

10. LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

10.1. CONCEPTO Y CLASES

Siguiendo a **Regnin** la palabra sustitución se puede conceputar en el ámbito del derecho de sucesiones como: la disposición en virtud de la cual un tercero es llamado a recibir un activo hereditario en defecto de una persona o después de ella.

De este concepto puede concluirse que: en primer lugar al hablar de **activo hereditario** se comprenden en la definición de este autor la institución tanto de heredero como de legatario, por lo que el **art. 789** dispone todo lo establecido en el código en las sustituciones de heredero se entenderá también aplicable a los legatarios; en segundo lugar puede concluirse que **existen dos tipos de sustituciones principalmente,**

- La sustitución **directa, vulgar o de primer grado** en que el sustituto es llamado solamente para el caso de que el primer instituido no llegue a heredar por lo que hay varias liberalidades eventuales pero sólo una real.
- Y la sustitución **indirecta, fideicomisaria o de segundo grado** en que el sustituto es llamado después del primer instituido cuando por las razones que sean éste deje de serlo y en que hay dos o más liberalidades reales que se hacen efectivas sucesivamente.

Pero con estas dos clases de sustituciones no se agotan las reguladas en el Cc pues este cuerpo legal prevé además dos sustituciones sólo posibles en relaciones especiales de parentesco como son la pupilar y la ejemplar.

10.2. LA SUSTITUCIÓN VULGAR

10.2.1. Regulación y concepto

La sustitución vulgar **se regula en la sección III del capítulo II del título III de libro III** del Cc y **puede definirse** como el llamamiento que hace el testa-

dor de un segundo heredero para el caso de que el primero no llegue a serlo por alguna de las causas señaladas en el **artículo 774**, a saber: que el heredero premuera al causante o que no pueda o no quiera aceptar la herencia.

Cuestión distinta es que el heredero sobreviva al causante pero fallezca antes de ejercitar el ius delationis, lo que determinaría la aplicación del **artículo 1006** y este derecho se transmitiría a sus herederos, sin que tuviera lugar la sustitución vulgar (**STS de 23 de junio de 1986**).

Con ello el testador trata de evitar que se abra la sucesión intestada.

10.2.2. Naturaleza y tipos

La **naturaleza** de una sustitución es por tanto la de una institución condicional de heredero y consecuentemente ha de regirse supletoriamente por las normas relativas a aquella.

No obstante, como señala **Díez Picazo**, conviene distinguir entre los casos en que el llamado no pueda aceptar entonces el llamamiento al sustituto es eficaz desde la apertura de la sucesión, no hay ninguna condición que haya de cumplirse posteriormente y en segundo lugar, aquellos casos en que el heredero no quiera heredar, entonces sí habrá un llamamiento condicional al sustituto.

La sustitución vulgar a su vez puede ser de diferentes **tipos**, pudiéndose distinguir:

Por razón de las causas en que pueda tener lugar: la sustitución simple que conforme al **art. 774.2** acontece cuando el testador no dispone en que supuestos ha de producirse la sustitución, en cuyo caso ésta se realizará en cualquiera de los casos anteriormente señalados, o por el contrario, puede disponer el testador que sólo tenga lugar en alguno o algunos de aquellos supuestos.

La doctrina y la jurisprudencia (así en **STS de 28 de diciembre de 1956**) entienden que el mero hecho de citar casos comporta siempre la

exclusión de los supuestos no expresados sin que quepa ampliar interpretativamente el llamamiento a los otros. Discrepan de esta posición mayoritaria autores como **Lacruz** que consideran que la expresión de los supuestos en que ha de tener lugar la sustitución vulgar puede ser simplemente *ad exemplum*.

En función del número de personas designadas nuestro Cc contempla las siguientes posibilidades:

Por el **artículo 778**.

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

En la sustitución conjunta, si el testador no fijó partes, los sustitutos son llamados por igual, conforme a lo dispuesto en el **artículo 765**.

Mientras que en la sustitución gradual, es decir, si se nombran a una serie de sustitutos en defecto del otro rige la regla *substitutus substituto censetur substitutus instituto*, según la cual cada sustituto lo es de los anteriores y directamente del instituido.

Cuando se nombra a un sustituto a dos o más herederos, no es necesario que falten todos para que la sustitución sea eficaz, salvo voluntad contraria del testador. Pero habrá que determinar previamente si existe derecho de acrecer entre los instituidos, y caso afirmativo, si el nombramiento del sustituto lo excluye.

En favor de la opinión afirmativa se alega que es normal que el testador prefiera a los herederos sobre el sustituto, y la literalidad del **artículo 986**, que antepone el derecho de acrecer a la sustitución, para **Díez Picazo** en cambio, la cuestión debe resolverse por la primacía de la sustitución vulgar, pues indica una voluntad contraria al acrecimiento y frente a lo que se desprende del **artículo 986** se puede oponer la literalidad del **artículo 912.3** que mostraría una preferencia por la sustitución.

Y según el **artículo 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 sustitución vulgar recíproca presenta grandes semejanzas con el acrecimiento, mas en ella el llamamiento a título de sustituto es siempre distinto del llamamiento a título de heredero, y precisa una aceptación independiente. El Cc en el **artículo 779** recoge el principio romano, recibido en las **Partidas**, *partes adiectae in institutione censertur repetitae in substitutione*. Este principio que ya constaba en el **artículo 633 del proyecto de 1851**, tiene su origen en **ULPIANO (D, 28, 6, 24)**, se plantea la cuestión que varios herederos instituidos en partes distintas sean sustitutos recíprocos, entonces habrá que entender que tiene en la sustitución las mismas partes que en la institución, salvo que fuere otra la intención del testador y lo ejemplifica del siguiente modo:

Un instituido en una onza, otro en ocho y un tercero en tres, y el de tres repudia. Sus tres onzas se han de dividir en nueve partes, de las que se llevará ocho el instituido en ocho, y una el instituido en una.

10.2.3. Efectos y causas de la extinción

El **principal efecto** de la sustitución vulgar se prevé en el **artículo 780** según el cual:

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 o condiciones sean meramente personales del instituido.

Siguiendo a **Albadalejo** aunque el Cc se refiere sólo a condiciones y cargas no hay motivo para excluir el término.

Y este mismo autor y otros como de **Buen** entienden que también pese a la literalidad del precepto que exige disposición “expresa” basta con que

conste la voluntad del causante para que el sustituto no quede sujeto a las cargas y condiciones impuestas al instituido.

Con respecto a qué debe entenderse por cargas meramente personales, para algunos autores son, aquellas que por su naturaleza solamente pueden cumplirse por el instituido, y por nadie más. Pero parece más acertada la opinión de otros autores como **Traviesas, Albadalejo o Bonet** según la cual, el carácter meramente personal, de la carga no implica que sólo sea posible respecto del instituido, sino meramente que ha sido puesta en consideración especial a la persona de éste, aunque las mismas pudieran ser cumplidas por el sustituto.

Con relación a la transmisibilidad de las cargas y gravámenes la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona número 189/1998 de 8 de mayo se pronunció acerca de la interpretación que debía darse a la cláusula “no es voluntad del heredante la de extender el gravamen fideicomisario a un heredero fideicomisario que accediese a la herencia en representación de su padre premuerto”. Dispuso la referida sentencia

QUINTO.- Ciertamente que el art. 780 del Código Civil, así como ahora el 170 del Codi de Successions, determinan que el sustituto sucede al causante con las mismas limitaciones y cargas impuestas al sustituido que no llegue a ser heredero, pero no lo es menos que añade la excepción de que el testador disponga de otra forma diferente.

En el presente caso los heredantes han previsto algo diferente, como es permitir que sus propios hijos dispongan "mortis causa" en favor de los que a su vez pudieran tener respecto a sus eventuales derechos en la herencia de aquéllos. Tal precisión puede entenderse limitada única y exclusivamente a la determinación del orden en que los hijos del hijo disponente deban entrar a sucederle en sus derechos sobre la herencia de sus padres, caso de que premuriese al momento del nacimiento de su derecho hereditario, o, por el contrario, considerar que quedaba en manos del hijo no sólo configurar el orden de sucesión, sino también si la misma se producía como libre o como gravada de restitución a un segundo fideicomisario.

Enlazando aquí con lo argumentado en el fundamento jurídico cuarto, no parece en absoluto descabellado que unos padres, o mejor dicho, futuros padres, que al otorgar capítulos matrimoniales han concedido plena libertad a sus hijos para que dispongan de la herencia como tengan por conveniente, salvo en el solo supuesto de que muriesen sin tener hijos en edad de testar, no tengan reparo alguno en que cualquiera de sus hijos no herederos, pero sí llamados a sustituir al que lo sea, en prevención de que tal expectativa se concretase, pudieran igualmente disponer en la forma que tuviesen por conveniente sobre cómo sus hijos, en su caso, heredarían los bienes de aquéllos, ya que ello implica la misma libertad y confianza que la otorgada al hijo heredero, si se quiere con la limitación de que al actuar así el hijo con derecho a la sustitución fideicomisaria condicional tuviese al morir hijos en edad de testar, lo que es evidente ocurre en el caso que nos ocupa.

SEXTO.- A mayor abundamiento de la interpretación efectuada en el anterior fundamento jurídico, un supuesto idéntico en lo sustancial fue resuelto de igual manera por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 30 noviembre 1992 (RJ 1994\1981). En el caso examinado por ésta el parentesco entre los litigantes era idéntico al que nos ocupa, así como las circunstancias en que se encontraban respecto a la herencia fideicomitada, variando tan sólo su posición procesal, ya que en aquél era el heredero fideicomisario que se consideraba libre quien interpuso la demanda para que así se declarara. En ambos supuestos el fideicomiso condicional "si sine liberis decesserit" se impuso en capítulos matrimoniales otorgados por los abuelos del heredero que se considera no gravado, habiendo adquirido la herencia a título de fiduciario un tío fallecido sin descendencia, haciendo aquélla tránsito a su muerte en favor de sobrinos, hijos de padres premuertos al fiduciario, cuyos padres habían dispuesto "mortis causa" de sus derechos en favor de sus respectivos hijos.

Además, la cláusula de los capítulos es semejante en uno y otro caso, como no puede dejar de ser lógico al perseguir ambos instrumentos notariales idéntico fin, haber sido otorgados en fechas relativamente próximas (1890 y 1900) y en dos zonas limítrofes (Vic y Olot). En aquél se decía "quieren no obstante que los hijos de los premuertos sucedan en el lugar y derecho de su respectivo padre o madre en el modo y forma que éstos hubiesen dis-

puesto y en defecto de tal disposición por el propio orden y bajo las mismas reglas y condiciones fijadas para los hijos de los otorgantes...".

Puede argumentarse, cosa que no han hecho los apelantes al ni siquiera cuestionar o discutir en el acto de la vista de este recurso las razones de la aplicabilidad de la referida sentencia al presente supuesto efectuada por el señor Juez de primera instancia, que la cláusula capitular del caso de referencia es todavía más clara y rotunda que la que nos ocupa. Sin embargo, ello no empece a que, según lo argumentado, parezca, como mínimo, harto dudoso que la voluntad de los heredantes fuera la de extender el gravamen fideicomisario a un heredero fideicomisario que accediese a la herencia en representación de su padre premuerto, lo que haría que entrase claramente en juego el principio contra fideicomiso. En cualquier caso, la voluntad que trasluce de uno y otro documento tiene claros indicios de ser la misma, sin que puedan establecerse relevantes diferencias de significado entre las expresiones "modo y forma" y "según".

Además, la posibilidad prevista expresamente en los capítulos de 1890 de que, a falta de disposición, se mantengan las "reglas y condiciones fijadas para los hijos de los otorgantes", lo que supone la eventualidad de que éstos puedan resultar gravados por el fideicomiso en defecto de disposición de sus padres premuertos, ni tan siquiera se explicitó en el supuesto a resolver que ahora nos ocupa, por lo que, con mayor motivo todavía, es aplicable la solución dada en el caso precedente.

Son **causas de extinción** de esta sustitución: las que producen la extinción de la institución de heredero; la aceptación de la herencia por el sustituido y que el sustituto premuera al sustituido.

10.3. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

10.3.1. Concepto y sujetos que intervienen

Siguiendo **Roca-Sastre** en (estudios de Derecho Privado), históricamente el nacimiento de los fideicomisos (que en su primera forma fueron de

carácter singular) fue provocado por la rigidez del derecho romano en cuanto a las formalidades testamentarias en la disposición de los legados. Para orillar estas complicaciones se acudió al ruego formulado por el testador al heredero para que hiciera pasar determinados bienes a una persona favorecida. Este ruego careció de fuerza jurídica, quedando todo a la buena fe del rogado y de aquí el nombre de fideicomiso.

El **art. 781** define en su primer inciso las sustituciones fideicomisarias como aquellas en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de una herencia.

Los **sujetos que intervienen** en la sustitución fideicomisaria, son:

El testador que ordena esta sustitución que es llamado **fideicomitente**; El encargo de transmitir la herencia, heredero **fiduciario**; y aquél a quien ha de ser entregada **fideicomisario**, al que se considera heredero del fideicomitente no del fiduciario por lo que la vocación es doble.

10.3.2. Reglas interpretativas contrarias al fideicomiso

Por suponer la sustitución fideicomisaria una vinculación de bienes, aunque temporal en tanto hay que conservarlos para transmitirlos después, El código las ve con disfavor de ello se derivan las siguientes **reglas interpretativas**: *In dubium contra fideicomisum*; exclusión de los llamamientos conjeturales lo cual no significa que no haya de averiguarse la voluntad del testador respecto a si quiso disponer o no una sustitución fideicomisaria; y la negación del carácter de sustitución de los simples ruegos o encargos del testador de que el sustituto transmita o entregue los bienes a otros herederos.

10.3.3. Límites

Por otro lado, y en la misma línea, para que sea válida la sustitución es necesario que se respeten los **límites** impuestos en los **artículos 781 a 783**.

Artículo 781 (fine).

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.

Artículo 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 recaeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

Se trata de un precepto modificado por **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 con esta finalidad.

Artículo 783 párrafo 1.

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

10.3.4. Supuestos concretos de sustituciones invalidantes y alcance de la nulidad

Especifica el **artículo 785** supuestos concretos de sustituciones invalidantes, así por este artículo:

No surtirán efecto:

- 1. 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.*

2. *Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.*
3. *Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente más allá del segundo grado, cierta renta o pensión.*
4. *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.*

Acerca del alcance del párrafo segundo de este precepto existen bastantes sentencias de entre las cuales puede destacarse la de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 366/1998 (Sección 1ª), de 11 noviembre:

QUINTO.- El art. 785 en el párrafo 2. del Código Civil, dispone que no surtirán efecto: "Las disposiciones que contenga prohibición perpetua de enajenar, y aun, la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781 del mismo textos legal" el cual determina tal límite en orden a la validez y efectividad "siempre que no pasen del segundo grado", o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento".

Al decidir el vigente Código Civil el problema planteado con motivo de las sustituciones se encontraba con que, en tanto había legislación que las había suprimido radicalmente, otras habían aceptado íntegramente todas las clases que admitió el Derecho romano, aun no se había extirpado en nuestra legislación los peligros que ya señalaba la Ley 12 del Título 17 del Libro 10 de la Novísima recopilación, y quiso destruir la de 1820, restablecida en 1836, porque al amparo de la L. 17 de Toro se habían introducido en nuestra legislación costumbres jurídicas y mantenía la jurisprudencia sustitucional con evidente apariencia de vinculación que tenía de ella la esencial prohibición de enajenar, como la que es motivo de la presente litia, a las cuales se venía atribuyendo valor coital de que no tuvieran caracteres de perpetuidad, y para raso: ver la duda que criterios tan contradictorios debieron suscitar en el legislador,

adoptó un sistema intermedio de eclecticismo, del que es fruto el citado art. 781 del C. Civil, que declara válidas las sustituciones fideicomisarios en cuya virtud se encarga al heredero que conserve o transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, siempre que no pase del segundo grado, entendiendo la aceptación del vocablo "grado" a raíz de la publicación del Código Civil con el significado de "grado de parentesco", basándose en el art. 915 del mismo texto legal, en su proposición segunda, el cual dice que "cada generación forma un grado", determinándose que no pasarán "ni aun en línea directa de la segunda generación"; o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, lográndose con esta fórmula la armonía entre principios fundamentales de la ciencia asonómica, que habían desechado por peligrosa al bien público la inalienabilidad de los bienes y el respeto, merecido a la voluntad del testador, que podría tener motivos especialísimos para asegurar de este modo la subsistencia de personas de su inmediata relación con las que tuvieran deberes que cumplir y quisiera hacer compatibles con otras, ya que habían desaparecido otros motivos que dieron origen al nacimiento de los fideicomisos en la legislación romana, y dicho precepto sin desatender el aspecto público, por lo que se refiere a la organización de la propiedad, manteniendo el principio de la libertad del dominio, respeta la voluntad del instituyente dentro de la medida que al legislador estima compatible con aquel otro principio que aconsejaba la radical supresión de las sustituciones fideicomisarias, con tal justificado recalo miradas por las Leyes, de que antes se ha hecho mérito y por tanto, si no se habían de frustrar los fines propuestos con esta innovación por el legislador de 1889, era indispensable que desde la publicación de dicho Código, quedaran las sustituciones fideicomisarias existentes afectadas de nulidad en cuanto por el grado ya alcanzado en la sustitución ya gravada, o conforme a la razón de convivencia entre los favorecidos y el testador hubieran traspasado los límites prefijados por dicho art. 781 del C. Civil, cuyas prescripciones constituyan derecho nuevo por primera vez declarado, que debe ser aplicado automáticamente así para limitar la explicación de la Ley sobre las sustituciones fideicomisarias que antes no tuvieron condiciones de viabilidad jurídica, aunque lo tuviera el acto originario de

su creación como para no privar del derecho que la nueva Ley consagra en favor de aquellos que ya tuvieran o hubieran de adquirir por acto o condición a consolidar como libre la propiedad gravada.

SEXTO.- En el presente caso, D. había heredado la finca objeto del contrato de compra-venta privado, constituyendo el primer grado de llamamiento, de manera que la prohibición de disponer que se estipula en el testamento otorgado por D., al momento de celebrar con D., actor-apelante, el citado contrato de compraventa privado el día 27-12-1978 le afectaba, pues tal estipulación a tenor de lo dispuesto en los tan citados arts. 785 y 781 del C. Civil, era válida y ello porque se había traspasado del segundo grado de llamamiento desplegando su eficacia, de ahí que la resolución de la primera instancia deberá ser confirmada, con base a los fundamentos jurídicos de la presente resolución, desestimando el recurso de apelación interpuesto, condenando al apelante al abono de las costas causadas en esta alzada.

Por tanto si no se respetan los límites del fideicomiso, éste es nulo. El alcance de la nulidad se determina en el **artículo 786**, según el cual.

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.

10.3.5. Efectos de las sustituciones fideicomisarias

Los **efectos** que se derivan de las sustituciones fideicomisarias son los siguientes:

a. Respecto del fiduciario:

Como señala **Díez Picazo**, el fiduciario es un heredero y consecuentemente un propietario de los bienes sujetos a la sustitución, si bien con carácter temporal, es decir, hasta que llegue el plazo fijado para la restitución, o con-

dicional, hasta que se cumpla el evento señalado para que se dé la restitución. Sin embargo, pese a ser propietario, está sometido a cuantas limitaciones nacen del hecho que ha de conservarlos para transmitirlos (**Sentencia Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996**). Hoy está totalmente abandonada la tesis de la equiparación entre el fiduciario y el usufructuario en la doctrina y jurisprudencia que se había propugnado en (**sentencias como la 22 de diciembre de 1920 y 20 de octubre de 1954**), que había seguido el artículo 638 del **Proyecto de 1851**. Es evidente que el código se apartó de ella, pues a diferencia de lo que establece el **artículo 487** respecto del usufructuario, el **artículo 783** permite al fiduciario la facultad de hacer mejoras con derecho a reclamar su importe, así señala este precepto que:

Conforme a lo señalado en el **artículo 783**.

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.

También tiene el deber, salvo que haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, de responder de las deudas del causante.

No puede disponer de los bienes aunque en el caso de necesidad evidente podrá recabar autorización judicial, pero si el fideicomisario existe será preciso además el consentimiento de éste, que no podrá ser sustituido por la citada autorización.

Como contrapartida a todo lo expuesto el fiduciario tiene derecho a disfrutar de los bienes.

b. Con relación al fideicomisario.

Dice el **artículo 784** que:

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.

Por ello tiene acción contra el fiduciario que haya incumplido o cumplido defectuosamente la obligación de conservar los bienes.

10.3.6. Extinción de la sustitución fideicomisaria

La sustitución fideicomisaria se extingue: cuando se han de entregar los bienes al fideicomisario y si el fideicomisario no quiere o no puede heredar pues el fiduciario se hace dueño pleno de los bienes.

Si es el fiduciario quien no quiere o no puede heredar, no se extingue el fideicomiso sino que su función la desempeña su sustituto vulgar que haya sido expresa o implícitamente designado por el testador. En este último caso será sustituto vulgar el heredero abintestato.

10.3.7. Tipos de sustituciones fideicomisarias

Esa es la causa general de extinción de las sustituciones fideicomisarias, pero pueden haber además causas específicas, según la clase de sustitución de que se trate. Se distinguen los siguientes tipos de sustituciones fideicomisarias.

a. La sustitución fideicomisaria con cargas que prevé el Artículo 788, según el cual:

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.

Este precepto supone una excepción a la regla contenida en el **artículo 785.3** (ver supra) para su comprensión hay que tener presente su inmediato antecedente en el **artículo 789 del anteproyecto 1882-1888** que exigía que la prestación debía ser consignada sobre “ciertos y determinados bienes”.

b. La disposición sobre el usufructo prevista en el Artículo 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 artículo 781.

Como decía **García Goyena** en relación al **artículo 638 del proyecto de 1851** "aquí hablando con propiedad, no hay verdadera sustitución sino dos donaciones, una de usufructo y otra de la propiedad". De una parte el usufructuario es titular de un ius in re aliena y por tanto simple legatario, y no, como el fiduciario, de una propiedad ad tempus; correlativamente, al cesar el usufructo se reincorpora a la nuda propiedad por virtud de la *vis atractiva* del dominio, y no por especial disposición del causante; por último, el nudo propietario es titular del dominio (gravado con el usufructo) desde el primer momento, y no, como el fideicomisario en vida del fiduciario mero portador de una expectativa de dominio futuro.

La previsión contenida en el último inciso del **artículo 787** resultaría innecesaria en tanto que al haber un orden sucesivo de usufructuarios si existe, en este caso y no en el del primer párrafo, una sucesión fideicomisaria.

En el análisis de este precepto la doctrina estudia el **usufructo con facultad de disponer**, pues es frecuente que el testador conceda al usufructuario, establecido en testamento, la facultad de disponer de los bienes usufructuados o de parte de ellos. Las diversas modalidades de esta disposición se asemejan a las del fideicomiso de residuo, sobre el que después se incidirá, es decir, la disposición en caso de necesidad apreciada por determinadas personas, o bien demostrada por el hecho de haber gastado previamente el usufructuario todos sus recursos; disposición por la existencia de necesidad cuya apreciación se encomienda a la conciencia del propio usufructuario; facultad dejada a la libre voluntad del usufructuario y sin alegación de necesidad alguna e incluso, aunque ello es más excepcional, la facultad de disposición por título gratuito.

No obstante pese a la similitud también existen notables diferencias entre esta institución y la del fideicomiso de residuo que puso de manifiesto la **resolución de 8 de febrero de 1958**. En el usufructo con facultad de disponer el titular tiene un ius in re aliena en tanto que en el fideicomiso de residuo se está ante un dueño en pleno dominio que sólo tiene la limitación de no poder disponer de él mortis causa. Consecuentemente en el usufructo con facultad de disponer no se ha realizado por el testador un doble llamamiento directo e indirecto a la misma cosa, sino que distribuye entre dos personas y de un modo inmediato las facultades integrantes del derecho, lo cual hace que aun otorgándose la facultad de disponer al instituido en usufructo, el nudo propietario adquiera su derecho desde el momento de fallecimiento del decuius. En un mismo sentido se pueden traer a colación las **sentencias de 9 de diciembre 1970 y de 9 de octubre de 1986**.

c. En tercer lugar, el fideicomiso de residuo.

Existe cuando el testador autoriza al fideicomisario a disponer de los bienes con las limitaciones que eventualmente pueda haber determinado y con la obligación de transmitir los bienes restantes en el momento de la restitución a las otras personas a las que llama sucesivamente a su herencia.

Según la **Sentencia Tribunal Supremo de 7 de enero de 1959**, el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: 1ª En el supuesto de que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán, en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia (si *quid supererit* –si queda algo–); 2ª En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquél (de *eo quod supererit* –de aquello que deba quedar–).

La jurisprudencia ha estimado en reiteradas ocasiones, así en **sentencia de 22 de julio de 1994** que los llamamiento a los fideicomisarios son condicionales pues dependen de que quede algo que restituir, este criterio ha sido muy criticado por la doctrina dominante pues todo lo más cabría mantener el carácter condicional de los llamamientos si *aliquid supererit* pero no la de los llamamiento *eo quod supererit*. Con relación a este último, como señala la **STS de 25 de abril de 1983** no se trata de una institución condicional en sentido estricto del **artículo 790 del Cc**, pues los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador por cuanto a nada están condicionados, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados para el caso de fallecer sus ulteriores sustitutos, siendo lo único incierto la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso de *eo quod supererit*).

Dentro de estas dos clases se pueden encuadrar, a su vez, las diferentes modalidades de fideicomiso que se puedan establecer en las disposiciones testamentarias tras su adecuada interpretación conforme a la voluntad del causante, modalidades que **Lacruz** sistematiza del siguiente modo:

- *Autorización para disponer en caso de necesidad* que puede ser apreciada por el propio fiduciario, los albaceas o terceras personas.
- *Autorización para disponer inter vivos por título oneroso*. La contraprestación adquirida por el fiduciario al comprar no se entiende que subro-

ga al bien salido del patrimonio salvo voluntad contraria del testador, así lo entiende **Vidal Martínez**, por extrapolación de la regla contenida en el **artículo 245.2 del CS**, en un mismo sentido **STS de 10 de julio de 1954**.

- *Autorización para disponer intervivos, incluso por donación*, supuesto en que por **STS de 10 de marzo de 1978** la donación ha de entenderse incluida en la autorización para disponer mortis causa.
- *Autorización para disponer por actos inter vivos como la mortis causa*. Esta última ha de ser expresa: no se considera implícita en la en la mera autorización para disponer, como señala la **STS de 23 de diciembre de 1982** y las sentencias allí citadas.

Existe en definitiva reticencias a encuadrar figura en el marco de la sustitución fideicomisaria, porque se estima que la esencia de ésta es la conservación de los bienes que por definición falta aquí, no obstante como ha puesto de relieve algún sector de la doctrina, el fideicomiso de residuo está configurado por el legislador como una genuina sustitución fideicomisaria, al permitirlo el **art. 783**, en que no se aplica la limitación del **art. 781** en cuanto no hay vinculación de bienes necesaria que es la que prohíbe el precepto.

Los llamados al residuo gozan de todas las acciones tendentes a la protección de sus derechos.

d. Fideicomiso sometido a condición suspensiva.

Se aplica el **art. 759** y el fideicomisario heredero no adquiere su derecho sino desde el momento en que la condición se cumple.

e. Fideicomiso sometido a condición resolutoria.

Tanto el fideicomisario como el fiduciario son propietarios y la condición tiene como único efecto resolver, al cumplirse, la titularidad de los bienes pero no supone obstáculo para enajenarlos.

f. Institución si sine liberis decesserit El testador llama a su herencia a una persona y sucesivamente a otra para el supuesto que la primera muera sin descendientes. Si el fiduciario muere con hijos, no es de aplicación la regla *positus in conditione, positus in substitutiones*, y como señaló **González Palomino**, estos no se han de entender llamados como fideicomisarios porque están puestos en condición no en sustitución por lo que el fiduciario adquirirá la plena propiedad de los bienes.

Si el fideicomisario, con o sin hijos, premuere al fiduciario, también éste queda entonces el liberado del gravamen de la sustitución.

10.4. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR

La sustitución **PUPILAR** se regula en el **artículo 775**. Dice este precepto que:

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.

La sustitución **EJEMPLAR** se prevé en el **artículo 776** en los siguientes términos.

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

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.

Ambas instituciones son de honda raigambre romana y su existencia en el ordenamiento jurídico romano respondía a la necesidad de evitar la sucesión intestada.

La llamada sustitución ejemplar, surge como un privilegio en el derecho romano tardío, tomando de modelo la sustitución pupilar, y se llama