**TEMA 108. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS: SUS CLASES. SUSTITUCIÓN VULGAR, PUPILAR Y EJEMPLAR. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: LÍMITES Y EFECTOS. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO**

#### SUSTITUCIONES HEREDITARIAS: SUS CLASES

CASTRO LUCINI la define como aquella disposición testamentaria por la una persona es llamada en “defecto” o “después” de otra. Abarca tanto la institución de heredero como de legatario, ya que

789 Todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos, es igualmente aplicable a los legatarios.

2 clases fundamentales de sustitución (aparte la pupilar y la ejemplar):

* La vulgar, una sustitución subsidiaria o defectiva. En ella el 2º o ulterior heredero se nombre únicamente para el caso en que el 1º o anterior instituido no llegue a heredar (llamamiento subsidiario).
* La fideicomisaria, en la que por el contrario la pluralidad de llamamientos implica pluralidad de favorecidos. Todos disfrutarán el patrimonio hereditario sucesivamente (llamamiento sucesivo).

**FUNDAMENTO**

Las sustituciones hereditarias tuvieron su origen en el Derecho Romano (del latin “sub instituere”), en el que la institución de heredero era requisito esencial para la validez del testamento y además regía el principio “nemo pro parte testastus, pro parte intestatus, decedere potest”. Como señala DE DIEGO el testador multiplicaba los llamamientos para que hubiera algún heredero que recogiese la total sucesión.

Desde el Ordenamiento de Alcalá desapareció esta razón histórica que hizo nacer las sustituciones hereditarias; pero siguieron existiendo, ahora como consecuencia del principio de libertad (limitada) que se reconoce al testador para ordenar la sucesión.

* La vulgar trata de evitar la sucesión intestada y logra que el heredero sea el realmente querido por el testador y no el señalado impersonalmente por la ley.
* La fideicomisaria tradicionalmente ha perseguido la conservación de los patrimonios familiares. Pero tras la reforma de 2003 se concibe también, como veremos, como medio para la protección del incapaz.
* La pupilar y la ejemplar persiguen igualmente evitar la sucesión intestada; pero su rasgo peculiar consiste, señala Puig Brutau, en que no se trata de la sucesión intestada del causante, sino la del heredero (el menor de 14 años y el enajenado mental no pueden testar, art 663).

**DISPOSICIONES COMUNES**

* Ámbito de la regulación (art 789)
* Respeto a la legítima

813.2 El testador no… podrá imponer sobre la legítima gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el art 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente IN*~~dis~~*capacitados (ATENCIÓN: Unas veces es IN y otras es DIS -756, 822 y 1041-, referencia esta última que ex D Adic 4ª Cc ha de entenderse hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad).

La regulación del Derecho común en esta materia es muy escueta. Contrasta con la mucho más técnica y completa contenida en las leyes forales. Así, el Libro IV del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley de 10 de julio de 2008, regula la sustituciones en los artículos 425 y 426.

#### SUSTITUCION VULGAR

774 Podrá el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que MUERAN ANTES QUE EL, o NO QUIERAN, o NO PUEDAN aceptar la herencia.

Su NATURALEZA es discutida:

* La posición tradicional, mayoritaria, entiende que el 2º llamamiento está sujeto a una CONDICION NEGATIVA: *Que el primer llamado no llegue a ser heredero*. Por eso a la sustitución vulgar le son aplicables las reglas de la institución de heredero bajo condición (arts 790 y ss Cc).
* Sin embargo, ROCA SASTRE rechaza la idea de condición y cree que estamos ante una MERA PREVISION SUCESORIA del testador.
* RIVAS, en una posición intermedia, diferencia 2 casos:

En los casos *premoriencia e incapacidad* del primer llamado (no puede), no juega condición alguna y el llamamiento a favor del sustituto es eficaz desde la apertura de la sucesión;

Pero en caso de *renuncia* del primer llamado (no quiere)*,* hay un verdadero llamamiento condicional.

Está en juego determinar en **qué momento se produce el llamamiento del sustituto** (momento en que en consecuencia debe apreciarse la capacidad del sustituto).

FORMA Y MODALIDADES que puede revestir esta sustitución. Dos criterios:

♣ Sin o “con” expresión de casos:

* Simple

774 … La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

Los casos son: premoriencia, casus noluntatis (no quieran) y el denominado casus impotentiae (no puedan). Incluye los casos de incapacidad absoluta y los de incapacidad relativa (744 y ss). No se refiere a la incapacitación judicial de los artículos 199 y ss Cc (RDGRN 27 mayo 2009)

* Con expresión de casos. Únicamente tiene lugar la sustitución en los casos determinados por el testador (es doctrina registral reiterada que, expresado un caso, no cabe ampliar extensivamente la sustitución a otros distintos). Destacar:

Criterio distinto sigue en cambio el 425-1 CC Cataluña: la sustitución vulgar establecida para el caso de premoriencia se extenderá a todos aquellos en los que el instituido no quiera o no pueda aceptar, incluido el supuesto de conmoriencia (cfr. 33 Cc)

Rivas alude a una sustitución de casos “ad exemplum”, aplicando entonces analógicamente el párrafo 2º del artículo 774 CC.

♣ Por el número de designados sustitutos

778 Pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos

Combinaciones:

un sustituto para un heredero/varios herederos

varios sustitutos para un heredero

varios herederos sustituidos entre sí (sustitución recíproca, 779)

779 Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

La redacción del precepto es defectuosa. Hay que entender que la porción vacante corresponderá al sustituto en su totalidad (si son dos los instituidos) o a los sustitutos proporcionalmente (“a prorrata”, si son más de dos).

EFECTOS

780 El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes y condiciones sean meramente personales del instituido.

Por último se plante el problema de la colisión de la sustitución con otros derechos:

* ADQUISICIÓN DEL IUS DELATIONIS (ius transmissionis del art. 1006). Si, abierta la sucesión del causante, el instituido en primer lugar muere sin aceptar/repudiar la herencia dejando herederos, pasa a éstos (no al sustituto) el derecho a aceptarla o repudiarla (1006 *en vez de* 774). Esta es la solución implícitamente sostenida por la RDGRN 23 junio 1986.
* DERECHO DE ACRECER-sustitución vulgar: CASTAN, en virtud de la literalidad del art. 986 Cc, considera que ha de prevalecer el derecho de acrecer. Sin embargo la doctrina mayoritaria entiende que la sustitución se antepone alacrecimiento por ser aquélla una previsión del testador, postura que es la que parece seguir el art 912.3º del CC. RDGRN 25 septiembre 1987.
* Según la RDGRN 26 septiembre 2014 **LA SUSTITUCIÓN VULGAR EN CASO DE RENUNCIA DE UN LEGITIMARIO PUEDE ENTRAR EN COLISIÓN CON EL ART. 985.2** Cc. Pues de admitirse perjudicaría la legítima de los demás legitimarios (quienes en la parte renunciada suceden “por derecho propio”). En suma los sustitutos, aunque sean descendientes, no tienen derecho a legítima estricta sino que dicha legitima ha de ir a parar al resto de los legitimarios.

#### PUPILAR Y EJEMPLAR

Ambas sustituciones responden a un mismo mecanismo: la designación de sucesor hecha por los ascendientes a sus descendientes impúberes o incapacitados.

775 (sustitución pupilar) Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

776.1 (cuasipupilar o ejemplar) El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

777 Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.

ELEMENTOS PERSONALES:

* Sustituyente, que puede ser *cualquier* ascendente (a diferencia de en Cataluña donde la sustitución pupilar (*no la ejemplar*) solo pueden establecerla los progenitores, 425-5)
* Sustituto
* Sustituido, que ha de ser una persona menor de 14 años o incapaz. El TS exigía respecto de éste último declaración de incapacidad previa para poder nombrar sustituto, si bien, a partir de 1941, viene exigiendo simplemente que exista dicha declaración al fallecer el incapacitado.

OBJETO. Su naturaleza es discutida:

* Unos creen que solo estamos ante un llamamiento sucesivo en la herencia del ascendiente.
* Para otros en cambio estamos ante un testamento del impúber o incapaz realizado por el ascendiente.

Esta polémica encuentra su reflejo en lo referente a los bienes en los que se sucede. Dos posturas:

* **Sólo comprende los bienes transmitidos por el sustituyente**, pero no los propios, respecto de los cuales se abrirá la sucesión intestada. RDGRN 6 febrero 2003 y otras posteriores, pese a las críticas de la mayoría de la doctrina. Argumentos:

Estas sustituciones son **subtipos de la vulgar**.

El carácter **personalísimo** del testamento, sin que el Código establezca excepción para estas disposiciones.

* **Comprende todos los bienes del menor o incapacitado**: los propios y los transmitidos por el sustituyente (estamos ante una excepción al carácter personalísimo del testamento del art. 670, ya que de lo contrario los arts. 775 y 776 serían inútiles). VALLET, CCC y Compilación Balear. STS 14 abril 2011.

425-6 En la sustitución pupilar, el sustituto tiene este carácter respecto a los bienes que, subsistiendo al morir el impúber, este ha adquirido por herencia o legado del progenitor que haya dispuesto la sustitución, y el de heredero directo del impúber en la herencia relicta por este

Argumentos:

+ histórico (esta era la solución del Dº Romano y Partidas)

+ sistemático (de otro modo la sustitución pupilar y ejemplar carecerían de sustantividad, cumpliéndose sus fines con la vulgar y fideicomisaria)

**+** el art. 777 parece dar a entender que el testador dispone de todos los bienes del impúber (de lo contrario no tendría sentido hablar de sus legitimarios).

De seguirse esta tesis se plantea el problema de la preferencia cuando varios ascendientes hayan nombrado sustitutos, respecto de los bienes propios del hijo sustituido:

ALBALADEJO da preferencia a la sustitución establecida por el ascendiente de grado más próximo.

PUIG BRUTAU en cambio opina que la última sustitución revoca las anteriores.

El Libro IV de Cataluña distingue:

En la pupilar, la ordenada por el último progenitor que fallezca (425-6)

En la ejemplar, la ordenada por el ascendiente más próximo.

EXTINCIÓN

* En la pupilar, tiene lugar cuando el descendiente cumpla 14 años, aunque no otorgue testamento. Y también si el sustituto premuere al testador o al menor sustituido.
* En la ejemplar,

776 La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

En la actualidad la expresión “recobrar la razón” debe entenderse en el sentido de haberse dejado sin efecto, mediante sentencia firme, la declaración judicial de incapacidad.

A pesar del tenor literal de este precepto, se considera que para que quede sin efecto la sustitución, basta que el incapacitado recobre la razón, aunque no otorgue testamento.

En el art. 425-13 CCC la sustitución ejemplar queda asimismo ineficaz si el sustituto premuere al testador o al incapaz, o este al ascendente.

#### LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA:

781 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.

Se caracteriza por dos notas:

* (esencial) La existencia de una **pluralidad de llamamientos cronológicamente sucesivos,** de forma que tanto el primer llamado como los ulteriores suceden al difunto.
* (natural) En segundo lugar, la sustitución fideicomisaria implica la obligación del fiduciario **de conservar y transmitir** los bienes al fideicomisario si bien hoy en día la mayoría de la doctrina considera una característica natural pero no esencial, que se presume salvo que el testador disponga otra cosa (art. 783) apareciendo entonces el fideicomiso de residuo.

SUJETOS

* Fideicomitente: el testador
* Fiduciario: el primer llamado, encargado de conservar la herencia
* Fideicomisario: el llamado para después de aquel, a quien ha de entregarse la herencia

CLASES

* Por razón de los sujetos: familiar (en que los fideicomisarios son descendientes, hermanos o sobrinos del fideicomitente, 426-10) y no familiar (a favor de terceros).
* Por razón del objeto: de herencia o cuota de ésta (universal) y singular (impuesta al legatario)
* Por razón del título por el que se constituye. Según el art. 426-2 Los fideicomisos pueden ordenarse en pacto sucesorio, testamento, codicilo y donación por causa de muerte. El Cc sólo contempla el testamento; sin embargo, la STS 28 junio 2002, invocando el principio de autonomía de la voluntad, ha reconocido carta de naturaleza en el derecho común a la sustitución fideicomisaria constituida mediante donación.
* Por razón de la forma: expresa y tácita (luego tratamos de esta distinción).
* Por razón de la modalidad: a término y bajo condición.
* Con o sin facultad de elección (cuando el causante atribuye al fiduciario la facultad de elegir al fideicomisario entre determinadas personas).

#### LÍMITES

Señala ROCA SASTRE que la sustitución fideicomisaria ha sido una institución jurídica vejada, maltratada y vilipendiada desde antes de la Revolución Francesa (por aquello de las manos muertas o amortización de la propiedad –mayorazgos, etc-) lo cual se reflejó en la codificación, de forma que en algunos países se restringió al máximo (Francia y Alemania) y en otros desapareció (Italia).

En España a la sustitución fideicomisaria se le establecen límites configurados como requisitos o condiciones de validez:

* 781.

serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan (basta estén concebidas, ex 29) al tiempo del fallecimiento del testador.

Dicha limitación tiene su fundamento en el intento de evitar que los bienes queden amortizados y sustraídos definitivamente de la libre circulación y tráfico.

El límite de segundo grado ha sido interpretado de dos formas:

· SANCHEZ ROMAN considera que se refiere a grados de parentesco.

· La doctrina y jurisprudencia modernas moderna entiende que la solución anterior llevaría a limitar la aplicación del precepto únicamente dentro del marco familiar. Por ello, se considera que grado se refiere a llamamiento, sin que la institución al fiduciario agote uno de los llamamientos (pues no es un sustituto, sino un sustituido). Por lo tanto puede hacerse la institución y dos llamamientos más (2 fideicomisarios).

· Por último, ROCA SASTRE, en posición ecléctica, considera que habría de diferenciarse según la sustitución fideicomisaria fuera familiar o no. En el primer caso se entendería limitada a dos generaciones y en el segundo a dos llamamientos (posición seguida en la CBalear y también con mínima particularidad en Cataluña 426-10 -en Cataluña en la SF NO familiar solo puede llegar a ser efectivo 1 solo llamamiento-)

* 782, de acuerdo con el 813

782 Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

Pueden ordenar esta especial sustitución fideicomisaria el padre o madre, abuelo o abuela, y demás ascendientes respecto de los hijos, nietos y demás descendientes.

Los beneficiarios son los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. Como señala DÍAZ ALABART no basta la discapacidad regulada en el artículo 2 de la Ley 41/2003 ni, por supuesto, la mera incapacidad de obrar.

* 783.1

783.1 Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

La doctrina interpreta ampliamente la exigencia de llamamiento expreso considerando que no es necesario que se establezca de forma literal y que podrá deducirse del testamento ya que, señala VALLET, tácito no se opone a expreso sino a formalmente expresado. Ahora bien:

* + - En caso de duda, prima la regla in dúbio semper contra fideicomissum. Así por ejemplo, en la duda de si estamos ante una sustitución vulgar o fideicomisaria, la jurisprudencia del TS se inclina por la vulgar.
    - A la vista de la exigencia de llamamiento expreso, considera la mayoría de la doctrina que en caso de sustituciones sometidas a la condición **si sine líberis decessérit** (es decir, cuando se designa un sustituto para el caso de que el primer llamado muera sin descendencia) los hijos puestos en la condición NO habrán de entenderse puestos en la sustitución. Solución ésta acogida en el Derecho catalán 426-17, balear y navarro).
* Para evitar la burla de todas las limitaciones señaladas, dispone el art. 785

785 No surtirán efecto:

1º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.

2º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.

3º Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión.

4º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Señalar, sin embargo, que fuera del derecho común hay importantes manifestaciones de la fiducia testamentaria y de la herencia de confianza vg. en Cataluña o Navarra.

* En virtud de la regla útile per inútile non vitiátur, 786

786 La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá *por no escrita* la cláusula fideicomisaria.

La mayoría de la doctrina considera que cuando se sobrepase el límite del 2º grado, ex favor testamenti, sólo serán nulos los llamamientos que excedan del mismo. En sentido contrario, la STS de 29 de octubre de 1949.

* El art. 787 es criticado por la doctrina por considerarlo un precepto innecesario

787 La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo a varias personas, no *simultánea, sino sucesivamente*, se estará a lo dispuesto en el art. 781.

Cuando el testador hubiera establecido usufructuarios sucesivossin asignación coetánea de la nuda propiedad

. GONZALEZ PALOMINO considera que el usufructuario será también nudo propietario, por lo que realmente estamos ante una sustitución fideicomisaria sobre los bienes y no sobre el derecho de usufructo.

. CUADRADO IGLESIAS: los herederos abintestato serán los nudo-propietarios.

* Por último, como excepción a la prohibición del art. 785.3

788 Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres o de cualquiera establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes.

#### Y EFECTOS

FIDUCIARIO

La doctrina es unánime a la hora de calificar al fiduciario como un verdadero heredero siendo, como tal, propietario de los bienes hereditarios siquiera ad témpus o sub conditionem.

Por ello, advierte ROCA SASTRE MUNCUNILL que es necesario desterrar la tendencia del TS en sus primeros pronunciamientos, que equiparaba la figura del fiduciario a la del usufructuario.

**RESPONSABILIDAD** por deudas y cargas hereditarias. Existen dos posiciones doctrinales:

* ROCA SASTRE sostiene que no responde ultra vires, sino limitadamente, por ser un heredero temporal.
* VALLET (en posición adoptada por la Compilación Balear y matizadamente por el L IV Cataluña) considera que, conforme a las reglas generales, será ilimitada a no ser que acepte la herencia a beneficio de inventario.

Art 426-25 CCC El fiduciario universal *que ha tomado inventario* en tiempo y forma responde de las deudas del causante de acuerdo con el régimen de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (BASTA CON TAL “TOMA DE INVENTARIO” PARA VER LIMITADA SU RESPONSABILIDAD).

**DERECHOS**

\* ANTES DE LA RESTITUCIÓN:

Tiene derecho al aprovechamiento económico de los bienes (ius utendi, fruendi y possidendi; si bien lo que adquiere que no sean frutos o rentas se incorpora al fideicomiso) y en el ejercicio de dicho derecho, podrá realizar actos y celebrar contratos relativos a la **administración y gestión** de los bienes (planteándose la cuestión de si en determinados casos, como en el de arrendamiento, estamos ante acto dispositivo o de administración)

Puede ejercitar las acciones que le correspondan como heredero y como propietario y cobrar créditos hereditarios, cancelando hipotecas que los garanticen.

En el fideicomiso sobre acciones o participaciones sociales, según AURELIO MENÉNDEZ, resultan aplicables las normas sobre usufructo de acciones consagradas en los artículos 127 y ss TRLSC, son de aplicación en caso de “sustitución fideicomisaria de acciones”, como expresamente se prevé en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles del año 2002.

Sin embargo

+ si la sustitución es a término, salvo autorización del testador, no puede disponer de los bienes; y

+ si es condicional, salvo prohibición expresa del testador, podrá hacerlo pero quedando supeditado el gravamen a que se cumpla o no la condición.

En cualquier caso, la doctrina y la jurisprudencia admite la **disposición** de los bienes en concepto de libres y sin obligación de restituirlos para el pago de legítimas y legados, deudas hereditarias, gastos extraordinarios de conservación, cuando cuente con el consentimiento de todos los fideicomisarios y cuando lo permita el causante.

Asimismo se admite también la posibilidad de disponer de los bienes para reinvertirlos en otros más rentables que quedarán subrogados *con autorización judicial* (GONZÁLEZ PALOMINO). También CÁMARA, aplicando analógicamente el art. 804 CC; la DGRN lo acabó admitiendo en la RDGRN 29 Enero 1988.

\* AL TIEMPO DE LA RESTITUCIÓN:

783.2 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.

Respecto a los créditos, como señala ALBALADEJO se trata de aquellos que el fiduciario tuviera contra el testador en el momento de su fallecimiento que no se hubieran cobrado mientras era heredero.

**OBLIGACIONES**

Salvo disposición en contra ha de conservar y transmitir al fideicomisario los bienes fideicomitidos

Aunque se discute en la doctrina, parece que al no ser un usufructuario no está obligado a prestar fianza ni a hacer inventario. Sin embargo, en contra señala LACRUZ que si no se le impusieren dichas obligaciones resultaría ilusoria la obligación de restituir. Los arts. 426-20 y 21 CCC le imponen la toma de inventario y prestación de garantía.

FIDEICOMISARIO

**RESPONSABILIDAD**

♣ LACRUZ, en posición que parece mayoritaria, considera que el fideicomisario también es heredero y así parece deducirse del art. 785.1 (ya expuesto) que lo califica como *segundo heredero*

En consecuencia, estima LACRUZ, responderá limitada o ilimitadamente según acepte o no a beneficio de inventario.

♣ Sin embargo, en contra de esta posición considera VALLET que si por heredero ha de entenderse aquel que ocupa la posición jurídica del causante, sólo puede considerarse como tal al fiduciario, ya que sólo sobre él opera el fenómeno sucesorio, tan irrepetible como el alumbramiento de un hijo.

Por ello, señala dicho autor que la posición del fideicomisario se puede asimilar a la de un legatario de parte alícuota, en cuanto recibe los bienes fideicomitidos remanentes después de liquidada la herencia por el heredero fiduciario, respondiendo solo de forma limitada.

♣ Según el art. 426-46 CCC, “El heredero fideicomisario responde desde que adquiere el fideicomiso y únicamente con los bienes que reciba”. Y ello sin perjuicio de que los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después de otro (426-1)

Ex art. 784:

El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.

De esta forma, el CC configura el llamamiento al fideicomisario como un llamamiento a término, lo cual permite disponer de la expectativa adquirida:

* Ello no impide que el causante disponga de una manera expresa que el llamamiento sea condicional, en cuyo caso, será aplicable el art. 759, según el cual

**759 El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos**.

* En los casos en que el fiduciario no llegue a suceder por indignidad, premoriencia e incluso por repudiación, la mayoría de la doctrina considera que, salvo que se deduzca que fue otra la voluntad del testador, el fideicomisario ha de entenderse como su sustituto vulgar ya que su llamamiento implica una preferencia del mismo respecto de los herederos con derecho de acrecer o de los abintestatos.

No debe olvidarse que según la RDGRN 27 Marzo 1981 la sustitución fideicomisaria implica la vulgar tácita (recordemos lo dicho en relación la exigencia de llamamiento “expreso” ex art. 783 -tácito no se opone a expreso-). Lo que Cataluña reconoce abiertamente. En efecto, según el art. 425-3 Libro IV, “La sustitución vulgar puede ser expresa o tácita. 2. Las sustituciones pupilar, ejemplar, fideicomisaria y preventiva de residuo contienen siempre la vulgar tácita (las dos primeras solo respecto a los bienes procedentes de la herencia del sustituyente).

También, la sustitución fideicomisaria de residuo implica la vulgar tácita. Por ello, si el fiduciario premuere al testador, el fideicomisario de residuo podrá adquirir los bienes sin tener que proceder a la apertura de la sucesión intestada, salvo claro está, que otra cosa resulte de la voluntad del testador.

#### EL FIDEICOMISO DE RESIDUO y LA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO

Dice ALBALADEJO que es aquella sustitución fideicomisaria en que a tenor del art. 783.2 CC el testador dispensa al fiduciario, en todo o en parte, del deber de conservación.

* En el primer caso se habla de fideicomiso *si áliquid supererit* en el que el fideicomisario recibirá en su día los bienes que queden, si queda algo
* En el segundo caso se habla de fideicomiso de eo quod superérit

NATURALEZA **¿Se trata de una verdadera sustitución fideicomisaria?**

* Por lo general el TS ha considerado que la obligación de conservar y transmitir es esencial. En caso contrario no estamos ante una sustitución fideicomisaria sino ante una institución sometida a la condición de que existan bienes a la muerte del fiduciario, por lo que será aplicable el art. 759 Cc
* Por el contrario la mayoría de la doctrina, considerando que conservar es natural y no esencial (aquí viene a pelo lo de la coma 781: este art. NO define TODAS las SF –sí lo hubiera hecho *si* habría una coma-), entiende que existe una sustitución fideicomisaria, pues lo único incierto es el quantum pero en ningún caso el llamamiento en sí (que es cierto desde que se abre la sucesión), siendo aplicable el art. 784.

Se señala además que la posición anterior fue importada de la doctrina francesa: al estar en Francia prohibidas las sustituciones fideicomisarias, se trató de legalizar las sustituciones de residuo a base de negarles tal carácter (tal argumentación no tiene sentido en el Dº español al estar admitidas las sustituciones fideicomisarias).

Distinción de **otras FIGURAS ANÁLOGAS**

* ***Sustitución preventiva de residuo.*** En este tipo de sustitución el primer llamado tiene un poder de disposición ilimitado, que incluye los actos *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, y también los actos *mortis causa*.
* ***Usufructo con facultad de disponer*** (art 787 Cc). No se dan en éste dos llamamientos sucesivos sino simultáneos. Y el usufructuario, aunque tenga la facultad de disponer, es un titular de un derecho real sobre cosa ajena (iura in re aliena), mientras que el fiduciario es verdadero propietario, si bien afectado por la sustitución.
* ***Pseudousufructo testamentario***. Se produce cuando se instituye heredero en usufructo vitalicio a una persona sin nuda propiedad correlativa; y para después de su muerte se establece la adquisición plena de la herencia en favor de otra persona. Es decir, no hay nudos propietarios en periodo intermedio. Es clásica la polémica entre:

. GONZÁLEZ PALOMINO, para quien no hay usufructo y en realidad estamos ante un fideicomiso, siendo el usufructuario un heredero fiduciario.

. DÍEZ-PASTOR, para el que sí cabe la figura de usufructo sin nuda propiedad correlativa, y cree que estamos ante un legado de usufructo con nuda propiedad aplazada y condicional al que se aplican los arts. 801 y ss Cc (según otros, llamamiento a los abintestato entre tanto)

* ***Donación con cláusula de reversión en favor de terceras personas***. Está recogida en el art. 641 CC. Destacamos aquí la posición de:

+ DÍEZ-PASTOR, para quien estamos ante una *donación con sustitución fideicomisaria* (*fideicomiso contractual)*.

+ SOTO BISQUERT por su parte, prefiere hablar de un *negocio único e inter vivos que contiene una sustitución*, es decir, un doble llamamiento, si bien admite que la sustitución pueda ser fideicomisaria, vulgar, pupilar o ejemplar.

REGIMEN JURIDICO

* Aplicación de la **limitación del art. 781 C.C**. La doctrina está dividida:

· ROCA SASTRE lo considera aplicable.

· LACRUZ, ALBADALEJO, no (el art. 781 exige la conservación, por lo que no existe identidad de ratio legis).

* En todo caso, el **fiduciario de residuo**, a diferencia del ordinario, podrá disponer de los bienes en concepto de libres según el mayor o menor grado de libertad concedido por el testador. Autorización para disponer (ROCA SASTRE):

**inter vivos en caso de necesidad.**

**inter vivos y a título oneroso.**

**inter vivos a título oneroso y gratuito**, que exige disposición expresa y deberá interpretarse restrictivamente.

**inter vivos y mortis causa** en cuyo caso considera ROCA que no se puede hablar ya de verdadera sustitución fideicomisaria sino de sustitución sui generis conocida como preventiva de residuo (cuya finalidad es prevenir y evitar la sucesión intestada), posición que recoge el art. 426-59.

En ocasiones surgen dudas interpretativas cuando la voluntad del testador no se haya expresado con suficiente claridad. Así:

. La STS 7 Mayo 2010 entendió que si sólo se ha autorizado al fiduciario para disponer inter vivos, exclusivamente podrá disponer a título oneroso y no gratuito (si no se le facultó expresamente).

. **Art 426-53 CCC** Si el fideicomiso faculta **sólo para vender**, se entiende que faculta también para hacer otros actos de disposición a título oneroso. La facultad de disponer **a título gratuito,** que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso.

* La RGDRN 17 octubre 2003 admite que la sustitución fideicomisaria de residuo puede implicar la vulgar tácita, en contra de lo señalado por el TS.

Idem CATALUÑA (Art 425-3 Las sustituciones pupilar, ejemplar, fideicomisaria y preventiva de residuo contienen siempre la vulgar tácita).

* Se discute la admisibilidad del fideicomiso de residuo en la sustitución fideicomisaria art. 808 in fine (adicionado por Ley 18 noviembre 2003)

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.

De admitirse, señala DIAZ ALABART, podría convertirse más que en un gravamen a la legítima estricta, en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios.

En la **SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO** el sustituido (primer llamado) tiene un poder de disposición ilimitado, que incluye no sólo los actos inter vivos sin subrogación real ni reserva alguna, a título oneroso y a título gratuito, sino también los actos mortis causa.

Es preventiva porque se otorga en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar sucesor voluntario.

El CCC regula la sustitución preventiva de residuo en la misma sección que el Fideicomiso de residuo, dedicándole un art 426-59 específico del que resulta:

* Los sustitutos preventivos son sucesores del testador que ordenó la sustitución.
* La sustitución preventiva de residuo queda sin efecto por PRI (renuncia o indignidad sucesoria de todos los sustituidos o por el hecho de premorir todos éstos al heredero o al legatario sustituidos).