



Universidad de Buenos Aires (UBA)

From the Selected Works of Nicolas Malumian

February, 2021

Sustitucion Fideicomisaria y Fideicomiso Testamentario

Pedro Ignacio Botello Hermosa

Nicolas Malumian, *Universidad de Buenos Aires (UBA)*



Available at: <https://works.bepress.com/nicolas-malumian/62/>

Sustitución fideicomisaria española y fideicomiso testamentario argentino: similitudes y diferencias

Pedro Ignacio Botello Hermosa (*)

Nicolás Malumión (**)

Sumario: I. Introducción.— II. La situación en la Argentina.— III. La situación en España.— IV. Comentario final.

I. Introducción

En este trabajo comentaremos cómo, a partir de un tronco común (el derecho español de la época del Virreinato vigente hasta nuestro primer Código de Comercial y luego el Código Civil), ambos países tomaron caminos tan distintos en materia sucesoria y de protección de las personas con necesidades especiales (1). Trataremos brevemente la prohibición de la sustitución fideicomisaria en la Argentina para luego explicar todo su potencial comparando con la situación de España, país en el cual no solo está permitida, sino que ha sido regulada en 2003 como figura jurídica de protección de personas con necesidades especiales.

A diferencia de la Argentina, España no tiene fideicomiso de administración (al igual que la Argentina tampoco ha firmado el Convenio de

la Haya sobre Reconocimiento de los Fideicomisos Extranjeros) (2). Más importante, a diferencia de la Argentina, España no reconoce los *trusts* extranjeros. Como ejemplo, se podría citar el fallo del Tribunal Supremo de España del 30 de abril de 2008 (Fallo 338/2008) relativo a un *trust* constituido fuera de España, en el cual el Tribunal sostuvo que el *trust* es un negocio sucesorio no previsto en el derecho español, resulta desconocido en el derecho español, y no es compatible con nuestras normas de derecho sucesorio. De todo esto, cabría concluir que España no utiliza el fideicomiso (3), pero sí tiene

(2) Nos referimos al Convenio del 1º de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento que entrara en vigor el 1º de enero de 1992.

(3) Cabe hacer la salvedad del patrimonio protegido catalán. Eduardo Hijas explica que: “Hasta la fecha la única trasposición completa de la figura del *trust* está representada por el patrimonio protegido catalán. Su configuración se recoge en el art. 227.2, muy similar al modelo de *fiducie* de Quebec: “... comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario... es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad, ni ningún otro derecho real. El patrimonio protegido no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo aportaciones”. “Es, por tanto, una concepción que va más allá del patrimonio separado francés, para configurarlo como un patrimonio autónomo, sin titular”. HIJAS, Eduardo, “¿Se puede adaptar el *trust* al

(*) Doctor Internacional en Derecho Civil y profesor de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España).

(**) Abogado y doctor en Derecho de la UBA. Autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del *leasing*, fideicomiso, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(1) A lo largo del presente artículo, cuando hagamos referencia a las personas con necesidades especiales, hacemos referencia en España a las personas incapacitadas judicialmente y en la Argentina a las personas comprendidas en la definición del art. 2448 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que se cita en este trabajo.

una figura del derecho sucesorio que puede ser utilizada en protección de personas con necesidades especiales.

Finalmente, cabe destacar que tanto la Argentina como España tienen legítimas del 66% a favor de los hijos, pero en el caso de España esta legítima se divide en dos, la estricta que debe distribuirse en parte iguales entre los herederos y la mejora que debe ser aplicada a los herederos forzosos, pero el testador puede mejorar a unos sobre otros dentro de ese grupo. Tal como veremos, la Argentina solo admite la mejora si es en favor de una persona con necesidades especiales.

Se plantea, entonces, como proteger a las personas con necesidades especiales, y tomando este interrogante como eje, compararemos el fideicomiso testamentario argentino con la sustitución fideicomisaria española.

II. La situación en la Argentina

El art. 1972 del Cód. Civ. y Com. es claro y contundente. En la parte que nos interesa dice que “en los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria”. En otras palabras, la sustitución fideicomisaria está prohibida en la Argentina. Esta situación no es novedosa. El (hoy derogado) Código Civil disponía desde su vigencia el 1º de enero de 1871 en su art. 3732 que “son de ningún valor las disposiciones del testador, por las que llame a un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia, al morir el heredero instituido, y por las que declare inenajenable el todo o parte de la herencia”. Cabe mencionar que la nota al artículo expresaba que “ambas disposiciones serían en verdad una especie de sustitución fideicomisaria, a favor del que sucediere al heredero instituido...”. En el mismo sentido, la nota al art. 3724 (siempre del Cód. Civil derogado), luego de enumerar las diferentes formas de sustitución expresa que “con excepción de la vulgar, abolimos todas estas sustituciones. La fideicomisaria, que es la principal y la única que por los escritores franceses se llama sustitución, tiene

ordenamiento jurídico español?”. Revista El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2017, ISSN 1885-009X, ps. 183-187.

el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciendo así un orden sucesorio en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos...” (4). Finalmente, recordemos que el art. 3723 del mismo Código disponía que “el derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a este sucesor” (5) prohibiendo la sustitución fideicomisaria de herederos.

La jurisprudencia recepta esta prohibición. Cabe citar el fallo “D. M. E.” (6), en el cual la sala I de la Cámara da una verdadera clase de derecho y explica muy claramente el tema. El fallo (que se basa en el Código Civil derogado, pero también hace alusión al Código Civil y Comercial vigente), comienza explicando que el Juez de 1ª Instancia determinó que la obligación impuesta por el testador de vivir toda la vida en un inmueble caía “bajo la prohibición del art. 3723 del Cód. Civil que establece que: ‘El derecho a instituir un heredero no importa el derecho de dar a este un sucesor’. Por ese motivo, declaró la nulidad de la última parte de la cláusula transcrita”. A lo dicho la Cámara agrega: “No está discutido que la sustitución fideicomisaria está prohibida en nuestro ordenamiento, tal como surge con claridad del art. 3723 transcripto en el punto anterior. Incluso la norma que sigue

(4) En este mismo sentido se expide Zannoni quien sostiene que no se confunde fideicomiso (se refiere al art. 2662 original) con sustitución fiduciaria y disiente con Salvat quien sostuviera que el fideicomiso del art. 2662 original “carece de interés práctico y de aplicación”. ZANNONI, Eduardo A., “Sobre la Prohibición Absoluta de la Sustitución Fideicomisaria”, LA LEY 1975-B, p. 212. Borda explicaba que “de todas las sustituciones prohibidas, la fideicomisaria es la que reviste mayor importancia histórica y en el derecho comparado”. BORDA, Guillermo A., “Manual de Sucesiones”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1994, 12ª ed., p. 386.

(5) En relación con la jurisprudencia vinculada ver el fallo firme de 1ª Instancia Civil de la Capital del 8 de abril de 1974, “Valdés Hernández, Aída”, suc. LA LEY 1975-B, ps. 207 y ss.

(6) Fallo “D. M. E. s/ sucesión testamentaria” de la CN-Civ., sala I, del 04/06/2015.

a la aludida expresa que solo está permitida la llamada ‘sustitución vulgar’ que es aquella en que el testador nombra a quien subrogue al heredero designado en el testamento para el caso de que este no quiera o no pueda aceptar la herencia. El codificador explicó los motivos que lo condujeron a abolir la sustitución fideicomisaria, y en la nota al art. 3724, los que se fundan en no impedir la circulación de la riqueza y evitar la inmovilidad de los intereses económicos, ya que, la admisión del instituto importaría la imposibilidad del heredero de disponer de los bienes porque los debería conservar para transmitir al sucesor que le nombró el causante. Esta prohibición es armónica con la invalidez de las cláusulas de no enajenar —arts. 3781 y 3732 del Cód. Civil—. A su vez el art. 3730 establece que la nulidad de la sustitución fideicomisaria, no perjudica la validez de la institución del heredero”. Luego de esta clara explicación la Cámara agrega: “Estas directrices han sido recibidas en el art. 2491, Cód. Civ. y Com. en términos que traduce la misa prohibición”.

En lo referente al Código Civil y Comercial vigente, además, del ya citado art. 1972 cabe destacar que el art. 2491 intitulado “Sustitución” dispone: “La facultad de instituir herederos o legatarios no importa el derecho de imponer un sucesor a los instituidos. La disposición que viola esta prohibición no afecta la validez de la institución, y tiene eficacia si puede valer en alguno de los dos casos del párrafo siguiente. El testador puede subrogar al instituido para el supuesto de que este no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado. La sustitución establecida para uno de esos casos vale para el otro. El heredero o legatario sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al sustituido si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas al llamado en primer término”. Para luego el art. 2492 agregar, bajo el título “Sustitución de residuo”, que “[n]o es válida la disposición del testador por la que llame a un tercero a recibir lo que reste de su herencia al morir el heredero o legatario instituido. La nulidad de esta disposición no perjudica los derechos de los instituidos”.

Pero mucho más interesante es lo dispuesto por el artículo siguiente del Código Civil y Co-

mercial; nos referimos al art. 2493, que bajo el título “Fideicomiso testamentario” dispone: “El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8º, cap. 30, tít. IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448”. Por su parte, el art. 2448 intitulado “Mejora a favor de heredero con discapacidad” dispone: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además, de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que con relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

La creación de un fideicomiso testamentario nada tiene que ver con la sustitución fiduciaria. Asimismo, no tendría mayor sentido pretender sostener su ilegitimidad especialmente considerando los fines tenidos en cuenta por el codificador. Tal como expresa Hayzus, “el fiduciario designado por testamento no es un heredero, y lo único que puede pasar si fallece antes de terminar con los encargos es que se nombre a un nuevo fiduciario (...) aunque haya habido cierta tendencia a mezclar la sustitución fideicomisaria con el fideicomiso testamentario, se puede ver que no hay tal confusión, Aquella sigue prohibida por el art. 3723 (...) y esta prohibición vale de por sí y en cualquier tiempo. La cláusula que procurase un efecto equivalente imponiendo la obligación a un beneficiario sería nula, con abstracción del plazo de duración establecido en el contrato” (7).

En la misma línea, Carregal sostiene que “no ‘se da heredero al heredero’, sino que se acude a un procedimiento que tiende, justamente, a que

(7) HAYZUS, Jorge R., “Fideicomiso”, Ed. Astrea, 2000, Buenos Aires, p. 57. Asimismo, ver ps. 89 y ss.

el legatario designado llegue a disfrutar, en plenitud, el bien que recibe del testador” (8).

Por su parte, Guastavino sostiene que “la ilicitud se limita a las genuinas sustituciones fideicomisarias, esto es, a las vinculadas con la muerte del heredero instituido o del legatario llamados en primer término (fiduciarios), y se admite la licitud de los fideicomisos instituidos testamentariamente cuando los traspasos de la titularidad o dominio de los bienes no se refieren a la muerte del fiduciario, sino a otras condiciones o plazos: obtención de grados universitarios, matrimonio, mayoría de edad, etc. (arg. arts. 3731, 3766, 3771/4)” (9).

En síntesis, la sustitución fiduciaria prohibida es un instituto diferente del dominio fiduciario actual.

Cabe destacar que es opinión general de la doctrina que el fideicomiso testamentario encuentra un terreno poco fértil para su desarrollo en virtud de la baja proporción de bienes disponibles que existe en el ordenamiento argentino (10).

(8) CARREGAL, Mario A., “El Fideicomiso: Regulación Jurídica y Posibilidades Prácticas”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 131. El citado autor se pregunta si son legítimos los fideicomisos testamentarios, a pesar de implicar que el heredero no reciba los bienes inmediatamente después de la muerte del causante, y concluye que este punto no es óbice para su legalidad.

(9) GUASTAVINO, Elías P., “La propiedad participada y sus fideicomisos”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 67.

(10) En este sentido, Kemelmajer de Carlucci sostiene que “el fideicomiso sucesorio se ha desarrollado principalmente en los sistemas jurídicos que reconocen una amplia libertad de testar, desde que en aquellos en los que, como el nuestro, tienen porciones legítimas muy elevadas, su existencia puede implicar un riesgo a la integridad del derecho hereditario. Esta aseveración no implica afirmar que la constitución de un fideicomiso implica siempre un ataque a la porción legítima”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El fideicomiso sucesorio y la legítima en algunas decisiones jurisprudenciales”, JA 1999-III, p. 1052. En el mismo sentido, Lloveras expresa que “en el derecho vigente, la voluntad del hombre no gobierna la transmisión de “sus” bienes por causa de “su” muerte, ya que, se encuentra obligado a respetar los derechos de los herederos que la ley ha dispuesto como sucesores. En el campo que puede operar la voluntad es la porción disponible, que deviene restringida, ínfima, escasa, o si se quiere insignificante, al menos frente a la presencia de descendientes, ascendientes y cónyuge del

Cabría preguntarse qué pasaría si se constituyera un fideicomiso durante la vida del causante (no fideicomiso testamentario sino de administración) y se nombrara al heredero legítimo como fiduciario y a los herederos del heredero como beneficiarios. Esto es, el heredero legítimo solo sería fiduciario sin poder disfrutar el inmueble, siendo sus hijos (nietos del causante) los beneficiarios. ¿Sería esta figura legal? En otras palabras ¿podríamos crear una sustitución fideicomisaria usando un fideicomiso testamentario? Este caso fue analizado en el fallo “C. R. O.” (11) en el cual, tal como se explica en el fallo “el fiduciante transmite el dominio fiduciario de parcelas de campos a sus dos únicos hijos, constituyéndolos de este modo en fidu-

causante... si el causante excede la porción disponible por las disposiciones atinentes al fideicomiso, no resulta posible en el sistema actual, legítimo o de otro modo inferir, por la razón que fuere, que es posible desconocer la legítima de los llamados, o que los legitimarios pueden ser silenciados, u obligados a esperar el cumplimiento de la condición o plazo del fideicomiso testamentario”. LLOVERAS, Nora, “Fideicomiso Testamentario: ¿La Voluntad Dispone?”, JA 1999-III, ps. 1059 y 1060. Adicionalmente, se sostuvo que “en un régimen donde la libertad de testar está restringida por normas de orden público el fideicomiso testamentario solo puede constituirse en la cuota parte de libre disponibilidad. Ello restringe mucho la posibilidad de uso del fideicomiso testamentario, debido a lo elevado del sistema de legítimas de nuestro país”. MEDINA, Graciela — MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, “El fideicomiso testamentario en el proyecto del Código Civil de 1999 (Su relación con la legítima y la protección de incapaces)”, JA 1999-III, p. 1071. Por su parte, Fuentes concluye que “la derogación genérica de toda disposición que se oponga al fideicomiso contenida en el art. 97 de la mencionada ley (24.441) no puede alcanzar instituciones de orden público reguladas por normas de marcado carácter imperativo como la indivisión hereditaria, la legítima de los herederos forzosos y la prohibición de las sustituciones fideicomisarias”. FUENTES, Juan A., “Fideicomiso Testamentario y Sustitución Fideicomisaria”, JA del 01/08/2001. Medina afirma que “si existen herederos forzosos el fideicomiso solo podrá ser constituido sobre la parte de libre disposición, porque lo contrario violentaría la legítima... ello implica que mientras exista un sistema de legítimas tan alto en nuestro Código Civil, la utilidad del fideicomiso por testamento será de muy escaso valor”. MEDINA, Graciela, “Fideicomiso Testamentario (¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y las incapacidades para suceder?)”, JA 1995-III, p. 711.

(11) Fallo de “C. R. O. c. C. O. N. y otros s/ nulidad de acto jurídico” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Necochea de fecha 22/10/2019, Cita Online: AR/JUR/34147/2019.

ciarios, designándose al fiduciante y a su esposa como beneficiarios de los frutos y rentas de los campos, hasta el tiempo de la muerte de ambos, en que serán reemplazados en un mínimo porcentaje como beneficiarios sus nietos, a quienes, además, se los designa fideicomisarios, esto es que al finalizar el fideicomiso, les será transmitida la propiedad de los bienes”. Agregando a la explicación que el “hecho de la muerte de ambos beneficiarios de primer orden tiene una clara connotación en la modalidad de continuidad del fideicomiso, en tanto prácticamente ya nadie percibirá los frutos y rentas (solo podían ser afectados el 0,1% a los beneficiarios sustitutos), quedando solo la obligación impuesta al fiduciario de conservar estos bienes, hasta que se cumpla el plazo de extinción del contrato para su transferencia a los fideicomisarios. Durante ese plazo el fiduciario (heredero legítimo) solo administra esos bienes ajenos sin que su vocación sucesoria de fuente legal tenga incidencia alguna, lo que viola las reglas imperativas del orden sucesorio”.

Lo primero que el fallo aclara es que “es necesario dejar planteado que aun cuando y tal se resolviera en la sentencia —que llega firme a esta instancia— que los actos cuestionados no puedan calificarse de fideicomiso testamentario, sino como un contrato de fideicomiso, ello no implica que en el análisis que se realice de la cuestión, no deba observarse su vinculación con el orden público sucesorio, y en tanto el mismo impone una limitación a la autonomía de voluntad de los particulares”. Luego el fallo explica que no se puede considerar que los transferidos al fideicomiso sea parte de porción de libre disponibilidad (esto es, no afectada por la legítima) dado que “fueron afectados al fideicomiso la mayor parte de los bienes”, por lo que entiende que “la cuestión que se plantea en el caso, es compleja, en tanto la tarea consiste en determinar si el contrato de fideicomiso importó un pacto de herencia futura, utilizándolo como un medio por el cual el fiduciante programó su sucesión, aunque sin que esto surja expreso del acto, no solo por la modalidad contractual empleada, sino porque a su vez concurre con otras finalidades”. Como resultado de este análisis el Tribunal concluye que “el negocio celebrado tuvo una clara finalidad sucesoria, la de designar destinatarios finales de los bienes a quienes

carecían de vocación sucesoria, aunque diferida a la extinción del fideicomiso, pero con una evidente vinculación con el hecho de la muerte del fiduciante y su esposa” para agregar que “en vida del fiduciante el negocio podría estimarse como válido, pero al fallecer este —y al contener el acto regulaciones sobre la continuación de ese ‘vehículo’ que importa el fideicomiso— el negocio se torna contrario a la ley pues no respeta el orden sucesorio indisponible ni asume las cuestiones relativas a las proporciones posibles de disposición para después de la muerte del disponente”.

El Tribunal apoya su conclusión en que “es que ningún convenio o pacto puede consistir en los hechos, en una alteración del orden sucesorio (...), ni importar una privación o condicionamiento de la legítima (...). De lo contrario se produciría una alteración del orden público, habiéndose definido a las cuestiones de orden público como las que responden ‘a un interés general, colectivo, por oposición de orden privado, en las que solo juega un interés particular’. En tal sentido dice que ‘se interpreta que en el caso se utilizó la figura del fideicomiso contractual en clara violación a [la prohibición de pactos sobre herencia futura] y en fraude al ordenamiento sucesorio’ siendo un acto nulo de nulidad absoluta y como tal no susceptible de confirmación ni que pueda curarse por prescripción”. Esta última afirmación es muy relevante en el caso dado que existió una escritura posterior al fallecimiento del causante, pero el Tribunal la entendió insuficiente (12).

Finalmente, el Tribunal explica que “por el efecto de la nulidad los bienes en cuestión y que fueran afectados al patrimonio fiduciario, deberán integrarse al acervo hereditario correspondiente, en mérito a los procesos sucesorios en

(12) Del fallo “K. M. D. c. G. de K. F. L. s/ acción de Fraude art. 1298 del CCiv. - proceso especial” de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 12 de mayo de 2015 parecería indicar el criterio contrario, esto es, de existir un acto posterior al fallecimiento del causante por parte del heredero que diera lugar a entender su consentimiento no se podría ir contra el acto original que afectó la legítima. En este caso concreto se consideró que no procedía la demanda por fraude a la legítima porque la actora no solo consintió la partición del campo que efectuaran sus padres sino también las donaciones efectuadas a sus hermanas”.

trámite, y en donde deberán dirimirse los derechos del actor en tanto heredero legitimario”.

En síntesis, en la Argentina la sustitución fiduciaria está prohibida, pero existe el fideicomiso testamentario que permite constituir un patrimonio de afectación a favor de un heredero con necesidades especiales mejorando su situación en hasta un tercio de los bienes del causante. Esto significa que se podría incluir en el citado fideicomiso un tercio de los bienes (porción disponible) más un tercio de las porciones legítimas (mejora a favor de personas con necesidades especiales) dando la posibilidad de transferir a este fideicomiso testamentario un total del 55% de los bienes del causante.

III. La situación en España

En España se puede afirmar que la sustitución fideicomisaria siempre ha formado parte de nuestro sistema, desde la época romana, pasando por el Código de las Partidas, hasta la Novísima Recopilación, así como por las Leyes Desvinculadoras y por diferentes Proyectos de Códigos Civiles, hasta nuestro definitivo Código Civil (13) de 1889, el cual desde su promulgación regula la sustitución fideicomisaria entre sus arts. 781 y 789, debiéndose entender definida (si bien no lo hace explícitamente) en el 781 cuando recoge: “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

Para Traviesas (14), en las sustituciones fideicomisarias el testador designa sucesores suyos en serie, para que todos lo sean efectivamente, unos después de otros, con obligación en el sucesor anterior de conservar y restituir al posterior todos, o parte de los bienes hereditarios. El llamado en segundo término recibe la herencia o el legado a través del llamado en primer término, que llega a ser sucesor.

(13) En adelante, Cód. Civil, y que fue publicado en Gaceta de 25/07/1889.

(14) TRAVIESAS, “Sustituciones Hereditarias”, en Revista de Derecho Privado, 171, 1927, 15 de diciembre, p. 414.

Por tanto, la sustitución fideicomisaria podría quedar definida como aquella disposición testamentaria en cuya virtud, el testador impone al heredero fiduciario la obligación de conservar y restituir la herencia fideicomitada a los herederos fideicomisarios que fueron designados en testamento.

Toda sustitución fideicomisaria está compuesta por fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

El fideicomitente es la persona que establece en testamento la sustitución fideicomisaria, es decir, el testador.

Fiduciario es el que sucede al testador; en primer lugar, por ello, a diferencia de algunos autores que entienden que podría definirse como heredero intermedio (15), particularmente considero más correcto el término primer heredero, ya que este (16), será el encargado de restituir por primera vez la herencia fideicomitada al fideicomisario una vez se cumpla la condición o se alcance el término fijado por el testador.

El fiduciario es considerado el primer heredero del testador, lo que significa que es el propietario de los bienes fideicomitados sujetos a sustitución, si bien lo es con carácter temporal (hasta que llegue el plazo fijado para la restitución) o condicional (hasta que se cumpla la condición fijada para que se produzca la sustitución), pero propietario, al fin y al cabo.

Por su parte, fideicomisario es el que recibe el patrimonio fideicomitado del fiduciario, por lo que podríamos referirnos a este como heredero final, sobre el que no pesará ninguna carga de conservación y restitución, a no ser que el testador-fideicomitente haya dispuesto otra cosa (17).

(15) LASARTE, “Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, 7ª ed., p. 127.

(16) O sus herederos, en el caso normal de que la sustitución fideicomisaria se establezca hasta la muerte del fiduciario.

(17) Puede ocurrir que el fideicomitente haya establecido que al primer fideicomisario le suceda otro, en cuyo caso, el fideicomisario actuaría, como fiduciario de la herencia fideicomitada, por lo que ya no sería el

El fideicomisario es tan heredero del fideicomitente como el fiduciario **(18)**, ya que, al establecer una sustitución fideicomisaria, lo que pretende el testador es instituir más de un heredero con su herencia, concretamente, uno después de otro, o lo que es lo mismo, que la intención del testador a través de la institución es que primero herede el fiduciario, para hacerlo posteriormente, una vez llegado el término o cumplida la condición, el fideicomisario.

Una vez definida la sustitución fideicomisaria ordinaria que recoge el Código Civil desde su promulgación en 1889 hemos de resaltar que fue en el año 2003, a raíz de la promulgación de la ley 41/2003 **(19)**, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPD), cuando la sustitución fideicomisaria pasó a convertirse no solo en una de las figuras jurídicas más importantes del derecho sucesorio español **(20)**, sino también, en una institución de imprescindible conocimiento para todos los profesionales jurídicos españoles, dado que dicha institución fue la elegida por el legislador español como el instrumento jurídico a través del cual se permite vulnerar por primera vez **(21)** el principio sagrado e histórico

heredero final, sino que podríamos definirlo, como un heredero intermedio que tiene que conservar y restituir los bienes fideicomitados, y así sucesivamente, hasta el nombramiento del heredero final.

(18) Es decir, que el fideicomisario heredará siempre al fideicomitente, y nunca al fiduciario, aunque sea este el que le haga entrega de los bienes cuando llegue el momento oportuno.

(19) Publicada en el BOE, 277, 19/11/2003.

(20) Tema al que le dedico el manual “La sustitución fideicomisaria especial introducida por la ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España”, Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.

(21) Digo por primera vez, porque es una intangibilidad “real” de la legítima estricta la que permite la sustitución fideicomisaria en España, pudiendo llegar incluso a suponer, en nuestra opinión, la tangibilidad no solo cualitativa, sino también, cuantitativa de la legítima estricta, por lo que nada tiene que ver con las excepciones a su intangibilidad cualitativa que existían con anterioridad a la entrada en vigor de la LPPD, excepciones que, por

del derecho sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, ya que, desde la entrada en vigor de la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, cualquier testador español con hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta (hasta entonces, intocable), instituyendo como fiduciarios a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, y como fideicomisarios al resto de herederos forzosos, los cuales quedarán, por ende, gravados en su cuota de legítima estricta.

Es decir, tras la entrada en vigor de la LPPD los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no solo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, vulnerando con ello la legítima estricta del resto de herederos forzosos, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil.

Por ello, en la actualidad en España los testadores con hijos o descendientes judicialmente incapacitados disponen de una mayor libertad de testar que los testadores que no tengan hijos o descendientes judicialmente incapacitados, ya que, estos últimos no pueden establecer la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta a favor de sus hijos o descendientes no incapacitados, cosa que, en cambio, sí pueden hacer los primeros.

Para dar este nuevo alcance a la sustitución fideicomisaria el legislador de 2.003 modificó los arts. 782, 808 y 813.2 del Cód. Civil, los cuales, desde, entonces, presentan el siguiente contenido:

Art. 782 del Cód. Civil: “Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art.

regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la cautela socini, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero.

808. Si recayera sobre el tercio de mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes”.

Art. 808, párr. 3º, del Cód. Civil: “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos”.

Art. 813, párr. 2º, del Cód. Civil: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley.

“Tampoco, podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el art. 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.

Pero llegados a este punto es muy importante resaltar que la sustitución fideicomisaria especial que puede recaer sobre el tercio de legítima estricta alcanza si cabe una mayor importancia en la práctica jurídica si la elegida por el testador como medio de protección a favor del descendiente incapacitado es la conocida como “sustitución fideicomisaria de residuo”.

¿Y qué significa dicha modalidad de la sustitución fideicomisaria?

Pues la sustitución fideicomisaria de residuo es la disposición de última voluntad del testador, a través de la cual, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria ordinaria, se permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto, y en caso de haber dispuesto de todos, se quedará el fideicomisario sin adquirir ninguno.

O, dicho de otro modo, a través de la sustitución fideicomisaria de residuo, el fideicomisario solo tendrá derecho a los bienes fideicomitidos de los que el fiduciario no haya dispuesto *inter*

vivos, o incluso, *mortis causa*, de haberlo autorizado así expresamente el testador.

Pese a su denominación, lo cierto es que, en el ordenamiento jurídico español, tal y como comenta Lasarte (22), la sustitución fideicomisaria de residuo es más frecuente, en la realidad, que la sustitución fideicomisaria ordinaria. Así se deduce de la jurisprudencia al respecto y así lo afirman la mayor parte de los notarios, buenos conocedores por antonomasia de la práctica sucesoria.

Valga, pues, la paradoja: la sustitución fideicomisaria de residuo no puede ser considerada una figura residual en la práctica testamentaria, al menos, si se la compara con la sustitución fideicomisaria ordinaria. Y es que, tal y como recientemente expuso Rivas Martínez (23), “esta figura (refiriéndose a la institución de residuo), es, sin ningún género de dudas, la que está llamada a tener un mayor desarrollo, y podrá resolver el sinnúmero de problemas que puedan plantearse en la práctica profesional”.

En cuanto a la facultad del fiduciario a la hora de disponer de los bienes fideicomitidos, coinciden la doctrina y la jurisprudencia española al afirmar que puede ser muy variado el grado de permisividad mostrado por el testador.

Así, p. ej., podría el fideicomitente conceder al fiduciario la facultad únicamente de consumirlos, o también de enajenarlos (y esto a título oneroso o a título gratuito sin más), o bien de disponer de algunos en concretos, o de disponer de todos, etcétera.

Dicho lo anterior, hemos de reflejar que tal y como argumenta Díaz Alabart (24), el fin que habitualmente se persigue con la sustitución fideicomisaria de residuo es la concesión de la fa-

(22) LASARTE, ob. cit., p. 136.

(23) RIVAS MARTÍNEZ, “Problemas ‘habituales’ en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo”, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, LLEDÓ YAGÜE — FERRER VARELLA — TORRES LANA (dirs.), Ed. Dykinson, Madrid, 2014, t. I, p. 487.

(24) DÍAZ ALABART, “El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites”, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 231.

cultad de enajenar *inter vivos* en los casos que lo necesite el fiduciario; aunque suele establecerse que dicha necesidad quede a juicio de este, y que no tenga deber de justificarla.

En el mismo sentido, expone la autora Nieto Alonso (25) que cualquier estudioso mínimamente avezado de estas instituciones testamentarias, puede constatar que las modalidades más habituales en estas figuras jurídicas en las que el testador dota a los favorecidos con facultades dispositivas son las que subordinan esta disposición a la situación de necesidad, sea del fiduciario o del usufructuario.

Eso sí, no se podrá estimar que existe facultad de disponer de bienes fideicomitidos sino cuando conste que se concedió expresamente, debiendo estimarse que dicha facultad de disposición únicamente se extiende a los casos para los que conste que se autorizó.

Una vez expuesto lo anterior, hemos de afirmar que las dos clases de sustituciones fideicomisarias de residuo que existen en España emanan del grado de permisividad que el testador tenga con el fiduciario, y que según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (26),

(25) NIETO ALONSO, “Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad”, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 34.

(26) Así lo refleja, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1959, al exponer que “... el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: 1ª. Hipótesis en que el testador faculta al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género. En este caso los herederos fideicomisarios solo recibirán, en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia. (En esta hipótesis aparecerá el fideicomiso conocido como *si aliquid supererit*, si queda algo).” 2ª. Supuesto en la que el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquel (aparecerá el llamado de *eo quod supererit*, de aquello que deba quedar). “O, también, la Sentencia de 25 de mayo de 1971, mediante la cual, reitera que “en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculta al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas

se clasifican en sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo) y *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

En las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que, la intención del testador es que una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario.

Dicho de otra forma, el fiduciario, en esta modalidad, no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitida, por ser voluntad del fideicomitente que el fideicomisario reciba parte de la herencia, por pequeña que esta sea.

En cambio, en los supuestos de sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo), nos encontramos en aquellos casos en los que el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitidos, sin ningún tipo de límite, es decir, que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida, por lo que los fideicomisarios solo recibirán llegado el momento oportuno, lo que queda de la herencia fideicomitida, si es que queda algo, y de ahí la expresión de “si queda algo”.

Pues bien, tras resaltar ambas modalidades de las sustituciones fideicomisarias de residuo hemos de exponer que tanto una como la otra pueden ser elegidas por el testador español que quiera proteger a través de estas a sus descendientes incapacitados, ya que, nada le impide a ello.

Por todo ello, consideramos que en España a día de hoy no solo puede producirse la tangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino que, coincidiendo con parte de la doctrina más cualificada en la materia, entendemos que a través

de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste (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 deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel (de *eo quod supererit*), de aquello que debe quedar”.

del nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria especial también puede producirse su tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta, siempre y cuando el testador haya establecido una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit* sobre el tercio de legítima estricta como medio de protección ideal a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, lo cual puede conllevar incluso a una desheredación del resto de herederos forzosos en favor de estos.

IV. Comentario final

El derecho argentino y español han llegado a las situaciones opuestas en lo referente al fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. Ambos buscaron evitar las vinculaciones y mayorazgos tanto cuando su derecho era uno como posteriormente cuando cada uno dictó su Código Civil.

En la Argentina no tenemos sustitución fiduciaria pero sí fideicomiso testamentario, que de ser a favor de una persona con necesidades especiales puede avanzar sobre la legítima (creando así en la Argentina la institución de la mejora, si bien solo cuando es a favor de personas con necesidades especiales). Por su parte en España, no existe el fideicomiso, pero sí permite la sustitución fideicomisaria, y es justamente es figura la llamada a auxiliar a las personas con necesidades especiales pudiendo también avanzar sobre la legítima estricta.

En síntesis, los testadores españoles y argentinos podrán beneficiar a sus hijos o descendientes con necesidades especiales con instituciones del derecho sucesorio especialmente previstas y avanzando sobre la legítima. Esperemos esta comparación haya servido para entender mejor las instituciones propias, y hasta tal vez para adoptar alguna extranjera.