

**LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN  
EN LA FIDUCIA SUCESORIA**

PONENTE

**D. Luis Pastor Eixarch**  
Magistrado

COPONENTES

**D. Tomás García Cano**  
Notario

**D. Manuel Pardo Tomás**  
Abogado

MODERADOR

**D. Antonio Coarasa Gasós**  
Decano del I. Colegio de Abogados de Huesca



## LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN EN LA FIDUCIA SUCESORIA

por

Luis Ignacio PASTOR EIXARCH (Ponente). Tomás GARCÍA CANO (Coponente)  
Manuel PARDO TOMÁS (Coponente)

### D. Antonio Coarasa Gasós. Moderador

Buenas tardes a todos, se celebra hoy la última sesión de las jornadas del foro de derecho aragonés, bajo el título de «La herencia pendiente de asignación en fiducia sucesoria. Van a intervenir como ponente Don Luis Pastor Eixarch, magistrado que todos conocéis, decano de los Juzgados de Primera Instancia de Zaragoza y como coponentes, Don Tomás García Cano, notario de Calamocha y Don Manuel Pardo Tomás, abogado y ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca. Los conocéis ya todos por sus conocimientos en derecho foral, y nos van a exponer, comenzando el ponente, el tema de la herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria. Tiene la palabra el señor Luis Pastor Eixarch.

**SUMARIO:** I. Situación previa a la Ley de Cortes de Aragón 1/99, de 24 de febrero: A. Problemas suscitados por la anterior regulación.- B. Inaplazable la regulación en la fiducia actual. II. Los llamados al cargo de administrador: A. Parte de la administración atribuida al cónyuge viudo.- B. Parte de la administración atribuible a persona distinta del cónyuge viudo. III. Práctica del inventario: A. Obligados a hacerlo.- B. Plazo. Consecuencias de su inobservancia. IV. La administración del caudal: gestión, representación y facultades de disposición: A. Planteamiento General.- B. Facultades del administrador. V. Disposición de bienes del patrimonio hereditario: A. Regulación general.- B. Situación del administrador.- C. Situación del cónyuge viudo no fiduciario.- D. Situación de terceros: posibles herederos y acreedores.- E. Supuestos especiales: viudo fiduciario; venta de inmuebles o sitios del artículo 39.- F. Conclusiones. VI. La liquidación de la comunidad conyugal. Su íntima relación con la gestión y ejecución de la fiducia. VII. Régimen tributario de los actos que afectan a la herencia pendiente de asignación. VIII. Conclusiones.

## I. SITUACIÓN PREVIA A LA LEY DE CORTES DE ARAGÓN 1/99, DE 24 DE FEBRERO

La fiducia sucesoria aragonesa, importante institución, frecuentemente empleada en Aragón, se enmarca dentro de la que, genéricamente, puede llamarse sucesión por delegación. Con fundamento en la confianza personal que el testador comitente tiene en aquél a quien elige fiduciario, su finalidad es eximir al testador de la obligación de determinar con exhaustividad cómo debe ser deferida su herencia o repartido su caudal, pues le autoriza, con mayor o menor libertad, a dejar en manos de su cónyuge o de un tercero (el fiduciario) tales facultades.

La regulación histórica próxima de tal institución nos presenta, en Aragón o en otros derechos, entre otros problemas menores, dos grandes conflictos a resolver: por un lado, la necesaria relación que su uso debe guardar con el derecho patrimonial familiar, tanto para respetar la fiducia los derechos surgidos por la existencia del matrimonio y los diversos vínculos de parentesco, como para, desde la perspectiva contraria, asegurar el mantenimiento del patrimonio del causante a pesar de aquéllos derechos.

La segunda dificultad esencial con que la regulación de la fiducia se ha encontrado tradicionalmente era y es la concreción de las facultades que al fiduciario pueden serle conferidas, pues la libertad que al testador cabe reconocer para poder nombrar fiduciarios, no debe verse perjudicada por la concesión a éste de tales facultades que dejen, finalmente, vacía de contenido en la práctica la facultad personalísima del causante de determinar cómo debe ser deferida su herencia.

Al lado de las anteriores cuestiones, esenciales porque afectan directamente a la propia definición y naturaleza de la fiducia y de la posibilidad de su ejercicio, surge una tercera, no siempre suficientemente tenida en cuenta por los distintos legisladores al regular la institución: la necesidad de mantener vivo el patrimonio que forme la herencia mientras el fiduciario ejerce su encargo y, finalmente, defiere la herencia o reparte su contenido entre los llamados a ella. La ausencia de normas claras al respecto propician, lógicamente, el perjuicio patrimonial del caudal, porque, encontrándose sin persona que lo administre y responda de su gestión, puede llegar a agotarse por inanición, y, además, con perjuicio para todos aquéllos que legítimamente tengan derechos contra la herencia, por ver disminuido o distraído el patrimonio contra el que podían ejercitar sus derechos.

Éste último es ahora el extremo que nos interesa.

### A) PROBLEMAS SUSCITADOS POR LA ANTERIOR REGULACIÓN

Aun sin llegar a existir los posibles problemas que la nueva regulación actual de la fiducia plantea en orden a la administración y que tendremos ocasión de ver, ya la regulación de la Compilación Aragonesa, vigente antes de la Ley 1/99, fue objeto de múltiples críticas negativas por la forma en que se resolvió la administración y representación de la masa mientras el, o los fiduciarios, ejercitaban sus facultades. Críticas que deben calificarse como acertadas, pues la parca regulación que encontrábamos en el artículo 113 de la Compilación no abordó realmente la cuestión: se limitaba a establecer la genérica remisión a las normas de la comunidad hereditaria para todo lo relativo a la disposición y administración mientras la herencia estuviera pendiente de asignación.

Remisión que, en realidad, al referirse a la regulación del Código Civil sobre la materia, no solucionaba nada directamente. Sino que, dentro del Código Civil, y por la dispersa y corta regulación sobre la comunidad hereditaria en él contenida, era preciso todavía acudir a nuevas remisiones a otras instituciones, para terminar, en lo que ahora

nos interesa, y dicho rápidamente, con la aplicación a la administración, representación y disposición de la comunidad hereditaria, de las normas reguladoras de la comunidad de bienes y, más en concreto, para los casos de copropiedad (artículos 396 y concordantes del Código Civil).

En la práctica diaria, el sistema dificultó el normal desarrollo de la vida de la masa en el tráfico jurídico perjudicando su normal administración, con el consiguiente perjuicio potencial tanto de los derechos expectantes como de los de terceros posibles interesados en la herencia.

Es lógico. Porque se partía de un problema de concepto y de inicio: se aplicaban normas basadas en sistemas de mayorías sobre copropiedad a una situación en que tal copropiedad no existía, pues en la fiducia, hasta el momento de asignación concreta de bienes, no existe copropiedad entre personas, sino meras expectativas de ser finalmente heredero. Sólo mencionar aquí, para poder atisbar la naturaleza del problema, la dificultad de una auténtica gestión eficaz cuando, para resolver cualquier problema de administración era precisa la concurrencia de la mayoría entre quienes formaban la comunidad: cónyuge viudo en todo caso, Junta de Parientes a veces, y, en su caso, posibles llamados a la herencia. Con la incidencia accesoria de que podía darse el caso de tener que intervenir por un legitimario menor su tutor, o la preexistente Junta de parientes. Todo lo cual se agravaba cuando hubiera de hacerse un acto de disposición que superara la mera administración ordinaria, pues, en este caso, era necesaria la unanimidad.

Se reclamaba, en consecuencia, y no sólo para la claridad de la actuación, sino para asegurar la pervivencia de la masa mientras se ejecutaba la fiducia, fijar un régimen de administración que, respetando siempre la voluntad del testador, asegurara, sin necesidad de acudir a forzadas interpretaciones de la Ley, la obtención simultánea de varios resultados: la correcta conservación del caudal; su delimitación respecto de otros patrimonios con él relacionados (el del cónyuge viudo sobre todo); su actividad en el tráfico; y que, al asignar bienes, no hubiera quedado significativamente disminuido el caudal por una incorrecta administración previa. Todo ello junto con la posibilidad de que los terceros acreedores o interesados por otros motivos en la herencia pudieran asegurar o realizar sus derechos sobre los bienes que la componían, sin necesidad de esperar, quizá sine die, a la adjudicación concreta de bienes o designación específica de heredero.

## B) INAPLAZABLE LA REGULACIÓN EN LA FIDUCIA ACTUAL

Ahora, con la Ley aragonesa 1/99 la cuestión relativa a la administración del caudal hereditario mientras la fiducia se ejecuta, no cabía soslayarla. Si antes ya era necesario, y así se preconizaba desde todos los sectores jurídicos, regular expresa y detalladamente el régimen a seguir en la situación de pendencia de la herencia, la conveniencia de su concreta y específica regulación se convertía en necesidad inaplazable cuando se decidió modificar la anterior regulación del sistema de fiducia. En especial cuando se introducían, en lo que ahora interesa, dos importantísimas novedades: la posibilidad de entrar extraños a la familia en el cargo de fiduciario o en el de administrador; y la posibilidad de que el fiduciario no se limitara a ser una sola persona física (el cónyuge viudo) o un órgano previamente regulado (como la Junta de parientes anterior), sino varias personas sin relación anterior entre ellas.

Si partimos de la lógica presunción de que el caudal hereditario debe ser de cierta importancia o complejidad para que se justifique la decisión del testador de hacer uso

de la fiducia; y, junto a ello, nos encontramos ahora, con la relación directa que con tal caudal tienen varias personas entre las que no necesariamente debe haber estrecha relación personal (como lo son el viudo, los legitimarios, el administrador y el fiduciario, o fiduciarios caso de ser varios), es evidente que esta situación debe ser prevista por el legislador y valientemente regulada, si no queremos que, por la fuerza de los hechos, el patrimonio a repartir finalmente se haya visto muy mermado en el tiempo que medie hasta la ejecución, por la intervención sobre él de personas que pueden tener interés contrapuestos, o que, no sólo sus posibles acreedores, sino los detentadores de cualquier derecho o expectativa sobre él, puedan ver burlados a la postre sus derechos, por defectuosa o malintencionada gestión.

Esta es la situación en que se enmarcan las previsiones que, respecto de la administración y disposición de la herencia pendiente de asignación, hace la Ley actual de modo decidido como vamos a ver. Para ello, tras estudiar la regulación relativa a quiénes son llamados a representar la herencia, con referencia a su primera obligación de inventariar el patrimonio, trataremos en concreto de las cuestiones derivadas de la gestión de la administración, de la disposición de bienes hereditarios y, finalmente, dos cuestiones que merecen ser objeto de mención especial: los problemas que suscita la relación entre liquidación de la comunidad conyugal y fiducia, y el régimen tributario aplicable a los diversos actos y negocios que tengan lugar sobre la masa pendiente de asignación.

## II. LOS LLAMADOS AL CARGO DE ADMINISTRADOR

### A) PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ATRIBUIDA AL CÓNYUGE VIUDO

Las posibilidades entre las que puede elegirse al determinar quién debe ser el administrador son, lógicamente, varias. Como más fácilmente destacables, cabe indicar, por ejemplo: partir del principio de la necesidad de designarlo el testador; o atribuir la administración al fiduciario en todo caso; establecer legalmente el llamamiento de quién deba ser administrador; atribuirlo a una junta familiar; u otorgar la administración al cónyuge viudo.

Quizá la opción más rápidamente seleccionable, por ser la más cohonestable con el resto de instituciones familiares y sucesorias aragonesas habría sido la última citada: atribuir la administración en todo caso al cónyuge viudo. Con ello, se reforzaba el papel que el artículo 53 de la Compilación le atribuye como administrador de la comunidad conyugal hasta en tanto se produzca la liquidación; y se coordinaba con su titularidad del usufructo y las facultades de administración que conlleva conforme a los artículos 84 y 85 de la Compilación, como más esenciales entre los varios de aplicación. Y, en definitiva, se fortalecería la posición del cónyuge, objeto siempre de especial atención y relevancia en la legislación familiar y sucesoria aragonesa.

Tal solución entendemos, sin embargo, no habría seguido realmente el espíritu de la reforma: como decimos, la Ley actual se ha apartado en gran medida de lo anterior, sobre todo, al permitir el nombramiento de un tercero o terceros como fiduciarios. Ante tal posibilidad, derivada inmediatamente del derecho a la libertad de testar, paradigma histórico de nuestra legislación, sería contradictorio mantener la administración del cónyuge a pesar de una posible voluntad en contra del causante y de la existencia del tercero fiduciario distinto del cónyuge. En el orden práctico, especialmente, habría dificultado el normal desarrollo de la administración la pugna entre el cónyuge administrador absoluto indefinido de todo el caudal, y el fiduciario en cuyas manos está el destino final de la herencia, con la previsibles consecuencias, en el mejor de los casos de disfunciones en

la correcta gestión del caudal, y en el peor de los casos, de llegar a vaciar en gran medida el contenido patrimonial de la masa mediante una defectuosa gestión del viudo.

Más aún si pensamos en aquéllos supuestos en que la regla general de usufructo universal hubiera quedado excepcionada, por ejemplo por exclusión de usufructo por renuncia, o voluntad manifestada del cónyuge respecto de determinados muebles, o de tercero donante no ascendiente (artículos 72 y 77 de la Compilación). Y todavía más si por la existencia de capítulos matrimoniales el régimen por el que ha optado excluye el usufructo viudal, pues en tales casos, resulta contrario a voluntades expresas de los interesados dar al viudo una administración de la que quedó excluido en vida del causante.

Pero, vista la cuestión desde el lado opuesto, es claro que la Ley no puede obviar los importantes derechos que al cónyuge le otorga nuestra legislación. En esta situación de tensión importante entre diversas instituciones es donde el artículo 134 de la Ley 1/99 intenta poner un orden adecuado para, a la vez que quede asegurada la salvaguarda de los derechos del cónyuge sobreviviente, se faculte de modo suficiente para que la administración sea llevada por personas distintas de él, nombradas o no por el comitente.

En concreto, tal artículo prevé:

134. *Administrador y representante.* 1. Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá:

1º Al cónyuge viudo sobre todos los bienes y derechos del premuerto, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal, o en otro caso, sólo sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad.

2º Al fiduciario o fiduciarios.

2. En las fiducias colectivas, la administración del patrimonio pendiente de asignación sólo corresponderá a los fiduciarios si el causante no hubiera designado un administrador.»

Como vemos, el apartado primero de esta norma establece un punto de partida, necesario para el respeto preciso de los derechos del cónyuge viudo: él será el administrador de determinados bienes en todo caso, y variará la porción de la masa patrimonial sujeta a su administración según los diversos estadios en que puede encontrarse la masa hereditaria:

- Mientras no se liquide la comunidad conyugal, la regla es que el cónyuge es administrador de todo el patrimonio del causante, no sólo de los bienes que formen parte de la comunidad conyugal o que puedan estar afectos al usufructo, sino de todo aquello que fuera de propiedad de su cónyuge fallecido.

- Una vez liquidada la comunidad conyugal conserva su condición de administrador pero concretada sólo a aquello a lo que alcance el usufructo viudal.

#### *1. Antes de la liquidación de la comunidad conyugal*

La primera regla de las anteriores sorprende por su extrema amplitud, elogiable por la seguridad que da a la posición del cónyuge que queda viudo, pero de difícil entronque con el resto del derecho dado. Porque, aparentemente, no existe motivo para la gran extensión de la administración que le confiere.

La razón de tal amplitud se encuentra, a nuestro entender, en conseguir que, en un primer momento, el cónyuge viudo administre (mientras la comunidad conyugal no se

ha disuelto), el todo del patrimonio, común o no, del causante. Para, luego, sin solución de continuidad, una vez ordenados los bienes y liquidada convenientemente la comunidad, respetar íntegramente su condición de usufructuario, y el patrimonio que finalmente quede afecto a él, no conocido quizá perfectamente en el momento anterior del fallecimiento y consiguiente disolución ope legis de la sociedad conyugal.

Pero, no obstante tan loable razón, tal norma presenta una importante especialidad en nuestro derecho que entendemos de difícil justificación por el conflicto que supone con otras normas básicas. Porque ha incluido bienes nunca sujetos a la administración de viudo: los excluidos del usufructo por voluntad expresa en tal sentido del propio causante o de terceros, por acuerdo de ambos cónyuges o, incluso, por decisión unilateral del mismo viudo, con lo que esta norma crea, en contra de lo expresamente decidido en el marco del principio *standum ex chartae*, una situación *ex novo* a partir del fallecimiento de aquél que haga uso de la fiducia sucesoria, ignorando las previas manifestaciones de voluntad contrarias a que determinados bienes fueran nunca administrados por el viudo.

Con ello, además de existir una importante contradicción con las voluntades de los interesados, se coloca al viudo en una situación interina de administración nunca antes disfrutada y cuya terminación, en gran parte, depende de su voluntad, pues administrará lo nuevo hasta que sea liquidada la comunidad conyugal, de común acuerdo con los demás interesados, o por medio del correspondiente procedimiento judicial.

En el caso de que el cónyuge no acuda a la liquidación voluntaria, sino que ésta deba ser instada por terceros interesados o por el fiduciario, conforme le autoriza el artículo 140 de la Ley 1/99, el contencioso entre ellos, o incluso el que judicialmente se inste, puede deferir durante largo tiempo la conveniente liquidación. Mientras, la administración sólo al cónyuge corresponde, sin posibilidad de interferencia de terceros, herederos preteritos, administradores o fiduciarios.

Al respecto, cabe mencionar que las normas procesales previstas para liquidación de la comunidad conyugal, junto con las sustantivas aplicables (artículos 1.054 a 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 55.3 de la Compilación Aragonesa y 1.059 del Código Civil), remiten para la intervención jurisdiccional en la liquidación de la comunidad, al procedimiento previsto para la testamentaria. Este procedimiento pretende, en primer lugar, la formación voluntaria del inventario y, luego, conseguido el acuerdo sobre el inventario de bienes, el nombramiento de encargados de la valoración y partición final del caudal. Caso de haber acuerdo entre los interesados, el procedimiento acaba. Pero, como la práctica demuestra, cuando existe la disconformidad previa que obliga a acudir a este procedimiento judicial, los desacuerdos en él casi siempre están presentes.

En concreto, ya en la primera fase del procedimiento (la formación del inventario) pueden surgir los problemas iniciales: la mera discrepancia entre el cónyuge viudo y el fiduciario sobre si uno o varios bienes o derechos deben considerarse de la comunidad o privativos de alguno de los cónyuges, conllevará la imposibilidad de formar inventario voluntario, y remitirá al inicio del correspondiente procedimiento declarativo para dilucidar la cuestión.

Instado el procedimiento, quien lo inicie puede optar por limitar su demanda a que se fije el contenido del inventario, no a que se proceda también, y además, a dictar resolución sobre la división y adjudicación definitivas. En este caso, por la obligada congruencia procesal de la sentencia con lo interesado por las partes, tan sólo al primer extremo se referirá, limitando su pronunciamiento a declarar si aquél bien discutido es finalmente de naturaleza común o privativa.

De modo que debe reanudarse el procedimiento voluntario, con nombramiento de los contadores y propuesta de división. Caso de desacuerdo de alguno de los interesados en la propuesta de división y adjudicación, deberá acudir otra vez al procedimiento declarativo.

Como se aprecia, el tiempo que puede invertirse en esta tramitación es muy extenso, y los gastos que conlleva, de asistencia procesal y práctica de pruebas periciales, muy elevados. De hecho, en gran medida, la rapidez de la liquidación depende de la voluntad del viudo. Que es precisamente quien, con la norma dada, puede tener principal interés en mantener la situación de no liquidación, para seguir disfrutándola en la gran extensión en que la tiene.

Sobre esta conflictiva cuestión, y desde otra perspectiva cercana a la previsible realidad práctica, cabe añadir también que la propia norma que estudiamos parte de considerar que estamos en un caso en el que el fiduciario no sea el propio cónyuge (en tal caso era innecesaria la previsión), sino que lo sea un tercero. No cabe intentar predecir en qué supuestos optará el testador por nombrar fiduciario a un tercero habiendo cónyuge, pues es tarea imposible. Pero sí cabe suponer fundadamente que si el comitente elige para deferir su sucesión a persona distinta de su cónyuge, tal opción la tomará por motivo de desconfianza en el consorte. Será desconfianza por motivos personales o porque dude de su preparación técnica para el ejercicio correcto del cargo, pero en todo caso demostrativa de una actitud del causante que, entendemos debe ser acatada, y no sólo por respeto a la voluntad del testador.

Porque, si la razón de la desconfianza es de carácter técnico, por entender el testador que su cónyuge no es persona apropiada para distribuir la herencia, por carecer de preparación para ello, no parece buena solución impedir otra previsión del causante y dejar al viudo, por ministerio de Ley imperativa, la administración de todo el caudal hasta la liquidación de la sociedad conyugal, con la dilación que puede producirse hasta conseguirlo.

Y peor aún en el caso de que la razón de no haberlo elegido fiduciario sea por no tener respecto del cónyuge la confianza personal que tal cargo conlleva, pues es claro que en tal supuesto la decisión de la norma de atribuir al sobreviviente la gestión de todo el patrimonio tanto objeto del usufructo como excluido de él, tanto común como privativo del fallecido, es contraria a la propia decisión personal del testador de excluirlo de la administración. Aparte de que, yendo aún más lejos, si la razón de la desconfianza era una mala relación personal entre los cónyuges, resulta lógico pensar que esta mala relación se mantendrá entre el cónyuge y el fiduciario nombrado.

La conclusión que obtenemos de lo anterior no es sino que la previsión del artículo 134, en cuanto otorga al cónyuge la administración de nuevos bienes, puede ser muy pernicioso para la normal administración del patrimonio: si el cónyuge dificulta intencionadamente la rápida liquidación de la comunidad conyugal, puede aplazar durante largo tiempo el mantenimiento de su total administración, con sujeción sólo a las normas generales de responsabilidad y con posibilidad de derivación de bienes del caudal común o del fallecido al suyo propio. Si son circunstancias no buscadas intencionadamente las que dificultan la rápida liquidación, podemos encontrarnos ante un cónyuge que no sea capaz de administrar correctamente el patrimonio.

Y todo ello, sin previsión de medida alguna de control preventivo para el cónyuge, y sin posibilidad práctica de que ningún interesado en la herencia pueda reclamar que se esté haciendo una defectuosa gestión del patrimonio. Porque, el momento en que la herencia pendiente de la fiducia se encuentra es el de no haberse liquidado la comunidad, y no

haberse designado herederos. Con lo que ni cabe reclamar por defectuosa administración sobre bienes concretos (porque no se sabe cuáles quedarán fuera del usufructo) ni existe heredero que pueda manifestar su protesta (porque no se ha ejecutado la fiducia).

Tales riesgos entendemos eran evitables mediante otro tipo de soluciones. Como más evidente, cabe considerar la de privar al cónyuge, en todo caso, de la administración de aquéllos bienes claramente excluidos por terceros o por los propios esposos del usufructo. No parece que de tal previsión pudieran derivarse perjuicios para el viudo, porque siempre habría conservado la administración del caudal que, como administrador de la comunidad disuelta, primero, y luego como usufructuario le correspondían. Otras opciones posibles serían la de facultar al fiduciario para velar por la correcta gestión del viudo en esta fase de la fiducia; o prever el nombramiento de administrador judicial; o a través de Junta de Parientes; o fijar límites cuantitativos u objetivos para prevenir daños, como hace, por ejemplo en sede de usufructo, el artículo 73 de la Compilación para el caso de matrimonios sucesivos.

Sin embargo, vemos que la difícil coordinación entre los derechos del viudo y la existencia de la fiducia, junto con la intención aparente de evitar la complejidad que supondría una administración dual desde el principio de la fiducia, ha decantado la opción legal a favor de asegurar la situación del consorte sobreviviente. Parece que, caso de necesidad, la opción para arbitrar mecanismos de seguridad adicionales se reduce a la solicitud judicial de medidas de aseguramiento previas o coetáneas a procedimiento.

## *2. Una vez liquidada la comunidad conyugal*

Verificada la liquidación de la sociedad conyugal, los riesgos citados son ya salvados. Pues, en tal caso, una vez que el cónyuge viudo ha dejado de administrar (por su liquidación) la comunidad conyugal, la administración del caudal relicto queda en sus manos sólo en lo que esté afecto al usufructo viudal, no en el resto.

Sobre lo no afecto al usufructo (artículos 76 y 37, 38 y 39 Compilación) la administración queda conferida a otra persona: si nada ha ordenado en contrario el testador, al fiduciario; o, caso de haber hecho tal previsión el causante, al administrador que se nombre.

Con tal contenido legal, la regulación del sistema de administración, entendido desde la óptica de quiénes son llamados a ella, es plenamente coherente con el respeto a la situación del cónyuge y a los deseos del testador. Porque respeta plenamente la condición de usufructuario de aquél, a la vez que permite excluirlo de la administración por voluntad del testador: bien sea manifestada por omisión al nombrar fiduciario sin excluirlo de la administración; bien sea expuesta por decisión expresa del testador, al nombrar administrador independiente del cónyuge y del fiduciario. Posibilidades que, como vimos, venían prohibidas mientras la comunidad conyugal no fuera liquidada, con los problemas que ello podía acarrear.

Parece claro que la posterior administración del caudal puede plantear no pocos problemas, tanto al tiempo de la mera gestión, como cuando deba procederse a la disposición de algunos bienes. La presencia de varias personas en la formación o práctica de los actos de administración y de disposición puede obstaculizarlos o, al menos, perjudicarlos. Porque, en la práctica podemos encontrarnos con la presencia de importantes facultades de administración y disposición sobre el caudal relicto de tres personas distintas: el cónyuge en su condición de usufructuario; el fiduciario en el ejercicio de sus amplias facultades; y el administrador nombrado en la llevanza de la gestión del caudal no sujeto a usufructo y no dispuesto todavía por el fiduciario.

Tales cuestiones relativas a la gestión de la administración no es momento ahora de tratarlas, pues parece más oportuno verlas al estudiar en concreto las previsiones legales sobre administración y disposición, que luego veremos, pero cabe mencionarlas ahora, para apuntar el laberinto a que la situación de tricefalia puede dar lugar. Porque la cita de tal situación entendemos es uno de los motivos que deben valorarse con carácter previo, al interpretar las normas que vamos a ver a continuación sobre si es posible y conveniente concluir, con el texto legal dado, que está admitida (como defendemos) la presencia de un administrador distinto del cónyuge y el fiduciario. O si, como puede también interpretarse, tal posibilidad debe considerarse inadmisibles e inconveniente a la institución, manteniendo sólo al cónyuge y al fiduciario al frente de la administración de la masa patrimonial objeto de fiducia.

## B) PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ATRIBUIBLE A PERSONA DISTINTA DEL CÓNYUGE VIUDO

En orden a la llamada a la administración de personas que no sean el viudo, la situación general está regulada en el artículo 134 de la Ley, y es inicialmente clara: caso de inexistencia de previsión en contra por parte del comitente, todo aquello que no quede sujeto al usufructo viudal, se somete a la administración del tercero fiduciario.

El posible conflicto aparente que puede, en teoría, plantearse, de si aquellos bienes excluidos del usufructo que hayan quedado bajo administración de tercero por disposición de los propios cónyuges o de tercero, cuando ello sea posible, deben sujetarse ahora a la administración del fiduciario o permanecer bajo el inicial régimen de administración, creo debe solucionarse a favor en todo caso del fiduciario. Porque la voluntad del causante cuando hace uso de la fiducia es preferente a la previsión inicial de sometimiento a otro régimen de administración que, en realidad, no pretendía sino excluir al cónyuge de la posesión de tales bienes, pues tal previa voluntad se respeta al quedar sujetos al fiduciario y no al administrador inicial nombrado.

Salvado tal problema, es clara la situación prevista: el cargo de administrador queda claramente dividido mientras esté pendiente la herencia: al lado del cónyuge actuará el fiduciario, cada uno sobre su parte.

Esta regulación del artículo 134 se presenta como terminante en su literalidad, lo que parece conducir a comprender exista prohibición total de la posibilidad de nombrar un administrador distinto del propio fiduciario.

La tentación interpretativa en tal sentido de sujetarnos a la aparente literalidad de la norma se presenta con contundencia: de quedar vedado al testador el nombrar administrador, la posterior administración se simplifica enormemente, porque sólo a la relación de dos personas nos reconduce (cónyuge y fiduciario).

Es más, parece apoyar esta tesis simplificadora la previsión del apartado segundo del artículo 134, que parece negar la presencia de tercero administrador distinto de fiduciario y cónyuge, salvo en los casos de la fiducia colectiva, en los que expresamente se admite.

En concreto el artículo 134 apartado segundo, indica:

‘2. En las fiducias colectivas, la administración del patrimonio pendiente de asignación sólo corresponderá a los fiduciarios si el causante no hubiera designado un administrador.’

Así, conforme a la literalidad de tal norma, y ante la ausencia de referencia directa alguna a la posibilidad de nombrar administrador en casos distintos de la concreta fidu-

cia colectiva recogida en los artículos 144 y 145 de la Ley, parece que debe concluirse, sin más opción, que en los demás casos queda prohibido el nombramiento de administrador.

Esta interpretación, insistimos, sería sugestiva, porque solucionaría muchos de los problemas prácticos que se presentan como evidentes en el caso de haber cónyuge, fiduciario y administrador, pero, a nuestro entender, no cabe, sin embargo, admitirla.

En contra de ella, y a favor del nombramiento de administrador al lado del fiduciario y del cónyuge, tenemos, en primer lugar, la invalidez del argumento fundado en la literalidad del artículo 134.2 que parece citar la fiducia colectiva como único supuesto posible para nombramiento de administrador. Porque, en la actualidad, la mención de fiducia colectiva recogida en esta norma no cabe entenderla referida, como antes sucedía (artículo 114 derogado), tan solo a los casos de fiducia establecida para sucesión de la casa, sino en realidad a todos los supuestos de fiducia plural.

La fiducia colectiva ha perdido esta sustantividad unida a la sucesión de la casa que venía definida por su fin, para quedar relegada a una norma que prevé tan solo una forma de designación de fiduciarios, con mero carácter supletorio.

El primer caso de tal supletoriedad deriva del artículo 146, según el cual, la sucesión de la casa inicialmente, nada tiene que ver con tal colectividad en la fiducia, sino que se practicará en solitario por el cónyuge viudo. Sólo ante su falta o inactividad del viudo hasta su fallecimiento, es cuando se acude a la previsión supletoria de formación de una fiducia colectiva.

Segundo supuesto de aplicación sólo supletoria lo es el previsto en el artículo 144 para el caso en que el nombramiento de los fiduciarios no haya sido concretado por el causante, sino que se haya limitado a hacer un llamamiento colectivo sin concreción de personas.

Y tercer supuesto de aplicación supletoria de las reglas de formación de la fiducia colectiva lo es el previsto en el artículo 148.2, que llama a la norma del artículo 144 de integración de la fiducia colectiva como el medio natural de suplir la falta de alguno de los fiduciarios inicialmente nombrados, sin referencia alguna a que se trate o no de fiducia para la sucesión de la casa, y sin limitación alguna a fiducia plural sucesiva o conjunta.

Si a esto añadimos la posibilidad otorgada en el artículo 124 de hacer uso de fiducia sucesiva, obtenemos la conclusión, por tanto, de que, dentro de la fiducia plural podemos hablar, con el texto actual, de fiducia sucesiva solidaria o conjunta.

Lo que, en relación con el tema que nos ocupa permite el entendimiento correcto del artículo 134.2 que parecía excluir el nombramiento de administrador en las fiducias en todos los casos, salvo en el de fiducia colectiva para sucesión de la casa. Lo que debemos entender es que tal norma permite el nombramiento en todo supuesto de fiducia plural, sea o no colectiva, sea o no para sucesión de la casa.

Con lo que, se concluye, la aparente limitación de poder nombrar administrador sólo para los casos de fiducia colectiva queda ya inicialmente ampliada para todos los supuestos en que los fiduciarios sean varios. Sin exclusión alguna.

De tal amplitud de la disposición legal, y la ausencia de prohibición expresa limitativa de las posibilidades de nombramiento, obtenemos el primer argumento favorable a la tesis de ser perfectamente posible nombrar siempre administrador. Pues donde la Ley no sólo no restringe, sino que invita a nombrar administrador en todos los casos de fiducia plural, no cabe deducir que sea contrario a su texto admitir también en el caso de fiducia individual, el nombramiento de administrador tercero. Más aún si consideramos

que, habida cuenta de que el fiduciario individual es nombrado por el testador por la confianza personal que en él deposita, no en las cualidades técnicas que pueda tener para administrar el caudal, nada debe impedirle que pueda elegir persona idónea, también de su confianza para encomendarle tan importante misión como lo es administrar el patrimonio hasta la ejecución de la fiducia..

Además, y en segundo lugar, porque el artículo 138.3 claramente parte, al regular la dación de cuenta de las ventas de bienes por los fiduciarios no administradores, de que la rendición de tal cuenta debe hacerse al administrador. Si partiéramos de que el fiduciario necesariamente ha de ser administrador, tal norma carecería de sentido.

En tercer lugar, parece necesaria la admisión del nombramiento de administrador por el testador, pues de otro modo, conforme al artículo 134 de la Ley, nunca el cónyuge no fiduciario podría administrar toda la herencia, pues siempre quedaría excluida la porción no sujeta a usufructo, una vez liquidada la comunidad conyugal.

Por ello, y aun previendo los problemas que la presencia de tres personas (cónyuge usufructuario, administrador y fiduciario) con facultades sobre el caudal puede comportar, la conclusión a obtener es la plena admisión de que el testador, en uso de la casi libérrima posibilidad de testar, de nombrar administración de la herencia en general y de ordenar la fiducia que le reconocen los artículos 3 de la Compilación, y 3, 9, y 127 de la Ley, puede hacer nombramiento de administrador con independencia del fiduciario.

### III. PRÁCTICA DEL INVENTARIO

#### A) OBLIGADOS A HACERLO

Acceptado su cargo por el administrador, sea o no el fiduciario, y salvo que sea el cónyuge, su primera obligación, y en breve plazo (seis meses desde el fallecimiento del causante), será la de formalizar inventario completo del caudal relicto.

Obligación a la que el texto dedica un solo artículo, el 135, que fija el contenido del inventario a practicar en términos muy amplios. En concreto, señala que el inventario será 'comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión'.

Aparentemente, esta misión del administrador, cuando sea a la vez fiduciario y cónyuge y deba hacer inventario en los casos en que proceda, no parece comportar mayor dificultad. En este caso, el principal y evidente problema que puede plantearse es el de posible inclusión por el viudo, al hacer el inventario, de bienes calificados como comunes, cuando en realidad sean privativos del causante, o calificados como privativos del sobreviviente, cuando en realidad sean comunes o privativos del otro. Pero esta cuestión dada la previsión de ejecución de la fiducia por el cónyuge fiduciario, sin sujeción a plazo, remite su solución al momento en que tal ejecución (o la liquidación de la comunidad conyugal, caso de ser anterior) tenga lugar, por lo que, aun siendo cuestión de suma trascendencia, nos vemos obligados a dejarla al margen del concreto objeto de nuestro estudio, destinado a la fase de pendencia de la fiducia.

La ausencia de problemas y facilidad de inventariar que se da en el caso del cónyuge único fiduciario, no puede, en cambio, predicarse en el caso de que el administrador sea persona distinta del cónyuge.

En tal caso, la bicefalia en la administración, directamente repercute en la práctica de un inventario fiable. Porque, al no estar hecha la liquidación de la comunidad conyugal antes de la práctica del inventario, nos encontramos con una doble situación de difícil solución: por un lado, los bienes están sujetos a la administración del cónyuge,

pues, no practicada la liquidación de la sociedad, el artículo 134 le otorga a éste la administración sobre todos los bienes del difunto; por otro lado, el inventario que se practique puede vincular al cónyuge que haya intervenido en él, para la decisión posterior, al liquidar la comunidad, sobre qué forme parte de la comunidad y debe ser repartido al patrimonio de ambos cónyuges, y qué, en cambio, debe considerarse privativo de cada uno de los esposos.

La primera cuestión (gestión e intervención del caudal por persona distinta de quien debe hacer el inventario), si bien puede plantear especiales problemas prácticos, no tiene especial relevancia jurídica respecto de la obligación que nos ocupa del administrador nombrado: en todo caso, el administrador debe hacer el inventario, con inclusión en él, como comunes al matrimonio, de aquéllos bienes o cargas que tengan la condición de tales, y con fijación de aquéllos otros derechos y obligaciones que sean privativos del fallecido.

La segunda cuestión (el precedente que el inventario supone sobre el contenido de la posterior liquidación de la comunidad conyugal) sí comporta, en cambio, la necesaria coordinación con las normas jurídicas aplicables a las demás instituciones que, según vemos, se ven afectadas tangencial o directamente por la presencia de la herencia sujeta a fiducia: usufructo viudal y liquidación de la comunidad.

La posible situación que se dará en la práctica es la siguiente: el viudo, no obligado legalmente a hacer inventario de los bienes de la comunidad hasta que se liquide, será llamado o requerido por el administrador para manifestar, antes de seis meses (plazo en que el administrador debe hacer el inventario), qué bienes son de la comunidad y, por tanto, cuáles son los privativos de cada uno de los cónyuges. Esta manifestación implica necesariamente la previa práctica por el viudo del inventario de los bienes de la comunidad conyugal, pues sólo así podrá contestar adecuadamente cuáles de tales bienes son comunes al matrimonio y cuáles privativos de cada cónyuge. Caso de no realizar la previa valoración inventarial de los bienes del matrimonio no resultará posible dar los datos precisos para formar el inventario de lo sujeto a fiducia por perteneciente al otro cónyuge.

Es decir, el inventario de la comunidad y de los que sean bienes privativos, es previo conceptualmente, al relativo a lo sujeto a fiducia. Y, sin embargo, la ley exige la previa práctica de éste último, sin que sea obligado realizar el primero.

Con ello, la regulación del inventario a hacer por el administrador, que, a priori y aparentemente, aparece como cuestión baladí, cobra así una importante transcendencia. Y no sólo porque pueden plantearse problemas prácticos por desacuerdos entre el viudo y el administrador, que enrarezcan la posterior relación entre ellos con vistas a la correcta administración, sino también porque modifica de facto las normas que, sobre inventario, se recogen al tratar la administración de la comunidad conyugal pendiente de liquidación y el usufructo viudal.

Así el artículo 80 de la Compilación, en sede de usufructo, pero de aplicación también a la comunidad no liquidada por remisión del artículo 53 de la propia Compilación sólo prevé la práctica de inventario por el cónyuge en los siguientes casos:

- Si el causante lo ha establecido.
- Si lo exigen los nudos propietarios (salvo disposición en contra del causante).
- Si lo interesa el Ministerio Fiscal para salvaguardar la legítima.

Como en el caso de haberse elegido por el causante como forma de deferir su herencia la fiducia, no tenemos herederos, de las tres causas sólo la primera y la última (orden del causante y petición del Ministerio Fiscal) quedan vigentes, de modo que el viudo

administrador de la comunidad conyugal sólo viene obligado a inventariar si el causante o el Ministerio Fiscal lo interesan.

En cambio, en la fiducia, consecuencia de la previsión legal sobre su inventario lo es que, si el administrador es distinto del viudo, éste, con toda probabilidad, será requerido por el administrador a hacer el inventario de los bienes que son de la comunidad, de los que no lo son y de los que quedan sujetos a usufructo.

La negativa del viudo a colaborar con el administrador, fundada en lo expuesto, y en su derecho a no inventariar comunidad y usufructo, quedaría, a nuestro entender, legalmente justificada. Si, además, tenemos en cuenta la precaución previsible del cónyuge viudo a comprometer en momento próximo a la muerte del causante, y ante un administrador o fiduciario ajenos a su persona, qué bienes deben considerarse como comunes y cuáles como privativos, la consecuencia inatacable legalmente, puede ser fácilmente que no responda el viudo, que no haga el inventario y que, en consecuencia, el administrador deba hacer un mero inventario provisional, ineficaz para el deseo de la norma, y sin perjuicio de su modificación posterior en el momento en que, liquidada la sociedad conyugal, se conozcan realmente los bienes y cargas a incluir en la herencia.

Al problema anterior se añade el que puede plantearse si, aun estando conformes cónyuge y administrador en hacer inventario, surge entre ellos la discrepancia sobre qué incluir en él. Estas cuestiones de posibles discrepancias no son resueltas de modo expreso en el texto legal, y no parecen de escasa trascendencia porque, como venimos indicando, la conjunción en el problema del inventario de la determinación de bienes que son de la comunidad conyugal y de los que son privativos de cada cónyuge, junto con los efectos que ello tiene, no sólo al momento de fijar el caudal hereditario, sin también respecto de la posterior titularidad de la administración de la fiducia, hacen que la discrepancia pueda realmente surgir. Bien porque el viudo quiera que determinados bienes se definan como comunes o suyos (no del causante), bien porque quiera mantener la administración sobre ellos mientras la fiducia se ejecuta, calificándolos como comunes.

La ausencia de norma específica respecto de la solución de eventuales conflictos nos remite, necesariamente, a las normas generales, tanto sustantivas como, sobre todo, procesales. De tales normas, la presunción de comunidad de bienes establecida en el artículo 40 de la Compilación no es suficiente para paliar los inconvenientes vistos, porque si la discrepancia es real y definitiva, o sobre la justificación aportada, necesariamente deberá acudir a la instancia judicial para resolverla. Y para ello, debe hacerse uso del procedimiento declarativo ordinario, de duración natural excesiva para el problema y casos que nos ocupan.

Ciertamente, es difícil proponer otra solución definitiva. Queda abierta, sin embargo, si el desarrollo de lo previsto lo hace necesario, la posibilidad de solucionar éste, y otros problemas posteriores que pueden surgir en la administración, mediante la atribución a uno solo de los intervinientes (el administrador o el viudo) la decisión provisional. O bien prever un procedimiento de jurisdicción voluntaria como mecanismo procesal ágil para resolver, con la urgencia que se requiere, el problema concreto, sin causar cosa juzgada y, sin perjuicio, por tanto, del posterior procedimiento declarativo que pueda iniciarse antes, o después incluso, de ejecutada la fiducia.

## B) PLAZO. CONSECUENCIAS DE SU INOBSERVANCIA

Conforme al párrafo primero del artículo 135, y como adelantamos, el plazo fijado al administrador para la práctica, en Escritura Pública, del inventario, es el de seis

meses, salvo que el testador haya previsto otra cosa. Plazo proporcionalmente ajustado al general de ejecución de la fiducia previsto de tres años en el artículo 129 de la Ley, pero ciertamente escaso para solventar los problemas que pueden surgir.

Por ello, se autoriza en el propio artículo 135 al administrador a pedir la autorización judicial para la prórroga de tal plazo inicial y sin límite nuevo expresado en la Ley. Creo que en este supuesto, sin necesidad de precisión legal, el procedimiento adecuado para tal petición será el procedimiento de jurisdicción voluntaria, pues la cuestión se incluye dentro de las previstas, con carácter general, en el artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para enmarcarse en tal procedimiento, pues, como señala esta norma, no está empeñada ni se promueve cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

Igual procedimiento parece el adecuado para dar trámite procesal a la protesta en caso de inobservancia por el administrador del plazo inicial fijado o prorrogado. En tal supuesto, se prevé (apartado 4 del artículo 135 de la Ley), la posible petición al Juez por parte de cualquier pariente del causante hasta el cuarto grado, o de cualquier interesado en la herencia, de requerimiento para formalización del inventario. En tales casos, la autoridad judicial, previa audiencia del administrador que incumplió, fijará nuevo plazo para la práctica del inventario.

En caso de incumplimiento final, la solución por la que se opta es la de designación por el Juez de un tercero para la confección del inventario. Posibilidad ésta que deja paso a la reflexión inmediata de que ojalá nunca deba acudir a ella. Porque si sobre la presencia de cónyuge viudo, fiduciario y administrador, con los problemas que la interrelación de sus funciones plantea, proyectamos el nombramiento de un tercero que se encargue finalmente de hacer el inventario, ciertamente es fácil prever el defectuoso inventario que pueda llegar a hacerse y la dificultad que se va a padecer para llegar a encontrar persona idónea para hacer tal trabajo.

Se ha querido evitar la solución más drástica, como habría sido deponer de su puesto al administrador que incumple injustificadamente, y otorgar la administración al cónyuge o al fiduciario o a un tercero. No era extraña al ordenamiento: así se hace en el artículo 82 de la Compilación, cuando sanciona al viudo sin usufructo cuando no haga el inventario y hasta que lo realice, o en el artículo 147 b) de la Ley de Sucesiones, que determina la extinción de la fiducia por el transcurso del plazo previsto sin haberla ejecutado.

Entendemos que, aun no recogida expresamente, quizá pueda ser ésta la solución final a interesar del Juzgado: por la vía de reclamación de la responsabilidad en que el administrador ha podido incurrir, a que se refiere expresamente la norma, puede valorarse como medida preventiva la inconveniencia de mantener al frente de la administración a quien se le está reclamando por su posible defectuosa actuación, dado el conflicto de intereses que puede producirse.

#### **IV. LA ADMINISTRACIÓN DEL CAUDAL: GESTIÓN, REPRESENTACIÓN Y FACULTADES DE DISPOSICIÓN**

##### **A) PLANTEAMIENTO GENERAL**

Si en todo lo relativo a concreción de los llamados a administrar la herencia era preciso el cambio clarificador que la nueva Ley ha introducido, es evidente que, si cabe, más necesario era todavía fijar, una vez determinado quién es el llamado a la administración, cuáles pudieran sus facultades. Y no sólo al tiempo de administrar, sino también en el

momento de hacer frente a los gastos que fueran necesarios tanto para el mantenimiento de la herencia como para su adecuada explotación, que no existía motivo para dejar paralizada de facto, sine die, como podía ocurrir con la legislación anterior.

Principio básico de respeto obligado, era atender, en primer lugar, a la voluntad del testador también en lo relativo al contenido de la administración pendiente de ejecución fiduciaria. Por ello, ya al tratar del posible nombramiento de fiduciario, en el artículo 127 (cuarto de los del Título IV destinado a la fiducia) se sentó el principio general de estar 'a las instrucciones del comitente...sobre... administración...' (entre otros extremos que no nos interesan ahora).

Respetada esta voluntad como premisa previa a cualquier otra, el texto legal fija en los artículos 136 y 137, completados luego con las previsiones de los artículos 138 y 139, las normas a seguir en defecto de instrucciones del causante.

Claro es que, también aquí, nos encontramos con el problema principal que viene ocupándonos en relación con la regulación de la fiducia: su solapamiento permanente con las facultades que al viudo atribuye el usufructo que imperativamente le viene reconocido. Porque, cabe recordar, las diversas situaciones subjetivas que, en cada momento y decisión concretos de administración, podemos encontrar respecto del agente llamado a administrar:

En caso de inexistencia de cónyuge viudo, doble posibilidad:

— Que fiduciario sea a la vez administrador de todo.

— Que uno y otro sean personas distintas.

O, existiendo cónyuge viudo:

— Pueden concurrir en la misma persona, el cónyuge usufructuario, todas las facultades de usufructuario, fiduciario y administrador, o sólo una de las funciones de administrador o fiduciario.

— Puede existir, al lado del cónyuge usufructuario, un fiduciario llamado también a administrar.

— O puede, en fin, el cónyuge usufructuario encontrarse con que el cargo de fiduciario y el de administrador lo ostenten personas distintas.

Al lado de la fuente de conflictos que deriva de tal situación subjetiva en la administración, se sitúa otra a resolver en la nueva fiducia, como lo es decidir a quién cabe facultar para efectuar la disposición de los bienes que formen parte del caudal. Cuestión de la enajenación de bienes que, si bien en principio aparece como distinta de la mera administración, queda sin embargo vinculada a ella en tanto en cuanto una correcta administración necesariamente debe conllevar disposición sobre los bienes obtenidos, sea para realizar su valor, sea para permitir seguir adelante la adecuada explotación del patrimonio.

Para coordinación de lo anterior, la Ley 1/99, con carácter general, en sus artículos 136, 137 y 138 permite inducir el principio de distinta atribución al administrador y al fiduciario de las facultades para disponer: al primero se otorga la posibilidad de vender lo necesario para mantener los bienes; al segundo, la libertad de enajenar cuanto estime conveniente, con la única prevención de subrogar lo obtenido en el patrimonio relicto.

## B) FACULTADES DEL ADMINISTRADOR

En concreto, el artículo 137 previene cuáles sean las facultades y las posibles actuaciones del administrador.

Decimos facultades, por cuanto, sobre obligaciones y cargas del propio administrador, nada indica ni esta norma ni ninguna otra. Omisión que por su importancia cabe reseñar, aunque sólo sea para evidenciarla, y para citar el efecto práctico que tiene de envío a las normas generales de responsabilidad en la gestión de patrimonios ajenos, ya sea por dolo o por negligencia. Pensamos que la omisión es voluntaria, y fundada, sin duda, a nuestro entender, en la voluntad de respeto al principio básico de confianza que preside la institución de la fiducia que se regula.

Cuáles son tales facultades del administrador las especifica el artículo 137 en dos apartados, uno dedicado a las funciones sustantivas del administrador, otro a su legitimación procesal.

Ordena el artículo 137, apartado primero:

‘137. Contenido de la administración y representación.

1. El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir.’

#### 1. *Obligaciones y cargas imperativas*

Misión clara y directa del administrador será, como no puede ser de otro modo, satisfacer cuantos gastos necesarios gravan el caudal relicto o causa el patrimonio hereditario durante la pendencia de la herencia. Gastos y cargas que no era preciso recoger, por ser en todo caso exigibles por aplicación de las normas correspondientes a cada tipo de obligación pero que se enumeran, siempre con la deseable amplitud, y no de modo exhaustivo, por el artículo 136 de la Ley, llamado expresamente por el artículo 137.

Norma que indica:

‘artículo 136. Obligaciones y cargas. Se pagarán con cargo al caudal relicto:

a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas.

b) Las cargas y deudas de la herencia.

c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro y otros gastos a que se hallen afectos aquéllos, así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario.’

a) Obligación de alimentos

Primera obligación, de atención básica por venir impuesta por otras normas imperativamente en todo caso y para todo tipo de supuestos. La mención de este apartado que presenta importancia en lo que ahora nos ocupa es la previsión específica de que el administrador sólo debe preocuparse directamente de su cumplimiento cuando ‘no corresponda a otras personas’ su pago. Lo que implica de modo directo al usufructuario viudo, primer y principal obligado a atender su abono respecto de los descendientes del matrimonio.

b) Obligación de pago de ‘las cargas y deudas de la herencia’.

Formulación genérica que llama a ser integrada por la normativa general de obligaciones del Ordenamiento Jurídico. Si bien la importancia de su expresa mención es relativa, porque en todo caso estas obligaciones debían ser pagadas, sí cabe resaltar cómo con su específica regulación como carga directa del administrador, se clarifica a los terceros acreedores la posibilidad de ejercicio de sus acciones extraprocesales o en procedimiento judicial, al fijar, sin duda, quién deba ser el destinatario de su concreta reclamación de pago. No cabe ya que, con la posible alegación de una confusa situación de un patrimonio hereditario cuyos herederos no se conocen, pueda deferirse indebidamente, o burlarse, el pago de terceros de sus derechos. Ahora el primer llamado a atender tales obligaciones, y legitimado pasivamente frente a las acciones procesales, es el administrador. Sin perjuicio, además, pues la norma no lo excluye, de la posibilidad de los acreedores de accionar frente a la masa o frente a otro posible obligado.

#### c) Gastos necesarios y de administración

Incluye este tipo de desembolsos el párrafo c) del artículo 136. Son los gastos que cita como de conservación de bienes, tributos, seguros, gastos a que estén afectos, y los derivados de la gestión o explotación de los negocios del causante. A salvo de que deban ser abonados por el cónyuge usufructuario.

Habiendo cónyuge viudo, la salvedad que le afecta, recogida al final será, sin duda, la regla general y no una excepción. Porque, salvo restricción del usufructo viudal, su gran extensión, dará lugar en la mayor parte de las ocasiones a que sea el viudo quien administre tanto los negocios como el caudal.

No obstante, la previsión no cabe considerarla ociosa o innecesaria. En todos aquellos casos de negociación o renuncia parcial o total del viudo a su usufructo, o donación de no ascendientes con exclusión de usufructo, o en el cada vez más frecuente, sobre todo en caso de patrimonios complejos, de capítulos matrimoniales, sí corresponderá al administrador la administración, y expresamente, sin duda, queda ahora facultado para sufragar los gastos que su gestión cause.

Escasa mención merece la referencia a gastos de conservación, tributos, primas de seguro o a los que estén afectos los bienes. Es indudable que, como gastos necesarios que son, deben ser atendidos por el administrador.

Sí cabe, en cambio, destacar la mención recogida en el texto legal cuando se refiere, no tanto a gastos preconstituidos, conocidos, estables, y fijos como lo son los anteriores, sino a los gastos que la dinámica de funcionamiento del patrimonio vaya generando por la propia intervención directa del administrador. No se ha recogido tan solo una referencia a gastos de administración, sin más. Se ha optado por una doble mención: gastos de gestión al lado de los derivados de su explotación.

Lo que nos conduce a la segunda de las facultades del administrador que enumeramos siguiendo las previsiones del artículo 137.

## 2. Gestión de negocios

El conjunto de normas reguladoras de la administración se apartan, como es fácil observar, de entender la administración como de mero mantenimiento del caudal. La base de la fiducia, respetada siempre en la Ley (incluso en demasía en ocasiones) es la confianza del testador en determinada persona o personas para deferir su herencia y para administrarla. Por ello, no existe motivo previo para limitar a tales destinatarios la confianza del testador en su posibilidad de actuación. Dentro de esta línea de regulación

de la institución, menos motivo hay para que uno u otro se limiten a preservar el patrimonio en tanto se decide su destino final. Por ello, no estamos ante una administración conservadora, sino dinámica, de movimiento e, incluso, de aumento del patrimonio relicto.

Y así, las facultades del administrador son ampliadas en consecuencia. De modo que, al lado de lo preciso para conservar los bienes, se incluye tanto su posibilidad de generar gastos de mera gestión como de explotación.

Con ello, las genérica y un tanto indefinidamente denominadas administración ordinaria y extraordinaria, quedan autorizadas. Y, en consecuencia, la herencia recibe y debe responder de la gestión de los negocios entendida en su sentido más amplio: no sólo del resultado de gastos e ingresos que suponga su uso, sino además, de las disposiciones que deban hacerse del propio patrimonio preexistente para asegurar los ingresos o mantener la explotación. Pues uno y otro supuesto son los englobados, a nuestro entender, en la mención expresa que la combinación los artículos 136 y 137 hace de los gastos de gestión y de los de explotación.

Por tanto, la administración otorgada no se debe entender limitada a la mera obtención y venta de productos y ganancias para con ello mantener los bienes que las producen junto con el normal beneficio, sino que alcanza más allá. Incluso a la posibilidad, derivada (como indica el texto) del lógico funcionamiento de cualquier explotación dinámica, de disponer de los bienes que la componen o a ella vinculados, siempre que el fin sea mantener la explotación o mejorarla en lo necesario. Aunque con ello vayamos más allá que el mero mantenimiento del negocio.

### *3. Gestión en general*

Función igualmente reconocida, de modo expreso, para el administrador y con semejante amplitud a la que mencionábamos antes respecto de la gestión y explotación de los negocios. La Ley no se limita a prevenir, sin más, el mantenimiento de los derechos preexistentes en el caudal. Va más lejos. Expresamente recoge la facultad del administrador de 'podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera actos propios de todo administrador...'

Actos propios que, por la generalidad de la referencia que los recoge cabe interpretar, por coordinación con la norma anterior, con igual amplitud de gastos de gestión y explotación que mencionábamos antes, por lo que iguales conclusiones que las dichas para estos últimos, cabe extraer ahora.

### *4. Facultades procesales*

Si antes vimos que la legitimación procesal para ser demandado quedaba claramente establecida respecto de quien es administrador, para poder dirigir contra él cualquier reclamación derivada de la administración general de la herencia, ahora, expresamente, recoge el artículo 137 la legitimación procesal del administrador para personarse en la posición de demandante o de demandado frente a cualquiera. Vistas sus facultades y, sobre todo, la condición de representante que legalmente atribuye el artículo 134 al administrador, esta nueva previsión no parece dirigirse a aclarar quién sea considerado parte procesal frente a terceros, pues ya se deducía del resto de lo legislado. Más bien, despeja la posible duda que entre el administrador y el fiduciario podría surgir a la hora de reclamar lo que convenga a la herencia. En todo caso, se atribuye al administrador.

Como vemos, las amplias facultades otorgadas al administrador incluyen todo tipo de posibles actuaciones. Sin control previo o rendición posterior de cuentas. Esta amplitud tiene, sin embargo, un límite inicialmente claro, como lo es que su posibilidad de actuación siempre queda sujeta a la causa y fin que marca la normal gestión del patrimonio. La libre disposición de bienes no ha sido a él otorgada, sino al fiduciario. Tal y como previene el artículo 138 con el importante complemento del artículo 139, que pasamos a tratar a continuación.

## V. DISPOSICIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO HEREDITARIO

### A) REGULACIÓN GENERAL

La facultad vista del administrador para vender determinados bienes resulta no sólo conveniente, sino, indudablemente, necesaria, en el marco previamente establecido de su obligación de administrar correctamente el patrimonio hereditario porque, es evidente que cualquier administración debe llevar consigo la posibilidad tanto de realizar los bienes obtenidos como de mantener lo necesario para la explotación. Por tal necesidad, no extraña ni a la institución ni al resto de normas de posible aplicación la concesión de esta facultad.

Sin embargo, cuando se trata de la posibilidad de enajenación de bienes sin vinculación alguna con la necesaria administración, tal necesidad no existe. Depende exclusivamente de una opción legislativa establecer o no tan importante facultad en favor de alguno de los relacionados con la herencia.

Aparentemente, dada la finalidad de la fiducia, definida por llegar a deferir la herencia, no a fijar el contenido de su patrimonio, la elección no parece obligado sea la de facultar la libre venta de bienes. Sin embargo, la opción tomada en la Ley que estudiamos, dentro de la inspiración que en ella se mantiene, y que llevamos vista, de otorgar la mayor libertad a cuantos intervienen en la institución de confianza de que se trata, ha sido la del reconocimiento de poder vender los bienes de la herencia el fiduciario, con muy escasos requisitos.

En concreto, como resulta de la regulación de los artículos 138 y 139, la facultad de disposición por parte del fiduciario podemos adelantar, con carácter previo, que sólo queda sujeta a las siguientes condiciones legales:

- Que la enajenación sea a título oneroso.
- Que lo obtenido sustituya a lo enajenado en el patrimonio.
- Que se dé cuenta por el fiduciario al administrador de la venta realizada.

A ellos se añaden dos supuestos especiales:

- Que, siendo fiducia plural, el acuerdo de venta se tome por unanimidad.
- Que habiendo legitimarios, uno de ellos preste su consentimiento a la venta cuando ésta recaiga sobre bienes inmuebles o los sitios del artículo 39 de la Compilación.

Con el cumplimiento de lo anterior, cualquier enajenación será válida y de plenos efectos, lo que supone, en relación con todos aquéllos interesados en la herencia y sus respectivos derechos una importantísima dependencia respecto del fiduciario actuante, no sólo cuando ejerza la función a que está llamado, sino en todo el periodo anterior a ello. En concreto, el propio administrador, el cónyuge, los posibles herederos expectantes, los legitimarios, y los terceros, deben limitarse a observar cómo el fiduciario puede libremente disponer de los bienes hereditarios, sin posibilidad de intervención en la

decisión de venta y destino final de lo obtenido. Ciertamente, se han solucionado los problemas prácticos que podía presentar la anterior regulación, al no ser necesario acudir a actos evasivos de la dificultad de disposición respecto del caudal, para mantenerlo vivo, y facilitar sean cumplidas las obligaciones a él inherentes. Pero quizá la previsión haya ido demasiado lejos. En concreto, consideramos que la posición de aquéllos directamente relacionados con la fiducia pueden verse seriamente afectadas, con detrimento ocasional de algunos de sus derechos, como pasamos a ver.

## B) SITUACIÓN DEL ADMINISTRADOR

El administrador de la herencia, a quien le vienen reconocidas por ministerio de la Ley, y por voluntad del testador que lo nombra, las importantes facultades estudiadas anteriormente, queda, finalmente, en una difícil situación cuando, de hecho, el fiduciario puede llegar a enajenar todo aquello que forma parte de la herencia, y vaciar así de contenido real el objeto de la administración. En el caso normal, sustituyéndolo por metálico o por otros bienes. En casos extraordinarios, dando lugar a la desaparición de la parte del patrimonio que vendía.

Dado que, además, el fiduciario no tiene limitación alguna a las sucesivas enajenaciones que pueda ir haciendo respecto de lo obtenido ya en venta anterior, el administrador puede encontrarse en la práctica tanto con un conflicto permanente de competencias con el fiduciario, como con un vacío importante de la función que fue llamado a desarrollar, por encontrarse ante un patrimonio de contenido variable y, por ende, de difícil administración continuada, ordenada y real.

## C) SITUACIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO NO FIDUCIARIO

Primer interrogante que suscita la redacción del artículo 138.2 respecto del viudo usufructuario, al recoger la subrogación en la posición del bien anterior de aquél que lo haya sustituido, lo es si debe entenderse que, con ello, se cambia el objeto del usufructo del cónyuge viudo, que pasa a usufructuar el bien sustituyente o si, a pesar de la subrogación, el cónyuge continúa con el usufructo del bien vendido.

Aun cuando los términos empleados por tal norma puedan inicialmente llevar a la conclusión de que la subrogación también afecta al usufructo, sin embargo, al relacionar tal norma con la fijación del objeto del usufructo recogida en los artículos 72, 76 y 79 de la Compilación principalmente, la conclusión obtenida es la contraria. De otro modo, si admitiéramos la modificación de los bienes usufructuados deberíamos entender inaplicables de hecho los anteriores artículos cuando existe fiducia, y tal no es, indudablemente, la intención de la Ley.

Por eso, no cabe sino entender que el usufructo del cónyuge viudo, como derecho real que es, seguirá ejerciéndose en la forma en que quedó determinado en el momento de fallecimiento del cónyuge y, por tanto, vinculará a los bienes que vendía el fiduciario. Cuya facultad de disposición, en consecuencia, cuando se trata de bienes sujetos a usufructo no alcanza sino a la mera nuda propiedad.

A pesar de tal conclusión, respetuosa con el usufructo vigente, es indudable el cambio de la posición práctica y real del cónyuge, pues con el establecimiento de la fiducia, puede pasar a ser, por la sola voluntad del fiduciario, usufructuario de bienes, no ya de los futuros herederos del cónyuge fallecido, sino propiedad de los terceros a quienes se hayan enajenado.

Situación ésta que, entendemos, no modifica la normativa de aplicación al usufructo, pues si el tercero adquiere el bien sujeto, no al usufructo de regulación general, sino al viudal aragonés, quedará a éste sometido. Lo que genera un peculiar régimen jurídico, que, cuando menos, obligará en el tráfico del bien a él afecto a reinterpretar de un modo integrador las normas propias del usufructo viudal, pues donde se refieren a los herederos deben entenderse referidas a terceros, sin relación familiar alguna.

Se presenta asimismo, sin solución legal expresa, una segunda cuestión subsiguiente a lo anterior respecto del régimen a que queda sujeto el capital obtenido con la venta cuando recaiga sobre un bien sujeto a usufructo. Si queda íntegramente subrogado en la herencia por ministerio de la ley, puede entenderse que recae sobre él, ampliándose, el usufructo del viudo, que quedaría así como usufructuario del bien vendido y de lo obtenido con su venta.

Consideramos que, al ser un capital conseguido después del óbito del causante, y al mantener el viudo su usufructo sobre el bien vendido, no parece deba recaer sobre el capital obtenido el usufructo tal y como lo define el artículo 76.4 de la Compilación, que limita el derecho a determinados bienes, tomando como referente el momento del fallecimiento y anteriores, sin extenderlo nunca a lo que el valor de la nuda propiedad pueda representar o a bienes posteriores que integren el caudal.

Opción ésta que, aun cuando entendemos es la que mejor coordina el objeto del usufructo con la facultad de disposición del fiduciario, sin embargo, modifica la posición previa del cónyuge, con potencial perjuicio para él, porque se ve, de hecho y de derecho, excluido de la masa hereditaria y relacionado con terceros, y que genera dentro de la herencia un nuevo núcleo de régimen de administración diferenciado de lo demás, pues este capital pasa a ser de administración por el administrador de la fiducia por título distinto del prevenido inicialmente en el artículo 134, con el consiguiente riesgo de que, por esta vía, pueda llegar el fiduciario a obtener para sí o para el administrador, la administración del valor de la nuda propiedad diferenciada del usufructo, concedida hasta ahora, sin distorsión alguna al viudo, como usufructuario.

#### D) SITUACIÓN DE TERCEROS: POSIBLES HEREDEROS Y ACREEDORES

En relación con quienes son terceros respecto de la masa yacente, futuros herederos y acreedores, cabe destacar que, ante la ausencia de medidas concretas de control legalmente previstas, pueden verse perjudicados por las ventas que el fiduciario puede hacer de parte o todos los bienes hereditarios, con riesgo posible de disminución de la masa hereditaria y consiguiente empeoramiento de su posición expectante ante el contenido final de la legítima de los primeros, y de posibilidad de realizar sus créditos contra bienes de la masa en el caso de los segundos.

Porque, futuros herederos o terceros, si no están conformes con la venta hecha, la única opción que tienen, ante la ausencia de norma específica de control o salvaguarda, es la de acudir a la normativa general de reclamación por dolo o culpa civiles, debiendo iniciar el correspondiente procedimiento declarativo. Y esta opción debe calificarse como de escasa eficacia en la práctica porque, no cabe olvidar que, en primer lugar, exige un conocimiento cierto y suficiente de la mala operación y de la gestión general de venta, con la dificultad que al respecto tienen los interesados, a quienes no debe, siquiera, darse conocimiento de la gestión. Y luego, la reclamación debe hacerse con el objeto de demostrar, considerado globalmente el caudal hereditario, la venta incorrecta que se haga. Lo que supone, en el orden práctico procesal, una elevada cuantía del procedi-

miento, la necesidad de práctica de costosa prueba pericial, una importante dilación en el tiempo, con la consiguiente necesidad de anotación de demanda si de inmuebles se trata, y sin posibilidad de prevención suficiente mientras se tramite el procedimiento, si son muebles aquéllos cuya venta se impugna. Todo ello con la dificultad evidente de prueba que tal procedimiento conlleva, más aún cuando la presunción de actuación de buena fe del fiduciario deberá ser destruida.

A lo que cabe añadir, desde el punto de vista subjetivo dos extremos que dificultan el eficaz ejercicio de la acción judicial: 1) cuando sean los posibles futuros herederos los que accionen, tendrán una lógica prevención personal antes de hacer valer su acción frente al que les puede o no designar herederos, por el riesgo de indisponerse frente a quien, finalmente, tendrá la posibilidad de dejar sin herencia alguna a quien, de entre los posibles herederos, se le oponga; y 2) en cualquier caso, la acción, si hay administrador nombrado distinto del fiduciario, debe ejercitarse, conforme a las normas de legitimación activa y pasiva vistas, frente al administrador, que puede no haber tenido intervención alguna en la venta hecha por el fiduciario.

## E) SUPUESTOS ESPECIALES: VIUDO FIDUCIARIO; VENTA DE INMUEBLES O SITIOS DEL ARTÍCULO 39

### 1. *Caso de viudo fiduciario*

Con carácter general, en el supuesto de que sea el cónyuge viudo quien ostente el cargo de fiduciario, las normas de aplicación serán las expuestas, con las consecuencias apuntadas. Cabe, sin embargo, referirse a dos extremos concretos por la frecuencia con que, entendemos, pueden, previsiblemente, plantearse en la práctica: la posibilidad de venta de bienes comunes antes de la liquidación; y la afección del usufructo en el supuesto en que la venta recaiga sobre bienes sujetos a él.

Vistas las diversas especificaciones legales para el caso del cónyuge viudo (no necesidad de inventario, no exigencia de liquidación de la comunidad, ni fijación de plazo para ejecución de la fiducia, sobre todo), es evidente que el cónyuge puede, sin límite de ninguna clase, salvo el escasamente eficaz cuando pretenda vender bienes inmuebles o sitios, y durante toda la fase de pendencia de la herencia, enajenar los diversos bienes comunes al matrimonio que la componen. La única prevención que entendemos deberá hacerse en el momento de la venta es el de su intervención en el acto en su doble condición: como representante de la herencia de su cónyuge por un lado, y como titular del valor del bien que le corresponde como partícipe de la comunidad conyugal por otro lado. Si no admitiéramos tal posibilidad de venta, y le exigiéramos practicar la previa liquidación de la comunidad conyugal, le cercenaríamos su libertad de disposición como fiduciario, dándole un trato injustificadamente distinto respecto del fiduciario que no sea el cónyuge viudo.

En similar sentido, y para evitarle una posición en las enajenaciones más perjudicial que si de un tercero fiduciario se tratara, entendemos debe serle reconocida al viudo la autorización de venta de un bien con afección permanente del usufructo viudal. De modo que dependerá del propio cónyuge dar su anuencia también a la disposición del usufructo o reservarlo a pesar de la venta. Obteniendo en este último caso, por su condición de viudo, la administración del usufructo del bien, y a la vez, por su condición de fiduciario, la de lo obtenido por la capitalización de la nuda propiedad mediante la venta.

En ambos casos, debe resaltarse la especial situación, muy beneficiosa, en que el cónyuge viudo se encuentra caso de ser designado fiduciario. No sólo por tener el

poder directo, consustancial a la fiducia, de designar entre sus legitimarios al heredero sino porque, por aplicación de las normas de administración y disposición vistas, su situación se aproxima en gran medida a la de heredero de facto, como si de una institución recíproca entre cónyuges de la prevista en el artículo 104 de la Ley estuviéramos, pero sin limitación por haber legitimarios. Porque, en todo aquello que debiera reservarse a los legitimarios, el viudo, haciendo uso de su condición de fiduciario, goza, sin necesidad de hacer inventario, y sin plazo, de libertad de administración mayor que la concedida por ser usufructuario. Y disfruta de un poder de disposición enorme, con posibilidad de reserva del usufructo, sin sujeción a responsabilidad práctica frente a los legitimarios, y con limitada responsabilidad frente a terceros, pues respecto de éstos puede derivar sus acciones hacia el caudal hereditario, en vez de hacia su peculio personal.

## *2. Venta de inmuebles o sitios del artículo 39 de la Compilación*

Dentro de la libertad concedida al fiduciario para la venta de bienes, la única prevención expresa que se hace por la Ley exigiendo la intervención de un tercero para la eficacia de la disposición es la contenida en el artículo 139, fundada en la naturaleza de los bienes objeto de enajenación. Esta norma, importando para fijación de la legítima un concepto jurídico nacido y regulado en sede de régimen matrimonial legal, exige, cuando el bien vendido sea inmueble o sitio del artículo 39 de la Compilación, la concurrencia del consentimiento a la venta de un legitimario.

La ausencia del cónyuge viudo en la venta, o la del resto de legitimarios, a quienes ni siquiera debe dar cuenta el fiduciario de su intención o del acto de disposición, enriquece, sin duda, la libertad concedida al fiduciario, más aún cuando el legitimario es elegible por él.

Este mecanismo de control parece, sin embargo, mínimo, si tenemos en cuenta que sólo a tales bienes es aplicable, que no tiene relevancia cuando no existen legitimarios, y que, existiendo éstos, y siendo llamados por el fiduciario a prestar el consentimiento, su condición de expectantes de la herencia los sitúa en relación fáctica de dependencia del fiduciario, lo que puede viciar su consentimiento a la venta que se les propone.

## F) CONCLUSIONES

Como observamos, la amplia facultad de venta de bienes concedida al fiduciario por la Ley, puede alterar, en ciertos casos, la finalidad y objeto de la fiducia, susceptible de pasar de ser una institución encaminada a determinar quiénes sean herederos de una persona, a ser un mecanismo para fijar el contenido real de la masa hereditaria. Con ello, a nuestro entender, puede existir, aunque excepcionalmente, un potencial riesgo de desnaturalización de la fiducia. Pues cabe la tentación de ser empleada por el testador o el fiduciario en un medio de acomodar el caudal hereditario por respuesta a diversos intereses, bienintencionados o no.

Por llevarlo al extremo, para entender el problema en su integridad: si imaginamos el supuesto de que al fiduciario no se le fijó plazo para ejecución por el causante, o se hizo de modo tan amplio que permite la pervivencia durante largo tiempo de la pendencia de la herencia puede, hasta que fallezca, enajenar todo el caudal, a medida que le vaya conviniendo y con muy improbable posibilidad de ser objeto de alguna reclamación.

En cualquier caso, la prevención de tales posibles anómalas acciones por parte del fiduciario, puede lograrse mediante la información completa al comitente, al tiempo de decidir hacer uso de la fiducia, de las importantes facultades que confiere al fiduciario, no sólo para deferir su herencia, sino también al tiempo de poder disponer de los bienes que integren la masa hereditaria. Con ello, como primer y principal interesado podrá, libremente, limitar o condicionar en la medida que estime oportuno estas facultades.

## VI. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL. SU ÍNTIMA RELACIÓN CON LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE LA FIDUCIA

*EXPUESTO POR EL COPONENTE DON TOMÁS GARCÍA CANO*

El fallecimiento del comitente casado produce la disolución de la sociedad conyugal, iniciándose un periodo en el que subsiste un patrimonio consorcial «en liquidación», en el que confluyen diversas relaciones de carácter complejo y sobre el que se constituye una comunidad de naturaleza especial.

Lo que aquí nos interesa, es destacar la importancia que en la fase de ejecución de la fiducia tiene dicha liquidación debido a las múltiples interrelaciones que se dan entre ambas figuras o periodos, las dos de carácter transitorio y las dos tendentes a ejecutar un patrimonio; piénsese, como ya ha quedado expuesto en esta ponencia, que dicha liquidación influye en la determinación de la persona que debe administrar y representar el patrimonio hereditario (artículo 134) y es trascendental a la hora de analizar las facultades dispositivas del fiduciario, sus actos de ejecución y los respectivos derechos del cónyuge viudo y de los herederos.

La Ley 1/1999 que venimos analizando y que de forma detallada ha regulado la fase de pendencia de ejecución, resolviendo los problemas que en la administración del patrimonio hereditario se producían en esta fase de ejecución de la fiducia, no contiene una regulación y por lo tanto no resuelve los problemas, que asimismo existen y se habían planteado a la hora de liquidar la sociedad conyugal, existiendo fiducia y mientras el encargo no quede cumplido. El texto legal se limita a expresar en el artículo 140 que «el fiduciario podrá solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta», es decir, determinar, entre las distintas personas en juego quien es el legitimado para realizar tal solicitud.

Esta decisión legislativa de no regular quienes deben de realizar la liquidación en una situación tan particular como es la de fiducia en su fase de ejecución, puede pretender mantener la coherencia del Ordenamiento Jurídico y entender que su regulación debe contenerse en sede de régimen económico matrimonial, pero en una reforma por fases como la presente, no deja de plantear inconvenientes, ya que a parte de dejar de resolver los problemas anteriormente planteados, dificulta la liquidación de la sociedad si antes no se ha procedido a la ejecución total de la fiducia, lo que puede ser perjudicial para la figura de la fiducia sucesoria y puede provocar conflictos entre las dos partes interesadas en la liquidación: el cónyuge viudo y los expectantes herederos del comitente.

La raíz del problema radica en que el patrimonio consorcial en liquidación viene a ser una comunidad con dos cuotas definidas que recaen, no sobre bienes concretos, sino sobre todo el patrimonio; cuotas que tienen dos titularidades, una que recae en el cónyuge viudo y, otra, en los herederos del comitente, y ambas partes son las que deberían llevar a cabo la liquidación de la sociedad conyugal que culminaría con la división de aquel patrimonio y la adjudicación de bienes concretos o cuotas sobre los mismos.

Y enlazando este obvio planteamiento con la ejecución de la fiducia es donde nos encontramos con la primera cuestión que debemos de resolver, cual es que en dicha fase

de pendencia, la última de las partes anteriormente citadas está indeterminada, no hay herederos ciertos y por lo tanto no hay integrantes concretos de la que con falta de precisión podemos denominar comunidad hereditaria, ya que esta no existirá como tal hasta la ejecución total de la fiducia.

— Durante la vigencia de la Compilación dado el tenor del artículo 110.1 en el que se establecía que «cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquel entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado», se solía entender, sin ser la solución pacífica y tan simple como a continuación se va a exponer, que,

a) Si existían descendientes del comitente, estos serían los que integrarían la comunidad hereditaria.

b) En defecto de descendientes, serían el colectivo de los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, los que integrarían tal comunidad.

— Con la nueva regulación no se determina el grupo de parientes entre los cuales el fiduciario, no necesariamente cónyuge, debe de realizar la elección, ya que el nuevo artículo 124 dispone, que «todo aragonés capaz de testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión...».

Claro es que el comitente ha podido determinar las personas o grupo de ellas entre las que haya que elegir a su sucesor o sucesores, pero a falta de esta determinación únicamente contamos con la previsión contenida en el artículo 142 al establecer que cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes del comitente, entre estos deberá de elegirse el heredero o herederos, dejando a salvo la voluntad contraria del testador.

En definitiva la nueva regulación amplía el campo de elección del fiduciario, pudiendo en ocasiones, fuera de los casos analizados anteriormente, quedar indeterminado; sin posibilidad de concretar, ni por aproximación, los miembros que integran esa «teórica» comunidad hereditaria y estando, por lo tanto ante un patrimonio sin sucesores determinados.

Pero es más, aunque dicho problema hubiese quedado resuelto, debemos de plantearnos a continuación si todos los integrantes de esa colectividad deben de intervenir en las operaciones de liquidación, ya que propiamente no son herederos, sino que tienen exclusivamente una expectativa de heredar, que hasta la ejecución por el fiduciario no se convierte en derecho, momento en el cual se produce la delación hereditaria, y momento, sobre todo en el supuesto de fiduciario cónyuge, suele prolongarse en el tiempo.

No obstante desde el punto de vista jurídico si la liquidación implica una modificación jurídica, supone un acto de disposición, con independencia de considerar la división como especificativa, por lo que debemos de entender que son todos aquéllos que integran la citada comunidad los que deberían intervenir, ya que son todos ellos los que, en dicho momento, agotan, junto al cónyuge viudo, el patrimonio consorcial.

Pero es aquí donde debemos de enlazar lo estrictamente jurídico con la esencia de la figura de la fiducia, el ser un encargo basado en la confianza que al comitente le despierta el fiduciario, un intento, sobre todo cuando el fiduciario es el cónyuge, de fortalecer y robustecer la posición de éste respecto a los descendientes o posibles herederos, y son estos caracteres o principios los que quedarían enormemente mermados si exigimos la participación en la liquidación de la sociedad conyugal de todos los integrantes de esa mal denominada comunidad hereditaria, debido a la gran dificultad práctica de llevar a cabo la misma ante la posible negativa de aquellos que intuyeran no iban a ser favorecidos por el fiduciario o que mantuvieran unas relaciones complicadas con él.

Una vez realizado el planteamiento del problema, debemos centrarnos en la búsqueda de las soluciones, tratando antes de analizar la liquidación en sí, de otros temas que también tienen interés al relacionar la ejecución de la fiducia con la liquidación de la sociedad conyugal, cuales son las atribuciones o adjudicaciones parciales en ejecución de la fiducia, o, ahora, actos de disposición a realizar por el fiduciario conforme al artículo 138 de la ley.

— Actos de ejecución parcial de la fiducia:

Respecto a las adjudicaciones a realizar por el fiduciario, se plantea si el cónyuge fiduciario puede atribuir un bien consorcial sin previa liquidación, ya que de exigir el concurso de todos los «presuntos herederos» la fiducia podría devenir inoperante, ya que presumiblemente aquellos a los que no fuera a adjudicarse el bien en cuestión, se negarían a practicar la liquidación.

Este tema se resolvió por vía jurisprudencial (así Auto del TSJA de 3 de octubre de 1989) al admitir la atribución directa por el fiduciario de un bien consorcial a un hijo, por considerar que ello no suponía infracción de las normas relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni a las normas registrales que establecen el principio de especialidad, y entendiendo que se trataba de una operación simplificada de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, es decir el Tribunal no admite la liquidación por el cónyuge fiduciario, pero si la atribución o transmisión de un bien consorcial sin necesidad de previa liquidación.

Este criterio jurisprudencial que vino a resolver un problema práctico de gran importancia, ha sido ahora expresamente acogido en la nueva Ley, en su artículo 142.3, con la única particularidad de exigir para que el supuesto tenga aplicación que el cónyuge sea el único fiduciario.

Ello es consecuencia de la novedad de legal de poder nombrar fiduciario a personas distintas del cónyuge, las cuales obviamente carecen de poder de disposición sobre la «cuota» que al cónyuge viudo corresponde en el patrimonio consorcial y por lo tanto en los bienes concretos que lo integran, pero dicho esto, podemos plantearnos si no cabría una atribución parcial de un bien consorcial realizada por el fiduciario no cónyuge pero con el concurso de este último, supuesto que aunque no esté expresamente contemplado, entendemos debe admitirse sin dificultad.

— Actos de disposición:

El mismo criterio recogido por la jurisprudencia y ahora por la Ley entendemos que se puede aplicar a la realización de actos de disposición a los que alude el artículo 138, a pesar de que tal posibilidad no ha sido recogida expresamente por el legislador. Es decir el fiduciario cónyuge o el fiduciario no cónyuge con el concurso del cónyuge tendrán las facultades dispositivas sobre bienes comunes recogidas en el indicado precepto, eso sí, en los mismos casos, con los mismos efectos de subrogación y con la misma autorización aludida en el artículo 139 en el caso que existan legitimarios.

— Liquidación en sí:

Abordados estos problemas prácticos nos queda tratar, para terminar esta exposición, el tema más complicado, es decir, quién o quienes deben de practicar la liquidación de la sociedad conyugal.

Dicha liquidación no contará con ningún problema si el grupo de personas entre las que deba de recaer la elección por el fiduciario está plenamente determinado y todos ellos concurren con el cónyuge viudo a la liquidación. En definitiva si en el momento,

ello es lo importante, de practicarse la liquidación intervienen todos los que pueden tener algún derecho en ella, todos los que agotan el poder de disposición sobre la misma, dicha liquidación no plantearía problema alguno.

En el supuesto, que posiblemente continúe siendo el más frecuente, de que el comitente encargue al cónyuge la determinación de herederos entre sus descendientes, o ello sea así por aplicación del artículo 142, si concurren a la liquidación todos los legitimarios de primer grado, entendemos que la misma debe de ser posible a pesar del concepto más amplio que la expresión descendientes tiene en nuestro derecho aragonés.

Fuera de estos supuestos, la cuestión se complica y entendemos que conviene distinguir según se trate de fiduciario cónyuge o de fiduciario no cónyuge.

a) Liquidación en el supuesto de fiduciario no cónyuge.

Está claro que por sí solo, y sin contar con la otra parte (cónyuge viudo), el fiduciario designado por el comitente no puede realizar la liquidación, pero entendemos que el testador pudo prever expresamente que el fiduciario tuviera la facultad de realizar, junto con el cónyuge viudo, las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal. Pero incluso sin tal previsión nos vamos a inclinar en sentido positivo sobre la posibilidad de tal liquidación; esta es la postura que ha sido mantenida ampliamente, aunque no de forma unánime, en el supuesto de existencia de contador-partidor (Sentencia del T.S. de 10 de enero de 1934 o Ley 340 de la Compilación Navarra, la cual dispone que el causante podrá nombrar uno o varios contadores-partidores, quienes, salvo lo que aquel hubiese establecido, tendrán facultades para realizar por sí solos la partición de la herencia, liquidar en su caso, con el cónyuge viudo, la sociedad conyugal...). Se nos podría decir que el contador-partidor tiene las funciones particionales, y por lo tanto en sentido amplio comprende el conjunto de operaciones que tienen por fin la liquidación del patrimonio hereditario, para lo cual es necesario la liquidación del patrimonio conyugal, mientras que el fiduciario aragonés es un mero elector de los herederos del comitente. Pero tal configuración, ampliamente divulgada, ni ha sido, ni menos ahora, con la nueva legislación, es, estrictamente cierta.

Si tenemos en cuenta que el artículo 53.1 de la ley dispone que el causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella, así como establecer normas vinculantes para su realización, en acto de última voluntad o de ejecución de la fiducia; si pensamos en las enormes facultades de disposición que actualmente se reconocen al fiduciario, si bien con los efectos de subrogación y con la necesidad de autorización de existir legitimarios, se nos hace llegar la idea que el fiduciario actual goza de amplísimas facultades entre las que se encuentran las particionales y por lo tanto las pre-particionales. Y si eso es así no vemos porque el cónyuge viudo que goza del pleno poder de disposición sobre su abstracta cuota consorcial y el fiduciario al que se le atribuyen las facultades apuntadas sobre el patrimonio hereditario, no van a poder realizar la liquidación de la sociedad consorcial especificando los bienes que corresponden a cada parte, como operación previa y necesaria a la partición hereditaria.

b) Liquidación en el supuesto de Fiduciario cónyuge:

Parece que no existirá mayor problema en realizarla por sí el viudo fiduciario, cuando la liquidación se limite a adjudicar la totalidad de los bienes consorciales por mitad y proindiviso entre el cónyuge viudo y los herederos del comitente. La práctica ha

entendido que en este caso no existe conflicto de intereses ya que difícilmente pueden verse perjudicados los herederos al hacer de cada bien una adjudicación igualitaria entre ambas partes, permitiendo que este acto lo realice el cónyuge viudo fiduciario por sí solo. Este criterio ha venido a ser refrendado en la actual Ley de Sucesiones en su artículo 51 al regular la partición hereditaria con menores de catorce años o incapacitados.

Fuera de este supuesto la cuestión reviste enormes dificultades por el conflicto de intereses que claramente existe en el fiduciario cónyuge para llevar a cabo por sí solo la liquidación, al vincular y atribuir bienes a dos patrimonios distintos, el suyo propio y el de la herencia, sobre los que tiene distintos y opuestos intereses. Por lo que algún mecanismo debemos encontrar para romper o salvar ese indicado conflicto, y, proteger de alguna manera a los que tienen un derecho a la herencia.

— Una primera solución sería pensar que la liquidación implica una disposición de bienes y como tal acudir análogamente a los requisitos que la Ley exige para que el fiduciario pueda realizar actos dispositivos; es decir la autorización de un legitimario prevista en el artículo 139.

Esta solución la encontramos coherente con la hueva regulación, si bien se le podría alegar el problema de si es suficiente una mera autorización para romper el conflicto de intereses o si es necesario la actuación de una persona u órgano que represente en dicho acto concreto a los titulares de la herencia yacente y que por lo tanto defienda sus intereses. Además puede haber casos no previstos en el precepto citado, es decir que no existieran legitimarios o que la herencia estuviese compuesta por bienes que no fueran inmuebles por naturaleza y muebles como sitios, casos a los que se podría discutir si cabe la aplicación analógica de la solución aportada, lo que entendemos defendible.

— La segunda posibilidad consistiría en aplicar análogamente las soluciones que el derecho aragonés establece para salvar la existencia de conflictos de intereses, como sería la actuación de la Junta de Parientes o de un defensor judicial nombrados a estos efectos, que serían los que intervendrían en las operaciones de liquidación. Este es asimismo el criterio adoptado por la Ley para los casos de conflicto en la partición hereditaria con menores de catorce años o incapacitados (artículo 51.1.c).

Sin embargo, esta posibilidad, en la práctica, podría repercutir desfavorablemente en el dinamismo que en la liquidación y ejecución fiduciaria parecemos exigir.

— Y la última posibilidad sería plantearnos la realización de la liquidación solo por el cónyuge fiduciario a pesar del conflicto de intereses que existe en la ejecución.

¿Cabría tal posibilidad en el caso que el comitente así lo hubiese previsto y autorizado al nombrar fiduciario? No existiendo legitimarios es una idea que no nos repugna ya que no hay personas con derecho legal al caudal hereditario a las que haya que defender y el conflicto queda salvado con la autorización expresa del testador. No faltan autores que han calificado la fiducia como un encargo basado en la confianza, una especie de poder mortis causa, y si en un apoderamiento el poderdante puede salvar el conflicto, igual cabría admitir en la fiducia, a pesar de que somos conscientes de la fácil crítica que se puede realizar a la anterior configuración.

La misma argumentación final puede realizarse para salvar el conflicto de intereses, en el caso de existencia de legitimarios, pero aquí a diferencia del anterior supuesto sí que existen personas llamadas por la ley a una porción hereditaria, cuyos intereses merecen defensa y que podrían quedar desprotegidos de admitir esta posibilidad y para cuya salvaguarda sí que podemos acudir a la autorización del 139.

A pesar de la resistencia que estas posiciones pueden encontrar en nuestra mentalidad jurídica, no debemos olvidar que nuestra nueva regulación acoge la actual realidad social tendente a reducir el concepto familiar y a primar la posición del cónyuge viudo frente a otros parientes, incluso legitimarios, como se desprende del concepto de legítima como un mero límite a la facultad de testar, la reducción cuantitativa de la misma, o, la admisión a pesar de calificar el derecho del legitimario como un derecho a una porción de bienes, que en caso de perjuicio de legítima, si la reducción afecta al cónyuge viudo, pueda este evitar la reclamación pagando al legitimario en metálico lo que a este corresponde recibir. Así se establece en el artículo 181 en sede de intangibilidad cuantitativa de la legítima y en el 182 en sede de intangibilidad cualitativa.

Fuera de estas soluciones, y al margen de la vía judicial, la última que nos queda por aportar es la de considerar que el problema de la liquidación es inherente a la figura de la fiducia, lo que implicaría condicionar la práctica de la liquidación a la plena ejecución de la fiducia, de modo, que el cónyuge al aceptar el encargo de fiduciario, adquiere junto a las facultades y derechos que la Ley le otorga, la carga de tener que vincular su derecho a liquidar la comunidad conyugal con el cumplimiento previo de deferir la herencia. Así de la voluntad del cónyuge viudo dependería, bien hacer prevalente su privilegio de no tener plazo para ejecutar la fiducia, bien la de dar mayor importancia a su derecho a la liquidación. Si opta por mantenerse como fiduciario deberá liquidar la comunidad pro indiviso o permanecer en comunidad; si opta por liquidar deberá renunciar a dejar viva la fiducia sine die.

A pesar de que esta posición expuesta ha quedado favorecida en su desenvolvimiento práctico por la nueva regulación, al admitir la ejecución parcial de la fiducia sin liquidación e introducir las facultades dispositivas del fiduciario, nos resistimos a admitirla: los juristas y poderes públicos deben de favorecer las instituciones aragonesas, entre las que se encuentra la fiducia, y admitir el condicionamiento expuesto sería ir en contra de dicho principio, por lo que a pesar de las dificultades expuestas anteriormente a todas las posibles soluciones, entendemos preferible que el legislador opte por alguna de ellas u otras que pudiera aportar, que permanecer en el actual estado de indefinición.

## VII RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS ACTOS QUE AFECTAN A LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN

### *EXPUESTO POR EL COPONENTE DON MANUEL PARDO TOMÁS*

No existen normas tributarias que afecten específicamente a la herencia pendiente de asignación.

Aunque la ponencia solo se ocupe de las operaciones jurídicas y económicas que median entre el fallecimiento del causante y la ejecución de la fiducia, y no quepa estudiar aisladamente una normativa fiscal que haya de aplicarse en exclusiva a la herencia pendiente de asignación, la vertiente tributaria incide sobre todas las esferas de esta institución aragonesa. Por tanto las siguientes reflexiones tratan de analizar las normas tributarias que se refieren en general a la fiducia aragonesa, obviando, como es lógico, cuanto se pueda relacionar con la viudedad.

Hay que dejar sentado en este comienzo que aunque por la muerte del causante se haya producido la apertura de la sucesión, mientras la herencia esté pendiente de asignación no ha tenido lugar la delación que atribuirá a los herederos los bienes concretos.

Sin embargo, las normas tributarias hoy vigentes afectan inmediatamente a la herencia, produciendo obligaciones a partir del fallecimiento del causante y marcando

unos plazos perentorios que, normal y ordinariamente, coinciden, e incluso preceden, a las operaciones que ha de llevar a cabo el fiduciario.

Tanto en los casos de fiducias más comunes y numerosas, como son las que se atribuyen al cónyuge, en las que no se exige plazo alguno para su ejecución, como en los restantes casos, en que hay un plazo de seis meses para formalizar el inventario, existe la obligación que impone el artículo 67 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones de efectuar la presentación de documentos o declaraciones a la Administración Tributaria en el plazo *«de seis meses, contados desde el día del fallecimiento del causante o desde aquel en que adquiriera firmeza la declaración de fallecimiento»*.

Al legitimario y presunto heredero se le impone esa obligación tributaria, la mayoría de la veces sin que el fiduciario haya tenido casi ni tiempo ni ocasión de haber comprendido en qué consiste su misión, ni de haber asumido su función, ni de conocer los bienes o derechos en que consiste la herencia que se le ha encargado distribuir. E inmediatamente ese legitimario advierte la contradicción y la injusticia que supone el verse compelido a responder de unas obligaciones tributarias cuando no ha experimentado ningún incremento patrimonial procedente de la herencia ni tiene la seguridad que vaya a recibir algún bien.

Aparte de los efectos del impuesto de sucesiones sobre la fiducia, a que nos referiremos más concretamente, hay que mencionar que el artículo 133.2 de la Ley de Sucesiones de Aragón señala que *«mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente»*, y el artículo 33 de la Ley General Tributaria determina que *«tendrán la consideración de sujetos pasivos ... las herencias yacentes»*. Por tanto, la herencia que se encuentre en situación de pendencia, es un sujeto pasivo de los impuestos que gravan periódicamente la titularidad o rendimientos de esos elementos patrimoniales (Impuesto sobre Sociedades, Impuestos Municipales sobre Bienes Inmuebles y Sobre Actividades Económicas, Impuesto sobre el Valor Añadido), y durante el período de tiempo que transcurra hasta que se lleve a cabo la ejecución de la fiducia el administrador, conforme al artículo 136 c) de la Ley de Sucesiones de Aragón, deberá atender el pago de los impuestos que afecten a los bienes y derechos que constituyen la herencia con cargo al caudal relicto.

Es de resaltar que en la nueva Ley de Sucesiones aragonesa se ha previsto expresamente que el administrador de la fiducia ha de hacer frente al pago de cualesquiera de los impuestos afectos a los bienes de la herencia sirviéndose para ello del caudal relicto, pudiendo disponer de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia para atender a esas obligaciones de conformidad con lo que determina el artículo 138.1 de la citada Ley.

La institución de la fiducia aragonesa está contemplada específicamente en el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (Real Decreto 1.629/91, de 8 de noviembre, BOE del 16), en el artículo 54.8. Llama la atención que siendo ésta la única institución foral aragonesa que aparece regulada específicamente en la normativa del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, lo haga con tan deficiente técnica jurídica y con tan perversos efectos. Es de advertir que la ley de que trae causa, la Ley nº 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, no contiene ningún precepto relativo a la fiducia, contrariamente a lo que sucedía en la ley anterior de 1967.

Según el artículo 54.8 del Reglamento mencionado, *«En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus*

*condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente».*

La mencionada disposición, si bien mejora la precedente regulación contenida en el artículo 35, punto 9, del Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1.018/1967, de 6 de abril, sigue sin resolver de forma equitativa y correcta las consecuencias tributarias de esta importante institución foral aragonesa.

Es de destacar el desconocimiento de quienes redactaron las sucesivas normas tributarias acerca de la fiducia aragonesa, tanto de su naturaleza como de su función, y los efectos perniciosos e injustos que esos preceptos han representado para esta institución foral. Utilizando palabras de D. José Luis Merino, se trata de una regulación que adolece «de todos los defectos técnicos propios de una inadecuada adaptación de la norma fiscal a la verdadera naturaleza de la institución civil»<sup>1</sup>.

Una crítica inicial hay que referirla al hecho de que, según la norma citada, el cónyuge sobreviviente debe practicar una liquidación, dando a entender que se presumía la existencia de fiducia en todas las ocasiones en favor del cónyuge supérstite<sup>2</sup>; considera unos supuestos que ni se dan ni han de darse necesariamente en todas las ocasiones; se piensa que el fiduciario es siempre el cónyuge viudo, y que éste tiene la viudedad universal. Otro motivo de crítica es que esa norma menciona al comisario, término que no figura en el derecho aragonés.

Igualmente señala la norma citada que debe practicarse una liquidación provisional «a cargo de todos los herederos». Resulta evidente el error conceptual que contiene esta disposición, porque quienes resultan obligados a la liquidación provisional no son en puridad herederos, sino los posibles elegibles o quienes tienen la expectativa de que sean designados herederos, pero que no ostentan el goce de los bienes o derechos que componen el as hereditario.

La injusticia de la norma fiscal examinada resulta clara, al imponer una obligación tributaria a quien no es sujeto pasivo en ese momento, siendo posible además que no lo sea nunca por este concepto. Aunque posteriormente se le devuelva la cantidad ingresada a la Agencia Tributaria, no será compensado ni de las gestiones que haya tenido que realizar para su ingreso y devolución, ni de los inconvenientes o dificultades para pagar ese importe, ni de la depreciación en el valor que se haya podido producir.

Puede discutirse si el precepto del Reglamento responde a un desarrollo coherente o lógico de la Ley. Ciertamente es que la Ley no contiene una regulación específica de la tributación de la fiducia, pero según el artículo 1º de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, el impuesto sobre sucesiones «grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas». ¿Cómo puede el Reglamento obligar al pago del impuesto, aunque sea con carácter provisional, cuando ese incremento patrimonial no ha tenido lugar? Como dice D. Joaquín Oria, «si el impuesto grava el incremento patrimonial obtenido, no se puede gravar a quien no ha recibido incremento alguno; y no se produce el hecho

(1) José Luis Merino Hernández, «La fiducia sucesoria en Aragón», Colección El Justicia de Aragón, 1994, pág. 204.

(2) José Luis Merino Hernández, op. cit., pág. 204.

imponible sujeto a impuesto hasta que reciba realmente tal incremento»; y «no hay gravamen sobre un desplazamiento patrimonial ni oneroso ni lucrativo, hasta que el desplazamiento se realice»<sup>3</sup>. Cabe concluir por tanto que el tratamiento fiscal de la fiducia aragonesa contenido en el artículo 54.8 del Reglamento resulta incompatible con la propia definición del impuesto establecida en el artículo 1º de la Ley citada.

También es de resaltar que los eventuales o teóricos beneficiarios de la herencia, durante la situación de pendencia, no ostentan un derecho concreto sobre los bienes del causante, puesto que el fiduciario todavía no ha asignado los bienes a personas determinadas. «El fenómeno sucesorio se encuentra iniciado y en trámite, ... el fallecimiento del causante ha determinado la apertura de la sucesión, pero la eficacia de la delación testamentaria de la herencia se encuentra pendiente de que el fiduciario cumpla la función encomendada de asignar los bienes a personas concretas»<sup>4</sup>. Lo que motiva el hecho imponible, el incremento patrimonial a tenor del artículo 3.1.a) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones, todavía no se ha producido, puesto que el heredero aún no ha integrado en su patrimonio preexistente los bienes objeto de la herencia.

Como recuerda D. Jesús Solchaga en el texto antes referenciado<sup>5</sup>, el artículo 31.1 de la Constitución española «proclama el principio de capacidad económica como fundamento último de toda obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Y en la situación de pendencia que contemplamos, no se ha producido la atribución patrimonial que permitiría apreciar tal capacidad económica».

Asimismo se llega a la conclusión de que la actual regulación fiscal de la fiducia aragonesa es discriminatoria comparándola con otros supuestos similares, dejando claro que no procede que se dé el mismo tratamiento fiscal a la fiducia aragonesa que el que se aplica a aquellas otras instituciones fiduciarias en que el fiduciario es heredero y adquiere la herencia. En Aragón «la condición de fiduciario tiene un contenido similar, aunque no idéntico, a la del fiduciario-comisario a que se refiere la Ley 281 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, a la del comisario con poder testatorio del Derecho civil foral de Vizcaya, del fiduciario al que se refiere el artículo 148 del Código de Sucesiones de Cataluña aprobado por la Ley del Parlamento catalán nº 40/91, de 30 de diciembre, y del fiduciario que regula el Derecho civil foral de Baleares. Pero nada tiene que ver particularmente con las sustituciones fideicomisarias reguladas por los artículos 781 y siguientes del Código Civil, puesto que, tanto en la pura como en la de residuo, los bienes son adquiridos por el heredero fiduciario, quien los hace suyos desde el fallecimiento del causante hasta que los transmite, en su caso, al tercero designado, quien en tal momento adquiere la condición de heredero. Y en tal sentido se pronuncia expresamente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1977, precisamente con referencia a los efectos fiscales de la institución»<sup>6</sup>.

Por fin, lo dispuesto en el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones impide que obtenga plena eficacia lo señalado en el artículo 133.1 de la Ley de Sucesiones de Aragón, ya que esta disposición declara que *«a todos los efectos legales la delación de*

(3) Joaquín Oria Almuñi, «El tratamiento de la fiducia aragonesa en el impuesto de sucesiones», Revista de Derecho Civil Aragonés, 1996-I, pág. 78.

(4) Jesús Solchaga Loitegui, «Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón» dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Volumen 3º, Gobierno de Aragón, 1996, pág. 488.

(5) Jesús Solchaga Loitegui, op. cit., pág. 491.

(6) Jesús Solchaga Loitegui, op. cit., pág. 486.

la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción». Esta norma ha venido a subrayar que con el fallecimiento del causante tiene lugar la apertura de su sucesión, pero no la delación de la misma, que queda pendiente de que se cumpla lo ordenado por el comitente. Y al mismo tiempo la rotundidad y amplitud de esa declaración, que el legislador aragonés ha querido remarcar expresamente, no deja la posibilidad de que haya alguna excepción, por lo que los efectos legales de tipo tributario no pueden escapar a lo expresado tan radicalmente en este precepto; de ahí que no quepa ninguna disposición en el ámbito tributario que pueda burlar ese enunciado general.

En relación con el artículo 54.8 D. Jesús Solchaga propugna «la supresión de la norma reglamentaria comentada (el artículo 54.8), que permitiría acoger la fiducia aragonesa en el ámbito del artículo 24 apartado 3º de la vigente Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, otorgando a dicha institución foral el tratamiento tributario»<sup>7</sup> que considera razonable y coherente. Incluso plantea que «podría cuestionarse la constitucionalidad de una norma reglamentaria fiscal que trata desigualmente y de forma discriminada la fiducia aragonesa y, como ejemplos de referencia legítima, las fiducias catalana y balear»<sup>8</sup>.

Consideramos que el momento del devengo de los tributos referidos a la transmisión mortis causa no puede ser el del fallecimiento del causante, por entender que no es aplicable lo que señalan el artículo 24.1 de la Ley 29/87, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y el artículo 47.1 de su Reglamento, sino lo que preceptúan el respectivo número 3 de dichos artículos, que mantienen que las adquisiciones de bienes o derechos, esto es, el hecho imponible, cuya efectividad se halla suspendida por una condición o limitación, «se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan». Justifica también este criterio el artículo 8 del mismo Reglamento, que contempla los actos o contratos que ocasionen un incremento patrimonial sujeto al impuesto, sometidos al cumplimiento de una condición; si la condición es suspensiva, «no se liquidará el impuesto hasta que la condición se cumpla». También el artículo 24.3 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y el 47.3 de su Reglamento determinan que en las adquisiciones hereditarias cuya efectividad esté suspendida por condición, término u otra limitación, no se obliga a tributar hasta que desaparezca la limitación.

El impuesto que grava la transmisión mortis causa no debería ser exigible en la forma que señala el artículo 54.8 antes citado. Debería aplazarse hasta que se produzca realmente la transferencia patrimonial, y sólo podría exigirse el impuesto cuando, atribuidos los bienes concretos a los herederos electos, se produzca la delación de la herencia concluyendo con ella el proceso de transmisión mortis causa. Esta solución estuvo reconocida en el artículo 31, apartado 14, del Reglamento de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes (Decreto de 7 de noviembre de 1947): «el heredamiento universal que, con arreglo a la legislación foral, pueda establecerse en capitulaciones matrimoniales, no devengará el Impuesto hasta el momento de abrirse la sucesión del instituyente, de la cual dependa la verdadera adquisición de los bienes», y desapareció con el Reglamento aprobado por el Decreto de 15 de enero de 1959. El aplazamiento también está

(7) Jesús Solchaga Loitegui, op. cit., pág. 498.

(8) Jesús Solchaga Loitegui, op. cit., pág. 499.

contemplado y reconocido en el artículo 69, apartados 1), 2) y 6) del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones para cuando se promueve juicio voluntario de testamentaría, en que existen herederos conocidos aunque no se sepa el quantum.

En el mismo sentido se pronuncia D. Adolfo Calatayud: «no debería haber liquidación de dicho impuesto mientras esté pendiente la fiducia, ya que no hay hecho imponible, puesto que de momento no hay adquisición de bienes y derechos ni posibilidad de tal adquisición, ni por tanto hay sujeto pasivo del impuesto»<sup>9</sup>.

La Administración tributaria no verá peligrar los intereses que tiene encomendados si, como proponemos, se impusiera al administrador del patrimonio hereditario la obligación de declarar a ese organismo fiscal la existencia de la fiducia pendiente dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del comitente, pues tendrá sobrado conocimiento de cuantas escrituras públicas se formalizan al culminar el proceso sucesorio.

La solución propuesta, además, permite efectuar liquidaciones provisionales cada vez que se adjudican y adquieren bienes y derechos de la herencia.

Respecto de las disposiciones efectuadas con amparo en lo dispuesto en el artículo 138.1 de la Ley de Sucesiones de Aragón, no habría posibilidad de que salieran del control de la Administración tributaria ya que, como se señala en el número 2 de este artículo, «la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados».

## En RESUMEN

- a) No existen normas tributarias específicas que afecten a la herencia pendiente de asignación.
- b) La herencia pendiente de asignación se considera en situación de herencia yacente, lo que la hace sujeto pasivo de los impuestos que gravan periódicamente la titularidad o rendimientos de esos elementos patrimoniales.
- c) Las obligaciones tributarias derivadas de los bienes y derechos que constituyen la herencia se pagarán con cargo al caudal relicto.
- d) Si, por la razón que sea, no se da cumplimiento a la fiducia, se acudirá a la sucesión intestada, con los efectos tributarios a ella inherentes.
- e) La actual legislación tributaria aplicable a la fiducia aragonesa es injusta.

## PROPUESTAS

1. En vista de la incorrecta regulación de la fiducia aragonesa en el Reglamento del Impuesto de Sucesiones, hay que buscar una solución a los problemas tributarios que esta institución produce (momento del devengo del impuesto; determinación de las bases imposables y tipos de gravamen aplicables; cómputo de plazo para el ejercicio de potestades tributarias de inspección, comprobación y liquidación; prescripción; aplazamiento de liquidaciones; liquidaciones provisionales ...).

---

(9) Adolfo Calatayud Sierra, «Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho civil», Librería General, 1999, págs. 113 y 114.

2. El administrador debería tener la obligación de declarar a la Administración Tributaria la existencia de la fiducia pendiente, complementando la que le impone el artículo 135.1 de la Ley de Sucesiones de Aragón de formalizar inventario en el plazo de seis meses. Así se controlaría y seguiría el proceso sucesorio hasta su culminación.

3. El Impuesto de Sucesiones debería liquidarse por los herederos cuando se produzca la delación de la herencia, bien parcial bien totalmente.

4. Deberían aplazarse las liquidaciones pertinentes hasta el momento en que el fenómeno sucesorio se haya consumado, cuando el fiduciario cumpla su encargo; si se hiciera un uso parcial de la fiducia, también la obligación impositiva tendría carácter parcial.

5. La fecha en que el fiduciario realice su encargo, parcial o totalmente, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, sería la del momento del devengo del impuesto, y serviría para determinar las bases imponibles y tipos de gravamen aplicables, así como para el cómputo de plazo para el ejercicio de potestades tributarias de inspección, comprobación y liquidación.

6. La prescripción comenzaría a contar desde que se produzca la, o cada, adjudicación hereditaria por parte del fiduciario, conforme al artículo 48 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones.

7. La Comunidad Autónoma de Aragón debe dotarse de una específica regulación tributaria en materia de sucesiones, cumpliendo el mandato contenido en la Disposición Adicional única de la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte, y atendiendo al sentido y efectos de la institución de la fiducia. Mientras ello se produce, habría de negociar con la Administración Central la modificación de la actual regulación del Impuesto de Sucesiones, y debería inaplicar el artículo 54.8 del Reglamento de 1991, rigiéndose por las normas que permiten atender al verdadero sentido de la fiducia sucesoria aragonesa, de conformidad con lo que señala el artículo 8 del mismo Reglamento.

Quedamos, pues, a la espera de que la fiducia aragonesa encuentre su adecuado encuadramiento tributario.

#### **ANEXO: más sobre fiducia aragonesa e impuesto de sucesiones**

Hay instituciones forales que desaparecen a impulso de la evolución de la sociedad, con lo que el derecho tiene que acomodarse a los cambios que experimentan sus destinatarios. Lo malo es cuando un coste fiscal inadecuado provoca el abandono de instituciones forales en uso.

La institución de la fiducia aragonesa ha tenido un importante enemigo en la regulación tributaria en materia de sucesiones. No hay más que recordar, como ejemplo demostrativo de lo dicho, que en las normas tributarias que antecedieron a la hoy vigente (artículo 33.9 del Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, de 21 de marzo de 1958, aprobado por Decreto nº 176/1959, de 15 de enero, y artículo 35.9 del Texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1.018/1967, de 6 de abril) se obligaba a girar una liquidación provisional a todos los herederos, y si alguno de ellos no recibía bienes tras ejercitarse la fiducia, no tenía derecho a devolución ninguna. Lo que llevó a D. José Luis Merino a decir que tras la promulgación de la Constitución se produjo una inconstitucionalidad sobrevenida, teniendo la norma tributaria «verdadero

carácter confiscatorio»<sup>10</sup>, durando esa situación trece años, hasta la entrada en vigor del actual Reglamento del Impuesto de Sucesiones, de 8 de noviembre de 1991.

Todos cuantos han estudiado la vertiente tributaria de la fiducia aragonesa son prácticamente unánimes en sus conclusiones acerca de lo inadecuado de su regulación, y en ese mismo sentido se decanta la presente ponencia.

El abogado oscense D. Mariano López Rufas, ya señalaba en 1985 que la aplicación del Impuesto de Sucesiones provocaba la progresiva desaparición de instituciones forales aragonesas; titulaba una comunicación así: «una cuestión fiscal que puede ocasionar el óbito de la fiducia aragonesa». Otro abogado oscense, D. José Luis Pueyo Moy, también avisaba en 1990 del paulatino abandono de la fiducia sucesoria con la pretensión de los ciudadanos aragoneses de satisfacer menos impuestos con motivo de la sucesión.

Sólo una decidida actuación de las instituciones aragonesas, en la forma sugerida, podrán enmendar la actual situación de injusticia que padece la fiducia aragonesa desde el punto de vista impositivo.

Para una mayor profundización en el tema habrá que acudir a los trabajos de D. Jesús Solchaga Loitegui, de D. José Luis Merino Hernández y de D. Joaquín Oria Almuñí, quienes han estudiado a nuestro juicio con más intensidad y precisión esta materia impositiva de la fiducia aragonesa, junto con importantes aportaciones de D. Antonio Cano Mata, D. Fernando Zubiri de Salinas, D. Adolfo Calatayud Sierra, D. Jesús Fernández Portillo, además de los ya nombrados D. Mariano López Rufas y D. José Luis Pueyo Moy.

## VIII. CONCLUSIONES

Reiteradamente se recoge en la Ley el respeto permanente a la voluntad del causante y la libertad de testar.

El principio que emana de la Ley en su conjunto es que cualquier disposición testamentaria, y más en la fiducia, que el causante haya previsto debe ser atendida. Esta reiteración con que la Ley recuerda la libertad de testar entendemos que no sólo sirve de recordatorio, sino que invita, en la práctica a que el principio *standum ex chartae* inspirador de la norma sea adecuadamente empleado, pero no sólo para excluir la norma aplicable, sino para integrar el contenido de cada extremo en que no se acepte la proposición legal.

La complejidad que se comprueba conlleva la institución de la fiducia, por la cantidad de sujetos que pueden implicarse en su gestión, resulta indudable. Ya hemos hecho referencia a ella, y es fácilmente imaginable cuántos son los roces que entre los linderos del cónyuge usufructuario y el administrador (fiduciario o no) pueden surgir al administrar el patrimonio con las nuevas, e importantes, facultades que al administrador se otorgan.

En consecuencia, la aparente invitación legal entendemos debe asumirse en la práctica. Para que sea un uso coherente e integrador de la libertad reconocida al nombrar fiduciario o administrador, o al regular la administración y también al fijar en su caso cómo debe disponerse de los bienes, el que presida el empleo de la institución y permita su pervivencia en el tiempo, sin desviación del loable fundamento y finalidad de la institución.

(10) José Luis Merino Hernández, op. cit., pág. 205.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- M. ALONSO LAMBÁN, «Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa (ante la publicación del Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón)», en *Temis*, N.12, 1962, pp. 111-135.
- «Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa», en *Revista Jurídica de Cataluña*, n.3 y 4 (mayo, agosto), 1961, pp. 535-556.
- A. CALATAYUD SIERRA, «De la fiducia sucesoria», en «*Ley de Sucesiones, comentarios breves, por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*», coord. por J. Delgado Echeverría, ed. Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 109-121.
- J. CASTÁN TOBEÑAS, «*Aragón y su Derecho*», ed. Institución «Fernando el Católico» (C.S.I.C.), Zaragoza, 1968.
- J. COSTA MARTÍNEZ, «*Derecho consuetudinario y economía popular en España*», ed. Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pp. 33-259.
- «*La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*», ed. Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pp. 383-527.
- E. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, en «*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XXXIV, vol. 1º*», dirigidos por Manuel Albaladejo, ed. EDERSA, Madrid, 1987, pp. 275-339.
- en «*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XXXIII, vol. 2º*», dirigidos por Manuel Albaladejo, ed. EDERSA, Madrid, 1990, pp. 282-416.
- J.L. MERINO HERNÁNDEZ, «*Aragón y su Derecho*», ed. Guara Editorial, Zaragoza, 1978.
- «*La fiducia sucesoria en Aragón*», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.
- J. M. NAVARRO VIÑUALES, «Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria», ponencia con colaboración de J. DELGADO ECHEVERRÍA Y J. L. BATALLA CARILLA, en «*Actas Foro de Derecho Aragonés, cuartos encuentros, 1994*», ed. «El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 85-136.
- F. PALÁ MEDIANO, «La fiducia sucesoria», en «*A.D.A. t.13*», 1965-67, pp. 451-454.
- «Derecho de sucesión por causa de la muerte. Modos de delación hereditaria; de la sucesión testamentaria; de la sucesión paccionada; de la fiducia sucesoria: artículos 89 a 118 inclusive de la Compilación, en «*Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*», n. 26, 1967, pp. 127-144.
- J.A. PRADAS ARNAL, A. MALLO FRONTIÑÁN, «La fiducia sucesoria», en «*Estudios sobre Derecho Sucesorio Aragonés, Trabajo del Seminario de Derecho Foral, (curso 1985-1986)*», ed. Departamento de Derecho Civil Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986, pp. 347-382.
- »*Proyecto de Ley en el cual se contienen como Apéndice del Código Civil General las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón*», redactado por al Comisión constituida en Zaragoza por Real Decreto de 24 de abril de 1899, presidida por J. Gil Berges, ed. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, 1904.
- A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La hereditas iacens. Intereses en juego y tráfico jurídico», en «*Actualidad Civil*» n. 37 (19996), pp. 811-827.

F. ZUBIRI DE SALINAS, en «*Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*», volumen tercero», dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo (fall.) y Jesús Delgado Echeverría, ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 353-469.

————— «La fiducia sucesoria», ponencia con colaboración de MARÍA PILAR PALAZÓN VALENTÍN Y JESÚS MARTÍNEZ CORTÉS, en «*Actas Foro de Derecho Aragonés, primeros encuentros, 1991*», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, pp. 75-93 y anexo.

#### NORMAS, TEXTOS ESTUDIADOS, BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA DEL APARTADO VII

- CONSTITUCIÓN española: artículo 31.1; Disposición Adicional Primera.
- LEY n° 1/1999, de 24 de febrero, de SUCESIONES DE ARAGÓN: artículo 132.2, artículo 133.1, artículo 135.1, artículo 136, artículo 138, y Disposición Adicional Única.
- LEY n° 230/1963, de 28 de diciembre, GENERAL TRIBUTARIA: artículo 33.
- LEY n° 29/1987, de 18 de diciembre, del IMPUESTO sobre SUCESIONES y DONACIONES: artículo 1°, artículo 3.1.a), y artículo 24.1 y 3.
- REGLAMENTO del IMPUESTO de SUCESIONES y DONACIONES (R.D. 1.629/1991, de 8 de noviembre): artículo 8, artículo 47.1 y 3, artículo 48, artículo 54.8, artículo 67, y artículo 69 ap. 1), 2) y 6).
- Adolfo CALATAYUD SIERRA, en «Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho civil» (Librería General, año 1999, páginas 109 a 121).
- Jesús SOLCHAGA LOITEGUI: en «Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón», dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Volumen 3° (Gobierno de Aragón, año 1996, páginas 485 a 499).
- José Luis MERINO HERNÁNDEZ: en «La fiducia sucesoria en Aragón» (El Justicia de Aragón, 1994, páginas 203 a 214).
- Fernando ZUBIRI DE SALINAS, con M<sup>a</sup> Pilar PALAZÓN VALENTÍN y Jesús MARTÍNEZ CORTÉS: Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, día 10 de diciembre de 1991 (páginas 91 y 92), y Anexo (páginas 60 y 62).
- José María NAVARRO VIÑUALES, con Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y José Luis BATALLA CARILLA, en «Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés ("Instituciones Forales Aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria")», día 22 de noviembre de 1994 (página 114).
- Joaquín ORIA ALMUDÍ: «El tratamiento de la fiducia sucesoria aragonesa en el impuesto de sucesiones», en Revista de Derecho Civil Aragonés (1996-I, páginas 73 a 81).
- Antonio CANO MATA: «El arbitrio municipal de plusvalía y la fiducia sucesoria aragonesa», en Revista de Administración Pública (mayo-agosto 1977, páginas 413 a 422).
- Mariano LÓPEZ RUFAS, «Una cuestión fiscal que puede ocasionar el óbito de la fiducia aragonesa», Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho Aragonés (Jaca, septiembre 1985).

- Jesús FERNÁNDEZ PORTILLO, «Fiscalidad de las instituciones civiles aragonesas», Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Aragonés (Jaca, 28, 29 y 30 de septiembre de 1990).
- José Luis PUEYO MOY, «Hacia una regulación de la fiducia sucesoria en sus aspectos fiscales», Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho Aragonés (Jaca, 28, 29 y 30 de septiembre de 1990).

## COLOQUIO

Moderador: D. Antonio COARASA GASÓS  
(Decano del I. Colegio de Abogados de Huesca)

*Antonio Coarasa Gasós*

Bueno, a continuación, y a la vista de las elocuentes manifestaciones y exposiciones del ponente y oponentes, creo que ha quedado todo clarísimo. No obstante se va a abrir un pequeño debate breve, que se puede comenzar. Coloquio, vamos a llamarlo así, por el que quiera presentar alguna cuestión o alguna pregunta o hacer algún planteamiento a lo que se ha expuesto hoy.

*Eloy Jiménez. Notario*

Buenas noches, soy Eloy Jiménez, notario, yo quería preguntar, porque en este sistema transitorio va a haber la aplicación de muchos supuestos de testamentos anteriores a la entrada en vigor de la ley que se van a aplicar después de ella. Y entonces, aunque está clara la disposición novena, de que la fiducia, los capítulos 2, 3 y 4 se van a aplicar también a estos testamentos otorgados anteriormente, en la redacción de estos testamentos, normalmente se incluye una cláusula de estilo, en la que se establece la facultad de que el cónyuge sobreviviente pueda distribuir los bienes entre los hijos y descendientes, cómo y cuando obtenga por conveniente, en un acto o en varios, inter vivos o mortis causa. Ahí no hay una disposición, digamos, una autorización expresa a la disposición de los bienes y menos a un tercero. Pero, yo entiendo que en estos casos sí que deberíamos entender que este cónyuge sobreviviente, que puede distribuir los bienes a título oneroso entre sus hijos o descendientes, podría también realizar acto dispositivo del artículo 139 de la nueva Ley Sucesoria. Y en este caso quiero saber si estáis de acuerdo conmigo en esta apreciación.

También en tal supuesto, se plantearían unos problemas, en cuanto a si implica una aceptación tácita de la herencia, y en cuanto a la posible inscripción en el registro de la propiedad, si llevaría dos asientos, un asiento primeramente, una herencia, y otro posteriormente de transmisión a un tercero que ya ha adquirido puesto que, en tanto, si no, se producirá tracto sucesivo abreviado, del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

*Luis Ignacio Pastor Eixarch*

Bien, sobre los testamentos anteriores a la ley, yo no veo ningún problema. Es decir, el cónyuge es nombrado fiduciario, por lo tanto con todas las facultades actuales en el período transitorio intermedio.

*Eloy Jiménez*

Entonces, ¿se trata de una aceptación tácita?, y ¿cómo se producirá la inscripción?, ¿con dos asientos o con uno?

Y en la escritura, nosotros ¿deberíamos hacer constar que el cónyuge que ejercita la venta, aunque sea lógicamente con autorización de un legitimario, está aceptando la herencia a los solos efectos de la transmisión?, ¿o producen enajenación directamente sin aceptar?

*Tomás García Cano*

Entiendo que se produce simplemente la enajenación del bien. No hay ninguna aceptación de nada. Es decir, la ley otorga unas facultades muy amplias al fiduciario, y

exige expresamente que, para en el caso de existencia de legitimarios y tratándose de los bienes del artículo 139 lo autorice uno de esos legitimarios. Pero si lo que me preguntas es que ese legitimario está aceptando algo, ese legitimario no está aceptando nada.

*Eloy Giménez*

Y entonces, ¿quién transmite? El cónyuge viudo transmite todo el bien?

*Tomás García Cano*

Transmite el fiduciario.

*Eloy Giménez*

O sea, transmite el fiduciario que, a la vez pueda ser partícipe de la herencia. Es decir, todas las facultades se juntan en él, o sea, transmite directamente él...

*Tomás García Cano*

Transmite directamente el fiduciario, que puede coincidir o no en la figura del cónyuge.

Y, en cuanto al tema registral, entiendo que sólo hay un asiento registral.

*Eloy Giménez*

Bien, pero habrá una aceptación tácita para poder transmitir, y en esa inscripción...

*Tomás García Cano*

Una aceptación tácita ¿de qué?

Para la práctica de la inscripción habrá que presentar el correspondiente título hereditario. Habrá que presentar la certificación de fallecimiento de la persona, la de últimas voluntades y el testamento con un contenido determinado.

Por lo tanto, habrá que acreditar, obviamente, que esa persona ha fallecido, que había otorgado un testamento, que hay un fiduciario, que ha aceptado su cargo, pues eso es lógico. Pero luego la transmisión, la realiza el fiduciario con ese requisito complementario, digamos de capacidad que es la autorización de un legitimario, y para mí, hay un único asiento registral que será la transmisión inter vivos...

*Eloy Giménez*

Pero ¿no coincide el titular registral con el transmitente?

*Tomás García Cano*

El artículo 20 de la ley hipotecaria establece que no es necesaria la previa inscripción a favor del fiduciario para que estos puedan disponer de bienes...

*Eloy Giménez*

No exactamente así, pero vamos...

*Tomás García Cano*

Según el artículo 134 de la ley sucesoria, la administración y representación de la masa hereditaria le corresponde al fiduciario. Resulta suficiente esa representación que se le da de toda la masa. Más que suficiente, creo yo, para actuar también ante el Registro de la Propiedad.

*Eloy Giménez*

Si un cónyuge viudo, que al mismo tiempo es heredero único de su marido, necesita aceptar la herencia adjudicarse sus dos mitades para luego vender, pues debería ocurrir algo parecido cuando este cónyuge viudo, no solamente no es el heredero único al mismo tiempo cónyuge viudo, sino que es cónyuge viudo y fiduciario. Algo más tendrá que hacer para poder vender (no se entiende).

*Tomás García Cano*

No Eloy, algo menos. Es que aquí no está heredando.

*Eloy Giménez*

O sea, ¿es mejor la situación del cónyuge viudo que es fiduciario que la del cónyuge viudo que es heredero único?

*Tomás García Cano*

Ni mejor ni peor, distinta.

*Eloy Giménez*

Bueno, es muy similar.

*Tomás García Cano*

El legislador ha optado por darle al fiduciario facultades dispositivas y ahí no está aceptando nadie nada, sino que el fiduciario, una vez aceptado su cargo, vende a continuación, con los requisitos que le establece el artículo 139 y sin liquidar la sociedad. Si se trata de un bien consorcial, obviamente tendrá que coincidir la persona de fiduciario y cónyuge o bien que sea fiduciario no cónyuge con el concurso del cónyuge.

*Eloy Giménez*

Gracias.

*Moderador*

Honorio, por favor, tiene la palabra.

*Honorio Romero. Notario*

Buenas tardes, soy Honorio Romero, notario. Primero, felicitar de verdad a la ponencia y a los componentes porque habéis hecho un trabajo realmente magistral, y nos habéis abierto una cantidad de problemas tremendos. Primero por contestar también a Eloy, por intervenir en el tema. Yo creo que está clarísimo. Está clarísimo, no hay ningún problema y se trata de disponer de un bien, que está en el patrimonio de un señor, que ha fallecido, que ha designado a un fiduciario, y si lo quieres complicar, con qué sea un bien consorcial, y el fiduciario sea el cónyuge, el cónyuge en su propio nombre y derecho, y usando las facultades fiduciarias y utilizando el mecanismo que establece la Ley de Sucesiones, con el consentimiento de uno de los legitimarios, dispone pero dispone él, el consentimiento dispositivo es el del fiduciario, y el fiduciario es el que dispone y pasa el bien de la propiedad de la comunidad hereditaria a la propiedad del adquirente. Hay un solo negocio jurídico, y ya metiéndonos en otro terreno, yo creo que solo hay un asiento registral, y... estoy también de acuerdo con la posición que decía Tomás, que en base al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, habrá un caso de tracto sucesivo abreviado, si es que el tema me parece que es meridiano. Yo quería plantear dos cuestiones. Primero, a Tomás con todas estas, lo de la liquidación de la sociedad conyugal, consorcial, que es, es tremendo. Si no te he entendido mal, creo que sí, los tres

grandes bloques de reflexiones que podríamos hacer, son los siguientes. Primero vamos a encuadrar el supuesto, que será el más frecuente en la práctica es el cónyuge, fiduciario o legitimarios, a ver si pueden liquidar la sociedad de consorciales, ¿cómo la puede liquidar? Primer bloque, no la puede liquidar, mientras no ejecute la fiducia. Como muy bien decías y reconocías el llamamiento que hizo el Justicia en Teruel, que debemos interpretar las instituciones aragonesas, de tal manera que las hagamos funcionar bien, no de tal manera que impidamos su funcionamiento. Yo creo que no podemos como, estoy de acuerdo contigo.

Segunda posibilidad, que sea el cónyuge fiduciario el que la liquide con los legitimarios, con todos los legitimarios. Y tercera posibilidad que sea el cónyuge fiduciario el que la pueda liquidar con los mismos requisitos que exige pasa la disposición, es decir con uno solo de los legitimarios. Yo creo que estas reflexiones vendrán bien, no hay ningún problema para la liquidación, cuando sea, entiendo, el cónyuge con el fiduciario, que no cónyuge, entonces yo entiendo que el cónyuge con el fiduciario, que no cónyuge, podrán liquidar la sociedad consorcial, de consorciales. En ese caso sí, y también en todos los casos en que haya una liquidación, con adjudicaciones en pro indiviso, que también la podrá hacer el cónyuge. Pero los demás casos de los que he planteado, yo creo que si fuésemos valientes y dotando a la fiducia que es lo que pedías tu, siguiendo a las peticiones del justicia en Teruel, lo que teníamos que admitir reflexionar, estudiar, ver el camino de cómo podríamos conseguir argumentar que la liquidación de la sociedad consorciales lo hiciese, en el supuesto que planteamos, de cónyuge fiduciario, el cónyuge con uno sólo de los legitimarios.

Yo creo que se puede defender por ahí, hago este llamamiento a la reflexión y sobre todo a los componentes de la comisión ahora que tienen el trabajo por medio, pero creo que sería la forma más importante de robustecer o fortalecer la fiducia.

Y luego ya, casos concretos, quiero someter a reflexión la conclusión a que he llegado aquí, esto va más para ti Luis, es, imaginemos en una comunidad hereditaria, que la comunidad hereditaria siempre pensamos que se tramitan bienes derechos y acciones sujetas y en una situación estática, sin embargo a la comunidad hereditaria accede muchas veces situaciones o derechos en fase de desarrollo como puede ser el derecho de opción o el derecho de un derecho de suscripción preferente, entonces tanto en el derecho de opción que pertenece a la sociedad consorcial o vamos a simplificarlo poniendo el ejemplo, diciendo que le pertenece sólo al causante, el fiduciario es el cónyuge, entonces para disponer o para ejercitar ese derecho de suscripción preferente o bien para ejercitar ese derecho de opción que está en la comunidad hereditaria, el fiduciario, el cónyuge puede hacer lo siguiente, o bien asignar ese derecho de suscripción preferente a un legitimario, a un fiduciario o a su heredero, o bien asignar ese derecho de suscripción preferente. Pero también creo que puede ejercitar ese derecho de opción o bien ese derecho de suscripción preferente

Esa es la conclusión que he llegado aquí cuando estaba exponiendo utilizando el mecanismo del 139 creo que es el que exige el consentimiento para disponer, diciendo que ejerce ese derecho, de opción de compra a favor de la comunidad sujeta a fiducia, la comunidad hereditaria, o bien también ese derecho de suscripción preferente con consentimiento de uno de los legitimarios, porque dice el artículo que para disponer, de bienes muebles o de bienes inmuebles como (no se entiende) que establece el artículo 29, entonces te vas al artículo 29 y tanto el derecho de opción, si lo consideramos como derecho real sobre bienes inmuebles, tendrá consideración de bien inmueble el derecho de suscripción preferente como participación en sociedades tiene el mismo régimen jurídico. Entonces entiendo que si que podrá el fiduciario con consentimiento de uno de los

legitimarios ejercitar ese derecho de opción o bien ese derecho de suscripción preferente.

No se, he planteado el problema, os digo mi conclusión que he llegado aquí.

(Hablan dos personas a la vez y no se entiende)

*Luis Ignacio Pastor Eixarch*

Sin duda, siempre que se trate de disposición de este tipo de bienes, basta la concurrencia de un solo legitimario, legitimario entendido además en un sentido amplio.

*Tomás García Cano*

Respecto de lo que habías preguntado, como se suele decir, en tu pregunta va la respuesta, pues lo único que puedo decir es que me has entendido bien, aunque he planteado más supuestos, efectivamente, ¿cómo se puede defender el supuesto último? Que puede liquidar con un solo legitimario. Bueno, pues a pesar de que esa posición tiene problemas, tiene argumentos a favor, cual es la asimilación de la liquidación de la sociedad conyugal con un acto dispositivo. La nueva ley nos ha introducido esa facultad dispositiva, quizá sin esta regulación sería imposible mantener eso, pero con esta regulación, aplicando analógicamente el tema de actos dispositivos y teniendo en cuenta que nuestra legítima es colectiva, y que por lo tanto ese es el fundamento, entiendo que puede abrirse camino. Otra cosa es que el legislador opte en materia de política legislativa por una tendencia u otra. Lo que he querido remarcar es que la alternativa es, o seguir vinculados a forzar situaciones o dar una solución definitiva, mejor o peor, teniendo en cuenta que todas las soluciones que se han aportado pueden tener dificultades jurídicas.

*Moderador*

Muy bien, ¿alguna otra intervención ... (cambio de cinta)

*Joaquín Gimeno del Busto. Abogado de Zaragoza*

Para el Juez Pastor ¿entiende que sería válida la prohibición del comitente al fiduciario de vender, al disponer de los bienes en contra de lo dispuesto en el artículo 138?

*Luis Ignacio Pastor Eixarch*

Yo creo que sí. El testador es libre, en todo momento, de hacer el testamento que estime oportuno al establecer la fiducia. Así viene previsto en el artículo 127, a la hora de la posible constitución de la fiducia: viene con claridad cómo el testador tiene absoluta libertad para fijar los términos en los que ésta se va a desarrollar. La prohibición de disponer el fiduciario, no sólo la veo posible, sino que además, en bastantes casos, puede ser conveniente. Especialmente lo que podemos plantearnos, por citar un caso que puede ser más o menos frecuente, es la posibilidad de que un testador disponga de tierras que no se quieran separar. Y que se nombre fiduciario, que es un supuesto tradicional, con el objeto de que se encargue de mantener las tierras unidas, y hacer luego las compensaciones oportunas entre los distintos hijos. En este caso yo creo que es muy conveniente, prohibir la posibilidad de venta al fiduciario, precisamente para evitar que el testador pueda verse frustrado en la finalidad para la que se establece la fiducia. Claro que hoy por hoy la única posibilidad que tenemos, como decía, es dar la información conveniente al testador, de que esto puede hacerlo, de que es libre de prohibir la venta de todos o parte de los bienes.

*Joaquín Gimeno del Busto. Abogado*

Gracias.

*Tomás García Cano*

Yo creo con Luis, aunque me parece que yo soy más partidario de las facultades dispositivas que él, que evidentemente eso se puede prohibir, como también se puede condicionar o limitar de una u otra forma la facultad dispositiva. Es decir, la gran amplitud que da la Ley a conveniencia del fiduciario la puede perfectamente limitar el comitente, o establecer el consentimiento de otra persona para la enajenación, etc.

Efectivamente, como dice Luis, la intervención notarial es aquí muy conveniente. Es decir la fiducia no puede convertirse, y menos ahora con la regulación que tenemos, en una cláusula de estilo «oiga, usted, ¿es fiduciario?, sí, que elija los herederos ¿verdad? Bueno pues bien, me quedo tranquilo y tiene muchas facultades». No, hay que informarle sobre estas facultades y que el testador decida. A muchos les parecerá bien. Mi experiencia personal es que cuando normalmente se utiliza la fiducia, el comitente está pensando en el cónyuge, fundamentalmente, no en los herederos que pueda designar. Al que quiere beneficiar es al cónyuge, entonces en muchas ocasiones entenderá viable, posible y favorable la existencia de estas facultades. Pero en los casos que decía Luis, o en otros en que entienda el comitente que no es conveniente, lo puede limitar, o lo puede evitar.

*Moderador*

¿Alguna otra intervención...? Pues con esto terminamos y damos por concluidos los novenos encuentros del derecho foral aragonés y confiamos en que para el año 2000 se puedan celebrar los décimos encuentros. Por ello doy muchas gracias a todos los asistentes por vuestra presencia en el día de hoy.

Muchas gracias a todos.

