

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

El fideicomiso de residuo : (estudio de la jurisprudencia y doctrina sobre su condicionalidad y límites en el código civil)

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Silvia Díaz Alabart

Madrid, 2015

Autor: SILVIA DIAZ ALABART

**EL FIDEICOMISO DE RESIDUO
(ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA
SOBRE SU CONDICIONALIDAD Y LIMITES EN EL
CODIGO CIVIL)**

Tesis presentada para la obtención del grado de doctor.

**DIRIGIDA por el Prof. Dr. D. Antonio Hernández Gil
Catedrático de Derecho Civil**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

**Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Civil**

Madrid, 1981



**BIBLIOTECA
DE DERECHO**

CAPITULO PRELIMINAR

S U M A R I O

I. DELIMITACIÓN DEL CAMPO OBJETO DE ESTUDIO.- II. EL PRINCIPAL TEMA TRATADO, LA FORMA DE HACERLO, Y EL ERROR QUE -CREO- RESULTA DESVANECIDO POR SU ESTUDIO.- III. EL INTERÉS DEL ESTUDIO DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y DEL PROBLEMA DE SU CONDICIONALIDAD.- IV. ÚLTIMAS ADVERTENCIAS.

DELIMITACIÓN DEL CAMPO OBJETO DE ESTUDIO.

En esta tesis se estudia la problemática específica del fi -
deicomiso de residuo en el Código civil según nuestra jurispruden-
cia y doctrina. Se prescinde de tratar, por ellos en sí mismos, -
tanto los antecedentes históricos de la figura, como lo que esta-
blezcan sobre ella otras legislaciones, incluso nuestros Derechos
forales. A los dichos antecedentes, a aquellas legislaciones y a
estos Derechos, igual que a sus doctrinas, se acude, sin embargo,
cuando conviene para el mejor conocimiento del punto que sea.

El centrar el estudio en la problemática *específica* del fidei
comiso de residuo se debe a que si se hubiese tratado de la total
regulación de la figura, habría habido que ocuparse previamente -
de demasiados extremos pertenecientes a la sustitución fideicomi-
saria en general, pero que siendo inseguros, habría habido que --
ahondarlos y elucidarlos previamente, para entonces ver la proce-
dencia o no de aplicar al fideicomiso de residuo la regulación --
averiguada para la sustitución fideicomisaria en general, o si es
que sus especialidades pedían otra solución o bien modificacion -

nes de la general. Y haberse ocupado de tales extremos de la sustitución fideicomisaria en general, por un lado habría llevado de masiado tiempo y lugar, y, por otro, habría dado por resultado -- que la mayor parte del estudio recayese sobre puntos no particulares del fideicomiso de residuo. Piénsese, por ejemplo, en las respectivas posiciones de fiduciario y de fideicomisario, en sus derechos, garantías para protegerlos, etc, materias todas ellas, -- que inseguras en muchos puntos para la sustitución fideicomisaria, por la falta de normas legales, no es posible abordar directamente para el fideicomiso de residuo. Pues lo que hubiese de decirse para éste, provendría, en ocasiones, en gran parte de lo que correspondiese a aquélla, para lo que sería necesario averiguarlo primero. Y en otras ocasiones habría que ver hasta dónde los mayores derechos del fiduciario de residuo que los del fiduciario con obligación de conservar, pedirían, en el extremo que fuese, una regulación coherente -distinta de la de la sustitución normal- -- con la disponibilidad de los bienes fideicomitidos concedida al fiduciario; pero, de cualquier modo, habría que averiguar previamente cuál es la regulación que corresponde en el fideicomiso ordinario.

Ese campo de la temática específica del fideicomiso de residuo al que se ha circunscrito el estudio, dio por resultado que éste verse sobre las siguientes cuestiones:

1°. Si el fideicomiso de residuo es o no una variante particular dentro del género sustitución fideicomisaria, o si es que es figura aparte.

2°. Si -presupuesto que sea una sustitución fideicomisaria- es pura o es, de por sí, condicional.

3°. Si le alcanza la limitación al segundo grado que establece el art. 781.

4°. Si encierra o no la sustitución vulgar, como es opinión que la encierra la sustitución fideicomisaria ordinaria, pero ¿qué lo excluye la especialidad de la de residuo?.

Todo lo anterior, precedido de unas breves consideraciones - sobre la acogida en nuestro Código del fideicomiso de residuo.

II

EL PRINCIPAL TEMA TRATADO, LA FORMA DE HACERLO,
Y EL ERROR QUE -CREO- RESULTA DESVANECIDO POR SU ESTUDIO.

Si bien los temas que he tratado son esos, hay entre ellos uno que, con mucho, es el principal, que absorbió la mayor parte del esfuerzo empleado y la mayor extensión del trabajo: es el tema de la condicionalidad o no del fideicomiso de residuo. El es el nú -cleo del estudio; los demás son un simple *completarlo*.

Pero es principal, no sólo por la mayor extensión y esfuerzo dedicados, sino, muy señaladamente también -y quizás eso es aún - más importante para su principalidad- por los resultados obteni -dos en orden a haber demostrado -creo-, no ya que de las dos concepciones enfrentadas, la condicionalista y la no condicionalista,

sea verdad ésta, y no aquélla (lo cual, siendo mantenido por dos opiniones, tendría el interés de aclarar que la exacta es ésta, y no la otra), sino que no es cierto lo que todos -condicionalistas y no condicionalistas- creen: que la jurisprudencia, globalmente considerada, es condicionalista. Estudiadas, una por una, las sentencias del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección - General de los Registros y del Notariado, creo que se puede afirmar que su condicionalismo, cuando son condicionalistas (que a veces no lo son), es por lo general, puramente *aparente, verbal*, pero no de fondo, no de verdad.

Pienso que eso es lo verdaderamente una aportación *novedosa* - al tema, o, como diría un italiano, una *trovata*.

En la polémica condicionalismo-no condicionalismo, por su -- puesto que han sido recogidos los argumentos que se dan a favor y en contra de cada tesis, y han sido agregados algunos nuevos. Pero no fue esa tarea la que consumió las más de las muchas horas - aplicadas al presente trabajo; las más de ellas fueron dedicadas al estudio de las sentencias del Tribunal Supremo y de las resoluciones de la Dirección General, completas (no sólo a leer sus considerandos), de modo que a la vista de ellas enteras y del caso en que recayeron, pudiese demostrarse lo que un primer examen de la jurisprudencia me había hecho sospechar: que realmente en su conjunto no es condicionalista.

Ya se comprende que esa tarea, cuando todo el mundo cree que la jurisprudencia es condicionalista, y cuando las sentencias en sus considerandos *literalmente* acogen el condicionalismo, no podía

consistir en decir que, estudiada la sentencia que fuese, y luego otra, y luego otra, y así todas, se afirmaba que había que concluir que no eran condicionalistas. Porque tal cosa, simplemente bajo - mi palabra, no la habría creído nadie, y con toda probabilidad -- tampoco nadie se iba a tomar el trabajo de estudiar uno por uno - los casos y sus sentencias para cerciorarse de si era verdad o no.

Así que aparecía como preciso hacer algo, cansado para mí y aburrido para el lector: tomar las palabras de las sentencias (o resoluciones), estudiar los hechos y el pleito y el recurso de casación, y explicar, caso por caso, cómo lo que la sentencia muchas veces sí dice, y parece que lo dice como razón de su decisión, de que el fideicomiso de residuo es una sustitución condicional, no es verdaderamente fundamento del fallo.

Todo lo que, como he advertido, ha sido cansado para mí, por que si en vez que determinado considerando de una sentencia dice que el fideicomiso de residuo es condicional cabe tardar breves - minutos, diferentemente, cabe tardar días en estudiar el caso de la misma y ella entera para justificar que lo que *afirma* no es lo que *encierra*. Y, como también he advertido, es aburrido para el - lector, que ha de soportar páginas y páginas con los detalles y - pormenores de cada caso y su sentencia, para al final de todas -- llegar a una breve afirmación, única idea que sirve a efectos generales, la de que la jurisprudencia no es condicionalista.

Por otro lado, las sentencias recogidas y estudiadas no son, ni mucho menos, las únicas que he examinado. Estas son bastante - más del doble (1); de las que, por tanto, más de la mitad, por --

distintas razones, resultaron inútiles para mis fines.

Es un trabajo el hecho, que, para lo que cuesta, luce escasamente. Como el del investigador experimental que para poder afirmar que tal o cual producto inoculado a cierto animal da el resultado que sea, ha de inocular a muchísimos de ellos, tenerlos en observación, descartar los casos que otros factores desviaron, y al final decir simplemente que el resultado es X o Z.

Pero -insisto- el trabajo que procedía no era el de afirmar que se había averiguado que la jurisprudencia no es condicionalista (esa es sólo la conclusión), sino el de demonstrarlo con el examen de todas y cada una de las sentencias.

Con ello creo que el estudio resulta una verdadera tesis, en el sentido que rigurosamente corresponde a la memoria, trabajo o tesis para la obtención del grado de doctor.

Una tesis con la que me parece que se deshace un error, no ya el error de creer que el fideicomiso de residuo es un fideicomiso condicional bajo la condición de que queden bienes al morir el fiduciario, sino el error de creer que así lo concibe de verdad nuestra jurisprudencia, error que arrancó de unas sentencias iniciales que no lo mantuvieron de verdad, pero que confundieron a nuestra doctrina y jurisprudencia posteriores, que influyéndose una a otra recíprocamente, han dado lugar al mantenimiento verbalmente del mismo hasta hoy, y si bien actualmente hay ya autores -- que se apartan de él, aún no han sido expuestos de forma detallada la génesis y el desenvolvimiento de la opinión errónea, cuya no

exposición pienso que contribuirá a hacer ver claro en el tema y acelerará el abandono de dicha opinión por quienes todavía la man tienen. Porque ¿qué opinión no se arruinará si se demuestra, como creo que se demuestra en mi estudio, que lo que dice la doctrina que la defiende, lo dice porque lo dijo la jurisprudencia, y que ésta lo viene diciendo (pero normalmente no como fundamento del - fallo) porque fue dicho inicialmente por un par de sentencias del pasado siglo que resulta que, a lo más, sólo lo dijeron *externamente*, o de forma *puramente verbal*, mas no en su fondo, en el que nunca man tuvieron tal opinión? Pues bien, ese es el caso de la opinión de la *condicionalidad de que queden bienes* del fideicomiso de residuo.

III

EL INTERES DEL ESTUDIO DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y DEL PROBLEMA DE SU CONDICIONALIDAD.

Pienso que tanto el tema escogido como el análisis hecho de él tienen interés, no solo teórico, sino altamente práctico. Por lo que me parece que ni el tema ni su análisis caen en el triste caso de aquéllos "algunos -como decía D. Quijote (2)- que se cansan de saber y averiguar cosas que después de sabidas y averiguadas, no importan un ardite al entendimiento ni a la memoria".

El interés práctico del fideicomiso de residuo se demuestra simplemente advirtiendo las numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General recaídas en el particular. Sobre un centenar. Aunque bastantes no tienen doctrina - que sea útil para alguno de los problemas que la institución plantea, pues simplemente se trata en ellas de cuestiones de hecho, - es decir, de aplicar una regla no dudosa a hecho que, inseguro - cuál fue o cuál era su sentido, los Tribunales deciden que era -- uno, y no otro, de los que las parten discuten.

Tan elevada cifra, que, además no es que corresponda sólo a sentencias antiguas, sino tanto, y aún más, a modernas, significa que la institución *se ha vivido y se vive también hoy*. Porque, piénsese que si tan elevado número de casos llegó al Tribunal Supremo y a la Dirección General ¿cuántos más no se habrán arreglado entre -- los interesados sin ir a pleito, o habrán acabado en el Juzgado - o en la Audiencia? y ¿cuantísimos otros fideicomisos de residuo - ordenados en testamento, no habrán dado lugar a discusión?.

Pero el interés del fideicomiso de residuo de hoy no es ningún interés como el que pudo ser la razón de los viejos fideicomisos y vinculaciones, sino muy otro. Se trata, por lo general, de que matrimonios sin hijos, que quieren, tanto el esposo como la - esposa, que los bienes de cada uno vayan el día de mañana a sus - parientes, y no a los del otro, pero que quieren ~~también~~ ^{que} a su muerte, antes que a sus propios parientes vayan a su cónyuge y -- que éste disponga de ellos si los necesita, y que sólo después, y lo que reste, sea para la propia familia de sangre del causante. En resumen, se trata de proteger al cónyuge viudo, y sólo después, que los bienes que resten del causante vayan a sus parientes.

A este respecto quiero recoger lo que un poco inocentemente dijo la resolución de 26 de mayo de 1925 en su considerando penúltimo: "... de suerte que la discutida institución testamentaria - [el fideicomiso de residuo] es una de las formas empleadas en --- nuestro país y en el occidente de Europa, singularmente en Bélgi- ca, para mejorar la situación económica del cónyuge supérstite, - conservar su prestigio familiar y proveer a sus necesidades más -

perentorias".

Hasta aquí, el interés práctico del fideicomiso de residuo, pero no es menor, el interés práctico del estudio de su condicionalidad o no, que hago en la tesis, pues si en vez de ser condicional es puro, puede cambiar el camino que a la muerte del fiduciario tomarán los bienes hereditarios: si ha muerto ya el fideicomisario, entonces, en el primer caso irían a los bolsillos de los herederos del fiduciario, en el segundo a los de los del fideicomisario. El caso que en la vida real importa es el de que éste premuera al fiduciario, pues la verdad es que los de incapacidad, indignidad o repudiación no se dan nunca.

Eso, si se trata del tema de sobrevivencia al fideicomitente tanto del fiduciario como del fideicomisario, pero premuriendo -- luego éste a aquél. Entonces adoptar la tesis de que el de residuo es fideicomiso condicional, o la de que no lo es, es decisivo -repito- para el camino que los bienes tomarán.

Lo mismo que es decisivo adoptar o no la tesis de la condicionalidad, si se trata de que el fiduciario premuera al fideicomitente, pues entonces de que la *condición* de que queden bienes a la muerte del fiduciario se conciba como verdadera condición y en el modo como la concibe el Tribunal Supremo, se sigue que queda -excluído que el fideicomiso de residuo permita la sucesión directa del fideicomisario al fideicomitente (lo que sí permite la sustitución fideicomisaria normal), luego los bienes van a los herederos intestados del fideicomitente; cosa que no pasaría si el de residuo no se estima fideicomiso condicional bajo la condición de

que queden bienes a la muerte del fiduciario después de haber sido heredero, pues no pendiendo de ella, los bienes al premorir el fiduciario al fideicomitente, irían cuando éste fallezca al fideicomisario porque la sustitución fideicomisaria normal engloba la vulgar.

Esos dos extremos examinados en la tesis son de interés práctico. Por el contrario, otro, el de si la limitación al segundo grado que establece el art. 781 alcanza o no al fideicomiso de residuo es cuestión más bien sólo de interés académico, porque hoy serán pocos los casos, por no decir ninguno, que la vida real --- ofrezca de fideicomitentes que ordenen un fideicomiso de residuo más allá de ese grado. Realmente los fideicomisos actualmente sólo suelen disponerse con un único grado fideicomisario, si bien - las personas llamadas en él pueden ser varias, como si se dice -- que la herencia vaya al viudo y luego a todos los sobrinos del -- causante.

IV

ÚLTIMAS ADVERTENCIAS.

Y ahora, unas últimas advertencias:

En primer lugar, he procurado ceñirme con toda sequedad a -- los razonamientos que he creído oportunos, no engrosando la exposición con disgresiones, referencias o datos o citas no esencia - les al fin perseguido. Así, de algún modo, dicha exposición queda huérfana de cierta posible erudición, que yo, más bien, llamaría - falsa erudición innecesaria. Y procedí así, no ya por la razón de que, como dice CERVANTES (3), sea yo poltrona y perezosa "de an - darme buscando autores que digan lo que yo me sé decir sin ellos", que ya sería una razón, sino, además, porque habría agregado una carga inútil a soportar por la paciencia del lector, y posiblemente difuminado o enturbiado la claridad con que he pretendido expo - ner lo que he visto en el tema y lo que pienso sobre él.

En segundo lugar, eso que digo tiene muy particular aplica - ción a las escasas citas que hago de obras extranjeras. Lo que se debe, no a que no haya consultado las que creí precisas y estuvie - ron a mi alcance, sino a que, por la mayor parte, o no sirven o - son innecesarias, ya que -y me refiero principalmente a las fran - cesas e italianas- suelen ir guiadas al tratar el tema, por el --

fin de -a la vista de la prohibición de sustituciones establecida en sus Códigos- o bien liberar de la proscripción al fideicomiso de residuo, sacándolo de entre las sustituciones prohibidas o negando que sea sustitución, o bien hacer que la prohibición le alcance; y generalmente todas las construcciones que se hacen, por los autores que sean, en el tema, vienen forzadas por esos propósitos. Así que aplicar a nuestro Código civil, admitiendo, como -admite, las sustituciones fideicomisarias, esa doctrina de algún modo forzada por otros presupuestos, no es sino distorsionante.

Añádase a lo dicho que la bibliografía específica sobre fideicomiso de residuo francesa e italiana suele no ser muy reciente y que, por lo demás, lo mismo lo que de útil para los fines del presente estudio dice esa bibliografía extranjera específica sobre fideicomiso de residuo, que la general sobre fideicomisos, que la general sobre Derecho de sucesiones o civil, ya está recogido por nuestros autores.

De cualquier modo, a continuación inserto una breve relación de trabajos no españoles específicos sobre fideicomiso de residuo que no pretende englobar los que sean puras notas o comentarios a sentencias:

BABLED, *Le legs de residuo*, en *Journal des notaires et des avocats*, 1928, pág. 745.

BESNARD, *Le legs de residuo*, en *Rev. not. et enregistr.*, núm. 24.323.

COSTA, *Il fedecommesso di residuo*, 1908.

GUIDI, *Il fedecommesso di residuo con speciale riguardo alla giurisprudenza della Casazione del Regno*, en *R.D.C.*, 1929, - págs. 517 y ss.

LOSANA, *Le istituzioni "de residuo"*, en *Not. it.*, 1908, págs 49 y ss.

LOSANA, *Le disposizioni testamentarie in "id quod supererit"*, en *Not. it.*, 1928, págs. 27 y ss.

PRISON, *Le fideicommis de residuo*, en *Rev. crit. jur. belge*.

SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative ai fedecommissi nel Diritto civile italiano ed in particolare del cosiddetto fedecommesso di residuo*, Bologna, 1898.

VITALI, *Il fedecommesso di residuo nel Diritto italiano*, Piacenza, 1889.

TUMIATI, *L'art. 692 C.c., e il cosiddetto fedecommesso "de residuo"*, en *Giustizia civ.* 1954, p. 2427 y ss.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

(1) Algunas sobre pseudousufructo testamentario con facultad de disponer o sobre tal usufructo verdadero, al menos según el Tribunal Supremo, pero con afirmaciones aplicables al fideicomiso de residuo.

(2) II, 22.

(3) Prólogo de la primera parte de *El Quijote*.

C A P I T U L O I

EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES UN CASO DE SUSTITUCION
FIDEICOMISARIA CONTEMPLADO POR EL CODIGO;

S U M A R I O

I. IDEA CENTRAL DE LA FIGURA EN ESTUDIO.- II. TERMINOLOGÍA.- III. EN NUESTRO CÓDIGO EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES POSIBLE Y ES UNA - SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONTEMPLADA EN PARTICULAR POR LA LEY, PERO CARENTE DE REGULACIÓN ESPECÍFICA,- 1. ES POSIBLE Y ESTA CON-TEMPLADO EN PARTICULAR, PERO CARECE DE REGULACION ESPECIFICA SU - YA.- 2. ES UNA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.

I

IDEA CENTRAL DE LA FIGURA EN ESTUDIO.

Como es sabido, el fideicomiso de residuo es aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero (o legatario, lo que en adelante se sobreentiende) fiduciario a una persona, pero en vez de ordenarle que conserve *entera* la herencia fideicomitida para que, en su día, pase íntegra al fideicomisario - (o postheredero o segundo heredero o heredero sucesivo) que designa el testador, se le permite disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la *restitución* del fideicomiso, sólo los bienes de que el fiduciario - no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todos.

Como el derecho que se confiere al fideicomisario es el de - adquirir únicamente la parte de herencia que el fiduciario conserve en su poder, es decir, lo que *reste* o de ésta, o el *residuo* de - la misma, la figura se denomina fideicomiso de *residuo*.

Esta es la figura objeto del presente estudio, que como ya - dije antes, persigue examinar los puntos de la misma relativos a si es o no condicional, a si le alcanza o no el límite de no pasar

del segundo grado, y a si encierra o no una sustitución vulgar, - en nuestro Derecho español común *vigente hoy*; quedando fuera de mi propósito tratar del fideicomiso de residuo en el Derecho histórico (lo mismo romano que nacional) o en el comparado, y ni siquiera en los forales.

II

TERMINOLOGÍA,

Por brevedad, y a veces por no repetir continuamente la misma expresión, hablo de fideicomiso de residuo o, indistintamente, de sustitución fideicomisaria de residuo, pero siempre en el sentido de nombramiento de un heredero fiduciario y de otro fideicomisario que hayan de recibir sucesivamente (1) la herencia, ambos como herederos del causante; el primero, todo lo que se le dejó, el segundo, lo que reste después de haber estado en manos del primero. (2).

Lo mismo hablo indistintamente de fideicomiso normal o de sustitución fideicomisaria, a secas, o normal, o con obligación de conservar, pero siempre para referirme a la sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario carece de poder de enajenar, -- disponer o consumir todos los bienes fideicomitidos 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 (con la salvedad de que se establezca por el difunto como albaceazgo de entrega) en nuestro Código, no la contemplo en el estudio que sigue.

III

EN NUESTRO CODIGO EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES POSIBLE Y
ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONTEMPLADA EN PARTICULAR
POR LEY, PERO CARENTE DE REGULACIÓN ESPECÍFICA,

Para poder abordar debidamente los temas de la condicionalidad y demás que me propongo del fideicomiso de residuo, y ya que la argumentación que habré de desarrollar entonces, necesita partir de ciertas bases, antes de nada hay que tocar brevemente dos puntos previos que permitan sentarlas:

1º Que el fideicomiso de residuo es perfectamente posible a nuestro Código, que en parte lo contempla, y en parte contiene -- normas que, aun no dictadas en particular para él, le son de aplicación, a falta de suyas propias.

2º. Que el fideicomiso de residuo no es sino un caso de sustitución fideicomisaria.

Caso particular en el que en vez de pesar sobre el fiduciario el deber de conservar la herencia entera para el fideicomisario (deber que es la *regla* en la sustitución fideicomisaria, pero que no es de *esencia* a ésta), se le permite disponer en todo o en parte de los bienes fideicomitidos.

Digo que tocaré *brevemente* esos dos puntos, porque: A) Creo - que no plantean ni uno ni otro problema verdadero, y ni siquiera el problema que alguno pueda pensar que plantea el segundo, re -- quiere mucho espacio para tratarlo. B) Creo también que en todo - caso, ni uno ni otro tienen alcance práctico, y, desde luego, no lo tienen a nuestros efectos, ya que, contemplado en el Código o no, el fideicomiso de residuo es posible lo mismo establecerlo, y lo es, siendo sustitución fideicomisaria o no. Y en cualquier - caso, contemplado, pero carente de regulación propia, habrá de re regularse por las mismas reglas -en cuanto no las excluya su espe - cialidad- de la sustitución fideicomisaria, sea por ser una clase de ella, sea porque, aun no siéndolo, son las más adecuadas para él por su analogía (siempre -insisto- salvando las diferencias que procedan de haber en un caso, y no en el otro, facultad de dispo - ner de los bienes fideicomitidos), y aun siendo el fideicomiso de residuo una sustitución fideicomisaria, las reglas de la normal - no le serían de aplicación en lo que su diferencia con ésta pida otras.

1

ES POSIBLE Y ESTA CONTEMPLADO EN PARTICULAR,
PERO CARECE DE REGULACION ESPECIFICA SUYA.

De que el fideicomiso de residuo es posible en nuestro Código, no cabe duda. Para fundamentar su admisibilidad, bastaría invocar el principio de soberanía de voluntad del testador, que, guardando la forma exigida para las disposiciones *mortis causa*, no violando --

las legítimas y respetando cualesquiera prohibiciones que la ley establezca (entre las que no está la de ordenar fideicomisos de residuo), puede disponer de sus bienes como le plazca, y así, --- pues, también mediante fideicomisos de residuo.

Con semejante fundamento, basta para acoger el fideicomiso de residuo en nuestra ley, sin necesidad de invocar ni los precedentes históricos ni las numerosas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (que se irán viendo a lo largo de este estudio) que lo admiten, ni de invocar tampoco que nuestros juristas también lo admiten en sus obras (bien generales, bien monográficas, bien artículos de revista).

Ante todo ello es inútil discutir, a efectos de si es posible en nuestro Derecho, si el Código se refiere o no al fideicomiso de residuo cuando dice (art. 783, párrafo 2º) 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".

Que el haber *dispuesto otra cosa*, aluda o no a que al testador le es posible autorizar al fiduciario a disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, es indiferente, porque aunque no se refiera a eso (es decir, aunque no se refiera a que el legislador haya tenido presente la posibilidad de establecer un fideicomiso de residuo), sino a otra posibilidad (por ejemplo, que el causante permita al fiduciario detraer la cuarta trebeliánica, que el -

Código suprimió como regla), ello no significará que el fideicomiso de residuo no quepa en la ley, sino sólo que ese pasaje no se refiere a él.

Yo, por mi parte, creo que sí se refiere; cosa que ha declarado la jurisprudencia y se deduce, además, de los antecedentes históricos.

En cuanto a la jurisprudencia:

La resolución de 26 de mayo de 1925 dijo en su cuarto considerando que "la obligación impuesta al fiduciario por el artículo 783 del mismo texto legal de entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que corresponden por gastos legítimos, créditos y mejoras, aparece atenuada por la frase final 'salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa', que pone de relieve la elasticidad de estas normas fundamentales y la posibilidad de injertar sobre ellas el llamado fideicomiso de residuo".

Y la resolución de 16 de noviembre de 1944 afirmó que "la posibilidad [del fideicomiso de residuo] en nuestro Derecho positivo aparece afirmada por la jurisprudencia dentro del contenido del artículo 783 del Código civil".

Y para la sentencia de 6 de abril de 1954 la autorización del testador para que el fiduciario disponga de los bienes fideicomitados, que es la que crea el fideicomiso de residuo, se apoya en el artículo 783.

En cuanto a los antecedentes históricos ha demostrado LOPEZ LOPEZ, Jerónimo, que prueban que el inciso final del párrafo 2° del artículo 783 está dictado para acoger el fideicomiso de residuo. Dice, en efecto este autor (3): "El proceso fue el siguiente: En las discusiones de la Comisión General de Codificación, en el tiempo en que fueron tratados los problemas relativos a las sustituciones fideicomisarias, se utilizaba el sistema de redactar unas bases que contenían los acuerdos adoptados. La Base que hace referencia al problema objeto de examen dice así: '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'. En virtud de lo dispuesto en la Base 15 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que determinaba que 'el tratado de las sucesiones [del futuro Código civil] se ajustará, en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión General de Codificación, reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores -- Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882'..., el acuerdo de referencia pasó a formar parte de nuestro Código civil. El artículo 783, párrafo 2° del mismo, -- lo copia con leves modificaciones, por lo que su identificación -- no suscita problema alguno. Queda con ello demostrado que el criterio del Código civil español es regular el llamado fideicomiso de residuo como un tipo de sustitución fideicomisaria".

Ahora bien, aceptado que el art. 783, 2°, se refiere al fideicomiso de residuo, tal cosa no sirve sino a efectos de apoyar que es una sustitución fideicomisaria, tema que es del apartado --

siguiente, no, como se ha visto, a los efectos de fundamentar su admisión en nuestro Derecho, ni tampoco, como es obvio, al de darle ninguna regulación específica, porque el solo hecho de que la ley se refiera a una figura singular o la contemple, no tiene virtud de crear norma ninguna particular para ella.

2

ES UNA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.

Que nuestro legislador concibe el fideicomiso de residuo como una sustitución fideicomisaria, se deduce de lo que acabo de exponer.

Podrá decirse que aunque lo conciba así, de verdad será lo que sea, y no lo que el legislador crea. Lo que es cierto. Pero como quiera que en el caso, la naturaleza objetiva de la figura corrobora lo que de ella cree el legislador, resulta que ésto queda confirmado, y no contradicho. Además de que no puede negarse que si la naturaleza objetivamente fuese dudosa, la opinión del legislador debería ser un factor de apoyo a favor de la que él -- creyese que corresponde al caso.

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, heredando *del causante*. Y ese *Ordo Succesivus* se da en el fideicomiso de residuo, en el que los bienes, después de al fiduciario, irán al fideicomisario, aunque, ciertamente, sólo aquéllos de que el primero no hubiese dispuesto.

Hay, pues, no por un lado la sustitución fideicomisaria, en la que sea preciso orden sucesivo *y* deber de conservar los bienes, y por otro otra figura, más o menos análoga, pero que no es sustitución, el fideicomiso de residuo, en el que existe orden sucesivo de herederos, pero no deber de conservar los bienes. No hay eso -digo- sino 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 - otra cosa, en la que el fiduciario no puede disponer de la herencia fideicomisaria; otra, la del fideicomiso de residuo, o sustitución fideicomisaria sin deber de conservar los bienes, en la -- que con facultades más o menos amplias, las que se le concedan en cada caso, el fiduciario puede en mayor o menor grado enajenaru -- los.

Repito: ésta es la sustitución de residuo, la otra es la normal. Pero -insisto- una y otra, las dos, sustituciones.

Que ésto es así en nuestro Código lo ha demostrado LOPEZ LO-

PEZ, Jerónimo, al advertir que lo apoyan el art. 781, el cual no define la sustitución fideicomisaria como aquélla "en cuya virtud se encarga al heredero que *conserve y transmita* a un tercero el todo o parte de la herencia", sino que se refiere sólo a algunas sustituciones fideicomisarias, a aquéllas "en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia" (4), lo que implica que hay otras posibles en las que se nombra un heredero para después del otro, pero no se impone a éste el deber de conservar la herencia, y esas son las sustituciones o fideicomisos de residuo.

Y la doctrina española moderna, ha ido admitiendo sin duda -- que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria. Así, en efecto, LACRUZ (5), PUIG BRUTAU (6), VALLET DE GOYTISOLO (7), ROCA SASTRE (8), ALBALADEJO (9), IRURZUN GOICOA (10), ALVAREZ CAPEROCHIPI (11), BONET (12), DIEZ-PICAZO y GULLON (13), OSSORIO -- (14), SANTOS BRIZ (15), GONZALEZ PALOMINO (16). Aunque algunos opinan en contra y otros no se pronuncian. (17).

De cualquier modo, creo que el tema de si el fideicomiso de residuo es o no sustitución fideicomisaria no justifica extenderse en más consideraciones, ya que, en definitiva, como tengo apuntado con anterioridad (18), lo sea o no, su regulación no parece que vaya a variar, puesto que careciendo de una específica, aunque no -- fuese sustitución, las normas dictadas para ésta en general, le serían aplicables por analogía, como figura más similar que sería al fideicomiso de residuo, y aunque sí sea sustitución, como discrepa de la normal en no tener el fiduciario deber de conservar, no le -

serían aplicables a las normas de la fideicomisaria ordinaria dictadas en función del deber de conservar. Todo lo que, a la vista de las escasas normas con que el Código regula la sustitución fideicomisaria (por lo que habrá que acudir a completarlas con las fuentes supetorias), y con la dificultad de discriminarsi algunas de las que contiene son sólo para la sustitución normal, no pone de relieve sino que para averiguar las normas aplicables al fideicomiso de residuo, se queda tan obligado a buscarlas, a pesar de que se haya llegado a la conclusión de que sí es una sustitución fideicomisaria, como obligado se quedaría si se hubiese llegado a la conclusión de que no es una sustitución fideicomisaria.

Y cierro este apartado con una referencia a lo que la jurisprudencia opina sobre si el fideicomiso de residuo es o no sustitución fideicomisaria. Lo hago porque me parece que, a pesar de las razones que he dado para demostrar lo poco útil que es elucidar el punto, debo recoger y comentar lo que nuestro Tribunal Supremo ha dicho sobre el tema. Pero, en virtud de esas razones, lo hago con la máxima brevedad:

Es innegable que en su mayor parte la jurisprudencia (19) o está, por lo menos *literalmente*, en contra de que el fideicomiso de residuo sea una sustitución fideicomisaria, o dice que no encaja exactamente dentro de ella, o de algún modo pone reparos a su igualación.

Sin embargo, yo creo que tal postura que, en mi opinión, sería, desde luego, desacertada si fuese verdad, realmente no es lo que parece a primera vista y si sólo se leen los considerandos de

las sentencias. En efecto: Por un lado, las afirmaciones que hace el Tribunal Supremo en contra de acoger el fideicomiso de residuo como verdadera sustitución fideicomisaria, no constituyen nunca fundamento del fallo, y podrían haberse ahorrado perfectamente. Y, por otro lado, más bien, según los casos, el espíritu de tales afirmaciones, basta leer las sentencias para cerciorarse de que só lo persigue poner de relieve que no se trata de una figura como la sustitución fideicomisaria normal (en la que hay deber de conservar), cosa que, por supuesto, es obvia, o de que (en su concepto, pero este punto se estudia en el capítulo siguiente) no es -- una sustitución fideicomisaria pura (lo que en dicho capítulo siguiente examinaré y rechazaré, pero que, en todo caso, no es ne -- gar que el fideicomiso sea una sustitución fideicomisaria, sino -- que sea una pura). Y hasta cuando alguna vez el Tribunal Supremo ha dicho literalmente que es de esencia a la sustitución fideicomisaria el deber de conservar, que sería la negativa más contun -- dente a admitir como sustitución fideicomisaria al fideicomiso de residuo, se ve que en el fondo nuestro más Alto Tribunal tiene en mente referirse a la sustitución fideicomisaria normal, en la --- cual no es que sea de esencia el deber de conservar, sino que exis -- te tal deber porque se parte de que se quiere una sustitución que no faculte al fiduciario para disponer de los bienes fideicomitados.

Yo diría, para concluir, que el espíritu del Tribunal Supremo cuando dice que el fideicomiso de residuo no es una sustitu -- ción fideicomisaria, es el de decir que no es una sustitución fi-

deicomisaria normal. Lo cual es innegable.

Por lo demás, omito aquí referirme a las sentencias de que se sigue, de un modo u otro, que el Tribunal Supremo acepta que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria (aunque, claro, en la que no hay deber de conservar). Para ver tales sentencias remito al análisis de la jurisprudencia que hago en el capítulo siguiente, apartado III.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

(1) Menos si, como creo, por englobar la sustitución fideicomisaria a la vulgar, la recibe directamente el fideicomisario del fideicomitente, si el fiduciario no hereda.

(2) Salvo si no habiendo heredado éste toma el fideicomisario todo lo -- que el causante dejaba al fiduciario.

(3) *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, en A.D.C. 1955, págs. 770 y 771.

(4) Ob. y loc. cit., págs. 784 y 785, donde dice que "la doctrina y la - jurisprudencia creen que este precepto define la sustitución fideicomisaria, - suponiendo que en la misma existe obligación de conservar y de restituir los -- bienes heredados. Si así fuera sería contradictorio con el artículo 783, párrafo segundo, que admite que el llamado fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria de residuo, porque ésta no contiene dicha obligación.

En realidad no existe contradicción alguna. Lo que ocurre es que la finalidad del artículo 781 del Código civil no es definir las sustituciones fideicomisarias, lo que no ofrece duda porque literalmente dice: "Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...", y añade los límites a que se encuentran sometidas. Si el intento del legislador hubiera sido definir las -- sustituciones fideicomisarias, se habría expresado de otra forma diciendo: "las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que con - serve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia", etc. Como se - observará, ambas versiones difieren solamente en que en la segunda se encuen - tra una coma a continuación de la frase 'las sustituciones fideicomisarias', - hecho que tiene la mayor importancia. La frase "en cuya virtud se encarga al he - redero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia" -- constituye una oración de relativo, y éstas, como se sabe, pueden ser de dos tipos: explicativas y especificativas. De acuerdo con las reglas de la Gramática, la oración de relativo explicativa va separada del antecedente por una pausa, repre - sentada por coma; la especificativa, no. Si el propósito del artículo 781 del Código civil hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias, tendría - que hacerlo -dada su redacción- mediante una oración de relativo explicativa, y por ello separada por una coma de su antecedente; por el contrario, emplea -

una oración de relativo especificativa, porque su finalidad es otra: distin --
guir entre las sustituciones fideicomisarias, las que contienen obligación de
conservar y transmitir el todo o parte de la herencia de aquéllas (las de resi
cuo) que no presentan esta característica.

Ha sido el prejuicio (nacido por influencia extranjera) de que las susti
tuciones fideicomisarias tienen como una de sus notas esenciales la existencia
de la obligación de conservar, lo que ha conducido a la doctrina a creer que -
el artículo 781 las define, prejuicio que ha prevalecido sobre la dicción lite
ral del precepto, quizá porque se ha pensado que si no se procedía así era im
posible otra interpretación del mismo. La última consecuencia de este proceder
consiste en modificar al citarlo el texto del artículo 781, añadiéndole indebi
damente la coma que se supone que le falta, para lograr de esta manera una ex
presión correcta de la definición de las sustituciones fideicomisarias". Y Je
rónimo LOPEZ recoge en la nota 149 de la página citada a un numeroso grupo de
autores que en sus obras introducen indebidamente la coma en cuestión en el --
texto legal del art. 781. A tal nota remito para la comprobación de los que --
son.

(5) En LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, I, 2a. ed. Barcelona 1976,
pág. 422.

(6) *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2, 2a. ed., Barcelona 1977, págs.
523 y 568.

(7) *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula "si sine liberis
decesserit" en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil*, en A.D.C.,
1956, págs. 846 y 847.

(8) En diversos trabajos recogidos en *Estudios de Derecho privado*, II, -
Madrid 1948, págs. 51, 75, 83, etc. y en sus anotaciones a la trad. esp. del
Derecho de sucesiones de KIPP. I, 2a. ed. Barcelona 1976, pág. 516.

(9) *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona 1974, pág. 278.

(10) *El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador*, en A.A.M.N.,
XVIII, Madrid 1974, pág. 187 y ss.

(11) *La sustitución fideicomisaria de residuo*, en R.D.P., 1975, pág. 175.

(12) *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid 1965, pág. 361.

(13) *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid 1978, pág. 596.

(14) *Manual de sucesión testada*, Madrid 1957, págs. 303 y 304.

(15) *Derecho civil*, VI, Madrid 1979, pág. 433.

(16) *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, en A.A.M.N., V, Madrid,
1950, págs. 913 y 914.

(17) Ver recogiendo opiniones FLORES MICHEO, *Notas sobre el fideicomiso -
de residuo*, en R.J.C., 1955, págs. 4 y ss.

(18) Apartado III, al final.

(19) Ver, por ejemplo, sentencias como las de 21 de diciembre de 1918, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 25 de abril y 1 de diciembre de 1951, 6 de abril de 1954, 21 de noviembre de 1955, 21 de - noviembre de 1956, 25 de noviembre de 1960, 29 de enero y 20 de octubre de --- 1962, etc.

CAPITULO II

EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ES UNA SUSTITUCION CONDICIONAL.

S U M A R I O

I, PLANTEAMIENTO DEL TEMA, Y CONCLUSIÓN A LA QUE LLEGARÉ,- II, EXAMEN DE LA DOCTRINA,- 1. IDEA GENERAL.- 2. LA DOCTRINA QUE NO TOMA PARTIDO.- 3. LA DOCTRINA CONDICIONALISTA.- 4. LA DOCTRINA ANTICONDICIONALISTA.- III, LA JURISPRUDENCIA,- 1. RELACION DE LOS FALLOS QUE LA COMPONEN.- 2. ANALISIS DE LAS DIVERSAS SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.- A) ADVERTENCIA PREVIA. B) LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.- a) LA SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1868.- b) LA SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1878.- c) SEÑALAMIENTO DE QUE DESPUES DE ESAS DOS SENTENCIAS, LAS POSTERIORES QUE SIGUEN LA LINEA QUE ES ATRIBUIDA A AQUELLAS, QUEDAN UN TANTO DESASISTIDAS.- ch) LA SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1904.- d) LAS SENTENCIAS QUE ESTUDIO DE AQUI EN ADELANTE ESTAN DICTADAS PARA EL C.C., Y, POR TANTO, BAJO SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS NO SOMETIDAS PRESUMIBLEMENTE A LA CONDICION DE SOBREVIVENCIA DEL FIDEICOMISARIO AL FIDUCIARIO; LUEGO, SI EN ELLAS SE DICE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES CONDICIONAL, HAY QUE ENTENDER QUE SE TRATA DE LA CONDICION DE QUE QUEDEN BIENES.- e) LA SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1918.- f) LA SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1926.- g) LA SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1943.- h) LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1947.- i) LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1948.- j) LA SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1949.- k) LA SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1951.-

1) LA SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1954.- 11) LA SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE ---
1955.- m) LA SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1955.- n) LA SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE --
1956.- ñ) LA SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1956.- o) LA SENTENCIA DE 7 DE ENE
RO DE 1959.- p) LA SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1960.- q) LA SENTENCIA DEL -
22 DE DICIEMBRE DE 1961.- r) LA SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1962.- s) LA SENTEN
CIA DE 17 DE MAYO DE 1962.- t) LA SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1962.- u) LA --
SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1966.- v) LA SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1969.- x) -
LA SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1970.- y) LA SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1971.
C) LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS.- a) IDEA GENERAL.
b) LA RESOLUCION DE 26 DE MAYO DE 1925.- c) LA RESOLUCION DE 17 DE OCTUBRE DE -
1928.- ch) LA RESOLUCION DE 8 DE FEBRERO DE 1957.- d) LA RESOLUCION DE 5 DE OC-
TUBRE DE 1966.- IV, EXPOSICION Y JUSTIFICACION DE MI OPINION SOBRE EL
TEMA.- 1. JUICIO GLOBAL SOBRE LA JURISPRUDENCIA.- 2. JUICIO GLOBAL
SOBRE LA DOCTRINA.- 3. ARBITRARIEDAD DE LA CONDICION Y REGULACION
ESPECIFICA DE FIGURA CONDICIONAL.- 4. UNA COSA ES QUERER A ALGUIEN
POR HEREDERO, Y QUE TOME LOS BIENES, SI QUEDAN, Y OTRA QUERERLO --
POR HEREDERO SOLO SI QUEDARON BIENES.- 5. LA CONDICIO IURIS Y LA -
CONDICION INTRINSECA.- 6. LA CONDICION DE QUE EL FIDUCIARIO NO HA-
YA DISPUESTO DE LOS BIENES.- 7. LA CONDICION DE SOBREVIVENCIA.-
8. CONCLUSION. V, LA CONDICIONALIDAD POSIBLE DEL FIDEICOMISO DE --
RESIDUO: FIDEICOMISOS PUROS, A TÉRMINO Y CONDICIONALES.

I

PLANTEAMIENTO DEL TEMA, Y CONCLUSIÓN A LA QUE LLEGARÉ,

Partiendo de que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, afirmación que creo justificada por lo expuesto -- con anterioridad, abordo ahora el tema de si es una sustitución pura o condicional, porque de que sea lo uno o lo otro, se seguirán consecuencias diferentes.

Quiero adelantar que llegaré a la conclusión de que, de por sí, es una sustitución pura, y no condicional. Lo que no excluye -- que si, como es posible, se le somete a condición, sea una sustitución condicional. Pero no es condicional por el hecho de que, dejando al fideicomisario lo que quede, es decir, el residuo, el que pueda quedar algo o pueda no quedar nada, constituya de por sí una -- condición, de modo que sería condicional el fideicomiso porque el *hecho de que quede* constituya un evento, un acontecimiento incierto, del que depende el llamamiento del fideicomisario.

Diferentemente, tal posibilidad no hace depender el llamamiento de éste de que el hecho -quedar bienes- se dé o no. Puesto que

al fideicomisario, se le llama a tomar lo que quede aunque pueda no que dar nada, y no se le llama sólo para si queda algo.

Decir que llamándole para tomar lo que quede, si es que queda algo, se le llama condicionalmente (bajo la condición de *si queda*), sería como decir que a quien se le llama, porque es instituido heredero por el testador, en sucesión no fideicomisaria, sino normal, o llamamiento a ser primer heredero, se le llama condicionalmente, porque puede ocurrir que al morir el causante no deje bienes ningunos.

Esta comparación del caso del fideicomiso con el de la herencia normal, creo que pone muy visiblemente de relieve el error de quienes conceptúan condicional el fideicomiso de residuo porque -- pueda no quedar ningún bien cuando el fiduciario fallece.

Ahora bien, aparte de todo lo anterior, y arrancando de la base de que en ello no hay llamamiento bajo condición, no cabe negar, sin embargo, que el fideicomisario puede ser instituido condicio - mente, como si se dice "Dejo mi herencia a Fulano, y le permito -- disponer de los bienes que la componen, pero ordeno que a su muerte, aquéllos de que no haya dispuesto pasen a Mengano, si éste acabó su carrera". Entonces habrá un fideicomiso de residuo condicio - nal, no porque puedan quedar o no bienes, sino porque los que queden, sólo quiso el testador que fuesen para el fideicomisario, de haber acabado la carrera.

De esta posible condicionalidad del fideicomiso de residuo me ocuparé después. Ahora sólo voy a entrar a examinar lo relativo a

que no es condicional por el hecho de que puedan quedar o no que - dar bienes al fallecer el fiduciario.

En nuestra doctrina actual se puede afirmar que se va exten - diendo la opinión que conceptúa el fideicomiso de residuo como una institución pura del segundo heredero, es decir, del fideicomisa - rio. Sin embargo, no es cierto que sea mayoritaria entre los auto - res esa opinión. Por mi parte, como he dicho, creo que es la exac - ta, pero a pesar de serlo, todavía son muchos los que creen lo con - trario, o dudan, o se limitan a exponer lo que dicen otros o dice la jurisprudencia, pero sin tomar, por lo menos decididamente, par - tido. De modo que hay que concluir que en el conjunto de nuestra - doctrina de autores antiguos y modernos no prepondera la opinión - de que el fideicomiso de residuo es una sustitución no condicional. Por lo que toca a la jurisprudencia, según cree la doctrina, la - tesis de que sí es condicional el fideicomiso, porque pende de que queden o no bienes al fallecimiento del fiduciario, es la manteni - da por la mayoría de las sentencias, que muchas veces lo afirman - explícitamente, y otras, por lo menos, parece que lo piensan. De - todos modos que lo que digo sea aparente o real, lo ahondaré des - pués, cuando examine detenidamente esa jurisprudencia. Ahora baste señalar que, por lo menos aparentemente, es condicionalista, y que por tal la reputa la doctrina.

Posteriormente, examino tanto la doctrina como la jurispruden - cia, pero antes quiero señalar que aún se puede subdistinguir en - tre quienes opinan que es incondicional el fideicomiso de *lo que -- quede*, de *eo quod supererit*, y condicional el de *si queda, si aliquid supe*

rit. Yo -como he dicho y repetido- creo que no es condicional ninguno de los dos. Pero es claro que bastará que demuestre que no lo es el segundo, porque el primero no lo es con más razón, y ni si -quiera niegan que no lo sea todos quienes dicen que sí lo es el segundo.

II

EXAMEN DE LA DOCTRINA.

1

IDEA GENERAL.

Comienzo por exponer la doctrina:

Sobre el tema de la condicionalidad o no del fideicomiso de residuo, podemos dividir a nuestros autores en tres grupos: los que entienden que es una sustitución fideicomisaria condicional, los que, a pesar de la jurisprudencia, creen que es una pura, y -- los que con diversos matices y consideraciones y aun quizás mos_ trando más inclinación por una u otra solución, sin embargo, no se pronuncian decididamente por ninguna, sino que se limitan a re_ coger el estado de la cuestión en doctrina y jurisprudencia o a _ señalar la postura que adopta ésta, o a plantear el problema sin resolverlo, o al menos, sin resolverlo de forma clara, o a indi_ car lo que *podría* ser, pero siempre hablando en condicional, de _ modo que, en suma, se ve que no quieren comprometer una opinión -

suya definitiva. Comencemos por estos:

2

LA DOCTRINA QUE NO TOMA PARTIDO.

Dice CASTAN (1) que: "La condicionalidad de estas disposiciones ha sido rebatida por la doctrina más reciente, y así, ROCA -- SASTRE estima que 'la facultad dispositiva del fiduciario 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 los bienes hereditarios residuales, pero no a la titularidad en sí de los fideicomisarios.' Lo mismo sostienen GONZALEZ PALOMINO y PUIG BRUTAU, -- aun reconociendo éste último que es evidente que el testador puede condicionar la adquisición del fideicomisario, por ejemplo, -- llamando a alguien como sustituto para que adquiriera el residuo -- que pueda quedar, pero sólo en el caso de cumplir la condición impuesta.- Con todo el Tribunal Supremo ha ratificado en numerosas ocasiones la doctrina de la sentencia antes citada de 13 de febrero de 1943, [que mantuvo el carácter condicional], así, las de 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de --- 1955 y 24 de noviembre de 1960."

Por su parte ROYO (2) sólo dice que: "La jurisprudencia no -- ha puesto reparos a la admisión de estas disposiciones, cuya existencia en la práctica no es rara, y ha señalado su naturaleza con

dicional ('si queda') con lo que los fideicomisarios no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que desaparecido el llamado o fiduciario por la muerte, puede saberse si hay o no residuo."

BORRELL y SOLER, (3) ocupándose de otro extremo, deja constancia de que "como... existe la obligación de restituir lo que reste, *podría* calificarse de fideicomiso condicional."

DIEZ-PICAZO y GULLON (4) escriben: "La jurisprudencia ha considerado reiteradamente que los llamamientos a las personas que deben recoger el 'residuo' son condicionales, dependen de que efectivamente quede algo de la herencia a restituir (S. de 20 de octubre de 1962 por todas). Tesis que es criticada por la doctrina dominante, pues los llamamientos son ciertos desde la muerte del testador, no están condicionados a nada. Lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar. Todo lo más que cabría era mantener la condicionalidad de los llamamientos si se trata de un fideicomiso de los llamados "*si aliquid supererit*", pues en ellos, dados los poderes de disposición conferidos al fiduciario, amplísimos, puede o no quedar algo."

DE COSSIO y GULLON afirman: " El Tribunal Supremo, fiel a su orientación, señala que el fideicomisario de residuo no adquiere su derecho desde la muerte del testador, porque el eventual que le asiste sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado, en mayor o menor extensión, por cumplimiento de la condición suspensiva, no nace si la condición no se cumplió. Dicha condición es que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad de los bienes al llegar el día de su fallecimiento. (SS. de -

13 de noviembre de 1948, 26 de noviembre de 1951, entre otras. Contra, la sentencia de 30 de marzo de 1955). En realidad, si estimamos que es una verdadera sustitución fideicomisaria, lo único incierto sería la cantidad de bienes que el fideicomisario recibiría, pero no su derecho (artículo 784)."

Y de análoga manera más autores, como SANTOS BRIZ (6), FLORES MICHEO (7), PARA MARTIN y COLL CARRERAS (9).

3

LA DOCTRINA CONDICIONALISTA.

Es CLEMENTE DE DIEGO el defensor más destacado de que el fideicomiso de residuo constituye a favor del fideicomisario un llamamiento sometido a condición suspensiva. En efecto:

Dice (10) que "inútil es insistir en que las cláusulas de residuo contienen una doble disposición, una dualidad de instituciones de heredero o de ordenaciones de legado o donación; ¿cuál es, repetimos, la naturaleza o modalidad propia de ellas?.

El primer llamamiento ofrece la apariencia de una institución o llamamiento puro y simple de aquéllos que no están afectados por circunstancia alguna que modifique sus normales afectos. Mas esto no es el caso en las cláusulas de residuo, por el enlace que guarda este primer llamamiento con el segundo, ya que éste recae sobre lo que quede del primero o sobre aquéllo de que no haya dispuesto el llamado en primer término. Si el testador otorgó al primer instituído amplia facultad de disposición *inter vivos* y *mortis*

causa, el derecho del segundo llamado queda reducido a lo que queda, porque aquél de ello no haya dispuesto en vida ni hecho testamento, en cuyo supuesto la primera institución apenas se distingue de las puras, simples, absolutas, que invisten al instituido luego de actuado su derecho de la plena e íntegra propiedad y titularidad de los derechos y acciones hereditarios. Ese pleno señorío queda, sin embargo, encentado y mellado en un punto, a saber: en que esos bienes residuales no siguen la trayectoria general sucesoria de los otros bienes que pertenezcan al primer instituido, sino la trazada por el testador en el segundo llamamiento; esos bienes son para el designado en este segundo llamamiento. Si, lo que es más frecuente, el testador sólo otorgó al primer llamado la facultad de disponer *inter vivos* (o libremente, o sólo en caso de necesidad y después de disponer y consumir los bienes propios), ya está más modificada, más encentada esa primera vocación, pues dista mucho de surtir la plena eficacia de la institución simple común. ¿Cómo construir y concebir esta primera institución? ¿Cómo construir y concebir la segunda institución o el segundo llamamiento?."

Y después de recoger la opinión de quienes construyen el fideicomiso de residuo como un caso de sumisión a condición resolutoria de la institución a favor del fiduciario, niega CLEMENTE DE DIEGO que sea correcto tal modo de ver las cosas, y luego de alegar las razones que juzga oportunas en apoyo de su negativa, afirma (11): "He aquí porqué estiman muchos que la modalidad a que está sometido el derecho del llamado al residuo es más bien una condición suspensiva. Esta hace depender la perfección del acto jurí

dico, en éste caso la disposición testamentaria, de un aconteci -
miento futuro e incierto, suspende la eficacia de la disposición
misma; *pendiente condicione*, el favorecido con la disposición no tie -
ne más que una esperanza de derecho (*tantum spes debitum iri*), y pue -
de ejercitar actos que tiendan a conservar su derecho y a asegu -
rarlo, pero nada percibe en él entre tanto (*nihil interim et debetur*);
deficiente condicione la disposición que de ella dependía, no puede
surtir eficacia alguna y se considera como no hecha; *existente condi -*
cione o cumplida y realizada, la disposición adquiere toda su efi -
cacia y la adquiere *ex tunc*, desde entonces, desde el principio, o
sea desde el día de la apertura de la sucesión (artículos 791, --
1114, 1120-1122, 801... del Código civil.

Este es el parecer de SOMMARIVA y de PACIFICI. Este se apoya
en una sentencia de la Corte de Brescia de 3 de mayo de 1869, que
considera a la disposición de residuo como condicional. Tal dispo -
sición, dice, no constituye un fideicomiso puro y simple con vín -
culo real obligatorio sino solamente condicional verdadera y pro -
pia condición particular extrínseca a la persona del llamado, y -
dependiente del futuro incierto acontecimiento de la subsistencia
de algunos bienes; condición libremente querida por el testador y
bien diversa de aquélla general de supervivencia del llamado".

Y señala seguidamente que (12): "Por consecuencia, la institu -
ción de *eo quod tempore mortis supererit* responde en sustancia a otra:
si quid tempore mortis supererit; y el vínculo del fideicomiso dependien -
te del contemplado incierto acontecimiento se purifica o se des -
vanece del todo sin dejar de sí trazas, como si no hubiese si -
do nunca escrito, según que la muerte del heredero instituído -

queden o no en todo o en parte bienes del complejo del patrimonio hereditario.". Advirtiéndolo a continuación que "Nuestra antigua - jurisprudencia anda alrededor de esta concepción. La sentencia de 15 de junio de 1868 declara que 'la disposición testamentaria por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de - la herencia al morir el heredero contiene una especie de sustitución condicional en favor del llamado, a la cual son aplicables - las leyes y disposiciones que rigen respecto de esta clase de instituciones; que en toda sustitución hereditaria es condición indispensable que instituído y sustituto, en su caso, tengan capacidad para aceptar la herencia al cumplirse la condición impuesta - por el testador; que, por consiguiente, el sustituto que premuere al instituído pendiente dicha condición no adquiere ni puede ---- transmitir derecho alguno por testamento ni *abintestato*'."

Concluyendo que (13): "Esta doctrina de la condición suspensiva inherente a la disposición de residuo en los respectos del fideicomisario, ciertamente muy razonable, no dejará de dar lugar a dificultades poco menos que insuperables por la retroactividad de la misma, por los derechos a ejercitar por el beneficiario pendiente la condición y luego de su cumplimiento..." Y que, de cualquier modo, "aun estimando que la disposición o cláusula de residuo envuelve una condición suspensiva puesta al llamamiento del - nombrado para él, eso no pasa de ser sino una conclusión meramente provisional que hay que contrastar escrupulosamente con las exigencias todas que el desarrollo y modalidades diversas de estas cláusulas ofrecen." (14).

Y en sus *Dictámenes jurídicos* mantiene igualmente CLEMENTE DE DIEGO que el fideicomiso de *eo quod supererit* es una institución condicional, y que "su condición consiste en si a la muerte del primeramente instituido quedan bienes del causante de la herencia (*si quid tempore mortis supererit*), acontecimiento futuro e incierto que está fuera del alcance del llamado fideicomisario, toda vez que se autoriza al fiduciario para disponer *inter vivos* de los bienes relictos y se limita el llamamiento a los bienes de que aquél no hubiese dispuesto en vida y conservase en su poder al morir." (15).

En la misma línea que CLEMENTE DE DIEGO se encuentra un nutrido grupo de otros autores.

Así GONZALEZ MARTINEZ (16), para quien "como la subsistencia o no de bienes procedentes del testador a la época de la muerte del fiduciario es un evento incierto, dependiente en exclusiva de la voluntad de éste y circunstancias de su vida, no parece sino que el fideicomiso de residuo envuelve una disposición condicional, consistiendo la condición en que queden o no bienes del testador a la muerte del fiduciario." Y agrega que (17): "En ciertas hipótesis el testador exalta la condicionalidad, ínsita ya en la naturaleza de este fideicomiso, trayéndola a expresión de un modo formal (*si quid supererit*) y entonces, por respeto a la voluntad testamentaria, que también puede manifestarse de otro modo en el propio sentido, parece orientarse más el caso hacia la doctrina de la condición."

Y, MANRESA-OGAYAR, que una vez recogida la jurisprudencia --

del Tribunal Supremo, concluyen (18) que: "Después de esta doctrina legal tan reiterada, y ratificada por la sentencia de 31 de diciembre de 1949, no es posible seguir afirmando que el fideicomiso de residuo constituye una verdadera sustitución fideicomisaria, y sí que aquél implica una singular sustitución condicional en favor del llamado en segundo lugar, que se rige por las normas establecidas para los llamamientos sucesorios sujetos a condición suspensiva".

Y DE BUEN (19) que advierte cómo "nuestra antigua jurisprudencia señala a la institución aludida el carácter de condicional", y cómo "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." (20). Opinión que transcribe y acoge por completo BONET (21), agregando (22) que: "Los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, o sea que hasta que fallecido el fiduciario pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del testador únicamente surge a favor de los instituidos una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero (Sentencias de 13 de noviembre de 1948, 26 de noviembre de 1951, 10 de julio de 1954 y 7 de enero de 1959, entre otras), que sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado (Sentencia de 29 de enero de 1962)".

Lo mismo DIAZ CRUZ (23) afirma que, a su entender "la cláusula-

la o fideicomiso de residuo es siempre una disposición condicional, según lo ha declarado la jurisprudencia española".

Y para SANTAMARIA (24): "En la sustitución fideicomisaria propiamente dicha el sustituto adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador, según el artículo 784, mientras que en ese momento el derecho del sustituto por cláusula de residuo es eventual o de mera expectativa, pendiente la adquisición definitiva de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad de los bienes -condición suspensiva- al llegar el día de su fallecimiento...". El fideicomiso de residuo es un fideicomiso condicional (S. 31 de diciembre de 1949); y el fideicomisario no adquiere derecho alguno desde la muerte del testador porque el eventual que le asiste, sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado, y en mayor o menor extensión por efecto del cumplimiento de la condición suspensiva, o no nace si la condición no se cumple (S. 1º diciembre 1951)."

Igualmente HERNANDEZ GIL, Antonio, para el que dictaminando - en un caso concreto (25): "La disposición testamentaria de residuo, en general, ofrece la nota de la condicionalidad; nota ésta mucho más acusada cuando se la concibe en los términos con que aparece - expresada en el testamento de don A. P.. Los requisitos de la condición fijados por los artículos 1113 y 1114 -aplicables en mate-ria de sucesiones por lo prevenido en el artículo 791- concurren - tanto porque los derechos sucesorios atribuidos a las señoritas P. están subordinados al evento de que subsistan bienes, cuanto por- que es también indispensable, para que pueda efectuarse la posible

adquisición, que supervivan a doña M. de la C. Siendo ésto así, el artículo 784, a cuyo tenor el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, carece de aplicación al caso, como lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia española, por las razones también expuestas, lo mismo por lo que se refiere a la sustitución fideicomisaria condicional que, en particular, por lo que afecta al fideicomiso de residuo." (26).

Y BORRELL Y SOLER (27) para quien: "Cuando el testador sólo -- obliga al fiduciario a restituir los bienes de la herencia que que den en su poder el día de su muerte, propiamente dispone un fideicomiso condicional, que resultaría ineficaz e ilusorio si aquél -- consumiese en vida todo el patrimonio fideicomitado."

También VENTURA-TRAVERSET (27^{bis}), y PUIG PEÑA (27^{ter}).

En cuanto a FONT BOIX y DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO (28), consideran condicional el fideicomiso de *si quid supererit*, e incondi cional el de *eo quod supererit*; pero realmente no son condicionalis - tas porque no dan a aquellas expresiones su sentido tradicional.

Y por acabar con una opinión especialmente contundente, recojo la de OSSORIO, para quien (29): "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 mo rir el instituído, no haya éste dispuesto de la totalidad de los - bienes (condición suspensiva)."

LA DOCTRINA ANTICONDICIONALISTA.

Queda, por último, referirse al sector de doctrina que está en contra del carácter de condicional del fideicomiso de residuo.

Quien encabeza a los que así opinan es ROCA SASTRE, que ya -- mantuvo inicialmente ese criterio en sus Estudios de Derecho privado (30), diciendo: "A nuestro entender, esta doctrina [la de ser condicional el fideicomiso de residuo] 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; sobre todo en las regiones de Derecho romano, en las cuales, por imperio de la citada Novela 108, siempre les quedará a los herederos fideicomisarios -- una cuarta parte del as, que sólo excepcionalmente puede ser objeto de disposición. En el fideicomiso de residuo no hay, pues, tal llamamiento condicional de los fideicomisarios."

A ROCA SASTRE le han seguido otros autores, como:

GONZALEZ PALOMINO (31), que entiende que en el fideicomiso de residuo lo que hay es "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". Luego -- "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. (Salvo que también se condicione la propia adquisición."

LACRUZ, que ya se opuso al criterio jurisprudencial en sus anotaciones a la traducción del *Derecho de Sucesiones* de BINDER (32), y que con más detenimiento y argumentación se sigue oponiendo ahora, en los siguientes términos (33): "La jurisprudencia afirma la -- condicionalidad de la sustitución de residuo con reiteración. Lo -- mismo, entre los autores DE DIEGO, sobre las huellas de la doctrina italiana, si bien para él la adquisición del derecho del fideicomisario tiene lugar inmediatamente en el fideicomiso *de eo quod su pererit*, aplicándose las reglas de las obligaciones condicionales -- sólo al *si quid supererit*. Esta tesis, acogida luego por FONT BOIX y, en otra forma, por Jerónimo LOPEZ, acaso peca de conceptual: la -- distinción que le sirve de base no tiene excesivo reflejo en la -- realidad, en la cual las variedades posibles de disposición de residuo son infinitas, y la intención típica de los testadores, que no suele depender principalmente de la fórmula empleada para disponer, ni menos de la sutileza de emplear o no la proposición condicional o la referencia al residuo, suele ser bastante uniforme dentro de cada uno de los tipos señalados antes.

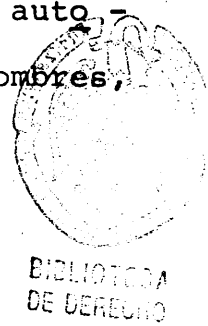
En principio, y pese a la uniformidad de la línea jurisprudencial

cial, 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 postheredero, a la muerte del fiduciario, 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 art. 784 y el fideicomisario recibirá su expectativa, consolidada y transmisible, al abrirse la presucesión".

PUIG BRUTAU, para el que (34): "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.". Citando PUIG BRUTAU, a continuación a los ya vistos, ROCA SASTRE, GONZALEZ PALOMINO y LACRUZ, pero advirtiéndole que las sentencias del Tribunal Supremo insisten en considerar al fideicomiso de residuo como sustitución condicional, criterio que

para PUIG BRUTAU (35) "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 pueden quedar. El testador dejará establecida una sustitución fideicomisaria condicional cuando declare que el sustituto sólo ha de tener derecho a los bienes fideicomitidos si se realiza un acontecimiento futuro e incierto (v.g., 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 C.c., como con la que faculta al fiduciario para disponer de los bienes. Cuando el testador fideicomitente ha querido que los bienes fideicomitidos 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."

La misma línea ha sido seguida posteriormente por más autores, de los que, por brevedad, me limito a consignar los nombres,



sin recoger argumentos que, por otro lado, vienen a ser los mis -
mos ya expuestos. Cabe citar a VALLET de GOYTISOLO (36), ALBALADEU
JO (37), IRIZUN GOICOA (38), ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (39) y últimamen
te O'CALLAGHAN (40) y RODRIGUEZ LOPEZ (40^{bis}). Ver también FONT
BOIX (40^{ter}).

III

LA JURISPRUDENCIA

1

RELACION DE LOS FALLOS QUE LA COMPONEN

Paso ahora al examen de la jurisprudencia:

En las siguientes sentencias el Tribunal Supremo ha fallado partiendo de que es condicional el fideicomiso de residuo o ha *de-*
clarado que lo es, o por lo menos, ha declarado o ha fallado par-
tiendo de que lo es el de *si aliquid supererit*.

He aquí, salvo que involuntariamente no haya recogido alguna, las fechas de las sentencias del Tribunal Supremo:

15 de junio de 1868

10 de julio de 1878

29 de octubre de 1904

21 de diciembre de 1918

8 de marzo de 1926

13 de febrero de 1943
28 de junio de 1947
13 de noviembre de 1948
31 de diciembre de 1949
1 de diciembre de 1951
10 de julio de 1954
30 de marzo de 1955
21 de noviembre de 1955
26 de abril de 1956
21 de noviembre de 1956
7 de enero de 1959
25 de noviembre de 1960
22 de diciembre de 1961
29 de enero de 1962
17 de mayo de 1962
20 de octubre de 1962
5 de julio de 1966
22 de enero de 1969
9 de diciembre de 1970
25 de mayo de 1971

Otras de las sentencias que, a veces se citan en el tema, las omito, después de consultarlas, porque o realmente no valen o --- bien corresponden a citas erróneas, aunque con frecuencia el error se propale, por tomar las fechas unos autores o sentencias de --- otros sin comprobar su veracidad y corrección.

Y ha tocado el caso la Dirección general de los Registros y

del Notariado en las siguientes resultaron:

26 de mayo de 1925

17 de octubre de 1928

8 de febrero de 1957

5 de octubre de 1966

2

ANALISIS DE LAS DIVERSAS SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

A) ADVERTENCIA PREVIA.

Analizo ahora los fallos que he reseñado. Mas, antes de entrar en el examen particular de cada uno, debo de decir que aunque la opinión de la doctrina al enjuiciarlos, es de que, a excepción de alguno aislado, mantienen en su inmensa mayoría, y por su puesto en conjunto como posición global del Tribunal Supremo, el criterio de que el fideicomiso de residuo es una institución condicional a favor del fideicomisario, y aunque tomando las afirmaciones literales de los considerandos de los fallos en cuestión, lleva razón la doctrina al conceptuarlos condicionalistas como -- los conceptúa, sin embargo, entrando a analizar los casos que resolvieron, yo me atrevería a decir que no son condicionalistas si no sólo *externamente* o *en apariencia*, y por *repetición verbal* por unos fallos de lo que antes dijeron otros, pero que en el fondo casi ninguno acoge la tesis condicionalista *de verdad y como fundamento* de la resolución que adopta, pues eso lo hacen una o, a lo sumo, dos

sentencias.

Esta afirmación mía cabe que parezca sorprendente, a la vista de lo que la doctrina opina de la jurisprudencia y del *pie literal* que ésta da para que aquélla opine así de ella. Pero sorprendente y todo, creo que aunque se piense que puede pecar de algo exagerada, sin embargo, ahondando en el examen de las sentencias, se ve -- que es mucho más verdad que la contraria.

Que nunca ninguna sentencia haya sostenido el carácter condicional del fideicomiso de residuo como fundamento del fallo, es posible entender que no sea del todo cierto, pero lo que sí es seguro, como luego creo demostrar, es que si alguna vez -y en todo caso, escasísimamente- lo ha hecho, lo ha hecho -diría yo- inútilmente por lo general, ya que a la misma solución adoptada llegaba la sentencia desde otro punto de partida del que también arrancó.

Y todavía las sentencias dan al menos cobijo a un condicionalismo aparente; pero de las resoluciones de la Dirección gral. de los Registros, ni de una de ellas se puede decir sino que, a lo -- más, exponen la situación del tema en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o advierten que hay una corriente defensiva de la tesis condicionalista, pero nunca que acojan ésta como verdadero fundamento de su decisión.

Y ya se comprende cómo la totalidad de la doctrina habría --- vuelto las espaldas al condicionalismo, cuando muchos autores es -tán contra él a pesar de creer que lo defiende la jurisprudencia, y de que los que están a favor, yo diría que lo están porque creen

que lo está la jurisprudencia.

En ésta, realmente, como seguidamente se verá, las afirmaciones condicionalistas, o no son verdaderamente tales, sino simple exposición de que en los fallos anteriores al que se contempla, - hay algunos que éste cree que son condicionalistas, por lo que lo dice, o bien si sí son de verdad afirmaciones condicionalistas, - están hechas por las razones más diversas, pero, eso sí, generalmente ajenas al propósito de adoptar una tesis condicionalista, - por ella en sí misma como central y decisiva para el caso juzgado.

Paso a intentar demostrar que el condicionalismo de la jurisprudencia es sólo aparente:

B) LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

a) LA SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1868.

En el caso de la sentencia de 15 de junio de 1868 se trataba de que un matrimonio sin hijos otorgó testamento mancomunado en el que ambos cónyuges se instituyeron recíprocamente "herederos únicos y universales" -decía la cláusula- el uno al otro, con autorización para que el que heredara al que premuriese pudiese disponer de lo -- que recibiese de éste "sin excepción ni reserva alguna, y sólo en el caso de que al fallecimiento del último que muriera quedase algo, podría heredarse por los respectivos herederos de cada uno, entendiéndose los más inmediatos parientes, y por éstos sus sobrinos carnales o los hijos de los que hubiesen fallecido."

Muerto el marido, le heredó la mujer, y una vez fallecida ésta habiendo instituído herederos a sus sobrinos, reclamó derechos hereditarios sobre la parte de la herencia del marido que aún quedaba en poder de la mujer a su muerte, el heredero de una hija de una hija de un sobrino del marido, reclamante que, por tanto, ni era sobrino del marido ni hijo de sobrino, y ni siquiera heredero más lejano de dicho marido, porque ni era pariente suyo. Con lo que quedaba fuera de las personas a quienes el marido llamó al fideicomiso, que eran *sus herederos*, por los que, como especificaba el testamento, debía entenderse, no todos los posibles herederos, sino sólo sus *sobrinos carnales o los hijos de tales sobrinos* si éstos hubiesen fallecido. La Audiencia denegó que tuviese el reclamante el derecho que alegaba al fideicomiso, y contra su sentencia se interpuso recurso de casación que desestimó el Tribunal Supremo aduciendo que:

"Considerando, que la disposición testamentaria por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que resta de la herencia al morir el heredero, contiene una especie de sustitución condicional en favor del llamado, a la cual son aplicables las reglas y prescripciones legales que rigen respecto de esta clase de instituciones:

Considerando, que en todas las hereditarias es requisito indispensable que el instituído y el sustituído en su caso, tengan capacidad para aceptar la herencia al cumplirse la condición impuesta por el testador, y que por consiguiente, el sustituído que premuere al instituído, pendiente dicha condición, no adquiere ni

puede transmitir derecho alguno por testamento ni *abintestato*.

Considerando que D. Juan Ruilova y su mujer Doña Andrea Ruíz de los Ríos se instituyeron recíprocamente por herederos únicos y universales de todos sus bienes, con facultad de disponer de ---- ellos en propiedad y usufructo, llamando únicamente a sus sobri - nos carnales o a los hijos de los que hubieren fallecido, para el caso eventual de que quedase algo a la muerte del instituído, y - por tanto, sólo para cuando se cumpliese esa condición:

Considerando que si bien Doña Josefa Villegas, mujer del recu rrente, era hija de uno de los sobrinos carnales de D. Juan Ruilo - va y en ese concepto llamada por éste a la sucesión eventual de -- los bienes que quedasen a la muerte de su mujer Doña Andrea Ruíz, es también indudable que la Doña Josefa y su hija Doña María falle cieron antes que la instituída; y que no habiendo llegado a cum -- plirse la condición, no adquirieron derecho alguno a la herencia, y por tanto, ni la primera pudo transmitirle a su hija, ni ésta a su padre D. Franciso Cué."

Pues bien, a tenor de los considerandos transcritos es posible que se diga que para el Tribunal Supremo la denegación del derecho del reclamante se basa en que estima condicional el fideicomiso de residuo, porque lo cree sometido a la condición de que queden bie - nes a la muerte del fiduciario (aunque debe observarse que el con - siderando 1º dice que se trata de una especie de sustitución condi cional, pero que no señala que la condición sea que queden bienes,, mas ciertamente sí señala que consiste en que queden, el cons. 2º), luego si el fideicomisario premuere a éste, premuere al cumplimien - to de la condición, y fallece, por tanto, sin haber adquirido su - derecho ni poder transmitirlo a sus herederos.

Más, contra quien diga eso, pienso que se puede advertir:

1°. Que bajo el Derecho de Partidas lo que hay que decir no es que el fideicomiso de residuo sea condicional por ser de residuo, sino que toda sustitución fideicomisaria ordenada para que el fideicomisario recoja la herencia al morir el fiduciario, es condicional bajo la condición de que aquél sobreviva a éste. Así que por ser una sustitución fideicomisaria y no por ser de residuo, es condicional el fideicomiso de residuo. Y la condicionalidad de éste procede, no de que constituya condición el hecho de que queden bienes a la muerte del fiduciario, sino de que está sometido -como he dicho- al evento de que el fideicomisario sobreviva al fiduciario (lo cual sí es realmente una condición), por aplicación de la regla "*dies incertus in testamento condicionem facit*" (41) (42). De modo que sería igualmente condicional el fideicomiso aunque no fuera de residuo. Y la no transmisibilidad del derecho al fideicomiso a los herederos del fideicomisario que premuera al fiduciario, procede de que siendo condicional el fideicomiso bajo la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, no le es aplicable texto equivalente -que, por otro lado, no existe en el Derecho de Partidas- al art. 784 del Código, según el 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", texto que aun habiendo existido en el Derecho de Partidas, sería aplicable sólo a los fideicomisos no condicionales.

2°. Que incluso prescindiendo de lo dicho en el anterior ---

apartado 1º, lo que verdaderamente es razón para apoyar la deci -
sión del Tribunal Supremo en el caso de la presente sentencia, es
la clara voluntad del testador, el marido de la fiduciaria, de --
que el círculo de sus parientes a quienes quería que fuese su he-
rencia después de tenerla su mujer era el compuesto por "sus so -
brinos carnales o los hijos de los que de éstos hubiesen falleci-
do"; de modo que si las personas que habría de ir el fideicomiso
no fuesen de éstas, no era voluntad del fideicomitente que aquél -
se mantuviese, sino que quería que entonces se purificase en ma -
nos del fiduciario. Lo que realmente revela voluntad de querer el
fideicomiso como *personalísimo* para los parientes que cayeran dentro
del círculo de las personas señaladas como fideicomisarios posi -
bles. Con lo que la voluntad del fideicomitente no llega a querer
como fideicomisarios ni a sus posibles herederos que quedasen fueu -
ra de ese círculo, ni menos a los herederos de esos posibles hereu -
deros suyos.

Es decir, de verdad la razón de excluir el derecho del reclau -
mante en el caso de la sentencia que estudio, lo es, más bien, a
la vista de la voluntad del fideicomitente, el hecho de que éste
ha deseado el fideicomiso, construyéndolo, no como intercalación
de un fiduciario para que suceda antes que los que, si no existieu -
se fiduciario, serían los que deberían sucesivamente ir recibien-
do, como herederos normales unos de otros lo que quedase de los -
bienes que en su día fueron del fideicomitente, sino como señala-
miento de una persona, el fiduciario, que, a falta de otras de -
terminadas que serían queridas como fideicomisarios posibles, es

instituída como único heredero *libre* si faltan todos aquéllos a -- quienes alcanza la voluntad fideicomisaria del testador.

En resumen, el propósito de fideicomitir los bienes no alcanza al caso de que los beneficiarios del fideicomiso hubiesen de serlo personas distintas de los sobrinos del testador o de los hijos de esos sobrinos. Tal debería ser el verdadero fundamento de la exclusión por la sentencia en estudio del derecho del reclamante a los bienes que a la muerte de la viuda quedasen en poder de ésta procedentes de la herencia de su marido. Y para evitar que el reclamante consiga el derecho que se discute, la sentencia --- afirma que no le corresponde por ser condicional el fideicomiso - de residuo, y no haber recibido el reclamante derecho al mismo al suceder a un fideicomisario que por haber muerto antes que el fiduciario no pudo transmitírsele porque, siendo el fideicomiso condicional, ningún derecho al mismo adquirió aquél al promover al - cumplimiento de la condición. El resultado, pues, se justifica -- con un argumento que no es correcto, pero que permite excluir lo que no debería de ser por la otra verdadera razón.

En conclusión, yo diría que en el caso de la sentencia de -- 15 de junio de 1868, la verdadera razón fundamento del fallo no - es la sedicente condicionalidad específica del fideicomiso de residuo por pender de que queden bienes a la muerte del fiduciario, sino la condicionalidad (bajo el Derecho de Partidas) de toda sustitución fideicomisaria (cuando se ordene que la herencia pase al fideicomisario a la muerte del fiduciario), por pender de la so- brevivencia del fideicomisario al fiduciario, o bien el carácter

personalísimo del fideicomiso, por estar otorgado a favor exclusivamente de los fideicomisarios nombrados, los sobrinos o hijos de sobrinos premuertos del testador. (43).

b) LA SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1878.

En el caso de la sentencia de 10 de julio de 1878 se trataba también, como en el de la de 15 de junio de 1868, de un matrimonio sin hijos que otorgó testamento mancomunado en el que ambos cónyuges se instituyeron, el uno al otro, "*herederos absolutos*" -decía la cláusula- pero disponiendo (aparte de otras cosas que no vienen a la esencia de lo que nos importa) que muerto el último, se dividiese por mitades lo que quedase entre los parientes más inmediatos de cada uno.

Como todos los bienes eran gananciales (porque los que no, se predetraerían) cada cónyuge dejaba al otro su mitad, luego, - el que sobreviviese tendría como suya una mitad de gananciales, y como herencia del otro, la otra mitad. Y por eso, al establecer los esposos, como establecieron, que lo que quedase al morir el último, fuese por mitades para los parientes más próximos de los dos, realmente establecieron un fideicomiso de residuo sobre los bienes del primero que falleciese, a cargo del sobreviviente, ya que los parientes más próximos de éste, tomarían la mitad de los bienes directa e inmediatamente como herencia suya, pero la otra mitad la tomarían del sobreviviente (el fiduciario) los parientes del premuerto como herencia fideicomitada (de residuo) - por éste.

Pues bien, murió primero la mujer, luego el marido, y entre ambos un hermano de aquélla que dejó una hija, la que reclamó a otra hermana de la mujer, que se había apoderado de todos los -- bienes fideicomitidos, la parte que le tocaba en representación (*sic*) de su padre muerto después que la causante, pero antes -- que el fiduciario. Reclamación que se deniega, y cuya denegación la justifica el Tribunal Supremo argumentando en el considerando 3° de su sentencia que "según la jurisprudencia admitida por los Tribunales [y lo que se hace es copiar literalmente en ese considerando lo que ya había dicho la sentencia de 15 de junio de 1868 en sus considerandos 1° y 2°, a los que refunde en uno sólo] la disposición testamentaria por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de una herencia al morir el heredero contiene una especie de sustitución condicional en favor del llamado; a la cual son aplicables las reglas y prescripciones legales que rigen respecto a esta clase de instituciones, en las que es requisito indispensable que el instituido y el sustituto en su caso, tengan capacidad legal para aceptar la herencia al cumplirse la condición impuesta por el testador; y que por consiguiente, el sustituto que premuere, pendiente dicha condición no adquiere ni puede adquirir derecho alguno por testamento ni *abintesta-*
to."

Con tal argumentación ¿parece que quien lea la sentencia puede entender que ésta acoge el carácter condicional del fideicomiso de residuo por pender de que queden bienes, y que es precisamente ese carácter el fundamento del fallo que deniega el derecho

del reclamante?

Yo pienso que a la vista de la argumentación de la sentencia, ciertamente quien la lea parece que ha de entender que acoge el carácter condicional del fideicomiso de residuo. Pero en cuanto a entender que la condición sea que queden bienes, puesto que no lo dicen los considerandos, no veo por qué se ha de afirmar que precisamente es esa la condición a que el Tribunal Supremo cree sometido el fideicomiso.

Mas, en cualquier caso, por mucho que pudiera estimarse que es defendible afirmar que, según los considerandos, la sentencia cree condicional el fideicomiso de residuo, precisamente porque -sometido a la condición de que queden bienes; por mucho -digo- que pueda *parecer* que eso es así, realmente creo que no lo es.

Diferentemente, si se leen con detenimiento los resultandos de la sentencia, y en ellos se ve el tenor de la cláusula por la que los testadores establecieron el fideicomiso de residuo, se puede asegurar sin temor a error, que la razón de desestimación del derecho invocado por el reclamante, no es la condicionalidad del fideicomiso de residuo, luego menos, la condicionalidad consistente en que no queden bienes.

En efecto:

Los fideicomitentes dejaban el residuo de la herencia que -fuese (en el caso fue la de la mujer) a los *parientes más inmediatos* de cada uno de ellos que lo sean a la *muerte del sobreviviente*, lue-

go no hay caso de que los que lo sean al morir el fideicomitente, puedan o no transmitir, si premueren al fiduciario, su derecho a sus propios herederos, y no lo hay porque esos parientes no son llamados al fideicomiso de residuo. Caso que es el del hermano de la testadora, luego el derecho invocado por su hija la reclamante, debe de denegarse, y es la verdadera razón de que se deniegue por el Tribunal Supremo (y no la que da de la condicionalidad del fideicomiso de residuo), porque: por un lado, su padre no fue llamado al fideicomiso, ya que no era pariente de la testadora que --- existiese al morir el fiduciario, luego no pudo transmitir a su hija un derecho que no tenía; y, por otro lado, como la hija es sobrina de la testadora, tampoco recibe llamamiento directo de ésta al fideicomiso, ya que si ciertamente sí vive al morir el fiduciario, sin embargo, el pariente al que la testadora llamó para tomar el residuo, fue el suyo *más próximo* que viviese en ese momento, y el más próximo es su hermana, no su sobrina, ni a ésta le corresponde ocupar el puesto de su padre por derecho de representación, que no se da en el caso.

Ahora bien, además de todo lo expuesto, que justifica, de -- por sí, la denegación del derecho reclamado, hay, bajo el Derecho de Partidas, que era el vigente cuando se juzgó el caso, la otra razón que aduje al comentar la sentencia de 15 de junio de 1868, consistente en que bajo tal Derecho son condicionales, sometidas a la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, todas las sustituciones fideicomisarias dispuestas para cuando -- muera el fiduciario, y, por tanto, como una más de ellas, las de re

siduo, en las que falta, consiguientemente, una condicionalidad específica suya que consista en el hecho de que *queden bienes*.

Concluyendo, si en el caso de la presente sentencia de 10 - de julio de 1878 no se hubiese rechazado el derecho de la sobrina de la fideicomitente, porque a su padre no se le llamó, y porque ella no era, al morir la fiduciaria, la pariente más cercana de aquélla, y la fideicomitente hubiera llamado al fideicomiso a sus parientes más cercanos en el momento de su muerte, habría que haber rechazado igualmente el derecho de la sobrina, porque sí habiendo resultado llamado en este caso su padre, sin embargo, al - premorir al fiduciario no habría transmitido a su hija la expectativa del derecho al fideicómiso que se hallaba pendiente y era intransmisible, hasta el cumplimiento de la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, condición que -como he dicho- alcanza bajo el Derecho de Partidas, a todas las sustituciones fideicomisarias ordenadas para cuando muera el fiduciario, y, como una de ellas, a la de resíduo.

c) SEÑALAMIENTO DE QUE DESPUES DE ESAS DOS SENTENCIAS, LAS POSTERIORES QUE SIGUEN LA LINEA QUE ES ATRIBUIDA A AQUELLAS, QUEDAN UN TANTO DESASISTIDAS.

Después del análisis de las dos sentencias vistas, sigo el - examen de las posteriores, pero no cabe duda de que para las de - éstas que dicen que el fideicomiso de residuo es sustitución sometida a la condición de que queden bienes es mal fundamento la invocación de aquellas dos sentencias más antiguas, que aunque ha-

blen de que es sustitución condicional, no dicen que la condición sea que queden bienes, o esa *condición* no fundamenta sus fallos.

Aún se podría, afinando ya muchísimo, decir que las posteriores estiman que en las dos primeras la condición se sobreentiende que era que quedasen bienes, porque siendo, en principio, en el Derecho de Partidas condicional toda sustitución fideicomisaria, bajo la condición de supervivencia del fideicomisario el fiduciario, decir en particular que la de residuo es condicional, obliga a pensar que es que se le considera condicional -presupuesto que también lo son las otras- por una condición específica suya, y -- que ésta es la de que quedasen bienes.

Mas aún a ese afinamiento (sin duda excesivo para pensar que las sentencias dijese lo que dijeron por haberse planteado tan complicado razonamiento) cabría responderle que no demuestra que el Tribunal Supremo haya pensado en la condicionalidad referida a que queden bienes, ya que también pudo pensar en la condicionalidad referida a que el fideicomisario sobreviva al fiduciario, condicionalidad común, en principio, a todas las sustituciones fideicomisarias dispuestas para cuando muera el fiduciario, luego, no exclusiva de la de residuo, pero que permite contraponer éstas a otras sustituciones no condicionales (con lo que se salva la objección de que siendo condicionales todas, hablar de condicionalidad del fideicomiso de residuo, inclina a entender que se refiere a otra condición específica suya, la de que queden bienes), -- aquéllas que el fideicomitente no hubiese querido -en derogación de la presunción legal de que *dies incertus in testamento condicionem*

facit- supeditar a la sobrevivencia del fideiconisario al fiduciario. Y, de cualquier modo, aun admitido que las dos sentencias -- consideran condición el hecho de que queden bienes, esa *condición* - no es fundamento de sus fallos.

ch) LA SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1904.

En el caso de la sentencia de 29 de octubre de 1904, había - dispuesto el testador el nombramiento de heredera universal y única a favor de otra persona (su madre) y de legataria a favor de - su esposa a la que "la lega, manda y mejora en el tercio de todos sus bienes, derechos y acciones, para que la disfrute durante los días de su vida, y a su defunción revertirán a sus legítimos hererederos o quien legalmente deban heredar, quedando facultada la J. para que en caso de necesidad lo enajene a quien tenga por conveniente, sin necesidad de justificar aquélla ante autoridad ni persona alguna, puesto que la conservación de bienes de esta mejora los deja a su libre conciencia, y sólo en el caso de que a su defeunción existiesen algunos de dichos bienes, será cuando pasarán los existentes a sus herederos o quien deban heredarle."

Se discutió si los bienes que quedaron al fallecimiento de - la fiduciaria correspondían a los herederos de la heredera del -- testador o a quienes habrían sido herederos de éste en el momento de fallecer la fiduciaria. Aquella tesis se basó en que adquiriendo el fideicomisario derecho al fideicomiso a la muerte del testadoror si le sobrevive (como ocurrió), lo transmite a sus herederos aunque fallezca antes que el fiduciario. La tesis segunda, que es la correcta, tiene su verdadero apoyo en que, según el testamento,

las personas llamadas a recibir el fideicomiso son no los herederos del testador al momento de su muerte, sino quienes debieran de heredarle a la muerte de la fiduciaria. Con este sólo argumento, sacado de lo que el testamento disponía, bastaba para decidir, como decidió el T.S., que el fideicomiso correspondía a los parientes del testador que habrían sido sus herederos *abintestato* el día en que la fiduciaria falleció, y no a los sucesores de la persona (su madre) que efectivamente heredó al testador a su muerte.

Mas, el Tribunal Supremo, en vez de resolver el caso usando tan certero, simple y breve razonamiento, maneja en su sentencia el argumento, inexacto e inadecuado, de la condicionalidad del fideicomiso de residuo, por pender de que queden bienes al fallecimiento de fiduciario, argumento que mezcla con el de que la voluntad del testador es que reciban el residuo los que serían sus herederos a la muerte del fiduciario.

Dijo la sentencia:

"Considerando que la cláusula 6a. del testamento otorgado por D.J.L., y especialmente el párrafo en que se expresa que sólo en el caso de que a su defunción existiesen algunos de dichos bienes será cuando pasarán los existentes a sus herederos o quien deban heredarles, demuestra claramente la voluntad del testador de subordinar la determinación del legatario o legatarios de los referidos bienes a la época en que ocurriera el fallecimiento de su esposa Doña F. y se realizara el acontecimiento de quedar bienes

por no haber ésta dispuesto de ellos, estableciendo por tal modo un legado, desde cierto día, a favor de las personas que entonces y sólo entonces tuvieran la cualidad de ser herederos legítimos, forma de legar que autorizaba la ley 31, tit. 9° de la Partida 6a y que admite el art. 805 del Código civil:

Considerando que hallándose subordinada por voluntad del -- testador la existencia del legado a favor de sus herederos legítimos a la condición de que su esposa no enajenara los bienes en que el mismo había de consistir, no podía nacer el derecho de -- aquéllos hasta que se realizara dicho acontecimiento, y por este motivo no lo adquirió, ni por ello pudo transmitirlo a su hijo -- natural D. de la I., Doña M.G., que falleció en 14 de Diciembre de 1886, es decir, con anterioridad a la fecha en que la condición quedó cumplida, o sea en el día de la muerte de la primera legataria Doña F.P., que tuvo lugar mucho tiempo después, ya que ocurrió en 18 de Noviembre de 1901.

.....

Considerando que no habiendo D. J.L. nombrado legatario de los bienes sobre que versa el pleito a su madre Doña M.G. sino a los parientes que deberían heredarle el día del fallecimiento de su esposa".

De todo lo que se sigue que estamos ante otro caso de sentencia en la que la condicionalidad del fideicomiso de residuo -- invocada por el Tribunal Supremo no es la verdadera razón que corresponde para decidir el pleito.

d) LAS SENTENCIAS QUE ESTUDIO DE AQUI EN ADELANTE ESTAN DICTADAS PARA EL C.C., Y, POR TANTO, BAJO SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS NO SOMETIDAS PRESUMIBLEMENTE A LA CONDICION DE SOBREVIVENCIA DEL FIDEICOMISARIO AL FIDUCIARIO; LUEGO, SI EN ELLAS SE DICE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES CONDICIONAL, HAY QUE ENTENDER QUE SE TRATA DE LA CONDICION DE QUE QUEDEN BIENES.

Conviene no olvidar que las sentencias que cito y estudio -- desde ahora en adelante están dictadas a base del Derecho del Có digo civil (la recién vista de 1904 lo está para pleito iniciado vigente ya el Código, pero a base de hechos producidos en parte -- con anterioridad), y que, por tanto, no siendo ya condicionales, en principio, todas las sustituciones fideicomisarias, cuando hable el Tribunal Supremo de que es condicional el fideicomiso de residuo, aunque no aclare que la condición es que queden bienes a la muerte del fiduciario, se refiere, sin embargo a esa condición, puesto que en virtud del art. 784 ha desaparecido para la sustitu ción fideicomisaria en general, la presunción de estar sujeta a -- la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario.

e) LA SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1918.

Otra sentencia que se invoca por algunos como mantenedora -- del carácter condicional del fideicomiso de residuo es la de 21 - de diciembre de 1918, que realmente no dice que aquél sea una sus titución fideicomisaria condicional, y es más, niega que sea una sustitución fideicomisaria. Sin embargo la recojo porque de algún modo puede entenderse que sea apoyo para la tesis condicionalista

la frase que utiliza la sentencia de que "los derechos de los recurrentes a la herencia del testador [los fideicomisarios de residuo] no estaban *definidos ni asegurados sino después de la muerte de la heredera* [la fiduciaria], la cual, por poder disponer libremente de dichos bienes, pudo no dejar nada y hacer ilusorio ese derecho".

Se trataba de un marido que, después de otras cosas, dispuso en su testamento que del "remanente de todos sus bienes, --- acciones y derechos instituía y nombraba por única y universal heredera a su esposa Doña Claudia Viorreta Muñoz, para que los disfrutara y heredara libremente"; y en la 7a. ordenó que "por fallecimiento de su citada esposa lo que la misma dejare procedente de su herencia lo heredarían sus sobrinos".

Lo que no cabe duda es de que se trata de un fideicomiso de residuo en el que la facultad de disponer que se concede a la fiduciaria es enteramente libre. Razón por la que cuando, como ocurrió, a la muerte de la fiduciaria no quedaba ningún bien que -- continuase formando parte de la herencia fideicomitida, la argumentación con la que se debió rechazar cualquier reclamación de ellos por parte de los fideicomisarios o de sus herederos, fue simplemente la de que nada pueden reclamar quienes no tenían derecho sino a lo que quedase si es que el fiduciario no disponía de todo, como podía e hizo.

Mas, en vez de razonar así la sentencia en el único considerando que nos interesa, a lo que se aplicó fue a negar que se es

tuviere ante una sustitución fideicomisaria, que, aunque de residuo, era ante lo que verdaderamente se estaba, aduciendo que es de esencia a la sustitución el deber de conservar. Dijo, en efecto la sentencia que "la Sala sentenciadora al estimar que el testamento otorgado por D. José Torres Delgado en 1° de Junio de --- 1909, no contiene la sustitución fideicomisaria que se alega y -- que es la base de este recurso, ha interpretado y aplicado con no torio acierto las cláusulas de dicho testamento y las disposiciones de los artículos 781, 783 y 784 del Código civil que se citan como infringidos, porque la sustitución fideicomisaria exige, como condición esencial que el fiduciario esté obligado a entregar la herencia al fideicomisario, y que éste tenga derecho a los bie nes de la herencia desde la muerte del testador, lo que no ocurre en el presente caso, porque al establecerse en la cláusula 6a, -- que el testador instituye a su esposa única y universal heredera que disfrute y herede libremente sus bienes, le concedió el derecho de propiedad en ellos tal como lo define el art. 348 de dicho Código, sin que este derecho estuviere limitado ni restringido en la cláusula 7a, antes al contrario, aclarado y ampliado en la mis ma, al establecer que de los bienes que dejare su esposa de los - de él recibidos heredaran las personas que cita en la proporción y con las limitaciones que en dicha cláusula se expresan no imponiéndole la obligación de conservar estos bienes para entregarlos al fideicomisario, antes al contrario autorizándola para poderlos vender libremente como lo hizo por no alcanzar a ella la prohibición a que se refiere la cláusula 7a y los derechos de los recu rrentes a la herencia del testador no estaban definidos ni asegu-

rados, sino después de la muerte de la heredera, la cual por poder disponer libremente de dichos bienes pudo no dejar nada y hacer ilusorio este derecho; y al no existir tal sustitución, carecen de base los motivos de casación contenidos en los cuatro primeros números de este recurso".

Es, ésta, otra sentencia, pues, en que si se entiende que la frase suya que transcribí al principio, supone que el Tribunal Supremo acepte el carácter condicional del fideicomiso de residuo, tal aceptación es innecesaria para resolver el caso juzgado, en el que bastaba decir -como ya he señalado- que ningún derecho tenían los interesados porque no quedaban bienes algunos de los que se había concedido a la fiduciaria la libre disponibilidad.

f) LA SENTENCIA DE 8 de MARZO DE 1926.

La sentencia de 8 de marzo de 1926 decidió un caso en el que, en cuanto aquí importa, la discusión versaba sobre si había sido válidamente hecha por los contadores partidores nombrados por el testador una partición de herencia a la que, por encontrarse llamados como herederos nudopropietarios para el caso de que existieran bienes al fallecimiento de la usufructuaria, su esposa, los sobrinos del causante, menores de edad al momento de ser practicada la partición, debían haber sido inventariados los bienes, según dispone el Código civil en su art. 1057 "con citación de los coherederos, acreedores y legatarios", cosa que en opinión de los demandantes, incumplieron los contadores al no citar a los repre-

sentantes legales de los menores.

El Juzgado desestimó la demanda, la Audiencia confirmó la -- sentencia del Juzgado, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

En cualquier caso, hay que señalar:

1°. Por un lado, que según los términos usados por el testamento y por la sentencia, no se trataba de un fideicomiso de residuo, sino de un usufructo con facultad de disponer; aunque a pe - sar de ello me ocupo de la sentencia, por si se estima que no es de verdad un usufructo testamentario, sino realmente un fideicomiso, y para ver si, en todo caso, cabe usar, por analogía, para el fideicomisario lo dicho para el nudopropietario.

2°. Por otro lado, que el tema central no es la condicionali dad de la institución de un fideicomisario de residuo, sino si -- puede ser conceptuado como coheredero actual, o, al menos equiparable a él, a efectos del art. 1057, el nudopropietario de unos bienes dejados en usufructo. Con lo que, por mucho que se equiparen fideicomiso de residuo y usufructo con facultad de disposi -- ción, y por mucho que se estime que son análogos incluso en ese -- extremo (que creo que no, aunque lo sean en los demás), no se puede por menos de percibir la sensación de que poca es la fuerza -- con que cabe invocar este fallo en apoyo de una tesis que toca de soslayo , sólo instrumentalmente para el fin que se propone, y -- que, además, no es exactamente de la figura que nos ocupa, sino -- de una, a lo más, análoga.

El testador del caso, que no tenía hijos, instituyó heredera universal a su citada esposa "dejándole el pleno dominio de los bienes muebles que existían al fallecimiento del testador, com --
prendiendo semovientes, granos, caldos, dinero, alhajas, créditos, ropas y mobiliario, sin excepción alguna, y también las fincas ur
banas que poseía el otorgante; y en usufructo vitalicio, con releva
ción de fianza y facultad para vender, en caso de necesidad, que no estaría obligada a justificar en modo alguno, los bienes rústi
cos de la herencia, o sea tierras y predios que no tuviesen la --
consideración de fincas urbanas; y para el caso de que existieran bienes rústicos del otorgante al fallecimiento de su mujer, insti
tufía herederos en nuda propiedad de dos terceras partes de los --
mismos, a los hijos de su hermano de madre Diego Calderón; y de -
la tercera parte restante a los hijos de su otra hermana María --
del Carmen Calderón; y para el caso de que los hijos de su citada hermana fueran menores de edad cuando debieran recibir en su caso los bienes que les pudieran corresponder, mandaba que dichos bienes los administrase, con relevación de fianza, hasta la mayoría de edad de los interesados, el sobrino político del testador, D. José María Ramos Ayuso".

Por de pronto, ya se ve que en caso de duda no hay que incli
narse a favor de que el testador desee intervención alguna de los padres de sus sobrinos con motivo de su herencia, ya que manda --
que los bienes que pudiesen corresponderles por ésta, los adminis
tren, no aquéllos, sino la persona que designa.

Además, aparte de -por lo menos literalmente, según la cláu-

sula testamentaria- tratarse, no de fideicomiso de residuo, sino de usufructo con facultad de disposición, los nudopropietarios - instituídos lo son "para el caso de que existieran bienes del -- otorgante al fallecimiento de su mujer", la usufructuaria. Lo -- que sin duda creo que encierra el espíritu de "instituir en todo caso herederos nudopropietarios" (luego les quiere puramente como herederos ya, aunque puedan no tomar bienes si no quedan cuando la usufructuaria muera), y no de "instituirlos sólo si quedan bienes" (en cuyo caso les quiere sólo para si quedan bienes, luego no les quiere, si éstos faltan cuando la usufructuaria muera, así que les instituye nudopropietarios condicionalmente) (45). Pero, de cualquier modo justifica -al menos literalmente- más la postura denegatoria del Tribunal Supremo.

Entrando ya de lleno en lo que dijo la sentencia, debe de - destacarse que realmente por ningún lado afirmó estarse ante institución condicional de los sobrinos del causante, sino sólo que "siendo de naturaleza meramente eventual y aleatoria los presuntos derechos hereditarios que en su caso pudieran asistir en su día a los recurrentes en la sucesión hereditaria de que se trata por depender su existencia o inexistencia de que al fallecimiento de la heredera universal Doña Antonia Ayuso queden o no - bienes del testador, es igualmente inconcuso que en razón a carecer en la actualidad del carácter de herederos a que se refieren exclusivamente los artículos 799 y 1057 del Código civil, -- que se suponen infringidos en el motivo segundo, no tuvieron que intervenir para nada en la formación del inventario hecho a la -

muerte del D. Higinio Aballe, y por consiguiente, el practicado sin su citación y audiencia no adolece de vicio alguno de nulidad que prive a las operaciones realizadas por los albaceas de los -- efectos legales que el artículo 1068 del mencionado Código les re conoce."

Afirma, pues, la sentencia que los nudopropietarios *carecen en la actualidad del carácter de coherederos*, y siendo los que *ahora* tengan tal carácter, los que deben de ser citados para la práctica del - inventario, según el art. 1057, no es defecto para la validez de la partición, la omisión de la citación a los interesados en cues tión. Ahora bien, obsérvese que no dice la sentencia que no sean todavía coherederos porque estén llamados condicionalmente (con - lo que sólo serán coherederos si se cumple la condición), sino -- que únicamente habla de la "naturaleza meramente eventual y aleatoria de los presuntos derechos hereditarios que en su caso pudie ran asistir en su día a los recurrentes". Luego, no cabe deducir de eso que, trasladando el argumento del usufructo al fideicomiso, estime condicional el fideicomiso de residuo por pender de la con dición de que queden bienes, ya que la estimación de la eventuali dad y aleatoriedad de los derechos discutidos, puede proceder de que aun sin ser condicionales, no es seguro, mientras que no se - vea que quedan bienes, el derecho a ser citado para la partición de los mismos quienes, aunque fuesen ya *herederos seguros* (herederos *seguros*, porque lo serían aun sin bienes que heredar), no es *seguro* todavía que hayan de percibir los bienes que se parten, pues aun partiéndolos, si después se enajenan, no les corresponderán en su

día.

Piénsese que, con independencia del tema de cómo queda la a-
tribución de la nudapropiedad (46) y de si deben o no (que sí que
deben) participar en la partición los instituídos nudopropieta --
rios actuales (no los para cuando muera el fiduciario), lo que --
aquí importa es destacar que:

1°. La protección del 1057, 2° se dispensa a favor de los co
herederos menores o sujetos a tutela. Por eso hay que citar a to
dos los coherederos para la práctica del inventario. Los coherede
ros plenamente capaces no son los destinatarios de esa protección.
Luego, de por su interés, el fideicomisario no habría de ser cita
do, como no hace falta que lo sea si, aunque se trate de fideico
misario puro, y no condicional, no hay menores o incapacitados en
tre los coherederos.

2°. No se trata del tema de la necesidad o no de que partici
pen en la partición los fideicomisarios, sino de de si cuando par
te el contador nombrado por el causante, han de acatar en princi
pio, todos los coherederos, y también el fideicomisario, la parti
ción, sin necesidad de que se les convoque para prepararla o rea
lizarla.

3°. El fideicomisario aunque lo sea en firme, y no condicio
nalmente, no es heredero *ya*, pues no le corresponde la herencia -
hasta que muera el fiduciario. Entonces es cuando hereda, y es, -
pues, sólo a partir de entonces, heredero o coheredero. Antes, no;
luego antes, no siendo heredero, no ha de ser citado para la prác
tica del inventario, como pide el 1057 para los que ya son cohere

deros. Ese es el verdadero fundamento de denegar la sentencia la necesidad de citación, que quizás no debió denegarse en el caso, porque el nudopropietario *actual* (no el designado para cuando muera el usufructuario) (47) sí es heredero ya de la nudapropiedad; - pero que sí debió denegarse si se hubiese tratado de fideicomisario de residuo o, en general, de fideicomisario.

Por mucho que antes de recibir el fideicomiso a la muerte -- del fiduciario, el fideicomisario, si es puro, tenga todas las expectativas (firmes y transmisibles) que quiera, a heredar, y ser entonces heredero, la protección de las mismas no obliga sino a - que la partición que puedan hacer los herederos actuales, sea inoperante frente a él. Y cuando es de residuo, su posición respecto a la partición y protección frente a ésta, no puede ser otra ni - mayor que la del heredero condicional (véase el art. 1054) (48), - no porque él sea fideicomisario condicional, sino porque, como de lo que se trata es de dividir bienes, aunque ya sea fideicomisa - rio en firme, y, por tanto, futuro heredero *seguro*, es inseguro que reciba bienes (no los recibirá si no quedan), por lo que podrá pedir ya el aseguramiento de sus derechos para después, pero no tiene utilidad que, salvo que los demás interesados quieran (para dar solidez definitiva al acto frente a cualquiera), se inmiscuya en la partición de unos bienes de los que si después no queda ninguno - cuando él sea heredero, ninguno le corresponderá.

4°. Piénsese que partiendo, a sus efectos, los fideicomisa - rios de residuo, el fiduciario dispusiese sólo de bienes adjudicados a alguno, de modo que a su muerte únicamente quedasen los ---

atribuidos a otros fideicomisarios. Por eso creo que, salvo que -- los fideicomisarios se avengan a ese riesgo (lo que pueden porque también serían libres de celebrar contratos aleatorios), para partir si son varios, se debe normalmente esperar a ver qué bienes -- quedan cuando el fiduciario muera.

En conclusión, y resumiendo: la presente sentencia, y las que juzgaron casos como el de ella, no pretenden negar (aunque lo di - gan) que el fideicomisario es heredero puro, y no condicional, sino que persiguen realmente significar que no siendo aún coheredero (hasta que muera el fiduciario), por no serlo todavía, no ha de -- ser citado a efectos del art. 1057.

g) LA SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1943.

Semejantemente al caso de la recién vista sentencia de 1926, una de 13 de febrero de 1943 encabeza otra serie en la que se va a afirmar el carácter condicional del fideicomiso de residuo, pero -- también no como fundamento propiamente dicho del fallo, sino, de -- algún modo, a mayor abundamiento, o, a lo más, con carácter de doc trina que contribuiría a fundamentar el fallo si hubiese que deci dir sobre lo que, por ciertas razones, el Tribunal Supremo se in - clina a que sólo con un criterio exageradamente amplio, sería nece sario abordar. Con lo que, de nuevo, aunque a la vista de otro pro blema (pues no es ya el de quiénes han de ser citados para inventa riar los bienes hereditarios, sino el de si la sustitución fideico misaria de residuo implica la vulgar), se va a incurrir en el ---

error de la afirmación de condicionalidad sin que hubiese verdadera necesidad de haber tocado el tema.

Como ya está visto que es corriente, se trata de un marido, en matrimonio sin hijos, que nombra heredera a su mujer, a la que deja libertad de disponer de los bienes hereditarios, pero estableciendo que aquéllos de los que no haya dispuesto pasen al fideicomisario de residuo que designa. El testamento en su segunda cláusula decía: "Por el presente instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, -- presentes y futuros, a su esposa doña Encarnación V.R. en pleno y absoluto dominio; pero los bienes que conserve a su fallecimiento pasarán a la institución de San Vicente de Paúl del pueblo en que ocurra su fallecimiento, y, si no existiera en tal pueblo, para los pobres de la capital de la provincia, rogando a aquéllos que lo encomienden a Dios y los disfruten venturosamente".

La mujer premuere al marido, éste adopta después a un niño al que -a tenor de la legislación entonces vigente- se obliga a instituir heredero en, por lo menos, cierta parte de sus bienes, pero fallece, sin llevar a efecto tal compromiso, bajo el testamento en el que estableció por heredera fiduciaria con facultad de disponer a su esposa y por fideicomisarios a los ya dichos.

El representante legal del menor adoptado pide que se declare la ineficacia del testamento y el derecho de aquél a la herencia, petición que acoge la sentencia del Juzgado, y que confirma la de la Audiencia, desestimando el Tribunal Supremo el recurso de casación que se interpone contra ésta.

En la sentencia del Tribunal Supremo el pasaje relativo a la condicionalidad del fideicomiso de residuo es incidental y no --- afirmativo, sino puramente hipotético. Dice así: "Que aunque con un criterio exageradamente amplio y extensivo se pudiera traer a debate, en este trámite de casación, el tema, por demás interesante pero no agitado ni planteado en el recurso, de la naturaleza y contenido jurídico de las disposiciones de residuo, sería forzoso con relación a este punto, mantener en lo fundamental el criterio que es base del pronunciamiento de la sentencia recurrida, pues, aparte de que la dogmática de tales disposiciones no acusa toda vía perfiles lo suficientemente precisos para levantar construcciones absolutamente seguras, se habrían de admitir como proposiciones razonables y ajustadas al sentido de la doctrina y de nuestro ordenamiento positivo las siguientes:3a..., sobre todo, la naturaleza condicional que, con más o menos relieve según los casos, es propia de la disposición testamentaria de *eo quod supere-*
rit y ha sido afirmada por esta Sala en sentencias de 15 de junio - de 1868 y 10 de julio de 1878".

Lo que sirve de fundamento al fallo del Tribunal Supremo no es sino el argumento de que no se demostró por el recurrente en - casación que era equivocada la interpretación dada por la sentencia recurrida a la voluntad del testador, sentencia según la que (considerando 3º) se "establece como único supuesto previsto para el llamamiento de la institución de San Vicente de Paúl, o, en su defecto, de los pobres de la provincia de Jaén, al de que queda - sen bienes de la herencia del testador a la muerte de la heredera

doña Encarnación V., después de haberse ejercido por ésta el derecho de libre disposición con respecto a los mismos"; y siendo así que la nombrada heredera fiduciaria premurió al testador "quedó ineficaz (considerando 1º) el referido testamento y con él la disposición en favor de los pobres, al hacerse imposible, por la premoriencia de la heredera, la realidad del supuesto único que tuvo en cuenta el testador en el legado de residuo que estableció."

Lo que, dicho en otros términos, es afirmar que la herencia no corresponde al fideicomisario de residuo, porque para que pueda haber residuo es preciso que antes herede la fiduciaria y que muera sin haber dispuesto de todos los bienes, ya que si no llega a heredar porque premuere al testador, no hay posibilidad de que -- pueda disponer de los bienes ni, por tanto, de que pueda quedar residuo, si no dispone de todos. Argumento ciertamente curioso -- (contra el que puede decirse que entonces el *residuo* que queda es *toda la herencia*, ya que de nada dispuso el fiduciario, porque, al no haber llegado a heredar, no pudo), pero que revela la idea del Tribunal Supremo de que la *condicionalidad* del fideicomiso obliga a que herede la fiduciaria y muera dejando todavía algunos bienes (contra lo que se puede decir que aun admitiendo que fuese condicional, como la condición es que *queden bienes*, no hace falta que herede la fiduciaria y queden después, sino que también se cumple la condición si *quedan* porque *al no haber heredado no dispuso la fiduciaria de ellos*). Aún podrían decir los partidarios del condicionalismo -- que la verdadera condición no es que queden, sino que queden a la *muerte de la fiduciaria*, y que premuriendo ella al testador, los que quedan, quedan al morir éste, y no aquélla. Mas, se comprende que

la lógica señala que la voluntad del fideicomitente será verdaderamente, por lo general, la de que el fideicomisario herede si -- quedan bienes a la muerte de la fiduciaria cuando ésta haya heredado, pero que si no hereda, también quiere para aquél los bienes que queden porque la fiduciaria no heredó ni pudo disponer, por tanto, de ninguno.

En otros términos, que sí a la muerte del fideicomitente la fiduciaria ha fallecido ya, el fideicomisario es querido para tomar la herencia *directamente* del testador. Esto, que es lo lógico, como expondré después (y allí remito sobre este tema), se expresa diciendo que la sustitución fideicomisaria, y, en cuanto que es una de ellas, el fideicomiso de residuo, *engloba* o *encierra*, la sustitución vulgar. Eso es lo que verdaderamente rechaza (equivocadamente, como creo demostraré en su momento) la sentencia.

Yo pienso que el fideicomiso de residuo sí es una sustitu -- ción fideicomisaria, y que ésta sí engloba la sustitución vulgar. Aquéllo creo haberlo demostrado antes; lo otro estimo que lo prue -- bo después. Y con esas dos premisas, no me cabe duda de que premu -- riendo el fiduciario al testador, el fideicomisario de residuo, -- debe de ser llamado a tomar la herencia directamente del testa -- dor cuando éste muera, porque lo que él desea no es que necesaria -- mente le herede el fiduciario, y que cuando muera vaya lo que que -- de de la herencia al otro, sino que quiere que si hereda el fiduciario y quedan bienes a su muerte, vayan al fideicomisario, pero que si el fiduciario no hereda, vaya la herencia *recta vía* al fi -- deicomisario.

Pero en todo caso, en la sentencia que acabo ahora de examinar lo que de verdad se decide es que no corresponde heredar al fideicomisario de residuo porque no quiso el testador que heredase sino después de que *hubiese heredado y podido disponer* el fiduciario.

Aparte de eso, lo demás que la sentencia dice, no son afirmaciones que ni expresa ni implícitamente constituyan en fundamento del fallo a la tesis de que el fideicomiso de residuo es una institución condicional, tesis que es la que trato de demostrar que no constituye jurisprudencia en la sentencia que comento.

h) LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1947.

Otra sentencia, la de 28 de junio de 1947, que también afirma la condicionalidad del fideicomiso de residuo ("cuya naturaleza jurídica -dice en su considerando 6º- no encaja del todo...en el marco de las sustituciones *fideicomisarias puras...*", y -agrega en el considerando 7º- que "...el *carácter condicional* que la jurisprudencia viene asignando a esta singular especie de sustitución, -- obliga a mantener..."), para resolver su caso, asimismo hace, como la sentencia de 1943, la afirmación (considerando 7º) de que "la eficacia de tal institución [el fideicomiso de residuo] precisa que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer -- instituído, para que, en el caso de que al morir éste no hubiese dispuesto de la totalidad, pueda adquirir el resto el llamado en segundo término."

Respecto a mi juicio sobre esa necesidad de que herede el fi
duciario para que pueda heredar después el fideicomisario de resi
duo, me remito a lo que dije al tratar de la sentencia de 1943.

Ahora bien, en cuanto importa para que quede claro que todo
lo que dice la sentencia de 1947 sobre la condicionalidad del fi-
deicomiso de residuo, no constituye fundamento del fallo, basta -
señalar que en el caso juzgado se trataba de que el testador nom-
bró fiduciarias a sus hijas y fideicomisaria de residuo a una so-
brina, para que ésta tomase la herencia, bien porque aquéllas no
heredasen, bien después de que hubieran heredado si no habían dis-
puesto de todos los bienes a su muerte, y estableció expresamente
que si la sobrina no llegase a heredar y hubiese fallecido dejan-
do descendientes legítimos, éstos heredarían por ella -es decir
tendrían su mismo derecho fideicomisario- como si viviese. Y como
quiera que una hija de la sobrina reclamó al morir la fiduciaria
lo que quedaba en poder de ésta procedente de la herencia del tes
tador, hubo de reconocerse su derecho a ello, ya que tenía por la
antedicha disposición expresa de aquél el mismo derecho fideicomi-
sario que habría correspondido a su madre, de vivir.

i) LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1948.

También la sentencia de 13 de noviembre de 1948 declara ex -
presamente, y con más detenimiento en el tema que las demás, que
el fideicomiso de residuo es condicional. Pero tampoco esa doctri-
na es fundamento del fallo.

Veamos lo que afirma de aquel extremo, y veamos por qué no es tal fundamento.

Dice sobre aquel extremo que: "El fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria porque, aunque aquélla pudiera considerarse comprendida en el ámbito del último párrafo del artículo 783 del Código Civil, se aprecian entre una y otra las siguientes diferencias trascendentales: Primera, en la sustitución fideicomisaria propiamente dicha el sustituto adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte -- del testador, según el artículo 784 de dicho Código, mientras que, en ese momento, el derecho del sustituto por cláusula de residuo es eventual o de mera expectativa, pendiente la adquisición definitiva de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad de los bienes -condición suspensiva- al llegar el día de su fallecimiento -institución a término incierto-; lo que significa que así como el sustituto fideicomisario adquiere a la muerte del testador, de modo definitivo, el derecho a la nuda propiedad de todos los bienes en que ha sido instituído, para consolidar el pleno dominio el día que fallezca, el fiduciario, 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, o puede no llegar a nacer - el derecho perfecto al residuo si la condición no se hubiera cumplido".

En cuanto a que el carácter de condicional del fideicomiso -

de residuo no es fundamento del fallo, se sigue de que la razón -- por la que verdaderamente deniega la sentencia el derecho fideicomisario alegado por el recurrente, es la de que se apreció por la sentencia que "los términos literales del testamento en debate son claros en el sentido de que el testador sólo ha previsto el supuesto liso y llano de que el primer llamado disfrutase y pudiese disponer de los bienes hereditarios, llamando sucesivamente a la propiedad de los que quedasen al fallecimiento sin descendientes del instituído a tres sobrinos suyos, pero no hay ningún otro elemento de juicio que permita vislumbrar la voluntad del causante en el supuesto no previsto de que el primer llamado le premuriese, y ante esta falta de declaración de voluntad que es de presumir pudo manifestarse o ser suplida después de la muerte del fiduciario, no hay posibilidad de interpretar el testamento, literal, lógica ni sistemáticamente, en el sentido de que se ha querido dar a la cláusula de residuo la significación y alcance de la sustitución vulgar por premorencia del fiduciario".

De modo que se rechaza el derecho fideicomisario del recurrente por estimar que el testador sólo quiso el fideicomiso para sí - antes del fideicomisario heredaba el fiduciario y podía, así, disponer de los bienes. Invoca la sentencia ser esa misma la doctrina de las de 13 de febrero de 1943 y 28 de junio de 1947 "que decidieron -dice en su último considerando- casos fundamentalmente idénticos al de autos y declararon que la cláusula de residuo precisa para su eficacia que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer instituído y que al morir éste no hubiera dispuesto de la totalidad."

Sobre mi opinión respecto a eso de que tenga que haber heredado antes el fiduciario, vale lo que he dicho antes al comentar las sentencias de 1943 y 1947.

j) LA SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1949.

Otra sentencia en la que la afirmación de ser condicional el fideicomiso de residuo no es fundamento del fallo, es la de 31 de diciembre de 1949. Tal afirmación se hace en la sentencia muy de pasada ("...la legitimación activa de las actoras -dice el considerando 2º- no ha sido negada, como consecuencia que es del reconocimiento, no discutido, de la cláusula testamentaria, que establece el fideicomiso, el que ha de tenerse en cuenta, por otra parte que no es puro, sino condicional, por ser de residuo, de manera que -- las infracciones que a estos respectos se acusan no han sido en modo alguno cometidas").

En el caso de tal sentencia había recaído sentencia inferior absolutoria que se abstuvo de entrar en el fondo del asunto por estimar que debían haber sido también demandados los herederos de la fiduciaria, ya fallecida a la sazón de la demanda. Interpuesto a nombre de los demandantes recurso de casación por infracción de ley, no se dio lugar a él por razones que no vienen ahora al caso, pero que están al margen de la condicionalidad de fideicomiso de residuo.

k) LA SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1951.

Una sentencia más en la que también se habla de la condicionalidad del fideicomiso de residuo, pero también sin que ello sea decisivo en el caso, es la de 1 de diciembre de 1951. Dice en su considerando penúltimo que "tiene proclamado esta Sala, en senten-

cias de 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947 y 13 de noviembre de 1948, 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, sólo aplicables a aquéllas en determinadas circunstancias; que el fideicomisario de residuo no adquiere su derecho desde la muerte del testador, porque el eventual que le asiste sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado, en mayor o menor extensión por cumplimiento de la condición suspensiva, o no nace si la condición no se cumplió.

El derecho reclamado se deniega, mas con todo y con eso, la verdad es que basándose no en que el fideicomiso de residuo sea condicional, sino en que nada corresponde al reclamante porque nada queda sin disponer de la herencia fideicomitida, ya que al fiduciario se le autorizó hasta para disponer *mortis causa*, lo que hizo, luego ningún residuo no dispuesto restó de los bienes fideicomitidos. Y así dice la parte final del considerando penúltimo "que el fiduciario puede disponer de los bienes por actos *inter vivos* o *mortis causa*, si para esto hubiere sido autorizado, y, consiguientemente, que el fideicomiso no tiene efectividad si, en una u otra forma, el heredero dispuso de la totalidad de los bienes". La discusión versó sobre si el fiduciario instituido en pleno dominio, pudiendo disponer de los bienes libremente tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, debiendo pasar si moría sin descendientes legítimos, aquéllos de que no hubiese dispuesto, a su viuda en usufructo, y, a la muerte de ésta, en propiedad a los fideicomisarios de residuo; si el fiduciario -digo- pudo disponer *mortis*

causa de los bienes fideicomitidos -lo que hizo a favor de su esposa, que recibió, así, no ya el usufructo ordenado por el testador, sino la propiedad plena de los bienes- *mortis causa*, muriendo sin hijos. El recurrente mantenía que el fiduciario tenía, desde luego, facultad de disponer *inter vivos*, en todo caso, pero *mortis causa* sólo si moría con descendientes legítimos. Pero el Tribunal Supremo entendió que también aunque muriese sin éstos tenía facultad de disponer *mortis causa*, y que el residuo sólo correspondía a los fideicomisarios, si moría sin hijos y sin haber dispuesto ni *inter vivos* ni *mortis causa*, y como dispuso en testamento a favor de su esposa, nada correspondía a los fideicomisarios.

1) LA SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1954.

La sentencia de 10 de julio de 1954 es una de las literalmente más conditionalistas por la extensión e insistencia de los razonamientos que aduce en pro de esa posición y porque realmente admite algunos de los motivos del recurso de casación fundándose en la misma. A tenor de eso voy a conceder que sea conditionalista como fundamento del fallo. Pero con todo y con eso, el asunto que la motivó no necesitaba de ningún modo acudir al conditionalismo para ser cabal e íntegramente resuelto. Lo que de alguna manera merma el valor pro conditionalista de la sentencia.

Se trataba de que el testador había nombrado fiduciaria con facultad de disponer a su esposa y fideicomisarias de residuos a dos sobrinas en cláusulas que decían, una, que instituía por su única y universal heredera en pleno dominio de todos sus bienes a

su querida esposa, y otra, la siguiente, que "Si su dicha mujer hubiera fallecido, no llegare a heredar o no hubiese dispuesto ex - presa y especialmente de todos los bienes del otorgante, adquirieran todos los bienes del testador o aquellos de los cuales no hubiera dispuesto su mujer doña Candelaria A. y G. de la C., las sobrinas carnales del otorgante doña Ana y doña María de la Candelaria P.V., que viven actualmente en su compañía; hijas de su hermano don Enrique P. en concepto de herederas en la forma expuesta, - por partes iguales y con derecho a acrecer entre sí".

Refiriéndome sólo a los extremos que aquí importan, señalaré que el pleito se inició pidiendo las sobrinas que el Juzgado - las declarase herederas fideicomisarias de *eo quod supererit* con tal carácter desde la muerte del causante, que declarase también que estaban sometidos al fideicomiso los bienes que la fiduciaria adquiriese a cambio de los que enajenase, y que declarase asimismo que, como herederas desde la muerte del causante, las fideicomisarias deben concurrir a la partición de los bienes relictos.

Extremos todos que (salvo por lo que el Tribunal Supremo viniese forzado a declarar en virtud del planteamiento dado por las partes al pleito y de lo que estableció la sentencia de la Audiencia y atacó en ella el recurso de casación) no exigían para ser resueltos acudir a tocar el tema de la condicionalidad del fideicomiso de residuo, ya que: 1º Por lo que se refiere a la subrogación de los bienes adquiridos a cambio de los enajenados, es asunto que sólo depende de la extensión de las facultades del fiduciario, y que por tanto merecerá igual juicio lo mismo si el fideico

miso de residuo se considera condicional que si no. 2° Por lo que toca a ser herederas las fideicomisarias desde la muerte del causante, y así tener que partir como tales, es claro que herederas no lo son hasta que la fiduciaria muera, y bastaría haberlo dicho así para resolver esos extremos, ya que hasta entonces la heredera es ésta, tengan aquéllas el tipo de expectativa que sea (firme como la del art. 784, o insegura o de derecho condicional, como la del 759) desde la muerte del causante.

De cualquier modo, aunque creo que lo que digo es como lo digo, el Tribunal Supremo rechazó motivos del recurso de casación apoyándose en el carácter de condicional del fideicomiso de residuo por depender de que queden bienes, afirmando en los considerandos 1°, 2°, 3° y 5° de su sentencia que:

CONSIDERANDO: Que la cuestión primordial planteada en el pleito resuelto por la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Sevilla, con fecha 11 de julio de 1951, en los recursos de casación que contra la misma se interponen, versa sobre la interpretación que en relación con la cláusula sexta del testamento de don Andrés P.H., por la que nombra e instituye por su única y universal heredera en pleno dominio de todos los bienes del otorgante a su esposa doña Candelaria A. y G. de la C., deba darse a la cláusula séptima del mismo testamento que dice: Si su dicha mujer hubiese fallecido, no llegase a heredar o no hubiese dispuesto expresa y especialmente de los bienes del otorgante, adquirirán todos los bienes del testador o aquéllos de que no hubiere dispuesto su mujer doña Candelaria A. y G. de la C., las sobrinas carna-

les del otorgante doña Ana y doña María de la Candelaria P. V. -- que viven actualmente en su compañía, hijas de su hermano don Enrique P., en el concepto de herederas en la forma expuesta por -- partes iguales, y con derecho a acrecer, entre sí.

CONSIDERANDO: Que habiendo sobrevivido al testador y aceptado la herencia su mujer doña Candelaria de A., la sustitución de esta heredera por las sobrinas del testador doña Ana y doña María Candelaria P., se subordina a la condición de que al fallecimiento de la heredera de primer llamamiento existan bienes de que ésta no haya dispuesto expresa y especialmente, es decir, que se trata de una institución condicional de residuo, en la que la condición afecta a la institución misma y las instituídas como sustitutas no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 759 del Código Civil, de suerte que al fallecimiento del testador únicamente surge a favor de aquéllas una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero, y en esa situación de incertidumbre podrán ejercitar las acciones precisas para que no se malogre su posible y eventual titularidad, de modo análogo a lo que ocurre a los herederos instituídos bajo condición a cuya figura jurídica puede equipararse en principio la institución condicional de residuo, y así serán aplicables a la sustitución de que se trata los artículos 791, 1114 y 1121 del citado Código sin que puedan aplicarse los 781 y siguientes del mismo cuerpo legal, como se sostiene en los considerandos de la sentencia recurrida, para atribuir en su parte dispositiva a las sobrinas del testador el concepto de herederas fideicomisarias del mismo, ya que no se impone obligación de conser

var y transmitir bienes de la herencia ni se da a la sustitución el nombre de fideicomisaria, como sería necesario conforme al número 1° del artículo 785, para que surta el efecto de que los llamados en concepto de sustitutos adquieran derecho a la sucesión desde la muerte del testador, como comprendidos en el artículo 784.

CONSIDERANDO: Que encuadrado el llamamiento de doña Ana y doña María de la Candelaria P. a la herencia, digo sucesión, de don Andrés P., en el concepto de una institución condicional de residuo y consistiendo la condición en el hecho de que a la muerte de la heredera instituída en pleno dominio de todos los bienes del testador, existan algunos de la procedencia de éste de que aquélla no haya dispuesto expresa y especialmente, es obligado interpretar esa locución expresa y especialmente en su sentido literal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil, ya que la significación gramatical de las palabras empleadas no aparece en pugna con la intención que resulta del tenor del testamento de atribuir a la heredera instituída el pleno dominio de los bienes del causante de los que podrá disponer siempre que lo haga de modo claro, explícito y manifiesto, a fin de que no puedan estimarse como actos de disposición hechos de dudosa o equívoca significación y de los que, por medio de deducciones o suposiciones, quiera inferirse una implícita intención de disponer, aclarando además que en los actos de disposición se concretan especialmente los bienes sobre los que recaen para evitar la confusión a que pudiera dar lugar una mención de carácter genérico, de la que pudieran surgir dudas acerca de lo en ella comprendido, y esto sentado, no puede admitirse la significación jurídi-

ca que a las palabras 'expresa' y especialmente' se atribuye en el considerando novena de la sentencia recurrida, estimando que el -- testador hizo uso de esa expresión para que se cumpliera su voluntad de que algo quedara para las sobrinas, y que si se daban circunstancias muy dignas de tenerse en cuenta, su esposa tuviera en la mano los medios económicos suficientes para superar posibles - dificultades que pudieran presentarse, interpretación ésta que no se armoniza con la voluntad claramente manifestada en el testamento de institución en pleno dominio de la heredera a quien se faca - culta para disponer y de que las sobrinas sólo sean herederas si al fallecimiento de la instituída en primer término quedan bienes de que no haya dispuesto.

.....

CONSIDERANDO: Que dado lo anteriormente expuesto, procede estimar los dos primeros motivos del recurso de casación interpuesto por doña Candelaria A. y G. de la C., porque al declarar el fallo recurrido en su parte dispositiva que doña Ana y doña María de la - Candelaria P. son herederas fideicomisarias de *eo 'quod supererit'* de don Andrés P. H. infringe los artículos 781, 783, 784, 785, 657 y 661 del Código Civil, cuya interpretación errónea e indebida aplicación se denuncia en el segundo de los expresados motivos, pues aun cuando en dicho fallo no se acoge la petición de la dema - manda de que les corresponde tal carácter desde el fallecimiento del causante ni la de que la heredera instituída en primer térmibo deba conservar en fiducia los bienes de la herencia o los por ella adquiridos en uso de la facultad de disposición, y pudiera -

parecer a primera vista que sólo se trata del empleo del término fideicomisarias en un sentido impropio, es de tener en cuenta que en los considerandos décimo y undécimo de la sentencia del Tribunal de instancia claramente aparece que se atribuye a ese vocablo toda la transcendencia que le concede el artículo 784 del Código Civil, y en el considerando 18 de la misma sentencia se sostiene que el importe de las ventas realizadas por la heredera debe sustituir a los inmuebles vendidos en el acervo hereditario, suponiendo una obligación de conservar y entregar los bienes o su producto, y por otra parte, al desestimar la petición reconvenicional formulada por doña Candelaria de A. de que se declare su facultad de disponer expresa y especialmente por título oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa*, como heredera en pleno dominio, no sólo se infringe, por las razones dichas, el artículo 675, cuya interpretación errónea se denuncia en el primero de dichos motivos, sino que se da a entender que esas facultades se hallan condicionadas por la concurrencia de una sustitución fideicomisaria, debiendo advertirse por lo que respecta a la referida petición reconvenicional que no se hace preciso examinar en cuanto a la misma la posibilidad de que la heredera en pleno dominio pueda disponer por actos *mortis causa* a pesar de no habersele concedido de modo expreso esta facultad, pues tal petición no fué acogida en la sentencia de primera instancia por ella consentida".

11) LA SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1955.

Una de las dos sentencias anticondionalistas de nuestra jurisprudencia es la de 30 de marzo de 1955 (la otra, la de 17 de

mayo de 1962, que después veremos).

Su tesis es que lo de que queden bienes no es una verdadera condición ni, por tanto, tiene su virtualidad. De manera que, no siendo condicional el fideicomiso de residuo, no le es aplicable la regla del art. 759 del Código, así que aunque muera el fideicomisario antes de que, a la muerte del fiduciario, se sepa si quedan bienes, transmite el fideicomiso a sus herederos, a tenor del art. 784.

Dice en su considerando 2º: "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 le son aplicables las normas de la institución pura, las de la condicional, las de a plazos o las de las modales, hasta el punto de 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 a 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 habría 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."

Creo que lo mismo que en las sentencias condicionalistas que vengo viendo, el condicionalismo no es fundamento del fallo (salvo lo que he dicho para la de 10 de julio de 1954), en la actual tampoco es fundamento del fallo el no condicionalismo. Sin embargo, no cabe duda de que aparte de eso, la actual es una de las -- sentencias más específicas sobre el tema, yo diría que tan específica como la que más, que lo trata por él en sí mismo, y se pronuncia, pues, sobre que no es condicional el fideicomiso de residuo, porque quiere resolver entre sí lo es o no (aunque naturalmente extraiga de ello las consecuencias procedentes), y no, porque con un fin principal ulterior, necesite como paso previo, pero sólo instrumentalmente, optar por si es o no condicional.

Ese opinar que no lo es, teniendo a la vista como problema -- central el de la condicionalidad, da a la sentencia, aunque repito- la tesis que acepta no sea fundamento del fallo, un valor mayor del común que en las sentencias condicionalistas tienen sus - declaraciones en pro del condicionalismo. De modo que creo que - se puede afirmar, en definitiva que tan sólido apoyo como para el condicionalismo pueda ser la sentencia, última que he estudiado - de 10 de julio de 1954, lo es la actual, de 30 de marzo de 1955, para el no condicionalismo.

De cualquier modo, como he dicho, tal tesis no constituye -- fundamento del fallo. Explico seguidamente por qué no:

El pleito que resolvió la sentencia, se planteó porque un heredero intestado del testador reclamó que se reconociese su derecho a los bienes hereditarios declarándose que no correspondían al heredero del que aquél heredero intestado reputó fideicomisario, y que había muerto antes de la que, también, aquél, reputó fiduciaria (la esposa del testador). Su razón para pedir la herencia era que en caso de premoriencia al fiduciario del fideicomisario, no se transmite el derecho de éste a sus herederos porque es condicional pendiente de que queden bienes a la muerte del fiduciario, y, en aplicación del art. 759 del Código Civil, el instituido que premuere al cumplimiento de la condición bajo la que se le instituyó, no transmite derecho alguno a sus herederos, luego no correspondía la herencia al heredero del fideicomisario que -- premurió al fiduciario.

Mas, el Juzgado desestimó la demanda, y la Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, por apreciar que en el caso no había realmente un fideicomiso, sino que a la conceptuada por el demandante fiduciaria, realmente el testador la había instituido usufructuaria con facultad de disponer, y a los conceptuados por el demandante fideicomisarios de residuo, realmente el testador los había nombrado herederos nudopropietarios, lo que lo eran, pues, efectivamente desde el momento de la muerte del causante, razón por la que su derecho no pendía de condición alguna, y, por tanto, al morir había pasado a manos de sus herederos, correspondiendo de tal modo a éstos el residuo de la herencia del causante originario, en vez de ser exacto que no les perteneciese por ser herederos de un fideicomisario que habiendo premuerto al fiduciario -

no pudo transmitirle su derecho.

Como el fundamento del fallo es, pues, que se trató, en verdad, de una nuda propiedad que el instituido recibió del causante a su muerte, y luego pasó a manos del heredero de aquél, queda -- descartado la necesidad de entrar en si habiendo sido un fideicomiso, habría ocurrido lo mismo, *por no ser éste condicional*. Por eso, aunque el Tribunal Supremo mantenga este criterio, no es él en el que basa su resolución, aunque sí sirva para argumentar que al -- mismo resultado habría que haber llegado aunque la institución -- del caso, en vez de ser una nuda propiedad con usufructuario con facultad de disponer, hubiese sido un fideicomiso de residuo. Mas, este razonamiento, siendo a mayor abundamiento, no constituye jurisprudencia.

El demandante interpuso recurso de casación en cuyo único y brevísimo motivo, despreciando por completo la interpretación dada por la sentencia del Juzgado y la recurrida a la cláusula del testamento, en el sentido de considerarla de usufructo con facultad de disposición, y no de fideicomiso de residuo, insistió (como si fuese seguro que se trataba de éste y la Audiencia no hubiese dicho que no) en que en virtud de ser -según repetía el recurrente- verdaderamente condicional la institución en discusión, - la sentencia recurrida, que concedía la herencia al heredero del por el demandante considerado fideicomisario premuerto al fiduciario, infringía el art. 759.

Y eso es a lo que contesta el considerando 1º de la sentencia del Tribunal Supremo al decir que:

CONSIDERANDO: Que en el único motivo de este recurso y con base - en el número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa por el recurrente que la sentencia recurrida infringe el artículo 759 del Código Civil, en cuanto instituídos fideicomisarios en un testamento que contiene una cláusula de residuo, determinadas personas, todas ellas murieron antes que la heredera fiduciaria, no dándose el derecho de representación, (49) por lo - que debió abrirse la sucesión intestada en favor del recurrente, pero es claro que no planteándose problema alguno de interpretación del testamento y sí sólo el de aplicación de dicho artículo 759 del Código Civil, el rigor que en nuestra Ley procesal caracteriza el recurso de casación veda a esta Sala examinar cuál sea el alcance de la institución de herederos fideicomisarios hecha - en el testamento y las consecuencias que pudieran derivarse del - fallecimiento de los instituídos antes que la fiduciaria autorizada para disponer de los bienes de la herencia del causante".

Con eso habría bastado. Así que el considerando 2º, que ya - transcribí al principio, en el que, para mayor justificación, el Tribunal Supremo da su opinión sobre la naturaleza no condicional del fideicomiso de residuo, no crea jurisprudencia.

Para acabar, quiero señalar que el demandante-recurrente, herederero intestado del causante, nunca podía tener ningún derecho a la herencia, fuese la cláusula del caso usufructo con facultad de disponer o fuese fideicomiso de residuo, y lo mismo si éste se -- conceptúa condicional que no, porque en el primer supuesto el residuo corresponde, no al heredero intestado del causante, sino al

nudopropietario o a sus herederos, y en el segundo, si se conceptúa condicional, corresponde al fiduciario, porque premuriéndole el fideicomisario, el fideicomiso se purifica y queda el fiduciario libre de tener que entregar el residuo, y si se conceptúa incondicional, corresponde a los herederos del fideicomisario, porque tendrían derecho al residuo a la muerte del fiduciario, por haberles transmitido tal derecho desde su muerte el fideicomisario que hubiese sobrevivido al testador.

En conclusión, derecho al residuo lo podría tener, según la tesis que se adopte, cualquiera de los dichos, pero los herederos intestados del causante, nunca.

m) LA SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1955.

Tratábase en el caso de la sentencia de 21 de noviembre de 1955 de una testadora que dispuso de su herencia a favor de dos hermanos, y para cuando falleciesen ambos (si fallecía uno, su parte iría al otro), ordenó que aquéllo de que no hubiesen dispuesto en vida fuese a parar a determinadas personas. El Tribunal Supremo, estima, naturalmente, que, "partiendo de esa base, forzoso es admitir que la disposición testamentaria contiene una institución denominada por la doctrina científica como fideicomiso de residuo" (considerando 1º). Y dice, como ha habido hecho varias veces antes (sentencia de 13 de febrero de 1943 y 28 de junio de 1947), que "la cláusula de residuo precisa para su eficacia que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer instituido y que al morir éste no hubiese dispuesto de la totalidad"

(considerando 4°). Lo que si, ciertamente, es una afirmación *literal* de la condicionalidad del fideicomiso de residuo, sometido a la -- condición de que el fiduciario *adquiera* los bienes, y *queden cuando muera*, tiene en su contra los argumentos oponibles a la necesidad de que antes que el fideicomisario haya de heredar necesariamente el fiduciario. (50).

Además es que, aparte de eso, el Tribunal Supremo no desestima el recurso de casación *porque* el fideicomiso de residuo sea una institución condicional, pues precisamente dice (considerando 4°) que la sentencia recurrida, "sin entrar en la discutida cuestión de si el segundo beneficiario lo es bajo condición o a término..."

La causa verdadera de desestimación del recurso, que no había sido interpuesto por herederos del fideicomisario que hubiese premuerto al fiduciario, sino por la demandante, heredera intestada de la fideicomitente, es la de no haberse impugnado -con lo que quedan en pie- las afirmaciones de la sentencia recurrida, de que el fideicomiso se purifica, y la herencia queda libre en manos del fiducionario, por premoriencia a éste del fideicomisario, cuando el fi-deicomiso fue impuesto "*intuitu personae* en beneficio del segundo llamado [el fideicomisario], no en beneficio de los herederos de és-te", y de que -como también afirma la sentencia recurrida y tampoco se ha impugnado por la parte recurrente- el fideicomiso no sólo no se impone (cuando es *intuitu personae*) en favor de los herederos del fideicomisario, sino que "menos en favor de los herederos *ab-intestato* del causante" (ésta es la verdadera *ratio decidendi* en el caso).

Y *ratio decidendi* innegablemente razonable, porque la herencia fideicomitida podrá ser para el fiduciario o fideicomisario, pero no para los herederos intestados.

A esta sentencia se le ve muy clara una idea, idea del T.S., que creo es -como en su momento expondré con detalle- la verdadera raíz de sus resoluciones sedicentemente *condicionalistas*: la de que no es -- transmisible a los herederos del fideicomisario (y, por tanto debe denegarse, y la jurisprudencia deniega la transmisión) el fideicomiso concedido a aquél personalísimamente.

n) LA SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1956.

A tenor de la sentencia de 26 de abril de 1956, el fideicomisario de residuo, "según reiterada doctrina jurisprudencial" en vida del fiduciario "se halla carente *in actu* de todo derecho..., y solamente ostenta un derecho expectante, *in potentia*, a hacer suyos ... los bienes de aquella herencia que al fallecimiento de la otra heredera [la fiduciaria] hayan quedado" (Considerando último).

Ciertamente que se puede estimar que, con más o menos acierto, tales palabras acojan la naturaleza condicional del fideicomiso de residuo, para el que la sentencia con lo que dice trate de expresar que el fideicomisario carece hasta que muere el fiduciario y quedan bienes, de un derecho o expectativa segura, porque - hasta que los bienes queden, ya que pueden no quedar, la situación del fideicomisario está pendiente de la condición de que ---

efectivamente queden.

Pero aun dando por bueno que sea eso lo que las antes transcritas palabras de la sentencia quieren expresar, sin embargo, no se puede por menos de señalar que tal razonamiento no es fundamento del fallo por lo que expongo seguidamente:

En el pleito se discutía si el hermano del fideicomitente de residuo que había dejado la herencia a su esposa como fiduciaria con facultad de disponer y a su hermano lo que quedase al fallecimiento de aquélla, podía retraer como condueño de una finca, en parte del causante, de la que la fiduciaria había vendido su participación (estimada en la mitad por herencia de sus padres, y un cuarto, como mitad de la otra mitad, que era ganancial).

Dejemos al margen las cuestiones que se debatieron o toca la sentencia, mas que no importan ahora, como la relativa a la repercusión en el pleito del hecho de no estar aún liquidada la sociedad de gananciales del difunto y su viuda. Pero aun resolviendo favorablemente la discusión relativa a la copropiedad, específica sobre la finca, de fiduciaria y fideicomisario, y admitiendo que por esa razón no tuviese obstáculo el retracto, lo que no se puede olvidar es que, viviendo, como vivía todavía, la fiduciaria al intentar retraer el fideicomisario, como la única propietaria es entonces ella como heredera (que por ser fiduciaria con facultad de disponer, pudo hasta vender la finca entera, incluida la parte que le correspondía por herencia fideicomisaria de su marido), el fideicomisario no es copropietario aún, ni lo sería ni siquiera si no fuese de residuo sino un fideicomiso ordinario con obligación

de conservar, ya que sólo cuando muera la fiduciaria le corresponde de la herencia del fideicomitente, en la que nunca es coheredero -ni, por tanto, condueño- con (a la vez que) la fiduciaria, sino heredero -y, por tanto, dueño exclusivo- después de que lo haya sido ella. De modo que no cabe copropiedad que justifique el retracto concedido a los demás condueños (51) para cuando uno vende su parte en la común.

Esa es la verdadera razón de denegación del retracto al fideicomisario, la de que, en todo caso, aún no es condueño; no la de que su llamamiento sea condicional.

ñ) LA SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1956.

También la sentencia de 21 de noviembre de 1956 afirmó en un considerando, el 2º, la condicionalidad del fideicomiso de residuo. Dice: "Que en la concepción actual de las disposiciones testametarias de residuo, tanto en la doctrina jurisprudencial como en la científica no se identifican con la genuina institución fideicomisaria, siquiera tengan algunos elementos comunes que exijan aplicar en algunos aspectos los preceptos que ésta regulan y de su propio concepto se deduce que en aquéllas se hace una doble institución de herederos, la segunda con carácter condicional -si algo quedase-".

Muy cierto es, pues, que dijo ser condicional la figura en estudio. Pero no lo es menos que la resolución del caso juzgado se basó, no en esa condicionalidad, sino en que en el fideicomiso

de residuo de que se trataba, que sí era condicional *de verdad*, por que el residuo se dejaba a los fideicomisarios *si sobrevivieran al fiduciario*, se había cumplido esa condición de sobrevivencia, porque éste murió antes que aquéllos, por lo que adquirieron el residuo. Y les pertenecía, pues, a ellos como residuo, y no a los herederos del fiduciario como herencia de éste.

Se trataba de que la reclamante, cuya pretensión se denegó, pedía el, para ella, sedicente residuo, por entender que la fideicomitente dejó a los fideicomisarios lo que de su herencia no hubiese dispuesto el fiduciario ni *inter vivos* ni *mortis causa*, y que como éste dispuso *mortis causa*, no quedó residuo. Pero siendo así que lo correcto era entender que dejó la fideicomitente a los fideicomisarios aquéllo de que el fiduciario no hubiese dispuesto *inter vivos*, esto -verdadero residuo- correspondía a los fideicomisarios, que, en efecto, habían sobrevivido al fiduciario, y no a los herederos que éste instituyó, dejándoles también los bienes fideicomitados.

La cláusula discutida decía que la fideicomitente: "En la porción libre, o sea en la mitad de su herencia, instituye por heredero a su expresado marido don José María V. A. y si el padre de la testadora fallece antes que ella, entonces instituye por heredero de todos sus bienes y herencia, derechos y acciones a su expresado esposo para siempre. Si el don José María V., aquí instituido fallece sin disponer de lo que herede en virtud de este testamento, lo que herede de la testadora procedente de las herencias de sus finados madre y abuelo, pasará a los hermanos de la otorgante hijos del don Juan y de su finado esposa doña María Carmen que sobre

vivan al referido instituído".

Está claro, pues, que el fallo -repito- no se basa en ser -- condicional por sí el fideicomiso de residuo, sino en que en el - caso juzgado la facultad de disponer concedida al fiduciario no - alcanzaba a los actos *mortis causa*, por lo que, no habiendo habido disposición *inter vivos*, quedó residuo y éste correspondía a los - fideicomisarios, que eran quienes lo tenían, y no a la heredera - de los herederos del fiduciario, que era quien lo reclamaba como herencia libre (liberada ya del fideicomiso) de éste.

o) LA SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1959.

La sentencia de 7 de enero de 1959 recoge la, como vengo exponiendo, *aparente* tesis de la jurisprudencia anterior, de la condicionalidad de que queden bienes, del fideicomiso de residuo. Dice, en efecto la sentencia en su considerando 1º: "Que el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: Primera, en el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para -- disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia ('*si aliquid supererit*', si queda algo); y segunda, 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 aquéllo que debe quedar); habiéndose establecido por la jurispru -

dencia de esta Sala que los fideicomisarios no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que, desaparecido el fiduciario por muerte, pueda saberse si hay o no residuo (Sentencias de 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948 y 1º de diciembre de 1951)".

Pero para que, sin entrar en más honduras, se vea claro, que no adopta semejante condicionalidad como fundamento del fallo, -- basta señalar que el caso juzgado era de Derecho catalán, en el que, como se sabe, no es que sea condicional por *ser de residuo* el fideicomiso de residuo, sino que se entiende que, salvo que conste otra voluntad del testador, es condicional todo fideicomiso -- dispuesto para después de fallecido el fiduciario, por considerarse que está sometido a la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario (para después de la Compilación, art. 163, 3º, de ésta). Luego: 1º. En Derecho catalán, la condicionalidad no es específica del fideicomiso de residuo, sino que alcanza a todos los fideicomisos; y la condición no consiste en que queden bienes, sino en que el fideicomisario sobreviva al fiduciario; 2º Y mal puede ser fundamento del fallo en pleito al que se aplique el Derecho catalán una condicionalidad, la de que queden bienes, que si lo fuese de verdad, lo sería para el Derecho común, y no para el catalán.

p) LA SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1960.

En el caso de la sentencia de 25 de noviembre de 1960, nuevamente hace el Tribunal Supremo la afirmación de estar sometido el

fideicomiso de residuo a la condición de que queden bienes, y nuevamente tal tesis no es fundamento del fallo.

Dice, en efecto, la sentencia en su considerando 4° que: "... se advierte que se quiso por aquélla [la testadora] instituir una disposición testamentaria de *eo quod supererit* ... pues claramente - se dice 'en lo que quedare' o 'en lo que quede' cuando podía te - ner existencia el fideicomiso por cumplirse las circunstancias - que le condicionaban y estas disposiciones de residuo que asimis - mo por sí solas tienen carácter condicional, no pueden identifi - carse en absoluto, con las típicas sustituciones fideicomisarias reguladas por el artículo 781 del Código Civil y no puede serle - aplicable el artículo 784 al que se opone su carácter condicional por no saber si al producirse la muerte del llamado fiduciario, - existirán bienes o no".

Pero esa condicionalidad de que queden bienes, no es el fundamento del fallo (52), pues lo que ocurría es que en el caso el fideicomiso de residuo establecido sí que era condicional porque estaba sometido a otra condición, la de que el fiduciario falleciere sin descendencia legítima y tuviere ascendientes. De modo que "ocurriendo esta doble circunstancia [que no ocurrió] - lo que a su muerte [del fiduciario] quedase de su herencia [del fideicomitente], adquiriría el carácter de fideicomiso". (Considerando 2°).

Con lo dicho basta para ver que la condicionalidad que combato no es el fundamento del fallo, que, por otro lado, recayó principalmente sobre extremos que no hacen a nuestro problema.

q) LA SENTENCIA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1961.

Pienso que la sentencia que sí es realmente condicionalista como fundamento del fallo es la de 22 de diciembre de 1961, que, en lo que aquí importa y prueba que su condicionalismo es fundamento del fallo, dice: "CONSIDERANDO: Que de los términos de la cláusula expresada se deduce que se quiso por la testadora establecer una disposición fideicomisaria de residuo de las denominadas '*es eo quod supererit*'; y debido a que la heredera, en segundo llamamiento, falleció con anterioridad al que fué instituído en primer lugar, es evidente que nada pudo recibir ni adquirir, por cuanto el artículo 759 del Código Civil, de modo claro establece que el heredero, que muere 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; y como la condición queda subordinada a que el fiduciario no haya dispuesto de los bienes, lo que puede realizar, hasta el momento de su fallecimiento, hecho que se sabe se ha de producir, cuando se ignore cuándo, el derecho de aquél no nace o se origina durante la vida de éste u a que solo cuando muere, es cuando se puede conocer cuáles son de los que no ha dispuesto, diferencia que la separa, como se dice en las sentencias de 17 de marzo de 1934, 10 de julio y 20 de octubre de 1954 y 25 de noviembre de 1960, entre otras, de las sustituciones fideicomisarias reguladas por el artículo 799, en el que la condición suspensiva no impide al heredero adquirir y transmitir a los

suyos, sus derechos; fundamento que sirve para expresar que la Sa la sentenciadora aplicó acertadamente la Ley, al no violar el artículo 799 del Código Civil ni aplicar indebidamente el 759 del mismo Cuerpo legal, como se denuncia en el motivo quinto, acogido al número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha de ser desestimado y con él, el recurso en su integridad".

r) LA SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1962.

Como todas las que vengo viendo la sentencia de 19 de enero de 1962, también dice que el fideicomiso de residuo pende de la condición de que queden bienes. En efecto, según su considerando 1º:"... b) La institución condicional de residuo o disposición de *eo quod supererit* no encaja del todo en el marco de las genuinas -- sustituciones fideicomisarias, porque no existe en aquélla la --- obligación de conservar los bienes, características de éstas, y - esta distinta situación hace que la jurisprudencia haya declarado que los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, o sea hasta que fallecido el fiduciario pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del testador únicamente surge a favor de los instituidos como sustitutos - una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero --- (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 1 de diciembre de 1951, - 10 de julio de 1954, y 7 de enero de 1959, entre otras), que sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado, lo que hace que no sea aplicable al fideicomiso de residuo el artícu lo 784 del Código Civil c) Las recurrentes, como herederas fidei-

comisarias, sólo pudieron perfeccionar su derecho si la condición se cumplió, pues el fideicomiso no tiene efectividad si el heredero dispuso de la totalidad de los bienes".

Ahora bien, es sencillísimo hacer ver que tales razonamientos no son fundamento del fallo porque (aunque se estime, como se hizo, que no se trataba de una institución en la nudopropiedad de la herencia, sino de un fideicomiso de residuo) lo que se discutió y resolvió en el pleito, entablado entre las nombradas usufructuarias de residuo y la fiduciaria y promovido por aquellas para pedir la nulidad de ciertas enajenaciones hechas por ésta, fue la existencia de verdadera necesidad de enajenar los bienes a la fiduciaria a la que se había otorgado facultad de enajenarlos si lo necesitaba, pero sin tener que probar tal necesidad. Y el Tribunal Supremo no consideró que se hubiese demostrado la no necesidad. Por ello fue por lo que falló como falló, y no porque el de residuo sea un fideicomiso sometido a la condición de que queden bienes.

s) LA SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1962.

La sentencia de 17 de mayo de 1962 es una de las dos (la otra es la ya vista, de 30 de marzo de 1955) que están contra que sea condición en el fideicomiso de residuo que queden bienes. Juzgó un caso en que estimó que la institución de los interesados era, no como fideicomisarios, sino como nudopropietarios (con lo que desaparecía en orden al pleito la necesidad de entrar en el tema de la condicionalidad o no del fideicomiso de residuo). Pero

no se conformó con afirmar, como hizo, que en la institución, por un lado en el usufructo, y por otro en la nudapropiedad "concu -- rren dos liberalidades, una atribuyendo a unos herederos la pro -- piedad y a otros el usufructo, y ambas se adquieren a la muerte -- del causante independientemente, sin orden ni relación sucesiva, ya 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 naci -- do 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 defi -- nitivo derecho se perfecciona y consume con el fallecimiento del '*de cuius*' sin que venga afectado por ninguna condición" (conside -- rando 2°), afirmación que, a los efectos de la sentencia, hubiese bastado. No se conformó la sentencia con esa afirmación, sino que agregó seguidamente que la institución del nudopropietario no ya no está afectada por ninguna condición, sino que "ni siquiera -- [por] una condición intrínseca al propio negocio, inaplicable al fideicomiso de residuo (sentencia fecha 30 de marzo de 1955) y -- con menor [¿mayor?] justificación al usufructo con facultad de -- disposición". Con lo que desecha que realmente sea condicional el fideicomiso de residuo. Pero ciertamente tal tesis no es fundamen -- to del fallo.

t) LA SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1962.

Retornando, diríamos, a la línea de casi siempre, el Tribunal

Supremo, en otra sentencia, la de 20 de octubre de 1962, vuelve a afirmar pero de nuevo no como fundamento del fallo, que el fi-deicomiso de residuo es institución sometida a la condición de -- que queden bienes.

Dice, en efecto, en su considerando 6°: "cual, con reitera --
ción, tiene sostenido esta Sala las disposiciones testamentarias de residuos no encajan propiamente en el marco de las genuinas -- sustituciones fideicomisarias, pues la naturaleza condicional que es propio de aquélla, tiene como corolario que se trata de una si tuación distinta de la que prevé el artículo 781, en relación con el 784 del Código Civil, en virtud de los cuales se concede derecho al sustituto, en la sustitución fideicomisaria pura, desde la muerte del testador, pudiendo adoptar el llamado fideicomiso de - residuo dos modalidades de acuerdo con la sentencia de este Tribunal de 7 de enero de 1959, siendo la primera aquella en que se fa culta al fiduciario para disponer de los bienes de la institución en vida y sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si es que, en efecto, algo quedare de la herencia '*si aliquid supererit*' y la segunda cuando el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir - un mínimo de caudal hereditario que necesariamente ha de recaer - en ellos por expresa voluntad de aquél '*de eo quod supererit*' o sea de aquello que debe quedar, habiendo establecido también la jurisprudencia de esta Sala que los fideicomisarios de residuo no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que, muerto el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo".

Lo que realmente se discutió en el pleito, y para resolver - lo cual no importa la condicionalidad o no del fideicomiso de residuo, fue la licitud de la disposición *mortis causa* que realizó la fiduciaria, a la que la fideicomitente había autorizado para disponer *inter vivos* a su libre voluntad y sin traba alguna, yendo el residuo a los fideicomisarios. Pero autorizando también la testadora a la fiduciaria para que pudiese disponer asimismo *mortis causa* (sin las limitaciones que aducían los recurrentes), como dispuso, si moría sin descendencia, como ocurrió.

u) LA SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1966.

Nueva sentencia en la que el Tribunal Supremo toca el tema - de la condicionalidad del fideicomiso de residuo es la de 5 de julio de 1966. Pero en ella lo que dice de depender de la condición de que queden bienes, no es ya una afirmación que no sea fundamento del fallo, sino que ni siquiera se trata de verdadera afirmación, sino de que simplemente refiriéndose al tema, la sentencia recoge otras anteriores que la hicieron, contraponiéndolas a las contrarias. Y así dice en su considerando 4º: "Que en trance de encuadramiento jurídico de las cláusulas de residuo, ha predominado en la doctrina y se ha proclamado con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala el criterio de reputarlas como una modalidad de las sustituciones fideicomisarias, pero sin llegar a identificarlas totalmente, de tal modo que las califica como sustituciones condicionales, las excluye del art. 784 del C. Civ. y -- las estima comprendidas en el 759, con la consecuencia obligada -

dentro de esta tesis de que en los supuestos en que el fideicomisario llamado al residuo premuera al fiduciario, aunque haya so -
brevivido al testador fiduciante, no transmite derecho alguno a --
sus herederos, dirección ésta no conseguida totalmente, porque es
ta Sala, en sentencia de 30 de marzo 1955 apunta una orientación
distinta en el sentido de que la condición de que queden bienes -
al fallecer el fiduciario es consustancial a la existencia y natura
raleza del fideicomiso de residuo, con lo que viene a calificarla
de 'condición impropia', pues el evento de que queden bienes no -
actúa en función a la eficacia o ineficacia del fideicomiso de -
residuo, sino que condiciona la existencia misma de la institutu --
ción, de tal modo que más que una condición en sentido propio se
está ante una figura jurídica análoga o similar a la denominada
'*condicio juris*' , si bien en cualquier caso habrá de estarse a la
voluntad del testador."

En realidad en el caso de esta sentencia, la afirmación de -
condicionalidad del fideicomiso de residuo ante el que se estaba
se debe a que, aparte de lo de quedar bienes, se le estimó condi-
cional porque dispuesto para *si sine liberis decesserit* . Y así dice
la sentencia en su penúltimo considerando que "es de tener en ---
cuenta que no se está ante una sustitución fideicomisaria pura, -
sino ante un fideicomiso de residuo cuya condicionalidad, al mar-
gen y con abstracción de su verdadera naturaleza jurídica tal co-
mo quedó razonado en el cuarto de los considerandos de este fallo,
es manifiesta, en cuanto que el testador lo dispuso para el su --
puesto acaecido de que el instituído falleciera sin dejar sucetu --
ción - '*si sine liberis decesserit*' - condición excluyente del término

o plazo que propugna la recurrente, y a la que es aplicable, tal y como correctamente hizo la Sala de instancia, lo dispuesto en el art. 759 del C. Civ."

Por lo que toca al fundamento del fallo que deniega el derecho al residuo a los herederos de uno de los fideicomisarios premuerto, no se halla en que éste no haya podido transmitirles tal derecho por la condicionalidad (que queden bienes) del mismo, sino que se halla en que el Tribunal Supremo estima que el sustituyente quiso un fideicomiso de residuo *personalísimo* a favor de las personas, sus sobrinos, que nombró fideicomisarios, de modo que, a falta de unos, el residuo sería para los otros, acreciéndoles, y no para los herederos del que faltase. Es pues el *intuitu personae* del fideicomiso, y no su sedicente condicionalidad, lo que justifica la denegación del derecho que reclamaba en el pleito el heredero del fideicomisario. Y así lo dice expresamente el considerando 5º de la sentencia cuando habla de que: "...y como en el caso presente los términos de la cláusula quinta del testamento evidencian con toda claridad que el causante ordenó la sucesión en el residuo de los bienes que de su herencia dejasen sus herederos que falleciesen sin sucesión, en la misma forma en que ordenó la institución -'queriendo el señor otorgante que suceda igualmente ...'-, al estar como está hecha tal institución hereditaria en favor de sobrinos carnales, hijos de hermanos, perfectamente individualizados y nominalmente señalados, no cabe inducir que quiso -- llamar también a los hijos de tales sobrinos, pues la circunstancia de que no los excluyera expresamente no puede tener el alcance de considerárseles incluidos cuando no existe un llamamiento -

expreso ni tácito".

v) LA SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1969.

Caso semejante a la de 8 de marzo de 1926 vino a resolver la sentencia de 22 de enero de 1969. Mas, en ésta, a diferencia de aquella en la que se trataba de usufructo con facultad de disponer, se estaba ante un fideicomiso de residuo; y también a diferencia de aquélla, que realmente no afirmó el carácter condicional de tal fideicomiso, la actual de 1969 sí lo afirma, por considerarlo sometido al evento de que queden bienes a la muerte del fiduciario.

Por mi parte remito a los razonamientos que hice entonces, que valen en la parte adecuada, lo mismo para ahora.

El caso juzgado en la sentencia de 1969 aparece completamente planteado en algunos de sus considerandos. Transcribo por eso a continuación, tanto éstos, como los que recogen la posición del Tribunal Supremo sobre el mismo. Em efecto, dijo aquél lo siguiente:

CONSIDERANDO: Que, en realidad, la cuestión fundamental que el recurso plantea, siquiera lo haga por vía indirecta, se reduce a determinar el sentido y alcance de la cláusula cuarta del testamento abierto por doña Isabel C.C., el 21 mayo 1957, ante el Notario de Sevilla, don Alberto B.M., en la cual, la testadora, después de haber establecido varios legados en favor de distintas -- personas, manifiesta que 'atribuye todos sus demás bienes a su es

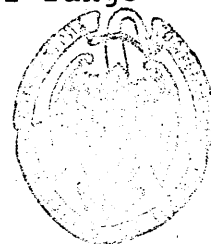
poso -don Antonio L. R.- para que los disfrute con la bendición - de Dios y de la testadora!, gravándolos a su vez, con ciertos legados, que también especifica, y terminando por declarar que 'Dispone la testadora que su marido, si le sobrevive, pueda disponer a título oneroso, de los bienes heredados, pero de todos aquéllos que resten a su fallecimiento, por no haberlos enejonado por este título, o por haber ingresado en su patrimonio en sustitución de los vendidos, dispone a favor de sus sobrinos, Angeles, Antonio, Carmen, Dolores, María, Macedonio, Clotilde, Claudia e Isabel, -- siendo el 25 por 100 para Macedonio, otro 25 por 100 para Claudia, y el restante 50 por 100, se repartirá, por igual, entre todos ellos, o sea, entre los nueve sobrinos que se acaban de citar.

CDO.: Que aunque las partes litigantes están conformes en la calificación que merece la institución jurídica creada por aqué - lla cláusula, conceptuándola como un verdadero fideicomiso de residuo, discrepan, sin embargo en el alcance de los derechos que - atribuye a los llamados en segundo lugar, o sustitutos, pues mientras para los demandados y para la sentencia recurrida, los fideicomisarios no tienen a su favor, sino una expectativa de derecho para adquirir su cualidad de herederos cuando se produzca el fallecimiento del primeramente instituido o heredero fiduciario y - en el supuesto de que éste no hubiere dispuesto, por actos onerosos, de todos los bienes que hubiere recibido de la testadora o - fideicomitente; en cambio, para los demandantes-recurrentes, el - sustituto que es llamado a una herencia en este supuesto -fideicomisario-, es un verdadero heredero desde el momento del óbito del fideicomitente ya antes de que fallezca el fiduciario, y, por lo

tanto, como el art. 1057 del C. Civ., no distingue entre herede -
ros puros y condicionales, en tesis de los recurrentes, cuando --
cualquiera de tales herederos sea menor, deberá ser citado para
la formación de inventario; de donde, concluyen, que al haberse -
realizado la partición de bienes litigiosa sin citación de la en-
tonces menor, doña Isabel L. C. -que era una de las llamadas al -
fideicomiso de residuo-, debía ser declarado nula, por lo que, al
no hacerlo así, la sentencia recurrida, ha infringido el art. 1057
párr. 2º aludido.

CDO.: Que, aun prescindiendo de la confusión que parece re -
flejarse respecto al concepto de la infracción denunciada, que en
el ingreso del motivo se afirma ser el de inaplicación de aquel -
precepto, y al final de él se concluye sosteniendo que no era apli -
cable -confusión que ya sería bastante para hacerlo improsperable
el problema que indirectamente viene a someter a la decisión de -
esta Sala es el relativo a la determinación de la verdadera cuali -
dad que corresponde u ostenta la persona que es llamada a un fi -
deicomiso de residuo, como simple fideicomisario; es decir, si --
puede calificarse de heredero desde el momento del fallecimiento
del que ha creado el fideicomiso, y, como tal heredero, tiene que
ser citado para la formación del inventario de la herencia de di -
cho difeicomitente, si fuere menor de edad, para dar cumplimiento
a lo que, a tal fin, dispone el art. 1057 invocado.

CDO.: Que sea cual sea el concepto que merezca el llamado fi -
deicomiso de residuo, lo que no cabe duda es que en él, el fidei -
comisario 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, o sea la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente, de los cuales no se haya dispuesto por actos onerosos; es decir, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras ésta no se cumple, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el art. 759 del . Civ., 'el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva el testador, no transmite derecho alguno a sus herederos', sin que contra este precepto pueda prevalecer lo ordenado en el art. 799 del mismo -- Cuerpo legal que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, se refiere realmente al heredero instituido a término incierto en el cual el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore cuando, -- '*certus an incertus quando*' -SS. de 17 marzo 1954, 4 marzo 1952, 20 octubre 1954, 6 diciembre 1957, 26 enero 1959 y 22 diciembre 1961 - entre otras muchas-.

CDO.: Que si ello es así, se comprende que la jurisprudencia haya declarado, ya 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, en favor de los sustitutos, o presuntos fideicomisarios, una expectativa de derecho a adquirir el concepto de herederos cuando la condición suspensiva, a que se subordina el nacimiento de su derecho se cumpla -SS. de 28 junio 1947, 13 noviembre 1918, 28 noviembre 1967,

7 enero 1959, 21 noviembre 1960, 20 octubre 1962 y 31 enero 1963-, derecho que sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del fi duciario o primer llamado -S. de 29 enero 1962-: doctrina ésta -- que admitió la Dir. Gral. de los Registros, declarando en la Resolución de 16 septiembre 1901, 'que es obvio que la escritura de - partición y adjudicación practicada por el primer instituido o fi duciario, es válida sin la concurrencia de los herederos llamados en segundo término o fideicomisarios.

CDO.: Que, en último término, si aun prescindiendo de todos esos razonamientos, se pudiera atribuir a los fideicomisarios, -- desde el óbito del fideicomitente, el carácter de herederos que - no tienen, aun en esa hipótesis, tampoco el recurso podría prosperar; porque: a) Alegado por los demandados, en su contestación, - que para que la preterición de alguno de los herederos produzca - la rescisión de la partición, es preciso que se pruebe que hubo - mala fe o dolo por parte de los otros interesados -art. 1080 y S. de 5 diciembre 1959-: b) Proclamado en la sentencia recurrida --- 'que no aparece acreditado debidamente que, caso de existir di -- chas devaluaciones, se debieran a ... dolosa intención en perjuicio de los herederos demandantes'; y c) No impugnadas estas apreciaciones de la sentencia, no podría tampoco declararse la rescisión de la partición litigiosa, aun en el supuesto de que la ac - ción hubiera sido ejercitada dentro de plazo".

Después de transcritos esos seis primeros considerandos de - la sentencia, que son los que interesan aquí, me parece que queda claro que basta repetir ahora la aplicabilidad de lo que dije pa-

ra la sentencia de 8 de marzo de 1926, de modo que, según eso, -- sin necesidad de entrar en el tema de si es o no el fideicomisario de residuo un instituido condicionalmente, el caso habría quedado resuelto diciendo que lo sea o no, como lo que con seguridad se puede decir es que no es heredero mientras viva el fiduciario, no tiene que ser citado a efectos del art. 1057; y que otro tema es --pero no importa ahora-- el de la protección que le corresponda, -- con vistas a la partición, a su *expectativa* de ser heredero (expectativa firme para los incondicionalistas, y no firme para los condicionalistas), protección que le dará derecho a lo que sea, pero no a ser citado como coheredero actual.

Además de todo eso, que en el caso de la sentencia de 1969 -- la tesis del condicionalismo del fideicomiso de residuo, no constituye jurisprudencia, porque no es premisa obligada o antecedente necesario de que arrancar para resolver el punto litigioso, ya que por varias otras razones, cada una de ellas suficientes de -- por sí, pudo desestimarse el recurso de casación, lo viene a decir el propio Tribunal Supremo, en los considerandos 3° y 6°. En aquél se lee que "aun prescindiendo de la confusión que parece reflejarse respecto al concepto de la infracción denunciada, que en el ingreso del motivo se afirma ser el de inaplicación de aquel precepto, y al final de él se concluye sosteniendo que no era aplicable --confusión que ya sería bastante para hacerlo improsperable--". En el considerando 6° se dice: "Que, en último término, si aun -- prescindiendo de todos esos razonamientos, se pudiera atribuir a los fideicomisarios, desde el óbito del fideicomitente, el carácter de herederos que no tienen, aun en esa hipótesis, tampoco el

recurso podría prosperar; porque: a) Alegado por los demandados, en su contestación, que para que la preterición de alguno de los herederos produzca la rescisión de la partición, es preciso que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados -art. 1080 y S. de 5 diciembre 1959-; b) Proclamado en la sentencia recurrida 'que no aparece acreditado debidamente que, caso de existir dichas devaluaciones, se debieran a... dolosa intención en perjuicio de los herederos demandantes'; y c) No impugnadas estas apreciaciones de la sentencia, no podría tampoco declararse la rescisión de la partición litigiosa, aun en el supuesto de que la acción hubiera sido ejercitada dentro de plazo."

x) LA SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1970.

En el caso de la sentencia de 9 de diciembre de 1970, por enésima vez ni lo que dice el Tribunal Supremo sobre el fideicomiso de residuo ni tampoco las ideas de que parte en la materia constituyen fundamento del fallo. Porque aun partiendo de que aquél es un llamamiento condicional, tampoco ese presupuesto es fundamento del fallo ni por ningún lado dice el Tribunal Supremo que la condición sea que queden bienes a la muerte del fiduciario. En conclusión, que tampoco la tesis condicionalista tiene apoyo verdadero en esta sentencia, que en lo que realmente se basa es, aparte y sin que importe lo que sea el fideicomiso de residuo, en que el instituido heredero en nuda propiedad es heredero desde la muerte del causante, y como tal recibe su derecho (y no ningún tipo de simple expectativa) entonces, por lo que siendo efectivamen

te ya comunero en la comunidad hereditaria no hay ninguna duda posible de que la partición que los interesados hagan de aquélla, - ha de realizarse con su intervención, y de que puede impugnarse si se prescindió de ella, y atacar la posterior enajenación a -- terceros de los bienes así de ilegalmente partidos.

Examino la sentencia para probar mis afirmaciones. En efecto:

La testadora instituyó usufructuario vitalicio de su herencia a su esposo, concediéndole facultad de enajenar *inter vivos* en caso de necesidad que no tendría que justificar, bastando sólo -- que la manifestase, y nombró herederas nudopropietarias a dos sobrinas. El usufructuario se adjudicó mediante escritura pública, todos los bienes hereditarios y luego vendió una finca que formaba parte de ellos. Las herederas nudopropietarias pidieron que se declarase la nulidad de la adjudicación y la de la venta. Los demandados (el viudo y los compradores de la finca) se opusieron afirmando que realmente se trataba, no de un usufructo, sino de un fideicomiso de residuo y que, por tanto, las demandantes sólo tenían una expectativa que se haría realidad únicamente si cuando -- fallezca el viudo quedan bienes.

El Juzgado y la Audiencia dieron la razón a los demandados, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, porque apreciando que verdaderamente el caso era de usufructo, hubo de concluir que las nudopropietarias tenían un derecho -- actual sobre los bienes hereditarios que había sido desconocido.

Así, lo que tiene relevancia es, no lo que sea o deje de ser

el fideicomiso de residuo, sino que estándose en el caso frente a un usufructo, hay que juzgar por las reglas de éste y aplicarlas, pues.

Dicen los considerandos que importan a nuestro efecto:

CONSIDERANDO: Que el problema que el recurso plantea está solamente integrado por la determinación de cuál sea el carácter de las actoras recurrentes, si herederas directas o fideicomisarias de residuo, en la sucesión de la causante, con vista del testamento que otorgó en 2 enero 1941, en cuya cláusula 3a declaró heredero usufructuario vitalicio a su esposo, con facultad de disponer por actos *inter vivos*, si lo necesitaba, sin precisión de justificarlo y herederos en la nuda propiedad de sus bienes a sus sobrinas, actoras hoy recurrentes, pues de que se estime lo primero, - los actos realizados por el viudo, sin intervención de las herederas, no son eficaces en derecho, y de apreciarse lo segundo tienen validez, porque las recurrentes sólo tenían una expectativa de derecho, eficaz a la muerte del fiduciario no antes de que ocurriera.

CDO.: Que no se puede identificar el usufructo con facultad de disposición, con el fideicomiso de residuo, cualesquiera que sean sus analogías, porque en dicho usufructo, el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer *mortis causa* y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad, no hace un doble llamamien-

to, directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que dis -
tribuye entre distintas personas de modo inmediato, las faculta -
des integrantes del dominio.

CDO.: Que aunque es norma general, que en la interpretación
de las cláusulas testamentarias, tiene el Tribunal criterio preva
lente, ello no es tan absoluto que impida el acceso a la casación
de tal criterio interpretativo, cuando el error pueda ser mani --
fiesto, porque se interpreta lo que realmente no lo requiera, por
ser el sentido literal de la disposición tan claro, que su sóla -
lectura exprese la intención del testador, lo que permite en el -
caso debatido tratar la materia, y de la lectura de tal cláusula -
3a del testamento aparece evidenciado, que con las atribuciones -
de usufructo vitalicio con facultad de disponer al viudo y nuda -
propiedad a las sobrinas, que consolidarían el dominio a la muer -
te del usufructuario, se hicieran dos designaciones de herederos,
instituyendo simultánea e inmediatamente, no de modo sucesivo, al
esposo y a las sobrinas, aunque el llamamiento fuese distinto, u -
usufructo de disposición y nuda propiedad y que tal llamamiento, -
constituye una verdadera y propia institución de herederos, única,
aunque se encuentre restringida a la nuda propiedad y que separa -
damente se haya atribuído el usufructo a otra persona, imponiendo
una carga temporal, que no fracciona la universalidad del llama -
miento, en el que concurren las dos liberalidades, la de la nuda
propiedad y el usufructo, y por ello ambas se adquieren a la muer
te de la causante independientemente, sin orden ni relación suce -
siva, por lo que los nudo propietarios, adquieren desde luego un
derecho sobre los bienes, cuya efectividad se halla aplazada pero

no condicionada a la muerte del usufructuario y cuyo derecho se perfecciona y consume con la muerte de la causante, sin que el usufructo de disposición altere tal estado de derecho, pues aquél no altera la naturaleza del usufructo, con relación a los bienes de que no haya dispuesto, por todo lo cual hay que estimar, que estuvo presente en el patrimonio de los nudopropietarios, el derecho a la sucesión desde la muerte de la causante en 30 mayo 1966 siendo por tal herederas directas y no fideicomisarias de residuo, lo que obliga a la estimación de los dos primeros motivos del recurso, el primero por violación del art. 675 y el segundo por aplicación indebida del 759 del C. Civ. y violación de la doctrina legal que cita."

y) LA SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1971.

Por último, de entre las sentencias del Tribunal Supremo, la de fecha más reciente que conozco en el tema, la de 25 de mayo de 1971, tampoco lo que dice del fideicomiso de residuo es fundamento del fallo. Esta vez, no sólo no es fundamento del fallo, sino que ni pudo serlo ni servir para configurar el fideicomiso de residuo en el Código Civil, porque es que la sentencia, como la anteriormente vista de 7 de enero de 1959, no está dictada en aplicación del Código Civil, sino del Derecho catalán en el que, como se sabe, no es que el fideicomiso sea condicional por ser de residuo, sino que todas sustituciones fideicomisarias, y, como una -- más de ellas, la de residuo, "dispuestas para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales [bajo la --

condición de que sobreviva el fideicomisario], salvo voluntad contraria del causante" (Comp. art. 163, 2°, y lo mismo regía antes de la Comp.).

La testadora del caso había dispuesto: "Instituyo heredero - universal a mi esposo don Luis de C. y de V., el cual podrá disponer libremente por actos *inter vivos* y a título oneroso de todos -- los bienes que heredase de mí, realizando toda clase de enajena - ciones y en especial venderlos y gravarlos. Aquéllos de los cua - les al ocurrir su fallecimiento no hubiere dispuesto en la forma expresada pasarán a sus libres voluntades a mis hijos María del - Pilar y Baltasar de C. y de F. en la proporción que mi esposo hu - biese dispuesto expresamente en su testamento y si no por partes iguales; y si alguno o ambos hubiesen fallecido dejando hijos a - éstos en su representación".

Y el Tribunal Supremo en el considerando 6° de la sentencia se limitó a afirmar que "en cuanto a la naturaleza de las cláusu - las testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el su puesto de que el testador (fideicomitente), faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas - de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste (*si aliquid supererit*) si - queda algo; y Segunda. En la hipótesis de que el causante restrin - ja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fidei - comisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que ne cesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél

(*de eo quod supererit*), de aquello que debe quedar".

Todo lo cual es obvio que, por supuesto carece de valor im -
perativo ni pretende tenerlo. Y aparte de ello, el considerando -
se limitó a afirmar que se ha "establecido por la jurisprudencia
que los fideicomisarios no adquieren en principio derecho alguno,
hasta que desaparecido el fiduciario por su muerte, se pueda sa -
ber si hay o no residuo -sentencias de 21 noviembre 1956, 7 enero
1959 y 29 enero 1962."

Lo cual, por muy cierto que sea que en efecto se ha dicho --
por la jurisprudencia, por esa que cita la sentencia y por mucha
más, como sabemos, carece de poder para dar una fuerza de la que
carece el haberlo dicho ya antes el Tribunal Supremo sin valor de
jurisprudencia. (52^{bis}).

C) LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS.

a) IDEA GENERAL.

Hasta aquí la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por lo --
que toca a las resoluciones de la Dirección General de los Regis-
tros, aunque después transcribo para que se vea su verdadero al -
cance- los pasajes correspondientes de las que tocaron el tema, -
resumo y adelanto ya, que la que fuera, o *no afirmó* nada en defi-
nitiva, sino que se limitó o a una breve alusión al asunto o a re
coger el estado de la cuestión y dar un panorama de opiniones man
tenidas, sin decidir que una u otra fuese la acertada, o si afir-

mó algo no lo fue con carácter de fundamento de la resolución.

b) LA RESOLUCION DE 26 DE MAYO DE 1925.

Así la de 26 de mayo de 1925 se limita a decir que "los jurisconsultos modernos acogen las expresadas cláusulas testamentarias [de residuo], bien bajo el grupo de las disposiciones modales, --- bien bajo rúbrica de los legados a término o condicionales, cuyo - vencimiento se provoca con la muerte del primer llamado...".

c) LA RESOLUCION DE 17 DE OCTUBRE DE 1928.

Y la resolución de 17 de octubre de 1928, si bien, con referen-
cia a una disposición testamentaria por la que la causante dejaba
sus bienes gananciales, únicos que poseía, a su esposo como herede-
ro universal, con facultad de disponer de ellos *inter vivos y mortis*
causa, pero con la condición de que lo no dispuesto fuese a parar
y se distribuyese a quienes y en la forma en que señaló, dijo que
establecía "un fideicomiso condicional" (considerando 1º) y habló
de "los derechos de los condicionalmente llamados" (considerando -
último), sin embargo, tales afirmaciones podrían igualmente haber-
se ahorrado porque lo que se decidió fue, con revocación del auto
del Presidente de la Audiencia, que no era inscribible en el Regis-
tro una instancia presentada por el fiduciario en la que se pedía
"que se tuviere por formalizada la relación de bienes que se expre-
san en el documento y que acompañándose al testamento certifica --
ción de defunción y de actos de última voluntad y previo el pago -

del impuesto de derechos reales, se inscribieran a nombre del presentante de la instancia de adquisición de bienes una mitad por - su haber de gananciales, y la otra mitad como único heredero de - su esposa". Instancia que, presentada en el Registro, mereció la siguiente Calificación del Registrador, contra la que recurrió el interesado, y revocó el Presidente de la Audiencia, cuyo auto a - su vez revocó la Dirección General: "Suspendidas las inscripciones en cuanto a la única finca radicante en territorio de este Registro, por ser insuficiente una simple instancia para obtener la inscripción de fincas o derechos reales adquiridos en parte por - título de sucesión testada y en parte por adjudicación en pago de gananciales, con determinación de la parte alícuota adjudicada -- por cada uno de estos conceptos, precisándose en tal caso, aun -- tratándose de heredero único, el otorgamiento de escritura pública. Se considera subsanable esta falta. Se extiende esta nota por exigirlo el presentante al retirar este documento, y no se toma - anotación preventiva por no solicitarse".

ch) LA RESOLUCION DE 8 DE FEBRERO DE 1957.

Y la resolución de 8 de febrero de 1957, en la que la Dirección General resuelve sobre un caso en que se discutía si era preciso, a tenor del art. 1057, haber citado para la práctica del inventario al representante de la menor de edad instituída, según - la opinión del Registrador y de la resolución, como heredera nudoo propietaria, y según la opinión contraria, del contador-partidor, como fideicomisaria de residuo.

La resolución decide que por tratarse realmente de heredera nudopropietaria de la herencia que el causante dejó a su esposa como usufructuaria con facultad de disposición, se debió partir - previa la citación discutida. Por eso, el fallo se fundamenta, no en lo que sea ni en la naturaleza que tenga el fideicomiso de residuo, sino en lo que es y en la naturaleza que tiene el usufructo con facultad de disposición.

Con lo que lo que en el fallo se dice sobre el fideicomiso de residuo es cosa puramente accidental. Además de que ni siquiera se dice lo que la Dirección General piensa que sea, sino que la resolución se limita a exponer las diversas posiciones que hay en el tema, y cómo la figura se diferencia del usufructo con facultad de disponer.

Los considerandos de la resolución que importan a nuestros efectos, dicen:

"CONSIDERANDO: Que los esfuerzos de la doctrina civil para determinar si el denominado fideicomiso de residuo contiene las notas peculiares de la sustitución fideicomisaria, caracterizada por un doble llamamiento hecho por el testador con la obligación de conservar y restituir los bienes impuesta al primer llamado, y un orden sucesivo parecen haberse orientado en dos direcciones: una, seguida por el Tribunal Supremo, que estima que el fideicomiso de residuo es una institución condicional de heredero subordinada a que al morir el primer instituido queden algunos bienes hereditarios, sin que hasta entonces corresponda a los fideicomisarios más que una simple expectativa para adquirir la cualidad de

herederos. Y otra, mantenida por aquellos escritores para quienes no ofrece duda que el fideicomiso de *eo quod supererit* participa de la naturaleza de las sustituciones fideicomisarias, en las que el llamado en segundo lugar adquiere derecho al residuo desde el momento de la muerte del causante, puesto que el llamamiento de los fideicomisarios no está condicionado cualitativamente, sino tan sólo en su contenido.

CONSIDERANDO: Que no se puede pretender identificar el usu -- fructo con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo, - cualesquiera que sean las analogías que medien entre ambas instituciones y aunque en la práctica sea difícil su diferenciación, - porque en dicho usufructo el titular tiene un *jus in re aliena*, --- mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer *mortis causa*, y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad, no hace un doble llamamiento directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho.

CONSIDERANDO: Que el detenido estudio de las cláusulas terce ra y cuarta del testamento de referencia revela un indudable propósito del testador para instituir a su esposa heredera usufructuaria con facultad de disposición, puesto que así se deduce de - la simple lectura de las cláusulas de referencia y especialmente, porque tal interpretación parece ser la que más se acomoda a la - voluntad del causante, ley de la sucesión, conforme reiteradamen-

te ha declarado este Centro, por lo que en definitiva debe concluirse que la señorita María del Carmen Concepción C. S. adquirió su derecho a la herencia en el momento del fallecimiento del *de cuius*, y como tal heredera, menor de edad, debió ser citada por el albacea para la formación del inventario, junto con los acreedores y legatarios, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 1057 del Código Civil, y además de haber sido tomada en cuenta en la partición, percibir las adjudicaciones correspondientes".

d) LA RESOLUCION DE 5 DE OCTUBRE DE 1966.

Por último, la resolución de 5 de octubre de 1966, en la que, de nuevo, no se pronuncia la Dirección General sobre la naturaleza del fideicomiso de residuo, y resuelve el caso a base de estimar que, sea lo que sea de aquélla, como lo que sí entiende que es seguro es que la testadora sólo quiso que el derecho fideicomisario correspondiese a las personas que nombró, su hermano o sus hijos legítimos, y a nadie más, y aquél falleció en estado de soltero antes que la testadora, no cabe ni siquiera que se alegue el art. 784, y la solución que procede es la de estimar que al premorir a la testadora o no haber llegado a existir todos los posibles fideicomisarios, el fiduciario, su marido, recibió desde un principio la herencia plenamente, es decir, purificada del fideicomiso, ya que, como dice el último considerando, "si en la sustitución fideicomisaria normal, al no ser posible la entrada del fideicomisario nombrado por el testador, queda liberado el fiduciario de la restitución y adquiere el carácter de heredero pleno --

por purificarse el fideicomiso, con mucha más razón sucederá lo mismo en la sustitución fideicomisaria con cláusula de residuo, en la que la posición del fiduciario resulta considerablemente reforzada y en donde a mayor abundamiento, en este caso concreto, la voluntad de la testadora, ley de la sucesión en todo aquéllo que no se oponga a normas de derecho imperativo, aparece claramente manifestada al gravar de restitución a su marido solamente en favor de personas determinadas -su hermano o los hijos legítimos de éste- y no en favor de cualesquiera otras, como podrían ser los herederos intestados de aquélla".

Aparte de eso, transcribo los considerandos 2° y 3° relativos a la conceptualización del fideicomiso de residuo, para que se vea cómo en ellos la Dirección General no se pronuncia:

Dice:

CDO.: Que si bien la doctrina se muestra vacilante en cuanto a la naturaleza del fideicomiso de residuo e incluso la jurisprudencia de nuestro T. S. suele negar su total encuadre dentro de los límites de la genuína sustitución fideicomisaria -SS. de 13 noviembre 1948, 21 noviembre 1955 y 25 noviembre 1960, entre otras-, por considerar depender de que resten bienes al fallecimiento del fiduciario y que no recaea sobre éste la típica obligación de conservar los bienes, ya que está tan sólo obligado a restituir los que queden al tiempo de su muerte, es evidente que esta diferencia afecta a los derechos de los fideicomisarios que aparecen notablemente mermados, en tanto que el fiduciario tiene la misma posición jurídica e idénticos derechos que los que ten

dría de haber sido llamado sin cláusula de residuo, pero amplia - dos con las facultades de disponer *inter vivos* y a veces, por especial concesión del testador, incluso *mortis causa*;

CDO.: Que puede ser doctrinalmente opinable la calificación del fideicomisario como heredero o legatario puro o condicional -lo que suele sostener nuestro más Alto Tribunal (SS. de 13 no --viembre 1948 y 22 diciembre 1961 entre otras)-, o bien solamente condicional en el supuesto de que así lo estableciera el testador, condicionanado su adquisición a cualquier evento, como el de que sobreviva al fiduciario -lo que excluiría la aplicación del art. 784 del C. Civ.- o el de que queden bienes de los que éste no haya dispuesto en el momento de su fallecimiento o a ambos conjuntamente".

IV

EXPOSICION Y JUSTIFICACION DE MI OPINION SOBRE EL TEMA,

Visto ya lo que la jurisprudencia dice y lo que la doctrina piensa sobre si el fideicomiso de residuo es condicional o no, -- voy a exponer y razonar mi opinión sobre el tema.

1

JUICIO GLOBAL SOBRE LA JURISPRUDENCIA

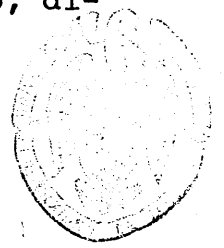
Lo primero es señalar que, por lo que toca a la jurisprudencia, si bien no cabe negar que, en su conjunto, es literalmente *condicionalista*, valga la palabra, sin embargo no lo es *de verdad*, como parece, por las siguientes razones: 1a. Hay fallos no condicionnalistas, como los que dicen que se trata 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 dicta*.

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" (Comp. art. 163, 3°).

De todo ello, 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.

Por otro lado, creo que aún se debilita más el condicionalismo de la jurisprudencia, si se analiza el por qué es condicionalista. En efecto, me parece seguro que como no es pensable que -- las sentencias en cuestión quisieran dar a los casos que les fueron sometidos una solución que chocase con la voluntad del testador, ley suprema en la materia, hay que estimar que lo que dijeron fue proque creyeron que lo querido por el difunto en ellos quedaba aplicado en el fallo que para cada caso adoptaron. De modo que --- cuando, por considerar condicional el fideicomiso de residuo, di-



jeron (en aplicación del art. 759) que muerto el fideicomisario - antes que el fiduciario (y ya que la condición de que queden bienes sólo se cumple si quedan a la muerte de éste), resulta muerto aquél antes del cumplimiento de la condición, y no transmite, --- pues, derecho alguno a sus herederos (a diferencia de si la susti tución hubiese sido incondicional, en que, a tenor del art. 784, lo habría transmitido si hubiese sobrevivido al fideicomitente), lo dijeron por estimar ser voluntad del causante que el fideicomi so correspondiese sólo al fideicomisario, y no a sus herederos, con lo que, faltando el fideicomisario, el fideicomiso se purificaría, quedando el fiduciario libre de la carga de restituir a nadie los bienes que constituyesen el residuo. Ahora bien, eso es ni más ni menos que querer el fideicomitente un fideicomiso de residuo en - el que el derecho del fideicomisario es personalísimo, y le co -- rresponde sólo a él, y no lo transmite a sus propios herederos -- porque, siendo derecho sólo para el fideicomisario, está como so metido a la condición de que éste viva al morir el fiduciario (53). Y sin duda es por estimar que el fideicomitente quiso el fideicomi so como personalísimo para el fideicomisario o sometido a la con dición de su sobrevivencia al fiduciario, por lo que la jurisperu dencia decidió que no se transmitiese el fideicomiso de residuo a los herederos del fideicomisario, para lo cual estimó que era con dicional, y así evitó tal transmisión, amparándose en el art. 759, y dijo que la condición era que quedasen bienes a la muerte del - fiduciario, en vez de decir que era la de sobrevivencia del fidei comisario al fiduciario. Tal cosa, sin duda, la hizo la jurisperu dencia porque no establecida expresamente la condición de sobrevi

vencia por el testador, y teniendo el Código un artículo 784 en el que dice que el fideicomisario adquiere derecho al fideicomiso --- transmisible a sus herederos, desde la muerte del fideicomitente, en vez de un artículo como el 163, 2º de la Compilación catalana, en el que se ordena que, salvo que conste voluntad contraria, son condicionales -sometidas a la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario- las sustituciones (y así también la de residuo) dispuestas para después de la muerte del fiduciario, estimó la jurisprudencia que no era posible entender sometidos los fideicomisos de residuo juzgados a la repetida condición de sobrevivencia, mas, como de algún modo creía que realmente lo estaban, -- acudió intuitivamente a otro camino que le llevase al mismo resultado: el camino de considerar al fideicomiso de residuo sometido a la condición de que queden bienes, con lo que como que queden o no, no se verá hasta que muera el fiduciario, se viene a exigir así -- que el fideicomisario sobreviva a aquél, ya que si no le sobrevive, muere antes del momento en que hay que ver si quedan bienes.

Mas, me parece que en la realidad no es razonable considerar en principio, ni personalísimo ni sometido a la condición de sobrevivencia el fideicomiso de residuo en particular, si no se considera en principio que son personalísimas todas las sustituciones fideicomisarias *post mortem fiduciarii* (como hacen algunos Derechos forales; extremo que luego tocaré con más detalle), como no las considera el Código, al establecer en el art. 784 la transmisión del derecho fideicomisario a los herederos del fideicomisario que premuere al fiduciario. ¿Por qué habría de darse esa diferencia de trato entre la sustitución fideicomisaria normal y el fideicomiso de re-

siduo, que sólo se distinguen en que en éste falta, en todo o en parte, el deber de conservar que existe en aquella? Salvando este extremo, no hay que pensar sino que el fideicomitente quiere lo mismo en un caso y en el otro; luego, que, como en la sustitución fideicomisaria normal, quiere que los bienes fideicomitidos - todos en la sustitución, y *los que queden*, en el fideicomiso de residuo- pasen a heredarlos, después del fiduciario, el fideicomisario, o si éste premuere a aquél, sus herederos. ¿Qué duda cabe -- que quien, deseando que su herencia sea para su viudo mientras viva, y luego para sus propios parientes, y no para los del viudo, nombra a éste fiduciario, permitiéndole disponer, y ordena que lo que quede vaya a sus sobrinos, hay que pensar que quiere -por la misma razón que se piensa que lo quiere en la sustitución normal- que si sus sobrinos mueren antes que su viudo, el fideicomiso no se purifique en sus manos (y pueda así el viudo nombrar, en los bienes exfideicomitidos, sucesores a sus propios parientes), sino que (continuando, por supuesto, con la facultad de disponer) siga obligado a que lo no dispuesto vaya a su muerte a los parientes - del fideicomitente (por ejemplo, los hijos de los sobrinos de éste)?

Piénsese que la sustitución fideicomisaria normal o el fideicomisario de residuo, no son sino una desviación *inicial* del curso que seguiría corrientemente la herencia del fideicomitente, que - en el *primer tramo* (en la primera sucesión) se desvía y va al fiduciario, pero que de las manos de éste (en la sustitución normal, *todos* los bienes, en el fideicomiso de residuo, *los que queden*) debe pasar a los herederos, diríamos, que, de no haber existido el fi-

duciario, habrían sido los que instituyese el testador, y luego seguir el curso ulterior habitual, de ir a manos de los herederos - de esos herederos (54).

Vista esa, con toda probabilidad, razón, pero razón equivocada, de la admisión por la jurisprudencia del condicionalismo del fideicomiso de residuo, me parece que, como dije al principio del presente argumento, se debilita aún más, tal postura condicionalista.

2

JUICIO GLOBAL SOBRE LA DOCTRINA

Por lo que toca a la doctrina, me parece que si ciertamente no se puede decir que es su conjunto sea *toda* la moderna la que se pronuncia a favor de la no condicionalidad del fideicomiso de residuo, sin embargo, es innegable que es entre los autores modernos entre quienes va ganando terreno tal tesis. Quizás si algunos antiguos pudiesen haber repensado la cuestión a la vista de los argumentos que hoy se aducen, habrían cambiado de bando. Por otro lado, salvo el principal caso de Clemente de Diego, más bien es entre aquellos que (por dedicarle algún estudio monográfico, o -- por estudiar el tema con más detenimiento, aun en obra general) -- constituyen el grupo que ha tratado más específicamente del fideicomiso de residuo, entre quienes tiene más partidarios su carácter de no condicional.

Y, por supuesto, a la vista del examen que hice de las opi -

niones de los autores, lo que queda palpable es la inexactitud de la afirmación hecha por alguno de ellos, y que recogí en su momento, de que "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* " (55).

3

ARBITRARIEDAD DE LA CONDICION Y REGULACION ESPECIFICA
DE FIGURA CONDICIONAL

Y ya, aparte de jurisprudencia y doctrina, quiero hacer ahora mi crítica personal de la teoría de la condicionalidad del fideicomiso de residuo:

Una institución de heredero (sea la del primer heredero, el fiduciario, o sea la del postheredero, o fideicomisario, en nuestro caso, de residuo) condicional es aquélla cuya eficacia se hace depender de un hecho de realización incierta, como si se nombra a Antonio sucesor si acaba su carrera o si se casa o si le nace un hijo. Por supuesto, que no voy a entrar aquí en el estudio de la condición ni de sus requisitos, ni siquiera voy a remitir a ninguna obra donde tal estudio se haga, pues en cualquiera se puede aprender que el hecho puesto como condición, ha de ser *arbitrario*, en el sentido de no exigido por la ley o por la naturaleza de la figura o de las cosas, de modo que el interesado lo haya establecido como condicionante porque quiso, pero pudiendo no haberlo puesto.

Hay casos en que se dice que una figura jurídica encierra ya *de por sí* condición. Como la sustitución vulgar, que es una institución a favor del sustituto sometida a la condición de que no he rede el primer instituido, *si heres non erit*. Mas lo correcto no es pensar que ciertos casos, como ese, ya la ley los construye, diría mos, *con la condición incorporada*, sino pensar que en ellos se trata de que la ley regula en particular supuestos en los que, *por haber lo querido el otorgante*, hay una disposición condicional, que podría haberse hecho también puramente, pero que para el caso de que haya sido querida bajo determinada condición, es contemplada por al guna norma concreta, precisamente porque el legislador tiene algo especial que decir para el caso de que *esa* disposición haya sido hecha bajo *esa* condición (56). No se trata -insisto- ni de un he cho que imponga la ley ni la naturaleza de las cosas (como, por ejemplo, impone esa naturaleza que para que herede el sucesor, fa llezca el causante), sino que es una condición libremente puesta, pudiendo no haberlo sido, aunque, ciertamente, si no se hubiese puesto, el sustituto vulgar, habría sido llamado a la herencia di rectamente, y no *en defecto* del instituido preferentemente.

Ahora bien, el caso del fideicomiso de residuo, no es de ~~esos~~ esos, es decir, no es uno en que la ley contemple en particular (y dicte cierta regulación específica para él) una institución -- que el causante ha querido como condicional, institución que sería la siguiente: supuesto que como primer heredero dejó la he rencia a uno autorizándole a disponer de los bienes que la forman, instituyó otro heredero sucesivo (y, ésta sería la institución que a no sotros nos importaría, y de la que se diría que es realmente condicio -

nal) *bajo la condición* (que no lo es de verdad) de que el primero no haya dispuesto de todos los bienes, y, por tanto, de que queden a su muerte algunos. Tal cosa, como después veremos, cabe que se haga queriendo el caso como verdaderamente de condición, pero, desde luego, no es lo que suele hacer el fideicomitente de residuo.

4

UNA COSA ES QUERER A ALGUIEN POR HEREDERO,
Y QUE TOME LOS BIENES, SI QUEDAN,
Y OTRA QUERERLO POR HEREDERO SOLO SI QUEDARON BIENES.

El fideicomitente, al nombrar un fideicomisario de residuo, simplemente desea -y esa es su voluntad sin duda en todos los casos de la práctica- un segundo heredero, que recibirá lo que quede sin que el primero haya dispuesto de ello. Lo mismo que si no establece fideicomiso, sino que nombra sólo un primer y único heredero, lo nombra para que reciba los bienes que, sea el que sea su patrimonio actual, deje a su muerte. Y -como ya señalé- a nadie se le ha ocurrido decir que eso sea nombrar un heredero -el primero y único- bajo la condición de que queden bienes a la muerte -- del causante (en el otro caso, a la muerte del fiduciario, pero - que sea la de uno o la de otro, no es relevante a los efectos del razonamiento actual).

Al heredero fideicomisario de residuo, como al heredero fi-deicomisario normal, como al heredero primero y único que se nombra para que tome los bienes cuando el causante muera, se les ---

quiere como herederos, y se les instituye por ello, si bien a aquéllos, despues del fiduciario, y no se condiciona en absoluto - su llamamiento; luego, se les quiere por herederos en *todo* caso. Lo que pasa es que, lo mismo que el primer y único heredero instituído *puramente*, no tomará nada económico, si no hay mingún bien - en el patrimonio del testador cuando muere (pero no por eso no -- llega a ser su heredero, ni deja de haber sido instituído puramente), tampoco el fideicomisario de residuo tomará nada si el fidu- ciario dispuso de todos los bienes de la herencia (pero tampoco, como el heredero primero y único, no por eso no llega a ser heredero -postheredero- ni deja de haber sido instituído puramente). Y hay algo más que decir para poner mejor de relieve la ver- dad de la situación: que no deja de llegar a ser heredero el fi- deicomisario de residuo aunque no quede residuo, lo mismo que el fideicomisario normal no deja tampoco de llegar a ser heredero, aunque se hayan destruído absolutamente, y de forma fortuíta e in evitable, todos los bienes de la herencia en manos del fiduciario; y si llega a ser postheredero como el de residuo, aun sin tomar - bienes, es porque su llamamiento a la herencia no estuvo sometido a la *condición* de que *quedasen bienes*.

Como herederos puros se les quiere a todos los anteriores -- -heredero primero y único, fideicomisario normal y fideicomisario de residuo- y para cada uno se desea que sean los bienes que haya. Y que haya más o menos, o que incluso no haya ninguno (porque los gastó el testador, o dispuso de ellos el fiduciario con facultad de disponer, o los perdió por caso fortuíto el fiduciario con deber de conservar) ni afecta a la voluntad de instituírlos ni con-

diciona la institución al hecho de que queden bienes. Simplemente afecta a lo que recibirá -lo que haya si hay, más si hay más, y menos si hay menos, y nada si no hay nada- el heredero que sea, que, a falta de todo bien, asumirá el puesto del difunto por lo demás, sucediéndole en los derechos o situaciones extrapatrimoniales si los hay, pues como dice LACRUZ (57) también aquí -en la postherencia- *se aplica el principio hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.*

Como dice O'CALLAGHAN (58): "Lo que no puede admitirse es -- que el ser de residuo imponga a la sustitución fideicomisaria la naturaleza de condicional, prescindiendo de que la sustitución en sí misma dependa de un término o de una condición; si depende de un término, no será condicional a pesar de ser de residuo; si depende de una condición, será por ello condicional, no porque sea de residuo. La condición determina la eficacia de un negocio jurídico (por ejemplo, la misma sustitución fideicomisaria, si es condicional), pero no es condición si determina la cuantía del fideicomiso, al tiempo de adquirirse por el fideicomisario, aunque pueda llegar a anularla, pues en dicho caso la normativa de la sustitución fideicomisaria permanece incólume, aunque llegado el momento no llegue a adquirir nada."

Para que la institución del fideicomisario de residuo se pudiese entender hecha bajo la condición de que queden bienes a la muerte del fiduciario, sería preciso que constase que el fideicomitente no quiere por segundo heredero al fideicomisario si no -- queda residuo. Lo que realmente puede no ser querido, pero me pa-

rece que es absolutamente irreal pensar que se da en la práctica. Pues una cosa es quererlo como heredero, y otra que, aun queriéndolo, ya prevea el fideicomitente que será un heredero sin bienes, si no quedan bienes porque el fiduciario, al que otorgó facultad de disponer, dispuso de todos. Para cuyo caso no es que quiera -- que no sea heredero, sino que lo quiere como heredero puramente - platónico. Quiere que sea heredero, y si hay bienes que los reciba; no que sea heredero únicamente si quedan bienes que heredar. Luego no hay condición alguna -de que queden bienes- a la que haya sometido su institución.

5

LA CONDICIO IURIS Y LA CONDICION INTRINSECA.

Por las razones hasta ahora expuestas, queda claro -creo- que el fideicomiso de residuo no es ni una institución condicional (sometida a la condición de que queden bienes) ni un caso en el que la ley contemple una institución *con condición ya incorporada* (por voluntad del testador, que pudo no ponerla, como el supuesto antes examinado de sustitución vulgar), y ésto no puede serlo, porque - para que pudiese, debería de tratarse de verdadera condición, que he dicho no lo es el que queden bienes.

Mas, presupuesto que se admita que el fideicomiso de residuo no es una institución de heredero sometido a verdadera condición, porque no lo es el hecho de que queden bienes, conviene también - decir algo sobre si tal hecho de que queden bienes puede conside

rarse constitutivo, ya que no de una condición propiamente dicha, o sea, puesta libremente por el testador, *condicio facti*, al menos de alguna cosa parecida, como de una *condicio iuris*, o de una condición consustancial a la existencia y naturaleza del negocio, o condición intrínseca.

Algún autor, como DIEZ-PICAZO (59) dice que "este evento (*si aliquid supererit*) no es una condición normal de los negocios jurídicos, sino que es una *condicio iuris*". Y en ocasiones, la jurisprudencia ha dicho que se trata de una condición "consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo" (sentencia de 30 de marzo de 1955), o de "una condición intrínseca al propio negocio" (sentencia de 17 de mayo de 1962), o de "una figura análoga o similar a la denominada *condicio iuris*" (sentencia de 5 de julio de 1966, sentencia que no afirma realmente que lo sea o deje de serlo, sino que la califica así al recoger las posturas mantenidas sobre la naturaleza de la figura).

Por supuesto, aquí no puedo ni siquiera abordar el tema de la llamada *condicio iuris*, (60), ni creo que haga falta, a los efectos presentes, mayor profundización sobre él. Baste decir que, en todo caso, ni es una figura unitaria, ni la doctrina está de acuerdo en el tema, ni hay regulación uniforme para todos los que, a veces, se consideran supuestos de la misma, ni éstos son siempre de hechos o acontecimientos inciertos que, quedando fuera del negocio, pero viniendo exigidos por la ley (y no por la persona que otorga aquél), hagan depender la eficacia del mismo de su realización o no. Por lo que, con ese panorama de dudas, difícilmen-

te puede asegurarse que el que queden o falten bienes es una *condicio iuris* que, admitida por nuestro Derecho, tiene la virtud de hacer depender de ella, hasta que se realiza, la adquisición de su derecho por el fideicomisario de residuo, y, por tanto, la transmisibilidad del mismo a sus herederos, que lo recibirían cuando el fideicomisario muriese (61) en vida del fiduciario, si el fideicomiso no fuese condicional (como dispone el art. 784), pero que --- siéndole y pendiendo tal derecho de esa denominada *condicio iuris*, no es transmisible (según el art. 759) a sus herederos si el fideicomisario no sobrevive al fiduciario, ya que mientras que éste no -- muera no se cumple o incumple el hecho de que *queden bienes a su muerte*.

Porque -para hablar claro y entendernos- todo el interés del tema está en ese punto de la transmisibilidad o no a los herederos del fideicomisario del derecho al fideicomiso, si el fideicomisario muere antes que el fiduciario. Y como, si por algún camino --- (sea el de considerar el que queden bienes como condición normal, sea el de considerarlo como *condicio iuris*, sea el de considerarlo como condición *intrínseca*, etc) se logra hacer que hasta que se cumpla se estime que el fideicomisario tiene, no un derecho al fideicomiso, sino una simple expectativa que no es transmisible, lo mismo da que la sedicente condición no se juzgue condición propiamente dicha, sino un sucedáneo, ya que basta con que a ese sucedáneo se le atribuya la virtud de dejar en suspenso la consolidación de la situación del fideicomisario, y, consiguientemente, la transmisibilidad de la misma a sus herederos.

Ahora bien, lo cierto es que es inadmisibile atribuir esa virtud suspensiva a un hecho que no es condición, y que, de por sí, no se ve -y luego explicaré con más detalle por qué no se ve, pero de lo hasta ahora dicho ya se deduce- por qué haya de tener -- tal virtud suspensiva, pero que se deduciría que la tiene como -- consecuencia de la naturaleza que se le asignaría al catalogarlo como *condicio iuris* o *condición intrínseca*.

Digo que es inadmisibile eso, porque por no dar un nombre en el que aparezca la palabra *condición* con un calificativo luego, -- que no se sabe hasta qué punto desmiente el nombre dado (o que se sabe que lo desmiente), se soluciona el tema de dar la seguridad que de por sí no tiene la figura a la que se bautiza con él.

Además, si aún se supiese con exactitud qué es una condición iuris o intrínseca, si es que puede saberse, o se supiese con exactitud qué se ha querido decir, usando esos términos, por quienes de nominan así al hecho de que existan o no bienes, o no se viese -- que quienes los usan, realmente más que expresar con ellos un tipo determinado de cosa, lo que están haciendo es admitir que la existencia o no de bienes no puede ser considerada como una condición normal; si todo eso que digo se supiese o no se viese, cabría tomar con rigor lo de condición iuris o intrínseca, etc. Pero, no -- siendo así, no cabe duda de que por el nombre que se le dé no se puede medir la eficacia -dejar pendiente la adquisición del derecho del fideicomisario- de un hecho -quedar o no bienes- que de - por sí no se ve que haya de tener la que le correspondería según - el nombre que se le da, si fuese exacto. Todo ello, amén de que -para no dilatar más este razonamiento ya excesivamente largo- el propio Tribunal Supremo cuando en la sentencia de 30 de mayo de -

1955 habló de que se trataba de una *condición* "consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo", dijo -con lo que queda claro que al hablar de condición en sentido impropio, - no se quieren atribuir los efectos de la condición propia al hecho -cho que impropriamente se denomina condición- que a esa *condición* "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". Lo que -hablando más brevemente- quiere decir que esa sedicente condición de que queuden bienes, no deja en suspenso el derecho del fideicomisario. Y -agrego yo- no lo deja porque no es condición.

Lo que de verdad es el que queden bienes -y eso lo ve cualuquiera que lo mire con detenimiento, o que se pare a mirarlo en vez de razonar de pasada sobre el tema- es una circunstancia que forma parte del modo de ser de la situación. No se trata, pues, - de algo externo -*extrínseco*, como ha dicho el T.S.-, sino de un elemento esencialmente constitutivo del supuesto ante el que se está (eso es lo que con terminología tan poco afortunada, como propicia para originar confusión se llama condición *intrínseca*). De modo que es lo más alejado de lo que constituye la figura de la, propiamente hablando, condición. Y decir que es una condición, es lo mismo que decir que el instituído lo está bajo la *condición* de que muera el causante, o de que el testamento sea válido, o de que sobreviva al testador, o de que sea apto para suceder, o de que acepte - la herencia. Es claro que en todos esos casos no hay condición ni dependencia de los efectos de la institución, sino que son circunstancias que es preciso que se den para que la institución dispuesu

ta adquiriera valor y opere, y la sucesión se produzca según ella.

Lo mismo que eso, es que tengan que quedar bienes en poder - del fiduciario para que los reciba el fideicomisario de residuo - como lo es, según ya he dicho y repetido, que tenga que tenerlos el causante al morir, para que los reciba cualquier heredero- --- pues si no los hay ¿cómo va a recibirlos? Mas sin que deje de recibirlos por incumplimiento de ninguna condición, sino por algo tan simple e incondicional como que *no hay bienes que recibir*. O, si se quiere llamarlo así, *por la misma naturaleza de la cosa*, que sin necesidad de recurrir a ningún tipo *ni verdadero ni falso de condición*, hace que, *sin más*, lo que no puede ser, no sea.

Concluyendo, si no hay bienes, el fideicomisario de residuo queda privado de ellos *porque no los hay*. Así de sencillo. Y no *porque el hecho de no haberlos sea incumplimiento de condición, incumplimiento -- que le priva del derecho a los bienes*. Razonando de esta última manera, más bien se daría la impresión de estar ante un pasaje de la *Ana- lítica* de SANZ DEL RIO.

Por todo lo dicho, ya se comprende que el carácter condicio- nal del fideicomiso de residuo esté hoy abandonado por quienes se han dado cuenta de la verdad de las cosas. Y, en buena lógica, si se hubiesen dado cuenta de dicha verdad, debería estar abandonado también por quienes, autores o jurisprudencia, lo mantienen aún.

LA CONDICION DE QUE EL FIDUCIARIO NO HAYA DISPUESTO DE LOS BIENES.

Para concluir mi juicio sobre la *condicionalidad* del fideicomiso de residuo, quiero tocar otro punto, con objeto de poner de relieve que tampoco cabe dar asilo en él a la condición que creo desterrada con los anteriores argumentos. Se trataría de lo siguien -
te:

A veces, en vez de decir que la *condición* es que queden bienes al morir el fiduciario, se dice que es la de que éste *no haya dis* --
puesto de ellos. Así, por ejemplo, lo hacen las sentencias de 22 de abril de 1910 y de 22 de diciembre de 1961. De tal guisa -no sé si con plena conciencia del asunto- se *cambiarían* (aparentemente) las -
cosas. Porque si de *que queden bienes*, se puede afirmar que no es con
dición, sino natural modo de ser de caso, para que se puedan reci -
bir, de que *no se haya dispuesto de ellos* por el fiduciario, parecería que cabe afirmar que es un *hecho aparte*, que pudiendo ser querida la institución del fideicomisario o como dependiendo de él o puramen-
te, reúne las circunstancias de accidentalidad (en abstracto) para que cuando se haga depender de él la institución en un caso concre
to, sea considerado como verdadera condición.

Mas, a poco que se ahonde, se ve que la *condición* de que no ha-
ya dispuesto de los bienes el fiduciario, es la misma, dicha con -
otras palabras, que la de que queden bienes. Pues si dispuso de al
gunos, ya no quedarán, y si dispuso de todos, no quedará ninguno,
y entonces no se pueden recibir por el fideicomisario porque no --

los hay, si bien no los hay porque se dispuso de ellos. Por tanto, dejarlos bajo la *condición* de no disposición, es simplemente lo mismo que dejarlos bajo la *condición* de que queden, si bien señalando que el que queden provendrá de que no se dispuso de ellos.

7

LA CONDICION DE SOBREVIVENCIA.

La verdad es que la única condición, realmente condición, y no falsa condición, que el tema que estoy tratando admite, es la de que el fideicomisario sobreviva al fiduciario (62).

Condición, ésta, que puede poner el fideicomitente, sometiendo a ella la institución del fideicomisario de residuo, de modo que sólo tenga derecho a los bienes fideicomitidos que queden a la --- muerte del fiduciario cuando éste muera antes que él.

Digo que ponerla, puede el fideicomitente, mas, si no la puso, en el Código no cabe estimar que la haya querido, mientras que lo contrario ocurre en las Compilaciones catalana, balear y navarra. De esto me ocupo después; ahora quiero señalar: 1º, por qué la de sobrevivencia es de verdad condición, y, 2º, por qué es ponible -- por el fideicomitente.

1º. Es verdadera condición porque es un hecho incierto. Es de cir, no es un término *incertus quando*, porque el hecho en que consis te no es que muera alguien, lo que es seguro que, antes o después, ocurrirá, luego, no es condición, sino término. El hecho en que --

consiste es que una persona -el fideicomisario- sobreviva a otra -el fiduciario-, lo que puede ser o no, a pesar de que sí es seguro que ambos han de morir, porque es inseguro cuál antes.

2°. Es una condición, la de supervivencia del instituído (el fideicomisario) a un tercero (el fiduciario), que el testador fideicomitente puede poner o no, y que poniéndola o no, afectará a que el instituido reciba o no delación, según que la condición se cumpla o no. Puede ponerla, *como condición*, para la supervivencia - del instituído a un tercero, no para la supervivencia del instituído a él mismo (al testador), porque esta supervivencia ya la exige la ley, por lógica (¿como podría suceder a alguien quien le ha premuerto?), luego si el testador instituye heredero para sí bajo la *condición* de que le sobreviva, no añade nada a lo que ya pide - la propia ley, es decir, no somete a un acontecimiento incierto y *nuevo* (distinto de los que la ley contempla como necesarios en el caso) la eficacia de la institución, luego no ha puesto una verdadera condición.

Siendo una verdadera condición la puesta por el fideicomitente de la supervivencia del fideicomisario al fiduciario, según se cumpla o no, se producirán o no, según corresponde a la naturaleza de verdadera condición, los efectos del negocio, es decir de la institución del fideicomisario, y éste resultará llamado o no a tomar, de manos del fiduciario, *la herencia del fideicomitente*. Cuando le sobreviva le corresponderá la herencia, pero, naturalmente, sólo recibirá los bienes que queden sin haber dispuesto de ellos el fiduciario. Si premuere a éste, la condición de sobrevivirle -

no se cumplió, y como hasta que se cumpliese, ningún llamamiento - había recibido el fideicomisario a la herencia condicionalmente - fideicomitida, ningún derecho tenía, sino una simple expectativa, luego, nada puede transmitir a sus herederos, a los que cuando muere el fiduciario no les corresponderán los bienes de que no haya - dispuesto (y que habrían correspondido al fideicomisario, si le hubiese sobrevivido), porque desde la muerte del fideicomisario el - fideicomiso se purificó en manos del fiduciario, luego éste es ya, no fiduciario con facultad de disponer, sino propietario *libre* de la herencia exfideicomitida.

La condición de sobrevivencia responde al deseo del fideicomitente de conceder al fideicomisario de residuo un derecho personalísimo, es decir lo instituye postheredero después del fiduciario personalmente a él sólo, luego si premuere al fiduciario no quiere que su puesto lo ocupen sus herederos.

He dicho antes que el carácter personalísimo del llamamiento a favor del fideicomisario de residuo, y consiguientemente que haya sido instituído bajo la condición de que sobreviva al fiduciario, no lo establece el Código. Puede disponerlo el testador, pero si no lo dispone, el fideicomiso de residuo hay que estimarlo *in* - condicional, ya que es un fideicomiso, y para éstos rige la regla - que, al no haber excepción para el de residuo, ni por su naturaleza implicar otra cosa, hay que aplicar - de que el fideicomisario - adquiere derecho al fideicomiso desde la muerte del fideicomitente, que cuando muera lo transmite a sus herederos, y que, por tanto, - si muere antes que el fiduciario, como su derecho pertenecerá *en* -

tonces a sus herederos cuando el fiduciario muera, ellos tomarán entonces los bienes de la herencia fideicomitida de que éste no haya dispuesto. (C. c., art. 784).

Por el contrario las Compilaciones catalana, balear y navarra, parten (aunque naturalmente admitiendo voluntad contraria -- del testador) de que la sustitución fideicomisaria ordenada para después de la muerte del fiduciario, es querida por el testador personalísimamente para el fideicomisario. Y por eso piensan que en principio se estima sometido el llamamiento de éste al hecho de que sobreviva al fiduciario, y así lo disponen más o menos explícitamente, pero es seguro que lo acogen (63). Ahora bien, eso lo establecen para todas las sustituciones, de residuo o no, con lo que el condicionamiento a la supervivencia del fideicomisario se aplica a las de residuo como unas sustituciones más, y no como nota que las diferencie de las otras. Lo que es coherente porque la diferencia entre sustitución normal y de residuo, está, no en que por querer personalísima ésta, y no aquélla, se quiera ésta, y no aquélla, condicionalmente para el caso de supervivencia, si no en que se quiere lo mismo en ambos casos, pero en la de resi-duo para lo que quede de la herencia fideicomitida, y en la nor-mal, para toda la herencia que se fideicomitió.

Y esta igualdad de una y otra, salvo por lo que toca a los bienes, es otra prueba de que, en el Código con la sustitución fi-deicomisaria normal incondicional, sería incoherente considerar que es espíritu del propio Código que sea condicional (sometida a la condición de supervivencia del fideicomisario al fiduciario) -

la de residuo.

La condición de supervivencia acogida (salvo que aparezca voluntad contraria del testador) en las Compilaciones para todas -- las sustituciones fideicomisarias por las que se nombra heredero al fideicomisario para cuando muera el fiduciario, y, como una -- más de ellas, para el fideicomiso de residuo, tiene su base en la regla que aceptó el Derecho romano, de donde aquellas toman la regulación, que se formula con la frase "*dies incertus [quando] condicionem in testamento facit*".

Sin entrar en mayores profundidades ni discusiones sobre la verdadera o no aceptación de la misma por el Derecho romano, ni -- sobre otros extremos que no sirven a mi propósito, quiero ceñirme sólo a aquellos aspectos de la explicación del fundamento de tal regla y de su alcance que son útiles para el desarrollo de mi argumentación, advirtiendo, además, que reduzco el espíritu de mis afirmaciones a la aplicación de la regla al tiempo del suceso de momento de acaecimiento incierto que es la muerte del fiduciario.

Veamos:

El Digesto, 35,1,75, dice que: "*Dies incertus condicionem in testamento facit*" (64). Lo que significa que en el testamento el término incierto en cuanto al *quando* (ya que todo término es cierto en --- cuanto al *sí*) vale como condición. Y que valga como tal es cosa -- que se establece, no caprichosamente, sino porque se piensa algo que verdaderamente es razonable, que el testador no fijó simplemente un momento -término- para que adquiriese eficacia lo que --

dispuso -el paso de la herencia del fiduciario al fideicomisario, en nuestro caso-, sino que su verdadera voluntad fue que lo que ordenó sólo fuese eficaz si el favorecido -en nuestro caso, el -- instituido fideicomisario- sobrevive a la llegada del momento --- -que en nuestro caso es el de la muerte del fiduciario, que necesariamente tiene que llegar, pero que no sabiéndose *cuándo*, es término incierto en cuanto al cuando-, cuya sobrevivencia es algo aleatorio, es decir, que es un hecho que puede darse o no, luego que es *condicionante* (y no sólo que simplemente *retarda* la producción -del efecto), y por eso *vale* como condición, porque realmente lo es, si es verdad lo que se presume de que la voluntad del testa -dor fue condicionar la adquisición del derecho (del fideicomisa -rio) a la sobrevivencia al momento puesto como término (el de la muerte del fiduciario, en nuestro caso).

La condición de sobrevivencia puede ponerla expresamente el testador; entonces no hay más que acatarla como condición querida con seguridad. Pero aun no puesta por él de forma explícita, la ley piensa que lo ha querido cuando fijó un término incierto. Por eso la da por presuntamente querida, formulando la regla *dies incertus condicionem in testamento facit*, regla que tiene por base dicha -presunción.

Por supuesto, probado o constando en el caso que sea, que no había verdadera voluntad del testador de exigir la sobrevivencia del instituido al término incierto, la presunción no obra, y el -término, aunque sea incierto, funcionará sólo como término. Y --- cuando en el Derecho que sea, choque con la regla *semel heres sem-*

per heres el término, entonces verdadero término, aunque incierto, se producirán las consecuencias (tenerlo por no puesto, o invalidar el acto) que tal Derecho establezca para el supuesto de la -- oposición no permitida de término.

Aunque parte de la doctrina romanista (véase la nota ante -- rior) niega el sentido que aquí he admitido de la regla *dies incertus* etc., ello no plantea problema a nuestros efectos actuales, -- aunque se admita que lleva razón, pues como las Compilaciones acogen la condicionalidad presunta del fideicomiso establecido para cuando muera el fiduciario, quiérese decir que para lo que aquí -- argumento es como si acogiesen para este caso la regla romana en el sentido que yo acepté.

Volviendo ahora a tomar el hilo de lo que venía exponiendo -- antes de la digresión que he hecho sobre que la condición de so -- brevivencia del fideicomisario al fiduciario es lo que hay en el fondo de la regla *dies incertus*, etc., aplicada a los fideicomisos. dispuestos para cuando muera el fiduciario, debo afirmar que -- si, como dije más arriba, es incoherente admitir que por la ley -- se estime la sustitución de residuo condicionada a la supervivencia del fideicomisario al fiduciario, cuando por la ley se estima no sometida a esa condición la sustitución normal, y para evitar esa incoherencia se considera que, como la normal, la de residuo no está sometida a la condición de sobrevivencia; si eso, como di -- go, es así, resulta un fraude, porque conduce, aunque subrepticiam -- mente, al mismo resultado decir que a lo que sí está sometida la sustitución de residuo es a la condición de que queden bienes al

morir el fiduciario. Ello por lo que digo seguidamente:

En efecto, la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario en la sustitución de residuo, no exigida como condición, viene, -- sin embargo, a imponerse como tal a base de que cuando hay que ver si quedan bienes es en el momento de la muerte del fiduciario, y -- si entonces el fideicomisario ya ha muerto, como ha muerto antes -- del momento -muerte del fiduciario- en el que hay que ver si queu -- dan bienes, resulta que ha muerto sin adquirir derecho al fideicomiso, por lo que los bienes que queden cuando muera el fiduciario, no serán para los herederos del fideicomisario.

Admitir semejante resultado es absurdo, porque no siendo condicional el llamamiento del fideicomisario de residuo en el Código, el derecho a los bienes que queden al morir el fiduciario, lo adu -- quirió el fideicomisario al morir el fideicomitente, luego le cou -- rresponden desde que éste muera los que puedan quedar cuando muera el fiduciario, y ese derecho *que tiene ya en firme*, hace que él (el fideicomisario) o sus herederos deban recibir a la muerte del fiduu -- ciario los bienes de la herencia fideicomitida que aún subsistan -- en su poder.

Si no queda ninguno, ninguno tomarán los herederos del fideicomisario, pero no porque no tuviesen derecho (recibido del fideicomisario) a los que pudiesen haber quedado, sino porque no quedan. Pero si quedan no se les puede privar de ellos por el hecho (que no es condicionante) de que el fideicomisario no sobreviva al fiduu -- ciario.

Con propósito de antes de concluir el presente apartado dejar definitivamente remachadas las ideas centrales del tema tratado, -debo de insistir en que faltando en el Código la aplicación a la -muerte del fiduciario de la regla *dies incertus* etc., o, por lo me -nos, la presunción de ser querida como condición la sobrevivencia a aquél del fideicomisario, no se puede entender que haya, *en vir-tud de la ley*, de pensarse queridos bajo tal condición de sobreviven-cia ni el fideicomiso normal ni el de residuo. Que los quiere bajo ella, lo puede establecer el testador. Pero es preciso que su vo -luntad de condicionarlos así, conste de algún modo, aunque sea tá-citamente, con tal de que pueda deducirse de interpretación del --testamento.

Llegados a este punto, queda sólo una última posibilidad a fa-vor de que el fideicomiso de residuo suponga una institución condi-cional del fideicomisario, o que éste haya sido querido con carác-ter personalísimo. Tal posibilidad sería la de que la condicionali-dad de la institución o el carácter personalísimo de ésta, se de -duzcan de los mayores poderes concedidos por el testador al fidu -ciario. Es decir: a diferencia de en el fideicomiso ordinario, en el que el deber de conservar impuesto al fiduciario, ni expresa ni re-vela ningún carácter personalísimo del derecho del fideicomisario, ni ninguna condicionalidad del mismo, en el fideicomiso de residuo, la mayor amplitud del derecho del fiduciario, al que se le permite disponer de los bienes fideicomitidos ¿significa o pone de relieve que el derecho restringido por la facultad de disponer del fiducia-rio- del fideicomiso es personalísimo -sólo para él, y para nadie más, si premuere al fiduciario- o queda supeditado a que sobreviva

al fiduciario?.

Yo creo que a esa pregunta hay que responder negativamente, y decir que, la merma -respecto del fideicomiso normal- del derecho del fideicomisario, y el aumento de los poderes del fiduciario, - no significan necesariamente que el derecho de aquél se haya concedido con carácter personalísimo, o que se haya otorgado bajo la condición -sobreentendida- de que sobreviva al fiduciario. No lo significan *necesariamente*. Pero me parece que lo que sí hacen es -- mostrar cierta *proclividad*, al menos en determinados casos, que no se observa en el fideicomiso ordinario, o *facilitar*, lo que no ocurre en el caso de éste, o *hacer más posible entender*, siempre que haya algún pie en otros datos (65), que el caso del fideicomiso de residuo sea de fideicomiso querido personalísimamente a favor del fideicomisario, o bajo la condición, si bien no puesta expresamente, de que sobreviva al fiduciario. Y creo, como ya he dicho y repetido, que esa *proclividad*, *facilitación* o *mayor posibilidad* de deducir el carácter personalísimo o de sobreentender la condición de sobrevivencia, son las que han permitido al Tribunal Supremo apreciar dicho carácter personalísimo o sobreentender esta condición en casos en que no lo habría hecho en fideicomisos normales, pero en los que, siendo de residuo, sí lo ha hecho, mas, no diciendo que era por apreciar el carácter personalísimo o la condición tácita de sobrevivencia por lo que se rechazaba la transmisión a -- los herederos del fideicomisario de su derecho expectante, sino -- afirmando erroneamente que se rechazaba por ser el de residuo un fideicomiso condicional, bajo la condición de que queden bienes, y que premuriendo el fideicomisario al cumplimiento de aquélla,

no transmitía su derecho.

Y siendo cierto en el caso, que el fideicomiso de residuo -- que fuese, hubiese sido querido personalísimamente o bajo condi - ción de sobrevivencia, la jurisprudencia fue o sería acertada en su fallo, aunque no en su fundamentación. Pero no será acertada - ni siquiera en el fallo, la jurisprudencia que so capa de que pen - de de la condición de que queden bienes, juzgue como intransmisible un fideicomiso en el que el fideicomisario haya premuerto al fiduciario, pero sin que de verdad -porque no lo implica el que sea de residuo- el testador lo haya querido como personalísimo o como sometiéndolo tácitamente a la condición de sobrevivencia. Ya que en tal caso no hay sino aplicar el art. 784, que únicamente - debe de ser entendido con la salvedad de que no rige para los fideicomisos -normales o de residuo- que, sean condicionales (66), o que aunque no lo sean, sean personalísimos (si es que cabe que se pue - da querer como personalísimo un fideicomiso -normal o de residuo- no querido como condicional bajo la condición de sobrevivencia). Lo mismo que el art. 759 debe de ser entendido con la salvedad de no ser aplicable si aunque el fideicomiso sea condicional, el fideicomitente quiere que la expectativa al mismo la hereden los su - cesores del fideicomisario que muera pendiente la condición (67).

Ahora bien lo que es innegable es que lo mismo para el fidei - comiso de residuo que para el normal, el art. 784 va demasiado le - jos al conceder la transmisión del derecho al fideicomiso a los *herederos*, cualesquiera que sean, del fideicomisario. Ello por la razón de que si el nombramiento de fideicomisario significa que -

el testador se desinteresa de los herederos del fiduciario (por ejemplo, de los sobrinos de su viuda, a los que irían, después de haber sido de ésta, los bienes si no se fideicomitiese la herencia), y se interesa por las personas que nombra fideicomisarios (así por sus propios parientes, por ejemplo, sus sobrinos, a los que vaya la herencia después de muerta su viuda) ¿no está claro que también hay que concluir que la preferencia que ha mostrado por el fiduciario, siendo así que no alcanza a sus herederos, deja ver que menos ha de alcanzar a los herederos del fideicomisario la preferencia -subordinada a la del fiduciario- que mostró por aquél? En concreto aunque el testador quiere su herencia para su viuda, y después para sus propios sobrinos, con lo que excluye que pase a los de la viuda ¿es que no parece razonable entender que querría, si hubiese pensado en el caso, que faltando sus propios sobrinos y además parientes de estos que fuesen de la propia sangre del testador, los bienes fuesen antes a los sobrinos de su viuda que a herederos extraños que hubiesen establecido sus propios sobrinos? Con lo que se ve que el paso, como se sigue del art. 784, de la expectativa fideicomisaria a los herederos del fideicomisario que muere antes que el fiduciario, no debería haberse establecido -porque no responderá probablemente a lo comunmente deseado- sino cuando conste que el testador lo quiso, o para el caso de que los herederos del fideicomisario sean personas que en falta de él habrían heredado al testador o sean, al menos, parientes del mismo; y que en otro caso, el fideicomiso se debería purificar cuando el fideicomisario premuera al fiduciario.

CONCLUSION.

En conclusión, y resumiendo lo hasta aquí expuesto:

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 muere 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 art. 784, y no el 759, ya que es el primero el que rige para las sustituciones

-y, entre ellas, la de residuo- incondicionales.

En las Compilaciones, el fideicomiso de residuo, como una -- sustitución fideicomisaria que es, se entiende, salvo que conste otra voluntad, que cuando se dispone (como es normal) para des -- pués de la muerte del fiduciario, está sometido -como todas las - sustituciones- a la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario; y, por eso, premuriendo aquél a éste, se purifica el fideicomiso, y a la muerte del fiduciario posteriormente al fi deicomisario, los herederos de éste no tienen derecho a los bienes exfideicomitidos, aunque queden, porque aquél no adquirió derecho alguno a heredar al causante por haber premuerto al cumplimiento de la condición bajo la que se le instituyó.

V

LA CONDICIONALIDAD POSIBLE DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO: FIDEICOMISOS PUROS, A TERMINO Y CONDICIONALES.

Hasta aquí creo haber demostrado que el fideicomiso de residuo no es de por sí un fideicomiso condicional bajo la condición de que queden bienes. Y creo también que ha quedado claro que aun no siendo esencialmente condicional, puede, sin embargo, disponerse bajo una verdadera condición, como la de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, la de que éste muera sin descendencia, o cualquier otra, pongo por caso, que el fideicomisario haga tal o cual cosa o que acontezca cierto suceso. En tales casos, por -- aplicación del art. 759 si el fideicomisario muere pendiente la -- condición, no transmite a sus herederos su derecho a la herencia fideicomitida.

Quiero, para completar el tratamiento de la materia, hacer -- alguna observación sobre la distinción de los fideicomisos en pu-- ros, a término y condicionales.

Los condicionales son esos dichos en los que el llamamiento a favor del fideicomisario pende de algo incierto (que sobreviva al fiduciario, que éste muera sin descendencia, que suceda el ---

acontecimiento que sea) que no realizándose durante su vida impide que el fideicomisario resulte llamado, y excluye, por tanto, - que transmita a sus herederos el derecho, que no llegó a adquirir.

Los a término son aquellos en que la transmisión de la herencia del fiduciario al fideicomisario la dispone el testador de -- una forma definitiva, es decir, no la deja pendiente de que ocurra o no cierto suceso, razón por la cual no es inseguro si dicha transmisión realmente se va a producir o no (sí, si el suceso a - contece, no, si no). Se producirá sí, ciertamente, pero bien en fecha determinada en cuanto al cuándo o bien en fecha segura, pero desconocida en cuanto al momento en que llegará. Y si antes de que llegue el momento, cierto o incierto, premuere el fideicomisario al fiduciario, ello no tiene otra consecuencia que la de que en el puesto de aquél serán sus herederos quienes al llegar el -- término tomarán la herencia fideicomitida que habría tomado el fideicomisario si hubiese vivido.

Ahora bien, cuando el fideicomiso lo ordena el testador para que la herencia pase al fideicomisario a la muerte del fiduciario, como que morirá es un hecho, aunque de fecha incierta, seguro, el fideicomiso es a término y el derecho del fideicomisario transmisible a sus herederos si sobrevive al testador, aunque después muera antes que el fiduciario.

Y sólo cuando sea preciso (porque lo diga el causante o porque presuma la ley que lo quiere [caso que es el de las Compilaciones catalana, balear y navarra]) que el fideicomisario sobreviva a la -

llegada al término que es la muerte del fiduciario, habrá un fi -
deicomiso condicional, porque querido, no definitivamente, para el
día que, inseguro cuándo, ha de llegar, sino querido sólo para si
el fideicomisario vive aún cuando ese día llegue, lo que es una -
cosa que puede ocurrir o no, y da, pues, lugar a que el fideicomii
so sea condicional. Caso que no es el del Código civil, que no preu
sume -insisto- que la fijación de la muerte del fiduciario para --
que la herencia pase al fideicomisario sea querida, no como términ
o, es decir, como tiempo que ha de llegar necesariamente, sino coo
mo condición, es decir, como tiempo en el que únicamente si vive el
fideicomisario cuando llegue, se quiere que la herencia pase a él.

Y como, en principio, y salvo que conste otra voluntad, son a
término los fideicomisos dispuestos para que la herencia pase al fi
deicomisario a la muerte del fiduciario, se les aplica el art. 784,
y, como a uno más de ellos, al de residuo, en el que, como en los
normales, no se presume la condición de sobrevivencia del fideicoo
misario al momento -término- de la muerte del fiduciario.

En principio, son, pues, a término, los fideicomisos queridos
para que la herencia se restituya a la muerte del fiduciario. Y --
son también a término -y transmisibles también, por tanto, aunque
el fideicomisario premuera a la llegada del día - los fideicomii
sos queridos para que la restitución de la herencia se haga lo más
tarde el día de la muerte del fiduciario, (día que ha de llegar),
pero aún antes si es que aún no ha muerto en cierto día que -
ha de llegar en fecha segura (como el día 1 de enero de 1990, o

a los cinco años de haber recibido la herencia el fiduciario) o insegura (como el día que muera una tercera persona, por ejemplo, la que proporcionaba al fideicomisario los medios de que en adelante carecerá, y por eso se quiere que reciba la herencia).

Mas, estos fideicomisos a término eventualmente anterior a la muerte del fiduciario, son insólitos.

Sin embargo, algunos, como ALBALADEJO (68), aun advirtiendo que tan a término son los dispuestos para la muerte del fiduciario (no queridos, como no lo presume que se quieran el Código, bajo la condición de sobrevivencia del fideicomisario), como los para término anterior a esa muerte, es a éstos a los que llaman, *en sentido restringido, a término*, y califican, aunque señalen que en rigor la calificación es inexacta, de puros a los dispuestos para -- restitución de la herencia a la muerte del fiduciario, por ser -- los que *parece* que no tienen condición ni término, aunque realmente sí lo sea el del día de la muerte del fiduciario.

Esos son los fideicomisos, normales o de residuo, denominados unos *a término* o denominados otros, *puros*, pero realmente también a término. Los condicionales son otros, a los que hay *de verdad* que someter a una condición, que puede ser la de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, pero que no sea la sedicente *condición* de que queden bienes,

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) *Derecho civil español común y foral*, VI, vol 2º, 7a ed. Madrid 1973, pág. 245.
- (2) *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, pág. 163.
- (3) *Derecho civil español*, V, Barcelona, 1954, pág. 140.
- (4) *Sistema de derecho civil*, IV, *Derecho de familia y Sucesiones*, Madrid 1978, págs. 595 y 596.
- (5) En CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, ed. revisada y puesta al día por DE COSSIO Y GULLON, III, Madrid, 1959, pág. 180.
- (6) *Derecho civil, Teoría y práctica*, VI, Madrid 1979, pág. 453 y ss.
- (7) *Notas sobre el fideicomiso de residuo*, en R.J.C. 1955, págs. 8 y 12.
- (8) *Fideicomiso de residuo*, comentario a la sentencia de 25 de mayo de -- 1971, en R.J.C., 1972, pág. 594.
- (9) En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXXI, vol. 1, Madrid, 1980, págs. 574 y ss., comentario al --- art. 37 de la Compilación de Baleares..
- (10) *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias "de residuo"*, Madrid 1926, págs. 109 y 110.
- (11) Ob. cit., págs. 112 y 113.
- (12) Ob. cit., pág. 114.
- (13) Ob. cit., pág. 116.
- (14) Ob. cit., pág. 121.

- (15) III, Madrid 1959, pág. 175.
- (16) *El fideicomiso de residuo* en Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil, III, Madrid 1948, págs. 379 y 380.
- (17) Ob. y *Loc. cit.*, pág. 385.
- (18) *Comentarios al Código civil español*, VI, 7a ed. revisada y puesta al día por OGAYAR, Madrid 1951, pág. 180.
- (19) En sus notas a la trad. esp. del *Curso elemental de Derecho civil* de COLIN y CAPITANT, VIII, 2a. ed., Madrid, 1951, pág. 405.
- (20) Ob. cit., págs. 404 y 405.
- (21) *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid 1965, pág. 362.
- (22) Ob. cit., págs. 362 y 363.
- (23) *Los legados*, Madrid 1951, pág. 495.
- (24) *Comentarios al Código civil*, I, Madrid 1958, págs. 767 y 768.
- (25) *Dictámenes*, II, Madrid 1968, pág. 207.
- (26) Ver también las páginas 223 y 225.
- (27) *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo V, 2a ed., Barcelona 1944, -- pág. 155. Así se pronuncia, en vez de dejar el tema dudoso como en su opinión - recogida en la nota 3 anterior de este trabajo.
- (27) En *La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y condicional y del fideicomiso de residuo*, en R.C.D.I., 1951, págs 95 y ss., y 191 y ss., principalmente págs. 199 y 200. Del mismo autor también *El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia* en R.C.D.I., 1935, págs. 335 y ss, y 432 y ss.
- (27) En *Fideicomiso*, en Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix, tomo IX, Barcelona 1958, p. 740.
- (28) *El fideicomisario de residuo eo quod supererit y si quid supererit*, - en Estudios de Derecho privado bajo la dirección de DE LA ESPERANZA MARTINEZ RADIO, II, Madrid 1965, pág. 575, 585 y 586.
- (29) *Manual de sucesión testada*, Madrid 1957, pág. 304.
- (30) *El fideicomiso de residuo*, en los dichos Estudios, II, Madrid 1948, - pág. 83.
- (31) *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, A.A.M.N., V, Madrid 1950, págs. 913 y 914.
- (32) Barcelona 1953, pág. 241.

- (33) En LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Sucesiones*, I, 2a. ed., Barcelona 1976, pág. 423.
- (34) *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2º, 2a ed., Barcelona 1977, pág. -- 570.
- (35) Ob. cit. pág. 574.
- (36) *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula si sine liberis decesserit en en Derecho histórico de Castilla y en el Código civil*, en A.D.C. 1956, págs. 846 y 847.
- (37) *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona 1974, pág. 282.
- (38) *El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador*, en A.A.M.N., - XVIII, Madrid 1974, págs. 189 y ss.
- (39) *La sustitución fideicomisaria de residuo*, en R.D.P., 1975, pág. 181.
- (40) En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXIX, vol. 1º, pág. 466.
- (40_b) *Sustitución fideicomisaria de residuo: su condicionalidad y modalidades. Premoriencia del fideicomisario al fiduciario*, en Boletín del Colegio Nacional de Registradores, 1981, enero, nº 164, pág. 33.
- (40₊) *El usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo*, en R.D.E.A. 1968, enero-marzo, nº 19. Especialmente págs. 92, 96 y 97, donde con razones a las que remito, señala que el fideicomiso de residuo puede ser condicional, pero que no lo es de por sí.
- (41) Sobre tal regla véase después, apartado IV, Nº 7.
- (42) Acogida en P. 6,3,15: "...Pero en día non cierto bien podría ser algu no establecido por heredero...". Y véanse glosas "En día non cierto" y "El día que el mismo muriere".
- (43) Quien nombra un sólo fideicomisario, todavía puede pensarse que no desea excluir que si premuere corresponda el fideicomiso a los herederos del fideicomisario nombrado. Pero quien nombra un círculo de posibles fideicomisarios, se ve claro que desea como fideicomisarios únicamente a ellos y no a sus herederos.
- (44) La figura que en rigor corresponde no es la del derecho de representación sucesoria, sino la de transmisión de los derechos fideicomisarios, del fideicomisario a sus herederos.
- (45) Véase después, apartado IV, Nº 6.
- (46) No entro, porque me llevaría demasiado lejos y porque creo que no ha ce falta a los efectos actuales, en el tema de cómo queda *ahora* la atribución de la nuda propiedad cuando se designa como nudopropietarios a los parientes del testador que serían sus herederos al morir el fiduciario. Lo que sí es seguro es que en el peor de los casos surge ya, a favor de los, por lo menos, po

sibles futuros nudopropietarios, una expectativa protegida. Mas, esa protección no les iguala a los coherederos, a efectos de la necesidad de citación para practicar el inventario, pues quienes deben ser citados son los coherederos *actuales*.

(47) Tampoco procede entrar aquí en el tema del usufructo sin nuda propiedad actual, o de si es nuda propiedad actual, pero sin titular, o de si mientras que no tenga otro titular la nuda propiedad es del heredero en última instancia, del intestado.

(48) Véase ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo V, vol. 1º, Barcelona 1979, -- págs. 298 y 299, y nota 5.

(49) Por no complicar las cosas no toco lo relativo al "derecho de representación", ese que el recurrente dice que no existía. No podría existir el derecho de representación sucesoria establecido por la ley para la sucesión intestada (C.c., arts. 924 y siguientes), porque en el caso presente se trataba de sucesión testamentaria, la a favor de los instituidos nudopropietarios, y por ello no les representarían sus descendientes. Pero es que en la cláusula testamentaria discutida, el causante había dispuesto que a falta de los nudopropietarios nombrados ocupasen su puesto *en su representación*, sus hijos.

(50) Sobre esta curiosa afirmación de que si no los adquirió el fiduciario, no teniendo, pues, posibilidad de disponer de ellos, no puede cumplirse la condición de que, no disponiendo de algunos, queden cuando muera, véase lo que ya dije al comentar la sentencia de 13 de febrero de 1943.

(51) En el caso en estudio no hay *demás condueños*, sino que *única dueña*, es la fiduciaria.

(52) Aparte, y omisión hecha, de los reparos que para tal tesis pudiesen deducirse del hecho de la aplicabilidad al caso (ver la sentencia para comprobar este extremo) de Derecho anterior al Código.

(52p) La última sentencia que conozco que toque el tema de la condicionalidad es la de 5 de diciembre de 1974, pero no decide en él, sino que se limita a fijar que "las demandadas aceptaron la tesis del actor de que el fideicomiso de residuo discutido no encajaba en el marco de las genuínas sustituciones fideicomisarias, debiendo ser calificado como institución de heredero condicional, prevista en los artículos 758 y 759 de dicho cuerpo legal".

(53) Pues si antes de morir, el fideicomisario, recibe el residuo, éste va luego a sus herederos no como bienes fideicomitidos que correspondan en tal concepto a los herederos del fideicomisario, en vez de a éste, que ha premuerto, sino como parte de la herencia del fideicomisario en cuyo patrimonio ya se hallan cuando fallece.

(54) Pero, sobre este punto, véase lo que digo más adelante.

(55) OSSORIO, *Manual...*, pág. 304.

(56) Como dice ALBALADEJO, (*Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, --- págs. 38 y siguientes), refiriéndose a la sustitución vulgar: "Ciertamente que el testador no puede querer diversamente a como lo prevé la ley, una sustitución

ción vulgar, pues no es posible llamar al sustituto para el caso de que *herede* el instituido, y, por otro lado, el evento es esencial en el sentido de que -- sin someter a él el segundo llamamiento no hay sustitución.

Pero tal necesidad, tal carácter de esencial se impone por la naturaleza de las cosas independientemente de la ley. Es decir, no se trata de una exigencia legal *-si heres non erit-* de la que el ordenamiento jurídico pudiese haber prescindido, sino que se trata de algo de lo que, por el propio modo de ser de la figura contemplada, ha de partir el Derecho objetivo. Este se limita a recoger el supuesto de una institución de heredero condicional (de que se instituya un segundo heredero para el caso *-condición-* de que el primero no llegue a serlo [es indudable que el hecho de que el primer instituido no llegue a ser heredero es un acontecimiento futuro e incierto]). Tal institución condicional *-como realidad posible en base a la libertad que el testador tiene para hacer disposiciones bajo condición; artículo 790-* se denomina sustitución vulgar y *-es simplemente un caso en que el Código en vez de haber dejado la situación sometida a las reglas generales referentes a la institución condicional, ha dictado ciertas normas específicas para la misma, la falta de cuyas normas no sería obstáculo para la posibilidad de la sustitución vulgar, pues, en tal falta, seguiría siendo admisible someter la institución de un heredero *-el segundo-* a la condición de que otro instituido *-el primero-* no llegase a serlo.*

Ahora bien, deducir del hecho de que el Código regule con unas normas específicas un caso de institución condicional (en vez de limitarse a dictar las normas genéricas para todo tipo de instituciones condicionales), que la condición deja de ser un elemento accidental y se convierte en un requisito legal, es manifiestamente erróneo, porque el sujeto es libre de quererla o no, lo mismo -- que es libre de querer o no otra condición cualquiera. Y si no la quiere, no quiere la sustitución por la sencilla razón de que *se llama sustitución a la institución sometida precisamente a esa condición.*

La naturaleza y el papel que desempeña el suceso puesto como condición, no pueden ser modificadas por el hecho de que se le contemple específicamente por el Código, de que éste le prevea singularmente. Sostener semejante cosa sería algo así como decir que por regular el artículo 793 la *condicio viduitatis*, cuando se realice bajo ella una institución de heredero nos encontramos ante una *condicio iuris*. Cosa inexacta, ya que el testador es libre de quererla o no. Lo mismo que es libre de querer o no la institución de un segundo heredero bajo la condición de que falte el primero.

La ley no impone ningún requisito. Simplemente se limita a decir *-que a ello equivale sustancialmente el artículo 774-1º-* que el llamamiento de un segundo heredero (B) depende de que no llegue a serlo el primer llamado (A), lo mismo que depende de que no llegue a ser abogado A, el llamamiento hecho a favor de B para el caso de que A no llegue a ser abogado.

Una diferencia hay, sin embargo, entre la condición de que A no llegue a ser abogado y la de que A, primer instituido, no llegue a ser heredero, para que en ambos supuestos lo sea B. La diferencia es que la primera puede faltar y querer el testador, asimismo, que B reciba la herencia, mientras que la segunda no puede faltar, pues B sólo es querido como heredero (por eso es sustituto) *en defecto* de A.

Pero, como indico, tal *necesidad* depende no de que lo disponga el Ordenamiento jurídico, sino de que no pueden quererse a la vez dos cosas contradictorias. Por lo cual, el que el Derecho *prevea* que sólo se puede querer la una cuando la otra falte, no es convertir esa falta en *condicio iuris*."

(58) Ob. cit. pág. 466.

(59) *Lecciones de Derecho civil*, IV, *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1967, pág. 322,

(60) Puede verse OERTMANN, *Die Rechtsbedingung*, Leipzig, 1924, también FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.

(61) Después que el fideicomitente.

(62) Digo que es la única que admite *el tema* que estoy tratando (también - admite lo de que *queden bienes* en el sentido expuesto *supra* apartado 4, párrafo último, pero, como dije allí, es absolutamente irreal pensar que esa condición se ponga de verdad), no afirmo que el fideicomiso de residuo no admite cualesquiera otras, como la de que para heredar el fideicomisario haya tenido que --- acontecer tal o cual suceso o haya tenido él que hacer tal o cual cosa. Pero so bre este particular véase más adelante.

(63) La que lo hace más claramente es la Compilación de Cataluña al decir en su art. 163, 3º que: "las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario tendrán carácter de condicionales [bajo la con dición de que le sobreviva el fideicomisario], salvo voluntad contraria del cau sante". El art. 164, 2º, ordena que "En las sustituciones fideicomisarias condi cionales, si el fideicomisario fallece antes de cumplirse la condición, aunque sobreviva al fideicomitente, no adquirirá derecho alguno al fideicomiso". Lo -- que es lo mismo que ordena el 759 del Código para la institución de heredero o legatario en general (luego, también para la institución postheredero o postlegatario que es la sustitución fideicomisaria). El 784 asimismo del Código, para la sustitución fideicomisaria ordena que "El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario", pero eso no es distinto de lo que establece la Compilación en el art. 164, 2º, pues es que el 784 del Código, está dictado para las sutituciones puras, luego, si son condicionales, se les aplica no él, sino el 759. De modo que la diferen- cia entre Compilación y Código, no está en discrepar en el tema de la adquisi- ción y transmisibilidad del derecho del fideicomisario condicional, sino en dis crepar en que el Código no estima condicional, y la Compilación sí, la sustitu- ción dispuesta para cuando muera el fiduciario.

Puesto que en la Compilación la condición es que el fideicomisario sobreviva al fiduciario, si le premuere, la no adquisición por aquél del derecho al fideicomiso podríamos decir que tiene lugar por partida doble, porque tan no lo adquiere porque premuriéndole se incumple la condición, como no lo adquiere por que premuriéndole muere antes de cuando *podría haberse* cumplido la condición -- (momento que es el de la posterior muerte del fiduciario, ya que la condición - se cumpliría si entonces viviese el fideicomisario).

Hasta aquí la Compilación catalana.

En cuanto a la navarra, la necesidad de que el fideicomisario sobreviva - al fiduciario, procede de que establece la ley 238: "Salvo que otra cosa se hu- biere dispuesto, quedará purificado el fideicomiso, y en consecuencia liberado el fiduciario de la obligación de restituir, en caso de fallecimiento... de los fideicomisarios en vida del fiduciario..."

Por último, la Compilación balear, no dice explícitamente que para adqui- rir su derecho, el fideicomisario debe de sobrevivir al fiduciario, pero ese es su espíritu, y cuando afirma en el art. 27 que "El fideicomisario condicional - que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a sus

sucesores..." pretende significar no sólo que puèsta otra condici3n al fideicomiso, el derecho a èste no lo adquiere el fideicomisario hasta que se cumpla, sino que tampoco lo adquiere si simplemente premuere al fiduciario, pues se su pone que, salvo que aparezca otra voluntad del testador, todo fideicomiso es querido sólo para si el fideicomisario sobrevive al fiduciario. Véase COLL CARRERAS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXXI, vol. 1, Madrid, 1980, págs. 501 y ss, comentario al art. 27 de la Compilaci3n de Baleares.

(64) BRUNETTI, *Il dies incertus nelle disposizione testamentarie. Contributo alla dottrina del dies e della condicio*, Firenze, 1893, BRUNETTI, *Modalità sospensiva e trasmisibilitá del diritto nelle successioni testamentarie*, Firenze, 1934, Secci3n tercera, pág. 61 y ss. del libro, donde estudia el término incierto en los testamentos, BRUNETTI, *términe incerto nei testamenti. Uso improprio de la parola usufrutto*, en *Scritti giuridici varii*, II, Torino 1915, pág.154 y ss., ROCA SASTRE, en R.J.C. núm. extraordinario del 75 aniversario, pág. 333 y ss., MARTI MIRALLES, *Principios del Derecho sucesorio*, Madrid 1954, p. 67 y ss

Contra la interpretaci3n de BRUNETTI de que el *dies incertus* se refiere al término cierto en cuanto al sí, e incierto en cuanto al cuándo, otros mantienen que al hablar las fuentes romanas de *dies incertus* se refieren al *dies incertus an*, que es, pues, verdadera condici3n, con lo que la regla en cuesti3n se referiría a verdadera condici3n, y no a la presunta de sobrevivencia al término incierto en cuanto al cuándo, del favorecido. Véase GANGI, *La successione testamentaria*, II, 2a., Milano, 1952, núm. 508, págs. 222 y ss., y GANGI, *I legati nel Diritto civile*, I, 2a. ed. Padova, 1933, núm. 132, págs. 234 y 235, nota 4, recogiendo cita de doctrina sobre el tema. A favor de la interpretaci3n de BRUNETTI, BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, 2a. ed., Milano, -- 1955, núm. 205, págs. 564 y 565 y notas. En BRUNETTI y los demás autores citados puede verse bibliografía más antigua, con las contradictorias opiniones sobre el tema.

(65) Como la instituci3n como posibles fideicomisarios de los sobrinos del testador, y, en su defecto de sus hijos. Lo que contribuye a permitir decir que se excluye de recibir el derecho al fideicomiso a quienes no sean sobrinos o hijos de sobrino. Si bien incluye a los resobrinos, y no deja reducido a los sobrinos, el círculo de las personas llamadas al fideicomiso (unas en defecto de otras) con derecho personalísimo o bajo condici3n de sobrevivencia al fiduciario.

Obsérvese que la designaci3n explícita de un círculo más amplio de posibles fideicomisarios (los sobrinos y sus hijos) revela más, por paradójico que parezca, la exclusi3n del fideicomiso de las personas que están fuera de él, -- que el nombramiento de un solo o unos solos fideicomisarios, el o los sobrinos, nombramiento más restringido, por lo que podría parecer más personalísimo, pero que en realidad deja más dudoso el extremo de si es que, en falta del llamado no se quiere que subsista el fideicomiso, o sí se sigue queriendo a favor de sus herederos. Lo que no pasa si se mencionó expresamente a los resobrinos como posibles fideicomisarios en defecto de los sobrinos, ya que entonces si en defecto de los resobrinos se quisiese que el fideicomiso fuese a sus hijos, parece que se habría dicho, como se dijo para el caso de los hijos de los sobrinos (ello salvo que se entienda otra cosa por aplicaci3n de la regla de que hablando de hijos se presumen también los nietos).

(66) Que el art. 784 no se refiere a los fideicomisos condicionales (a los que se aplica el 759) ha sido repetido insistentemente por la jurisprudencia. Y, por supuesto, que lo dicen o lo implican la mayor parte de las sentencias que

he manejado en el tema de si es condicional o no el fideicomiso de residuo, --- pues en muchas de ellas precisamente de lo que se trata es de excluir la aplicacion del mencionado art. 784 *por ser condicional* el fideicomiso de residuo. Mas, ni siquiera las que niegan ésto, niegan que tal artículo sea inaplicable a los fideicomisos condicionales, si bien lo estiman aplicable al de residuo porque - no lo consideran condicional.

Con afirmación explícita e implícita de que el art. 784 no es aplicable a los fideicomisos condicionales, pueden verse las sentencias de 1 de febrero y 9 de julio de 1910, 21 de diciembre de 1918, 9 de abril de 1928, 30 de octubre de 1929, 17 de marzo de 1934, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 1 de - diciembre de 1951, 4 de marzo de 1952, 20 y 25 de octubre de 1954, 30 de marzo de 1955, 7 de enero de 1959, 25 de noviembre de 1960, 22 de diciembre de 1961, 29 de enero, 17 de mayo y 20 de octubre de 1962, 5 de julio de 1966, 22 de ene- ro de 1969, 25 de mayo de 1971.

(67) Esa salvedad a la aplicación del art. 759 es segura, y -como dice ALBALADEJO- se apoya en el principio de soberanía de la voluntad del testador y - en que los preceptos legales en la materia tienen carácter no imperativo sino - simplemente dispositivo, lo que, sin duda, es aplicable al art. 759. Ver ALBALA DEJO, *Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus - límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la declaración fideicomi saria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario*, en R.D.P., 1979, pág. 649. También ALBALADEJO, *La sucesión iure transmissionis*, en Estu -- dios de Derecho civil, Barcelona, 1955, págs. 260 y 261, VALLET DE GOYTISOLO, - *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula "si sine liberis decesse - rit" en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil*, en A.D.C., 1956, pág. 849, SAPENA TOMAS, *La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador*, en R.G.L.J., 1954, II, tomo 197, pág. 44, DIEZ PASTOR, *Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos*, en A.A.M.N., VI, 1952, pág. 582, DE CASTRO, *Derecho civil en España*, I, 3a. edición, Madrid 1955, pág. 685, nota 6, DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*, Tomo IV, cit. pág. 570, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, cit. pág. 325, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, vol. V, 2º, cit. pág. 328, OSSORIO, *Manual*, cit. pág. 214 y en la doctrina extranjera, especial- mente BRUNETTI, *Modalità sospensiva e trasmissibilità del diritto nelle succe sioni testamentarie*, Firenze, 1934.

En la misma línea que la doctrina está la jurisprudencia, que en resolu - ción de 12 de enero de 1944, dijo en su considerando segundo que "los llamamien - tos de tipo condicional no siempre engendran, respectivamente, una mera esperan - za o la entrada inmediata en el goce de la herencia si el nacimiento del dere - cho o su extinción pendiesen de un suceso determinado, ni la forma negativa o - positiva del hecho futuro basta por sí sola para provocar el rígido mecanismo - de la incapacidad a que se refiere el artículo 759 del Código civil; pues por - encima de los términos técnicos en que se tratan de encerrar las consecuencias ordinarias de la institución, se halla la voluntad del testador que puede conce - cer a los hijos o herederos del llamado bajo condición suspensiva el puesto que a su padre hubiera correspondido, de la misma suerte que puede negar a los here - deros del fideicomisario la facultad de suceder en los bienes gravados que les atribuye el último apartado del artículo 784 del Código civil."

(68) *Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales*, etc., cit. en loc. cit. págs. 528 y ss. y 641 y ss.

C A P I T U L O I I I

LA SEDICENTE CONDICIONALIDAD DEL FIDEICOMISO DE
SI ALIQUID SUPERERIT Y
DE LA LLAMADA SUSTITUCION PREVENTIVA DE RESIDUO.

S U M A R I O

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA MENOR O MAYOR AMPLITUD DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN CONCEDIDA AL FIDUCIARIO.- II. FIDEICOMISO DE SI ALIQUID SUPERERIT Y FIDEICOMISO DE EO QUOD SUPERERIT.- III. LA LLAMADA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO.- NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.

I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA MENOR O MAYOR AMPLITUD DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN CONCEDIDA AL FIDUCIARIO...

Se ha visto en el capítulo anterior que el fideicomiso de residuo no es de por sí condicional. Mas, como, además de quienes creen que lo es siempre, hay quienes creen que no lo es en general, pero que sí lo son ciertas de sus variedades, concretamente el *de si aliquid supererit* y la llamada *sustitución preventiva* de residuo, es procedente referirse en particular a si es o no verdad la condicionalidad de ambas *subespecies* (por lo menos provisionalmente podemos llamarlas así) del fideicomiso de residuo.

Antes de entrar en el tema propiamente dicho, conviene hacer unas consideraciones previas sobre la disponibilidad de los bienes fideicomitados concedida al fiduciario. En efecto:

Tal disponibilidad puede ser muy varia. Como si se concede para poderlos únicamente consumir, o también enajenar, y esto sólo a título oneroso, si es que se necesita, o bien a la libre voluntad del fiduciario, y, en aquel caso, o con o sin necesidad de

justificarlo, o hasta se permite que los enajene incluso a título gratuito sin más, o autorizado que eso se haga únicamente a favor de ciertas personas, etc, etc. Por otro lado, permitida la enajenación onerosa puede establecerse que lo tomado a cambio siga sometido al fideicomiso, o bien no. Y, por no alargarme más, me li-mito ya a decir que también cabe que se faculte, no ya para la --disposición *inter vivos*, sino inclusive para la *mortis causa*, de modo que el fiduciario pueda, si quiere, dejar en testamento los --bienes fideicomitidos o parte de ellos a quien desee, y al fidei-comisario vayan exclusivamente aquéllos de que aquél no haya dis-puesto ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Por supuesto, que lo más corriente, habida cuenta del fin --que habitualmente se persigue con el fideicomiso en estudio, es --la concesión de facultad de enajenar *inter vivos* si es que lo nece-sita el fiduciario; aunque se suele establecer que esa necesidad queda a juicio del mismo, y que no tenga deber de justificarla.

Por descontado que obligando el fideicomiso normal a que el fiduciario conserve los bienes, y siendo el de residuo una excep-ción a ello, no pueden reconocerse sino las facultades de enajena-ción que conste han sido conferidas, entendiendo en caso de duda, que se carece de la dudosa.

Ahora bien, partiendo de todo lo anterior, surge una pregun-ta: ¿generan diversas clases de fideicomiso de residuo los dife -rentes grados de disponibilidad concedida al fiduciario, clases a las que proceda aplicar, al menos eventualmente, normas distintas a unas que a otras, según los casos?.

II

FIDEICOMISO DE SI ALIQUID SUPERERIT Y FIDEICOMISO DE EO QUOD SUPERERIT.

Empiezo por distinguir entre fideicomiso *de si aliquid supererit*, o, dicho en español, fideicomiso *de si queda*, y fideicomiso *de eo quod supererit*, o fideicomiso *de lo que quede*.

En el primero se exime totalmente del deber de conservar, es decir, se concede al fiduciario el poder de disponer de los bie - nes de la herencia entera. De modo que el fideicomisario únicamen - te tenga derecho a lo que reste de ella (porque el fiduciario, pu -- diendo haberlo hecho, no dispuso de algunos bienes), si es que resta - algo.

En el segundo se exime del deber de conservar sólo respecto a parte de la herencia. Como dice ALBALADEJO (1): "*parte concreta*; de manera que la otra parte debe de conservarse: por ej. se permi - te disponer sólo de los muebles, pero no de los inmuebles. O par - te *numérica*, sea o no alicuota; de manera que la otra parte debe - de conservarse: por ej., se permite disponer sólo de la mitad de la herencia, o sólo de bienes (sean los que sean, muebles o inmue - bles) cuyo valor no supere un millón de pesetas. De modo que el - fideicomisario tiene derecho a todo lo que quede de la parte dis - ponible de la herencia, que puede no quedar nada (porque es parte

en la que no había deber de conservar), y tiene derecho, además, a la íntegra parte de la herencia que debía conservarse.

Estas dos figuras se llaman -concluye ALBALADEJO- la primera, fideicomiso de *si queda* (de lo que quede, si es que queda algo, -- que puede no quedar), o, con terminología tradicional, *fideicomiso de si quid supererit*, y la segunda fideicomiso de *lo que quede* (que -- tiene que quedar algo, por lo menos aquéllo que había deber de -- conservar), o, con terminología tradicional, *fideicomiso de eo quod supererit*."

De ambos casos (con independencia de la intensidad o extensión de la facultad de disponer concedida, y de que se haya otorgado sólo para entre vivos, o también *mortis causa*) lo que hay que plantearse es si son realmente dos tipos distintos.

Una opinión (1^{bis}) viene diciendo que sí, de modo que la terminología diferente sería fiel reflejo de una diferencia real de figuras: en el primer caso, se deja al fideicomisario *lo que quede*, ya que deberá quedar algo; en el segundo, se le deja *si queda*, ya que no es obligatorio que quede nada.

Yo, por mi parte, pienso, que si -como verdaderamente lo es esa la única diferencia entre ambas figuras, que refleja la -- terminología diferente para las dos, ciertamente que es verdad -- que son diferentes porque realmente aquella diferencia sí existe entre ellas; pero aun siendo eso cierto, no lo es menos que tal diferencia no afecta en absoluto a que una sea condicional y la otra no (2), por lo siguiente:

Ciertamente que la diferencia entre uno y otro es la de que en uno *ha de quedar algo*, y en el otro *puede no quedar nada*. Pues de no ser así, no hay otra diferencia, ya que sería puramente verbal la que hubiese entre dejar *lo que quede (eo quod supererit)*, si es que queda algo, pero pudiendo no quedar nada, y dejar si queda *(si aliquid supererit)*.

Ahora bien, si la diferencia es esa, y no otra, son incondicionales ambas figuras, ya que de una sola forma es posible entender que el fideicomiso *de si aliquid supererit* es condicional, y que no lo es el *de eo quod supererit*, la de creer que en el fideicomiso de residuo se quiere que sólo sea heredero el fideicomisario si quedan bienes, ya que entonces sí sería condicional el *de si aliquid* porque se le querría bajo la condición de que quedasen bienes --- (condición que se da si quedan, y que no se da si no quedan, y en este caso no resulta llamado el fideicomisario, porque la condición de que quedasen no se cumplió; y así no toma los bienes, no porque, a pesar de ser heredero, no los hay, sino porque no se le quiso por heredero si no los había), mientras que en el *de eo*, --- puesto que han de quedar algunos bienes, *siempre* se querría por heredero al fideicomisario, ya que no se le quiere sólo para si quedan bienes, sino que se le quiere heredero por lo menos de los bienes que necesariamente tienen que quedar, aunque además se le quiera también de los que queden de los que podían no haber quedado.

Pero esa opinión de creer que en el fideicomiso de residuo el testador quiere que el fideicomisario sólo sea heredero si el fiduciario deja bienes no dispuestos, creo haber demostrado ya (3)

que es tan falsa como la de decir que en la herencia no fideicomisaria sino normal, el testador cuando nombra al primer y único heredero lo nombra *condicionalmente* para si de verdad deja algunos bienes cuando muera, y no para si no los deja. Como dije entonces, tal construcción no es correcta, porque el causante quiere siem - pre como heredero al instituido, de je o no bienes, y si no los de ja no los tomará, porque no los hay (y no porque entonces no se le quiera por heredero), pero sí tomará en ese caso otros derechos, etc. que pueden corresponder al heredero, lo que no le correspondería si no lo fuese.

De modo que, como al heredero normal, al fideicomisario de residuo, se le quiere por heredero siempre. Y de tal modo también en el fideicomiso de *si aliquid supererit*, en el que tomará bienes si quedan, y no si no, pero no por no ser heredero por no haber sido querido por tal si no quedaban bienes. Y, por supuesto, en el *de eo quod supererit*, en el que siempre tomará bienes, (4) porque siempre habrá de quedar alguno.

Con lo expuesto se ve que no hay diferencia, *por lo que toca a la condicionalidad*, entre el fideicomiso de *si aliquid supererit* y el *de eo quod supererit*, sino que en ambos el fideicomisario es establecido como heredero *puramente*, y en ambos tomará los bienes que ha yan quedado, en el *de si aliquid supererit*, si quedaron, en el *de eo quod supererit*, los que debieron quedar y los que pudieron no haber quedado, pero quedaron. Unica diferencia que separa a los dos casos: *poder no quedar ninguno*, en uno, y *tener que quedar alguno*, en el otro.

Pero, esa diferencia se refiere a los bienes que queden, no a la *condicionalidad* de un fideicomiso, y no del otro.

Para acabar este tema, casi me atrevería a decir algo más: que si el que los bienes pudiesen no quedar hiciera condicional al fideicomiso, el fideicomiso *de si quid supererit* sería condicional *entero*, y premuriendo el fideicomisario al fiduciario, los bienes que quedasen a la muerte de éste irían a sus herederos, y no a los del fideicomisario. Mas, que el fideicomiso *de eo quod supererit*, sería puro en la parte de bienes que *debiese quedar*, pero condicional en la que *pudiese no quedar*, y premuriendo el fideicomisario al fiduciario, los herederos de aquél recibirían a la muerte de éste los bienes que debían haber quedado y quedaron, de los que el fiduciario no podía disponer, mientras que los que podían no haber quedado, porque de ellos sí pudo haber dispuesto el fiduciario, pero quedaron, porque no dispuso, irían a sus herederos, y no a los del fideicomisario, por ser en esa parte el fideicomiso condicional. Solución tan evidentemente inaceptable, que prueba de nuevo la inadmisibilidad de la tesis de que el fideicomiso *de si aliquid supererit* es entero condicional, y puro el *de eo quod supererit* entero.

III

LA LLAMADA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO.

Por supuesto que al fideicomitente le cabe autorizar no sólo que el fiduciario pueda disponer de todo o parte de la herencia - *inter vivos*, sino que pueda hacerlo asimismo *mortis causa* bien con algunos límites, bien sin ninguno, como si simplemente ordena, por ejemplo, que vaya al fideicomisario sólo la parte de herencia fideicomitida "de la que el fiduciario no haya dispuesto ni en vida ni en su testamento".

Eso es seguro, y lo acoge la jurisprudencia (5) y la doctrina (6). Pero, aun sin eso, habría bastado, como para el fideicomiso de residuo en general, el principio de soberanía del testador, para fundamentar la posibilidad de conferir al fiduciario la disponibilidad *mortis causa*.

Desde luego, los bienes de que no haya dispuesto ni en vida ni en muerte el fiduciario, van al fideicomisario como herencia - del causante. Lo que pasa es que, a diferencia del caso del fideicomiso de residuo usual, en el actual con disponibilidad *mortis causa*, se concede al fiduciario hasta poder de disponer de los bienes fideicomitidos en favor de su propio heredero, o de nombrarse él -

para sí un heredero en ellos, que los reciba como herencia suya, apartando así los bienes de que a su muerte vayan al fideicomisario como herencia del fideicomitente. Puede, pues, el fiduciario, no sólo, como en el fideicomiso de residuo usual, privar de los bienes al fideicomisario *sacándolos* del propio patrimonio fideicomitado, con lo que no estarán ya en la herencia fideicomisaria - para que el fideicomisario los reciba al tomar ésta, sino *dejarlos intocados* hasta su muerte en el mismo patrimonio fideicomitado, - pero ordenar que no formen parte de la postherencia que ese patrimonio será para el fideicomisario en el momento de tal muerte, sino que se integren en su propia herencia (del fiduciario).

La Compilación de Cataluña acoge específicamente esta figura en su art. 216. En el Derecho catalán es una novedad introducida por los compiladores. Pero en el Código no existe como figura nueva ni vieja, sino que simplemente es un caso más, al que si se quiere puede dársele un nombre propio suyo específico, de fideicomiso de residuo, caso en el que el fiduciario tiene más poder dispositivo que en los otros también fideicomisos de residuo en los que sólo se le conceda disponibilidad *inter vivos*.

Aunque en el Código no tenga ni nombre propio ni regulación aparte, ni la jurisprudencia ni la doctrina se hayan ocupado de ella como caso singular de fideicomiso de residuo, cabría preguntarse si es que la peculiaridad que le da la concesión de la facultad de disponer *mortis causa*, pide para la llamada, o mejor dicho, para la que *podría llamarse*, sustitución preventiva de residuo, bien alguna regla especial suya, distinta de las que proce-

de aplicar al fideicomiso de residuo corriente, o bien la no aplicación a ella de alguna de las reglas que sirven para aquél. Ahora bien, lo mismo que aquí no me ocupo de la regulación aplicable al fideicomiso de residuo, tampoco voy a hacerlo de la de la sustitución preventiva de residuo, ni, por tanto, me corresponde dar respuesta a esa pregunta. En el presente estudio sólo trato de la condicionalidad y límites del fideicomiso de residuo, así que únicamente me ocuparé, como de uno de ellos que es, de la condicionalidad o no de la sustitución preventiva, lo que hago a continuación, y de si le alcanza el límite del segundo grado puesto por el art. 781, lo que hago en el capítulo siguiente.

La pregunta, pues, que he de contestar ahora es únicamente la de: la disponibilidad absoluta y total, inclusive *mortis causa*, que en la sustitución preventiva tiene el fiduciario ¿afecta a la no condicionalidad, que en el capítulo II he mantenido que es propia del fideicomiso de residuo ordinario?. O, en otros términos: a diferencia de éste, la sustitución preventiva ¿sí es un fideicomiso de residuo condicional?

Yo pienso que no, sino que es tan incondicional como el fideicomiso de residuo ordinario. Y eso es así porque la mayor extensión de la disponibilidad de los bienes fideicomitidos en la sustitución preventiva no afecta a que la institución del fideicomisario sea tan pura como en el fideicomiso de residuo usual (afecta sólo a que hay más caminos para que los bienes fideicomitidos puedan salir de la herencia fideicomisaria), puesto que en el caso de la sustitución preventiva, como en el del fideicomiso de

residuo usual, se quiere *ya* como heredero futuro al fideicomisario si bien subordinado al fiduciario, para que si éste hereda herede aquél después lo que quede de la herencia por no haber dispuesto de ella el fiduciario ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Así que no cabe que le pueda venir la condicionalidad a la sustitución preventiva por el camino de su especificidad (la disponibilidad *mortis causa*), y puesto que por el camino que tiene común con el fideicomiso de residuo usual, tampoco le viene tal condicionalidad (porque no le viene por él la condicionalidad al fideicomiso de residuo usual, y porque si le viniera, no le vendría a la sustitución preventiva sola, sino al fideicomiso de residuo en general), no hay sino decir que la sustitución preventiva es también incondicional.

Todo ello se entiende, siempre, que se dice para la sustitución preventiva de por sí, como cuando se afirmó la incondicionalidad del fideicomiso de residuo. Y otra cosa es que el testador, lo mismo que puede en dicho fideicomiso, pueda instituir también en la sustitución preventiva, *sub condicione* al fideicomisario, como si dispone que lo que de la herencia haya dejado sin disponer ni *inter vivos* ni *mortis causa* el fiduciario, sólo lo tome el fideicomisario si hizo tal o cual cosa o sólo si aconteció determinado suceso.

El tema lo veo así. Y creo que considerar condicional la sustitución preventiva ordenada para cuando el fiduciario no ha dispuesto *mortis causa* de los bienes fideicomitados, si se considera incondicional el fideicomiso de residuo, es un error, porque ¿C6-

mo va a ser condicional la sustitución preventiva de residuo, bajo la condición de que el fiduciario fallezca sin haber dispuesto *mortis causa* (no habiendo dispuesto tampoco previamente *inter vivos*) de los bienes fideicomitidos, si el hecho de no haber dispuesto *inter vivos* no se considera condición bajo la que se establezca el fideicomiso de residuo usual, sino que se considera forma de ex -
presar *que queden* bienes, que no quedarían si hubiese dispuesto -
de ellos, luego la *falta de disposición* no es un hecho condicionante -
te? (7) (8).

Y si se estimase que sí es un hecho condicionante para la --
sustitución preventiva la falta de disposición *mortis causa*, y, que
por ello, tal sustitución es condicional, por la misma razón ha -
bría que entender que también es un hecho condicionante para el -
fideicomiso de residuo usual, la falta de disposición *inter vivos* -
de los bienes, y que, por ello, también es condicional el fideicomi -
miso de residuo usual.

Lo que sí que habrá que entender que es condicional, es no -
sólo la sustitución preventiva ante la que se esté, sino todo fi-
deicomiso de residuo de que se trate si la falta de disposición -
(*inter vivos*, en el fideicomiso de residuo usual, y *mortis causa*, a-
demás, en la sustitución preventiva), aun no juzgada en principio
por la ley como condición puesta por el testador, sin embargo se
ve que en el caso resulta de verdad querida como condición por --
aquél.

Por último, lo que también habrá que entender que es condici -

cional es la sustitución preventiva ordenada, no para el caso de que el fiduciario no haya dispuesto *mortis causa* de los bienes fi - deicomitidos, sino para el de que muera intestado, porque entonces sí que hay un hecho -el que el fiduciario haya testado o no- que es inseguro, y constituye verdadera condición puesta al nombramiento de fideicomisario.

Pero obsérvese que en este caso se trata, no de *que queden bienes fideicomitidos de los que no se ha dispuesto* (ni *inter vivos* ni *mortis causa*), que eso no es condición, sino que se trata de que *el fiduciario haya o no testado*, que eso sí que es condición.

En el caso de que haya testado, si se ordenó la sustitución preventiva para cuando no hubiese testado, los bienes fideicomitidos, aunque el fiduciario al testar no hubiese dispuesto de ellos, irán al heredero que él se nombró. Mientras que si se ordenó la sustitución preventiva para cuando el fiduciario no hubiese dis - puesto ni siquiera *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, aunque hubiese testado, si en su testamento no dispuso de éstos, --- irán al fideicomisario.

Cuando O'CALLAGHAN (9) y PUIG FERROL y ROCA TRIAS (10), hablando para el Derecho catalán, dicen que la sustitución preventiva es condicional, a diferencia del fideicomiso de residuo, que estiman incondicional, (11), hay que estimar que, a los efectos que aquí importan de argumentación en orden al caso del Código, lo dicen para la hipótesis de sustitución preventiva ordenada para cuando el fiduciario muera intestado.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

(1) *Manual*, cit., pág. 280.

(1b) Ver entre otros, por ejemplo, DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*, cit., pág. 596; FLORES MICHEO, *Notas*, cit., en *loc. cit.*, pág. 12; BONET, *Compendio*, pág. 363; PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, págs. 636 y ss; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, pág. 420; ALBALADEJO, *Manual*, pág. 280; En la jurisprudencia principalmente las sentencias de 7 de enero de 1959 y de 25 de mayo de 1971.

(2) Como algunos parecen defender o, por lo menos, presentan como cosa posible. *Cfr.* DIEZ-PICAZO y GULLON, pág. 596; FLORES MICHEO, pág. 12. Ver también LACRUZ, pág. 423.

(3) *Supra*, capítulo II, apartado IV, número 4.

(4) Se sobreentiende siempre que, por ejemplo, no se hayan destruido -- los que deberían haber quedado.

(5) Así, las sentencias de 30 de abril de 1913, 8 de junio de 1945, 1 - de diciembre de 1951, 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959, 20 de octubre de 1962, 2 de diciembre de 1966, 25 de mayo de 1971, y las resoluciones de 17 de octubre de 1928, 16 de noviembre de 1944, 5 de octubre de 1966.

(6) Por ejemplo, ALBALADEJO, *Manual* cit., pág. 280 y 281; FLORES MICHEO, ob. cit., en *loc. cit.*, pág. 10; DIEZ-PICAZO y GULLON, ob. cit., pág. 596; BONET, ob. cit., pág. 363, etc.

(7) Véase capítulo II, ap. IV, número 6.

(8) Tampoco lo es el hecho de que queden bienes (como consecuencia de -- no haber dispuesto de ellos). Ya sabemos que (salvo que aparezca otra voluntad del testador: véase *supra*, cap. II, ap. IV, núm. 4) se entiende que quiere por heredero (postheredero) al fideicomisario en todo caso, es decir, aunque no -- queden bienes, luego que queden o no, no es hecho (condición) del que haga depender la institución, sino que da lugar simplemente a que si no quedan sea un heredero que no tomará bienes porque no los hay.

(9) Afirma O'CALLAGHAN, ob. cit., pág. 518, en efecto: "La naturaleza jurídica de la sustitución preventiva de residuo, entiendo que es de una insti tución de heredero o legatario, condicional.- En efecto, el causante nombra un sustituto para el caso de que el heredero o legatario sustituido, no habiendo dispuesto *inter vivos* de todos los bienes objeto de la herencia o legado, fa - llezca intestado, lo que constituye un hecho futuro y objetivamente incierto, es decir, una condición. El primer llamado -sustituido- es heredero o legata - rio libre; y la sustitución se produce cuando se cumple -si se cumple- la índi cada condición."

(10) *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, III, 1º, Barcelona 1979, pág. 647.

(11) O'CALLAGHAN. pág. 466; PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, pág. 640. Por su puesto que que no lo es para el Derecho catalán, para el que escriben, se sobreen tiende que en tanto que no le alcance la presunción del art. 163, 3º, de la -- Compilación, que le alcanzará, como a toda sustitución fideicomisaria, y no -- por ser de residuo.

CAPITULO IV

¿LIMITACION AL SEGUNDO GRADO?

Sabemos que las sustituciones fideicomisarias normales tie -
nen, por disposición del art. 781, el límite de no poder pasar --
del segundo grado: "... serán válidas y surtirán efecto *siempre que*
no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que -
vivan al tiempo de fallecimiento del testador".

Y se pregunta: ¿el límite del segundo grado alcanza también -
al fideicomiso de residuo?.

No voy a entrar aquí en examinar lo relativo a que no tenga
límite si todos los fideicomisarios de residuo viven a la muerte
del causante. Tal cosa no plantea problema, y cualquiera que plan
teara no sería específico del fideicomiso de residuo, sino gene -
ral de la sustitución fideicomisaria.

Tampoco tocaré el tema del sentido de la expresión "segundo
grado", que, por un lado, también es tema no específico del fidei
comiso, sino general a toda sustitución, y, por otro, está resuel
to en el sentido de significar que sólo se permiten dos sucesio -
nes fideicomisarias, además de la transmisión del fideicomitente
al fiduciario.

Por último, quiero insistir en que, como ya señalé, el problema de si el tope de no ir más allá del segundo grado lo tienen también los fideicomisos de residuo, da lugar a una cuestión más bien académica, ya que en la vida real de hoy los fideicomisos de residuo suelen disponerse no más de a favor de un fideicomisario, o de varios, pero en este caso, todos para recibir la herencia en una primera y única transmisión después del fiduciario.

Por ese escaso interés práctico y porque el asunto ha sido estudiado por otros autores con detenimiento, principalmente por JERONIMO LOPEZ, me voy a limitar aquí a recoger las diversas posiciones posibles al respecto, haciendo hincapié sólo en los argumentos que pienso que existen en favor de la solución que para la cuestión propugno.

Las tesis posibles son dos: o que el límite del segundo grado debe aplicarse al fideicomiso de residuo, o que no.

Para decir que no, se puede esgrimir básicamente la razón de que el art. 781 sólo establece el límite del segundo grado para las sustituciones con deber de conservar, luego cuando, como en el fideicomiso de residuo, no hay tal deber, el límite no existe.

Eso no obstante, a favor de que sí existe cabe alegar la posibilidad de que tal límite no pretenda cortar la serie de sucesiones todas precedentes del fideicomitente, sólo si los bienes hereditarios son indisponibles en manos de sus tenedores, sino -- que lo que persiga sea impedir que -con o sin deber de conservarse perpetúe la repetición de esas sucesiones sucesivas en la he -

rencia del causante originario, de modo que nada haya contra que los diversos herederos lo sean cada uno del anterior, pero no se querría por la ley que una misma persona, el causante inicial y único o fideicomitente, pudiese establecer una cadena que fuese más allá del segundo grado, de herederos *suyos*, ya que cada fideicomisario no sucede al tenedor anterior, sino al primitivo causante. De modo que siendo la razón de prohibir la sustitución más -- allá del segundo grado el hecho de que no se tolerase el establecimiento de un *ordo successivus* que lo sobrepasase, y puesto que, -- aunque falta el deber de conservar, ese *ordo* existe en el fideicomiso de residuo, concurriría en él la razón por la que se limitan las transmisiones fideicomisarias al segundo grado como máximo.

Sin embargo, lo que ocurre es que a la vista del art. 781 es indudable, sí, que la prohibición de que vayan más lejos del segundo grado alcanza a las sustituciones en que hay deber de conservar, pero eso de que el fundamento de la limitación se halle, no en la indisponibilidad, sino en considerarse inadmisibles un *ordo successivus* más dilatado de dos grados, no parece que sea cosa indiscutible y ni siquiera parece que sea más segura que la otra.

JERONIMO LOPEZ, que, como he dicho, ha estudiado con detenimiento el tema (1) más que ningún otro de nuestros autores, estima que la limitación al segundo grado alcanza al fideicomiso de residuo, pero no por razón del art. 781, sino de la legislación desvinculadora del pasado siglo. Dice, en efecto, que: "Es cierto que el Código civil no somete a límite temporal la sustitución fideicomisaria de residuo, pero la misma se encuentra limitada por

legislación desvinculadora (arts. 1 y 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820), que está vigente, porque, en lo relativo a la sustitución fideicomisaria de residuo, el Código civil como *lex posterior* no la modifica (al contrario de lo que ocurre respecto a la sustitución fideicomisaria típica, para la que se establece un -- criterio de mayor severidad, artículo 781), ni le afecta tampoco la disposición derogatoria del artículo 1976, por tratarse de materia política y no civil. La ley de 11 de octubre de 1820 determinaba: 'Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones...' (art. 1), y que 'nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna...' (art. 14) Según quedó de manifiesto durante los trabajos preparatorios de esta ley, y opinaron después unánimemente doctrina y jurisprudencia, los citados preceptos no se refieren a toda clase de fideicomisos, sino solamente a los perpetuos y fideicomisos perpetuos se entendía que eran no sólo los destinados en principio a durar hasta el fin de los siglos, sino también aquellos que se pretendía durasen un largo lapso de tiempo. Antes del Código civil se estimaba que por lo menos debían de considerarse como permitidos los fideicomisos hasta la cuarta generación, por influencia del Derecho romano (Novela 159). En la actualidad, parece que este flexible criterio, que permite la perfecta acomodación a las circunstancias para mejor cumplimiento de los fines de la ley, debe entenderse en el sentido de que la sustitución fideicomisaria de residuo será nula cuando haya sido establecida para durar un tiempo

superior al señalado en el artículo 781 para la sustitución fideicomisaria típica, una vez que haya superado este límite y su mantenimiento se revele pernicioso".

A lo que IRURZUN (2) advierte que tal postura no le parece - muy clara en lo de que "una vez que haya superado ese límite *y su mantenimiento se revele pernicioso*" (sin duda lo impreciso es lo subrayado, pues lo otro no ofrece inseguridad). Y agrega, poco más adelante (3) que: "No hay ningún parecido entre la titularidad del - fiduciario gravado con fideicomiso de residuo y el titular de bienes vinculados o amayorazgados. La aplicación de la legislación - desvinculadora no parece procedente".

En conclusión, si eso es así, y tampoco está limitado por el art. 781 al segundo grado, el fideicomiso de residuo "carece de - toda restricción o limitación temporal para su establecimiento", concluye IRURZUN.

Para la doctrina de nuestros autores sobre el tema hasta la fecha de publicación del trabajo de JERONIMO LOPEZ, remito a él. Aquí interesa sólo recoger la posterior:

La mayor parte de los que han escrito después no han tocado el extremo de la aplicabilidad o no al fideicomiso de residuo del límite del segundo grado, pero de los que sí se han ocupado de él, la verdad es que la mayoría lo consideran aplicable, aunque sin - extenderse mucho en dar razones. Así BORRELL Y SOLER (4) afirma que es lo que "parece más lógico". DE COSSIO y GULLON (5) se limitan a decir que lo creen así pues si no "pudiera burlarse el espí

ritu desvinculador de la propiedad". CASTAN (6) declara que le parece razonable la opinión en el tema de SANCHEZ ROMAN, a favor de la aplicabilidad, porque "si queda efectivamente un sobrante de la herencia se realiza ya en él la sustitución fideicomisaria". Y OSSORIO (7), para el que "Como en los casos usuales de disposiciones de *eo quod supererit*, a menos que el testador ordene expresamente otra cosa, esa autorización para disponer no debe entenderse referida más que a las enajenaciones que se realicen por actos *inter vivos*, pero no a las *mortis causa*, siempre resultan afectadas por una prohibición de disponer por acto de última voluntad, lo cual basta para justificar la limitación impuesta por el art. 781".

A favor de que la limitación no sea aplicable al fideicomiso de residuo, además de IRURZUN ya visto, se pronuncian LACRUZ (8) y ALBALADEJO (9).

Yo, por mi parte, creo que el problema debe de ser resuelto básicamente no por lo que se pensara o no al tiempo de la codificación (y se pensara lo que fuese, lo cierto es que el art. 781 sólo recoge la prohibición de que pasen del segundo grado las sustituciones en que haya deber de conservar) ni por otras razones escasamente específicas o de valor de dudosa vigencia hoy, sino principalmente a tenor de la realidad social actual (véase C.c., art. 3, n° 1), que es según la que hay que juzgar la conveniencia o utilidad de adoptar el sentido que mejor convenga de los que sean posibles.

Concretando:

Me inclino por la inexistencia del límite del segundo gra

do para los fideicomisos de residuo en que exista total libertad de disponer (en los términos que especifico después), a base de las siguientes razones (10):

1a. La ya tan repetida de que la letra del art. 781 no limita al segundo grado sino los fideicomisos con deber de conservar.

2a. Porque a falta de seguridad hay que inclinarse por la no prohibición (luego que no alcanza la de sobrepasar el segundo grado al fideicomiso de residuo), ya que las prohibiciones son de interpretación restrictiva.

3a. Porque dentro de las posibles dudas que se pueda estimar haya, la razón más segura de la prohibición no puede por menos de considerarse que sea la existencia del deber de conservar, que falta en el fideicomiso de residuo.

4a. Porque, eso presupuesto, el riesgo de sustraer imperativamente los bienes al tráfico, no se da en el fideicomiso de residuo, luego no debe alcanzarle una prohibición que lo que persigue es evitarlo.

Pero esas razones justifican la exclusión de la prohibición -- *si hay posibilidad de disponer*, luego solamente liberan de ella a los fideicomisos de residuo con libre disponibilidad de los bienes -- por el fiduciario.

Y ¿cuándo se da ese caso?

Creo que desde luego no, si el fideicomitente sólo autorizó a disponer *inter vivos* a título oneroso al fiduciario en caso de - necesidad (11) (aunque le eximiese de tener que justificarla) o - en defecto de bienes propios, y supuestos semejantes, o si aun ha biéndole dejado libertad de enajenar onerosamente, lo recibido a cambio no es consumible o disponible libremente por el fiduciario.

En todos esos casos, que por supuesto, son los más usuales - del fideicomiso de residuo (12), existe el límite del segundo grado.

Y creo que no existe si el fiduciario tiene disposición *inter vivos* plena, a su libre decisión, lo mismo a título oneroso que -- gratuito, aunque no pueda disponer *mortis causa*.

La indisponibilidad *mortis causa* que alguno (13) considera que justifica la aplicación del límite del segundo grado, pienso que no lo justifica. Me baso en la analogía del caso con el del art. 785, 2º, que prohíbe únicamente más allá del segundo grado "las - disposiciones que contengan prohibición... de enajenar" Caso que es análogo, al de la sustitución, y en el que como "prohibición - de *enajenar*" se refiere, sin duda, a "disposición *inter vivos*", quiérese decir que no importa que haya prohibición de disponer (indisponibilidad, en la sustitución o en el fideicomiso de residuo) mor*tis causa* más allá del segundo grado, con tal de que fuera de ese grado haya libertad de disponer *inter vivos* (14).

NOTAS BILIOGRAFICAS

(1) En *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, en A.D.C., 1955, págs. 743 y ss., dedicando al particular las págs. 783 y ss.

(2) Ob. cit., en *loc. cit.*, pág. 218.

(3) En la misma pág. citada.

(4) *Derecho civil español*, cit., pág. 141. Realmente no es posterior al estudio de JERONIMO LOPEZ, pero por ser casi simultáneo, éste no lo recoge.

(5) Ob. cit., pág. 180.

(6) Ob. cit., pág. 245.

(7) Ob. cit., pág. 305.

(8) En *Derecho de sucesiones*, I, pág. 424.

(9) *Manual*, cit., pág. 281 y 282.

(10) En conjunto ya recogidas por LACRUZ y ALBALADEJO, *loc. cit.* en las notas anteriores.

(11) Entonces, como se sigue de lo que dice JERONIMO LOPEZ (Ob. cit., en *loc. cit.* pág. 788, nota 155) cabría basar la limitación del segundo grado en apreciar que hay un fideicomiso con obligación de conservar, por lo que, en principio, le corresponden sus reglas; y que sólo hay dispensa de tal obligación si se da un hecho que la condiciona : el de que el fiduciario tenga necesidad; luego sólo entonces pasaría el fideicomiso a ser de residuo. Sería erróneo pensar que a base de tal argumento se puede mantener que aun para quienes creen que el fideicomiso de residuo es condicional, bajo la condición de que queden bienes, habría de ser incondicional (por no ser de residuo, sino una sustitución con deber de conservar) aquél en que el fideicomitente permita enajenar al fiduciario sólo en caso de necesidad.

El error de tal tesis sería no ver que el que queden bienes condi -

cionaría tanto el fideicomiso de residuo con libertad de disposición como al con poder de disponer sólo si se necesita, porque en uno y en otro es igualmente inseguro que queden bienes.

(12) Con lo que el problema de los sin el tope del segundo grado queda absolutamente de laboratorio por dos razones: una por ésta de que los fideicomisos de residuo de más frecuente establecimiento no lo son de libre disponibilidad del fiduciario; otra, por la que ya sabemos de que actualmente tampoco se suelen disponer más allá del primer grado.

(13) Así OSSORIO, ob. cit., pág. 305.

(14) Ver ALBALADEJO, *Manual*, págs. 281 y 282, y también LACRUZ, ob. cit., pág. 424.

CAPITULO V

SI EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ENGLOBA LA SUSTITUCION VULGAR.

S U M A R I O

I. PLANTEAMIENTO.- II. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL ENGLOBA A LA VULGAR.- III. RAZONES EN PRO DE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ENGLOBE LA SUSTITUCIÓN VULGAR.- IV. LAS RAZONES DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ENGLOBA LA SUSTITUCIÓN VULGAR.- V. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ENGLOBA LA SUSTITUCIÓN VULGAR.- VI. LAS VERDADERAS RAZONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. VII. CONCLUSIÓN.

I

PLANTEAMIENTO.

El tema de si el fideicomiso de residuo engloba la sustitución vulgar, de modo que cuando no suceda al fideicomitente el fiduciario, le suceda directamente el fideicomisario, es un tema -- que, según nuestro Tribunal Supremo, debe de resolverse diciendo que no la engloba, y que, por tanto, faltando a heredar el fiduciario, la herencia fideicomitida irá a los herederos intestados del fideicomitente.

Conclusión que a simple vista y con sólo pensar lo que normalmente querrá el fideicomitente, ya se comprende que debe de rechazarse, pues, salvo que conste otra voluntad del difunto ¿cómo es posible que se entienda que quien nombró a un heredero preferente, el fiduciario, pero nombró también otro subordinándolo a aquél, si falta el preferente no va a querer que su heredero sea el subordinado, sino que ya no quiere a heredero ninguno, y que, por tanto, la sucesión corresponde al intestado?. Creer tal cosa choca con la más mínima observación de la realidad, porque, si, - por ejemplo, un testador tiene un hermano vivo con el que se lleva mal, y sobrinos de otro premuerto con los que conserva cordia-

les relaciones, y nombra fiduciaria a su esposa con facultad de disponer, y fideicomisarios de residuo a sus sobrinos, y omite -- por completo a su hermano vivo ¿cómo va a ser razonable que si la esposa le premuere no sea toda la herencia para los sobrinos que instituyó, sino que sólo tomen como herederos intestados la mitad, en representación de su padre difunto, y la otra mitad sea, tam -- bién como heredero intestado, para el hermano vivo, al que el difunto claramente mostró su voluntad de excluir de su sucesión al no nombrarlo en su testamento?.

Sin embargo, según nuestro Tribunal Supremo, eso debe de ser así en virtud de un curioso razonamiento, al que ya me referí con anterioridad (1), y sobre el que volveré después.

Por mi parte en este capítulo pretendo demostrar por qué no debe de serlo, y exponer las causas de que deriva la errónea te - sis del Tribunal Supremo, y señalar cómo el caso no debe de tener tratamiento distinto a si en vez de un fideicomiso de residuo, se tratase de una sustitución fideicomisaria normal con deber de con - servar, caso en el cual, premuriendo el fiduciario al fideicomi - tente, o, en general, no heredándole, debe de ser llamado a la he - rencia el fideicomisario.

II

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL ENGLOBALA LA VULGAR.

Que la sustitución fideicomisaria normal *encierra* o *engloba* o ~~---~~ *comprende* la vulgar es opinión, no ya absolutamente razonable y se gura, sino adoptada por todos los Derechos españoles, por los extranjeros que pueden importarnos, por nuestra doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Lo dicen los artículos 155, 3º, de la Compilación de Cataluña, y 26 de la de Baleares, y la ley 226, 1º de la de Navarra. En efecto, según el primero, "Las sustituciones pupilar y *fideicomisaria* implican siempre la vulgar tácita". Y según el segundo, "La sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar". Y según la tercera, "Toda sustitución fideicomisaria valdrá como sustitución vulgar a favor del fideicomisario cuando el fiduciario no llegue a adquirir los bienes.

Lo dicen también expresamente Códigos extranjeros como el ~~---~~ alemán, art. 2102, 1º, "La institución como postheredero *encierra*, en la duda, también la institución como heredero sustituto", el italiano de 1942, art. 696, 4º, "Si el sustituto premuere al testa

dor o es indigno o repudia la herencia se defiere al sustituto -- [fideicomisario], con efecto desde el momento de la muerte del -- testador", el portugués de 1966, art. 2293, 3º, "No pudiendo o no queriendo el fiduciario aceptar la herencia la sustitución, en si lencio del testamento, se convierte de fideicomisaria en directa, dándose la delación de la herencia a favor del fideicomisario, -- con efecto desde la muerte del testador" y el austríaco, art. 608, "La sustitución fideicomisaria comprende tácitamente la vulgar".

En cuanto a nuestra doctrina para el Código civil, aunque és te calla, es prácticamente unánime a favor de que la sustitución fideicomisaria engloba la vulgar.

Por último, la jurisprudencia ha dicho en sentencia de 13 de noviembre de 1948 que "ante el evento de premoriencia del fiducia rio, que es el contemplado concretamene en estos autos, puede entenderse, frente al aforismo 'sin institución no hay sustitución', que el llamado en segundo lugar en la sustitución fideicomisaria adquiere la herencia a la muerte del testador, porque en ese mo - mento su derecho quedó perfeccionado *cual si hubiera sido llamado por... sustitución vulgar...*" (considerando 3º).

Si bien antes, en la sentencia de 13 de febrero de 1943, por supuesto sin que fuera fundamento del fallo (como, por otro lado tampoco lo eran las afirmaciones de la sentencia de 1948), había dicho que "de todos modos ni la doctrina científica ni la juris - prudencia de esta Sala patrocinan de una manera general y decidida, la solución de que en la sustitución fideicomisaria, cuando -

el testador no haya empleado una fórmula de las llamadas compen - diosas, se debe considerar sobreentendida la sustitución vulgar, con la consecuencia que ello supondría, de atribuir la herencia - al segundo llamado, si el primero, por premoriencia, incapacidad o renuncia, no hubiese podido adquirirla" (considerando penúltimo).

Sentencia, ésta, de la que hay que decir, no ya que el pasa - je sobre si la sustitución fideicomisaria engloba la vulgar no es fundamento del fallo, sino que: 1° es equivocado y puramente gra - tuito el juicio sobre que la doctrina científica no patrocina la tesis de que sí la engloba (pues, hemos visto en la anterior nota 2 lo contrario); 2°, que tampoco el Tribunal Supremo afirma, en definitiva, que no la englobe; 3° que la explicación real del pasa - je es la de que la sentencia niega que el fideicomiso de residuo englobe la sustitución vulgar y como debió parecer demasiado cho - cante mantener esa tesis si es que se mantenía la otra para el ca - so del fideicomiso normal, como una especie de excusa se dijo lo de que "ni la doctrina científica ni la jurisprudencia de esta Sa - la patrocinan de una manera general y decidida" la solución de -- que la sustitución fideicomisaria normal englobe la vulgar.

Así, pues, la conclusión de este apartado es que la sustitu - ción fideicomisaria normal (con deber de conservar) sí engloba la vulgar, y que lo razonable es que la englobe.

Y no me preocupa, porque ello no tiene trascendencia, al me - nos a los efectos que ahora importan, que tal *englobamiento* se *cons - truya* de una u otra forma. Unos entienden que se está ante una --

conversión de negocio, la sustitución fideicomisaria, pasa a ser -- vulgar; otros piensan que es que se revela la voluntad del testador de que en vez de suceder el sustituto como fideicomisario, suceda como vulgar. En definitiva, una u otra cosa son sustancial -mente lo mismo, porque lo que ocurre es que hay una razonable presunción de que el difunto quiso que si el fiduciario le premorfa, el nombrado fideicomisario, le sucediese, a él directamente.

Yo, en tema de que la sustitución fideicomisaria englobe la vulgar, pienso que lo que verdaderamente hay -racionalizando el - asunto, con independencia de otras construcciones históricas efectivas o posibles- es que de por sí la sustitución fideicomisaria no es querer un heredero para después de otro, sino un heredero, el fideicomisario, *subordinado* a otro, el fiduciario, de modo que - si éste sucede, *después de él* se quiere al otro, pero que si no sucede, se quiere al otro *en vez de él*. La preferencia a favor d el - primero lleva a llamarle antes que al segundo, pero como si el -- preferido falla, se quiere, antes que a cualquier otra persona, - al subordinado, la lógica pide que se dé la herencia a éste cuando el preferido no la toma, o si la toma, después de él.

En conclusión, no es que la sustitución fideicomisaria englobe o encierre o implique la vulgar, sino que es algo que por su - propia naturaleza, que es más amplia que la sola sustitución vulgar aislada, comprende el caso (el solo caso que la vulgar encierra, un heredero si no hereda otro), y, además, el otro caso (a que no alcanza la vulgar), el de que el sustituto herede también después de que haya sido heredero el instituido.

III

RAZONES EN PRO DE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ENGLOBE LA SUSTITUCIÓN VULGAR.

Las razones a favor de que la sustitución fideicomisaria englobe la vulgar son las mismas, sea la sustitución fideicomisaria normal, o sea fideicomiso de residuo.

Y demostrado que la sustitución fideicomisaria normal engloba la vulgar, hay que concluir que también debe de englobarla el fideicomiso de residuo, que no es sino una sustitución fideicomisaria en la que su variante, la falta de deber de conservar, no afecta al extremo de que englobe la vulgar, pues siendo iguales -la normal y la de residuo- en querer a un heredero preferentemente a otro, la diferencia de que en una se quiera para éste toda la herencia, y en la otra, sólo lo que reste por no haber dispuesto de ello el fiduciario, no influye en que en ambos casos se quiera *si el fiduciario falta o después de que haya sido heredero, como heredero en puesto de él o después de él* al fideicomisario, en la sustitución fideicomisaria normal, en toda la herencia, y en la de residuo, en el residuo.

¿Cómo va a ser lógico que el hecho de que el testador haya - conferido al fiduciario facultad de disponer, influya en algo tan decisivo, pero tan sin conexión con esas facultades, como en que si el fiduciario premuere al causante (o es indigno o repudia, etc) en vez de ir los bienes al fideicomisario, como irían en la sustitución normal, vayan a ir a los herederos intestados, como irían en la de residuo, si no engloba la vulgar?.

O aun dicho de otra manera: ¿Cómo es posible que una ampliación de facultades del fiduciario (que es un tercero respecto al fideicomisario y a los herederos intestados del difunto) que es - punto que se restringe a la relación entre testador y fiduciario, vaya a ser decisivo en orden a las personas que están al margen - de esas facultades?(3).

O hasta dicho de una tercera forma: ¿Cómo puede decirse que el querer más facultades (otorgarle la de disponer) para el fiduciario, revela un cambio de voluntad del causante respecto al caso de que le hubiese conferido menos (habiéndole impuesto obligación de conservar), cambio que consiste en que en este caso quiere que si el fiduciario no herede, hereda en su lugar el fideicomisario, y en aquel caso no, de forma que la herencia quede para los herederos intestados?.

IV

LAS RAZONES DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ENGLOBA LA SUSTITUCIÓN VULGAR.

Pues bien, a pesar de todas esas innegables razones que de -
muestran que el trato, en cuanto a que ambas engloben la vulgar,
debe de ser el mismo para la sustitución fideicomisaria normal --
que para el fideicomiso de residuo, nuestro Tribunal Supremo, vie
ne decidiendo, contra toda lógica, que el fideicomiso de residuo,
a diferencia de la sustitución fideicomisaria normal, no engloba
la sustitución vulgar.

Y se apoyó para ello en el sedicente carácter condicional --
del fideicomiso de residuo, argumentando que al ser condicional -
(aunque ya he demostrado en el capítulo II que ni realmente lo es,
y que ni siquiera la jurisprudencia mantiene *de verdad* que lo sea),
el llamamiento del fideicomisario pende de que queden bienes al -
morir el fiduciario, para lo cual es necesario que éste herede an
tes (ya que si no, no tiene la oportunidad de disponer de los bie
nes y, por lo tanto no puede darse el hecho de que a su muerte --
puedan quedar), de modo que no heredando antes el fiduciario, no

resulta llamado el fideicomisario (cuando queden bienes a la muerte de aquél). Lo que significa que es metafísicamente imposible - que el fideicomisario de residuo sea llamado *en vez* del fiduciario, si este premuere al causante, ya que entonces heredaría sin que - hubiese heredado antes aquél. Y como ésto no puede ser, queda excluído que el fideicomisario pueda ser sustituto vulgar del fiduciario.

Esa es la argumentación del Tribunal Supremo, o, más bien el desarrollo de las ideas en que basa su posición, ideas que no expone con tanto detalle, pero que están, por lo menos, implícitas - en lo que dice.

Contra tales razones lo primero que se ocurre decir es que, como ya apunté(4), si el fiduciario no hereda, y así no dispone de nada, *todo* es residuo porque *queda todo*, y todo debe corresponder - al fideicomisario (*convertido* en sustituto vulgar) porque el cau - sante quiso para él *todo* lo que quedase. Es decir, no quiso que - tomase sólo lo que restase después de haber podido disponer el fi - duciario (para lo que hacía falta que heredase), sino que quiso - que tomase lo no dispuesto, bien por, aun habiendo heredado el fi - duciario, no haber dispuesto de todo, o bien por no haber dispuesto porque no pudo porque no heredó.

El error del Supremo está en no ver que para el testador no sólo no es imprescindible que herede el fiduciario antes que el - fideicomisario, sino que si no existiese la persona que nombra fi - duciaria (así su cónyuge) nombraría directamente heredero primero

y único al fideicomiso (así su sobrino). Y que tampoco el testa -
dor es que desea que sólo tome el fideicomisario el residuo que -
quede después de que el fiduciario haya podido disponer de los --
bienes, sino que pone al fideicomisario en el riesgo de que el fi
ducionario disponga (porque quiere dejar a éste esa oportunidad ---
-así a su cónyuge, por si necesita más medios-), pero sin que el -
que no pueda llegar a disponer porque no hereda previamente, afec
te lo más mínimo a su voluntad de que le suceda el fideicomisario,
luego es absurdo pensar que no le quiere por heredero (con la con
secuencia de que hereden los intestados) si el fiduciario no here
da previamente.

Y perdóneseme que insista -por la innegabilidad de lo que --
sostengo- en, con la misma idea de fondo, resaltar más matices --
del asunto.

¿Cómo se puede excluir de heredar al fideicomisario porque -
le toque la herencia intacta porque no haya tenido oportunidad de
tocarla el fiduciario?.

¿No se ve que la voluntad del causante sería la de dejar la
herencia entera al fideicomisario, si no fuese porque quiere de -
jar al fiduciario que pueda disponer?. Luego si no dispone porque
no hereda, la voluntad del causante es que la herencia entera sea
para el fideicomisario. Lo que es que suceda *en vez* (hecho sustitú
to vulgar) del fiduciario.

Todo ello es así porque el difunto quiso un heredero prefe -
rente, y, faltando, desde que muera después de ser heredero, o --

sin haber llegado a serlo, quiere al fideicomisario como sucesor.
¿Cómo va a poder decirse que en este segundo caso habría preferido antes que al fideicomisario, a los herederos intestados?.

V

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE QUE EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ENGLOBA LA SUSTITUCIÓN VULGAR.

Varias han sido las sentencias en que el Tribunal Supremo ha mantenido, al menos verbalmente, tan sorprendente teoría: las de

13 de febrero de 1943.

28 de junio de 1947.

13 de noviembre de 1948.

21 de noviembre de 1955.

5 de octubre de 1970.

23 de abril de 1975.

En la de 13 de febrero de 1943 lo que sirve para rechazar el recurso de casación no es sino el argumento de que el recurrente no demostró ser equivocada la interpretación dada por la sentencia recurrida a la voluntad del testador, sentencia según la que (considerando 3º) se "establece como único supuesto previsto para el llamamiento de la Institución de San Vicente de Paul, o, en su defecto, de los pobres de la provincia de Jaén, al de que queda sen bienes de la herencia del testador a la muerte de la heredera doña Encarnación V., después de haberse ejercido por ésta el dere

cho de libre disposición con respecto a los mismos"; y siendo así que la nombrada heredera fiduciaria premurió al testador "quedó ineficaz [considerando 1º] el referido testamento y con él la disposición en favor de los pobres, al hacerse imposible, por la pre moriencia de la heredera, la realidad del supuesto único que tuvo en cuenta el testador en el legado de residuo que estableció".

Lo que, dicho en otros términos, es -como ya señalé antes -- (5)- afirmar que la herencia no corresponde al fideicomisario de residuo, porque para que pueda haber residuo es preciso que antes herede la fiduciaria y que muera sin haber dispuesto de todos los bienes, ya que si no llega a heredar porque premuere al testador, no hay posibilidad de que pueda disponer de los bienes, ni, por -- tanto, de que pueda quedar residuo, si no dispone de todos.

En la sentencia de 28 de junio de 1947 se dice (considerando penúltimo) que: "... el carácter condicional que la jurispruden - cia viene asignando a esta singular especie de sustitución [al fi deicomiso de residuo] obliga a mantener en lo esencial, el crite - rio que es base de la sentencia impugnada, ya que la eficacia de tal institución precisa que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer instituído, para que, en el caso de que al morir éste no hubiese dispuesto de la totalidad, pueda adquirir - el resto el llamado en segundo término."

En la sentencia de 13 de noviembre de 1948 se afirma (consi - derando penúltimo) que en caso de premoriencia del fiduciario al fideicomitente, el fideicomisario de residuo nada adquiere (es de

cir, no hereda en vez del fiduciario) porque "no consolida su derecho hasta que muere el fiduciario sin haber dispuesto de la totalidad de los bienes, aunque sea causa remota del derecho la --- muerte del testador, nada adquiere por no haber podido entrar en juego la facultad de disposición por el fiduciario, que es requisito esencial para la existencia jurídica del residuo".

En la sentencia de 21 de noviembre de 1955 se asegura (considerando 4°) que "la cláusula de residuo precisa para su eficacia que los bienes hereditarios *entren en el patrimonio del primer instituido* y que al morir este no hubiese dispuesto de la totalidad".

En la sentencia de 5 de octubre de 1970 se sostiene (considerando 4°) que en el caso de que el fiduciario premuera al fideicomitente no puede "producirse la transmisión hereditaria entre ambos [es decir, heredar el fiduciario al fideicomitente] y por ende, tampoco puede tener aplicación la cláusula fideicomisaria, -- porque la esposa premuerta, que nada recibió, nada puede transmitir, y el llamado fideicomiso de residuo o disposición "*eo quod supererit*" no puede tener lugar".

En la sentencia de 23 de abril de 1975 se rechazaron dos motivos del recurso de casación, a base de argumentos basados en excluir que el fideicomiso de residuo englobe la sustitución vulgar debido a la condicionalidad que le da el hecho de que para que herede el fideicomisario, tenga antes que heredar el fiduciario y - luego morir dejando algunos de los bienes fideicomitidos.

Por tal razón fueron rechazados los motivos primero y segun-

do del recurso.

Aquel, en el que "se aduce violación del art. 774 [que regula la sustitución vulgar] en relación con el 675, ambos del Código civil, no puede prosperar puesto que parte de la premisa equivocada de pretender aplicar a un simple legado de residuo (como tal es calificado por la Sala *a quo*) las disposiciones referentes a la sustitución vulgar, cuando además el propio recurrente estima que la cláusula cuarta del testamento establece una sustitución fideicomisaria". (Considerando 1°).

El motivo segundo es rechazado en el considerando 2° con la siguiente argumentación: "Que la misma suerte desestimatoria lleva aparejada el motivo segundo en que se denuncia por el mismo --cauce del anterior la aplicación indebida de las sentencias de esta Sala de 13 de febrero de 1943 y 28 de junio de 1947, porque ambas sentencias contemplan la institución de legado de residuo o *eo quod supererit* interpretando la misma y estableciendo la interpretación correcta de las disposiciones legales a la misma institución referentes sin que por tanto resulten, como establece el recurrente, incompatibles con los arts. 774 y 781 del C.c. inaplicables a tal disposición testamentaria".

Con la cual argumentación se sostiene que la acertada es la tesis de las sentencias de 1943 y de 1947 de que premuriendo el fiduciario al fideicomitente, a éste no le sucede el fideicomisario *como sustituto vulgar* del fiduciario.

VI

LAS VERDADERAS RAZONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,

Mas, como por mucho que el Tribunal Supremo diga que la razón de rechazar que el fideicomiso de residuo englobe la sustitución vulgar, es esa que aduce, no se puede por menos, a la vista de los argumentos que ya expuse, de considerar que no puede serlo, porque sería una *razón* absolutamente *irrazonable*, hay que buscar - si es que son otras las verdaderas razones que, en cada caso la - suya, indujeron al Tribunal Supremo a rechazar que sucediere el - fideicomisario de residuo directamente -como sustituto vulgar- al fideicomitente, razones *de verdad*, que subyacerían bajo esa otra increíble *razón oficial*, que quizás se dio porque, a primera vista, pudo el Tribunal Supremo creer que justificaba sus resoluciones y ahorra de dar las verdaderas, que quizás estimó que eran más -- largas de exponer. Se trataría, si eso fuese así, de algo como -- "abreviemos de razones".

Y esas otras *verdaderas* razones, las hay, en efecto, en los - casos de dos sentencias. No siempre son la misma, pero en cada ca so hay una súficiente.

Esas razones son:

En el caso de la sentencia de 13 de febrero de 1943, el he -
cho de que el fideicomitente después de que muriese su esposa, a
la que había instituido fiduciaria, adoptó un hijo al que en la
escritura de adopción se obligó a instituir heredero, cosa que --
luego no hizo. Y entonces, si se hubiese admitido que el fideico-
misario nombrado recibiese la herencia en vez (como sustituto vul-
gar) de la fiduciaria, los bienes hereditarios habrían sido para
el fideicomisario, y no para el hijo adoptivo. Lo que, puesto que
éste debía heredar (no voy a entrar ahora en el tema del fundamen-
to de ese derecho a heredar de la persona a quien el adoptante se
obliga a que herede), habría burlado tal derecho hereditario.

Tampoco en el caso de la sentencia de 28 de junio de 1947, -
la verdadera razón de la sentencia es la de que el fideicomisario
de residuo no tenga derecho si premuere el fiduciario al testador,
a suceder a éste como sustituto vulgar, sino que se trataba de --
que había habido dos fideicomisos de residuo distintos, dispues-
tos por dos testadores (un testador y una testadora), y lo que di-
ce la sentencia de que el segundo fideicomisario de residuo (un -
asilo) no es sustituto vulgar de la segunda fiduciaria (una hija
del primer fideicomitente, hermana de la segunda fideicomitente -
nombrada heredera fiduciaria por ésta), se dice verdaderamente, -
no porque no lo sea, sino porque, aun siéndolo, no le correspon-
den por sustitución vulgar de la fiduciaria del segundo fideicomi-
so, los bienes fideicomitidos por el primer fideicomitente, sino
que dichos bienes pertenecen a la fideicomisaria del primer fidei-
comiso.

En efecto, el primer testador -como ya expuse (6)- había nombrado fiduciarias a sus dos hijas y fideicomisaria de residuo de lo que quedase de su herencia a la muerte de ambas, a una sobrina o a sus hijos si hubiere fallecido, y uno de estos hijos, que era fideicomisario por haber premuerto a las fiduciarias su madre la fideicomisaria primeramente llamada, pidió, y se le concedió, como realmente procedía, la parte que le correspondía en los bienes fideicomitidos que quedaron a la muerte de la segunda de las hijas del primer fideicomitente.

En definitiva, en esta sentencia, la confusión del Tribunal Supremo procede -insisto- de que hay dos fideicomisos, y se quiere impedir que el fideicomisario del segundo tome los bienes que corresponden al fideicomisario del primero. Pero para razonar su falta de derecho a ellos, no viene a cuento mezclar el tema de -- que el fideicomisario de residuo no es sustituto vulgar del fiduciario que premuere al fideicomitente, sino que se debería haber dicho simplemente que los bienes fideicomitidos en el primer fideicomiso pertenecen al fideicomisario de él, y no al fideicomisario del segundo fideicomiso (7).

Por último, en el caso de la sentencia de 21 de noviembre de 1955, la afirmación de que el sustituto fideicomisario de residuo, no puede recibir la herencia directamente del causante como sustituto vulgar del fiduciario, porque "la cláusula de residuo precisa para su eficacia que los bienes hereditarios *entren en el patrimonio del primer instituido...*", es afirmación que pudo haberse ahorrado perfectamente, pues ni en el pleito se discutió nada que la hi

ciere necesaria ni el fallo del Tribunal Supremo la requiere en absoluto, ya que lo que decide es otro tema (8).

A diferencia de esas tres sentencias que realmente -según lo dicho- no constituyen jurisprudencia a favor de que el fideicomiso de residuo no englobe la sustitución vulgar, las otras tres, -sí la constituyen. En efecto:

En la de 13 de noviembre de 1948 se denegó que habiendo premuerto la fiduciaria al testador los bienes fuesen a los fideicomisarios de residuo nombrados a aquélla porque "los términos literales del testamento en debate son claros en el sentido de que el testador sólo ha previsto el suceso liso y llano, de que el primer llamado disfrutase y pudiese disponer de los bienes hereditarios, llamando sucesivamente a la propiedad de los que quedasen - al fallecimiento sin descendientes del instituído a tres sobrinos suyos, pero no hay ningún otro elemento de juicio [!!!] que permita vislumbrar la voluntad del causante en el supuesto no previsto de que el primer llamado le premuriese, y ante esta falta de declaración de voluntad, que es de presumir pudo manifestarse o ser suplida después de la muerte del fiduciario, no hay posibilidad de interpretar el testamento, literal, lógica ni sistemáticamente, en el sentido de que se ha querido dar a la cláusula de residuo la significación y alcance de la sustitución vulgar por premoriencia del fiduciario." (Considerando último).

En la de 5 de octubre de 1970, en la que de nuevo se niega - que la sustitución fideicomisaria de residuo englobe la vulgar y

que por tanto premuriendo la fiduciaria al testador herede a éste directamente el fideicomisario, porque (considerando 4°): 1° la fiduciaria "que nada recibió [ya que premurió al causante] nada puede transmitir" [al fideicomisario, ¡como si éste recibiese la herencia de la fiduciaria, y no del testador, que es de quien hereda!]. 2° "... si el marido consciente del fallecimiento de su esposa hubiese querido variar su disposición testamentaria podía haberlo otorgando nuevo testamento, en vista de ese óbito sobre cuya consecuencia nada había previsto, y sin que puedan causar tampoco extrañeza las variaciones que en el orden sucesorio se producen por la muerte y por el instante en que ésta ocurra" [se refiere al absurdo cambio de que por ocurrir antes la muerte de la instituída, pase la herencia a los herederos intestados, contra la segura voluntad por lo menos implícita de que el puesto de la instituída lo ocupe entonces como sustituto vulgar el fideicomisario].

En la de 23 de abril de 1975 (9), por último, en la que los hermanos del testador no instituídos por éste, con lo que claramente se ve su voluntad de excluírles de la herencia, fueron declarados sus herederos y privada de los bienes la sobrina política del difunto a quien el mismo le había dejado lo que de su herencia quedase a la muerte de su esposa, que le premurió a él.

Y los argumentos que el Tribunal Supremo ofrece para tan pasmosa manera de dar cumplimiento a la voluntad del causante, son los de que el recurrente, la sobrina malparada, "parte de la premisa equivocada de pretender aplicar a un simple legado de resi -

duo (como tal es calificado por la Sala "a quo") las disposiciones referentes a la sustitución vulgar, cuando además el propio recurrente estima que la cláusula testamentaria establece una sustitución fideicomisaria" (considerando 2°), y de que el artículo 774 del Código es inaplicable a tal disposición testamentaria (considerando 2° *in fine*) .

Todo lo cual acredita que la mente de la sentencia es que el recurrente intenta que le sea aplicado a la sustitución fideicomisaria de residuo un precepto que no es para ella, sino para otra sustitución, la vulgar, a lo cual, por supuesto, han de oponerse los Tribunales, sin percatarse realmente de que el razonamiento - es el de que englobando la sustitución fideicomisaria la voluntad del disponente de que el fideicomisario le suceda a él en defecto del fiduciario, corresponde que tome la herencia o después de éste o en vez de éste, caso al que hay que aplicar lo que el Código dispone para la sustitución vulgar.

Concluyendo, que la jurisprudencia primera que dijo, de una forma puramente literal, y sin ser razón ni que constituya fundamento del fallo ni refleje su verdadera idea, que el fideicomiso de residuo no engloba la sustitución vulgar, ha equivocado a la otra jurisprudencia posterior que, por seguir la literalidad de - aquélla, sí ha aplicado, para resolver el pleito, la errónea idea de que no la engloba. Lo cual es lamentable.

VII

CONCLUSION.

Con todo lo anterior que creo haber demostrado, de la sinrazón de que el fideicomiso de residuo no englobe la situación vulgar, de las verdaderas razones para que en parte de los casos juzgados no debiese suceder el fideicomisario en vez del fiduciario, y de -lo ya justificado en el Captítulo II- que el fideicomiso de residuo no es una sustitución condicional de por sí, me parece que queda claro que no se puede seguir defendiendo la tesis de que -- el fideicomiso de residuo no englobe la sustitución vulgar porque para que resulte llamado el fideicomisario sea preciso que se cumpla la *condición* de que el fiduciario herede antes que el fideicomisario y deje a su muerte bienes fideicomitidos.

Y ni siquiera aunque el fideicomiso de residuo que sea se ha ya establecido bajo la verdadera condición de que el fideicomisario sobreviva al fiduciario impedirá esa condicionalidad que premuriendo el fiduciario al testador, tome la herencia el fideicomisario (como sustituto vulgar) directamente del causante, porque el que se quiera como condición la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, siempre que tal sobrevivencia se dé, no justifica

que se excluya de la herencia al fideicomisario por el hecho (que es otro distinto y que no tiene nada que ver con aquella sobrevivencia) de que el fiduciario premuera al testador.

En definitiva, que el fideicomiso de residuo, como una sustitución fideicomisaria más que es, engloba la sustitución vulgar, y no sólo para caso de premoriencia del fiduciario al causante, - sino también para cualquier otro, como de repudiación, etc.

Y al ser una sustitución fideicomisaria el fideicomiso de residuo, para entender que un Derecho dice que engloba la vulgar, - basta que tal Derecho diga (10) que la engloba la sustitución fideicomisaria.

Con eso bastaría, pero incluso los hay que además de asegurar que la engloba ésta, afirman también explícitamente que la engloba el fideicomiso de residuo. Caso que es el de la Compilación de Cataluña que dispone que la engloba la sustitución fideicomisaria - en general (art. 155, 3º), el fideicomiso de residuo en particular (art. 210, 3º), y hasta la sustitución preventiva de residuo (art. 216, 3º).

También muchos autores no se conforman con decir que la sustitución fideicomisaria engloba la vulgar, sino que hacen para el fideicomiso de residuo, la afirmación específica de que la engloba asimismo (11) (12).

Lo cual, para mí, es indudable porque -y con esto concluyo, insistiendo por última vez en lo que he mantenido- el razonamiento, hecho en alguna sentencia, de que si el testador que sólo dijo que

dejaba la herencia al fideicomisario de residuo después de heredar el fiduciario, hubiese querido que le heredase también en defecto del fiduciario, lo habría dicho, o, habría, de haberlo querido, modificado su testamento al saber que el fiduciario le premurió a él, es absolutamente falso, ya que si sólo dijo que heredase el fideicomisario de residuo después que el fiduciario y no también *en su defecto*, fue (salvo que se pruebe otra voluntad), sin duda no porque no quisiese que le heredase también si no le sucedía el fiduciario, sino porque únicamente tuvo presente el caso de que primero le heredase dicho fiduciario. Pero, lógicamente, su voluntad -presumible, con toda seguridad, es la de que también el fideicomisario de residuo le herede si el fiduciario falla. Porque ¿quién se atrevería a mantener la indefendible tesis de que el marido y padre que deja a su esposa unas joyas familiares femeninas, y ordena que, si ella no ha dispuesto en vida de las mismas, sean para la hija común, lo que desea es que la hija las reciba únicamente si la madre las hereda del padre antes, y no también si es que la madre no las llega a tomar por premorir al padre y marido?

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

(1) Capítulo II, ap. III, núm. 2, sub. B) g).

(2) DE BUEN, en el *Curso* de COLIN y CAPITANT, VIII, 1a ed., Madrid, 1928, pág. 309. DE COSSIO y GULLON, en *CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones*, cit. pág. -- 175, DIEZ PASTOR, *Las disposiciones*, cit. pág. 562. DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*, cit., pág. 594. IRURZUN, ob. cit., pág. 197. GONZALEZ PALOMINO, *Enajenación*, pág. 901, PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 596. OSSORIO, *Manual*, cit., pág. 295 y ss., VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos a término*. cit. págs. 835 y ss.. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., pág. 411, 412 y 413. ROCA SASTRE, en KIPP, pág. 459. LOPEZ LOPEZ, *Notas*, págs. 18 y 14, nota 20. ALBALADEJO, *Sustituciones hereditarias*, pág. 106, y *Las sustituciones fideicomisarias*, cit., en *loc. cit.*, pág. 533 y ss., SCAEVOLA, *Código civil*, XIII, 5a. ed., Madrid 1944, pág. 726. TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, en R.D.P., 1927, pág. 422, -- cree que la fideicomisaria no encierra la vulgar, pero que de todos modos, en defecto del fiduciario sucede el fideicomisario.

(3) El fideicomisario queda al margen en el sentido en que hablo, aunque resulte afectado por las facultades del fiduciario en otro sentido, en el de -- que puede mermar, disponiendo de ellos, los bienes que, si no, recibiría. Pero -- ese afectarle las facultades de disposición del fiduciario, es un afectarle -- distinto del que aquí importa.

(4) Capítulo II, ap. III, núm. 2, sub B) g).

(5) Capítulo II, ap. III, núm. 2, sub B) g).

(6) *Supra*, Cap. II, ap. III, núm 2 sub B) h).

(7) Todo eso es lo que a mi propósito basta, y no entro en otros temas que, o por no discutidos oportunamente en el pleito, o por otras razones, tengan la relevancia que tengan, no vienen aquí al caso, por ejemplo, en el de -- que el primer fideicomitente que murió bajo el Derecho anterior al Código ci -- vil, al gravar de fideicomiso de residuo a sus hijas hubiese violado sus legítimas.

(8) Véase cuál es *supra*, Cap. II, ap. III, núm. 2, sub B) m).

(9) Que, por cierto, no he logrado encontrar publicada en la Colección legislativa, (ni, desde luego en su fecha, ni en las de días, meses o años de posible confusión), y que, por tanto, he debido examinar en el Aranzadi y reseñas jurisprudenciales de las Revistas Jurídicas.

(10) Como hacen los citados *supra*, ap. II.

(11) Así LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., pág. 424; PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, ob. cit., pág. 639; PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 574 y 575, que dice: "Si es natural, como hemos visto, que la sustitución incluya a la vulgar, será igualmente natural que el fideicomisario que hubiese tenido derecho incondicionado al residuo, sea sustituto vulgar del heredero fiduciario. Si el testador ha tenido en cuenta a dos personas, el heredero fiduciario facultado para disponer y el sustituto fideicomisario con derecho incondicional al residuo -- que pueda quedar, es natural pensar que, a falta del primero, el testador hubiese querido como heredero directo al segundo, en lugar de una tercera persona (heredero intestado) en la que no pensó para nada".

Y lo mismo ALBALADEJO, que dice que (*Las sustituciones fideicomisarias*, etc., en *loc. cit.*, pág. 535): "No se ve que pueda argumentarse, como hace el T.S., que la condición no se cumple si no hereda el fiduciario; porque entonces al no haber podido disponer, no hay residuo; cuando el argumento correcto sería el de que tantos y más seguros bienes quedan al fideicomisario de residuo (y así se cumple la condición) si ni siquiera llega a ser heredero el fiduciario, porque si llegando a serlo, pudo disponer de todos los bienes y no quedar así residuo alguno, no llegando a serlo queda de residuo toda la herencia fideicomitida, y como el fideicomisario sobrevive al causante y al cumplimiento de la condición de que quede residuo (porque es el fiduciario quien preme al testador) adquiere su derecho aunque hubiese sido cierto (que no lo es) que fuese un derecho sometido a condición."

(12) Aunque se discuta si también la engloba la sustitución fideicomisaria normal o de residuo nula. Cfr. TUMIATI, *L'art. 692 C.c. ed il cosiddetto fedecomesso "de residuo"*, en *Giustizia civile*, 1954, pág. 2427 y ss, y FURNO, *Fedecomesso e c.d. sostituzione volgare implicita*, en *R.T.D.P.C.*, 1956, pág. -- 1173 y ss.

CONCLUSIONES

Muy brevemente quiero resumir las conclusiones de este estudio, diciendo que el fideicomiso de residuo:

1°.- Aparece contemplado en el art. 783, 2°, *in fine* del Código Civil.

2°.- Es una sustitución fideicomisaria.

3°.- Es una sustitución, de por sí, no condicional.

4°.- Que sea una sustitución condicional, sólo verbalmente, pero no en el fondo ni como fundamento del fallo, lo ha mantenido la jurisprudencia que lo dijo.

5°.- No es condicional, no sólo el fideicomiso *de eo quod supererit*, sino tampoco el *de si quid supererit* ni, la llamada sustitución preventiva de residuo.

6°.- Sólo cuando no se deja total libertad de disponer, aunque únicamente sea *inter vivos*, está sometido el fideicomiso de residuo al límite del segundo grado puesto por el art. 781 - del Código civil a la sustitución fideicomisaria con deber -

de conservar.

7°.- Engloba la sustitución vulgar.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, *Derecho civil*, Tomo V, vol 1º, Barcelona 1979.
- ALBALADEJO, *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona 1974.
- ALBALADEJO, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo 1956.
- ALBALADEJO, *Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario*, en R.D.P., 1979, págs. 519 y ss, y 641 y ss.
- ALBALADEJO, *La sucesión iure transmissionis* en Estudios de Derecho civil, Barcelona, 1955, págs. 241 y ss.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, *La sustitución fideicomisaria de residuo*, -- en R.D.P., 1975, pág. 171 y ss.
- BABLED, *Le legs de residuo*, en Journal des notaires et des avo_ucats, 1928, pag. 745 y ss.

BESNARD, *Le legs de residuo*, en *Rev. not. et enregistr.*, núm. ---
24.323.

BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, 2a. ed., Milano,
1955.

BONET, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid 1965.

BORREL Y SOLER, *Derecho vivvil vigente en Cataluña*, tomo V, 2a. ed.
Barcelona 1944.

BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*, V, Barcelona 1954.

BRUNETTI, *Modalitá suspensiva e transmisibilitá del diritto nelle
successioni testamentarie*, Firenze, 1934.

BRUNETTI, *Il dies incertus nelle dispozione testamentarie. Con-
tributo alla dottrina del dies e della condicio*, Firenze ---
1893.

BRUNETTI, *Términe incerto nei testamenti. Uso improprio della paro-
la usufrutto*, en *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1915,
p. 154 y ss.

BUEN, DE, en sus notas a la trad. esp. del *Curso elemental de De-
recho civil*, de COLIN y CAPITANT, VIII, 2a. ed, Madrid 1951.

CASTAN, *Derecho civil español común y foral*, VI, vol 2º, 7a ed. -
Madrid, 1973.

CLEMENTE DE DIEGO, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláu-
sulas testamentarias "de residuo"*, Madrid 1926.

CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, III, Madrid 1959.

COLL CARRERAS en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXXI, vol 1, Madrid 1980.

COSTA, *Il fedecommesso di residuo*, 1908.

DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3a. ed., Madrid 1955.

DIAZ CRUZ, *Los legados*, Madrid 1951.

DIEZ PASTOR, *Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos*, en A.A.M.N., VI, 1952 p. 543 y ss.

DIEZ-PICAZO Y GULLON, *Sistema de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia y sucesiones*, Madrid 1978.

DIEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, IV, *Derecho de Sucesiones*, Valencia 1967.

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941.

FLORES MICHEO, *Notas sobre el fideicomiso de residuo*, en R.J.C., 1955, p. 3 y ss.

FONT BOIX y DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, *El fideicomiso de residuo eo quod supererit y si quid supererit*, en Estudios de Derecho privado bajo la dirección de DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, II, Madrid 1965, págs. 559 y ss.

FONT BOIX, *El usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo*, en R.D.E.A., 1968, núm. 19, enero-marzo, p.75 y ss.

- FURNO, *Fedecomesso e c.d. sostituzione volgare implicita*, en R.T. D.P.C., 1956, p. 1173 y ss.
- GANGI, *La successione testamentaria*, II, 2a. ed, Milano 1952.
- GANGI, *I legati nel Diritto civile*, I, 2a. ed, Padova. 1933.
- GONZALEZ MARTINEZ, *El fideicomiso de residuo*, en Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil, III. Madrid 1948, págs. 372 y ss.
- GONZALEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, en A.A.M.N., V, Madrid, 1950, págs. 831 y ss.
- GONZALEZ PALOMINO, *Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario*, en A.A.M.N., II, 1950, p. 451 y ss.
- GUIDI, *Il fedecomesso di residuo con speciale riguardo alla giurisprudenza della Casazione del Regno*, en R.D.C., 1929, p. 517 y ss.
- HERNANDEZ-GIL, Antonio, *Dictámenes*, II, Madrid 1968.
- IRURZUN GOICOA, *El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador*, en A.A.M.N., XVIII, Madrid 1974, p. 181 y ss.
- LACRUZ, en anotaciones a la traducción del *Derecho de sucesiones*, de BINDER, Barcelona 1953.
- LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, I, 2a. ed, Barcelona 1976.
- LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, Parte general, Barcelona -- 1961.

LOPEZ LOPEZ JERONIMO, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, en A.D.C., 1955, pags. 743 y ss.

LOPEZ LOPEZ JERONIMO, *La sustitución fideicomisaria de cuantía mínima incierta*, en A.D.C. 1959, p. 1069 y ss.

LOPEZ LOPEZ, *Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español*, en A.D.C., 1958, p. 3 y ss.

LOSANA, *Le istituzioni "de residuo"*, en Not. it., 1908, págs. 49 y ss.

LOSANA, *Le disposizioni testamentarie in "id quod supererit"*, en Not. it., 1928, p. 27 y ss.

MANRESA-OGAYAR, *Comentarios al Código civil español*, VI, 7a. ed., revisada y puesta al día por OGAYAR, Madrid, 1951.

MARTI MIRALLES, *Principios del Derecho sucesorio*, Madrid 1964, p. 66 y ss.

MIGUEL TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, en R.D.P., 1927, p. 404 y ss. y 1928, p. 1 y ss.

O' CALLAGHAN, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XXIX, vol 1º, Madrid 1978.

OERTMANN, *Die Rechtsbedingung*, Leipzig 1924.

OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid 1957.

PARA MARTIN, *Fideicomiso de residuo*, comentario a la sentencia de 25 de mayo de 1971, en R.J.C., 1972, p. 97 y ss.

PIRSON, *Le fideicommiss de residuo*, en Rev. crit. jur. belge.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2a. ed., Barcelona 1977.

PUIG PEÑA, *Fideicomiso*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, IX, Barcelona 1958, p. 736 y ss.

PUIG FERRIOL, en anotaciones a la trad. esp. del *Derecho de sucesiones* de KIPP, I, 2a. ed. Barcelona, 1976.

ROCA SASTRE, *El término incierto implica en los testamentos condición salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador*, en R.J.C., num. extraordinario del 75 aniversario, 1970, p. 333 y ss.

ROCA SASTRE, en anotaciones a la trad. esp. de KIPP, *Derecho de sucesiones*, I, 2a. ed. Barcelona 1976.

ROCA SASTRE, *El fideicomiso de residuo*, en Estudios de Derecho -- Privado, II, Madrid 1948. p. 75 y ss.

RODRIGUEZ LOPEZ, *Sustitución fideicomisaria de residuo: su condicionalidad y modalidades. Premoriencia del fideicomisario al fiduciario*, en Boletín del Colegio Nacional de Registradores, enero de 1981, p. 32 y ss.

ROYO MARTINEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla 1951.

SANTAMARIA, *Comentarios al Código civil*, I, Madrid 1958.

SANTOS BRIZ, *Derecho civil, teoría y práctica*, VI, Madrid 1979.

SAPENA TOMAS, *La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador*, en R.G.L.J., 1954 II, tomo 197, p. 7 y ss.

SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative ai fedecomessi nel Diritto civile italiano ed in particolare del cosiddetto fedecomesso di residuo*, Bologna, 1898.

TUMIATI, *L'art. 692 C.c. ed il cosiddetto fedecomesso "de residuo"*, en *Giustizia Civile*, 1954, p. 2427 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula si sine liberis decesserit en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil*, en A.D.C. 1956, p. 783 y ss.

VENTURA-TRAVESET, *La extinción de la sustitución pura y condicional y del fideicomiso de residuo*, en R.C.D.I., 1951, pags. - 95 y ss. y 191 y ss.

VENTURA-TRAVESET, *El fideicomiso condicional según el Derecho civil positivo y la jurisprudencia*, R.C.D.I., 1935, págs. 335 y ss. y 432 y ss.

VITALI, *Il fedecomesso di residuo nel Diritto italiano*, Piacenza, 1889.

2. Es una sustitución fideicomisaria-----	31
NOTAS BIBLIOGRAFICAS-----	37

CAPITULO II: EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ES UNA SUSTITUCION

CONDICIONAL.....	40
I. Planteamiento del tema y conclusión a la que llegaré-----	43
II. Examen de la doctrina-----	47
1. Idea general-----	47
2. La doctrina que no toma partido-----	48
3. La doctrina condicionalista-----	50
4. La doctrina anticondionalista-----	58
III. La jurisprudencia-----	63
1. Relación de los fallos que la componen-----	63
2. Análisis de las diversas sentencias y resoluciones-----	65
A) Advertencia previa-----	65
B) Las sentencias del Tribunal Supremo-----	65
a) La sentencia de 15 de junio de 1868-----	67
b) La sentencia de 10 de julio de 1878-----	73
c) Señalamiento de que después de esas dos sentencias, las poste- riores que siguen la línea que es atribuída a aquéllas, quedan un tanto desasistidas-----	77
ch) La sentencia de 29 de octubre de 1904-----	79
d) Las sentencias que estudio de aquí en adelante están dictadas para el C.c., y, por tanto, bajo sustituciones fideicomisarias no sometidas presumiblemente a la condición de sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario; luego, si en ellas se dice que el fideicomiso de residuo es condicional, hay que entender que se trata de la condición de que queden bienes-----	82
e) La sentencia de 21 de diciembre de 1918-----	82
f) La saentencia de 8 de marzo de 1926-----	85
g) La sentencia de 13 de febrero de 1943-----	92

	<u>Pág.</u>
h) La sentencia de 28 de junio de 1947-----	97
i) La sentencia de 13 de noviembre de 1948-----	98
j) La sentencia de 31 de diciembre de 1949-----	101
k) La sentencia de 1 de diciembre de 1951-----	101
l) La sentencia de 10 de julio de 1954-----	103
ll) La sentencia de 30 de marzo de 1955-----	109
m) La sentencia de 21 de noviembre de 1955-----	115
n) La sentencia de 26 de abril de 1956-----	117
ñ) La sentencia de 21 de noviembre de 1956-----	119
o) La sentencia de 7 de enero de 1959-----	121
p) La sentencia de 25 de noviembre de 1960-----	122
q) La sentencia de 22 de diciembre de 1961-----	124
r) La sentencia de 29 de enero de 1962-----	125
s) La sentencia de 17 de mayo de 1962-----	126
t) La sentencia de 20 de octubre de 1962-----	127
u) La sentencia de 5 de julio de 1966-----	129
v) La sentencia de 22 de enero de 1969-----	132
x) La sentencia de 9 de diciembre de 1970-----	138
y) La sentencia de 25 de mayo de 1971-----	142
C) Las resoluciones de la Dirección General de los Registros-----	144
a) Idea general-----	144
b) La resolución de 26 de mayo de 1925-----	145
c) La resolución de 17 de octubre de 1928-----	145
ch) La resolución de 8 de febrero de 1957-----	146
d) La resolución de 5 de octubre de 1966-----	149
IV. Exposición y justificación de mi opinión sobre el tema-----	152
1. Juicio global sobre la jurisprudencia-----	152
2. Juicio global sobre la doctrina-----	157
3. Arbitrariedad de la condición y regulación específica de figura condicional-----	158
4. Una cosa es querer a alguien por heredero, y que tome los bie- nes, si quedan, y otra quererlo por heredero sólo si quedaron bienes-----	160

	<u>Pág.</u>
5. La condicio iuris y la condición intrínseca-----	163
6. La condición de que el fiduciario no haya dispuesto de los bienes-----	169
7. La condición de sobrevivencia-----	170
8. Conclusión-----	182
V. La condicionalidad posible del fideicomiso de residuo: fidei- comisos puros, a término y condicionales-----	184
NOTAS BIBLIOGRAFICAS-----	188
CAPITULO III: LA SEDICENTE CONDICIONALIDAD DEL FIDEICOMISO	
DE SI ALIQUID SUPERERIT Y DE LA LLAMADA SUSTI-	
TUCION PREVENTIVA DE RESIDUO..... 196	
I. Consideraciones generales sobre la menor o mayor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario-----	198
II. Fideicomiso de si aliquid supererit y fideicomiso de eo quod supererit-----	200
III. La llamada sustitución preventiva de residuo-----	205
NOTAS BIBLIOGRAFICAS-----	211
CAPITULO IV: ¿LIMITACION AL SEGUNDO GRADO?..... 213	
NOTAS BIBLIOGRAFICAS-----	222
CAPITULO V: SI EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ENGLOBA LA SUSTITU-	
CION VULGAR..... 224	
I. Planteamiento-----	226
II. La sustitución fideicomisaria normal engloba a la vulgar-----	228
III. Razones en pro de que el fideicomiso de residuo englobè la sus- titución vulgar-----	232

IV. Las razones del Tribunal Supremo sobre que el fideicomiso de residuo no engloba la sustitución vulgar-----	234
V. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre que el fideicomiso de residuo no engloba la sustitución vulgar-----	238
VI. Las verdaderas razones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo-----	242
VII. Conclusión-----	248
NOTAS BIBLIOGRAFICAS-----	251
CONCLUSIONES.....	253
BIBLIOGRAFIA.....	I