo quod supererit* sería una sustitución fideicomisaria ordinaria en la parte indisponible, y una *si aliquid supererit* en la parte disponible.

⁶⁷ ALBALADEJO, Manuel, *Comentario del...*, cit. p. 1936.

3.3. Sustitución preventiva de residuo

Siendo la verdadera ley del Derecho Sucesorio la voluntad del testador, éste podrá facultar al heredero a disponer de los bienes fideicomitidos no sólo *inter vivos*, sino también *mortis causa*, conociéndose a este último supuesto con el nombre de sustitución preventiva de residuo.

Mediante esta figura el testador puede otorgar al primer llamado (heredero) la facultad de disponer de toda la herencia fideicomitada, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*, por lo que éste podrá incluso designar sucesores *mortis causa*.

Pero entonces, ¿no sería esto una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* tan amplia, que otorga al fiduciario no sólo la facultad de disponer *inter vivos* (tanto a título oneroso como gratuito) de los bienes fideicomitidos, sino también *mortis causa*?

Algunos autores así lo entienden, como por ejemplo como O'Callaghan⁶⁸, que considera, con base en la amplitud del poder de disposición otorgado por el fideicomitente al fiduciario, que existen tres tipos de sustituciones fideicomisarias de residuo, siendo el tercer tipo el de la sustitución preventiva de residuo, en la que el fiduciario tendrá el más amplio poder de disposición posible sobre los bienes fideicomitidos.

También en la misma línea se posiciona Nieto Alonso⁶⁹ cuando dice: «tampoco comparto la opinión de Roca-Sastre Muncunill de que la sustitución preventiva de residuo sea ajena a la sustitución fideicomisaria; a mi juicio, la sustitución preventiva de residuo no deja de ser una sustitución fideicomisaria, con la connotación de los amplios poderes dispositivos para el sustituido (fiduciario), que puede encontrar acomodo, también, como el fideicomiso de residuo, en el art. 783.2 del CC».

Sin embargo la posición de dichos autores puede considerarse una excepción, ya que la mayor parte de nuestra doctrina⁷⁰ entiende que la sustitución fideicomisaria y la sustitución preventiva de residuo son figuras similares, aunque con naturaleza jurídica diferente.

Al igual que la sustitución fideicomisaria de residuo, la preventiva de residuo tampoco queda recogida en nuestro CC

⁶⁸ O'CALLAGHAN, Xavier, *Comentario del Código Civil*, Coord: Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 4, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 740 y 741.

⁶⁹ NIETO ALONSO, Antonia, *Op. cit.*, p. 233.

⁷⁰ Entre otros, DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al...*, cit., p. 219; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, La Ley, Madrid, 2013, p. 785; SOLÉ RESINA, Judith, *Op. cit.*, p. 1.002; RIVAS MARTÍNEZ, *Op. cit.*, p. 1.202.

Lo cierto es que en la sustitución preventiva de residuo, a diferencia de la fideicomisaria de residuo, no existe un orden sucesivo de llamamientos⁷¹, pues únicamente se nombrará un primer llamado para que disponga de todos los bienes fideicomitidos ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, y sólo en prevención de que éste no haya dispuesto de todos los bienes, el testador designará un sustituto para que los herede.

Junto a la falta del orden sucesivo de llamamientos, como diferencia entre las figuras, también destaca otra diferencia fundamental como es la amplitud de facultades que en la sustitución preventiva de residuo se le otorga al primer llamado, al cual se le faculta incluso para disponer *mortis causa*, opción que no se contempla en las sustituciones fideicomisarias de residuo. Eso sí, para poder hablar de un supuesto de sustitución preventiva de residuo, el causante deberá otorgar a favor del instituido, de un modo nominal y expreso, «*la facultad de disponer mortis causa*», tal y como expone la sentencia del TSJ de Cataluña, de 28 de octubre de 1991⁷², siendo esta facultad requisito esencial de la figura.

De ahí que Martínez Martínez⁷³ entienda que, en la doctrina y jurisprudencia, es pacífico el criterio de que, salvo expresa declaración en contrario, la cláusula de residuo llevará consigo la prohibición de realizar actos *mortis causa* por parte del fiduciario y las facultades en el fideicomiso de residuo son las que le concedió el testador, por lo que de no venir autorizado por el causante de manera expresa para disponer *mortis causa*, sólo podrá hacerlo por actos *inter vivos*, según tiene declarado la jurisprudencia.

Por todo ello, particularmente coincidimos con la mayor parte de la doctrina en entender que la sustitución preventiva de residuo no tiene, y esto es lo singular y esencial al mismo tiempo, la naturaleza de la sustitución fideicomisaria, lo que produce, en consecuencia, la inaplicabilidad de la normativa de la sustitución fideicomisaria a la preventiva de residuo.

El Tribunal Supremo en sentencia de 2 de septiembre de 1987⁷⁴ establece con claridad la diferencia entre el fideicomiso de *si aliquid supererit* y la sustitución preventiva de residuo, al decir que:

«nos encontramos ante un fideicomiso de residuo cuando el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole no obstante para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos *inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito fideicomisario de los que no hubiere dispuesto. En ningún momento se puede hablar en este caso de una sustitución preventiva de residuo, pues para ello hubiera sido preciso la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa*».

⁷¹ Orden sucesivo de llamamientos que es requisito esencial de la sustitución fideicomisaria, tal y como argumentamos para defender la inclusión de la de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria

⁷² RJ 1991\3911.

⁷³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Op. cit.*, p. 789.

⁷⁴ RJ 1987\6042.

¿Cuál será entonces el fundamento de la sustitución preventiva de residuo? Pues bien, mientras que el de la sustitución fideicomisaria es esencialmente el mantenimiento del patrimonio dentro del círculo familiar del causante, en la preventiva de residuo no es otro que el de *evitar la sucesión intestada* con respecto a los bienes procedentes del patrimonio del causante. Así lo establece la DGRN mediante su resolución de 29 de diciembre de 1962⁷⁵, donde expone que

«en la sustitución preventiva de residuo, por el contrario el fiduciario puede disponer libremente tanto por actos inter vivos como mortis causa, por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades y sólo cuando no haya dispuesto de todos los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho los sustitutos instituidos a dichos bienes, puesto que la finalidad de esta sustitución es solamente evitar que la herencia pueda quedar sin titular al morir el heredero o legatario sin haber otorgado testamento».

Durante el tiempo que sea titular de la herencia el heredero, el beneficiario preventivo goza simplemente de una expectativa de suceder, que se hará efectiva únicamente si se cumple el hecho futuro e incierto de que el primer llamado muera sin haber dispuesto de todos los bienes de la herencia fideicomitada, o sin haber dispuesto *mortis causa* de éstos.

A parte de por lo ya expuesto, la institución preventiva de residuo se caracteriza por las dos siguientes notas:

1. Es una sustitución *preventiva*, pues mediante ella el testador previene un posible abintestato del heredero sustituido y establece para evitarlo una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo o de testar del mismo.
2. Es una sustitución condicional o mejor dicho *doblemente condicional*, pues la misma quedará sin efecto si el sustituto o sustitutos premueren al sustituido y, aunque le sobrevivan, si el sustituido ha otorgado testamento válido y eficaz.

4. LA CONDICIONALIDAD O NO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

Una vez justificado que, en la actualidad, tampoco existen dudas desde el punto de vista jurisprudencial en cuanto a la inclusión de la institución de residuo como auténtica sustitución fideicomisaria, nos centraremos en analizar si la sustitución fideicomisaria de residuo se considera como tipo de sustitución fideicomisaria a término o condicional, ya que, dependiendo de una u otra posibilidad, las consecuencias jurídicas serán distintas y los bienes fideicomitados irán a parar a unas u a otras manos una vez se produzca la correspondiente delación hereditaria.

Si antes comentáramos que pocas cuestiones de nuestro Ordenamiento jurídico habían suscitado una discrepancia tan radical entre doctrina y jurisprudencia como la de si la

⁷⁵ RJ 1962\4311.

institución de residuo es o no es una sustitución fideicomisaria, aquí nos encontramos frente a una de esas pocas cuestiones.

De hecho, incluso, podemos afirmar que la discrepancia existente sobre si la sustitución fideicomisaria de residuo es a término o condicional, resulta aún mayor que la de su naturaleza jurídica, ya que ha perdurado más en el tiempo.

Lo que diferencia a la sustitución fideicomisaria de residuo de la ordinaria es la indeterminación sobre los bienes que va a recibir el fideicomisario, ya que ello depende de las facultades de disposición que el testador otorgue al fiduciario y del ejercicio que éste haga de ellas.

Lo cierto es que de considerarse la de residuo como una sustitución fideicomisaria a término, el fideicomisario adquiriría derecho a la sustitución desde la muerte del testador, y, desde entonces, lo transmitiría a sus herederos tal y como establece el artículo 784 del CC

En cambio, si es considerada como una sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario sólo adquirirá ese derecho una vez cumplida la condición, y si muere antes que ésta se cumpla, ni lo adquiere ni lo transmite a sus herederos, rigiendo entonces el artículo 759 de nuestro CC

4.1. *Postura doctrinal*

Desde el punto de vista doctrinal, tradicionalmente se ha venido manteniendo que en la sustitución fideicomisaria de residuo el derecho del fideicomisario era condicional, con las consecuencias que ello suponía para el fideicomisario, tal y como acabamos de exponer. Y es que, según esta corriente que podemos definir como «condicionalista», y que, en la actualidad, está completamente superada, el fideicomisario era un heredero sometido a la condición de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad del patrimonio que ha recibido como primer llamado.

Dentro de la corriente «condicionalista» destaca, entre otros autores (todos anteriores al año 1960), De Diego⁷⁶, que es el defensor más destacado de esta teoría y al que siguen el resto de autores, como De Buén⁷⁷ que afirma:

«nuestra antigua jurisprudencia señala a la institución aludida el carácter de condicional. [...] La naturaleza de esas cláusulas depende sobre todo de la intención del testador. Si éste hace depender el segundo llamamiento de la circunstancia de que queden bienes, hay en realidad una sustitución condicional; si por el contrario instituye en bienes que queden a la muerte del primer llamado, hay sólo una institución a plazo».

No obstante, el autor que se expresa de forma más contundente al respecto, es Ossorio Morales⁷⁸, quien en 1957 llega a afirmar:

⁷⁶ DE DIEGO, Felipe, *Op. cit.*, págs. 109-116.

⁷⁷ DE BUEN, Demófilo, *Op. cit.*, p. 470.

«Lo que desde luego resulta claro (y en ello está conforme la doctrina) es que la disposición de residuo tiene siempre para el sustituto naturaleza condicional, ya que su adquisición ha de depender del hecho incierto de que, al morir el instituido, no haya éste dispuesto de la totalidad de los bienes (condición suspensiva); por lo que no puede aplicarse a tal sustituto de residuo el principio del artículo 784, según el cual, los fideicomisarios adquieren derecho a la sucesión desde la muerte del testador».

Pero ¿de dónde extrae Ossorio Morales que la doctrina está conforme con su teoría, si con anterioridad a 1957 existía ya la corriente doctrinal que podemos calificar como «anticondionalista»?

Veamos. En 1948, Roca Sastre⁷⁹ encabeza la corriente doctrinal «anticondionalista», argumentando con el siguiente argumento:

«A nuestro entender esta doctrina (haciendo referencia a la condicionalista) carece de base. La facultad dispositiva del fiduciario de residuo no afecta jurídicamente al derecho de los fideicomisarios, los cuales lo adquieren desde la muerte del testador y pueden transmitirlo a sus herederos aunque premueran al fiduciario. La potestad dispositiva de éste afectará al quantum, al volumen de bienes hereditarios residuales, pero no a la titularidad en sí de los fideicomisarios. En el fideicomiso de residuo no hay, pues, tal llamamiento condicional de los fideicomisarios».

Dos años después, en 1950 (es decir, también antes del texto de Ossorio Morales) González Palomino⁸⁰, siguiendo a Roca Sastre, manifiesta:

«En nuestro Código ni hay criterio mecánico ni hay otro límite que aquel que el testador se haya servido disponer. Con límite o sin él, el intrínquilis de la cláusula está en la indeterminación del contenido del derecho del fideicomisario, que depende del hecho futuro e incierto de que el fiduciario haya o no ejercitado, o haya ejercitado en más o en menos, su facultad. Traducido a términos jurídicos: se somete a condición suspensiva no la adquisición del derecho sino el contenido de la adquisición, que puede quedar reducido a cero. [...] El segundo llamado adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del causante, porque su institución no está condicionada en sí misma, sino en su contenido».

Con todo, la «paz doctrinal» llegó con los años con el posicionamiento «anticondionalista» de nuevos autores. Es el caso de Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida⁸¹, que afirman:

«en principio, la asimilación entre fideicomiso de residuo y disposición condicional no es defendible. Por de pronto, hace sospechosa tal asimilación la posibilidad de que una sustitución de residuo esté subordinada a una verdadera condición, que determine, de cumplirse el evento, la adquisición o la resolución del derecho del sustituto fideicomisario de residuo. Y, sobre todo, el post-heredero, a la muerte del fiduciario,

⁷⁸ OSSORIO MORALES, Juan, *Op. cit.*, p.304.

⁷⁹ ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios...*, cit., p. 83.

⁸⁰ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Op. cit.*, págs. 83 y 84.

⁸¹ LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBUDILLO, José Luis y Francisco, *Derecho de Sucesiones*, I, 2ª edición, Barcelona, 1976, p. 423.

recibe los bienes residuales como sustituto fideicomisario, y por ende del primer causante; no es su calidad de sustituto lo condicionado, sino sólo el quantum de los bienes que debe percibir, cuya ausencia no es obstáculo —al menos en la institución hereditaria— para ser segundo heredero, pues también aquí se aplica el principio *hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*. Así, actualmente, Roca Sastre y Puig Brutau. Por tanto, salvo que sea otra la voluntad del causante, tendrá aplicación el artículo 784 y el fideicomisario recibirá su expectativa, consolidada y transmisible, al abrirse la presunción».

En la misma línea se situaron posteriormente otros autores (Vallet de Goytisoló⁸², Albaladejo⁸³, Álvarez Caperochipi⁸⁴, O'Callaghan⁸⁵ o Díez-Picazo y Gullón⁸⁶), entre los que cabe destacar Díaz Alabart⁸⁷, que dedicó una obra al estudio de la figura, dándole una importancia primordial al capítulo que dedica a la condicionalidad o no de la sustitución fideicomisaria de residuo, estudiando a fondo en todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo hasta el momento. Y así, tras deslindar la posición «condicionalista» de la «anticondicionalista», la citada autora llega a la siguiente conclusión:

«[...] el fideicomiso de residuo no es una institución sometida a la condición de que queden bienes a la muerte del fiduciario. Es realmente una sustitución pura, en la que adquiere su derecho el fideicomisario desde que muera el causante, y desde entonces lo transmitirá a sus herederos cuando muera él, luego lo transmitirá aunque premuera el fiduciario. Si le sobrevive, él recibe los bienes; si no le sobrevive, los reciben sus herederos en su puesto. Y si no quedan bienes al morir el fiduciario, no puede recibirlos ni el fideicomisario ni, en su puesto, si hubiese muerto, sus herederos, no por incumplimiento de la condición de que los hubiese, sino porque no los hay.

Eso presupuesto, el fideicomiso de residuo puede ser sometido a la condición de que el fideicomisario sobreviva al fiduciario. Entonces su derecho queda pendiente de su sobrevivencia. Y si le premuere nada hereda, ni él ni sus herederos, que no recibieron de él el derecho que pendía de su sobrevivencia.

El Código no dice que, salvo que se establezca o aparezca lo contrario, estime condicionado el fideicomiso de residuo a la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario. Por lo que, muriendo aquél en vida de éste, hay que aplicar el artículo 784, y no el 759, ya que es el primero el que rige para las sustituciones —y, entre ellas, las de residuo— incondicionales».

Expuesto lo anterior, no podemos más que entender que la sustitución fideicomisaria de residuo ha de considerarse como una sustitución fideicomisaria a término y no condicional. O dicho de otra forma, el hecho de que el testador haya dejado al fideicomisario el residuo lo que pudiera quedar al llegar el momento de la restitución,

⁸² VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Fideicomisos a...*, cit., págs. 846 y 847.

⁸³ ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona, 1974, p. 282.

⁸⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LIX, Madrid, 1975, p. 181.

⁸⁵ O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de...*, cit., p. 152.

⁸⁶ Díez-PIZACO Y GULLÓN, Luis y Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Volumen IV, 11ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 105.

⁸⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso...*, cit., págs. 199 y 200.

no convierte en condicional la sustitución fideicomisaria de residuo, y, por tanto, el fideicomisario adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del testador, y desde entonces lo transmitirá a sus herederos, siendo de aplicación, al caso, el artículo 784 del CC y no el 759, pues los llamamientos son ciertos desde la muerte del testador, y no están condicionados a nada.

Por ello, la facultad dispositiva del fiduciario de residuo no afecta jurídicamente al derecho de los fideicomisarios, los cuales habrán adquirido su derecho desde la muerte del testador y desde entonces lo podrán transmitir a sus herederos, aunque premueran al fiduciario. La potestad dispositiva del fiduciario afectará únicamente al *quantum*, es decir, al volumen de los bienes que vayan a quedar en residuo, que podrá, incluso, no quedar ninguno, pero no a la titularidad en sí de los fideicomisarios.

Sin embargo, aun considerando que la sustitución fideicomisaria de residuo es una sustitución fideicomisaria a término, no se puede negar que igualmente podrán instituirse sustituciones fideicomisarias de residuo condicionales, siempre y cuando sea ésta la voluntad del testador y así lo deje éste expresamente reflejado. Por ejemplo, si dice: «Dejo mi herencia a Luis, y le permito disponer de todos los bienes que la componen, pero ordeno que a su muerte, aquéllos de los que no haya dispuesto pasen a Laura, siempre y cuando ésta haya acabado su carrera, o si se haya hecho médico, o haya sobrevivido al fiduciario [...]». En este supuesto, cuando el testador ha reflejado en el testamento que los bienes fideicomitidos únicamente pasen al fideicomisario cuando éste cumpla una determinada condición, rige el artículo 759 del CC y no el 784, quedando entonces condicionada la sustitución fideicomisaria de residuo a la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, ya que si aquél premuere a éste nada hereda, ni él ni sus herederos, que no recibieron de él el derecho que pendía de su sobrevivencia.

Como acabamos de exponer, no nos oponemos a la posibilidad de una sustitución fideicomisaria de residuo condicional, sino que no compartimos la idea de que se considere este tipo de sustitución como condicional por defecto o por naturaleza, basándose, simplemente, para ello, en que no se puede determinar si el fideicomisario de residuo dispondrá de bienes para heredar cuando muera el fiduciario o no.

Una última observación al respecto. Como sabemos, la doctrina condicionalista estimaba que la sustitución fideicomisaria de residuo era condicional porque la adquisición del fideicomisario estaba subordinada a un acontecimiento futuro e incierto, que sería el de que quedara algo de la herencia al fallecer el heredero fiduciario. Y dicha corriente doctrinal consideraba condicional indistintamente la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* (en la que puede o no quedar algo), como la de *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), lo cual, a nuestro parecer carecería de sentido ya que en ésta última, tal y como su propio nombre indica, los fideicomisarios heredarán siempre algo, por lo que en éstos supuestos no cabría como condición que quedase o no algo de la herencia a restituir, ya que por fuerza saben que quedará algo por ser ésta la intención del testador y el fiduciario debe respetarla.

Aunque igualmente consideramos que tampoco tiene sentido defender la posibilidad condicional en los supuestos de sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit*, ya que de ser así, todas las sustituciones fideicomisarias ordinarias deben ser condicionales, ya que en ellas los fideicomisarios tampoco sabrán con plena certeza hasta la muerte del fiduciario o hasta que se cumpla la condición fijada por el testador para que se produzca la restitución a su favor, si verdaderamente heredará o no algún bien, ya que el fiduciario, por ejemplo, ha podido disponer de toda la herencia fideicomitida en pagar legados, deudas del testador...

4.2. Posición jurisprudencial

A diferencia de lo que sucedió respecto de la naturaleza jurídica de la institución de residuo (en la que la jurisprudencia comenzó posicionándose en el sentido contrario a considerarla como una sustitución fideicomisaria y acabó por congraciarse con la opinión doctrinal más autorizada hasta fijarse, también por nuestro Alto Tribunal, la de residuo como una auténtica sustitución fideicomisaria), en cuanto a la condicionalidad o no de la institución de residuo la opinión jurisprudencial ha sido firme hasta hace escasos meses, ignorando con ello, en todo momento, la opinión doctrinal «anticondionalista» que venía adoptando nuestra doctrina de forma pacífica desde 1948.

Es decir, que desde que se tiene conocimiento de la primera sentencia relacionada con la sustitución fideicomisaria de residuo hasta el mes de junio de 2014 (como veremos), se ha venido afirmando tradicionalmente y de forma «casi» pacífica por nuestro Tribunal Supremo la condicionalidad del fideicomiso de residuo.

4.2.1. Orientación a favor de la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo

La jurisprudencia acostumbra a acompañar directamente a la definición de sustitución fideicomisaria de residuo el término condicional, como si fuera parte de la propia naturaleza de la institución. Por regla general, los tribunales califican al fideicomiso de residuo como llamamiento condicional, fundamentados en que es posible que nada quede de la herencia cuando el fideicomisario pueda disponer de ella.

Del gran número de sentencias del Tribunal Supremo que podrían traerse a colación⁸⁸, vamos a escoger algunas que consideramos que pueden ser especialmente ilustrativas de una corriente jurisprudencial que parece arrancar en 1868.

Así, recoge la Sentencia de 13 de noviembre de 1948⁸⁹, en relación a esta cuestión:

«[...] mientras en la sustitución fideicomisaria el sustituto adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador (art. 784), el derecho del sustituto por cláusula

⁸⁸Así entre otras, las sentencias de 28 de junio de 1947 (RJ 1947\920); 13 de noviembre de 1948 (RJ 1948\1270); 1 de diciembre de 1951 (RJ 1951\2617); 21 de noviembre de 1956 (RJ 1956\3830); 20 de octubre de 1962 (RJ 1962\3980); 5 de julio de 1966 (RJ 1966\3671); 22 de enero de 1969 (RJ 1969\199).

⁸⁹ RJ 1948\1270.

de residuo es en ese momento eventual o de manera expectativa, pendiente la adquisición definitiva de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad de los bienes, lo cual significa que el sustituto de residuo no adquiere derecho a la sucesión hasta el último momento de la vida del primer llamado, pues sólo en ese momento su derecho eventual puede devenir perfecto, en mayor o menor extensión, por cumplimiento de la condición suspensiva».

La de 28 de junio de 1947⁹⁰, establece en su séptimo Considerando que «[...] el carácter condicional que la jurisprudencia viene asignando a esta singular especie de sustitución».

Por su parte, la de 22 de diciembre de 1961⁹¹ indica que:

«debido a que la heredera en segundo llamamiento falleció con anterioridad al que fue instituido en primer lugar, es evidente que nada pudo recibir ni adquirir, por cuanto el artículo 759 del CC de modo claro establece que el heredero que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno, en razón a tratarse de una disposición testamentaria de residuo, que tiene, por su esencia, un carácter condicional, carácter que hace que el derecho del sustituto sea eventual o expectante [...]».

La sentencia de 29 de enero de 1962⁹², recopilando las pronunciadas anteriormente sobre la cuestión, declara que, en el llamado fideicomiso de residuo, el supuesto fideicomisario será todo lo más un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el artículo 759 del CC, el heredero o legatario que muere antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos..., por lo que se comprende que la jurisprudencia haya declarado sin vacilaciones que, en el fideicomiso de residuo, los fideicomisarios presuntos no adquieren derecho alguno hasta que la condición suspensiva se cumpla, o sea hasta que, fallecido el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del fideicomitente únicamente surge a favor de los sustitutos o presuntos fideicomisarios una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero cuando la condición suspensiva a que se subordina el nacimiento de su derecho se cumpla.

Pero, en las últimas dos décadas, ha sido la sentencia de 22 de julio de 1994⁹³ la que se ha venido tomando como referente por muchos de los pronunciamientos posteriores. En ella se dice:

«tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, que es el causante de ambos, de manera que el fideicomisario no hereda del fiduciario, sino del fideicomitente los bienes que antes pasaron a aquél, con el deber de entregárselos en su día, o sea, que la aptitud para suceder la ha de tener el fideicomisario, no respecto al fiduciario sino al fideicomitente, y tener en cuenta, asimismo, que sea cual sea el

⁹⁰ RJ 1947\920.

⁹¹ RJ 1961\4485.

⁹² RJ 1962\605.

⁹³ RJ 1994\6578.

concepto que merezca el fideicomiso de residuo, no cabe duda que en él, el fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente; esto es, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva, que, mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, como dispone el artículo 759 del CC (...). Las consideraciones expuestas han sido entresacadas del conjunto que representa la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre los fideicomisos y el concretamente denominado de residuo, siendo de citar entre las sentencias que integran dicho conjunto las siguientes: 8 de marzo de 1926; 17 de marzo de 1934; 18 de febrero de 1943; 28 de junio de 1947; 13 de noviembre de 1948; 28 de noviembre de 1951; 1 de diciembre de 1951; 4 de marzo de 1952; 10 de julio de 1954; 20 de octubre de 1954; 6 de diciembre de 1957; 7 de enero de 1959; 26 de enero de 1959; 21 de noviembre de 1960; 22 de diciembre de 1961; 29 de enero de 1962; 20 de octubre de 1962; 31 de enero de 1963; 23 de noviembre de 1967 y 22 de enero de 1969».

Y más recientemente, volvemos a citar la sentencia de 7 de noviembre de 2008⁹⁴, la cual es un fiel reflejo de cómo el Tribunal Supremo, en la actualidad, encaja la institución de residuo en las sustituciones fideicomisarias, pero sin renegar en ningún momento de su naturaleza condicional, ya que establece que

«el fideicomiso de residuo aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias —aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario— al permitir el artículo 783 del CC que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia en cuanto dispone, en su segundo párrafo, que ‘el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa’. Así en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y ordena que el resto que quedare en el momento de la restitución —generalmente a la muerte del fiduciario— pase a otras personas a las que llama sucesivamente a la herencia. La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el ahora contemplado, de fideicomisos *si aliquid supererit*, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo de la herencia del fideicomitente».

4.2.2. Orientación a favor de la no condicionalidad del fideicomiso de residuo

⁹⁴ RJ 2008\7696.

Tras la claridad con la que se venía manifestando nuestro Tribunal Supremo en relación a la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo, la doctrina española comenzó a alzar la voz de forma unánime reafirmando su «anticondionalismo».

Consideramos oportuno destacar al respecto las palabras de Puig Brutau⁹⁵, quien, fundándose en los razonamientos de Roca Sastre y González Palomino, menciona de forma muy clara y resumida:

«La doctrina española, esto es, la literatura jurídica, estima que la circunstancia de dejarse al sustituto el residuo que pudiera quedar al llegar el momento de la restitución no convierte en condicional el llamamiento del sustituto, de manera que el llamado en segundo lugar adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del causante; es decir, que la sustitución no está condicionada en sí misma, sino en su contenido».

Y continúa exponiendo, al advertir que por el Tribunal Supremo se insiste en considerar al fideicomisario de residuo como sustitución condicional, que

«se basa en una doble inexactitud acerca de la sustitución condicional. En primer lugar estiman que la sustitución fideicomisaria de residuo es condicional porque la adquisición del sustituto está subordinada a un acontecimiento futuro e incierto, que sería el de que algo quede de la herencia al fallecer el heredero fiduciario. Sin embargo, por lo antes dicho —y según criterio unánime de la doctrina española posterior a Clemente De Diego— no se trata verdaderamente de una condición porque no está condicionado el derecho del sustituto a los bienes que puedan quedar. El testador dejará establecida una sustitución fideicomisaria condicional cuando declare que el sustituto sólo ha de tener derecho a los bienes fideicomitados si se realiza un acontecimiento futuro e incierto (v.gr., si termina una carrera, si contrae matrimonio, etcétera). La propia y auténtica condición será compatible, tanto con la sustitución fideicomisaria a que se refiere el artículo 781 del CC, como con la que faculta al fiduciario para disponer de los bienes. Cuando el testador fideicomitente ha querido que los bienes fideicomitados únicamente pasen al sustituto si en éste se cumple determinada condición (si se hace médico, si sobrevive al fiduciario, etc.), será normal que no haya pensado que han de pasar a ocupar su lugar los herederos del mismo sustituto. Pero no es lógico, racional, ni humano que no quiera que el derecho incondicionado al residuo que pueda quedar no sea transmisible a los mismos herederos del sustituto fideicomisario».

En la misma línea, pero mucho más recientemente, se pronuncia Rivas Martínez⁹⁶ cuando manifiesta:

«el problema de si el fideicomiso de residuo encierra o no una sustitución condicional debe quedar totalmente superada en el sentido de que salvo que la voluntad del testador haya establecido expresa y nominalmente el carácter condicional suspensivo, los llamamientos de los sustitutos son siempre ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados. Es decir, debe superarse el error de confundir el

⁹⁵ PUIG BRUTAU, José, *Op. cit.*, págs. 570 y 574.

⁹⁶ RIVAS MARTÍNEZ, «Problemas “habituales” en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo», *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista, Tomo I*, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Dykinson, Madrid, 2014, p. 487.

quantum con el *llamamiento*, partiendo de la idea de que los llamamientos de los sustitutos de residuo son totalmente ciertos desde la muerte del testador, ya que en nada están condicionados como tales. Es esencial este cambio, para que esta figura pueda de hecho llegar a ser efectivamente útil, como sin duda creo que llegará a serlo».

Sin embargo, en este punto, debemos volver a citar a Díaz Alabart⁹⁷, que ha estudiado nuestra jurisprudencia sobre la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo y que llega a la siguiente conclusión:

«Lo primero es señalar que, por lo que toca a la jurisprudencia, si bien no cabe negar que, en su conjunto, es literalmente condicionalista, valga la palabra, sin embargo, no lo es de verdad, como parece, por las siguientes razones: 1ª. Hay fallos no condicionalistas, como los que dicen que se trata de una condicionalidad intrínseca, que es como decir que la llamada condición no lo es realmente. 2ª. Hay fallos que se limitan a presentar el estado de la cuestión o a referirse a lo que dicen otros, pero sin adoptar, ellos, una posición determinada. 3ª. Hay fallos que adoptan una postura condicionalista, pero con el puro carácter de *obiter dictum*. 4ª. Hay fallos que aun siendo literalmente condicionalistas en los que el carácter de institución condicional del fideicomiso de residuo parece *ratio decidendi* de la sentencia que sea, sin embargo, adoptan tal postura, no con el fin de resolver que el derecho del fideicomisario depende de la condición de que queden bienes, sino de utilizar la condicionalidad como argumento para otros fines. 5ª. Hay, por último, fallos que se deciden por la condicionalidad del fideicomiso de residuo cuando el caso planteado estaba sometido al Derecho civil catalán en el que no sólo el fideicomiso de residuo, sino todas las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales, salvo voluntad contraria del causante».

De todo ello, continúa exponiendo la autora, «no puede por menos que sacarse la conclusión de que aunque hubiera que aceptar que globalmente considerada, la jurisprudencia es condicionalista, es, sin duda, de un condicionalismo menos sólido de fondo que de apariencia».

Aunque no cabe ninguna duda de que la jurisprudencia se ha posicionado siempre en la línea de entender la sustitución fideicomisaria de residuo como condicional, lo cierto es que se puede encontrar alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo posicionándose junto a la corriente doctrinal «anticondionalista», alguna de forma indirecta, y alguna de forma casi literal.

La primera sentencia en el tiempo que encontramos al respecto es justo en la época en que empezaba a formarse la corriente doctrinal anticondionalista, concretamente, de 30 de marzo de 1955⁹⁸, en la que nuestro Alto Tribunal entendió que:

«cualquiera que sea la estimación que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria de residuo, tan discutida por los tratadistas, que no se ha llegado a una conclusión definida respecto a si les son aplicables las normas de la institución pura, las de la condicional, las de a plazo o las de modales, hasta el punto de

⁹⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso...*, cit., págs. 162 y 163.

⁹⁸ RJ 1955\1123.

que más bien debe atenderse a la voluntad del testador expresada en el testamento para deducir si en el fideicomiso se ha querido fijar un plazo o más bien se quiso establecer una condicionalidad, carácter condicional al que se inclina la doctrina de esta Sala, pero es lo cierto que en todo caso la condición está referida únicamente a que a la muerte del fiduciario queden bienes por no haber dispuesto de nada o sólo de parte de ellos, pues en otro supuesto el acto jurídico de la sucesión no se había producido por la inexistencia de 'residuo' quedando reducida la institución a una simple expectativa y esto demuestra que la condición es consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo y no puede serle aplicable el artículo 759 del Código civil que se refiere a la institución de heredero o legatario afectado por una condición extrínseca a tal institución y como la define el artículo 1.113 del mismo Cuerpo Legal, precepto aquél que es una aplicación concreta del principio que trata con carácter general el artículo 1.114».

En definitiva, esta sentencia se posiciona en la misma línea que nuestra doctrina, al no considerar la sustitución fideicomisaria de residuo como condicional, ya que reconoce el derecho de los herederos de los fideicomisarios de residuo a colocarse en la posición jurídica de éstos en caso de premoriencia al fiduciario, y, como ya sabemos, es ésta la diferencia fundamental de una sustitución fideicomisaria a término frente a una condicional.

La segunda sentencia que consideramos interesante es la de 17 de mayo de 1962⁹⁹, la cual, aunque en un supuesto de usufructo con facultad de disponer, argumenta en su segundo Considerando lo siguiente:

«en el primer motivo del recurso y amparado por el artículo 1.692 de la LEC se imputa al fallo por no aplicación del artículo 759 del CC sobre la base de contener el supuesto una condición suspensiva que impide al heredero transmitir derecho alguno a sus herederos, si muriese antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, olvidándose al construir el motivo, como con toda precisión y justeza proclama el Tribunal *a quo* que [...]. El nudo propietario adquiere desde luego un derecho sobre los bienes hereditarios cuya efectividad se halla aplazada, pero no condicionada a la muerte del usufructuario, y ese derecho nacido e incorporado al patrimonio del heredero nudo propietario se conserva y transmite en todo su vigor a sus respectivos herederos aunque premuriera el nudo propietario al usufructuario y su definitivo derecho se perfecciona y consume con el fallecimiento del *de cujus* sin que venga afectado por ninguna condición, y ni siquiera una condición intrínseca al propio negociado, inaplicable al fideicomiso de residuo (sentencia fecha 30 marzo 1955)».

Otra sentencia fundamental, debido a la claridad y profundidad de sus argumentos, es la de 25 de abril de 1983¹⁰⁰, la cual, en un supuesto de sustitución fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, dice en su segundo considerando:

«Se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite el artículo 783, párrafo 2º, donde después de establecer que 'el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las

⁹⁹ RJ 1962\2248.

¹⁰⁰ RJ 1983\2122.

que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras', añade 'salvo en el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa' que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de 'fideicomiso de si queda' o de *si aliquid supererit*, a la manera contemplada en la Sentencia de 23 de diciembre de 1982, ajeno a la institución condicional en sentido estricto del artículo 790 que consiguientemente no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados, como tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo ocurre en los fideicomisos de *eo quod supererit*), que sólo podrá saberse en el momento del fallecimiento del fiduciario único que es justo, lo que indujo a la Jurisprudencia a declarar que hasta entonces los fideicomisarios tienen una simple expectativa a adquirir el concepto de heredero, que se perfecciona cuando dicho fallecimiento tiene lugar».

En el sentido de que lo único incierto en la sustitución fideicomisaria de residuo es la cantidad o no de bienes fideicomitados que se puedan heredar (y, por tanto, no ha de entenderse condicional), se manifiesta también la sentencia de 6 de febrero de 2002¹⁰¹, que, en su fundamento de Derecho 1º, brevemente expone:

«Y con la mejor doctrina (si bien alguna sentencia habla de que en ese fideicomiso, de una u otra especie, se incorpora una condicionalidad), ha de precisarse que en la especie del litigio 'Si...' la misma se refiere no a los llamamientos, sino al alcance del residuo relicto en cuanto existencia o conjunto de bienes».

Ahora bien, el hecho de que en la actualidad ningún autor o jurisprudencia pueda seguir optando por la línea condicionalista, se refleja de dos momentos puntuales:

a. En la resolución de la DGRN de 27 de octubre de 2004¹⁰², en la que se manifiesta:

«Partiendo de la señalada dificultad es preciso centrar el fondo del recurso. En tal sentido, deben rechazarse aquellas posiciones que consideran que la disposición de residuo no implica sustitución vulgar tácita porque aquélla no atribuye al favorecido, desde el momento del fallecimiento del causante y sobre los bienes objeto de la disposición, un derecho firme y definitivo, sino un simple derecho eventual o expectativa, cuya definitiva adquisición queda pendiente, hasta el fallecimiento del instituido, de la falta de ejercicio por éste de su facultad de disponer de la totalidad de los bienes objeto de la disposición. Tal forma de pensar olvida que en los llamados fideicomisos de residuo lo condicionado no es el llamamiento en sí, sino su contenido; no está condicionada la cualidad de sustituto sino el *quantum* (en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1983 y la de 6 de febrero de 2002). Cualquier otra conclusión llevaría a considerar que cualquier legado que pueda establecer un testador está siempre condicionado en la medida en que queda sin efecto si el testador dispone, por cualquier título, del objeto legado (vid. artículo 869-2º del CC). Ello no impide, claro está, que el fideicomiso de residuo pueda estar sujeto a

¹⁰¹ RJ 2002\993.

¹⁰² RJ 2004\7808.

una condición como ocurre con la modalidad establecida para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto».

b. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014¹⁰³, que es la más importante al respecto de las últimas décadas, que se dictó hace sólo unos meses, y de la que fue ponente O'Callaghan. Este magistrado, como autor, ya manifestaba en sus obras¹⁰⁴ lo siguiente:

«algunos autores entienden que la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria era condicional, con el argumento de que el fideicomisario adquiere si queda alguno de los bienes; por tanto, condición (el error en que incurre esta doctrina es que confunde la condición que afecta a la institución con la condición que sólo se refiere al contenido: podría decirse que todo nombramiento de heredero es condicional, porque hereda si el causante deja algún patrimonio hereditario y no hereda si el causante lo ha gastado —ha dispuesto de— todo su patrimonio)».

Por su parte, la citada Sentencia, en su fundamento de Derecho segundo afirma:

«En conclusión, mientras no se ha producido la purificación del fideicomiso —que normalmente es la muerte del fiduciario (como en el presente caso)— el heredero fideicomisario a término, como es la muerte, *certus an, incertus quando*, tiene el *ius delationis*, pero la adquisición efectiva de la posesión del patrimonio fideicomitado se produce a la muerte (en el presente caso) de la fiduciaria.

La delación hereditaria al fideicomisario se producirá a la muerte del causante —fideicomitente— si el fideicomiso es a término, momento en que aquél tiene el *ius delationis*. La adquisición de los bienes que forman el patrimonio hereditario —patrimonio fideicomitado— se produce cuando se cumpla el término —muerte de la fiduciaria».

Tras ello la sentencia acaba afirmando en su fundamento tercero:

«En el fideicomiso de residuo el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, pero el contenido de la herencia será mayor o menor según haya dispuesto la fiduciaria, que lo puede haber dispuesto del todo (*si quid supererit*). En este sentido tiene una mera expectativa, pero heredero sí lo es (a no ser que se trate de fideicomiso condicional, que no es el caso); es lo que se ha denominado 'postheredero', tras el fiduciario, 'preheredero' en *ordo successivus*».

4.3. Reciente e inevitable acercamiento de la postura jurisprudencial a la doctrinal tras el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria introducido por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad

Por nuestra parte, consideramos que, a diferencia de lo que ocurrió con las sentencias dictadas en la misma línea mucho años antes (la última, en 1983), la de hace unos meses va a servir de referente para todas las sucesivas, o lo que es lo mismo, a partir de ella, el Alto Tribunal se aproximará a la opinión doctrinal más autorizada y extendida

¹⁰³ RJ 2014\3127.

¹⁰⁴ O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de...*, cit., págs. 152.

que, pacíficamente, desde hace más de 60 años ha optado por la no condicionalidad de la institución de residuo. Con ello, se puede hablar ya del principio del fin de la teoría condicionalista a la que estaba aferrada nuestra jurisprudencia desde 1868.

Esto que decimos podemos deducirlo del mayor alcance que, a partir de 2003, se le otorga a la sustitución fideicomisaria, y, por ende, a la de residuo¹⁰⁵, mediante la publicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹⁰⁶ (en adelante, LPPD), mediante la cual se produjo la modificación de los artículos 782¹⁰⁷, 808¹⁰⁸ y 813¹⁰⁹ de nuestro CC en el sentido de incluir como única causa para gravar la legítima la de que se hiciera mediante una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fideicomisarios el resto de coherederos forzosos.

Es decir, a partir de la LPPD, el testador puede gravar no sólo el tercio de libre disposición y el de mejora (como sucedía en la sustitución fideicomisaria existente hasta el momento), sino también el de legítima estricta (es decir, toda la herencia de ser ésta la intención del causante), siempre y cuando se instituya una sustitución fideicomisaria en la que fiduciario sea el hijo o descendiente incapacitado judicialmente, y fideicomisarios el resto de coherederos forzosos.

¿Qué quiere decir esto? Pues que el legislador de 2003, tal y como expone Vivas Tesón¹¹⁰, ha introducido un supuesto de tangibilidad de la legítima al conceder al testador la facultad, si lo desea, de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente incapacitado judicialmente sobre el tercio de legítima estricta.

En la misma línea, Torres García y Domínguez Luelmo¹¹¹ afirman que «La ley 41/2003 introduce una excepción no sólo a la distribución de la cuantía de la legítima para lo

¹⁰⁵ Sucede, en este caso, lo mismo que con la institución de residuo, que en el CC no se regula (ni se nombra) pero es perfectamente admisible en nuestro Ordenamiento jurídico. Mediante la nueva Ley tampoco se menciona a la sustitución fideicomisaria de residuo, pero tal y como venimos defendiendo a lo largo del presente trabajo, se entiende comprendida en ella.

¹⁰⁶ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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, publicada en el BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

¹⁰⁷ Establece el artículo 782 del CC que «las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art. 808 C.c.».

¹⁰⁸ Artículo 808 del CC: «[...] Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

¹⁰⁹ Por su parte, artículo 813 del CC establece: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

¹¹⁰ VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 168.

¹¹¹ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, Teodora y Andrés, «La legítima en el Código Civil (I)», *Tratado de legítimas*, Coord: TORRES GARCÍA, Atelier, Barcelona, 2012, p. 89.

que añadió ese párrafo 3 del artículo 808 CC sino que esta se extendió al artículo 782 CC y con ello de acuerdo con el precepto anterior validar la figura de la sustitución fideicomisaria gravando las legítimas estrictas y en consecuencia una nueva excepción al principio de intangibilidad de la legítima tal y como se formula en el artículo 813. II CC».

Pero, ¿podrá ser de residuo la sustitución fideicomisaria establecida por el testador a favor del fiduciario incapacitado sobre el tercio de legítima estricta?

Aunque hay autores que admiten la posibilidad de instituir una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta a raíz de la Ley 41/2003, como por ejemplo Pereña Vicente¹¹², Ripoll Soler¹¹³ y González Porras¹¹⁴, lo cierto es que la gran mayoría se opone a tal posibilidad.

Por todos, cabe mencionar la opinión de Martín Meléndez¹¹⁵ al manifestar:

«En nuestra opinión, esta posibilidad que, según la doctrina, cabe, en general, en nuestro Derecho y se deduce el art. 783 CC, no es admisible cuando la sustitución grava la legítima estricta, ya que ello supondría poder privar de forma definitiva a los legitimarios de su legítima, vulnerándose así el principio de intangibilidad cuantitativa de ésta, no sólo de intangibilidad cualitativa. A favor de esta postura se ha alegado que de admitir el fideicomiso de residuo en nuestro caso, estaríamos ante una causa de desheredación no recogida expresamente por la Ley, desheredación que además, hay que destacar que quedaría en manos del fiduciario, no sólo del testador».

También existe algún autor que no se atreve a excluir la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria, como Díaz Alabart¹¹⁶, cuando razona que:

«como en el precepto nada se dice sobre qué tipo de fideicomiso ha de ser el constituido, es seguro que podrá ser el fideicomiso normal, en el que el fiduciario tiene la obligación de conservar [...], O también admitirse la posibilidad de disposición del fiduciario en casos de necesidad absoluta. Admitiéndose la licitud del fideicomiso de residuo, también podría tratarse de un fideicomiso de este tipo, en el que falta esa obligación de conservar, pues el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitados dentro de los límites marcados por el testador. La disponibilidad de los bienes

¹¹² PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil», Dykinson, Madrid, 2006, págs. 121 y 122

¹¹³ RIPOLL SOLER, Antonio, «La sustitución fideicomisaria del nuevo art. 808 CC: fideicomiso de residuo», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Núm. 114, 2005, págs. 1751 y 1752

¹¹⁴ GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas», en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, CASADO RAIGÓN y GALLEGU DOMÍNGUEZ, (coords.), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, p. 709.

¹¹⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a Teresa, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 115 y 116.

¹¹⁶ DÍAZ ALABART, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad». *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006, págs. 2105 y 2106.

fideicomitidos que en el fideicomiso de residuo el testador conceda al fiduciario puede ser muy variada [...]».

E igualmente, en otro de sus trabajos comenta la autora¹¹⁷: «parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente».

Por nuestra, con base en la redacción actual del CC, consideramos que la LPPD incluye la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta, ya que esta modalidad de sustitución fideicomisaria era admitida con anterioridad a la promulgación de la LPPD, y el legislador no ha introducido distinción alguna a la hora de regular esta nueva medida.

Es decir, que particularmente defendemos la posibilidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria de residuo *si sine liberis decesserit* sobre toda su herencia a favor de un descendiente incapacitado judicialmente, lo cual podría implicar la privación definitiva de la legítima estricta del resto de fideicomisarios (legitimarios), vulnerándose con ello no sólo el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, sino también el de intangibilidad cuantitativa.

Así pues, ¿seguirá el Tribunal Supremo inclinándose porque los fideicomisarios que premueran al fiduciario de una sustitución fideicomisaria de residuo no le heredarán, tal y como venía haciendo desde 1968, al mantener la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo?

Pongamos un ejemplo. Imaginemos el caso en el que el testador establezca una sustitución fideicomisaria de residuo sobre toda la herencia, incluida la legítima estricta, a favor de un nieto de 17 años incapacitado (fiduciario), quedando sus tíos como fideicomisarios (por ser los coherederos forzosos). En este supuesto, el seguir entendiendo nuestro Tribunal Supremo la sustitución fideicomisaria de residuo como condicional, supondría que los herederos de los fideicomisarios que hubieran premuerto al fiduciario (que podían ser la mayoría, en el caso que planteamos, debido a la diferencia de edad) no tendrían derecho alguno a la herencia, ya que regiría el artículo 759 del CC en vez del artículo 784, por lo que se purificaría la sustitución fideicomisaria de residuo a favor del fiduciario incapacitado en la porción que correspondiese a los fideicomisarios que le premueran o a sus herederos, incluso, aunque no fuese ésta la voluntad del testador. En cambio, de entenderse por parte de nuestro Alto Tribunal (como parece que hará a partir de la sentencia de junio de 2014) que la sustitución fideicomisaria de residuo es a término y no condicional, en el supuesto que planteamos, regiría el artículo 784 del CC, en vez del 759, por lo que a los fideicomisarios que hubieran premuerto al fiduciario incapacitado sí heredarán sus herederos, evitándose con esto la temida desheredación.

¹¹⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre)», cit., págs.261 y ss.

Dicho con otras palabras, de no entenderse que las sustituciones fideicomisarias de residuo, ya sea *si aliquid supererit* o *de eo quod supererit*, son sustituciones fideicomisarias a término, en vez de condicionales, estaríamos admitiendo la posibilidad de que, desde noviembre de 2003, mediante dicha institución, los fideicomisarios que premuriesen al fiduciario incapacitado quedarán privados de su herencia (al igual que sus herederos) a favor del incapacitado.

De ahí que nos atrevamos a predecir que las próximas sentencias de nuestro Tribunal Supremo vayan a posicionarse siempre en la misma línea que la de 6 de junio de 2014, en la que se establece que, en la sustitución fideicomisaria de residuo, el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, rigiendo por tanto el artículo 784 del CC en vez del 759, y asegurándose, con ello, que el supuesto de desheredación que acabamos de contemplar no podría llevarse a cabo.

5. CONCLUSIÓN

A raíz de la sentencia de 6 de junio de 2014, parece que el Tribunal Supremo comienza a abandonar la línea que —incomprensiblemente, en nuestra opinión— venía manteniendo, incluso desde antes de la promulgación del CC, en cuanto a la naturaleza jurídica y condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo. Y es que, a raíz de la referida sentencia, es previsible que nuestro Alto Tribunal, comience a afirmar lo que por parte de la doctrina se venía defendiendo de forma unánime desde hace más de 60 años al respecto, es decir:

1. Que la institución de residuo es una sustitución fideicomisaria.
2. Que la sustitución fideicomisaria de residuo es considerada como una sustitución fideicomisaria a término, por lo que el fideicomisario de residuo será heredero del testador desde que éste fallezca, y desde ese momento transmitirá por tanto su derecho a sus herederos, primando entonces el artículo 784 del CC y no el 759 como venía defendiendo hasta hace poco la jurisprudencia.

¿Se deberá este giro jurisprudencial del Supremo al nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria, sea o no de residuo, por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad?

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1996.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo García, Tomo 10º, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974.

ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Décima Edición, Edisofer, Madrid, 2013

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes, «La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 682, Marzo-Abril, 2004

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, reproducida en la obra de ROGEL y VATTIER, *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Tecnos, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LIX, Madrid, 1975.

CASTÁN, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Reus, Madrid, 1942.

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

DE DIEGO, Felipe, «El fideicomiso de eo quod supererit», Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico. Madrid. 1926.

DE DIEGO, Felipe, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Reus, Madrid, 1926.

DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, Tomo 10º, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984.

DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch. Barcelona, 1981.

DÍAZ ALABART, Silvia, S., «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, Mayo, 2004, pp. 259-270.

DÍAZ ALABART, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Volumen IV, 11ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012.

DOMINGO AZNAR, Antonio, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ REYES, Juan-Faustino, «La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 682, Marzo-Abril, 2004.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 53, Enero-Marzo, 2005, pp. 113-160.

GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Comentarios al Código Civil*, Director: RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 687, enero-febrero, pp. 11-29.

GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948. Reus, Madrid, 1950.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Coords: CASADO RAIGÓN y GALLEGO DOMÍNGUEZ, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005.

LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBUDILLA, José Luis y Francisco, *Derecho de Sucesiones*, I, 2ª edición, Barcelona, 1976.

LACRUZ BERDEJO, Luis, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Segunda Edición, Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2004.

LASARTE, Carlos, *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición, Marcial Pons, Madrid, 2011

LEÑA FERNANDEZ, Rafael, «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, 2005, pp. 179-263.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955.

MARTÍN MELÉNDEZ, M^a Teresa, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010.

MANRESA, José Luis, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Volumen I, Reus, Madrid, 1973.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, La Ley, Madrid, 2013.

NIETO ALONSO, Antonia, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

O'CALLAGHAN, Xavier, *Comentario del Código Civil*, Coord: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Tomo 4, Bosch, Barcelona, 2006.

O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil», Dykinson, Madrid, 2006.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1977.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Comentarios al Código civil. Tomo IV*, Director: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

RIPOLL SOLER, Antonio, «La sustitución fideicomisaria del nuevo art. 808 CC: fideicomiso de residuo», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005, pp. 1.747-1.753.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Dykinson, Madrid, 2009.

RIVAS MARTÍNEZ, «Problemas “habituales” en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo», *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista, Tomo I*, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Dykinson, Madrid, 2014

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

ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de Derecho Privado, Volumen II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil, VI, Derecho de Sucesiones, Tomo Sexto*, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1910.

SOLÉ RESINA, Judith, *Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil*. Directora: GETE-ALONSO Y CALERA, *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Aranzadi, Navarra, 2011.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Estudios de Derecho Sucesorio, vol. I.*, Montecorvo, 1980.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Dijusa, Madrid, 2007

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

Fecha de recepción: 05.03.2015

Fecha de aceptación: 19.05.2015