

Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español

JERONIMO LOPEZ LOPEZ

I. FINALIDAD DE ESTE ESTUDIO

Como se sabe, la doctrina jurídica española mantiene posiciones inconciliables en orden al tema enunciado en el título. Un sector de la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo creen que el Código civil sigue, en lo esencial, el Derecho histórico español, y, por tanto, que estas formas de sustitución suponen que se concede al sustituyente poder para disponer de la herencia del sustituido o para hacer testamento en su nombre, con el fin de evitar que fallezca intestado (1). Otro sector de la doctrina de los autores estima, por el contrario, que se trata de casos de llamamiento de herederos en orden sucesivo: el ascendiente, ante la idea de que su descendiente fallecerá abintestato y los bienes en que le suceda pasarán a personas que no son de su agrado, nombra para sí mismo un segundo heredero, que sucederá en los bienes en cuestión (2) si el evento temido se produce; la finalidad de estas sustituciones, se dice, es proteger a los sustituibles, removiendo el obstáculo que se opone a que sean favorecidos por testamento.

La primera de las teorías citadas tiene a su favor el hecho de que en principio el Código civil se redactó con el intento de continuar el Derecho español anterior al mismo (3); todo lo demás son

(1) Una variante de esta teoría sostiene que el sustituyente puede hacer testamento por el sustituido o disponer de la herencia del mismo sólo en cuanto a los bienes que éste hubiera recibido del primero por causa de muerte. Defiende la citada opinión, aunque sin aducir argumentos, OLIVA, en el *Diccionario de Derecho privado*, voz «Sustitución», t. II, Barcelona, 1950, págs. 3744-5.

(2) Siguiendo el ejemplo del Código civil, se hará referencia siempre al supuesto de sustitución en la herencia. Para evitar problemas conexos se supone que las sustituciones recaen sólo sobre bienes que son de libre disposición.

(3) El valor de este argumento es limitado; se funda en que la Ley de Bases dispuso que el Código civil se formularía sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos del Derecho histórico español (Base 1.^ª); pero ello no es obstáculo para que el Código pueda haber acogido una configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar diversa de la que tenían en aquél, pues la misma Base indica, por ejemplo, que podían adoptarse instituciones nuevas, siempre que tu-

desventajas: el punto de partida es ya aceptar que constituyen un

vieran un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas. Este pudo ser el camino para dar entrada al tipo de sustitución pupilar regulado por las Leyes Civiles para el Reino de las Dos Sicilias (art. 945), que la estructuraron como una sustitución fideicomisaria, (CUTURI: *Dei fedecommessi e delle sostituzioni nel Diritto civile italiano*, Città di Castello, 1889, págs. 40-1 y 100), a las que sigue en este punto, con variantes, el Proyecto de Código civil de 1851. Dispone el Proyecto que «puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbere para el caso de que éste muera antes de llegar a la pubertad» (art. 638, 2.º), precepto que interpreta la doctrina jurídica española en el sentido de que autoriza al sustituyente para instituir para sí en tal supuesto herederos en orden sucesivo. En favor de la teoría que entiende que el Código civil sigue el criterio del Derecho histórico español se dice que así lo demuestra el hecho de que la Base 16.ª indica que se reformará la regulación de las sustituciones fideicomisarias, lo que a contrario hace suponer que los demás tipos de sustitución no se alteran (cf. ALBALADEJO: *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 133 y 159). El argumento no es convincente. La Base 16.ª está en íntima relación con la 15.ª, que determina que el tratado de las sucesiones del entonces futuro Código civil debía ajustarse en sus principios capitales a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión general de Codificación en noviembre de 1882. Dichos acuerdos se referían, entre otros temas, a las sustituciones fideicomisarias, y por ello la Base 16.ª hace referencia a ellas. El hecho de que no se diga nada acerca de las sustituciones pupilar y ejemplar no quiere decir que se siga la concepción tradicional; lo único que permite suponer es que no fueron necesarios especiales acuerdos para señalar cuál había de ser su regulación, lo que tanto puede deberse a que se aceptase continuar en su esencia la línea del Derecho español anterior al Código civil, como, por ejemplo, a la circunstancia de que hubiera indudable conformidad general acerca de seguir el criterio entonces imperante en los contados Códigos civiles que aún admitían tales sustituciones, es decir, configurarlas como llamamiento de herederos en orden sucesivo. Pudo ocurrir también que no fuese tratado el tema en aquellas reuniones por poco importante, dada la finalidad de éstas: establecer un acuerdo con los foralistas sobre las bases fundamentales de la futura regulación. Por todos estos caminos (y hay más) se puede llegar a la conclusión de que no es la Base 15.ª, sino la 1.ª, la que debe tenerse en cuenta por lo que se refiere a las sustituciones en examen, y la Base 1.ª permitía (por diversos procedimientos) que se alterase la naturaleza jurídica de las mismas.

En estas notas no se utilizan argumentos derivados de los precedentes históricos, porque la concreta demostración que en ellas se intenta no los necesita. Es de hacer constar que desde el Proyecto de 1851 hasta la discusión parlamentaria de la Ley de Bases se han propuesto variadas sugerencias acerca de cómo debían ser configuradas las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil; un somero examen de algunas de ellas (por ejemplo, las contenidas en la diferentes «Memorias» redactadas en cumplimiento de lo ordenado por el R. D. de 2 de febrero de 1880) basta para ver que hasta el momento actual ni siquiera se han puesto de relieve los principales problemas que suscitan. Es posible, por otra parte, que el examen detenido de los precedentes históricos no proporcione ningún resultado positivo por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de estas sustituciones. En el curso de la Historia, en la doctrina y en los Ordenamientos jurídicos se han configurado de tan diversas formas las sustituciones pupilar y ejemplar—lo mismo que ocurre con la fideicomisaria—que todas las teorías que aquí se han mencionado pueden citar precedentes de las construcciones que pretenden, y esto ocurre también en cuanto al Derecho español. Desde este punto de vista no parece justo decir de cualquiera de ellas que ha sido creada *ex nihilo* (cf. ALBALADEJO: Op. cit., págs. 133-4).

supuesto de excepción a la norma dispuesta por el artículo 670, pr.; tiene que explicar por qué la regulación del Código se separa de la tradicional (por ejemplo, la sustitución pupilar no es ahora atributo de la patria potestad, art. 775), y encontrar solución al hecho de que la preterición de los herederos forzosos del sustituido (art. 777) no sigue la regla general (art. 814); tiene que evitar, asimismo, que el sustituyente pueda disponer de todos los «bienes» del sustituido (cf. arts. 659 y 667), es decir, también de los no patrimoniales (disposición sobre el modo de ser enterrado, relativa a los bienes de la personalidad, etc.) (4), porque de otro modo sería inaceptable; por otra parte, se ve forzada a declarar sin aplicación algunos preceptos (así, por ejemplo, art. 780), rompiendo la armonía del orden en que están situados en el Código, etc., etc.

Ante tal estado de cosas, cabe preguntarse si no habrá otras razones que impulsen a la doctrina a seguir una dirección que tantas dificultades ofrece y cuya finalidad ni siquiera para sus mantenedores es muy convincente (5). Las hay, en efecto; parece que quizá en el fondo la razón principal para aceptar esta configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar no es otra que el pretendido fracaso de la teoría que las construye como llamamiento de herederos en orden sucesivo, lo que lleva a suponer que el Código civil español se ha mantenido en este punto al margen de la corriente de progreso del pensamiento jurídico. Examinar este tema concreto, demostrar que la configuración de estas sustituciones como establecimiento de herederos en orden sucesivo es conveniente y posible en el sistema del Código civil, constituye la finalidad de las notas que siguen.

II. EXPOSICIÓN DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA TESIS AQUÍ MANTENIDA

Frente a la idea de que en las sustituciones pupilar y ejemplar todos los llamados suceden al sustituyente se han opuesto razones diversas; las principales (6) son las siguientes:

(4) Objeción propuesta por F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, pág. 180, n. 2, núm. 2.º

(5) ALBALADEJO, autor de la mejor obra de la doctrina jurídica española en defensa de la configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar a que se hace ahora referencia en el texto, dice a este respecto: «El juicio crítico que merece tanto la admisión por el Código de la sustitución pupilar como de la ejemplar, no parece, sin embargo, que deba ser favorable. De hecho no lo ha sido, al menos en nuestra doctrina moderna. Basta echar una ojeada a la misma para comprobarlo. Igualmente la repulsa de los Códigos actuales a las mismas es general, y se muestra, desconociéndolas, por anticuadas.» Y añade: «A pesar de todo, en la práctica, sus inconvenientes no son mayores que sus ventajas. Y, en todo caso, el uso no excesivo que se hace de las mismas, viene, en mucho, a quitar candencia a unos y otras» (op. cit., págs. 135-6).

(6) En el texto se analizan las objeciones que por su propio valor o

1) Si así fuera, serían superfluas. La doctrina ha señalado que estas sustituciones son como la vulgar o bien que son análogas a ésta, pero con una ampliación, ya que no sólo surten efecto para el sustituto en el supuesto de que el primer llamado no sea heredero, sino también en el caso de que llegue a serlo (7). En contra de esta idea se ha dicho que no se explica entonces por qué han sido reguladas en el Código civil. Si lo que el testador desea es nombrar un segundo heredero para el caso de que el primer llamado no llegue a serlo, puede utilizar el medio de la sustitución vulgar; si lo que pretende es nombrar un segundo heredero para el supuesto de que sea aceptada la herencia, puede servirse de la sustitución fideicomisaria, condicionando en ambos casos estas sustituciones para que sólo produzcan efecto si el menor fallece antes de llegar a los catorce años o el incapacitado muere en tal estado sin hacer testamento (8). Por

por los problemas que suscitan parecen más importantes. Las restantes se examinan infra, notas 18 y 25.

(7) Por ejemplo, SCAEVOLA-ORTEGA LORCA: *Código civil*, t. XIII, 5.ª edición, Madrid, 1944, pág. 583. Es afirmación corriente en la doctrina.

(8) El párrafo segundo del artículo 776 determina que la sustitución ejemplar quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. La doctrina coincide en afirmar que la extinción debería producirse siempre que el sustituido dejase de estar incapacitado, aunque no hiciera testamento; pero ante la claridad del texto legal, que exige testamento en todos los supuestos que contempla, vacila y se divide: la casi totalidad de los autores prefieren ser fieles a la letra de la ley, aunque no le encuentran explicación lógica, y sostienen que es necesario el testamento en todo caso; los restantes se inclinan hacia la interpretación más razonable, pero sin plantear y resolver todo el conjunto de problemas que esta postura suscita. Parece que no puede haber duda acerca de que la opinión preferible es esta última, opinión que quizá pudiera argumentarse, en líneas generales, de la siguiente forma: 1.º El artículo 776, párrafo 2.º, no intenta establecer todos los casos de extinción de la sustitución ejemplar. Es evidente que debe extinguirse al cesar su razón de ser (hallarse el sustituido incapacitado por enajenación mental; cfr. art. 776, pr., según la mejor interpretación) y sería anodina una expresa declaración legal en este sentido. La finalidad del precepto que se examina es más concreta: resolver el problema que plantea el hecho de que —a diferencia de lo que ocurre en la sustitución pupilar— el sustituido puede testar en determinadas circunstancias, a pesar de que la incapacitación continúa. 2.º La ley indica los diversos momentos en que el incapacitado puede hacer testamento (si se halla en un intervalo lúcido o bien si ha recobrado la razón), y señala las consecuencias que se producen si testa (la sustitución se extingue). 3.º La doctrina dice que el incapacitado por enajenación mental puede hacer testamento durante los intervalos lúcidos, y por intervalo lúcido entiende todo momento en que tiene el uso de su razón, sin distinguir si se trata de una remisión temporal de la enfermedad o si ésta ha cesado; basta con que la incapacitación continúe. Pero parece que el concepto legal de intervalo lúcido es diferente; por tal se entiende el espacio de tiempo en que alguien que está loco (se halle incapacitado o no) recobra el cabal juicio porque su enfermedad ha remitido temporalmente, o bien—en un significado secundario—los momentos en que alguien que está loco recupera el uso de su razón, pero sin que pueda afirmarse que esto ocurre porque ya está curado. No cabe equiparar el intervalo lúcido y la recuperación de la razón por haber cesado la enfermedad; lo primero se predi-

ello el contenido de las sustituciones pupilar y ejemplar sería «perfectamente inútil e inoperante, habida cuenta de que vendría a ser el mismo que compete a la sustitución vulgar o fideicomisaria», a lo que se añade que, admitida ampliamente esta última, carecería de sentido «declarar posible, para determinados sujetos y en determinadas circunstancias, lo que, en general, se permite a todos y en cualquier caso (9).

2) La regulación legal es contraria a la configuración que se pretende. El artículo 777 determina que si el sustituido tiene herederos forzosos, las sustituciones pupilar y ejemplar sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos. No puede pensarse que los herederos forzosos del menor de catorce años o del incapacitado por enajenación mental tengan acción, «por derecho de legítima sobre sus bienes, contra el sustituto nombrado por el ascendiente para los suyos únicamente» (10), porque se trata de una herencia ajena.

ca de alguien que está enfermo (o, secundariamente, de alguien que no se sabe si está curado), mientras que en el otro supuesto se trata de una persona sana. Por eso los dementes pueden ser incapacitados aunque tengan intervalos lúcidos (art. 200, 1.º), y si la incapaciación se produjo, los intervalos lúcidos no son causa de terminación de la misma (art. 278, 2.º), al contrario de lo que ocurre en el supuesto de que una persona esté mentalmente sana o recupere la razón por haber terminado ya su enfermedad. Como se ha visto, las situaciones de intervalo lúcido entrañan un especial peligro (se trata de un loco, de alguien de quien no se puede decir que está curado) y por ello la ley exige en tales circunstancias especiales requisitos (art. 665) o no permite realizar determinados actos. [La ley aquilata al máximo la protección a la persona en los supuestos muy importantes: contraer matrimonio, hacer testamento, y puede realizar estos negocios jurídicos incluso el demente que se halla en un intervalo lúcido y tiene por ello el «pleno ejercicio de su razón» (art. 83, 2.º), está en posesión de su juicio «cabal» (art. 663, 2.º, en relación con el 665); en cambio, prudentemente, no permite la actuación del loco que está gozando de un intervalo de lucidez en supuestos menos importantes en los cuales ya no se trata de proteger a la persona, y así no puede ser testigo del testamento (art. 681, 6.º, que exige la salud mental, tener el juicio «sano»).] 4.º) Por último, parece conveniente indicar el motivo por el cual la ley exige testamento en estos casos para que la sustitución se extinga, a diferencia de lo que ocurre si la situación de incapaciación cesa. Bastaría, en pura lógica, probar que el sustituido puede hacer testamento, pero la ley escoge el mejor camino de disponer que efectivamente lo haga. Así, si se trata de un intervalo lúcido se utilizan las garantías indicadas en tal caso (art. 665), y en todos los supuestos se evitan los más graves peligros de fraude (tanto porque tiene el incapacitado que otorgar testamento, como porque debe pedirse la cesación de la incapaciación) y se proporciona al juez un elemento de prueba que procede del incapacitado mismo, lo que es especialmente importante para juzgar acerca del estado mental de una persona que ha fallecido incapacitada, como en este caso ocurre.

Se observará que no existe discrepancia alguna entre la *ratio* y la letra de la ley.

(9) ALBALADEJO: Op. cit., págs. 145, 151, 155, 159-160, 161, 162, 202, n. 112 bis, y autores por él citados.

(10) BALLESTER: *Comprensión de la sustitución pupilar*, RGLJ, t. 152 (1928), págs. 532-3.

III. APRECIACIÓN CRÍTICA

Conviene distinguir, y así se hace a continuación, los siguientes supuestos: 1) Las sustituciones pupilar y ejemplar en relación con la fideicomisaria: A) Caso en el que todos los llamados suceden efectivamente al testador en orden sucesivo: a) Conveniencia, y b) Posibilidad de aquellas sustituciones. B) La transmisión del *ius delationis* del primer llamado. 2) Los supuestos de sustitución vulgar.

Conforme a lo dicho, se considerarán en primer término las sustituciones pupilar y ejemplar 1) en relación con la fideicomisaria, en el caso normal de que A) todos los llamados llegan a suceder al sustituyente.

a) Frente al argumento de que las citadas sustituciones serían inútiles, puesto que se admite con amplitud la fideicomisaria, se ha dicho que ello «podría tener importancia en un Código escrupulosamente meditado y elaborado, pero que no la tiene en el nuestro, que tantas instituciones y normas superfluas ha sancionado» (11). Esta idea no parece convincente, porque en el caso que nos ocupa se trataría de un defecto tan grave que no se puede admitir sin razones muy poderosas (12); resulta necesario acudir a otra argumentación (13).

(11) CASTÁN: *Consulta. Sustitución ejemplar*, RGLJ, t. 137 (1920), pág. 75.

(12) V. la crítica de BALLESTER: *Op. cit.*, pág. 532, y ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 161.

(13) Se ha dicho que quizá las sustituciones pupilar y ejemplar puedan abarcar la legítima que el ascendiente deba en su caso al sustituido, aunque no se proporciona solución definitiva a esta cuestión, «harto delicada» (DE BUEN: *Enciclopedia jurídica española*, voz «Sustitución», t. XXIX, Barcelona, s. a., pág. 166). Ello señalaría una razón de ser de estas sustituciones frente a la fideicomisaria, pero parece que esta sugerencia no es admisible, porque: 1.º El artículo 813 es concluyente al señalar que no podrá imponerse sobre la legítima «sustitución de ninguna especie». No es posible pensar que, no obstante el empleo de tal fórmula, estos dos tipos de sustitución quedan excluidos de dicha norma. 2.º La finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar consiste en facilitar las disposiciones *mortis causa* a favor de los sustitubles. Esto tiene sentido respecto de los bienes de libre disposición y, en su caso, de los que integren la mejora (art. 824), pero no en relación con la legítima, de la que no puede sin justa causa ser privado el descendiente. 3.º El hecho de que para la sustitución fideicomisaria se indique de manera especial que no puede recaer sobre la legítima, y que si se hace sobre la mejora tiene que ser a favor de los descendientes (art. 782) nada dice. En primer lugar, porque tal norma no falta en los otros supuestos (arts. 813 y 824, que tienen carácter general) y, además, porque ello se debe a que la sustitución fideicomisaria estaba ya regulada (así se hizo en el seno de la Comisión general de Codificación) antes de formularse el texto del Código civil; en dicha regulación se indicaban ya estas limitaciones, y al acogerse posteriormente la misma en su totalidad en el tex-

La objeción que se examina tiene en apariencia un valor decisivo, porque es cierto que carecería de sentido, una vez que se admite ampliamente la fideicomisaria, crear como medio general de protección del menor de catorce años o del que se halla incapacitado por enajenación mental unos nuevos tipos de sustitución sólo posibles para los ascendientes de los mismos, y que consisten, en esencia, en la posibilidad de nombrar un heredero en orden sucesivo. Sin embargo, la regulación de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español no es superflua. Si se ha pensado lo contrario se debe a la creencia de que las citadas sustituciones constituyen el modo normal de proteger a las personas que por su edad no pueden hacer testamento o que razonablemente se estima que no podrán hacerlo por hallarse incapacitadas por locura. Pero esto es dar a la regulación del Código un alcance que no tiene, convirtiendo en norma general lo que es sólo un supuesto de excepción.

Se puede proteger a las personas indicadas—evitando que reciban un trato desfavorable en la sucesión—de diversas maneras. Por ejemplo, disponiendo del usufructo de la herencia a su favor, y de la nuda propiedad, bajo condición, a favor de ellas o de las personas que se desee; también mediante una institución de heredero condicionalmente a término y, sobre todo, estableciendo una sustitución fideicomisaria condicional, en especial si se utiliza la forma de residuo. Pero el establecimiento de sustituciones fideicomisarias, y entre ellas la de residuo, está sometido a determinados requisitos a causa, principalmente, de que suponen una profunda alteración del orden normal de suceder: tienen que ser dispuestas de una manera expresa (art. 785, 1.º), y los llamamientos a la sustitución deberán ser expresos (art. 783, pr.). Los citados requisitos, que constituyen una novedad del Código civil español, tienen por objeto evitar la plaga de las sustituciones tácitas. El incumplimiento de los mismos acarrea la nulidad de la disposición a que se refieren; sólo es válida la institución de heredero (art. 786). Esta consecuencia tiene un especial significado en el supuesto de que se le haya dado sustituto a un menor para el caso de que fallezca antes de cumplir los catorce años o al incapacitado por enajenación mental si muere en tal estado sin testamento, porque con frecuencia resultará de la interpretación de la voluntad del testador incluso la nulidad de la institución de heredero; la norma dispuesta por el artículo 786 no se aplica cuando el sustituyente condiciona a la validez de la sustitución la del llamamiento a favor del instituido, y en los supuestos en examen ocurrirá en muchas ocasiones que se llama a éste precisamente porque se ha podido disponer un medio para hacer frente al problema que plantea su po-

to del Código se originó una duplicidad de normas (cf. ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, s. a., págs. 175-6).

sible o seguro abintestato (que los bienes pasen a personas que el testador no desea o al Fisco). La finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar es impedir que sobrevenga—en los casos concretos que constituyen su supuesto de hecho—la nulidad de la disposición a favor del sustituido a causa del incumplimiento de los requisitos que se acaban de exponer, y también proteger en los mismos casos el razonable deseo del testador de evitar las consecuencias del abintestato de aquél. La objeción que se analiza estima que es inútil que se permita al ascendiente nombrar un heredero sucesivo para que suceda después del llamado en primer lugar, porque ya está autorizado para ello en virtud del permiso—de contenido más amplio—para hacerlo por medio de la sustitución fideicomisaria. Consideración que es incompleta, porque el contenido de la autorización no es sólo otorgar la facultad de nombrar un heredero en orden sucesivo, sino que además se concede al ascendiente que logre hacerlo sin necesidad de emplear para ello una forma expresa y sin que sea expreso el llamamiento a la sustitución. Se trata, en definitiva, de que la ley, que somete la instauración de sucesiones en orden sucesivo al cumplimiento de especiales requisitos, establece para ciertos supuestos de las mismas un trato de favor (14).

Lo que se acaba de decir explica por qué las sustituciones pupilar y ejemplar están limitadas a determinados sujetos y circunstancias y también el carácter rigidamente imperativo de su regulación. La ley abandona lo que constituye su actitud normal frente a las sucesiones en orden sucesivo sólo para proteger un supuesto concreto y especialmente importante: la sucesión de los descendientes que se hallen en las circunstancias que señala. Protege también la voluntad del testador que nombra sustituto a los mismos en previsión y como remedio de su abintestato, pero cuida de hacerlo en la medida justa: por ello no son válidas las sustituciones pupilar y ejemplar en cuanto perjudiquen los derechos legítima-

(14) El valor que tiene esta liberación de formalidades no se aprecia en la actualidad todo lo debido, porque injustificadamente se trata de olvidar la eficacia de las normas que las imponen, y se admiten como sustituciones fideicomisarias (con los graves efectos que éstas tienen) lo que no son sino instituciones separadas en el usufructo y en la nuda propiedad o, en otros casos, simples llamamientos a término (con lo que se contraría, además de la ley, la voluntad de los testadores). Este proceder demuestra, por otra parte, la importancia del tema.

Se olvida el trato de favor que suponen las sustituciones pupilar y ejemplar cuando se dice que para los defensores de la tesis restrictiva de la sustitución, es evidente que toda discusión sobre quiénes pueden ser sustituidos (o sustituyentes) y qué requisitos son precisos (impubertad, estar declarado incapaz por enajenación mental), es discusión que huelga, ya que si la sustitución pupilar o ejemplar no pasa de ser una sustitución vulgar o fideicomisaria, es vano exigir que el sustituido sea impúber o que se haya declarado su incapacidad, etc., puesto que no es preciso que se cumplan tales requisitos para nombrarle un sustituto vulgar o fideicomisario... (ALBALADEJO: Op. cit., pág. 202, n. 112 bis, y allí cit.).

rios de los herederos forzosos del sustituido (art. 777); disposición lógica, pues si lo único que se quiere proteger es la evitación de los efectos del abintestato del primer llamado no tendría sentido privar a los herederos forzosos del mismo de bienes que en conjunto recibirían aunque su causante pudiera hacer e hiciese testamento.

El Código civil español sigue el criterio normal en la época de la codificación, es decir, el abandono de las sustituciones pupilar y ejemplar entendidas en aquel tiempo, sobre la base del Derecho romano, como nombramiento de heredero para otro o disposición de una herencia ajena, y acoge el ejemplo de las legislaciones que establecen para los supuestos de las mismas, bien la mera posibilidad de nombramiento de herederos en orden sucesivo o bien, admitido ya esto, una posición privilegiada para estos casos; se trata con ello de evitar las consecuencias más graves a que conducía la política entonces al uso de prohibición o fuerte restricción de las sustituciones fideicomisarias (15). En nuestro Código civil cristaliza esta tendencia en la regulación por separado de las sustituciones llamadas pupilar y ejemplar; este proceder tiene como efecto principal que en los casos que constituyen el supuesto de hecho de las mismas sea válida la disposición que tendía a establecer una sustitución fideicomisaria, a pesar de que no se hizo de manera expresa o de que el llamamiento a la sustitución no fué expreso. Se trata de un fenómeno de conversión. Otro efecto, aparte de los indicados especialmente en la ley, es que se puede disponer de los bienes objeto de la sustitución en beneficio del menor de catorce años o del incapacitado por enajenación mental y administrarlos en provecho de los mismos y no de la forma que objetivamente sería más

(15) Cf. supra, n. 3, sólo como ejemplo. Una vez más acontece que primero se reguló por separado la sustitución pupilar y después se hizo lo mismo con la ejemplar. (Para este tema concreto pueden verse los resultados de la información sobre el Proyecto de 1851, abierta en virtud de lo dispuesto en el R. D. de 12 de junio del mismo año, y MORALES: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1884, pág. 97 espec.).

No puede ser sustituido ejemplarmente ningún incapacitado que no lo sea por causa de enajenación mental (v. F. DE CASTRO: Op. cit. pág. 329, y ALBALADEJO: Op. cit., págs. 212-3). Por ello se agrava la posición de ciertas personas a quienes no se otorga manera de hacer testamento, así el sordomudo que no sabe leer y escribir. Sería conveniente estudiar si es justa esta situación y si para remediarla deben alterarse los requisitos de las formas de testamento (solución del Código civil italiano, art. 603, párr. último). En todo caso lo que no cabe es desorbitar el problema, como hace GARCÍA GOYENA, que deriva del mismo la curiosa consecuencia de que el sordomudo que no puede testar debe ser por ello incapacitado, y critica el proceder de los demás códigos, que no llegan a tal conclusión, diciendo: «¿Es, por ventura, menos necesaria la manifestación de la voluntad para gobernarse y gobernar sus cosas para toda la vida que para el último acto de ella? ¿La posibilidad no es igual en ambos casos?» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. I, Madrid, 1851, pág. 269).

adecuada, salvo la voluntad en contrario del testador (16) y a diferencia de lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria (art. 783, párrafo 2.º) (17). Finalmente, de la tipificación se deriva asimis-

(16) Los poderes que derivan de su titularidad hereditaria no aparecen coartados por una norma como la expresada en el artículo 783, párr. 2.º [La afirmación del texto concuerda con los precedentes históricos que señala la doctrina: el Proyecto de 1851 disponía, en el caso de sustitución fideicomisaria impuesta al hijo en favor de los nietos del testador (art. 638, párr. 3.º), que el gravado quedaba sujeto a todas las obligaciones del usufructuario, lo que no ocurre, en cambio, en el supuesto de sustitución pupilar (art. 638, párr. 2.º).]

(17) En ella la norma general es la obligación de restituir la herencia sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo voluntad contraria del testador. De ahí la importancia de las expresiones utilizadas por éste para manifestar su voluntad, importancia que no se acostumbra a destacar lo bastante. En el Derecho romano común se presentaba igual problema; el sustituyente podía emplear diversas fórmulas para manifestar su voluntad (por regla general rogaba al fiduciario que restituyese el residuo, lo que es una forma tácita de establecer los poderes del mismo, como hace notar PEREGRINO: *De fideicommissis*, Venecia, 1595, pág. 364), y en cada caso se interpretaban cuidadosamente las expresiones utilizadas; así, si el testador dijo *volo restitui quidquid supererit ex haereditate mea*, no se deben restituir los frutos de los bienes objeto del fideicomiso estantes en el momento de la muerte del gravado, al contrario de lo que ocurre si se expresó diciendo: *restitui quidquid supererit ex bonis* (MENOCHIO: *De praesumptionibus*, Colonia, 1606, t. 1, 4.º, praes. CLXXXVIII, núm. 17, págs. 865-6). En la doctrina española se ha dicho que si se dispone una sustitución fideicomisaria utilizando la fórmula de residuo (es decir, estableciendo la obligación del fiduciario de restituir el residuo) ello equivale a permitir al instituido que disponga por actos *inter vivos* de los bienes fideicomitidos o, lo que es lo mismo, a llamar al fideicomisario a suceder en los bienes de los que el fiduciario no hubiera dispuesto por actos *inter vivos* (FLORES MICHEO: *Notas sobre el fideicomiso de residuo*, RJC, año LIV, v. LXXII, fas. 1.º, pág. 3). Esto no parece exacto, porque si se utiliza la fórmula de residuo el fideicomisario debe suceder en todos los bienes que el primer llamado hubiera obtenido como contraprestación de los que enajenó por actos entre vivos (subrogación real), cosa que no ocurre si se autoriza al instituido para disponer por actos *inter vivos* o se llama al fideicomisario a suceder en los bienes de los cuales el fiduciario no hubiera dispuesto de tal forma, pues en estos casos el ejercicio de la facultad de disposición determina por sí solo que los bienes sobre los que recae queden liberados de la vinculación fideicomisaria, y que los obtenidos como contraprestación entren a formar parte del patrimonio personal del sustituido. Así lo señalaba ya la doctrina clásica (POTHIER: *Traité des substitutions*, en «Oeuvres», ed. Sifrein, París, 1822, t. XII, pág. 273), que equiparaba este supuesto con el caso en el cual el fideicomitente hubiera ordenado restituir lo que quedase *in natura*, y lo dicen la jurisprudencia española (Sent. T. S. 10 julio 1954) y la doctrina (ROCA SASTRE: *Notas a la trad. esp. del Derecho de sucesiones de Kipp*, en el Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolff, t. V, v. 2.º, Barcelona, 1951, p. 120).

La necesidad de determinar adecuadamente las especiales facultades concedidas al fiduciario se ha visto agravada, en el supuesto de que el testador desee otorgarle poder para disponer *mortis causa*, por la posición de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia, que exigen que esta facultad se conceda de manera expresa (cf., por ejemplo, OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 303 y 305, y sentencia del T. S. 21 noviembre 1956), y sin que el empleo del término «disponer» se

mo que todo nombramiento de herederos sucesivos en los casos que integran su supuesto de hecho se considere como sustitución pupilar o ejemplar y no fideicomisaria, salvo que de la voluntad del testador deba seguirse otra cosa (18).

b) Cuando se dice que la regulación del Código civil es contraria a la posibilidad de configurar las sustituciones pupilar y ejemplar como llamamiento de herederos en orden sucesivo se pretende establecer la siguiente alternativa: o se acepta que en ellas se dispone de una herencia ajena, la del sustituido, o bien nos hallamos ante el hecho inexplicable de que los herederos forzosos de éste hacen efectivos sus derechos legitimarios sobre bienes que no pertenecen al mismo.

Se olvida al proponer esta objeción cuál es la realidad de las cosas en la sucesiones en orden sucesivo con sustitución. Tomando como ejemplo la regulación típica de la sustitución fideicomisaria, se observará que la esencia de la misma (en cuanto sucesión en orden sucesivo) radica en que el fideicomitente dispone una segunda sucesión en sus bienes hereditarios para un momento en el cual éstos han formado ya parte del contenido del patrimonio del primer llamado (19). A consecuencia de ella no se sucede en dichos bienes al fiduciario, sino al sustituyente, lo que significa una total alteración del orden normal de suceder, que afecta por igual a la

crea suficiente en ningún caso para que se entienda autorizado el instituido para hacerlo *mortis causa*. En la actualidad ha comenzado a dudarse de la bondad de estas opiniones, y con razón, porque el valor de la expresión «disponer» tiene que ser decidido caso por caso para saber cuál es el significado que el testador le asigna, ya que en sí nada indica y puede querer decir tanto disposición por actos entre vivos como por causa de muerte; tampoco parece aceptable que haya de ser concedida de modo expreso la facultad de disponer *mortis causa*, pues no es dudoso que debe considerarse autorizado el fiduciario para hacerlo cuando, por ejemplo, ha recibido los bienes «para gozar y disponer de ellos como de los suyos propios» (TOULLIER: *Le Droit civil français*, t. III, Bruselas, 1857, pág. 20). La doctrina clásica interpretaba con amplitud el término «disponer» (cf. POTIER: *Op. cit.*, pág. 276).

(18) Se ha dicho que el tipo de sustitución acogido por el artículo 638, 2.º, del Proyecto de 1851 es un supuesto de sustitución fideicomisaria, análogo al regulado por el número 3.º del mismo precepto (puede verse su contenido supra, notas 3 y 16) y que se trata de excepciones concretas a la norma general de prohibición de las sustituciones fideicomisarias que el Proyecto establece; por tanto, no se puede decir que éste constituya un antecedente de la regulación del Código civil, el cual parte como regla de la admisión de las mismas, por lo que carecería de sentido declararlas especialmente admitidas para los ascendientes en los casos concretos de que el instituido menor fallezca antes de cumplir los catorce años o abintestato el incapacitado por enajenación mental (ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs 130-2 y 150-1). Se observará que esta objeción es sólo un aspecto de la que se acaba de examinar en el texto y, conforme a lo que se dice en el mismo, no puede ser aceptada.

(19) No es necesario resolver aquí el problema de si la herencia fideicomitada constituye o no un patrimonio separado, pues lo que se indicará seguidamente en el texto es independiente de la solución que se dé al mismo.

sucesión testamentaria, necesaria o legítima del instituido. Se ha creído ver en esto una consecuencia del tipo de titularidad que el primer llamado ostenta, porque, por regla general, se estima que es un heredero a término resolutorio incierto, que la llegada del plazo la señala el momento de su muerte y, por tanto, que no pueden formar parte de su sucesión los bienes fideicomitidos. Pero esta idea no es aceptable; la peculiar titularidad del fiduciario no es sino una consecuencia de que su causante determinó el posterior destino de dichos bienes nombrando un heredero sucesivo, nombramiento del que además no se deriva que el instituido sea un heredero a término, pues existen diferencias entre ambos supuestos que se manifiestan en una doble dirección: en la estructura de los llamamientos y en el contenido de las titularidades que la aceptación origina. Por lo que se refiere a la estructura de los llamamientos, se puede decir (aparte de que el momento de la muerte del fiduciario no tiene significado de término en sentido técnico, en cuanto establecido por la ley) que el del heredero a término está sometido a una limitación de carácter intrínseco; tiene predeterminada la duración temporal de sus efectos. En cambio, los llamamientos en el caso de sustitución fideicomisaria tienen una limitación de carácter extrínseco, que nace de su coexistencia; cada uno de ellos puede otorgar una situación de heredero normal, con plenitud de efectos, pero se limitan recíprocamente. La titularidad del llamado como heredero con término resolutorio se desvanece al llegar éste, porque carece de fuerza interna para seguir viviendo; la del fiduciario, porque un poder extraño, el que se concede al fideicomisario, se impone al suyo. Los herederos sucesivos a término estarían yuxtapuestos, mientras que fiduciario y fideicomisario tienen su llamamiento hereditario recíprocamente limitado: cada uno de ellos puede ser heredero con plenitud de efectos; sólo la posibilidad de ser del llamamiento a favor del otro se lo impide. Por ello el llamamiento a término supone que ha de producirse necesariamente otra sucesión antes o después de haber sucedido el llamado a término, según que el plazo sea suspensivo o resolutorio; por el contrario, en la sustitución fideicomisaria la aceptación de uno cualquiera de los llamados basta para cubrir la sucesión, pues su llamamiento se expansiona cuando faltan las limitaciones a que estaba sometido (20). Las diferencias de estruc-

(20) El Código civil parte de esta idea; por eso, si por cualquier causa el llamamiento del fideicomisario no tiene efectividad, el instituido es un heredero pleno (cf. art. 786). Por eso también no regula el problema de si la sustitución fideicomisaria supone la vulgar, pues el fideicomisario adquiere derecho a suceder desde la muerte del testador (art. 784) y su única limitación es el llamamiento a favor del fiduciario; no se trata de que exista una sustitución vulgar tácita, sino de que la fideicomisaria produce, en su caso, efectos idénticos a la vulgar. La posición mantenida en el texto explica, asimismo, el juego de la llamada sustitución vulgar *in fideicommisso*: si uno de los llamamientos intermedios de la sustitución fideicomisaria no tiene efectividad, el llamamiento siguiente se expansiona y llena este vacío.

tura entre los llamamientos de la sustitución fideicomisaria y los a término (21) no pueden observarse con nitidez cuando la sustitución ha cristalizado ya, como consecuencia de la aceptación de todos los llamados, en una situación jurídica interina del tipo de las temporalmente limitadas (pero no a término). En este momento, en cambio, son especialmente relevantes las diferencias de contenido de las titularidades. Baste señalar, por ejemplo, que el fiduciario puede disponer, si es para conservar (es decir, en esencia, para mantener los bienes en su normal productividad), sin que necesite hacerlo a plazo, y que, por el contrario, no puede disponer, ni aun a término, si con ello incumple su deber de conservación.

Como se ha indicado, las sucesiones en orden sucesivo originan una situación anormal. La ley puede atenuar sus efectos; puede el testador, asimismo, establecer una regulación que se aparte menos del orden de suceder normal. Ejemplo de lo primero es el artículo 777 del Código civil, que aquí se examina; de lo segundo, la sustitución fideicomisaria de residuo cuando el fiduciario está autorizado para disponer por causa de muerte de los bienes fideicomitidos (22). La norma contenida en el artículo 777 nada tie-

Las diferencias entre los llamamientos de la sustitución fideicomisaria y los meros llamamientos de heredero a término subsisten en el supuesto de sustitución fideicomisaria a término.

(Parece conveniente observar que nada se prejuzga acerca de la posibilidad o no de nombramiento de herederos sucesivos a término, ni sobre la naturaleza y efectos de la situación del heredero que comparte con el llamado a término la sucesión, etc.; todo ello será objeto de un estudio que no procede hacer en estas simples notas).

(21) El olvido del origen y desenvolvimiento histórico de las sustituciones fideicomisarias conduce a considerarlas como supuestos de herederos sucesivos a término. El excesivo apego a los precedentes lleva, por su parte, a la conclusión de que no cabe institución de heredero sometida a término, de que el Código civil español (art. 805) se expresa incorrecta o inexactamente al afirmar lo contrario, y que si se instituye heredero desde cierto tiempo lo único que en realidad se hace es establecer una sustitución fideicomisaria, en la cual, además, este llamado como fideicomisario no es tampoco heredero (VALLET DE GOITYSOLO: *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula usi sine liberis decesserit* en el *Derecho histórico de Castilla y en el Código civil (Notas a dos discursos)*, ADC, IX, III, pág. 783-860), afirmaciones que se basan en la doctrina clásica española (sobre la base del Derecho romano) y en que se estima que el Código civil acoge el concepto de *successio in universum ius*. A pesar de la bondad del estudio en que se hallan contenidas, estas conclusiones no pueden aceptarse a falta de prueba suficiente; el Derecho romano carece hoy, por lo que al Derecho civil común de España se refiere, de eficacia normativa, y los conceptos jurídicos sólo tienen valor demostrativo cuando se construyen plenamente de acuerdo con las normas que tratan de explicar.

(22) Siempre ha suscitado dudas y problemas este supuesto. En la doctrina española se ha negado alguna vez su posibilidad dentro del campo de la sustitución fideicomisaria, y se hace del mismo una imprecisa «sucesión testamentaria subsidiaria por silencio dispositivo del heredero» (ROCA SASTRE: Op. cit., págs. 119-20); pero el argumento aducido es inaceptable; consiste en creer que es de esencia de la sustitución fideicomisaria la obligación de conservar y que esta obligación falta si se

ne de extrño; al contrario, es más normal que el criterio que se sigue en las sustituciones fideicomisarias. No parece acertado tratar de medir con la regulación de éstas, que tienen un carácter muy especial, todos los supuestos de sucesión sucesiva. Tampoco la idea que predomina en la objeción que aquí se critica (a saber, que se trata de bienes que no pertenecen a la herencia del sustituido) es exacta. Los bienes objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar forman parte del contenido del patrimonio del primer llamado, a lo que no obsta que no pueda disponer de ellos *mortis causa* (consecuencia esta debida a que su causante llama a un he-

autoriza al fiduciario para disponer por causa de muerte, al contrario de lo que ocurre si sólo se le faculta para hacerlo por actos *inter vivos*, porque en este caso el temor de despojarse irrevocablemente de los bienes sirve de freno y equivale a una restricción en el disponer que implica la existencia de un gravamen de tipo fideicomisario (ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 77); en realidad, la sustitución fideicomisaria no implica obligación de conservar (entendida como restricción de la facultad de disponer) y menos puede equipararse esta obligación con la mera conveniencia de no disponer.

En la actualidad depende de la voluntad del sustituyente que el fiduciario pueda o no disponer por causa de muerte de los bienes de la herencia fideicomitida. Con relación al Derecho común (romano), los autores mantienen opiniones muy diversas. Para unos no sólo puede hacerlo, sino que constituye la regla general, porque la ley (Novela 108) permitía que el instituido dispusiese de las tres cuartas partes de la herencia, sin establecer distinciones acerca de cómo debía verificarse la disposición. Otros creen que no puede interpretarse de este modo la Novela 108 y estiman necesaria una especial autorización por parte del causante. Un amplio sector de la doctrina señala que si se otorga facultad para disponer por causa de muerte los bienes sobre los que la misma puede recaer quedan sustraídos al fideicomiso, porque si el fiduciario no dispone de ellos *mortis causa* pasarán a sus herederos legítimos, ya que se estima que quien fallece intestado dispone tácitamente en favor de éstos (sobre todas estas cuestiones, PEREGRINO: *Op. cit.*, págs. 364 y sigs.; MENOCHIO: *Op. cit.*, pág. 865; MANTICA: *Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum*, Ginebra, 1737, I, VII, tít. VI, núm. 19, pág. 281; RIPA: *De actis in mortis articulo commentarii*, Francfort, 1600, cap. LXVI, págs. 416 y sigs.; SURDUS: *Decisiones*, Lyon, 1600, dec. 272, págs. 569 y sigs.). Prevalen las opiniones de que la mera fórmula de residuo no autoriza para disponer *mortis causa* (siguen este criterio, por ejemplo, todas las compilaciones del Derecho foral catalán), y que la autorización para disponer por causa de muerte, si no se ejercita, no basta para sustraer los bienes de la sucesión marcada por el sustituyente (POTHIER: *Op. cit.*, loc. cit.). En la época codificadora se origina una nueva tendencia contraria a la posibilidad de que pueda ser autorizado el fiduciario para disponer *mortis causa*; se dice que quedaría entonces al arbitrio del mismo la cuantía y hasta la existencia misma del llamamiento a favor del fideicomisario, y que por ello la sustitución sería nula. Esta opinión fué defendida por un sector de la doctrina antigua francesa y todavía la sostiene la mayor parte de la italiana (v., sin embargo, COSATTINI: *Sostituzione fedecommessaria* (voz), en NDI, t. XII, parte 1.ª, pág. 642); la española no la acepta (cfr. TRAVIESAS: *Sustituciones hereditarias*, RDP, 1928, págs. 7-8), y con razón, pues con igual motivo habría que declarar nula también la sustitución fideicomisaria de residuo en la que sólo se autorizase al instituido para disponer *inter vivos* o consumir, lo que—en el sistema del Código civil español—es inaceptable.

redero sucesivo). Toda vez que la ley ordena que tenga lugar la sucesión necesaria respecto a dichos bienes, por estar en el patrimonio del sustituido se computan para determinar la legítima, y quedan inmovilizados en el patrimonio en que se hallan y con él se convierten en herencia los precisos para satisfacerla, en lugar de seguir el orden sucesorio dispuesto por el sustituyente (23).

La configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar como nombramiento de herederos en orden sucesivo armoniza en todos sus extremos con la regulación que de las mismas hace el Código civil. La teoría opuesta, en cambio, no ha podido explicar satisfactoriamente (entre otras cosas) el artículo 777; se dice que establece «una señalada excepción a la norma contenida en el artículo 814» en el caso de preterición del legitimario del sustituido, y se observa que la solución para este supuesto «resulta un tanto extraña, pues es dar más fuerza a la institución de heredero ajeno que a la del propio», si bien, «en la práctica, el artículo 777 pocos perjuicios ocasionará, porque normalmente el fin de evitar la sucesión intestada, que es lo que de hecho moverá en la mayor parte de los casos a disponer la sustitución, sólo preocupará, por lo general, cuando el sustituido carezca de legitimarios distintos del sustituyente» (24). Parece más adecuado pensar que ninguna relación guardan los artículos 777 y 814 y que el primero no contempla el supuesto de preterición de los herederos forzosos del sustituido, que no puede producirse en ningún caso, porque no hay disposición testamentaria de su herencia; se trata, simplemente, de que la ley ordena la primacía de la sucesión necesaria del sustituido sobre la dispuesta para sí mismo por el testador de quien proceden los bienes (25).

(23) Los herederos forzosos del sustituido cuentan con los bienes objeto de la sustitución para el pago de su legítima, pero la situación de los herederos abintestato no puede ser modificada, ni aun indirectamente, a consecuencia del establecimiento de la misma.

(24) ALBALADEJO: Op. cit., págs. 235-6.

(25) Se ha dicho que las sustituciones pupilar y ejemplar no pueden ser configuradas como nombramiento de herederos en orden sucesivo, porque el artículo 776, párrafo 2.º, dispone para la sustitución ejemplar que quedará sin efecto por el testamento del incapacitado, y no se puede admitir que alguien pueda dejar sin efecto, ni aunque sea parcialmente, el testamento ajeno, a lo que se añade que si se tratase de la herencia del sustituyente podría éste ordenar que la sustitución subsistiese a pesar del testamento del sustituido, cosa que la ley no permite, pues dispone lo contrario imperativamente (ALBALADEJO: Op. cit., págs. 160-1). Esta objeción no puede ser aceptada. El hecho de que la sustitución se extinga si el sustituido hace testamento nada tiene que ver con el supuesto contemplado en el artículo 670, párrafo 2.º; la ley concede que se pueda sustituir con trato favorable para evitar los efectos del abintestato del incapacitado y, en consecuencia, decreta la nulidad de la sustitución si decae este presupuesto. En cuanto a la posibilidad de que el testador ordene que la sustitución subsista, a pesar del testamento del sustituido, no cabe duda de que puede hacerlo; pero en tal caso la ley no protege de una manera especial este supuesto de sucesión sucesiva y el testador está sometido a la regulación dictada para la sustitución fideicomisaria (disposición ex-

B) En las sucesiones en orden sucesivo se establece entre los llamados un sistema de preferencias que se manifiesta en dos direcciones: cada uno de ellos sucede antes que el nombrado con posterioridad; cada llamado sucede normalmente por muerte del titular anterior. Tomando como ejemplo la regulación típica de las sustituciones fideicomisarias, se observa que, a consecuencia de lo antedicho, si el fiduciario fallece sin haber ejercitado su facultad de aceptar es llamado a suceder el fideicomisario, y no los herederos de aquel que han recibido el *ius delationis* en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.006 del Código civil (26), porque la sustitución prevalece sobre la transmisión (27). Las sustituciones pupilar y ejemplar presentan en este punto una especialidad, porque la sustitución está limitada en cuanto al contenido para que no dañe los derechos legitimarios de los herederos forzosos del primer llamado; por consiguiente, éstos—si los hay—suceden al sustituyente en unión del sustituto. Para calcular su legítima es preciso tener en cuenta la facultad de aceptar la herencia objeto de sustitución, pues estaba en el patrimonio del sustituido y está en su herencia en la medida en que sea preciso para el cumplimiento de la sucesión necesaria, quedando por este medio determinada la cuota de los legitimarios y la del segundo llamado. A causa de la precedencia de la sucesión de los herederos forzosos del instituido, y en la medida indicada, la transmisión prevalece sobre la sustitución.

2) Finalmente es necesario indicar que las sustituciones en examen tienen, en el caso de que el primer llamado fallezca antes que el testador, no quiera o no pueda aceptar la herencia, efectos análogos a la vulgar. No se trata de que sean una especie de sustitución vulgar ampliada para el caso de que el sustituido llegue a ser heredero, como dice la doctrina (28) con fórmula poco feliz, suponiendo que puede «ampliarse» esta sustitución con supuestos contrarios por completo a su naturaleza; tampoco de que contengan una sustitución vulgar tácita, sino de que por falta de limitación del llamamiento del sustituto cobra éste toda su amplitud (29). Efecto que forma parte de la eficacia propia de las sucesiones en orden sucesivo con sustitución, es decir, del género al que perte-

presa, llamamiento a la sustitución expreso, etc.), con todas sus consecuencias.

(26) A la muerte del primer llamado sus sucesores reciben la facultad de aceptar; ésta se extingue al producirse una aceptación preferente, pero no antes, lo que tiene como consecuencia que si el fideicomisario o sus sucesores renuncian a la herencia pueden aceptarla los que han recibido del fiduciario el *ius delationis* en vez de abrirse la sucesión abintestato.

(27) Al contrario de lo que ocurre en el caso de sustitución vulgar; ésta sólo se produce cuando falta el *ius delationis* procedente de la institución del primer heredero, como demuestra ALBALADEJO: Op. cit. págs. 88 y sigs.

(28) Cf. supra, nota 6.

(29) Cf. supra, nota 20 y texto correspondiente.

necen las sustituciones pupilar y ejemplar, pues la manera como están reguladas en el Código civil (así el art. 777) no permite dudar que se considera normal que todos los llamados sucedan en orden sucesivo al sustituyente. Por tanto, carece de sentido plantear el problema de la conveniencia de las mismas pensando sólo en que producen el efecto que es propio de la sustitución vulgar y comparándolas con ésta aisladamente.

