



FACULTAD DE DERECHO

‘LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL’

Autor: Beatriz Barthe Ramos

4º E1- Business Law

Derecho de Sucesiones

Tutor: Alberto Serrano

Madrid
Abril 2017

RESUMEN

De todas las ramas que abarca el Derecho civil español, que no son pocas (familia, obligaciones y contratos, derecho de daños, derechos reales, derecho de personas etc), he escogido a efectos de este Trabajo de Fin de Grado, el Derecho de sucesiones. El Derecho de sucesiones forma parte por tanto del derecho privado, y se ocupa de la regulación legal de las sucesiones *mortis causa*, y del destino de los bienes y relaciones jurídicas del difunto. Es por ello que es extremadamente importante la autonomía de la voluntad del causante, los requisitos formales, las diferentes personas intervinientes y su orden, etc. Este trabajo abarca la figura de la ‘sustitución hereditaria’, que viene existiendo desde tiempos del Derecho romano, y que en nuestro sistema no ha sido grande su evolución, sino que más bien seguimos manteniéndola, a pesar de encontrar en la misma modalidades en desuso o con muy poca trascendencia práctica.

Un sustituto es a grandes rasgos un llamado a la herencia en lugar de otro. Cualquier persona que otorgue testamento, puede nombrar a una o varias personas como sucesores, que serán los primeros llamados a la herencia, y para el caso de que éstos no puedan o no quieran heredar, el testador podrá nombrar uno o varios ‘sustitutos’ que ocupen su lugar en el llamamiento. A lo largo de este trabajo, explicaré las distintas modalidades que presenta la sustitución (sustitución vulgar, sustitución ejemplar, sustitución pupilar, y sustitución fideicomisaria), y las peculiaridades de cada una. También reflejaré con ejemplos prácticos supuestos que a mi parecer pueden parecer algo complejos en el día a día, para un mejor entendimiento de estas figuras. Lo importante, es notar que lo que se busca con esta figura es que la herencia del causante tenga siempre un destinatario final, evitando con ello abrir la sucesión intestada o legal.

En cualquier caso, este trabajo solo se refiere al derecho común español, aunque sí me remitiré a mencionar las diferentes legislaciones que existen sobre la sustitución en los diferentes derechos forales, sin entrar en más detalles.

PALABRAS CLAVE: herencia, sustitución, testador, causante, testamento, patrimonio, bienes hereditarios, sustitución vulgar, sustitución ejemplar, sustitución pupilar, sucesión intestada, sustitución fideicomisaria, bienes fideicomitidos, instituido, sustituto, sustituyente, sustituido, fideicomitente, fiduciario.

SUMMARY

Spanish civil law has many different areas (such as Family law, Property, Wills, Contracts and Torts). From all of these areas I have chosen for my Final Investigation Essay 'Wills Law'. Wills Law is the part of private law that deals with the legal regulation of successions 'mortis causa', and the final destination of all goods and properties of the decedent. This is the reason why 'free will' of the testator, intervening persons, or formal requirements are very important. This essay will be about the legal figure of the 'substitution', that comes from Roman Law. In the Spanish system, there hasn't been any important changes of this figure through history, it still persists, even though it has got some modalities that have become archaic.

The term 'substitute' broadly speaking, stands for an inheritor that is a second beneficiary in the succession, and who will only inherit, in the default of the first beneficiary. Any testator can name in his will, some first beneficiaries, and providing that these ones won't be able, or will not want to inherit, can also name a second beneficiary or substitute, who will occupy the first inheritors' place. Along this essay, I will be explaining all different types of substitution and its particularities. I will also provide with some day to day practical examples. But it is important to bear in mind that the aim of the substitution is to avoid the intestate succession, letting the testator have a beneficiary at any time.

Regardless of what mentioned above, this essay only refers to Spanish common law. Therefore, I will only be mentioning the different 'Spanish foral legislation' on substitutions, but I won't go into any kind of detail.

KEY WORDS: heritage, substitution, testator, will, equities, hereditary property, common replacement, underage substitution, disabled substitution, intestate succession, trust substitution, trust goods, instituted, substitute, substituent, superseded, settlor, trustee.

ANEXO III

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DEL TFG

Nombre y apellidos del alumno:

.....

Curso y Especialidad:.....

Declaro, bajo mi responsabilidad, que el Trabajo de Fin de Grado presentado con el título
.....
en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico..... :

1º.- Es un trabajo de mi autoría, original, inédito y no ha sido presentado con anterioridad a otros efectos.

2º.- Cumple con todos los requerimientos generales anti-plagio aplicables para la elaboración de trabajos académicos en la Universidad Pontificia Comillas y se ajusta a las buenas prácticas existentes sobre el particular.

Madrid, ade..... de.....

Fdo.:

ÍNDICE

1. Introducción: Concepto y clases de sustituciones	p. 1
2. Sustitución vulgar	
2.1. Concepto, naturaleza y sujetos	p. 3
2.2. Modalidades de sustitución vulgar	p. 5
2.3. La sustitución vulgar y la legítima	p. 6
2.4. Las sustituciones hereditarias y su relación con el <i>ius delationis</i> y el derecho de acrecer	p. 8
3. Sustitución pupilar	
3.1. Concepto, naturaleza y sujetos.....	p.10
3.2. Objeto de la sustitución pupilar	p.13
3.3. Efectos y término de la sustitución pupilar	p.14
4. Sustitución ejemplar	
4.1. Concepto, naturaleza y sujetos.....	p.15
4.2. Objeto de la sustitución ejemplar	p.18
4.3. Efectos y término de la sustitución ejemplar	p.20
5. Sustitución fideicomisaria	
5.1. Concepto, naturaleza y sujetos.....	p.22
5.2. Objeto de la sustitución fideicomisaria.....	p.24
5.3. Límites de la sustitución fideicomisaria	p.27
5.4. Requisitos ¿Cómo opera la sustitución fideicomisaria?.....	p.30
5.5. Efectos y término de la sustitución fideicomisaria	p.32
5.6. Las sustituciones fideicomisarias condicionales.....	p.33
5.6.1. La sustitución <i>si sine liberis decesserit</i>	p.34
5.6.2. El fideicomiso de residuo.....	p.34
5.7. El usufructo con facultad de disponer.....	p.36

LISTADO DE ABREVIATURAS

- **CC:** Código Civil
- **CP:** Código Penal
- **LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil
- **DGRN:** Doctrina General de los Registros y del Notariado
- **TS:** Tribunal Supremo
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **TSJ:** Tribunal Superior de Justicia
- **AP:** Audiencia Provincial
- **P.:** página
- **Art.:** Artículo

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y CLASES DE SUSTITUCIONES

Dentro del ámbito del complejo Derecho de sucesiones podemos encontrarnos con multitud de figuras. Suceder es una palabra derivada del latín (*'succedere'*) y es la acción por la cual una persona ocupa el lugar de otra, sustituyéndola en una determinada relación jurídica, y permaneciendo dicha relación inalterada. La sucesión *'mortis causa'* (que es la que nos interesa a efectos de este trabajo), solamente tendrá lugar entre las relaciones jurídicas transmisibles.

En cuanto a los elementos que componen el derecho hereditario, cabría mencionar tres antes de adentrarnos. En primer lugar, los elementos *personales* que son el difunto o causante (también llamado *'de cuius'*) y el heredero, sucesor o causa habiente. En segundo lugar, los elementos *formales* que son el título sucesorio (bien sea el testamento, la declaración de herederos 'ab intestato' o el contrato, cuando se admite); y por último, los elementos *reales* que son los bienes y derechos que se heredan.

También es de importancia destacar el carácter diferencial entre el heredero y el legatario, siendo el primero un sucesor universal, y el segundo un sucesor particular.

Como nos recuerda ALBALADEJO¹, de igual modo que la ley para el caso de que el llamado primeramente a la herencia no llegue a ser heredero, llama a otros mediante la sucesión abintestato, así también puede el causante llamar a otro a la herencia para el caso de que el instituido principalmente por él no llegue tampoco a serlo. Y es precisamente este el tema que será objeto de investigación y comentario de ahora en adelante.

Una sustitución hereditaria es 'la disposición del testador por la que ordena que otra persona se coloque en el lugar ocupado por el heredero primeramente instituido'.² El fundamento clásico de esta institución lo encontramos en el Derecho Romano y en la necesidad de que la herencia tuviera siempre un heredero para que el testamento fuese válido. Sin embargo, hoy en día el fundamento radica más bien en el Derecho común, y en la libertad del testador para elegir que no se abra la sucesión intestada o legal, o simplemente por no existir el primer instituido como heredero o

¹ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p.85

² Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 94

legatario. A finales de la época republicana ya se distinguía la sustitución vulgar y la sustitución pupilar, a las que se une en Derecho Justiniano la llamada sustitución cuasipupilar.³

Aunque no hay acuerdo unánime sobre la naturaleza jurídica de la sustitución, según la doctrina dominante se trata de una institución de carácter condicional en la que la condición suspensiva negativa consiste en un acontecimiento futuro e incierto de que no llegue a ser heredero el primer instituido. Lo que sí está claro, es que pueden diferenciarse tres protagonistas en esta figura sucesionista, y estos son: en primer lugar el *instituido* o llamado en primer lugar a la herencia, en segundo lugar el *sustituido* que es el heredero que en su caso no quiere o no puede heredar, y por último, el *sustituto* que sería el heredero preferido en defecto del instituido.

Según la ordenación de nuestro legislador, la regulación legal de esta figura se comprende tanto en la sección 3ª del Título III del Libro III del Código Civil, como en la sección dedicada a regular la institución del heredero que se comprende en los artículos 774 a 789 del mismo Código.

Como especialidades forales que serán mencionadas más adelante, podemos nombrar en primer lugar, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, modificada por última vez por la Ley catalana 1/2015, de 5 de febrero, de régimen especial de Aragón, que dedica el Capítulo V del Título II a las sustituciones hereditarias. En segundo lugar, en cuanto a Mallorca y Menorca, la Sección Segunda del Capítulo III del Título II del Libro Primero (artículos 25 a 37) del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. Y por último en cuanto a Navarra, el Título VII del Libro Segundo de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, se centra principalmente en las sustituciones vulgar, fideicomisaria y de residuo.

Las sustituciones hereditarias se pueden clasificar de muchas maneras. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN⁴ hablan de sustituciones *directas o de primer grado* cuando el sustituto es llamado solamente para el caso de que el primer instituido no llegue a heredar, mientras que las sustituciones

³ ORTEGA CARRILLO, A., 'Sustitución del heredero en el testamento', Derecho en red, 2012 (disponible en <http://www.derechoromano.es/2012/09/sustitucion-del-heredero-en-el-testamento.html>; última consulta 1/03/2017).

⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 94

indirectas o de segundo grado serían aquellas en las que el sustituto es llamado a ocupar el lugar del instituido, a partir de un cierto momento o cuando se cumpla una determinada condición.

También pueden clasificarse las sustituciones en *alternativas* o *sucesivas* dependiendo de cómo se produzcan los segundos llamamientos en sustitución del primero.

Desde otro punto de vista, podrían clasificarse según operen respecto a herederos o legatarios ⁵.

Por último, y la más importante es la distinción que realiza nuestro Código Civil, entre las siguientes figuras que veremos por separado y detenidamente: sustitución vulgar o simple, sustitución pupilar, sustitución ejemplar o cuasipupilar y por último sustitución fideicomisaria.

2. LA SUSTITUCIÓN VULGAR

2.1. Concepto, naturaleza y sujetos

Partiendo de la previsión del artículo 774 del Código Civil, *‘Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar la herencia’*. *‘La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario’*.

La sustitución vulgar es pues, la situación por la que el causante, previendo que el llamado a la herencia no llegue finalmente a adquirirla, designa a uno o varios sustitutos que tomarán en dicho caso la posición del heredero. Solo cabe la sustitución si el causante así lo dispone en el testamento, ya que es una mera facultad que corresponde al testador (*caput et fundamentum totius testamenti*).

La naturaleza jurídica de la sustitución vulgar es fundamentalmente condicional, pero es aquí donde entra el debate entre ‘no querer’ y ‘no poder’ aceptar la herencia, pues si el heredero no quiere aceptarla, sí habría un llamamiento estricto y condicional al sustituto, pero si el caso es que no pueda aceptarla, la sustitución solo operaría desde la apertura de la sucesión, sin haber de cumplirse ninguna condición. Con ello, nos dice LASARTE, que la mayoría de la doctrina considera

⁵ ART. 789 CC: *‘Todo lo dispuesto en este capítulo respecto a herederos se entenderá también aplicable a los legatarios’*

aplicables de manera subsidiaria las normas propias de la institución condicional de heredero, y en su caso las normas generales sobre las condiciones ⁶.

En cuanto a los sujetos intervinientes encontramos en primer lugar el *testador* o *instituyente*; en segundo lugar el instituido que es el primer llamado a la herencia por el testador; y por último encontramos al *sustituto* que es el segundo llamado en caso de que el instituido no pueda o no quiera heredar. Los gravámenes a los que quedará sometido el sustituto, quedan regulados en el artículo 780 del Código Civil que dispone que '*el sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido*'.

Si bien nada dispone el Código de la capacidad concreta requerida para la sustitución vulgar, por aplicación analógica del artículo 780 del Código Civil ('*el sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido*'), podemos deducir que la capacidad es la misma que la requerida para ser heredero. La Sección 1ª del Capítulo II del Título III del Código trata esta cuestión: 'De la capacidad para suceder por testamento y sin él', disponiendo en su artículo 744 que '*podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley*', y dedica sus posteriores artículos a determinadas excepciones que tienen que ver con la Iglesia, los tutores, la indignidad, etc.

A raíz del artículo 774 CC, cabría diferenciar tres supuestos: el primero, que el heredero fallezca antes que el sustituto (premorienza del instituido heredero al testador), con lo que el sustituto recibiría la delación en el momento del fallecimiento; segundo, que no quiera el heredero aceptar la herencia, o lo que es lo mismo, que la repudie; y tercero, que no pueda aceptarla. Esta última también comprendería el supuesto de premorienza, pero visto que el legislador le da un trato específico en el primer apartado, suponemos que se trata de otras varias causas como a las que se refiere O'CALLAGHAN ⁷. Este autor, entre las otras posibles causas que llevarían a llamar al sustituto designado en el testamento, se refiere a las siguientes: declaración de ausencia del primer instituido, indignidad para suceder del instituido heredero, invalidez de la institución de heredero

⁶ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.100

⁷ O' CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2016, p. 184

siempre que no suponga la revocación de la sustitución vulgar establecida, y institución de heredero bajo condición suspensiva que no llega a cumplirse.

2.2. Modalidades de sustitución vulgar

En cuanto a las modalidades de la sustitución vulgar, podemos encontrar cuatro, de las cuales tres se deducen del artículo 778 del Código Civil al establecer que *'Pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos'*. Diferenciamos:

- En primer lugar, la existencia de un sustituto para un instituido.
- En segundo lugar, la existencia de un sustituto para varios instituidos.
- En tercer lugar, la existencia de varios sustitutos para un instituido.

La tercera modalidad es la que más problemas plantea en cuanto a la proporción que corresponderá a cada sustituto. Ello además dependerá de la forma en que sean nombrados dichos sustitutos. Por un lado, si son nombrados conjuntamente, y el testador no ha fijado de antemano las partes, se entienden llamados por partes iguales por aplicación analógica del artículo 765 del Código Civil (*'los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales'*). Sin embargo, si éstos son nombrados sucesivamente (en la modalidad que se conoce como 'sustitución vulgar gradual'), cada sustituto es llamado por el todo pero solo en defecto del sustituto anterior aplicándose el principio del Derecho Romano de *substitutus substituto est substitutus instituto*, pues en la sustitución gradual, cada sustituto lo es de los anteriores y directamente de los instituidos.

La cuarta y última modalidad de sustitución vulgar se deduce del artículo 779 del Código Civil que dice así: *'Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador'*. Esta última modalidad es la conocida como sustitución recíproca. El artículo mencionado recoge el principio romano de las Partidas conocido como *'partes adiectae in institutione censertur repetitae in substitutione'* que fue introducido por primera vez en 'El Digesto' de ULPIANO número 28, 6, 24 y lo explicaba así: si hay un instituido en una onza, otro en ocho y otro en tres, y éste último repudia, sus tres onzas se habrán de dividir entre nueve partes, de las cuales ocho serán para el instituido en ocho, y una para el instituido en una⁸. Más adelante,

⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, Tecnos, Madrid, 2012, p. 95

recoge este mismo principio el Proyecto de Código Civil de 1852 en su artículo 633 que decía así: *‘Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos, instituidos en partes desiguales, tendrán éstos, en la sustitución, las mismas partes que en l institución, si no apareciere claramente haber sido otra la voluntad del testador’*.⁹ Pero dicha solución no funcionaría si opera la sustitución recíproca, y el que tiene mayor cuota es el que no puede o no quiere aceptar la sucesión. De la aplicación literal del artículo 779 del Código, se abriría la sucesión intestada para la parte que excede de la cuota de dicho heredero, pero como queda claro que la voluntad del testador era otra precisamente al haber ordenado la sustitución, lo lógico sería que los sustitutos heredasen según sus partes.

Por último, en líneas de LASARTE, existe una rara unanimidad doctrinal en la interpretación de sustitución recíproca¹⁰: Si los instituidos son dos herederos de forma recíproca, la íntegra cuota correspondiente al sustituto se le imputará en su totalidad para poder excluir así la sucesión abintestato. De otro lado, si los sustitutos son tres o más, la porción vacante de uno de ellos se distribuirá de forma proporcional entre los restantes. Pongamos un ejemplo:

Fallece Juan, repartiendo su herencia entre sus tres hijas de la siguiente manera:

- $3/6$ para Beatriz
- $2/6$ para Blanca
- $1/6$ para Alejandra

Si fallece Blanca, sus $2/6$ partes habrá que dividir las entre el total de las partes que les corresponden a Beatriz y Alejandra ($4/6$), con lo que nos quedaría $1/2$. A Beatriz le corresponderá su parte multiplicada por dicha cantidad ($1/4$), y a Alejandra su parte también multiplicada por $1/2$ ($1/12$). Las cuotas totales de Beatriz y Alejandra son la suma de sus cuotas originales, más sus cuotas de sustitución.

2.3. La sustitución vulgar y la legítima

⁹ Proyecto de Código Civil de 1851 (disponible en: <http://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>; última consulta: 7/03/2017)

¹⁰ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.101

Al ser redactado el actual Código Civil, se suscitó un gran debate en torno a la ‘libertad de testar’, que acabó con nuestro legislador optando por un sistema en el cual todavía persiste cierta tensión entre la libertad de testar procedente del Derecho Romano, y la fijación de una cuota reservada a favor de la familia del testador, siendo nuestro sistema (como muchos otros), una combinación de ambas formas que ofrece variadas soluciones en torno a la legítima. La legítima según dispone el artículo 806 del Código Civil es *‘la porción de bienes de los que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos’*. Acto seguido, dispone el artículo 807 que se considera herederos forzosos fundamentalmente a los descendientes y a falta de éstos, a los ascendientes, y si procede conforme a lo dispuesto en el Código, el cónyuge viudo. Cuando nos referimos a ‘porción de bienes’, resulta obvio que el legislador no puede determinarlos expresamente, por lo que dicha expresión se refiere a una cuota o porción general del patrimonio hereditario.

Para poner en consonancia ambos conceptos, debemos acudir al artículo 813 del Código: *‘El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley’*. *‘Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados’*.

Dicho artículo, como nos dice la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 26 septiembre de 2014 ¹¹, deja claro que el testador que tenga herederos forzosos ‘en ningún caso puede someter a sustitución la legítima estricta’, pues ésta sólo podría darse en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario. Este límite al testador de no imponer sobre la legítima ‘sustitución de ninguna especie’, se ha interpretado en el sentido de que lo esencial es «no perjudicar» los derechos a la legítima de los herederos forzosos. Realmente no se atenta contra la legítima del legitimario sustituido, puesto que precisamente se prevé para el supuesto de que no llegue a serlo. Ahora bien, sí que puede atentar la sustitución vulgar de un legitimario contra la legítima de los demás coherederos forzosos, por cuanto, al no haber nacido la de aquél, tienen efectividad las de otros designados por la ley en grado u orden subsidiarios, o bien contra el acrecimiento de las de otros. Así, la muerte de un hijo da paso a las de los nietos; y la de todos ellos a la de los ascendientes. En estos supuestos sólo es posible la sustitución en los bienes

¹¹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, núm. 11520/2014, de 26 septiembre. (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/>; última consulta: 12/03/2017)

de la legítima si está establecida a favor de quienes, en defecto de la sustitución, serían legitimarios. En este sentido, la admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia (o el legado) supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante, y en tal sentido dicho efecto quedaría sujeto a la interdicción de las disposiciones testamentarias que constituyan un gravamen o limitación de la legítima estricta’.

2.4. Las sustituciones hereditarias y su relación con el *ius delationis* y el derecho de acrecer

La apertura de la sucesión coincide con la muerte de una persona. Una vez esto ocurre, podemos diferenciar dos momentos: el primero, que es la vocación o *vocatio*, en la cual se determina quienes son las personas que han sido llamadas a la herencia (tengamos en cuenta que tanto el instituido como el sustituto son ‘llamados’ a la herencia, por lo que la determinación del llamamiento corresponderá a lo que se haya dispuesto en el testamento). La segunda fase es la delación, o en latín, *ius delationis*. Esta fase conforma el momento en el cual el llamado aceptará o repudiará la herencia. Como nos explica LASARTE¹², ‘la necesidad de distinción entre una y otra fase, básicamente viene determinada por el hecho de que en la mecánica sucesoria la vocación no coincide en todos los casos con la delación propiamente dicha’

El *ius delationis* establecido en el artículo 1006 del Código Civil (*‘Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los unos el mismo derecho que él tenía’*), podemos decir que no trae como consecuencia automática el llamamiento al sustituto, sino que si el primer llamado muere sin ejercitar su derecho a heredar, éste pasa directamente a sus familiares, sin entrar en juego los sustitutos nombrados. En estas mismas líneas se plantea si el acrecimiento (que es la llamada conjunta a la herencia) también eliminaría la sustitución vulgar. Esto plantea cierto debate, pues mientras que el artículo 986 del Código¹³ deja clara una preferencia del derecho a acrecer sobre la sustitución, el artículo 912.3 CC¹⁴ antepone la sustitución.

¹² LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.16

¹³ ART. 986 CC: *‘En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho a acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones’*

¹⁴ ART. 912.3 CC: *‘La sucesión legítima tiene lugar: 3º Cuando falta la condición puesta a a institución de heredero, o éste mude antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer’*

Así mismo, la segunda modalidad de sustitución vulgar mencionada en el apartado 2.2. (un sustituto para varios instituidos) plantea dudas en cuanto al momento en el que el sustituto debe entenderse llamado. Como ya se dijo y con referencia al artículo 774 del Código Civil, prima la voluntad del testador, por lo que en primer lugar habría que atender a lo dispuesto en el testamento. Pero si éste no expresa nada, y solo prevé la sustitución designando un único sustituto para varios instituidos, la cuestión radicaría en la prevalencia o no del eventual derecho de acrecer entre los instituidos herederos.

El derecho de acrecer viene regulado en el artículo 982 del Código Civil y es el efecto que se produce cuando cualquiera de los llamados no puede o no quiere aceptar su parte, conllevando una expansión de la parte correspondiente de los demás instituidos. Para que el derecho de acrecer tenga lugar, se requiere... *'1º Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes.'* y *'2º Que uno de los llamados muera antes que el testador o que renuncie a la herencia, o sea incapaz de recibirla'*. Podría entenderse que si existe derecho de acrecer entre los herederos, éste tiene preferencia sobre la sustitución. Sin embargo, y como señala ALBALADEJO¹⁵, lo lógico es que la sustitución opere cuando no pueda o no quiera suceder uno solo de los instituidos.

A modo de recapitulación sobre la sustitución vulgar podemos decir que a menos que el testador haya dispuesto otra cosa, se aplican las siguientes reglas:

- a) La sustitución vulgar prevalece sobre el derecho de acrecer ¹⁶ (contraposición del artículo 912.3 CC, y del artículo 986 CC) así como sobre la sucesión abintestato.
- b) El derecho de transmisión del primer instituido prevalece sobre la sustitución vulgar¹⁷ pero si dan los presupuestos para que opere la delación en favor del sustituto sí podrán sus propios herederos aceptar o repudiar al amparo del art. 1006 CC.
- c) El derecho a la legítima prevalece sobre la sustitución vulgar.

¹⁵ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p.85

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1987. (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/>; última consulta: 14/03/2017)

¹⁷ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de junio de 1986. (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/>; última consulta: 14/03/2017)

- d) La sustitución vulgar no debe perjudicar los derechos legitimarios: mientras haya legitimarios no pueden recibir porciones que corresponden a la sucesión forzosa sustitutos extraños y tampoco es lícita la designación de legitimarios como sustitutos vulgares de lo que les corresponda como sucesores forzosos directos.

3. SUSTITUCIÓN PUPILAR

3.1. Concepto, naturaleza y sujetos

Es muy frecuente en la doctrina abordar el estudio de las sustituciones ejemplar y pupilar de manera conjunta. Si bien ambas son modalidades parecidas, también tienen sus diferencias por ello les daremos un tratamiento diferenciado.

La sustitución pupilar viene recogida en el artículo 775 CC en los siguientes términos: *‘Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad’*. Esta disposición se da sobre todo en interés del menor, para proteger su patrimonio. Como éste no tiene capacidad para testar, la Ley permite que en su lugar lo hagan sus padres, y así se evita que si el menor fallece sin haber otorgado testamento, se abra la sucesión abintestato, es decir, se procura que sus bienes tengan un destino. Sin embargo, esta figura constituye una clara excepción al carácter personalísimo del testamento recogido en el artículo 670 del Código civil (*‘El testamento es un acto personalísimo: no podrá darse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario’*). *‘Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente’*).

Ya con el Derecho Romano se aludía a la sustitución pupilar cuando el titular de la patria potestad de su hijo/a, en su lugar y representación, nombraba un sucesor para éste. La sustitución pupilar es básicamente el mantenimiento de esta modalidad histórica cuya función práctica actual es casi nula. Tanto es así que en numerosas legislaciones como el Código Civil francés, e incluso el BGB, han renegado de la sustitución vulgar considerándola una mera figura histórica. Sin embargo, nuestro Código optó por mantenerla, ya que ha sido conocida desde siempre y tiene un claro origen

consuetudinario. Su naturaleza es particular respecto del resto de modalidades de sustitución, pues el fenómeno de la sustitución se produce solo con relación al testamento¹⁸. El sustituyente (padre o madre) testa por el sustituido (menor de catorce años) llamando a la herencia de éste al sustituto, presentando como y hemos dicho una clara contradicción al carácter personalísimo del testamento.

En cuanto a la naturaleza de la sustitución pupilar, se abre una disputa en la cual se trata de determinar si el sustituyente hace el testamento abarcando todos los bienes del menor o solo aquellos que le deje el sustituyente, pero esta cuestión será debatida en el apartado que abarca el objeto de la sustitución pupilar.

En lo que se refiere a los sujetos que intervienen en esta modalidad de sustitución, tenemos tres personajes principales:

- El *sustituto* que es la persona que será designada por el ascendiente como sucesor, el heredero. Es el sustituto el que hereda al sustituido, y no al sustituyente¹⁹. En cuanto a la capacidad del sustituto, se deduce del artículo 775 CC, que en el momento en el que el menor de edad cumpla catorce años, ya no operaría esta figura, extinguiéndose la disposición del sustituyente, pues el menor tendría plena capacidad para testar y nombrar sus propios sustitutos.
- El *sustituyente* que será el padre, madre o ascendiente del menor de catorce años. El Código no requiere que el ascendiente ostente la patria potestad sobre el sustituido, más bien la niega al admitir que tanto padres como ascendientes puedan ser sustituyentes, por lo que estaríamos admitiendo que los abuelos por ejemplo, también lo sean.
- El *sustituido* que será en este caso el menor de catorce años, pues es la edad mínima para poder testar. Para que esta modalidad de sustitución opere, el menor de catorce años ha de fallecer antes de alcanzar dicha edad. Así mismo, dicha facultad deviene ineficaz cuando cumpla catorce años, haya o no otorgado testamento.

Una vez explicados los sujetos que intervienen en la sustitución pupilar, y visto que el Código no muestra ningún criterio respecto a la preferencia de los respectivos ascendientes del sustituido,

¹⁸ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.104

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero de 1907. (disponible en: <http://aranzadi.aranzadigital.es/>; última consulta: 15/03/2017)

debemos centrarnos en el problema de la pluralidad de sustituyentes (es decir, que ocurriría si varios ascendientes ejercitan su derecho nombrando varios sustitutos para el menor). Podrían darse dos supuestos:

El primero, que los ascendientes del sustituido sean de diferente grado. En este caso la doctrina mayoritaria (véase, LASARTE²⁰) aboga por considerar válida la sustitución habida en el grado más cercano, considerando ineficaces las otras. Sin embargo un escaso sector doctrinal apuesta por el criterio temporal, es decir, por quien primero hubiese ordenado la sustitución del menor.

Y el segundo, que los ascendientes del sustituido fueran del mismo grado (padre, madre). En este caso LASARTE defiende la idea de que se haya de prorratear la herencia entre los distintos sustitutos. El autor así mismo apunta, que no debe acudir al criterio temporal, ni al sexo del instituyente, pero que por razones institucionales si uno solo de los ascendientes ostentase la patria potestad del sustituido, parece natural que ésta sustitución sea preferente a las demás. De no existir estas circunstancias, llega el autor a la anterior conclusión de prorratear la herencia entre los sustitutos designados ²¹.

Al no haber jurisprudencia respecto de esta cuestión, que la aclare de forma más concisa, siguiendo la línea doctrinal mayoritaria, pondré un ejemplo práctico:

Juan, de 12 años tiene dos fincas de importe similar; una en la sierra de Guadarrama, y otra en la sierra de Gredos que ha heredado de un tío abuelo fallecido este mismo año.

- *Primer supuesto: su abuela Josefina nombra como sustituto de su herencia a la prima de Juan, Alejandra que también es nieta de Josefina. Por otro lado, la madre de Juan, Reyes, nombra como sustituto para dicha herencia al hermano de Juan, Leonardo que tiene 16 años. Tanto su abuela Josefina como Reyes, su madre, al ser ascendientes tienen derecho a nombrar sustitutos para la herencia de Juan, pero al tener diferentes grados, prevalece el más próximo, el de la madre. La sustitución realizada por Josefina sería ineficaz.*

²⁰ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.107

²¹ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.107

- *Segundo supuesto: Reyes como ya hemos dicho nombra al hermano de Juan, Leonardo como su sustituto. Pero en cambio, el padre de Juan considera mejor nombrar sustituta a la hermana recién nacida de Juan, Natalia, y lo hace dos meses después de que Reyes haya nombrado sustituto a Leonardo. Como el criterio temporal no influye, y el sexo de los sustitutos tampoco, siguiendo a LASARTE sólo si uno de los padres de Juan ostentase la patria potestad, sería ineficaz la sustitución del otro, pero suponiendo y como suele ocurrir, que ambos la ostenten, la solución sería prorratear la herencia de Juan entre Natalia y Leonardo, a uno le correspondería la casa en la sierra de Guadarrama y a otro la casa en la sierra de Gredos.*

3.2. Objeto de la sustitución pupilar

Para delimitar el objeto de la sustitución pupilar y poder hablar de su naturaleza jurídica, es necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿Que bienes abarcan la herencia del menor? Una vez designado sustituto para el menor, y suponiendo que fatalmente éste falleciere antes de los catorce años, se plantea la doctrina la siguiente discusión: ¿Abarca el llamamiento todos los bienes del menor o solo los transmitidos por el ascendiente sustituyente?

Por un lado, parte de la doctrina (tesis amplia) se remonta al Derecho Romano y a las Partidas, según las cuales el *pater familias* podía disponer de todos los bienes del pupilo cuando éste fallecía, tan solo instituyéndole como heredero. En contraposición a este argumento, la tesis restrictiva argumenta que la patria potestad como poder absoluto frente a los hijos ya no es una realidad, y que por lo tanto no se debería acudir al Derecho Romano para buscar una solución.

Así mismo, la doctrina que opta por la interpretación amplia parte de la base de que atendiendo al artículo 775 del Código, no se distinguen los bienes dejados al menor por quien dispone de la sustitución, de los bienes que el mismo menor pueda recibir por otras diversas causas. En contraposición a esta parte de la doctrina que incluye en la sustitución todos los bienes del sustituido, la tesis restrictiva considera que sería ilógico ya que cualquier ascendiente del sustituido, podría privar al padre/madre de la parte de libre disposición de la herencia de uno de los hijos, si éste ha fallecido antes de cumplir los catorce años. Los partidarios de la segunda tesis (la restrictiva), también argumentan que el testamento tal y como dispone el artículo 670 del Código

Civil *'es un acto personalísimo'*, característica que desaparecería si se admite que un padre pueda testar en representación de un menor disponiendo de todo su patrimonio.

En el Derecho romano, el objeto de la sustitución comprendía todos los bienes, y esta es la posición que maneja la tesis amplia doctrinal y la que ha sido admitida por el Tribunal Supremo en 1907 y 1915, ya que si no, carecería de sentido esta sustitución, pudiendo darse en su lugar la sustitución fideicomisaria de la cual hablaremos en último lugar. Sin embargo autores como CASTÁN TOBEÑAS y SÁNCHEZ ROMÁN²² se inclinan por la tesis restrictiva, para no vulnerar el carácter personalísimo del testamento. Pero nos acojamos a la tesis que sea, hay un principio que se mantiene, y este es el principio de 'intangibilidad de la legítima' recogido en el artículo 777 del Código Civil (*'las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, solo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos'*). Para ALBALADEJO el artículo es inútil, porque como la legítima es indisponible para cualquier testador, con más razón lo es para el ascendiente en nombre del menor.

3.3. Efectos y término de la sustitución pupilar

El término de la sustitución pupilar llega cuando el menor cumple catorce años, que es la edad que le concede el legislador para poder testar. No hace falta que emita ningún tipo de declaración. De hecho, son muchas las normas en las cuales nuestro legislador otorga capacidad al menor de edad, pudiendo el menor realizar actos con eficacia jurídica sin el consentimiento de terceros. Como dispone el artículo 663 CC, *'Están incapacitados para testar: 1º Los menores de edad [...]*' Por lo que el testamento otorgado por cualquier menor mayor de catorce años surtirá plenos efectos. Si un menor otorgase testamento sin haber cumplido los catorce años, él mismo sería nulo de pleno derecho, y es por ello que existe la figura de la sustitución pupilar, que evita en último término la apertura de la sucesión intestada. Ahora bien, si acudimos a la práctica, ¿Qué ocurriría si muere el menor que no ha otorgado testamento, pongamos de quince años? En principio la sustitución ya no surtiría efecto, ya que como nos dice el artículo 775 CC, solo pueden los padres nombrar sustitutos para los hijos menores de catorce años, lo que implica que desde el momento en que el menor es

²² CASTÁN TOBEÑAS, J. y ROMÁN GARCÍA, A.M., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo VI: *Derecho de sucesiones*, Volumen 2: *Los particulares regímenes sucesorios*, Reus, Madrid, 2015, pp. 403-405

capaz para otorgar testamento se extingue dicha sustitución. Entonces... ¿Quién heredaría? Veámoslo con un ejemplo práctico:

Josué, padre de familia, casado con Mari Luz, tenía tres fincas sitas en Córdoba, y otorgó testamento en el cual dejaba una a cada hijo que tenía. Antes de fallecer nombró como sustitutas de su hijo Guillermo (que entonces tenía 7 años) a sus dos hermanas, Giovanna y Mercedes. Si Guillermo muere antes de cumplir catorce años, su herencia (una de las fincas sitas en Córdoba) tendría un destinatario, sus hermanas. Pero, si Guillermo muere a los quince años sin haber otorgado testamento (porque por poder, podría haberlo otorgado ya que tiene capacidad para testar), la sustitución realizada por su padre Josué ya no despliega efectos jurídicos, y tendremos que acudir al artículo 921 del Código Civil que dispone ‘En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto [...]’ y al artículo 807 CC que dispone que los herederos forzosos preferentes son los hijos y descendientes, y a falta de estos, los padres y ascendientes. Como Guillermo ha fallecido sin establecer quienes son sus herederos, es el legislador quien los nombra siguiendo un orden de parentesco, por lo que si Guillermo tuviese hijos, éstos heredarían en primer lugar. Pero lamentablemente con quince años, aún no tiene descendencia, por lo que heredan sus ascendientes, es decir, su madre Mari Luz. ¿Y si Mari Luz hubiese fallecido unos meses antes que Guillermo? Como Guillermo no está casado, no hay cónyuge viudo que pueda heredar, y de nuevo serían sus dos hermanas, Giovanna y Mercedes quienes se situarían como primeras llamadas a la herencia de Guillermo.

4. SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

4.1. Concepto y naturaleza

En palabras de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ‘de honda raigambre romana son las sustituciones pupilar y ejemplar’²³, y es que de hecho, la sustitución ejemplar surge tardíamente en Roma, a

²³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 109

modo de privilegio debiendo su nombre curiosamente a que esta modalidad tomó como ‘ejemplo’²⁴ a la sustitución pupilar. Concretamente, consistía en la facultad reconocida por Justiniano al ascendiente que aun sin tener la patria potestad, podía nombrar sustituto al descendiente que sufriese perturbación mental resultando incapaz para testar. Como ya he dicho con anterioridad, aunque la sustitución ejemplar y la pupilar son tratadas por muchos autores de manera conjunta, aquí las diferenciaremos sin olvidar de mencionar aquellos aspectos que justifican que se les dé en ocasiones un tratamiento conjunto.

La sustitución ejemplar, también conocida como sustitución cuasipupilar viene recogida en el artículo 776, párrafo primero del Código civil que dispone que ‘*el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme al derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental*’. Es decir, lo que viene a decirnos el legislador en este caso es que los padres del mayor de catorce años incapacitado podrán hacer el testamento por su hijo. En este caso, al igual que con la sustitución pupilar, la naturaleza jurídica está estrechamente ligada con el objeto y abarca un interesante debate doctrinal del que hablaremos más adelante. De hecho, conviene recordar que en esta modalidad no se da una ‘sustitución’ en el sentido estricto de la palabra, porque no se sustituye a nadie, sino que los padres nombran a un sucesor en representación de su hijo incapacitado, para que si éste fallece, su caudal relicto tenga un destino concreto, evitando a la vez abrir la sucesión intestada. Como consecuencia, volvemos a encontrarnos ante una excepción al carácter personalísimo del testamento. En palabras de ALBALADEJO, la sustitución ejemplar ‘no es realmente una disposición que se contenga en el testamento, sino un caso de testamento hecho, no por el interesado, sino por otra persona’.²⁵

Por lo que se refiere a los sujetos que intervienen en la sustitución ejemplar, debemos diferenciar a los tres siguientes: En primer lugar, el *sustituto* que es la persona que será designada por quien ostente la patria potestad del incapaz como sucesor, el heredero. Mientras que en Derecho Romano era obligado nombrar como sustituto al hermano o ascendiente del incapaz, hoy en día no existe limitación sobre la persona a designar como sustituto. En segundo lugar, el *sustituyente* que será el padre, madre o ascendiente del mayor de catorce años incapaz (como ya fue explicado en la

²⁴ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 265

²⁵ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 265

sustitución pupilar, el Código no requiere que el ascendiente ostente la patria potestad). El tercer y último sujeto de la sustitución ejemplar será el *sustituido* que es el mayor de catorce años incapaz. Dos precisiones con respecto al sustituido: la primera es que el código no menciona que modalidad de sustitución operaría si el menor de catorce años es incapaz. Por un lado el artículo 775 CC nos habla del menor de catorce años, mientras que el artículo 776 CC nos habla del mayor de catorce años incapacitado. Al no haber jurisprudencia al respecto, en mi opinión prevalece el artículo 775 CC por una simple razón y es que aunque el menor de catorce años sea incapaz²⁶, de tener éste un momento de lucidez, tampoco podría otorgar testamento porque los menores de catorce años no tienen capacidad para testar. Aunque parezca obvio, parece una cuestión interesante a destacar, de lo que se puede deducir que el artículo 775 CC no solo se aplica a los menores de catorce años, si no también a los menores de catorce años incapaces. La segunda precisión radica en torno al término '*incapaz por enajenación mental*', pues con la reforma del Código Civil que tuvo lugar con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, los nuevos artículos 199 CC ²⁷ y 200 CC ²⁸ se refieren a la declaración de '*incapaz*' y a las causas de '*incapacitación*' sin más.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN²⁹, '*la menor edad no impide la incapacitación*', pues quedaría prorrogada *ope legis* la patria potestad al llegar a la mayoría de edad (así lo dispone el Código Civil en su artículo 171: '*La patria potestad sobre los hijos quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad*'.) Por ello, la cuestión que plantean los autores y sobre la que es interesante reflexionar es si sería indispensable la declaración judicial del incapaz antes de nombrar sustituto, o basta que se haga después siempre que sea antes del fallecimiento del incapaz.

²⁶ ART. 201 CC: '*Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*'.

²⁷ ART. 199 CC (nueva redacción y modificación por el artículo 1 de la Ley núm. 13/1983, de 24 de octubre). '*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*'

²⁸ ART. 200 CC (nueva redacción y modificación por el artículo 1 de la Ley núm. 13/1983, de 24 de octubre). '*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*'.

²⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 111

En estas líneas, la STS de 29 de marzo de 2001³⁰ cita: ‘... la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1956, especifica de una manera muy concreta que ‘la declaración de incapacidad del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución, porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad’. El Tribunal Supremo no parece sostener que sea indispensable pues, esta declaración judicial de incapacidad antes de nombrar sustituto. Hasta la STS de 10 de junio de 1941, el Tribunal Supremo exigía la declaración de incapacidad como requisito para otorgar testamento en nombre del incapaz, pero, a partir de dicha sentencia se establece que no es relevante si dicha declaración es anterior o posterior al testamento.

4.2. Objeto de la sustitución ejemplar

Aquí nos encontramos de nuevo con el debate doctrinal mencionado en el apartado 3.2 ‘objeto de la sustitución pupilar’. Y es que para poder hablar de la naturaleza jurídica de la sustitución ejemplar debemos situarnos en una posición concreta acerca de su objeto. En Derecho romano, al ser la sustitución un atributo de la patria potestad, su objeto comprendía todos los bienes del incapaz. ‘La disputa se centra, en esencia, en determinar si el sustituyente hace testamento por el menor o incapacitado (al que se designa legalmente como sustituido) abarcando el mismo los bienes que le deje y los que aquéllos puedan tener por otros títulos, o bien ... en los bienes que les deje el sustituyente’.³¹

La STS de 14 de abril de 2011³², cuyo ponente fue O’CALLAGHAN MUÑOZ, cita:

‘La sustitución, tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero del sustituido (hijo menor o incapaz) y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 305/200,1 de 29 de marzo de 2001. (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/>; última consulta: 18/03/2017)

³¹ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 110

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 14 de abril de 2001 (disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/sustitucion-ejemplar.htm>; última consulta 26/03/2017)

mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907, que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997 que dice: ‘Esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel...’. La anterior sentencia plantea directamente la cuestión del contenido se pronuncia a favor del amplio, que comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz. Lo que es reiterado por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 que plantea el problema en estos términos: ‘El núcleo central del mismo es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz’. Y lo resuelve en los mismos términos que la sentencia anterior, de 26 de mayo de 1997, a la que se remite y afirma que comprende todo el patrimonio del sustituido y, así, los sustitutos heredan a éste, no al sustituyente. La sentencia de 20 de mayo de 1972 dice explícitamente que la sustitución tanto pupilar como ejemplar constituyen una excepción al artículo 670 del Código Civil que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941’.

Es aquí donde también me parece interesante prestar atención a la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado³³ (de ahora en adelante DGRN) en la cuál se discierne sobre el alcance de la sustitución ejemplar, y se confirma la decisión del Registrador de no inscribir la adjudicación de una herencia partiendo de la base de que la sustitución solo tiene por objeto los bienes dejados al incapaz, impidiendo la concurrencia de diversas sustituciones. Dice esta resolución: ‘...En el Código Civil, como consecuencia de su distinta idea sobre la sucesión intestada, y los principios liberales de la época de su redacción, cambia el criterio sobre el concepto y ámbito de las sustituciones pupilar y ejemplar: se resalta el carácter personalísimo del testamento, prohibiendo el testamento por comisario, y se suprimen todas las disposiciones que el Derecho hasta entonces vigente establecía para el caso de pluralidad de sustituyentes, lo que revela la concepción de que dicha sustitución sólo tiene por objeto los bienes dejados al sustituido

³³ Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 6 de junio de 2003 (BOE 61/2003). (disponible en: <http://online.elderecho.com/>; última consulta: 17/03/2017)

incapaz, ya que, en dicho caso, no cabe la concurrencia de diversas sustituciones, por abarcar cada una de ellas a distintas masas patrimoniales' [...]

Como vemos, mientras que el Tribunal Supremo se acoge a la tesis amplia, la DGRN opta por la tesis restrictiva, aunque no siempre la DGRN se ha inclinado por esta tesis, como ocurrió por ejemplo con la Resolución de 26 de septiembre de 2014³⁴, en la cual la DGRN aboga por la tesis amplia. Por lo general, la doctrina tiende a inclinarse por la tesis amplia que se funda en la literalidad de los artículos 775 y 776 del Código Civil, siendo la sustitución ejemplar una excepción al carácter personalísimo del testamento.

4.3. Efectos y término de la sustitución ejemplar

Hemos comenzado hablando del primer párrafo del artículo 776 del Código Civil, pero a efectos de este epígrafe, deberemos centrarnos en el segundo párrafo: *'La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón'*. Es decir, la sustitución ejemplar se extingue y queda sin efecto en el momento en que cesa el estado de incapacidad del sustituido, aunque después no otorgue testamento. También se extingue si el sustituido premuere al testador, o éste al ascendiente.

Pongamos un ejemplo. Pedro, padre de Juan, que tiene 15 años y está declarado incapaz por sentencia judicial firme, ha nombrado como sustituta del testamento de Juan a su hermana Begoña de 22 años de edad. Dicha sustitución se extinguirá y quedará sin efecto en los siguientes casos: 1) Si Juan en un momento de lucidez otorga testamento a favor de su otra hermana Lucía de 6 años; 2) si la declaración de incapacitación de Juan cesa por sentencia judicial firme, pues aunque Juan no otorgue testamento a favor de ninguna persona, el realizado por su padre a favor de su hermana Begoña cesaría; 3) Si Begoña muere antes que Juan.

El otorgar testamento en un intervalo de lucidez resulta una cuestión polémica, objeto de muchas sentencias. Analizaremos en este caso la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª)

³⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 26 de septiembre de 2014. (disponible en: <http://www.registradoresdemadrid.org/>; última consulta: 26/03/2017)

de 22 de junio de 2010.³⁵ Esta sentencia es fruto de un Recurso de Apelación en el cual se declara la improcedencia de la nulidad del testamento otorgado por Doña Margarita. El 26 de febrero de 2010 se dictó auto en el Juzgado de Primera instancia e Instrucción nº4 en el cual se declaraba nulo el testamento otorgado por esta señora a día 22 de marzo de 2006 a favor de sus descendientes, y se declaraba válido el anterior (de fecha 25 de noviembre de 1998) que era a favor de la Iglesia, por lo que se presentó un recurso de apelación. En cuanto a los fundamentos de derecho, se sostiene que la apelación tiene lugar por un error en la prueba practicada a cerca de la capacidad de Doña Margarita, no llegando a acreditarse del todo la falta de capacidad de la testadora. También, que en cuanto Doña Margarita no ha sido declarada incapaz, su capacidad se presume por aplicación del contenido del artículo 199 del Código Civil (sentencia de 19 de mayo de 2008), y ya que la carga de la prueba corresponde a los actores que son quienes deben demostrar que al tiempo de testar, Doña Margarita sufría tal enfermedad que la inhabilitara para hacer la declaración testamentaria (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004). Otro hecho relevante, es que el testamento último otorgado por Doña Margarita se realizó ante Notario, lo cual conforme al artículo 685 del Código Civil³⁶, obliga al fedatario a *'asegurarse de que a su juicio'* Doña Margarita tenía capacidad para testar. Todo ello teniendo en cuenta que la declaración judicial de incapacidad de Doña Margarita tuvo lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento, en fecha 4 de mayo de 2007 (9 meses después de otorgar testamento), y aunque hay testimonios que aseguran que desde 2005 ya padecía un trastorno cognitivo y contaba con una auxiliar doméstica, no consideraron conveniente los Servicios Sociales instar el procedimiento de incapacidad. Como consecuencia dice el Tribunal, se debe tener por puesto el último testamento y la última voluntad otorgada por Doña Margarita. Este recurso de apelación se estimó dando por bueno el testamento otorgado a favor de la demandada, que era descendiente de Doña Margarita, y se revocó la sentencia de Instancia, condenando a costas a la parte actora, la Iglesia.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 22 de junio de 2010 (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; última consulta: 27/03/2017)

³⁶ ART. 685 CC: *'El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos [...] o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas [...] También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador capacidad legal necesaria para testar'*.

5. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

5.1. Concepto, naturaleza, y sujetos

Para finalizar con las clases de sustituciones hereditarias, veremos la sustitución fideicomisaria, y sus peculiaridades, que no son pocas. Esta modalidad viene definida en el artículo 781 del Código Civil que dispone lo siguiente: *‘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’.*

Si analizamos brevemente el artículo anterior, podemos observar que hay un encargo por parte de quien nombra heredero, obligando a éste a conservar la herencia según se disponga en el testamento (todo o en parte), y a su vez nombra un sustituto o heredero sucesivo, por lo que la labor del heredero queda relegada a conservar y transmitir la herencia a dicho sustituto con las precisiones y límites que mencionaré más adelante. Lo que sí está claro, es que un objetivo persigue el testador, y es que el patrimonio que va a dejar a su muerte quede vinculado a la familia durante un periodo determinado de tiempo, pues el heredero último a quien quiere que llegue la herencia bien no puede aceptarla o bien aún no ha nacido, y con ello se evita que el heredero realice una mala gestión de los bienes que conforman la herencia, a los que me referiré de ahora en adelante como bienes fideicomitidos. Podemos clasificar las sustituciones fideicomisarias de la siguiente manera:

1. Según el modo en que se produce el llamamiento: sustitución fideicomisaria ***pura*** que es aquella que tiene un término preestablecido y cuya delación se considera producida en el mismo momento de fallecimiento del fideicomitente ³⁷, y sustitución fideicomisaria ***condicional*** en la cual el llamamiento depende de ocurra el hecho futuro o incierto que conforma la condición. En esta última es habitual encontrar la sustitución *si sine liberis decesserit*, en la cual el testador llama a una persona y sucesivamente a otra por el primer sustituto fallece sin hijos.

³⁷ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.112

2. Según el fiduciario tenga o no facultades de disposición sobre todos o parte de los bienes: sustitución fideicomisaria *ordinaria* que es aquella en la que no tiene otorgada facultades de disposición, mientras que cuando las tiene hablamos de sustitución fideicomisaria *de residuo*.

En líneas de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN,³⁸ la sustitución fideicomisaria precisa tres requisitos esenciales: el primero es una doble o múltiple llamada a la herencia que ha de ser inequívoca; el segundo es un gravamen impuesto al primer llamado de conservar y transmitir los bienes al segundo llamado; y el tercero es el establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado. Dicho orden sucesivo implicaría *per se* la existencia de la obligación terminante de entrega, por lo que podríamos decir que la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria es en última instancia, condicional. Aunque la sustitución o entrega no esté sometida al cumplimiento de ninguna obligación concreta, sí podemos decir que existe la condición final de entrega.

Son tres los sujetos intervinientes en la sustitución fideicomisaria:

- En primer lugar el *fideicomitente* que es el testador, es decir, quien ordena la sustitución.
- En segundo lugar tenemos al *fideicomisario* que es el heredero destinatario final de la sustitución y que ostenta el derecho a suceder al testador (como dispone el artículo 784 del Código, '*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquel pasará a sus herederos*'). Para saber el momento exacto en el que se produce la delación hereditaria, debemos atender al tipo de fideicomiso: si se trata de un fideicomiso puro o a plazo, la delación se produce en el mismo momento de la apertura de la sucesión del causante, pero si estamos ante un fideicomiso condicional, se producirá en el momento de cumplirse la condición.
- Por último, el *fiduciario*, que es un sustituto nombrado por el testador que deberá conservar todo o parte de la herencia (artículo 781 del Código Civil), y que deberá entregar o transmitir todo o parte al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras (artículo 783 del Código Civil). El fiduciario 'no debe restituir más que la herencia. Los frutos, productos, etc. son de su propiedad exclusiva en cuanto a que es heredero y

³⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 97

propietario. En cambio, el terroso no, pues no es fruto³⁹ Él será el heredero hasta que llegue el término de la sustitución o hasta que se cumpla la condición. Es un propietario temporal, o condicional, que por lo general no tiene facultades de disposición sobre los bienes, sino el uso, goce y disfrute, pero si el fideicomisario fallece antes de su sucesión, el fiduciario se convertirá en el heredero definitivo. Dependiendo de lo que se establezca en el testamento, el fiduciario podrá tener, o no tener la obligación de conservar los bienes fideicomitidos. En caso de existir dicha obligación de conservación, puede ser total o parcial.

Sin embargo, como establece LASARTE⁴⁰, dicha estructura (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario) requiere ser completada aludiendo a aquellos supuestos, en los que se llama a la herencia a varios fideicomisarios sucesivamente [...] Así lo admite (como veremos más adelante), el artículo 781 CC que deja realizar una sustitución fideicomisaria en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador. Lo que está claro, es que todas las personas instituidas, deberán estar vivas cuando fallezca el testador, de lo contrario la sustitución fideicomisaria se podría proyectar de manera indefinida en el tiempo, y es justo esto lo que quiere evitar el legislador.

5.2. Objeto de la sustitución fideicomisaria

El objeto de la sustitución fideicomisaria, son los bienes fideicomitidos, es decir todos aquellos bienes sujetos a la sustitución, ya sea con carácter temporal o condicional. Sin embargo, lo que el fiduciario entregará al fideicomisario, no siempre se corresponde exactamente con lo que éste recibió del fideicomitente. Veamos por qué:

Atendiendo al artículo 783 CC *‘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’* Es decir, el legislador otorga al fideicomisario la facultad de hacer mejoras y el derecho a reclamar el importe de las mismas. En palabras de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ‘el fiduciario no debe restituir más que la herencia. Los frutos, productos, etc., son de su propiedad exclusiva en cuanto a que es heredero y propietario. En

³⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 100

⁴⁰ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.113

cambio, el tesoro no, pues no es fruto'. Por gastos legítimos, nos dice SERGIO CÁMARA LAPUENTE ⁴¹ 'se entiende no los desembolsados como ordinarios de mantenimiento y obtención de frutos, que son de su cargo por usar y disfrutar la cosa (cfr. art. 500), sino por pagos o reparaciones extraordinarios (art. 501), así como lo satisfecho con su propio patrimonio para cumplir obligaciones del fideicomitente o cargas de la herencia, pues el beneficio de estos gastos pasa ahora al siguiente heredero (fideicomisario)'. Así mismo, se incluirán los impuestos y todo aquello que grave el capital objeto de la herencia. En cuanto a los créditos, se incluyen los que ostenta el fiduciario contra el causante, pero el Código Civil no dispone nada a cerca del momento de la retracción de los mismos, es decir, si Pedro que es el fiduciario de la herencia de Carlos, que es el fideicomisario o heredero final, tiene que pagar ciertas cargas hereditarias de su propio patrimonio, no dispone el Código desde que momento puede ejercitar su derecho de detracción y cobrárselas a Carlos, aunque parece lógico que el momento sea el mismo en que herede el fideicomisario, pero podría darse antes.

Así mismo y en cuanto a la enajenación de los bienes fideicomitados que implica la transferencia de un derecho real de un patrimonio a otro, en principio el fideicomisario no podría realizarla porque como bien dispone el artículo 783 CC, está obligado a la restitución de la cosa. Si nos acogemos únicamente a éste artículo, los únicos casos en que el fiduciario podría enajenar dichos bienes serían bien si cuenta con el consentimiento del fideicomisario, o bien si poseyendo la facultad de disposición, al enajenarlos sigue dando cumplimiento a la condición establecida por el fideicomitente. Pero, si acudimos al artículo 186 del Código Civil, éste dispone en su párrafo tercero que *'Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de a cantidad obtenida'* ¿Cabría aplicar este artículo analógicamente, y disponer que el fiduciario en caso de extrema necesidad también podría disponer de los bienes fideicomitados? Parte de la doctrina (autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁴²) opina que aunque no puedan equipararse ambas figuras, no hay duda de que el fiduciario también está conservando los bienes de otro, y que negarle

⁴¹ CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentario al art. 783 del Código Civil, Código Civil Comentado, Volumen II*. BIB 2011\1756, Editorial Civitas, SA, Enero de 2016 (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>)

⁴² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 2, Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 101

el poder de disposición en un caso de extrema necesidad supondría un perjuicio a los intereses de los futuros titulares de la herencia.

Para ver cómo puede el objeto llegar a cambia en la práctica pondré un ejemplo práctico:

El padre de Miguel, Antonio falleció en el año 2000, y dejó como fiduciario de sus bienes a su hermano Luis, hasta que su hijo Miguel que acababa de nacer, cumpliera los dieciocho (sustitución sometida a término). De entre los bienes fideicomitidos encontramos: unas acciones que han ido generando una media de 200 euros de dividendos a lo largo de estos diecisiete años, y por las cuales tributa 100 euros al año en concepto de IRPF; un baúl supuestamente lleno de ropa, pero entre las cuales Luis encontró un broche del siglo XIII forjado en oro cuyo valor asciende a 5.000 euros; una vaca que le da diez litros de leche a la semana y a la cual le cuesta mantener (pienso, veterinario, y otros gastos) una media de 400 euros al año; una finca sita en Madrid por la cual paga unos gastos de comunidad de 100 euros al mes (1.200 al año), y un IBI de 700 euros anuales. Por dicha vivienda, al heredarla tuvo que pagar una plusvalía municipal de 8.000 euros. Por último, al hallarse en la Comunidad Autónoma de Madrid, Luis tuvo que pagar en concepto de ISD 2.000 euros. ¿Cuáles de estos gastos deberá restituirle su sobrino Miguel el año que viene, cuando cumpla dieciocho años y se convierta en el único heredero de los bienes de Antonio? De las acciones, los frutos (dividendos) y gastos de conservación (IRPF, que se consideraría un gasto ordinario porque es en su propio beneficio al percibir los dividendos) son para el fiduciario, por lo que Miguel sólo recibiría la titularidad de las mismas, y además pagaría el correspondiente impuesto por el cambio de titularidad. Del baúl de ropa, el broche hallado se considera un tesoro por lo que también será de la propiedad de Miguel. La vaca la hereda Miguel y los gastos de conservación corren a cuenta de Luis, siempre que este haya sacado provecho de la leche, que son los frutos de la vaca. Por último, en cuanto a la vivienda, si su tío no hubiese hecho uso de la misma, pongamos que porque su hermano dispuso en testamento que sólo debía conservarla, Miguel deberá abonarle a su tío, el IBI de los últimos dieciocho años, la plusvalía municipal que Luis pagó en su momento, los gastos de comunidad, y con la nueva transmisión también deberá abonar el correspondiente importe por el impuesto de AJD. ¿Y si su tío Luis en los últimos años se hallaba en una situación económica insostenible y no pudiendo contar con el

consentimiento de Miguel por ser éste menor de edad decidió alquilar la vivienda sita en Madrid? Habrá que estar al caso concreto, pero Luis deberá pedir autorización judicial y estaremos a lo dispuesto por el Juez, que en cualquier caso, de estimarlo, ya no tendría que pagar su sobrino el IBI y los gastos de comunidad al heredar la vivienda, porque la ha usado su tío en su provecho para paliar su situación de necesidad económica.

5.3. Límites de la sustitución fideicomisaria ¿Cómo opera?

Las sustituciones fideicomisarias encuentran dos limitaciones, la primera de carácter temporal y a segunda referida a la legítima. En cuanto al límite temporal, su objetivo es que los bienes fideicomitidos no tengan la prohibición perpetua de no disponer de ellos. ¿Cómo establece el artículo 781 este límite? Esta es una cuestión sobre la que recae cierto debate doctrinal, centrándose el mismo en torno a la palabra ‘grado’ (artículo 781: ... ‘surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado...’), pues hay una parte minoritaria de la doctrina entiende que ésta se refiere a los grados de parentesco o generaciones, por lo que la sustitución mencionada en el artículo 781 del Código Civil quedaría circunscrita al ámbito familiar únicamente. Por otro lado, el sector mayoritario de la doctrina interpreta la palabra ‘grado’ como llamamiento, y no como parentesco. Esta última línea doctrinal nace de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo declarando que grado ha de entenderse como llamamiento, o segunda sustitución. Por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1940⁴³ que versa a cerca de la interpretación de la expresión ‘que no pasen del segundo grado’ del artículo 781 CC, en la cual se considera:

‘Que la tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la «Instituta» -proemio del Título decimoquinto del Libro segundo-, al decir que «puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquél no fuese mi heredero, sea heredero éste, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere», no menos que el Digesto -proemio del primer fragmento del Título sexto, Libro 28-, donde se lee: «los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustituidos en el segundo o en el

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de junio de 1940. (disponible en: <http://aranzadi.aranzadigital.es>; última consulta: 31/03/2017)

tercero»; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña, donde refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones «de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad»; sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de «llamamiento» , pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas’

‘Que dentro del Código Civil, el artículo 781 es el patrón de las ordenaciones a que se refieren los artículos 640, 785 y 787 del mismo Cuerpo Legal; y como el referir «grado» a «parentesco» lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de estos preceptos y la del propio artículo 781, haciéndola casi ilusoria, lo cual es inadmisibles por absurdo, se impone adoptar la norma de hermenéutica que aconseja atender a la conexión de las diversas partes de la Ley, armonizando unos con otros los artículos que hayan de aplicarse, en combinación con los demás de la misma materia en el extremo a decidir, con la cual norma y entendiendo que son grados de sustitución los del artículo 781 se hace posible la eficaz aplicación de todos estos preceptos legales’

De esta manera, pueden ser llamadas a la sustitución fideicomisaria todas las personas que vivan al momento de la apertura de la sucesión, así como hasta dos personas concebidas pero no nacidas, o lo que es lo mismo y en líneas de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN,⁴⁴ ‘que las sustituciones no pasen el segundo grado es equivalente a que no son admisibles más que dos llamamientos sucesivos en favor de personas que no viven al abrirse la sucesión del causante... el artículo 781, lo que permite son dos sustitutos, y el fiduciario no es más que un instituido, no un sustituto. Sustitutos suyos son los llamados sucesivamente para el momento que tenga que restituir la herencia’.

Pero el límite temporal no sólo se refleja en el artículo mencionado, sino que también establece por su parte el artículo 787 del Código Civil un límite temporal referido a la sustitución limitada al

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 98

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

El segundo límite al que haré referencia, sigue siendo el ya mencionado y famoso principio de intangibilidad de la legítima, en este caso recogido en el artículo 782 del Código: *‘Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes’.* Pero, ¿Qué es lo que dispone el artículo 808 del Código Civil? *‘Constituyen la legítima de los hijos y descendientes dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes’.* *‘Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos’.* *‘La tercera parte restante será de libre disposición’.*

El artículo 782 fue redactado conforme a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa Tributaria⁴⁵. Al mismo tiempo que el artículo prohíbe con carácter general gravar la legítima, establece dos excepciones. La primera consiste en establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta (eso sí, con la condición de que el descendiente esté judicialmente incapacitado, y de que el fideicomisario o fideicomisarios sean herederos forzosos). La segunda excepción consiste en establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de mejora de los hijos (con la condición, en este caso de que el sustituto sea un descendiente). Pongamos un ejemplo :

Pedro y Sara tienen dos hijos, María (de 46 años, casada y con un hijo, Walter, de 18 años) y Juan (de 37 años y declarado incapacitado por sentencia judicial firme de 26 de junio de 2011). Pedro es un empresario que a lo largo de su vida ha acumulado una fortuna de 6

⁴⁵ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.112

millones de euros que desean repartir de forma equitativa entre sus hijos. Antes de nada, unas aclaraciones: la legítima es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a los herederos forzosos (artículo 806), y ésta se divide en tres tercios que son: el tercio de la legítima, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición. Por último y como ya he mencionado, la legítima de los hijos constituye 2/3 partes del haber del padre y de la madre. Con todo esto, en principio María y Juan, que son considerados herederos forzosos (en virtud del artículo 807 del código), tendrían derecho a los 2/3 de la herencia de sus padres, es decir, a 4 millones de euros (tercio de legítima estricta y tercio de mejora), pero en virtud del artículo 808, los padres podrían disponer del tercio de mejora, con lo que solo les quedaría como herederos forzosos derecho a 1/3 de la herencia, a 2 millones de euros para ser exactos. Ahora bien, ¿cómo se aplicaría la excepción del artículo 808 en este caso? Al estar Juan judicialmente incapacitado, sus padres pueden establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, con lo que Juan sería el fiduciario o primer llamado a la herencia, y el sustituto o fideicomisario de dicho tercio sería María, su hermana. Lo que se persigue con esta figura es por tanto la protección del discapacitado, de Juan. Si los padres no hiciesen uso del tercio de mejora, Juan tendría 2 millones de euros, 1 millón sería del tercio de mejora (correspondiendo a su hermana el otro millón), y respecto del tercio de legítima estricta tendría María su millón, y la custodia del de su hermano Juan (entendemos que es una sustitución fideicomisaria ordinaria, por tanto no ostenta la libre disposición de ese dinero) y con ello se evita que el Juan realice una mala gestión de los bienes que conforman la herencia.

5.4. Requisitos, ¿Cómo opera la sustitución fideicomisaria?

1) El primer requisito que exige nuestro legislador para que opere la sustitución fideicomisaria, es que ésta se prevea de forma clara y expresa en el testamento del fideicomitente o testador. Este requisito lo recogen varios artículos de nuestro Código, a nombrar: Artículo 783: '*Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos*'. Y artículo 785: '*No surtirán efecto: 1º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. (...) 4º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los*

bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador'.

2) También se exige que los llamamientos sucesivos no se deduzcan o se presuman, sino que deberán establecerse de forma expresa, al igual que la sustitución en sí misma: Artículo 771: *'Cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente*'.

3) La institución de heredero no puede quedar afectada por la nulidad o falta de eficacia de la sustitución fideicomisaria. En este caso solo queda sin efecto la sustitución en sí misma: Artículo 786: *'La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria*'.

4) En las sustituciones fideicomisarias puras, el derecho a heredar del fideicomisario pasa a sus herederos cuando éste muere: Artículo 784: *'El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquel pasará a sus herederos*'. A diferencia de lo que ocurría con el Derecho romano, en el que si el fideicomisario debía sobrevivir al fiduciario, hoy en día no es así. Acudamos al ejemplo anterior para verlo mejor ('Límites a la sustitución fideicomisaria'): *Maria es la fideicomisaria de los bienes (1 millón de euros) de su hermano Juan, por estar éste judicialmente incapacitado. Si María muere en un accidente fatal de coche, su hijo Walter de 18 años, pasaría a ser el fideicomisario de los bienes de Juan*.

5) En las sustituciones fideicomisarias sometidas a condición, el fideicomisario debe sobrevivir al fiduciario. El artículo 759 del Código dispone: *'El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos*'. De hecho, si hubiese duda sobre que artículo aplicar, bien el 784 o el 759, la STS de 1 de marzo de 2013 nos lo aclara en el supuesto de que haya una cláusula que no se tenga como verdadera condición: *'Por otra parte, tampoco resulta acertada la equiparación del presente caso con los supuestos de sustituciones fideicomisarias de tipo condicional, particularmente de la modalidad 'si sine liberis decesserit', (llamamiento a una persona y sucesivamente a otra para el caso de que la primera muera sin hijos), pues el testador no toma la descendencia como objeto de condición, propiamente dicha, sino como presupuesto lógico 'ordo successivus' ordenado en la sustitución*

fideicomisaria *‘a la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes que dejare cada uno’*; de suerte que el llamamiento de los fideicomisarios resulta cierto desde la muerte del testador fideicomitente, sin estar sujeto al cumplimiento de condición alguna. Cuestión, como veremos a continuación, de suma importancia para el presente caso, pues a diferencia de la sustitución fideicomisaria de tipo condicional (artículo 759 del Código Civil), en los fideicomisos ordinarios sujetos a término, supuesto que nos ocupa, los fideicomisarios adquieren sus derechos a la herencia desde la muerte del testador, transmitiendo dicho derecho a sus herederos si mueren antes que la restitución se opere (artículo 784 del Código Civil)⁴⁶

5.5. Efectos y término de la sustitución fideicomisaria

Según el artículo 785 CC, no surtirán efecto: *‘1º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. 2º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar [...] 3º Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión. 4º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador’*

Si se diese cualquiera de los cuatro supuestos contenidos en el anterior artículo, dispone el artículo 786 CC que *‘la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria’* Además, el artículo 786 CC también sería aplicable a uno de los límites a la sustitución fideicomisaria del que he hablado en el apartado 5.3. que es el límite del artículo 781, por el cual solo se consideran eficaces los llamamientos sucesivos en favor de personas vivas a la muerte del testador, o si éstos no pasan del segundo grado. Pero, ¿y si traspasamos estos límites? Aplicaríamos el artículo 786 CC, provocando la nulidad de la sustitución. Sin embargo, si como hemos dicho se permiten dos llamamientos o sustituciones, sólo se considerarán ineficaces los que traspasen ese límite, es decir, el tercer llamamiento.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 2013 (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; última consulta: 3/04/2017)

En palabras de LASARTE ⁴⁷ ‘la nota más sobresaliente de la sustitución fideicomisaria según fue codificada en 1889, es su riguroso carácter temporal, y en consecuencia, la radical prohibición y nulidad de las disposiciones testamentarias que pretendan establecer un orden plural y sucesivo de herederos de forma perpetua o tendencialmente indefinida’

Así mismo, podría extinguirse la sustitución fideicomisaria si el fideicomisario no puede o no quiere heredar, o lo que es lo mismo, si renuncia a la herencia. La problemática radica, como sostienen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁴⁸ en que el fiduciario sea el que no quiera aceptar la herencia. En principio si se ha nombrado un sustituto vulgar para el mismo, no habría más problemas, pero de no haberlo nombrado, ¿podría considerarse como tal al fideicomisario? Estos autores entienden que el testador incluye implícitamente una sustitución vulgar dentro de la fideicomisaria, es decir, que sí debería el fideicomisario considerarse como sustituto vulgar del fiduciario. Sin embargo, de tratarse de una sustitución sometida a condición, ocurre lo contrario, ya que la renuncia parece adelantar el momento de cumplimiento de la obligación.

5.6. Las sustituciones fideicomisarias condicionales

Las sustituciones fideicomisarias condicionales, como ya he venido adelantando tienen lugar cuando el llamamiento a la herencia queda sometido a un hecho futuro o incierto, o como dispone LASARTE⁴⁹, ‘cuando el testador añade a la sustitución fideicomisaria una condición, en sentido técnico, de cuyo cumplimiento depende la efectividad del llamamiento al fideicomisario’. Como consecuencia, la delación hereditaria en favor del fideicomisario no se produce con la muerte del testador o fideicomitente, sino con el cumplimiento de la condición estipulada.

⁴⁷ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.110

⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 2, Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 104

⁴⁹ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.120

5.6.1. La sustitución ‘si sine liberis decesserit’

‘Esta modalidad de sustitución supone que el testador llama a la herencia a una persona, y sucesivamente a otra para el supuesto de que la primera muera sin hijos’⁵⁰ Sin embargo hay que diferenciar que los hijos (por hijos entendemos nietos y demás descendientes salvo que el testador disponga lo contrario) están puestos bajo una condición (si muere el fiduciario), no bajo sustitución. Así lo dispone la STS de 15 de diciembre de 2005⁵¹: *‘Se dirime en el caso enjuiciado, la interpretación de una cláusula contenida en la sustitución fideicomisaria , condicionada a que el heredero fiduciario tuviera sucesión, puesto que si carecía de ella, estaba obligado a traspasar los bienes a los herederos "ab intestato" de su causante. Se concluye correcta la interpretación de la sentencia recurrida, según la cual, se instituyó una sustitución fideicomisaria condicional sometida al hecho de que cada fiduciario falleciera habiendo tenido hijos [...] Efectivamente, el testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional en la que la condición puesta por el testador es la de tener sucesión, por lo que nos encontramos ante lo que se ha denominado hijos puestos en condición, que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre, y en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante [...]*

5.6.2. El fideicomiso de residuo

La problemática a cerca de la gestión de los bienes fideicomitidos se superó en parte con el Derecho romano, dando paso a disposiciones testamentarias en las cuales a la vez que se instituía la sustitución fideicomisaria, se facultaba al fiduciario para disponer de los bienes, naciendo así el ‘fideicomiso de residuo’⁵² Sin embargo, en aquel entonces aún encontraba sus límites esta figura,

⁵⁰ DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 105

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de diciembre de 2005, n1 964/2005 (disponible en: <http://online.elderecho.com>)

⁵² LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.120

pues siempre debían quedar bienes para el fideicomisario, lo que hoy en día ya no ocurre, pues puede el fiduciario disponer de los bienes hasta su total agotamiento, si así lo establece el testador.

El fideicomiso de residuo consiste pues, en que el testador autoriza al fiduciario o primer llamado a la herencia para disponer de los bienes fideicomitidos, únicamente con las limitaciones que establezca en su testamento. Por lo que cuando llegue el momento de la restitución, el fideicomisario únicamente recibirá lo que quede de la herencia, de ahí el término ‘residuo’. El testador puede optar por conceder al fiduciario poderes amplísimos sobre los bienes, en cuyo caso el fideicomisario se denomina *si aliquid supererit (si queda algo)*. En este caso, como el fiduciario puede llegar a disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos, sólo se producirá el llamamiento si queda algo tras el fallecimiento del fiduciario, pero el testador siempre podrá realizar ‘cuantas precisiones o previsiones desee en relación con las facultades de disposición *inter vivos* del fiduciario [...] no existiendo norma que lo prohíba, cabe incluso que el testador conceda al fiduciario la facultad de disponer *mortis causa* [...]’⁵³ Por otro lado, puede el testador restringir los poderes dispositivos del fiduciario para que el fideicomisario, y los llamados sucesivamente necesariamente hereden algo, en cuyo caso hablaríamos de un fideicomisario *de eo quod supererit (de aquello que deba quedar)*⁵⁴.

Quedan claras dos cosas pues, la primera, que dependiendo de lo que se establezca en el testamento, el fiduciario podrá tener, o no tener la obligación de conservar los bienes fideicomitidos, y la segunda, que en caso de existir dicha obligación de conservación, ésta puede ser total o parcial. De hecho, como nos dice la SAP de Madrid de 19 de febrero de 2015⁵⁵ : ‘*El artículo 781 del Código Civil define la sustitución fideicomisaria, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, permitiendo el inciso último del artículo 783*⁵⁶ *el fideicomiso de residuo, que supone una dispensa al heredero fiduciario del deber de conservar*

⁵³ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.121

⁵⁴ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 105

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de febrero de 2015 (disponible en: <http://online.elderecho.com/>; última consulta: 18/03/2017)

⁵⁶ ART. 783 CC: ‘*Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos. 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*’.

la herencia para que en su momento la reciba íntegra el heredero fideicomisario. A su vez, esta modalidad permite dos variantes, según que el fiduciario pueda disponer de todos los bienes, de modo que el fideicomisario solo recibe lo que quede de la herencia o fideicomiso *'si quid superit'*, o tenga que conservar aquél una parte de la herencia, recibiendo el fideicomisario al menos dicha parte más aquello de lo que no dispusiese el fiduciario, en el fideicomiso *'eo quod supereit'*.

5.7. El usufructo con facultad de disponer

El usufructo es un derecho real que se crea por la sucesión. Hoy en día está abandonada la tesis de equiparación entre el fiduciario y el usufructuario.⁵⁷ Antiguamente el artículo 683 del Proyecto de 1851 equiparaba a ambos, pero más tarde se le concede al artículo 783 CC la facultad de hacer mejoras con derecho a reclamar su importe, facultad que no se le confiere al usufructuario, pues como dispone el artículo 487 CC, *'El usufructuario podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente, con tal que no altere su forma o sustancia; pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes'* Es frecuente que el testador asigne un usufructo en su herencia para un caso, y para otro la nuda propiedad, pues como nos dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁵⁸ este tipo de llamamiento está admitido por el artículo 787 CC en relación con los artículos 567 CC y 470 CC. Realmente, usufructuario y fideicomisario de residuo son tan similares que ambas cubren la necesidad primera del testador, que es que el primer llamado pueda disponer de los bienes fideicomitados, sin embargo, mientras que en el fideicomiso de residuo se dan dos llamamientos sucesivos, en el usufructo a favor de la herencia se da un llamamiento simultáneo.

De hecho, conforme al artículo 787 CC, *'La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo será válida. Si llamare al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781'*, prevé la atribución por separado de la nuda propiedad y del usufructo. ¿Qué ocurre si se llama al usufructo a

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 99

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 106

varias personas sucesivamente? Pues que nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria, de ahí que el legislador nos remita al artículo 781 CC que dispone: *‘Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita [...]’*

6. CONCLUSIÓN

Vistos los distintos tipos de sustituciones hereditarias y a modo de conclusión, queda clara cual es la voluntad del legislador en el Código Civil español, y es que la herencia siempre tenga un destinatario, pues de una manera u otra la sustitución evita en último término que se abra la sucesión intestada, o lo que es lo mismo, evita que sea el legislador quien elija el destino de la herencia. El testador en cualquier caso ha nombrado un primer heredero o llamado a la herencia (o varios en su caso), y dependiendo del tipo de sustitución nos hemos ido encontrando con varios supuestos, ya que cada uno atiende a un fundamento distinto, aunque similar del resto.

El primero que hemos visto es la sustitución vulgar, en cuyo caso el testador nombra sustituto para el caso de que el heredero no pueda o no quiera aceptar la herencia. En este caso el sustituido o primer heredero ha sido llamado a la herencia por voluntad expresa e inequívoca del causante, transando de evitar precisamente la apertura de la sucesión intestada. También hemos visto la sustitución fideicomisaria que contempla el supuesto de que el testador nombre sustituto porque el primer llamado a la herencia lo sea temporal o condicionalmente, en cuyo caso al igual que ocurre con la sustitución vulgar, dicha sustitución se produce por voluntad del causante, aunque en este caso podríamos decir que la voluntad del legislador es más la de querer conservar el patrimonio en el ámbito familiar, pudiendo determinar el destino que tendrán los bienes fideicomitidos. Y respecto de los dos tipos restantes de sustitución, la pupilar y la ejemplar, es importante recordar que no hay una sustitución del heredero en el sentido estricto de la palabra, sino que el primer llamado que no puede testar por ser menor de edad o estar incapacitado judicialmente, es reemplazado en este lugar por un ascendiente, bien hasta que alcance la edad para testar o hasta que en el caso del incapaz, éste realice un testamento válido en un intervalo lúcido de tiempo. En ambas modalidades (la ejemplar y la pupilar) no ha sido el causante quien ha llamado al sustituto, sino que en búsqueda de la protección del patrimonio del menor o del incapaz son sus ascendientes quienes lo nombran, ya que su último fundamento no es evitar la sucesión intestada del causante, sino la del heredero.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Legislación

Código Civil Español de 1889 (último Código actualizado en 2015)

Proyecto de Código Civil de 1851

Ley 10/2008, de 10 de julio, del Código Civil de Cataluña, modificada por última vez por la Ley catalana 1/2015, de 5 de febrero, de régimen especial de Arán.

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

7.2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero de 1907.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de junio de 1940.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 305/200,1 de 29 de marzo de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 14 de abril de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de diciembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 22 de junio de 2010

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de febrero de 2015

7.3. Obras doctrinales

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012.

LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

O' CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2016.

CASTÁN TOBEÑAS, J. y ROMÁN GARCÍA, A.M., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo VI: *Derecho de sucesiones*, Volumen 2: *Los particulares regímenes sucesorios*, Reus, Madrid, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentario al art. 783 del Código Civil, Código Civil Comentado, Volumen II*. BIB 2011\1756, Editorial Civitas, SA, Enero de 2016

ORTEGA CARRILLO, A., '*Sustitución del heredero en el testamento*', *Derecho en red*, 2012.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de junio de 2003.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de septiembre de 2014.