

# **INSTITUCIONES FORALES ARAGONESAS NECESITADAS DE URGENTE REFORMA EN MATERIA SUCESORIA**

PONENTE:

**D. José María Navarro Viñuales**  
Notario

COLABORADORES:

**D. Jesús Delgado Echeverría**  
Catedrático de Derecho Civil

**D. José Luis Batalla Carilla**  
Registrador de la Propiedad

MODERADOR:

**D. Ignacio Murillo García-Atance**  
Asesor del Justicia de Aragón

## INSTITUCIONES FORALES ARAGONESAS NECESITADAS DE URGENTE REFORMA EN MATERIA SUCESORIA

por

D. José María NAVARRO VIÑUALES (Ponente)

D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y D. José Luis BATALLA CARILLA (Colaboradores)

D. José María Navarro Viñuales

### PRESENTACIÓN DEL TEMA.

Son dos los rasgos principales que cabría destacar en relación al tema de la presente charla:

a.- En primer lugar su orientación: no se trata tanto de explicar la materia sucesoria tal y como está regulada actualmente sino de enfocarla desde la perspectiva de una futura reforma.

Es opinión de numerosos juristas que nuestro texto compilado precisa una modificación de importancia que logre extraer todas sus consecuencias a las distintas instituciones que regula. Pues bien el epígrafe hace referencia a esta necesidad y provoca que el contenido de la charla se articule desde la perspectiva de dicha reforma, esto es "lege ferenda". Por primera vez en estos encuentros del Foro de Derecho aragonés se aborda de forma expresa cómo ha de verificarse la adecuación de nuestro Derecho civil a los tiempos actuales.

b.- En segundo lugar su amplitud. Es evidente que no podemos hacer una exposición con cierta profundidad de todo el contenido jurídico-sucesorio de nuestra Compilación. He tenido que realizar una doble selección:

- En primer lugar entre las distintas instituciones sucesorias, he escogido aquellas que, en mi opinión, eran de aplicación más frecuente y planteaban graves problemas interpretatorios: el testamento mancomunado, la sucesión paccionada, la fiducia sucesoria, las legítimas y la sustitución legal.

Todas las restantes han tenido que quedar fuera del ámbito de la charla. No había tiempo para más y del propio texto que sigue a continuación se comprueba como la materia es excesivamente larga para una conferencia. Ahora bien si hubiera podido incluir otro problema de Derecho sucesorio aragonés el elegido hubiera sido el de la troncalidad: pienso que hay que redefinir su alcance temporal, real y funcional. De momento su estudio quedará para otra ocasión.

- En segundo lugar, una vez seleccionadas dichas instituciones se trataba no de realizar un estudio sistemático de las mismas sino de proponer soluciones, lege ferenda, respecto a

aquellas concretas deficiencias más necesitadas de reforma. Por tanto, dentro de cada materia, sólo se han estudiado uno o varios problemas determinados propugnando un criterio para resolverlos.

## EL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN ARAGÓN.

El TM es una institución aragonesa de enorme éxito en la práctica. Pero quizás la regulación que se contiene en nuestro texto compilado (artículos 94 a 98) esté excesivamente condensada, lo que plantea ciertas dudas. Cabe señalar algunas de ellas:

a.- El concepto y la regulación de la "correspectividad". La doctrina ha señalado algunos extremos susceptibles de mejora: así quizás sea excesivo que cualquier modificación unilateral del testamento, incluso aunque sea mínima y afecte a disposiciones no correspectivas, conlleve la ineficacia de todas las disposiciones correspectivas<sup>1</sup>.

b.- Existen ciertas incertidumbres en relación a la posibilidad de testar mancomunadamente en forma no notarial: así el debate sobre la admisibilidad del TM ológrafo (recordemos que el artículo 49.2 de la ley vasca de 1 de Julio 92 sólo permite el TM otorgado ante Notario).

c.- En cuanto a los efectos de la nulidad, separación o divorcio (artículo 98 Comp.), se plantea si deberían depender de la interposición de la demanda, no de la sentencia firme: aunque ésta es la verdadera garantía de la existencia de la causa de separación, nulidad o divorcio que se alega, lo cierto es que la confianza entre los cónyuges quiebra por la mera interposición de la demanda.

Si se estableciera que los efectos del artículo 98.1 Comp. los produjera la mera interposición de la demanda se podría eliminar la legitimación concedida a los herederos para continuar el ejercicio de la acción<sup>2</sup>.

Éstos son por tanto algunos de los problemas que plantea la regulación del TM. Sin embargo son otras dos las cuestiones que hemos elegido para desarrollar con cierto detalle en la presente charla, siempre desde la perspectiva de proponer posibles caminos para una futura reforma del Derecho sucesorio aragonés. En concreto los temas en que vamos a centrar nuestro estudio son estos dos:

- El primero hace referencia a los elementos personales del TM. Comenzaremos reflexionando sobre la conveniencia de una posible ampliación del ámbito personal del TM, de modo que tal figura no quedara circunscrita a los cónyuges. A continuación analizaremos los problemas de Derecho interregional que se plantean como consecuencia de la posibilidad de que ambos cónyuges tengan distinta vecindad civil; esta materia apenas está regulada, y además plantea una dificultad añadida, ya que la competencia sobre normas de conflicto corresponde al Estado.

- El segundo tema escogido se centra en el estudio de las incertidumbres que provoca la interpretación del artículo 97.3 Comp.: hay que determinar qué eficacia producen los actos dispositivos inter vivos, realizados una vez fallecido uno de los cónyuges testadores, cuando son contrarios a una disposición correspectiva en vigor.

---

(1) Merino Hernández, Comentarios a la Compilación aragonesa, Tomo XXXIV, Vol. 1º, Edersa, 1.987, pag. 131.

(2) Sobre estos temas ver David Arbués Aísa, en Terceros Encuentros del Foro, pags. 30-32.

I.- Problemática que plantea el elemento personal en el testamento mancomunado aragonés.-

Como sabemos el artículo 94 de la Comp. únicamente permite otorgar TM a "los cónyuges aragoneses". Vamos a plantear dos cuestiones conexas con tal afirmación. Con posterioridad trataremos las cuestiones de Derecho interregional que se suscitan.

1ª.- Cabe plantear la conveniencia de permitir el otorgamiento de TM a personas distintas de los cónyuges.

a.- En favor de tal posibilidad, al menos en relación a los parientes, cabe argumentar:

- Si los parientes mencionados en el artículo 99 Comp. (consanguíneos o afines en cualquier grado, o adoptivos) pueden ordenar su sucesión mediante pacto sucesorio, parece razonable permitirles tal posibilidad a través de un TM.

- Tal posición encuentra cierto apoyo en los antecedentes históricos<sup>3</sup>.

- La experiencia favorable de la legislación navarra, la cual permite testar conjuntamente a dos o más personas (ver ley 199 Comp. navarra).

b.- Ahora bien, en contra de ampliar las personas que pueden otorgar el TM cabe razonar en base a lo siguiente:

- La tradición histórica aragonesa dominante consagrada en la Observancia 1ª De testamentiis, Libro 5º, que circunscribe tal testamento a los cónyuges.

- A lo largo de la codificación del Derecho aragonés tampoco se plantea la necesidad de tal ampliación.

Pienso que las cosas están correctas tal y como están. En nuestra práctica jurídica parece estar perfectamente asumido que tal testamento corresponde a los cónyuges; no cabe hablar de que exista una demanda significativa que solicite ampliar tal modalidad testatoria a personas distintas.

2ª.- La exigencia de que el TM lo otorguen los cónyuges puede plantear el segundo problema a que hacíamos referencia. Imaginemos el supuesto en que testen mancomunadamente dos aragoneses no casados entre sí -o solteros, viudos, o divorciados- que posteriormente contraen matrimonio uno con el otro. Se trata de determinar si el matrimonio sana el defecto originario existente al tiempo de otorgar el testamento.

- En contra de la validez de tal TM cabe argüir que no se cumple con el tenor literal del artículo 94 Comp.: al tiempo de testar no son "cónyuges aragoneses", aunque lo sean con posterioridad.

Lo que si cabría defender, en orden a salvar en la medida de lo posible la voluntad de los testadores, es la conversión de dicho TM en dos testamentos individuales. Sin embargo tal solución no me parece satisfactoria; en efecto, no es lo mismo -ya que no produce los mismos efectos- un TM entre dos cónyuges que uno individual para cada uno de ellos. Por tanto cuando se produce la conversión del TM en dos individuales se pierde no la cláusula pero sí el posible carácter corresponsivo de la misma. Por ello aunque perdura la voluntad

(3) García Vicente, Fernando, El Testamento Mancomunado en Aragón, cita diversas opiniones en tal sentido. Dicha obra, todavía inédita, formará parte del Tomo III de los Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, editada por la Diputación General de Aragón. Por ello en las citas no puedo indicar la página correspondiente. Quiero agradecer expresamente al autor la amabilidad que ha tenido al entregarme, con carácter previo a la publicación, un ejemplar de tan interesante y completa obra.

de las partes puede que lo haga en forma parcialmente desvirtuada <sup>4</sup>.

- Por el contrario en mi opinión el matrimonio sana el defecto y tal TM pasa a ser válido. En favor de esta solución juega el principio del "favor negotii". Además, como idea general, recordemos que los requisitos formales deben estar al servicio de la voluntad del testador y no al revés.

### 3. - Conflictos de Derecho interregional.

A continuación vamos a plantear diversos problemas de Derecho interregional. Pero antes de entrar en el estudio de los aspectos sustantivos de dicha materia nos ocuparemos, como problema previo, de determinar a quien corresponde la competencia legislativa en esta materia concreta.

#### 3.1.- El problema competencial

El TM es un negocio jurídico en el que participan dos personas: los cónyuges. Tras la reforma del Código Civil de 15 Octubre 90 ambos pueden tener distinta vecindad civil. De este modo queda abierta la posibilidad de que se originen problemas de Derecho interregional.

¿Tiene el Parlamento aragonés competencia legislativa para regular y solucionar los conflictos de leyes que se planteen en materia de testamento mancomunado aragonés?. Vamos a analizar los distintos razonamientos en pro y en contra.

a.- Hay un argumento en contra de notable peso: la reserva que establece el artículo 149.1.8 Const. en favor de la competencia exclusiva del Estado en relación a las "normas para resolver los conflictos de leyes". Por tanto es el legislador estatal el único que tiene competencia para legislar sobre esta materia.

Además hay que señalar expresamente que tampoco cabe la posibilidad de que el Parlamento aragonés legislase introduciendo normas de conflicto que sean concordantes con las ya establecidas por el Título Preliminar del Código civil. Se trata de un problema de distribución de competencias: o se tiene competencia o no se tiene, y ello con independencia del modo en que ésta se ejercite (en tal sentido la doctrina del Tribunal Constitucional, vid ss. 12 Marzo y 6 Mayo 93).

b.- Parecería que con lo dicho debería haber quedado zanjada la cuestión. Sin embargo antes de dejar el tema quiero hacer dos observaciones:

b.1.- El Parlamento aragonés no tiene competencia para legislar sobre normas de conflicto de leyes, pero sí la tiene para establecer normas que delimiten el ámbito de las instituciones forales (el TM en este caso).

Ahora bien también las normas sobre conflicto de leyes son normas delimitadoras del ámbito de aplicación de las distintas instituciones. Aquéllas son la especie, y éstas el género. Pienso que si la "norma delimitadora" determina, en presencia de personas de

---

(4) La conversión del TM en dos individuales afecta, de modo singular, a la institución recíproca entre los cónyuges. Si se contiene en un TM se aplica, salvo declaración en contra, el artículo 108 Comp. Si se produce la conversión en dos individuales se trata de dos instituciones de heredero sin mayores especialidades y no se aplica dicho precepto.

distinta vecindad civil, cuando se aplica una determinada institución estamos en presencia de una auténtica norma de conflicto de leyes -y por tanto competencia del Estado-<sup>5</sup>.

b.2.- La segunda observación aún es más interesante. Se trata de hacer en voz alta una reflexión de índole práctica: en ocasiones las leyes autonómicas contienen auténticas normas sobre conflictos de leyes, sin que ello suscite rechazo por parte de quien puede instar su inconstitucionalidad.

El ejemplo más destacado lo constituye la reciente ley del Derecho civil foral del País Vasco, de 1 de Julio de 1992. En ella se contienen una serie de normas que merecen nuestra atención -siquiera de modo apresurado-<sup>6</sup>. En efecto en dicha ley:

- Se determina cuándo se aplica el régimen de comunicación foral en el supuesto de cónyuges de distinta vecindad civil (artículo 94). Un supuesto evidente de norma de conflicto.

- Se prevé la aplicación del régimen de la troncalidad vizcaína a personas que han perdido tal vecindad (artículo 23).

- Crea una nueva vecindad civil, la vizcaína no aforada. Pues bien a tales vizcaínos no aforados, en contra de lo establecido en el Código Civil -norma en principio aplicable a los no aforados- se les permite testar mancomunadamente o por comisario (artículo 13).

¿Cuál fue el destino de tales disposiciones? es evidente que se trataba de normas de conflicto dictadas por un Parlamento autonómico y, sin embargo, planteado recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno central, el Consejo de Estado en virtud del correspondiente Dictamen consideró que el Parlamento vasco tenía competencia para dictar las mencionadas normas. El recurso fue retirado.

Por tanto en la práctica, y quizás por motivos políticos, hay ocasiones en que se tolera cierta competencia autonómica en este tema.

A continuación vamos a hacer referencia a diversos problemas de Derecho interregional.

### 3.2.- Los concretos conflictos de Derecho interregional.

a.- En primer lugar vamos a estudiar el supuesto en que la ley personal de uno o ambos cónyuges no les permite otorgar TM. Lo hacen y, posteriormente, adquieren la

(5) En general si la norma delimitadora tiene un criterio restrictivo del ámbito de aplicación de una determinada institución foral es posible evitar su calificación como norma de conflicto y por lo tanto considerar que entra dentro de la competencia del Parlamento aragonés.

El tema se ve más claro si acudimos a ejemplos concretos:

-Si para aplicar las normas sobre consorcio foral aragonés exigimos que el inmueble esté sito en Aragón, estamos ante una norma definidora del ámbito de aplicación de tal instituto, pero no ante una norma de conflicto, en el sentido antes indicado. Por ello dicha norma puede dictarla el legislador aragonés.

- Si la Comp. aragonesa exige que ambos cónyuges sean "aragoneses" para poder testar mancomunadamente pienso que estamos en el ámbito competencial propio del legislador aragonés. Si por el contrario la Comp. aragonesa quisiera regular el TM concertado entre aragonés y navarro sus efectos o la norma por la que se rige, pienso que estamos ante una auténtica norma de conflicto, de modo que no puede ser dictada por el legislador autonómico termina donde empieza la de otro (ver no obstante lo que se dice más adelante sobre la ley vasca 1 Julio 92).

La cuestión es debatible. Quizás el criterio señalado sea menos riguroso en relación a los elementos reales (lugar de radicación de la finca: así la aplicación del derecho exceptante de viudedad en relación a fincas situadas fuera de Aragón. pese a lo dicho por el artículo 16 Código Civil) o formales del negocio. Y por el contrario sea más riguroso si afecta a los elementos personales.

(6) Para profundizar en el tema ver Adrián Celaya, La vecindad civil en la nueva ley foral vasca, Revista de Derecho Privado, año 1.994, pags. 618 y ss.

vecindad civil aragonesa. ¿Es válido dicho TM?

En mi opinión la adquisición de la vecindad civil aragonesa por parte de los cónyuges sana el vicio que padeciera tal testamento al tiempo de ser otorgado. El fundamento para tal solución favorable se encuentra en el principio de conservación del negocio jurídico testamentario.

La sucesión, en base al artículo 9.1 CC, se regirá por la ley personal al tiempo de fallecer el o los causantes (lo que exigirá respetar las normas imperativas contenidas en la nueva ley aplicable).

b.- Otro supuesto, bastante frecuente en la práctica: Dos cónyuges aragoneses testan mancomunadamente; con posterioridad uno o ambos pierden la vecindad civil aragonesa. ¿De qué forma la pérdida de la vecindad civil aragonesa afecta a tal TM?

El artículo 9.8 CC -¡por una vez!- soluciona expresamente el problema. El testamento es válido con respeto de las legítimas que correspondan conforme a la nueva ley personal.

El tema interesante lo plantea la revocación de tal TM hecha con posterioridad al cambio de vecindad civil. Se trata de determinar si la revocación se ha de verificar de conformidad con la nueva ley personal o bien de conformidad con la existente al tiempo de testar.

Si se exige hacerlo de conformidad con la nueva ley personal (pongamos por ejemplo la vecindad civil común), ya de entrada nos encontramos con que no cabe otorgar un nuevo TM.

Por el contrario pienso que la revocación se debe verificar de conformidad con la ley existente al tiempo de testar (la aragonesa), ya que mantener la validez del testamento pese al cambio de vecindad civil incluye el mantenimiento de su peculiar régimen revocatorio (ver la ley 201 in fine de la Comp. navarra). Por ello cabrá que los cónyuges otorguen un nuevo TM -nótese: aunque tengan vecindad civil común- pero exclusivamente con efecto revocatorio del anterior (será el único contenido admisible en dicho testamento). Por supuesto si existen disposiciones correspondientes la revocación de dicho TM se sujetará a lo dispuesto en el artículo 97 Comp.

c.- Entremos ya en el tercer caso. Un aragonés testa mancomunadamente con su cónyuge, siendo la vecindad de éste una de las que admiten el testamento conjunto (vizcaina -sea o no aforado- o navarra). ¿Es válido dicho testamento?; en caso positivo, ¿qué peculiaridades presenta?

Cabe considerar que el TM es válido siempre que en el otorgamiento se cumplan simultáneamente los requisitos exigidos por ambos ordenamientos. Para revocar también habría que cumplir los requisitos previstos en ambas normas.

Por mi parte no veo la cuestión clara, ya que podemos encontrar con problemas de fondo. Si se admite la validez de tal TM, se pueden plantear dudas en cuanto a la eficacia de la cláusula de institución recíproca cuando no existen hijos. Ya sabemos que la sucesión de cada uno de los cónyuges se rige por su ley personal, que se aplica también a las sustituciones comprendidas en su sucesión. Veamos que distorsiones se producen en el funcionamiento del pacto al más viviente cuando se pacta en un TM de estas características.

- Si fallece primero el cónyuge aragonés, sin descendencia, le hereda su cónyuge navarro. Fallecido éste sin haber dispuesto de los bienes por ningún título, reciben tales

bienes no sus parientes sino los del cónyuge aragonés (así lo prevé el artículo 108.3 Comp). En efecto este precepto contiene una sustitución fideicomisaria preventiva de residuo: los fideicomisarios (los parientes del cónyuge aragonés) heredan al fideicomitente (causante aragonés, cuya ley -incluyendo el artículo 108.3 Comp.- rige la sucesión).

- Si fallece primero el cónyuge navarro, sin descendencia, le hereda su cónyuge aragonés. Fallecido éste sin haber dispuesto de los bienes por ningún título reciben tales bienes no los parientes del cónyuge navarro sino los suyos.

Esto es, la ley que rige la sucesión es la navarra, la cual no contempla tal sustitución fideicomisaria preventiva de residuo, ya que el artículo 108.3 Comp. aragonesa no es aplicable.

Pienso que el artículo 108 no puede aplicarse cuando los cónyuges tienen distinta vecindad civil, ya que supondría configurarlo como una norma de conflicto (algo que no pudo establecer el legislador aragonés por falta de competencia legislativa, como vimos). El tema se agrava cuando comprobamos como los efectos son distintos según qué cónyuge muera primero?

Por todo ello veo muy dudoso que sea admisible otorgar TM en estos casos, al menos cuando incluya una institución recíproca entre cónyuges sin descendencia.

d.- La doctrina es pacífica al rechazar la posibilidad de otorgar un TM entre aragonés y su cónyuge, cuando la vecindad civil de éste -por ejemplo, la común- no le permite testar en forma conjunta.

## II.- EL RÉGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS TRANSMISIVOS INTER VIVOS CONTRARIOS A DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS EN VIGOR. -

Hagamos primero una presentación del tema y de los intereses jurídicos en juego.

El contenido del TM es conocido por ambos cónyuges, dado que se otorga de modo conjunto, compareciendo ambos simultáneamente ante Notario. De este modo cada uno sabe lo que ha dispuesto el otro y, acaso, han condicionado recíprocamente ciertas cláusulas, que adquieren el carácter de correspectivas.

Por tanto en el otorgamiento del TM hay cierta idea de mutua confianza: cabe razonablemente inferir que, al menos en cierto número de ocasiones, si un cónyuge testa de una determinada manera es, precisamente, porque sabe en qué sentido lo ha hecho el otro.

El TM tiene como punto de partida la mutua confianza y el conocimiento de lo dispuesto por el otro cónyuge. Hay, sin embargo, dos maneras posibles por las que uno de los cónyuges puede alterar unilateralmente lo establecido en el testamento mancomunado:

a.- Una de ellas es revocándolo o modificándolo en cuanto a sus propias disposiciones mediante el otorgamiento de un nuevo testamento. La Comp. -arts. 96 y 97- contempla

(7) No es el único problema que se plantearía en caso de institución recíproca entre los cónyuges. No olvidemos que la legítimas son distintas.

Por ello fallecido el cónyuge aragonés habiendo hijos comunes, dada la legítima material de éstos que impide que el cónyuge superviviente sea heredero universal, tiene sentido lo que prevé el artículo 108.2 Comp. aragonesa (viudedad universal y facultad de distribuir la herencia).

Por contra si fallece el cónyuge navarro no hay obstáculo derivado de norma imperativa que impida que el cónyuge aragonés herede toda la herencia (la legítima navarra es puramente formal). No hay necesidad de acudir a otras instituciones como el usufructo universal y la fiducia.

aspectos del régimen jurídico de tal revocación diferenciando según existan o no disposiciones correspectivas. Veámoslo.

Si hay cláusulas correspectivas la Comp. distingue según vivan ambos cónyuges o haya fallecido uno de ellos. Pues bien en el supuesto de que exista correspectividad se prevén una serie de cautelas en orden a proteger el interés del cónyuge del revocante: si vive, se le notifica tal revocación o modificación notarialmente, y de este modo podrá tomar las medidas oportunas (quizás hacer un nuevo testamento); si uno de los cónyuges ha fallecido, se impide la revocación o modificación de las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor, lo que implica que el nuevo testamento no puede afectar las mismas.

b.- Pero hay una segunda manera de incidir sobre la eficacia del testamento mancomunado sin necesidad de otorgar un testamento posterior, esto de un modo indirecto: realizar actos dispositivos inter vivos que lo dejen vacío de contenido, que frustren la finalidad común originaria de los testadores. Nos vamos a ocupar de esta segunda posibilidad diferenciando dos supuestos, según exista o no cláusulas correspectivas:

1.- Los actos dispositivos i.v. cuando no hay cláusulas correspectivas. -

No cabe duda de que en este caso cualquiera de los dos testadores puede disponer i.v. válidamente de sus bienes, a título lucrativo o a título oneroso. El TM continúa en vigor, y abierta la sucesión, se ejecutará en cuanto a las disposiciones que mantengan su eficacia.

No existe obligación de notificar al otro cónyuge la existencia de tal disposición i.v., como tampoco la hay de notificar un testamento posterior revocatorio<sup>8</sup>.

2. - Los actos dispositivos i.v. que contrarían cláusulas correspectivas.

Aquí es donde se plantea el verdadero problema, dado que la correspectividad, sobre todo una vez fallecido un cónyuge, dota al TM de ciertos rasgos propios del contrato (aunque sigue manteniéndose la dualidad conceptual entre testamento mancomunado y contrato sucesorio).

Tal como hace el artículo 97 Comp. diferenciaremos dos supuestos:

2.1. - En vida de ambos testadores.

Cualquiera de los cónyuges puede disponer de sus bienes a título i.v., bien sea en forma onerosa o en forma gratuita.

¿Es obligatorio notificar la disposición i.v. contraria a la norma correspectiva? Mientras que el artículo 97 Comp., en el caso de revocación unilateral por medio de nuevo testamento, exige la notificación al otro cónyuge (lo que permitirá a éste adoptar las medidas que estime oportunas), si tal efecto revocatorio o modificativo resulta de un acto dispositivo i.v. que vulnera lo previsto por las partes, no se exige notificación. Como señala García Vicente<sup>9</sup> "así se puede defraudar no solo la confianza sino también las expectativas

(8) "Lege ferenda" quizás sería interesante exigir tal notificación para el supuesto en que un cónyuge otorgara un testamento revocatorio o modificativo del TM -así lo exige la Comp. Navarra, ley 201-. Lo cierto es que el cónyuge del revocante puede tener interés en conocer tal revocación, incluso en los casos en que no existan cláusulas correspectivas. No profundizamos en este tema que hace referencia no al problema que tratamos -los actos dispositivos i.v.- sino al régimen jurídico de la revocación en virtud de nuevo testamento.

(9) Fernando García Vicente, El testamento mancomunado en Aragón.

En cuanto al punto concreto que estudiamos, hay que recordar que el conocimiento de tal transmisión por el otro cónyuge puede ser de gran importancia, ya que solo puede tomar medidas frente al acto dispositivo -en su caso revocar el testamento- si tiene conocimiento de tal acto.

que el otorgante de buena fe tiene en la herencia del otro”.

Lege ferenda quizás sería interesante prever algún tipo de comunicación al otro cónyuge del acto dispositivo i.v. hecho contrariando lo dispuesto por una disposición correspondiente en vigor.

2.2. - Fallecido uno de los cónyuges.

El artículo 97.3 Comp. se ocupa de este tema señalando: “Muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspondientes que se hallen en vigor”. Nos encontramos, por tanto, con una limitación impuesta legalmente.

Prescindamos de momento de la nota de correspondencia. Sabemos que, en general, existen dos modos de revocar o alterar las disposiciones testamentarias:

- En primer lugar mediante el otorgamiento de un nuevo testamento (el efecto revocatorio se produce de conformidad con los artículos 737 y ss del CC).

- En segundo lugar, en el caso concreto del legado, mediante la enajenación por el testador de la cosa legada por cualquier título o causa. En este caso queda el legado sin efecto -art. 869.2 CC-<sup>10</sup>.

Ahora bien, cuando el artículo 97.3 Comp. impide revocar o modificar las disposiciones correspondientes en vigor hay que determinar qué tipo de revocaciones o modificaciones está prohibiendo:

- La doctrina es pacífica a la hora de incluir en la prohibición del artículo 97.3 Comp. aquellas modificaciones o revocaciones de cláusulas que se originan como consecuencia del otorgamiento de un nuevo testamento -esto es, las derivadas de la eficacia revocatoria prevista en los artículos 737 y ss. del Código civil a que hacía referencia.

- Pero el problema es determinar si dicho precepto impide también aquellas modificaciones o revocaciones que se producen como consecuencia de un acto dispositivo i.v. contrario a la cláusula correspondiente. Está claro que dejar sin efecto un legado mediante la enajenación de la cosa supone “modificar o revocar” tal cláusula de legado.

Este es el problema que vamos a estudiar. Para ello tendremos presente el siguiente ejemplo: dos cónyuges aragoneses otorgan un TM en el que establecen, con carácter correspondiente, el legado de la finca “X”, propiedad del marido, en favor del hijo mayor Primus. Fallecida la mujer, el marido transmite i.v. la cosa a un tercero.

(10) Hay otros supuestos de disposiciones testamentarias sobre cosas concretas que pueden verse incididos por las enajenaciones i.v. hechas por el testador. Cabe hacer referencia a estos dos casos:

- Si se admite la institución de heredero “ex re certa”, la enajenación i.v. de la cosa hecha por el testador impide su adquisición por el heredero. ¿Se mantendría en este caso el llamamiento como tal heredero? ¿Cuál sería su virtualidad?

Puede que la institución lo sea en una cosa compleja (por ejemplo una explotación agrícola que consta de varias fincas) y que la enajenación solo afecte a alguna de ellas.

En este caso se mantiene la atribución en cuanto a las demás.

-Cabe imaginar un segundo supuesto. Los testadores mancomunados instituyen herederos a varios hijos por partes iguales. Pero van más allá e introducen diversas cláusulas particionales, diciendo, por su ejemplo: “en la partición de la herencia corresponderá a la porción de mi hijo Primus la finca X, ...”. Se establece el carácter correspondiente de las cláusulas testamentarias. Si luego el testador superviviente dispone i.v. de la finca X tal disposición no afecta a la condición de heredero de Primus, ni quizás a su derecho a recibir lo mismo que los coherederos, pero lo cierto es que se ha frustrado el esquema de mutua confianza previsto por los cónyuges al testar mancomunadamente.

Por ello pienso que las conclusiones que alcancemos al estudiar la disposición i.v. contraria al legado correspondiente de cosa concreta son, en cierta medida, trasladables a este supuesto.

En cuanto a la distinción entre partición y normas particionales, ver Cámara Alvarez, Compendio de Derecho sucesorio, Editorial La Ley, Madrid, 1.990, pags. 409-410.

Se trata de determinar el régimen jurídico de tal transmisión. Para ello diferenciaremos según ésta se haga a título oneroso o gratuito.

a.- Disposiciones hechas a título oneroso.

La jurisprudencia sobre este tema es contradictoria <sup>11</sup>. Cuando el acto dispositivo contrario a una disposición correspectiva en vigor se hace a título oneroso lo primero que se plantea es si tal acto es o no válido.

1.- Una primera postura doctrinal considera que tal acto dispositivo es válido.

Como consecuencia de tal calificación se considera que estamos ante un mero problema de responsabilidad del cónyuge superviviente por haber transmitido la cosa vulnerando una disposición correspectiva en vigor.

El argumento para defender la validez de la transmisión se funda en que las prohibiciones de disponer i.v. han de estar establecidas en forma expresa, algo que no haría el artículo 97.3 Comp.: la normativa sobre correspectividad no limitaría las facultades dispositivas i.v. de los testadores. Sólo se producirá tal efecto si el testador impone la prohibición de disponer de modo expreso.

Si la disposición es válida el problema es determinar si el perjudicado -en nuestro ejemplo, el hijo Primus- tiene acción para reclamar contra el cónyuge transmitente, y, en caso positivo, por qué vía <sup>12</sup>.

2.- Pero cabe entender que tal acto dispositivo i.v. a título oneroso no es válido ya que el cónyuge superviviente carece de poder dispositivo para efectuarlo.

Cabe ofrecer dos argumentos en tal sentido:

- El primero se basa en el tenor literal del artículo 97.3 Comp.: impide revocar o modificar disposiciones correspectivas en vigor y, como hemos dicho, el mismo carácter modificador o revocatorio pueden tener los actos mortis causa hechos por el superviviente que las disposiciones i.v. hechas por el mismo en los términos que estudiamos. Por expresarlo a modo de fórmula: la disposición en el caso estudiado es revocación; luego la prohibición de la revocación incluye la prohibición de tal disposición.

- No se puede decir que los testadores debieron imponer expresamente una prohibición de disponer ya que la propia norma legal - el citado artículo 97.3 Comp.- impide tales actos dispositivos. Reiterar de modo expreso tal prohibición sería enfático e innecesario: el propio régimen jurídico de la correspectividad asegura ya tal resultado.

Por tanto, según esta línea de pensamiento, el acto dispositivo a título oneroso sería inválido por falta de poder de disposición en el transmitente: no produce efectos ni en la esfera jurídica de éste ni en la del adquirente.

No obstante conviene hacer dos salvedades:

En primer lugar, dado que tal limitación dispositiva no consta en el Registro de la

(11) García Vicente, op. cit. Ver la cita de jurisprudencia contenida en la misma.

(12) Si se considera que las cláusulas correspectivas del TM, una vez fallecido uno de los cónyuges, tienen carácter contractual, cabría plantear una acción de responsabilidad contractual ex artículo 1.101 del Código civil. Si por el contrario se estima que tales cláusulas siguen sin ser contractuales, la acción de responsabilidad tendría que reconducirse por el artículo 1.902 del Código civil.

Personalmente entiendo que si se considera que la disposición hecha i.v. a título oneroso es válida, es el legislador quien debe determinar la existencia o no de indemnización en favor del perjudicado, así como la vía adecuada para reclamar. Ver en tal sentido lo que se dice en el apartado de conclusiones de este capítulo.

Propiedad, el adquirente a título oneroso tendrá la condición de tercero hipotecario si reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La adquisición del tercero en este supuesto es válida en virtud del principio de la fe pública registral.

En segundo lugar, es defendible la validez de la disposición onerosa i.v. realizada por el cónyuge superviviente transmitente en caso de necesidad<sup>13</sup>.

b.- Disposiciones i.v. hechas a título gratuito.

b.1.- Cabe estimar que tal acto carece de validez si es contrario a una disposición correspondiente en vigor. García Vicente cita jurisprudencia que considera que tales actos dispositivos son nulos, por ser un fraude a la voluntad testamentaria. El mismo autor se muestra conforme con dicha línea jurisprudencial si bien excluye ciertos supuestos (regalos módicos, donaciones remuneratorias de poca importancia, etc)<sup>14</sup>.

b.2.- En realidad el artículo 97.3 Comp. no distingue entre actos a título oneroso o actos a título gratuito. Por ello pienso que el punto de partida argumental ha de ser el mismo en ambos casos<sup>15</sup>.

La donación contraria a una cláusula correspondiente la consideraremos o no válida según entendamos que el citado precepto priva al superviviente de la facultad dispositiva para realizar tales donaciones.

Es cierto que, en presencia de una donación, se aprecia con mayor facilidad el fraude a la voluntad del testador premuerto, o a las expectativas del eventual beneficiario, lo que podría llevarnos a propiciar una interpretación contraria a la validez de la misma. El problema se plantea a la hora de asignar un cauce jurídico adecuado a tal acción: no puede ser una acción revocatoria por fraude de acreedores ex artículo 1.291.3 Código civil, ya que el posible beneficiario no tiene la condición de acreedor.

Por supuesto queda abierta la vía del artículo 6.4 CC: cabe conceptuar que el acto dispositivo i.v. contrario a una norma correspondiente en vigor se apoya en un conjunto de normas -las que consagran la facultad de disposición del titular del dominio- con el objeto de impedir la debida aplicación del artículo 97.3 Comp. Pero esta vía judicial es igualmente aplicable, caso por caso, tanto si la transmisión es a título oneroso como gratuito ya que ambas vulneran en igual medida el último precepto citado.

#### Cuestiones adicionales.-

Vamos a hacer cuatro observaciones adicionales a lo dicho hasta este momento.

1.- Hay determinadas donaciones que serían admisibles en todo caso:

a.- La donación verificada para cumplir, anticipadamente, lo previsto en la cláusula correspondiente. Retomando nuestro ejemplo, ningún problema plantearía que el padre donase en vida la finca "X" a su hijo Primus. No es sino cumplir de modo anticipado con lo exigido por la cláusula correspondiente.

b.- Aquella que se hiciese en favor de tercero pero con consentimiento de quien

(13) Ver García Vicente, op. cit.

(14) García Vicente, op. cit.

(15) También da un enfoque único, prescindiendo de la gratuidad u onerosidad de la transmisión, Pere Albiol, Terceros Encuentros del Foro, Edita El Justicia de Aragón, pags. 34 y 35. Este autor defiende la validez de tales actos dispositivos i.v., sean gratuitos u onerosos, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el transmitente.

hubiere sido el eventual beneficiario <sup>16</sup>.

c.- La donación verificada en base a una autorización concedida por el otro cónyuge en el mismo testamento o, quizás, en otro documento posterior <sup>17</sup>.

2.- Se plantea la aplicabilidad del artículo 97.3 Comp. al supuesto de incapacidad de uno de los cónyuges.

El tenor literal del precepto prevé su aplicación al supuesto en que uno de los cónyuges hubiese fallecido. Se plantea la duda de si debería aplicarse también en el supuesto de que uno de los cónyuges quede incapacitado.

García Vicente <sup>18</sup> considera que si lo que la norma pretende es impedir la revocación cuando el otro ya no puede hacerlo, habría que equiparar la incapacidad al fallecimiento; por el contrario si lo que se busca es asegurar la lealtad entre los cónyuges, evitando que uno defraude la confianza del otro el tema es más dudoso.

3.- Se ha planteado si el cónyuge supérstite, en caso de renunciar a los derechos que tenga en la herencia del otro, recupera la libertad para revocar las cláusulas correspondientes en vigor. La respuesta ha de ser negativa, ya que la correspectividad no sólo se dirige al otro cónyuge sino que tiene un componente orientado hacia los posibles herederos o legatarios beneficiados por las cláusulas correspondientes. Son cuestiones distintas.

4.- Nos hemos estado refiriendo a las posibles limitaciones que el artículo 97.3 Comp. imponía a las facultades dispositivas del cónyuge supérstite. Hay que dejar claro que tales eventuales limitaciones en ningún caso jugarían en relación a las transmisiones de carácter necesario o forzoso.

Permítansenos retomar el ejemplo que nos ha venido ilustrando a lo largo de esta exposición. Los acreedores del padre supérstite, con independencia de que la finca "X" esté sujeta a un legado correspectivo, podrán dirigirse contra ella para hacer efectivos sus créditos. Y por supuesto la Administración podrá expropiarla si se cumplen los requisitos legales oportunos. El artículo 97.3 Comp. limita, en su caso, los actos de disposición hechos voluntariamente por su titular, pero no los hechos en forma necesaria.

#### Conclusiones:

Tras haber reflexionado sobre los dos problemas elegidos los elementos personales en el TM y los actos dispositivos i.v. contrarios a una disposición correspectiva en vigor llega el momento de fijar conclusiones:

*Primera.*- Es muy dudosa la conveniencia de extender la facultad de testar mancomunadamente a personas distintas de los cónyuges.

*Segunda.*- La posibilidad de que ambos cónyuges tengan distinta vecindad civil plantea problemas de Derecho interregional. La competencia para legislar sobre tales temas corresponde al Estado, aunque en la práctica se ha permitido que, en cierta medida, lo hagan los Parlamentos autonómicos. Lo verdaderamente importante es que tales conflictos

(16) García Vicente, op. cit.

(17) García Vicente, op. cit.

(18) García Vicente, op. cit.

reciban, de quien sea competente, una normativa adecuada que solucione legislativamente los problemas planteados<sup>19</sup>.

*Tercera.*- El régimen de la corresponsividad, una vez fallecido uno de los cónyuges, se contempla en el artículo 97.3 Comp. Los problemas que plantea la normativa actual son numerosos y deben recibir solución del legislador aragonés:

a.- Hay que determinar si los actos dispositivos i.v. realizados en contra de una cláusula corresponsiva en vigor son válidos o inválidos. En su caso se debe precisar si la solución ha de ser la misma con independencia de que el acto dispositivo sea a título gratuito o a título oneroso.

b.- Si en uno o en ambos casos -gratuito u oneroso- se opta por mantener la validez del acto dispositivo, hay que precisar si el posible beneficiario de la atribución testamentaria devenida ineficaz tiene o no derecho a reclamar contra el cónyuge transmitente.

En caso positivo hay que determinar qué acción puede utilizar, así como las características de la misma.

c.- Por último, es tarea del legislador determinar si el régimen jurídico contenido en el artículo 97.3 Comp. debe aplicarse al supuesto en que uno de los cónyuges esté incapacitado.

**SUCESIÓN PACCIONADA:** Las atribuciones patrimoniales de presente y de futuro en el pacto sucesorio.-

La sucesión paccionada es una materia de gran amplitud y que plantea numerosas cuestiones que han de ser debidamente perfiladas por el legislador.

La deficiencia más grave de nuestra Comp. en este tema, en mi opinión, radica en que no menciona, y mucho menos regula, las atribuciones de presente o futuro que pueden acompañar a un pacto sucesorio. Dicha carencia plantea una serie de incertidumbres sobre el régimen jurídico de tales desplazamientos patrimoniales, incertidumbres merecen una solución expresa por parte del legislador aragonés. A continuación vamos a apuntar varios posibles criterios en orden a solventar algunos de los problemas planteados.

## I. - LA LAGUNA EXISTENTE EN NUESTRA COMPILACION.

Las elaboraciones doctrinales en materia de sucesión contractual suelen tomar como uno de los puntos de referencia la posible existencia de atribuciones patrimoniales con ocasión de tal contrato. Las cuestiones que se plantean en relación a tales atribuciones son numerosas y, sin embargo, nuestra Comp. no hace ninguna mención expresa a las mismas<sup>20</sup>.

(19) Quizás convendría que el legislador estatal abordase con el detalle necesario los distintos problemas de Derecho interregional que plantean las peculiares instituciones forales. Un posible cauce para ello sería una ley sobre conflictos de Derecho internacional privado y Derecho interregional.

(20) Por contra el Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de Diciembre de 1991 (en adelante CSC) regula expresamente tales atribuciones. En concreto sobre atribuciones de presente, ver la regulación de los heredamientos cumulativos y mixtos (artículos 84 a 89 CSC). En igual sentido, la atribución de bienes que estudiamos es uno de los elementos vertebradores de la regulación que del pacto sucesorio hace la nueva ley de Derecho civil foral del País Vasco de 1 de Julio 92.

Las atribuciones patrimoniales que acompañan o pueden acompañar a un pacto sucesorio son de dos tipos: de presente y de futuro.

- La atribución de futuro o de eficacia "post mortem" conlleva que la adquisición de los bienes por el instituido se produce con ocasión del fallecimiento del instituyente.

- La atribución de presente tiene lugar cuando en el contrato o pacto sucesorio, además de prever en su caso la institución de heredero o el nombramiento de legatario (eficacia "post mortem"), se transmite el dominio, la nuda propiedad u otros derechos sobre todos o alguno de los bienes del instituyente (con eficacia de presente).

Pongamos un ejemplo que nos ilustre a lo largo de la exposición. El padre -instituyente- pacta con su hijo mayor Primus -instituido- que éste sea su heredero. Por tanto al fallecimiento del padre, Primus adquirirá los bienes de aquél: tal atribución tiene una eficacia de futuro. Ahora bien, puede ser que en dicho pacto el instituyente le atribuya a Primus, desde luego, el pleno dominio de la finca "X": esta atribución tiene eficacia de presente.

Hemos precisado que la Comp. no hacía referencia expresa a tales atribuciones. A continuación vamos a ocuparnos de diversos temas que plantean las mismas.

## II. - LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS ATRIBUCIONES DE PRESENTE. -

Cuando un pacto sucesorio incluye una atribución de presente, singular o universal, cabe plantearnos si tal atribución constituye una donación.

El CS de Catalunya en su artículo 84 señala que el heredamiento mixto (que además de un nombramiento de heredero incluye atribuciones de presente de bienes concretos) es un heredamiento simple con donación singular de presente. Por tanto se distingue entre la institución de heredero, por un lado, y la atribución singular de presente que se califica como donación.

Sin embargo pienso que el régimen jurídico de tal atribución o atribuciones (sean singulares o universales) es distinto del propio de la donación. No es que la atribución, con su carácter de pacto sucesorio, se equipare a la donación singular o universal; por el contrario, en el Derecho aragonés más bien es la donación la que, en determinados supuestos, pasa a compartir los rasgos del pacto sucesorio (ver artículo 101 Comp.). Estimo por tanto que el régimen jurídico de tales atribuciones no es el de las donaciones, sino el del pacto sucesorio que presenta importantes diferencias con el de aquellas.

En concreto cabe citar los siguientes puntos de divergencia entre los regímenes jurídicos correspondientes a la atribución de presente derivada de un pacto sucesorio y a la donación:

- Las causas de revocación de las donaciones inter vivos son distintas de las causas de ineficacia o resolución de las atribuciones derivadas de un pacto sucesorio: por ejemplo, y sólo para estas últimas, el artículo 103.3 Comp. exige que el incumplimiento de cargas o condiciones "sea grave, según parecer de la Junta de Parientes".

- En caso de premoriencia del instituido el destino del bien atribuido se rige por el artículo 105 Comp.; en las donaciones i.v. se aplica el artículo 130 Comp. (recobro de liberalidades en sucesión ab intestato), la reversión del artículo 812 CC (si se considera aplicable en la sucesión testada aragonesa), o en otro caso el bien se integra en el caudal relicto por el donatario.

- En el supuesto de inoficiosidad quizás procedería reducir antes tales atribuciones (por analogía a legados contractuales) que las auténticas donaciones i.v. (ver artículo 820 CC).

- El donatario i.v. tiene la plena facultad dispositiva sobre el bien donado (y sin perjuicio de que por pacto se modalice tal facultad dispositiva, por ejemplo si se pacta la reserva de la facultad de disponer del artículo 639 Código Civil); tratándose de bienes atribuidos de presente en virtud de un pacto sucesorio una línea doctrinal considera que, en este supuesto, existe una cotitularidad de disposición entre instituyente e instituido. La diferencia por tanto es esencial. Más adelante volveremos sobre este punto.

- Fiscalmente las atribuciones de presente derivadas de un pacto sucesorio deberían beneficiarse de las reducciones en la base liquidable que prevé el Impuesto de Sucesiones y Donaciones en atención al parentesco, lo que no ocurre con las donaciones.

### III.- LA CONFIGURACION DEL PACTO CON ATRIBUCION DE PRESENTE DE TODOS LOS BIENES SEAN PRESENTES O FUTUROS.

Vamos a detenemos en el estudio de esta peculiar modalidad de pacto. Desde el punto de vista de su extensión objetiva admite dos modalidades:

- Una primera posibilidad es que tal atribución de presente incluya la totalidad de los que pertenecen al instituyente en el momento del pacto. Se exceptionarían aquellos que sean intransmisibles, inherentes a la persona o queden excluidos por el propio contrato. Es dudosa la aplicabilidad en el Derecho aragonés, al presente supuesto, del límite objetivo que para las donaciones impone el artículo 634 CC; quizás se pueda considerar aplicable pero no por formar parte del Código civil sino por estar basado en la equidad o en bien encontrar apoyo en los principios generales de nuestro Derecho.

- Pero también cabe construir el presente pacto de otra manera: se transmitirían al instituido no solo los bienes que sean titularidad del instituyente al tiempo de concertar el pacto, sino también los que éste adquiera en el futuro y precisamente -esto es lo singular- no al fallecer el instituyente sino a medida que éste los vaya adquiriendo<sup>21</sup>.

Esta segunda modalidad plantea varios problemas de indudable interés:

a.- Para empezar es dudoso que sea admisible. Las incertidumbres surgen como consecuencia de la peculiar situación en que queda el instituyente: cuando adquiere un bien quien lo percibe o ha de percibir es el heredero. Hay que precisar si tal adquisición por el heredero es automática o bien se precisa un nuevo acto transmisivo del instituyente en favor del heredero, esto es una nueva declaración de voluntad en tal sentido<sup>22</sup>. En mi opinión -ver los argumentos expuestos en la nota 22- tal pacto no puede producir sus efectos en forma automática sino que para que el heredero instituido adquiera un bien que

(21) Cristóbal Montes, Sucesión Paccionada y Pacto al más viviente. Segundos Encuentros del Foro, Ed. El Justicia de Aragón, pag. 77, admite esta segunda modalidad de configurar el pacto. También lo admite el artículo 84 CSC si existe pacto expreso en tal sentido.

(22) Si se entiende que la adquisición de los bienes futuros por el heredero es automática resulta que el instituyente más que actuar en nombre propio parece que lo hace como un "representante" de aquél, ya que los efectos jurídicos del acto adquisitivo que realiza se producen en la esfera de tal heredero. Tal construcción provocaría diversos problemas jurídicos:

- En cuanto al instituyente. Le estamos negando una auténtica capacidad de obrar en el ámbito patrimonial: cuando adquiere no lo hace para sí sino para el heredero instituido. Como consecuencia de ello tal pacto atenta contra el principio de responsabilidad patrimonial universal de dicho instituyente, dejando en difícil posición a sus futuros acreedores que pueden incluso desconocer la existencia del mencionado pacto.

ha adquirido el instituyente con posterioridad al pacto se precisará un nuevo acto transmisivo.

b.- Parece conveniente -lege ferenda- añadir un segundo requisito para construir válidamente este pacto: si se prevé la transmisión de bienes presentes y futuros, de modo que éstos se van adquiriendo sucesivamente por el heredero, tal previsión sólo tiene sentido si el instituyente se reserva un derecho de usufructo, las facultades del señorío mayor o, mejor aún, se plantea en el seno de una comunidad familiar en la que hagan comunes los rendimientos de los bienes<sup>23</sup>.

Veamos el fundamento de este requisito. El pacto que nos ocupa debilita de forma notable la situación patrimonial del instituyente (que transmite todos los bienes de presente y se obliga a transmitir desde luego los que adquiera en el futuro). Por ello solo debe ser admisible si se parte de una situación en que instituyente e instituido tengan un interés común -por ejemplo, el mejor servicio de la explotación familiar-, unido quizás a una cotitularidad en los rendimientos producidos.

c.- Aún debe añadirse una tercera exigencia: la presente modalidad contractual sucesoria ha de estipularse en forma expresa e inequívoca.

- Por tanto si se concierta un pacto en el que se contiene sólo una atribución universal de bienes presentes, los futuros sólo serán adquiridos por el heredero contractual al fallecimiento del instituyente.

- Si se pacta la atribución universal de bienes presentes y futuros, sin mayor precisión, entiendo que la solución es la misma que en el caso anterior -en cuanto a los bienes futuros solo se adquirirán por el heredero al fallecer el instituyente- en base a los siguientes argumentos: tratándose de contratos lucrativos, en la duda, hay que estar por la menor transmisión de derechos (artículo 1289.1 CC); además en la donación universal de bienes habidos y por haber, que es uno de los modos -aunque no el único- de dar forma a este contrato sucesorio, el donatario tiene la condición de heredero (artículo 101.1 Comp.) y el heredero sólo adquiere al fallecimiento del causante.

- Por tanto para introducir el pacto que comentamos será preciso pactar la atribución universal de bienes presentes y futuros, especificando expresamente que la adquisición de éstos se producirá por el heredero de presente. Esto es, que el instituyente deberá transmitirlos con inmediatez al instituido<sup>24</sup>.

Por último recordemos que el CS catalán exige pacto expreso para que el heredero adquiera los bienes del heredante a medida que éste los vaya adquiriendo (artículo 84.1. in fine). En cuanto a la ley vasca contempla la posibilidad de ordenar la transmisión actual de todos o algunos de los bienes presentes, pero no prevé tal posibilidad en relación a los futuros.

---

- En cuanto al instituido. Si cuando adquiere el instituyente tal adquisición se produce en la esfera jurídica del instituido, resulta que le estamos imponiendo a éste con carácter obligatorio, sin que lo consienta o lo conozca, la adquisición de un bien. Además cuando se verifica tal adquisición podría ser que se introdujera una deuda en el patrimonio del instituido -asi en la adquisición de un bien con subrogación en la obligación personal garantizada con la hipoteca o en general en las adquisiciones con precio aplazado-, todo ello contrariando la necesidad de prestar consentimiento el nuevo deudor.

A la vista de tales consideraciones estimo que no es admisible el pacto por el que la adquisición de los bienes futuros por el instituido se produce en forma automática a medida que los adquiere el instituyente.

(23) En relación a esta idea, aplicada al heredamiento cumulativo catalán, ver Juan-José López Burniol, Comentarios al CSC, Editorial Bosch, Barcelona, 1.994, pág. 376.

(24) Nótese el alto coste fiscal de tal modo de configurar la operación, ya que implica una doble transmisión y por lo tanto un doble gravamen.

#### IV.- LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DEL INSTITUYENTE E INSTITUIDO.

La doctrina <sup>25</sup> ha venido considerando que el otorgamiento de un pacto sucesorio suponía una modalización de las facultades dispositivas recayentes sobre los bienes afectados por tal pacto. Se plantea el tema de quién o quiénes son titulares de tales facultades, así como las peculiaridades en su ejercicio.

La Comp. sólo aborda las facultades dispositivas del instituyente y en un supuesto concreto, cuando éste se reserve el "señorío mayor" u otras facultades análogas (artículo 102 Comp). Por tanto no se nos indica cuáles son dichas facultades cuando no existe tal previsión, ni tampoco cuáles son correspondientes al instituido <sup>26</sup>.

Quizás un mejor criterio para tratar esta materia sea diferenciar entre pacto con eficacia de presente y pacto con eficacia "post-mortem". La primera idea básica es respetar lo que la voluntad lícita de las partes hubiere convenido sobre esta materia, por ejemplo reservándose el instituyente el señorío mayor. En defecto de la misma, se podrían sentar los siguientes criterios:

a.- Pacto con atribuciones de futuro (eficacia "post mortem").

a.1.- La disposición a título lucrativo por el instituyente de los bienes que presumiblemente integrarán la herencia podría vaciar de contenido el pacto sucesorio. En base a ello se podría considerar que, en cuanto a los actos a título lucrativo, deberían disponer conjuntamente instituyente e instituido.

a.2.- Tratándose de actos a título oneroso la cuestión es más dudosa:

Merino Hernández considera que, en estos casos, existe cotitularidad en la disposición<sup>27</sup>.

Por su parte la ley vasca, ofrece una solución distinta ya que permite al instituyente disponer por sí de los bienes a título oneroso (artículo 78).

En mi opinión quizás haya que distinguir dos supuestos cuando se trata de actos de disposición a título oneroso:

- Si la institución de futuro lo es precisando que, al tiempo de hacerse efectiva, incluirá un bien concreto (por ejemplo la explotación familiar), aunque la eficacia esté diferida "post mortem" la voluntad de las partes es clara en cuanto a que al fallecimiento del

(25) Cristóbal Montes, op. cit., pag. 76 para la institución de presente, y pag. 73 para la institución de futuro; Merino Hernández, Comentarios, op. cit. sobre todo pags. 198-199.

(26) Los anteproyectos de la Comisión de juriconsultos aragoneses, al menos, regulaban con carácter general las facultades dispositivas del causante -y no sólo el supuesto de reserva de señorío mayor-. Hagamos alguna referencia a los mismos:

-Año 1.961.- "Vinculación del causante.- Son nulos los actos del causante en fraude de los derechos del favorecido. Salvo pacto o norma en contrario, el instituyente podrá disponer de sus bienes por actos inter vivos y a título oneroso. Podrá también disponer por donación o testamento para asignar dotes y legítimas, al haber y poder de la casa conforme a la costumbre del lugar o, en su defecto, sin rebasar el tercio de sus bienes, salvo que se hubiera pactado mayor reserva de disposición".

- Año 1.963.- "Vinculación del causante.- Salvo pacto en contrario, el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos inter vivos, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido. Podrá disponer por donación o testamento para asignar dotes y legítimas al haber y poder de la casa".

Por cierto, en ambos Anteproyectos vemos criterios contrapuestos sobre esta materia. El aspecto positivo de esta regulación radica en que aborda el problema en forma general y no refiriéndolo exclusivamente al supuesto de reserva de señorío mayor, y en tal sentido es más acertada que la normativa actual. Sin embargo, como punto criticable, señalar que tampoco diferenciaba la vinculación del causante según se refiriese a bienes atribuidos de presente o de futuro; esto es, seguía sin hacerse eco de la distinción que estudiamos.

(27) En tal sentido Merino Hernández, op. cit. pags. 198-9.

instituyente el instituido adquiriera la cualidad de heredero y la titularidad de tal bien. Por ello incluso para disponer a título oneroso se precisará el consentimiento de ambos (salvo, posiblemente, el supuesto en que el instituyente se encuentre en estado de necesidad).

- Si por el contrario la institución de futuro no precisa al respecto, se entiende referida a los bienes que dejare el instituyente a su fallecimiento. Por ello podrá disponer por sí solo a título oneroso y la contraprestación recibida se integrará en su patrimonio.

Quizás sea conveniente señalar expresamente que la necesidad de consentimiento del instituido en todos estos casos sólo procede si éste viene cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa -ver, para un caso concreto, el artículo 102.1 Comp.-.

b.- Pacto sucesorio con atribuciones de presente.-

La atribución puede tener un contenido muy variado: por ejemplo, ser solo de la nuda propiedad, o de un dominio pleno o bien sujeto a ciertas cargas, limitaciones o sustituciones. Por simplificar en nuestro ejemplo, imaginemos que la atribución de presente en favor del hijo Primus se refiere al pleno dominio de la finca "X". Se plantea quién tiene el poder de disposición, tanto a título oneroso como gratuito, sobre la misma:

- En principio si el instituido tiene el pleno dominio de la finca, parece lógico atribuirle de modo exclusivo la facultad de disposición<sup>28</sup>. Esto es, quien tiene el dominio tiene las facultades ínsitas en el mismo. Si otra cosa se pretendía los contratantes podían haberlo solucionado previéndolo expresamente, incluso con la reserva del señorío mayor a que se refiere el artículo 102 Comp. o cualquier otra modalidad sobre el ejercicio de las facultades dispositivas.

- Sin embargo el tema no es tan evidente. Parece al menos planteable la existencia en numerosos contratos sucesorios de un elemento de actuación en interés de la familia. En base a ello, viviendo el instituyente, ciertas decisiones se tomarían en común entre instituyente e instituido y quizás también las relativas a actos dispositivos.

Desde esta perspectiva habría fundamento para exigir disposición conjunta de instituyente e instituido al menos cuando tal disposición se verifica a título gratuito, o incluso a título oneroso cuando no obedezca a un estado de necesidad.

Tal cointitularidad dispositiva es la respuesta que para la disposición de bienes atribuidos de presente introduce el artículo 77 de la ley vasca. Ahora bien en Aragón tal solución precisaría apoyo legal por lo que debería ser introducida en una futura reforma de la Comp.

En cuanto a los actos transmisivos o de gravamen verificados en contra de las reglas establecidas se plantea cual ha de ser la sanción jurídica recayente sobre los mismos. Entiendo que será la invalidez propia del acto realizado por persona que carece de poder de disposición, sin perjuicio de la existencia de terceros protegidos.

## V.- ATRIBUCIONES DE BIENES EN VIRTUD DE PACTO SUCESORIO Y RESPONSABILIDAD POR DEUDAS.

a.- Atribución derivada de pacto con entrega de bienes de presente:

a.1. - En cuanto a los acreedores del instituyente. -

---

(28) En tal sentido Merino Hernández, op. cit. pags. 198-9.

- Si lo son en virtud de deudas anteriores a la transmisión pueden reclamar sobre tales bienes (es la solución del Código civil para las donaciones, artículos 642 y 643). El CS catalán, con buen criterio, exige - se entiende que a los acreedores- en su artículo 86 la previa excusión de los bienes o derechos que se hubiere reservado el heredante.

- Si la deuda del instituyente es posterior a la transmisión no cabría al acreedor reclamar sobre tales bienes.

a.2.- En cuanto los acreedores del instituido, sean anteriores o posteriores a la transmisión, pienso que pueden dirigirse contra tales bienes para el cobro de sus derechos. En efecto, tales bienes (o los derechos sobre los mismos que se hayan transmitido) están integrados en el patrimonio del instituido, que debe responder de conformidad con el principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1.911 CC).

Un tema de interés lo plantearía un conflicto entre el interés de los acreedores del instituyente y el de los del instituido sobre un mismo bien. Cabría plantear si aquéllos podrían hacer valer un modo de principio de separación de patrimonios en orden a tener preferencia de cobro; parece que la respuesta ha de ser positiva con el fin de beneficiar a los acreedores del instituyente que lo sean en virtud de deuda anterior a la atribución.

b.- Atribuciones derivadas de un pacto con eficacia "post mortem":

b.1.- Los acreedores del instituyente pueden perseguir tales bienes en todo momento de la vida de éste. Una vez fallecido el heredero adquiere los bienes y ha de hacer frente a tales créditos (los existentes contra el instituyente causante), si bien goza del beneficio legal de inventario (por aplicación del artículo 138 Comp.).

b.2.- En cuanto a los acreedores del instituido, la condición de heredero contractual, como dice la ley vasca en su artículo 78, es inalienable e inembargable. Una vez fallecido el instituyente, liquidada la herencia, y verificada la adquisición de los bienes por el heredero, podrán dirigirse contra tales bienes conforme a las reglas generales.

## VI.- LA EXTINCIÓN DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO Y EL DESTINO DE LAS ATRIBUCIONES DE PRESENTE.-

La institución contractual de heredero puede quedar extinguida por una pluralidad de causas: premoriencia del instituido careciendo de descendientes (artículo 105 Comp.), supuestos revocatorios del artículo 103 Comp., cumplimiento de la condición resolutoria impuesta por el instituyente, etc.

Si se produce la extinción de la condición de heredero y han existido atribuciones de presente en favor del mismo se plantea cuál es el destino de tales atribuciones: esto es, si forman parte del activo -o del caudal relicto- del heredero o bien si han de retornar al instituyente.

En mi opinión tales bienes deben revertir al instituyente ya que desaparece el título que habilitaba el dominio del instituido (lo que elimina la causa de la atribución). No obstante, y para clarificar el tema, sería oportuno que la ley previera expresamente esta reversión así como el procedimiento jurídico a través del cual se haría efectiva.

Puede plantearse el conflicto entre el derecho de reversión en favor del instituyente y el derecho del acreedor del instituido a cobrar sobre el bien a revertir en virtud de una deuda previa a la reversión. No tiene respuesta fácil, pero si se considera tal reversión

como una sucesión especial en favor del instituyente, se aplicaría el principio "primero es pagar que heredar" y correspondería la preferencia a los acreedores.

#### LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA.-

La fiducia sucesoria es una institución de enorme importancia práctica y sin duda la atribución de facultades fiduciarias es una de las cláusulas más frecuentes en los testamentos aragoneses, especialmente los mancomunados.

La presente institución ya fue objeto de estudio sistemático en este mismo Foro<sup>29</sup>. Ahora vamos a dar una perspectiva distinta: se trata de realizar una serie de propuestas en orden a fijar algunas de las líneas que podría seguir una futura reforma de nuestra Comp.

Son cinco los problemas que hemos escogido para el presente estudio.

#### I.- AMPLIACION DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN TENER LA CONDICION DE FIDUCIARIOS. -

A.- La Comp., en cuanto a quien puede ser fiduciario, admite dos posibilidades: la fiducia individual, en la que tal condición corresponde al cónyuge viudo, y la fiducia colectiva -mucho menos frecuente en la práctica-, que recae sobre dos o más parientes y al solo objeto de ordenar la sucesión de la casa en favor del beneficiario.

B.- La doctrina viene debatiendo si la Comp., en su redacción actual, permite que la fiducia individual pueda recaer en persona distinta del cónyuge. El propio Lacruz<sup>30</sup> plantea tal posibilidad en base a dos argumentos: en primer lugar uno de carácter más bien político, la restricción de la condición de fiduciario al cónyuge fue impuesta al prelegislador aragonés por la Comisión General de Codificación, y un segundo argumento de carácter jurídico, la invocación del principio "standum est chartae".

C.- Lo cierto es que los autores han venido pidiendo reiteradamente una ampliación de las personas que puedan tener la condición de fiduciario<sup>31</sup>.

Ahora bien, siendo cierto el acuerdo sobre la necesidad de ampliar las personas que pueden ser fiduciarios, las dudas pueden surgir al tiempo de construir el régimen jurídico aplicable a la nueva o nuevas modalidades resultantes. Vamos a realizar nuestras propuestas en relación a algunos de los posibles problemas:

##### 1.- Personas que podrían tener la condición de fiduciarios.-

1.1.- La primera cuestión es determinar qué personas pueden tener la condición de fiduciarios y en tal sentido son varias las alternativas que se nos ofrecen:

---

(29) Zubiri de Salinas, Primeros encuentros del Foro de Derecho aragonés, Edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1.992, págs. 75 y ss.

(30) Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón, Diputación General de Aragón, Vol. 1º, Edita Diputación General de Aragón, pag. 294.

(31) Además de la opinión de Lacruz Berdejo en la obra citada, ver en favor de tal ampliación a Latorre Martínez de Baroja, Comentarios a la Compilación aragonesa, Edersa, Tomo XXXIV, Vol 1, pag. 279; Merino Hernández, La Fiducia sucesoria en Aragón, Edita El Justicia de Aragón, 1.994, pág. 105 y ss; Zubiri Salinas, op. cit., pag. 80.

a.- Una primera ampliación podría ir orientada a incluir a la pareja de hecho entre las personas que pueden ser fiduciarios<sup>32</sup>.

b.- Una segunda posibilidad se centraría en permitir que cualquier pariente pueda ser designado para tal cargo; de este modo se amplían las personas que pueden ser fiduciarios, pero manteniendo el cargo dentro del ámbito familiar (hay ecos de esta idea en la actual fiducia colectiva).

c.- La tercera vía es permitir que cualquier persona pueda tener la condición de fiduciario.

Esta es, en mi opinión, la solución correcta. Cabe alegar en su defensa los siguientes argumentos:

- Como ya se ha dicho ésta era la idea propugnada por el pre-legislador aragonés. Así el artículo 51 del proyecto del Seminario señalaba que todo causante puede nombrar uno o varios fiduciarios comisarios que regulen su sucesión.

- La fiducia es un cargo de confianza, y quien debe apreciar, con libertad, que persona merece tal confianza es el propio causante. Se trata de una aplicación del principio de libertad civil, de tanto arraigo en nuestro Derecho.

- La favorable experiencia de los sistemas jurídicos navarro y vasco, en los que el testador elige como fiduciario la persona o personas que estime oportunas.

Por tanto cabe proponer lege ferenda que el testador o instituyente en pacto sucesorio no tenga limitaciones a la hora de determinar qué personas han de tener la condición de fiduciario o fiduciarios.

1.2.- Pero el tema no ha hecho sino empezar. Si se admite que puedan ingresar en el cargo de fiduciario personas distintas del cónyuge, el paso siguiente es determinar cuál es el régimen jurídico correspondiente a los nuevos fiduciarios. Habría que resolver, como mínimo, las cuestiones que pasamos a estudiar en los siguientes epígrafes.

## 2.- Facultades del fiduciario en orden a cumplir su encargo.

La Comp. asigna las máximas facultades al cónyuge viudo, ya que le permite nada menos que "ordenar la sucesión" del causante entre sus descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. Por contra si se trata de fiducia colectiva los parientes fiduciarios solo pueden ordenar la sucesión de la casa, también en favor de un descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado.

Se plantea la cuestión acerca de si las facultades del fiduciario han de ser distintas según la mayor o menor relación de parentesco que tenga con el causante.

La respuesta, en mi opinión, ha de ser negativa. Cualquiera que sea la persona designada como fiduciaria, el fiduciante ha de poder nombrarla con las máximas facultades, esto es ordenar su sucesión con respeto de las normas imperativas aplicables. Es el propio causante (testador o instituyente en contrato sucesorio) quien ha de ponderar qué grado de confianza le merece la persona designada; además si desea que las facultades del fiduciario queden reducidas siempre puede preservar así en su testamento (por ejemplo

---

(32) El principal problema es la prueba de una situación meramente fáctica: la unión de hecho, pero recordamos la existencia de trabajos legislativos encaminados a dotar de cierta publicidad a tal situación. Con tal fin cabría instrumentar un Registro público de parejas no casadas al que se accedería en virtud de la correspondiente escritura pública en la que los convivientes hiciesen constar la existencia de la unión.

limitando el ejercicio de las mismas en favor de sus hijos). Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las normas imperativas<sup>33</sup>.

En cuanto a las facultades del fiduciario en relación a la gestión del caudal relicto, remitimos a lo que se dirá más adelante.

### 3.- El plazo para el ejercicio de las facultades fiduciarias.

La Comp. no asigna plazo al cónyuge fiduciario, de modo que éste puede cumplir su encargo durante toda su vida, incluso mediante acto "mortis causa". Por contra el artículo 118 Comp. contiene una regla sobre fijación de plazo en fiducia colectiva.

Siempre desde la perspectiva de la futura reforma de la Comp. hay que determinar si, en defecto de previsión del causante, el plazo de ejecución de la fiducia debería ser el mismo con independencia de quién sea la persona del fiduciario:

- Si es el viudo quien ostenta el cargo de fiduciario la facultad debe continuar siendo vitalicia. De este modo se refuerza la figura del cónyuge superviviente, sobre todo si va acompañada del usufructo viudal universal con las correspondientes facultades de administración del caudal a que haremos referencia.

- Más dudosa es la solución tratándose de la pareja de hecho. Pienso que habiendo sólo hijos comunes existe el mismo fundamento para permitir que la duración del cargo sea vitalicia, en cuanto cabe presumir que el ejercicio de tales facultades se hará en favor de dichos hijos; existe en este caso la misma necesidad de reforzar la posición jurídica del superviviente que en el supuesto ya examinado del viudo.

- Si el fiduciario es un pariente o un extraño, considero que debe establecerse un límite temporal para el ejercicio de las facultades fiduciarias. Aquí no cabe hablar de reforzar vitaliciamente la figura del viudo, por lo que pierde cierto sentido la necesidad de mantener la incertidumbre sobre quienes serán herederos. Quizás en estos casos las facultades fiduciarias deberían terminar en un plazo (uno o varios años) a contar de la mayoría de edad o emancipación del menor de los hijos del causante o bien establecerse tal limitación temporal de acuerdo a otros criterios<sup>34</sup>.

### 4.- Prestación de garantías por el fiduciario.

La propia amplitud de las facultades del fiduciario aragonés plantea la conveniencia de que preste garantías sobre el adecuado ejercicio de su cargo.

a.- Si el fiduciario es el cónyuge viudo y éste goza, como es habitual, del usufructo viudal aragonés, la formalización de inventario u otras medidas de aseguramiento procedería, en su caso, en los términos de los artículos 80 a 82 Comp.<sup>35</sup>.

(33) La existencia de una legítima de dos tercios del caudal, aunque sea colectiva, supone una importante limitación al fiduciario en el supuesto en que existan legitimarios. Si -lege ferenda- se redujese tal legítima, quizás conviniere replantear el ámbito de las facultades del fiduciario en el supuesto de que éste fuese un extraño. No olvidemos la interrelación de las instituciones sucesorias entre sí, de modo que la modificación de una de ellas puede afectar a las restantes. De hecho la enorme importancia práctica de la fiducia en favor del cónyuge cuando existen descendientes es una reacción frente a la imposibilidad, derivada de nuestro sistema legitimario, de nombrar a tal cónyuge heredero universal.

(34) En una sucesión aragonesa los legitimarios tienen derecho a dos terceras partes de la herencia. Pues bien no olvidemos que la dilación en el ejercicio de las facultades fiduciarias puede retrasar el momento en que los legitimarios perciban lo que les corresponde. Mantener un equilibrio entre los intereses en juego obliga a no establecer en materia de fiducia plazos vitalicios fuera de los casos en que sea necesario -y tal necesidad existe cuando el fiduciario es el viudo, pero quizás no en otros casos-.

(35) Es frecuente que los testamentos dispensen al cónyuge usufructuario de la presentación de tales garantías.

b.- Ahora bien si el fiduciario lo fuere persona distinta del cónyuge usufructuario cabría plantear la conveniencia de imponerle la prestación de ciertas garantías legales, máxime si concedemos al fiduciario facultades de administración del caudal relicto. Parecería adecuado, en tal sentido, imponer la realización de un inventario notarial en un periodo de tiempo determinado, así como prever la sanción correspondiente al incumplimiento de tal obligación.

Por su parte la ley vasca de Derecho civil foral, en su artículo 36, impone al comisario la obligación de hacer un inventario de los bienes, en el plazo de seis meses a contar desde que, fallecido el causante, tuvo conocimiento de su designación.

#### **5. - Modalidades de actuación del fiduciario.**

En una futura reforma -tal idea es la que tenemos en mente a lo largo de toda la charla- no sólo debe permitirse que el causante pueda designar como fiduciario a la persona que estime oportuno: también debe permitírsele determinar si los fiduciarios han de ser uno o varios (los Derechos navarro y vasco admiten el nombramiento de uno o varios fiduciarios o comisarios).

La pluralidad de fiduciarios obliga a resolver varias cuestiones:

a.- Debe ser el fiduciante quien determine como se ha de ejercitar tales facultades. En tal sentido caben tres posibilidades: en forma mancomunada, solidaria o bien por acuerdo de la mayoría (esta última solución es la recogida en la Comp. Navarra, ley 283, salvo que los fiduciarios fueren los Parientes Mayores).

b.- Ha de determinarse si, en caso de fallecimiento, renuncia o incapacidad de alguno o algunos de los fiduciarios, procede cubrir la vacante o continuar con los restantes.

c.- Otra cuestión es determinar si, en caso de fiducia plural, ha de haber personas que necesariamente hayan de tener la condición de fiduciarios (quizás deba ser el caso del cónyuge viudo usufructuario universal).

#### **6. - Posible supresión de la actual regulación de la fiducia colectiva.**

Llegados a este punto, y si admitimos los presupuestos anteriores (ampliación de las personas que pueden ser fiduciarios, carácter singular o plural de los llamados, actuación en forma mancomunada, solidaria o por mayoría, a voluntad del fiduciante), pienso que cabe concluir que la actual fiducia colectiva, con todas sus limitaciones, carece de utilidad y habría que plantear su supresión.

Ahora bien si se considera que existe una práctica consuetudinaria en ciertos lugares favorable a su utilización, quizás convenga mantenerla para que el interesado pueda remitirse a la misma, gozando de la ventaja de contar con una regulación expresa (lo que siempre puede solucionar ciertos problemas prácticos).

#### **7.- Las personas que pueden ser beneficiadas por el fiduciario.**

El artículo 110 Comp. permite que el viudo fiduciario ejercite sus facultades en favor de los descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado del causante. Cabe plantear si convendría aumentar la libertad del fiduciario y permitirle, en defecto de previsión del causante y siempre respetando las legítimas, favorecer a cualquier persona. Nos limitamos a, de cara a una futura reforma, dejar abierto este interrogante.

## II.- EJERCICIO DE LAS FACULTADES FIDUCIARIAS POR EL CONYUGE VIUDO CUANDO LA COMUNIDAD CONYUGAL ESTA DISUELTA PERO NO LIQUIDADADA. -

En el caso en que el causante y el viudo fiduciario hubiesen estado casados bajo un régimen económico matrimonial de comunidad -normalmente el consorcio legal aragonés o sociedad tácita aragonesa-, el fallecimiento de aquél supone la disolución del mismo, quedando pendiente su liquidación<sup>36</sup>.

En tal estado de cosas hay que resolver dos cuestiones básicas:

1.- En primer lugar si el viudo fiduciario por si solo -esto es prescindiendo de los posibles herederos- puede liquidar la sociedad conyugal.

Entiendo que la respuesta ha de ser negativa. La atribución de facultades fiduciarias se refiere a la "ordenación de la sucesión" del causante; pues bien la liquidación del consorcio matrimonial es un acto previo y distinto de tal ordenación de la sucesión. Por otra parte resultaría evidente la existencia en esta liquidación de un conflicto de intereses entre el viudo fiduciario y los posibles herederos<sup>37</sup>.

2.- Tal respuesta nos lleva a la segunda cuestión. Si el consorcio matrimonial está liquidado se despejan las dudas: es evidente que las facultades fiduciarias del viudo se circunscriben a los bienes que integran el caudal relicto. Ahora bien en los casos en que aún no está liquidado tal consorcio matrimonial ¿puede el viudo ejercitar sus facultades fiduciarias?

De nuevo, para razonar sobre esta cuestión, acudiremos a un ejemplo: el viudo fiduciario, alegando su condición de tal, atribuye en ejecución de fiducia a uno de los hijos el pleno dominio de una finca que forma parte del consorcio disuelto y no liquidado.

Para valorar tal actuación, primero hemos de comprender ante qué tipo de actuación nos encontramos. Caben dos posibilidades:

a.- Entender que el viudo está realizando un acto de doble trascendencia: por una parte ejecuta la fiducia y por otra, simultáneamente, dona (con lo que se empobrece). En términos no jurídicos sino económicos diríamos que en cuanto a una mitad el beneficiario recibe mortis causa del causante y en cuanto a otra mitad lo hace a título de donación del viudo<sup>38</sup>.

En este caso el bien pasa directamente de la comunidad matrimonial disuelta al patrimonio del beneficiario y ello en virtud de un acto realizado por quien tiene el pleno

(36) Prescindimos del caso en que se den los presupuestos previstos para la existencia de una comunidad conyugal continuada del artículo 60 y ss. Comp.

(37) Ni siquiera considero admisible la liquidación unilateral más sencilla: atribuir al caudal relicto la mitad indivisa de cada bien consorcial, correspondiendo al viudo la otra mitad indivisa. Tal respuesta tiene un triple fundamento:

- Tal liquidación no es irrelevante jurídicamente: supone transformar una comunidad germánica en una comunidad romana con cuotas, lo que supone una alteración notable en el derecho de propiedad. Además si se considera que el pro indiviso es una situación jurídicamente poco propicia (por ello existe una regulación tan generosa de la acción de división) resultaría que con esta solución el viudo está imponiendo, unilateralmente, a los posibles herederos no una sino tantas comunidades como cosas concretas integran el consorcio disuelto.

- La fijación del inventario de cosas consorciales no debe hacerlo unilateralmente el viudo. En determinados supuestos pueden existir dudas que se han de resolver conjuntamente con la otra parte: sobre todo a la hora de fijar los reintegros entre patrimonios o bien para determinar la titularidad de ciertas cosas muebles.

- Además la actuación del viudo puede no ser neutra: así si ejercita su derecho de ventajas (artículo 57 Comp) o hace valer un derecho de adjudicación preferente, lo que puede obligar a fijar derechos de compensación (artículo 58.2). El tema, como se ve, no es sencillo.

(38) La comunidad matrimonial disuelta y no liquidada puede equiparse a una comunidad germánica. Por ello no cabe hablar de mitades indivisas en relación a un bien concreto que la integre.

poder de disposición sobre aquella masa patrimonial. Como el tránsito es directo, sin un trámite previo especificativo de los derechos del caudal relicto y del haber del cónyuge, no se precisa previa liquidación. Es similar al supuesto en que los cotitulares de la comunidad hereditaria transmiten un bien a un tercero sin liquidar la misma (esta referencia es especialmente oportuno dada la remisión del artículo 113 Comp.).

Desde la perspectiva registral se produciría un supuesto de tracto abreviado. Por cierto desde dicha perspectiva quizás conviniese introducir como causa de la adquisición o título sustantivo para inscribir tal atribución, el título de fiducia.

En este supuesto pienso que la atribución descrita en nuestro ejemplo parece posible sin necesidad de la previa liquidación del consorcio matrimonial.

b.- Ahora bien cabe que, siguiendo con dicho ejemplo, lo que el viudo pretenda al atribuir la finca sea ejecutar la fiducia, pero no donar lo suyo. Se entendería que el bien adjudicado al beneficiario lo es con cargo al caudal relicto, no al haber del viudo que mantendría íntegro su derecho sobre el consorcio matrimonial disuelto.

Esta segunda modalidad es la que entiendo no es admisible, por las siguientes razones:

- Las facultades fiduciarias únicamente recaen sobre el caudal relicto; pues bien, tal caudal sólo puede determinarse previa liquidación de la comunidad conyugal.

- Si se recibe del viudo fiduciario, estamos ante una donación i.v.; si se recibe en ejecución de fiducia, el beneficiario -vía fiducia- recibe del causante a título m.c. Pues bien, para conocer la causa de la atribución (si es donandi o es hereditaria) se precisa la previa liquidación que defina los respectivos patrimonios (caudal relicto por el premuerto, haber adjudicado al supérstite).

- La atribución realizada por el fiduciario de un bien del consorcio disuelto implicaría una liquidación parcial del mismo. Si calificamos el consorcio legal aragonés, incluso aunque esté disuelto, como una comunidad germánica ésta sólo puede liquidarse de modo total.

- En base a las razones señaladas la inscripción en Registro de la Propiedad de tal atribución plantea problemas tanto desde la perspectiva del principio de especialidad (identificando debidamente la causa de la atribución) como del cumplimiento del tracto sucesivo.

c.- El tema de la necesidad o no de previa liquidación para que el fiduciario pueda asignar bienes pertenecientes al consorcio matrimonial disuelto ya ha sido tratado por nuestro Tribunal Superior de Justicia de Aragón en virtud de auto 3-October-89, resolviendo un recurso gubernativo contra una calificación registral.

En dicho auto se entendió que en el supuesto debatido no era precisa la previa liquidación. Ahora bien en el caso concreto comparecía la viuda y los dos hijos comunes, y se disponía de todos los bienes. Por ello no soluciona el problema cuando comparece sólo alguno de los posibles beneficiarios y la asignación solo se refiere a parte de los bienes. En estos casos la solución pienso que debe seguir las líneas apuntadas con anterioridad.

### III. - LA ADMINISTRACION DE LA HERENCIA EN SITUACION DE PENDENCIA.-

La Comp., en su artículo 113, nos dice que la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria. La doctrina, con razón, ha criticado este precepto<sup>39</sup>. Dos son las principales objeciones:

- El artículo remite a la comunidad hereditaria, pero ésta no se regula en nuestra Comp. En cuanto al Código civil, que es norma de aplicación subsidiaria en los términos del art. 1.2 Comp., no contiene una regulación sistemática de la misma sino sólo referencias ocasionales. La remisión pierde, por tanto, buena parte de su eficacia.

- La comunidad hereditaria está formada por una pluralidad de herederos. En la situación de pendencia que estudiamos, todavía no hay llamamientos ni se sabe quienes serán los herederos. De ahí la dificultad de aplicar las normas sobre comunidad hereditaria a una situación en la que puede aún no haber herederos.

A continuación vamos a apuntar algunos criterios que el legislador podría tener presente para solucionar los diversos problemas que plantea la administración de la herencia durante esta fase.

#### 1. - Las facultades de administración durante la situación de pendencia.

a.- Comenzaremos acudiendo a la reciente ley vasca de Derecho civil foral. Ésta, en su artículo 40, asigna la representación y administración del caudal por este orden sucesivo: administrador testamentario, cónyuge viudo, comisario.

El esquema es razonable y podría ser introducido en el Derecho aragonés, con dos matizaciones: una, quizás convendría diferenciar entre facultades de administración y facultades de disposición; dos, en el Derecho aragonés si existe viudo usufructuario toda solución legal ha de respetar sus facultades de administración.

b.- Ideas sobre una posible reforma. Retomando lo apuntado en los dos párrafos anteriores se podrían establecer las siguientes reglas sobre administración del caudal durante la fase que estudiamos:

- Si existe viudo usufructuario le corresponderán las facultades de administración, ya que tales facultades pertenecen al usufructuario por la propia naturaleza de su derecho. El testador no podrá dictar instrucciones en contra, ni nombrar un administrador que limite las facultades de administración del viudo usufructuario (aunque sí puede atribuirle facultades dispositivas en los términos que se dirá).

- En defecto de viudo usufructuario administrará la persona designada por el fiduciante con tal fin: en este caso el administrador testamentario puede tener las facultades de administración.

- Si no existiese tal administrador, cabe asignar tales facultades al viudo no usufructuario (para reforzar su situación, tal y como prevé la ley vasca) o bien directamente al propio fiduciario.

#### 2. - Las facultades dispositivas durante la situación de pendencia.

El tema es ciertamente más complejo. Se trata de determinar a quien corresponde, durante esta fase de pendencia, el poder de disposición sobre los bienes integrantes del caudal relicto.

---

(39) Así, entre otros, Merino Hernández, La fiducia..., op. cit., pags. 170 y ss.

Hay que comenzar la exposición de la materia realizando una precisión: una cosa es ejecutar la fiducia asignando un bien a uno de los beneficiarios (en cuyo caso se está ordenando la sucesión del causante), y otra distinta que los titulares del poder de disposición sobre el caudal transmitan el bien a una persona. En el primer caso estamos ante una mera ejecución de la fiducia. En el segundo caso estamos disponiendo de un bien integrante del caudal relicto y en situación de pendencia. Ahora nos estamos refiriendo a este segundo supuesto.

### 2.1. - Quién detenta el poder de disposición.

En base a lo dispuesto por la Compilación cabe establecer lo siguiente:

- En primer lugar habrá que estar a lo dispuesto por el causante que puede atribuir las facultades dispositivas del modo que estime oportuno, siempre respetando las normas imperativas<sup>40</sup>.

Si existe usufructo viudal el administrador debe concurrir con el usufructuario para transmitir la plena propiedad de un bien integrado en el caudal relicto (ver artículo 83 Comp.).

- En defecto de administrador testamentario, y a la vista del actual artículo 113 Comp., Merino Hernández considera, con razón, que la facultad de disposición corresponde a los "presuntos herederos"<sup>41</sup>. La solución puede ser poco ágil ya que dicho concepto incluye todos los posibles beneficiarios, así como los llamados en segundo lugar para el supuesto de no ejercicio de la fiducia. La situación se complica si entre los posibles beneficiarios (que es frecuente lo sean todos "los hijos o descendientes") existen menores o incapacitados, y hay que cumplimentar las reglas sobre suplicia o complemento de capacidad.

### 2.2. - Ideas sobre una posible reforma.

El punto de partida es considerar que el fiduciario, en principio, lo que tiene que hacer es ejecutar la fiducia, ordenando la sucesión del causante y atribuyendo los bienes a quienes designe herederos y legatarios. Por tanto la finalidad del cargo del fiduciario no es enajenar los bienes del caudal a terceros (como si fuere una fiducia de realización) sino asignarlos a los beneficiarios.

Lo que ocurre es que dado el plazo de duración de la fiducia, que en el caso del viudo puede ser incluso vitalicio, puede surgir a lo largo del mismo la necesidad de enajenar bienes del caudal para cumplir ciertas obligaciones. Precisamente las disposiciones que tengan como fin cumplir tales obligaciones, a diferencia de las que tengan otro objeto, han de quedar facilitadas.

En base a lo anterior quizás procedería realizar el siguiente planteamiento: uno, restringir a estos efectos el concepto de acto dispositivo; dos, diferenciar según la enajenación tenga o no por objeto el cumplimiento de una obligación legal o testamentaria.

#### a. - Restricción del concepto de acto de administración.

Tal y como se ha señalado, las normas sobre disposición de los bienes en la fase de

(40) Si existen legitimarios la atribución de facultades dispositivas por el causante solo puede recaer sobre el tercio de libre disposición o bien dentro del marco del artículo 125 Comp.

En efecto los legitimarios tienen derecho a recibir bienes de la herencia dos tercios de dicho caudal (la legítima aragonesa es "pars bonorum"). Cualquier otra solución precisa unánime de los legitimarios (que lo son todos los descendientes), si procede con el consiguiente complemento de capacidad.

(41) La Fiducia..., op. cit., pag. 177 y ss.

fiducia no ejecutada pueden resultar poco ágiles, de modo que se dificulte el tráfico jurídico.

Por ello conviene incluir en el ámbito de las facultades de administración un conjunto de actos de notable importancia práctica: enajenación de unos valores mobiliarios ante un grave riesgo de depreciación; disposición de frutos percederos; obtención de rendimiento a la cosa concertando un arrendamiento breve sin prórroga forzosa.

Tales actos y otros similares, a estos efectos, deben incluirse dentro de una administración dinámica y quedar al margen de los requisitos exigidos para disponer <sup>42</sup>.

Por supuesto el administrador responde de su actuación como tal de conformidad con las normas generales.

b.- Distinción del régimen jurídico de los actos dispositivos en atención a la finalidad perseguida por los mismos.

Hemos comentado que procede distinguir dos supuestos distintos:

b.1.- Acto dispositivo hecho con finalidad de cumplir obligaciones legales u obligaciones testamentarias de carácter lícito.

Se trataría de obtener fondos para, por ejemplo, pagar deudas hereditarias, satisfacer impuestos o abonar legados en metálico cuando no lo haya en la herencia, e incluso quizás para satisfacer derecho de alimentos a los posibles beneficiarios que estén en situación de necesidad.

También se incluirían en este bloque de supuestos las enajenaciones de carácter forzoso, como son las derivadas de procedimientos de carácter ejecutivo o del ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración.

La legitimación para disponer (o para personarse en el procedimiento de ejecución o trámite expropiatorio de que se trate) debería corresponder, en defecto de previsión del causante al respecto, al propio fiduciario, en su caso con el consentimiento del viudo

(42) Podemos en este lugar hacer una brevísima referencia a ciertos supuestos de interés.

Se trata más bien de plantear problemas que de resolverlos:

a.- Si dentro del caudal en situación de pendencia se encuentra un derecho de suscripción preferente, entiendo que su ejercicio se somete a las reglas del acto de administración tanto si se verifica con fondos del caudal relicto como incluso en caso contrario.

Si se solicita un préstamo para allegar fondos que posibiliten el ejercicio de tal derecho de suscripción el caudal relicto no responderá del mismo ya que carece de personalidad jurídica; la responsabilidad recaerá en la persona que firma como prestatario, en su caso el administrador del caudal. En este supuesto el administrador podrá repetir contra el caudal por el importe de dichos fondos, ya que los títulos adquiridos con el ejercicio de tal derecho se integrarán en el caudal en situación de pendencia.

b.- Imaginemos ahora que lo que se integra en el caudal en situación de pendencia es un derecho de opción, cuyo plazo de ejercicio está a punto de caducar.

En mi opinión el ejercicio de la opción es un acto de naturaleza dispositiva. Por ello se precisa el consentimiento de todos los "presuntos herederos", para lo que puede ser preciso el transcurso de un lapso de tiempo excesivo, de modo que cuando se hayan recabado todos los consentimientos la opción ya haya caducado; además la oposición de uno de ellos impedirá el ejercicio de la opción.

Pero en la práctica cabría solucionar ambos problemas (caducidad del derecho por transcurso del plazo, oposición de un heredero) de la siguiente manera: que el fiduciario asigne el derecho de opción, como reparto de herencia, a un beneficiario concreto (o a todos los posibles beneficiarios interesados), a título de legado, y que éste a su vez ejercite la opción con fondos propios y adquiera la cosa para sí.

c.- Imaginemos un tercer caso. Se vende una finca colindante con otra integrante del caudal relicto e interesa ejercitar el derecho de retracto (damos por supuesto que se dan los requisitos para el mismo; recordemos que el plazo es tan solo de nueve días a contar de la inscripción en el Registro de la Propiedad).

El ejercicio del retracto es un acto dispositivo, por lo que se plantean problemas análogos a los examinados para el supuesto de opción.

Si se ejercita tal derecho por quien o quienes tengan la facultad dispositiva sobre el caudal relicto pienso que la cosa adquirida ingresará el caudal relicto vía subrogación real.

usufructuario (en su doble carácter de titular de un derecho real limitado y de administrador nato del caudal).

El fiduciario, por tanto, debería tener facultades dispositivas pero sólo en la forma limitada que acabamos de decir.

b.2. - Acto dispositivo realizados con finalidad distinta.

Dada la finalidad de la fiducia, tales disposiciones no han de ser frecuentes.

Pienso que, en estos casos, se ha de mantener la solución actual de modo que para realizar tal acto dispositivo sea necesario que presten el consentimiento todos los "presuntos herederos"<sup>43</sup>. Lo que quizás sería recomendable es restringir tal concepto: por ejemplo que la referencia a hijos y descendientes se entienda comprensiva únicamente de los descendientes de primer grado y de aquellos sin mediación de persona capaz de heredar.

2.3. - Acto dispositivo y subrogación real.

La doctrina se ha planteado si, en caso de enajenación de un bien que forma parte del caudal no repartido, debe operar la subrogación real respecto a la contraprestación.

Para responder a este interrogante pienso hay que diferenciar entre los dos tipos de actos dispositivos a que hemos hecho referencia:

- Si el acto dispositivo tiene como fin posibilitar pago de deudas, impuestos y atenciones similares -en general cumplimiento de obligaciones-, la contraprestación se consume en satisfacerlas y, lógicamente, no es posible la subrogación.

- En los restantes casos si la contraprestación es en metálico cabría una subrogación no en la cosa -real- sino en el valor; si tal contraprestación lo es una cosa -así en el supuesto de permuta- sería posible una auténtica subrogación real (con apoyo en el artículo 83 Comp).

2.4.- El destino de los frutos.

Se plantea a quien corresponden los frutos devengados por los bienes integrantes del caudal relicto. Tales frutos, aunque se devenguen con posterioridad al fallecimiento del fiduciante, se integran en el caudal ya que no pueden atribuirse a los herederos a título propio, por la sencilla razón de que todavía puede no saberse quienes son tales herederos.

Por tanto el fiduciario podrá ejercitar sus facultades fiduciarias sobre tales frutos.

#### IV.- EL TITULO DE LA ATRIBUCION PATRIMONIAL EN CASO DE ADJUDICACION FIDUCIARIA DE COSA CONCRETA.-

Hay que determinar la causa en la asignación fiduciaria realizada en virtud de un acto inter vivos.

De nuevo acudiremos a un ejemplo: el fiduciario, por acto i.v. y en ejecución de fiducia, atribuye al hijo mayor Primus el pleno dominio de una finca que fue privativa del

(43) Cabe plantear si la prestación de consentimiento para enajenar por parte del "presunto heredero" implica aceptación de la herencia. La respuesta, pienso, ha de ser negativa ya que tal prestación de consentimiento la hace no como llamado a la herencia, como acto que solo cabe realizar en cuanto se es heredero, sino por el contrario como titular de una mera expectativa.

causante. ¿Qué causa tiene tal atribución patrimonial?.

1.- Una primera opinión doctrinal considera que nos encontramos ante un supuesto de donación <sup>44</sup>.

Por tanto parece desprenderse de tal calificación que el beneficiario adquiere la cosa del fiduciario y además a título inter vivos.

Si se califica tal acto como donación, la atribución verificada queda sujeta a las normas sobre revocación de donaciones del Código civil, en la medida en que lo permita la naturaleza de las instituciones en juego.

2.- Por mi parte pienso que en el supuesto que hemos tomado como ejemplo no cabe hablar de donación inter vivos: en el ejemplo señalado el beneficiario adquiere no del fiduciario sino del fiduciante y no a título i.v. (como donatario) sino mortis causa, a título de legado o de heredero ex re certa (si se admite la figura) <sup>45</sup>.

El fiduciario cuando asigna la cosa en acto i.v. no dona sino que lega o instituye heredero en el caudal de otro.

Son varias las posibles consecuencias que se derivan de tal calificación:

a.- El beneficiario adquiere del causante, por lo que las causas de indignidad se refieren, en principio, a las relaciones causante-beneficiario.

b.- La reglas sobre capacidad del adquirente y aceptación de la atribución deben ser las de las adquisiciones mortis causa, no las de la donación.

c.- En caso de inoficiosidad, lo adjudicado recibe el trato de legado de modo que se reduce antes que las auténticas donaciones i.v. (ver artículo 820 CC).

d.- Fiscalmente se aplican las reducciones en la base liquidable previstas para adquisiciones m.c.

Por tanto no se aplican las normas sobre revocación de donaciones. Otro tema distinto es que "lege ferenda" fuese conveniente que las relaciones entre fiduciario y beneficiado tuviesen repercusión sobre la atribución hecha en ejecución de fiducia; por ejemplo, que la ingratitud del beneficiario frente al fiduciario debiera ser causa de revocación de la atribución en ejecución de fiducia.

## V. - LAS CAUSAS DE EXTINCION DE LA FIDUCIA.

La Comp. apenas se ocupa de las causas de extinción de la fiducia (hay una referencia a algunas de ellas en el artículo 110.3). Se puede hablar de una laguna legal en esta materia, lo que hace necesario que se aborde una regulación sistemática de tal materia <sup>46</sup>.

Vamos a estudiar las posibles causas de extinción de la fiducia desde la perspectiva de una posible reforma de la Comp. Para ello vamos a agruparlas según los siguientes criterios:

---

(44) Merino Hernández, La Fiducia..., op. cit., pag. 142 y ss.

(45) Incluso los donatarios a que se refiere el artículo 101 Comp. son herederos o legatarios en virtud de pacto sucesorio, y no donatarios inter vivos.

(46) Por contra el artículo 48 de la ley vasca contiene una enumeración completa de las causas de extinción del poder testatorio.

### 1.- Causas dependientes de la voluntad del fiduciante

- a.- Transcurso del plazo fijado por el comitente. Se admite sin mayor problema.
- b.- Cumplimiento de la condición resolutoria recayente sobre el nombramiento y, en general, si se da alguna de las causas de extinción impuestas por el fiduciante.
- c.- La fiducia no nacerá en caso de revocación del testamento o contrato sucesorio en que se contiene el nombramiento.

### 2.- Causas relativas a las circunstancias personales del fiduciario

- a. - La muerte o declaración de fallecimiento del fiduciario.
- b.- La incapacidad originaria del fiduciario impide el nacimiento de la fiducia. La sobrevenida, dice el artículo 48.2 de la ley vasca, la extingue.

No olvidemos que la sentencia que declare la incapacitación puede prever el ámbito de la misma, y por tanto determinar qué ocurre con el cargo de fiduciario.

El citado precepto de la ley vasca recoge como causa de extinción del poder testatorio la imposibilidad del comisario. El concepto "imposibilidad" es impreciso y puede ser de difícil prueba. Merino Hernández propone que, en una futura reforma, se plantee como causa de extinción de la fiducia <sup>47</sup>.

En mi opinión la imposibilidad, si es meramente temporal, solo debe ser una causa de suspensión de la fiducia. De este modo si cesa la causa de imposibilidad y no se ha ultimado la ordenación de la sucesión del causante, el fiduciario podría continuar con su encargo <sup>48</sup>.

La declaración de ausencia no se menciona en ningún texto como causa de extinción de la fiducia. Pienso que podría encontrar acomodo en el concepto "imposibilidad" del fiduciario.

- c.- Si el fiduciario incurre para con el causante en causa de indignidad sucesoria.

El artículo 48.6 de la ley vasca incluye además la causa de indignidad cometida por el comisario en relación a los descendientes <sup>49</sup>.

### 3. - Causas concernientes al estado civil del cónyuge viudo fiduciario.

- a.- Contraer nuevas nupcias, salvo disposición en contra del causante.

Se plantea la conveniencia de incluir como causa de extinción de la fiducia llevar el

(47) La Fiducia..., op. cit., pag. 196.

(48) De este modo, en hipótesis, cabría hablar de tres y no dos posibilidades en relación a la ineficacia de la fiducia:

- El no nacimiento de la misma (por ejemplo cuando se revoca el testamento que contiene el nombramiento).
- La extinción de la fiducia: así ocurre cuando fallece el fiduciario.
- La suspensión de su eficacia: si cesa la causa de imposibilidad y continua pendiente la ordenación de la sucesión del causante.

Quede apuntado como mera posibilidad. Por supuesto si durante el intervalo en que el cargo de fiduciario está en suspenso se verifica, por ejemplo, la partición ab intestado ya no se produciría la recuperación de las facultades fiduciarias, que habrían quedado extinguidas.

(49) No veo acertado que en el Derecho aragonés se incluya tal causa respecto a todos los "presuntos herederos", dada la amplitud que puede tener este concepto. Podría llevar demasiado lejos el alcance de esta causa de extinción.

viudo fiduciario vida marital de hecho. Pienso que la respuesta debe ser positiva, salvo que el fiduciante la excluya como causa de extinción de la fiducia.

b.- La separación, nulidad o divorcio entre fiduciante y fiduciario es causa de extinción de la fiducia (artículo 110.3 Comp.). Son varios los temas de interés que se plantean en relación a esta causa:

b.1.- Nuestra Comp. considera causa de extinción la sentencia firme que declara la nulidad, separación o divorcio. Lege ferenda hay que plantear si el efecto extintivo lo debería producir la mera interposición de la demanda (como ocurre en la ley vasca, artículo 48.3) o bien si conviene mantener la solución actual y exigir sentencia firme.

- En favor de exigir sentencia firme cabe argüir que solo ésta nos da seguridad de la existencia de la causa de nulidad, separación o divorcio alegada.

- Pero creo más oportuno considerar que la extinción de la fiducia debería producirse con la mera presentación de la demanda. Puede que la causa de separación, nulidad o divorcio que se alega no sea cierta, pero la presentación de tal demanda ya supone una pérdida de confianza en el otro cónyuge, muy posiblemente con independencia del resultado del pleito.

Además, de esta forma, se evitan los problemas interpretatorios sobre la posibilidad de que los herederos puedan o no continuar el proceso correspondiente.

b.2.- Un segundo problema conectado con esta causa de extinción. Hay que determinar, en caso de separación judicial, si la reconciliación de los cónyuges hace revivir la fiducia. El tema es dudoso:

- En favor de que la fiducia reviva como consecuencia de la reconciliación cabe señalar que se ha restaurado su fundamento, la recíproca confianza entre los cónyuges.

- Por contra, si se equipara la fiducia al poder testatorio, el artículo 102.2 CC prevé que la mera interposición de la demanda produzca la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro.

En una futura reforma debería quedar expresamente resuelto por el legislador.

b.3.- Hay que determinar si la separación de hecho debe o no ser causa extintiva de la fiducia<sup>50</sup>.

Pienso que, en este caso, es dudoso entender que se mantiene la recíproca confianza entre los cónyuges. El legislador debe solucionarlo expresamente.

#### 4. - La voluntad del fiduciario: su renuncia en caso de fiducia individual.

Merino Hernández considera que la renuncia del fiduciario debe constar en escritura pública, por aplicación del artículo 111 Comp.<sup>51</sup>.

El cargo es voluntario para el fiduciario, y lo es también su renuncia. No cabe hablar de daños ocasionados por la misma (no se aplica la doctrina de los artículos 1.736 y 1.737 del Código Civil). Otra cosa es que el causante establezca tal renuncia como causa

(50) Pienso que el tratamiento sistemático de los efectos jurídicos de la separación de hecho es, quizás, uno de los temas que debiera abordar el legislador con carácter general en una eventual modificación del texto compilado.

Pienso que debería dar una mayor relevancia jurídica a la separación de hecho que conste debidamente acreditada: así en instituciones como el derecho expectante de viudedad o en la propia fiducia sucesoria.

(51) La Fiducia..., op. cit., pag. 197.

resolutoria de las atribuciones hereditarias hechas en favor del fiduciario.

#### 5. - Tener el viudo fiduciario un hijo no matrimonial.

Merino Hernández nos dice que ya la Comisión de Juristas que realizó el Anteproyecto de la ley 21-Mayo-85, de reforma de la Comp. aragonesa, estimó que no se precisaba incluirla como causa de extinción ya que, para evitar el problema, el fiduciante podía tomar la precaución de imponer que los únicos beneficiarios fueran sus hijos o descendientes comunes del matrimonio<sup>52</sup>.

La ley vasca, por su parte, la recoge como causa de extinción del poder testatorio -ver artículo 48.4.-

### LEGÍTIMA ARAGONESA.-

#### I. - PRESENTACION DEL TEMA. -

La legítima es un límite a la libertad del testador. Todo estudio de la regulación de las legítimas en el Derecho sucesorio aragonés exige una primera reflexión sobre un tema de política legislativa: cuál es el alcance que ha de tener el principio de libertad de testar en nuestro ordenamiento jurídico.

Un planteamiento que no esté exclusivamente orientado a las necesidades a corto plazo necesariamente ha de plantearse una pluralidad de vías:

- 1.- La primera solución posible es, sencillamente, instaurar la plena libertad de testar.
- 2.- Otra posibilidad consistiría en mantener los principios de la regulación actual, reformando únicamente determinadas deficiencias técnicas, ya identificadas por la doctrina y la práctica.
- 3.- La tercera vía de reforma, propugnada entre nosotros por Adolfo Calatayud Sierra<sup>53</sup>, se asienta -en apretado resumen- sobre las siguientes ideas:
  - a.- Suprimir la legítima material, quizás manteniéndola únicamente en relación a los bienes troncales.
  - b.- Mantenimiento del derecho de alimentos a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante sin mediación de persona capaz de heredar. Ahora bien tal derecho de alimentos -continúa este autor- debería configurarse no como lo está actualmente sino de acuerdo a otros criterios, ciertamente novedosos:

- Deben conceptuarse como alimentos prestados del ascendiente al descendiente, aunque no exista tal relación de parentesco entre alimentante y alimentista.

-No debe exigirse que la situación de necesidad del alimentista derive directamente de la distribución de la herencia.

- Tal derecho deberá satisfacerse no a través de la convivencia entre ambas partes sino mediante una pensión, salvo que, por supuesto, acuerden otra cosa.

- Se fija un límite global máximo a tal derecho, teniendo presentes diversos criterios.

(52) La Fiducia..., op. cit., pag. 194. Legítima aragonesa.-

(53) Terceros Encuentros del Foro, Edita el Justicia de Aragón, 1.994, pag. 53 y ss.

-El transcurso de cierto plazo es causa de extinción del derecho, pero no lo es el fallecimiento del obligado.

4.- Una cuarta posibilidad nos la suministra Merino Hernández<sup>54</sup>. El punto de partida es el deseo de los cónyuges, frecuentemente constatado en la práctica, de instituirse recíprocamente herederos, y que sólo después de fallecer ambos corresponda la herencia a los hijos.

Para posibilitar tal aspiración propone admitir la imposición de gravámenes sobre la legítima pero precisamente en beneficio del cónyuge viudo. En concreto se trata de permitir una sustitución fideicomisaria de residuo, en la que el cónyuge viudo resultara llamado de primer grado, siendo los descendientes los herederos fideicomisarios, o segundos llamados.

5 - Una última propuesta combinaría una reducción de la legítima material aragonesa con una alteración de su naturaleza jurídica, de modo que se conceptuara ya no como "pars bonorum" sino como "pars valoris" (un derecho de crédito del legitimario). Tal solución favorecería el tráfico jurídico y potenciaría la libertad de testar, pero es dudosa su compatibilidad con nuestra tradición histórica.

Hemos presentado algunas de las ideas aportadas en el debate sobre el principio de libertad de testar. Con independencia del resultado a medio o largo plazo que resulte de tales reflexiones no podemos ignorar que la Comp. actual adolece de ciertas deficiencias técnicas que justifican los oportunos retoques legislativos. Vamos a reflexionar sobre algunas de ellas.

## II. - LA DEFINICIÓN DE PRETERICIÓN.

Dado nuestro sistema de legítima colectiva, en Derecho aragonés la preterición solo se produce cuando un legitimario queda excluido de la sucesión de un modo que vulnere su legítima formal. El problema se plantea a la hora de determinar cuándo un legitimario queda excluido de la sucesión de modo válido o por el contrario en forma inválida (en cuyo caso aparece la preterición).

La Comp. complica la respuesta al describir la preterición en dos sedes distintas. En el artículo 120 se limita a pedir que el legitimario sea nombrado o mencionado en el testamento que lo excluya. El artículo 122 -referente a la preterición total- añade algo más: habla de preterición como falta de mención formal en el testamento.

Pienso que la perspectiva de este último precepto es equivocada. Se trata, exclusivamente, de que exista una declaración de conocimiento de la existencia de los hijos realizada en forma suficiente para su identificación<sup>55</sup>. Para ello se precisa una mención suficiente -que demuestre que el testador conoce al legitimario-, pero no formal -que tenga que demostrarlo de una determinada manera, en determinado lugar del testamento, o empleando ciertas palabras-.

Se trata de instaurar una normativa que excluya la conveniencia de realizar atribuciones meramente formales, entre otras el frecuente legado de cien pesetas (u otra cantidad simbólica) en favor del legitimario que se quiere apartar.

(54) Comentarios Edersa, Tomo XXXIV, Vol 2º, pag. 67.

(55) Ver el estudio de Bellod Fernández de Palencia sobre la S. Tribunal Superior de Justicia de Aragón 30 de Septiembre 93, en RCDI número 622, pag. 1629.

En efecto tales legados simbólicos, o formales, provocan distorsiones en el normal funcionamiento de nuestro Derecho sucesorio:

- Podría plantear la duda acerca de si es preciso hacer una atribución patrimonial, siquiera simbólica, para excluir correctamente a un legitimario. La respuesta es rotundamente negativa: en Aragón la preterición tiene carácter enunciativo y no dispositivo.

- El preterido singularmente tiene derecho a una porción del caudal igual a la del legitimario menos favorecido. Pues bien tales atribuciones de veinte duros plantean la duda de si cabe considerar como legitimario menos favorecido a quién recibe este legado simbólico o bien si hay que tener presente para este cálculo sólo a los que reciben verdaderas atribuciones.

- El presente "legado" plantea problemas en relación al artículo 141 Comp. Volveremos sobre este punto más adelante.

En resumen: El legado de cien pesetas ni es legado ni atribuye cien pesetas<sup>56</sup>.

Retomemos el artículo 122 Comp. Este precepto, en lo que respecta al concepto de preterición que nos ofrece, es susceptible de ulteriores críticas; nos habla de "la preterición, o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios...". Tal descripción merece los siguientes reparos:

- Ya hemos señalado los motivos por los que el término "formal" es criticable. Nos remitimos a ello.

- "En el testamento". En primer lugar cabe la mención -y la preterición- en el contrato sucesorio; además un legitimario puede no estar apartado o excluido en el testamento y pese a ello no estar preterido: por haber recibido liberalidades no usuales o haber estudiado carrera, artículo 126.1 Comp., por haber recibido donaciones en vida o estar favorecido en la sucesión ab intestato.

- "De todos los legitimarios". Para que exista preterición total no es preciso que el olvido afecte a todos los legitimarios sino a los de primer grado y a aquéllos sin mediación de persona para heredar.

En cuanto a la definición de la preterición hay que concluir propugnando que se purifique su concepto de formalismos innecesarios, de modo que prevalezca la lícita voluntad del testador o instituyente en pacto sucesorio sobre el cumplimiento de requisitos formalistas poco justificables. La propia idea de "legítima formal" entiendo que puede provocar equívocos o reforzar interpretaciones formalistas.

### III.- LA DISTINCION ENTRE PRETERICION INTENCIONAL Y PRETERICION ERRONEA.-

La crítica más grave que, en mi opinión, merece nuestro sistema legitimario es no haber consagrado la distinción entre preterición errónea e intencional. Ambas modalidades de preterición son distintas (la intencional recuerda a la desheredación injusta) y por ello deben producir diferentes efectos jurídicos.

Veremos algunas consecuencias derivadas de tal deficiencia.

---

[56] Tal cláusula testamentaria no es sino una manera retórica y artificiosa de decir que no se deja nada, ni siquiera esos veinte duros.

### 1. - Preterición parcial. -

El artículo 123 Comp. asigna al preterido singularmente "una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador".

La solución no puede ser correcta: si el preterido singularmente lo ha sido de modo intencional, no ha de recibir nada (dado que la legítima es colectiva); si por el contrario la preterición ha sido errónea, no se ve un motivo de peso por el que haya de recibir como el menos favorecido (que quizás lo sea un legatario al que se le asignan cien pesetas para ser apartado).

### 2. - Preterición total. -

El artículo 122 prevé la delación ab intestato de dos tercios del caudal si el testador conocía la existencia de todos los legitimarios, o la de todo el caudal en otro caso.

En realidad los efectos de previstos para tal preterición deberían limitarse a los preteridos erróneamente (preterición total errónea). No tiene sentido abrir la sucesión intestada de todo el caudal si todos los preteridos lo eran intencionalmente (preterición total intencional): en ese caso debería corresponder únicamente la delación de dos tercios del caudal.

¿Y si se trata de una preterición total mixta? tal modalidad de preterición se produce cuando se pretiere a todos los legitimarios pero a unos erróneamente y a otros intencionalmente. En principio habría que aplicar el artículo 122 Comp, pero la solución no es justa: si el testador ha omitido voluntariamente a un legitimario éste no debería recibir nada y, sin embargo, la apertura del ab intestato hace que participe en el caudal relicto en igualdad de condiciones que los demás, lo cual no tiene sentido <sup>57</sup>.

3.- Quizás procedería la introducción de una regla de interpretación legal, supletoria de la voluntad expresa del causante, que solucionara el supuesto de preterición de persona meramente concebida al tiempo de verificar su disposición m.c. el causante. ¿Se considera preterición intencional o errónea?<sup>58</sup>.

### IV.- DOTAR A LA DESHEREDACION INJUSTA DE UNA REGULACION PROPIA, DIFERENCIADA DE LA CORRESPONDIENTE A LA PRETERICION.

Nuestra Comp. asigna un mismo régimen jurídico a la preterición y a la desheredación injusta, dándoles un tratamiento conjunto (artículos 122 y 123). La solución adoptada por la Comp. es menos conflictiva si la preterición es intencional. Ahora bien la preterición errónea y la desheredación injusta son instituciones muy distintas y que producen diferentes efectos jurídicos.

La unificación de régimen jurídico a que hemos hecho referencia plantea una serie de problemas, acentuados por el carácter colectivo de nuestra legítima. Hagamos una referencia a los mismos<sup>59</sup>:

1.- No cabe hablar, como hace el artículo 123 Comp., de "desheredación singular" ya que al ser la legítima colectiva el causante no precisa de justa causa para excluir a uno de los legitimarios. Luego, en relación a uno de los legitimarios, no cabe hablar de causa justa o injusta, por la sencilla razón de que se puede apartar o excluir sin causa alguna.

---

(57) Adolfo Calatayud, op. cit., pag. 67.

(58) Ver nota a pie de página número 46, en Adolfo Calatayud, op. cit., pag. 67.

(59) Ver Adolfo Calatayud, op. cit., pag. 70 y ss.

Si acaso lo que sería oportuno es regular la relevancia jurídica que deban tener los supuestos en que el testador excluye a un legitimario en base a una causa que resulta ser errónea. Se trataría de determinar la trascendencia que ha de tener el error como vicio del consentimiento en este aspecto concreto del negocio jurídico testamentario.

2.- Tampoco es exacta la equiparación que hace el artículo 122 Comp. entre preterición total y desheredación total, imponiendo un mismo régimen jurídico a ambas figuras. Para empezar son situaciones distintas: mientras que la preterición puede referirse a legitimarios no conocidos por el testador, la desheredación solo cabe referirla a aquellos que el desheredante conoce (cuando se deshereda hay siempre intencionalidad). Por ello la doctrina<sup>60</sup> considera que a la desheredación total solo cabe aplicar el artículo 122.1º Comp. que prevé la delación ab intestato de dos tercios del caudal (la misma solución que en caso de preterición total intencional) pero no el párrafo 2º -delación de todo el caudal, lo que sería adecuado, como vimos, en caso de preterición errónea-.

#### V.- LA LEGITIMACION ACTIVA PARA PEDIR LA REDUCCION DE LIBERALIDADES INOFICIOSAS. -

El tema lo aborda el artículo 124 Comp., precepto que plantea ciertas dificultades:

- El artículo se refiere exclusivamente a la acción de reducción de liberalidades lo que plantea la duda de si incluye la acción de suplemento de legítima dirigida contra los herederos<sup>61</sup>. Por otra parte quizás fuere oportuno que la Comp. regulase el régimen jurídico de las atribuciones inoficiosas; ante la inexistencia de normas aragonesas hay que acudir al Código Civil, cuya regulación en este punto es deficiente.

- Se atribuye tal legitimación activa al legitimario heredero o donatario universal y añade "o, en otro caso cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar". Si plantea la duda de si el descendiente sin mediación de persona capaz de heredar solo está legitimado en caso de inexistencia de legitimario heredero o donatario universal, o bien si tiene tal legitimación en caso de que tal heredero o donatario existan pero se abstengan de ejercitar la acción o renuncien a ella<sup>62</sup>. Otro tema incierto consiste en que si tales descendientes sin mediación de persona capaz de heredar han de haber recibido una atribución del causante para tener legitimación activa.

#### VI. - LA RENUNCIA UNILATERAL DE LA LEGITIMA.

La renuncia a la legítima se contempla en el artículo 106 Comp., en sede de sucesión paccionada.

Ello plantea la cuestión de si sería admisible la renuncia al margen del contrato sucesorio, esto es como renuncia hecha de modo unilateral por el renunciante.

Pienso que la respuesta ha de ser positiva ya que en Aragón no hay ninguna norma que impida renunciar a una herencia que no está todavía abierta, esto es no juega el artículo 991 CC, y por tanto procede aplicar a tal declaración el principio del "standum

(60) Merino, Comentarios, Tomo XXXIV, Vol 2º, pags. 40 y ss.

(61) En tal sentido Adolfo Calatayud, op. cit., pag. 72.

(62) Adolfo Calatayud, op. cit., pag. 73 y para opiniones, ver la nota 70 en la misma página. Sustitución legal.

est chartae" (artículo 3 Comp).

Ahora bien, hay que determinar la eficacia que tiene tal voluntad de renunciar, esto es si puede al fallecer el causante, y pese a la previa renuncia, reclamar la legítima. El tema lo veo dudoso, ya que el renunciante no ha renunciado a un derecho -que aún no tiene y por tanto no ha podido extinguirlo-, sino a una mera expectativa. Por tanto al fallecer el causante es cuando surge tal derecho y cuando puede ser extinguido por renuncia (siempre que ésta no contrarie los límites del artículo 6.2 CC).

## LA SUSTITUCIÓN LEGAL DEL ARTÍCULO 141 COMP.

Entre las normas comunes a las diversas clases de sucesión he escogido, para desarrollar en la presente charla, la sustitución legal del artículo 141 Comp. Es, ciertamente, una de los preceptos más importantes, y también más conflictivos, de nuestro Derecho sucesorio.

Recordemos su texto: "Sustitución legal.- Artículo 141.1. Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legítimo premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes. - 2. La renuncia gratuita, pura y simple, a la herencia nunca se considerará como aceptación de ésta".

I. - Para empezar señalemos que el artículo no tiene precedentes históricos de ningún tipo: es una creación de la Comp. de 1967. Su fundamento es puramente técnico, no de índole tradicional. Por tanto es más vulnerable a una posible reforma, máxime si se considera que la solución o soluciones que aporta no son siempre correctas.

Como hemos dicho el precepto, en virtud de su ubicación sistemática, se aplica a todo tipo de sucesiones. Y aquí aparece el problema que suscita dicha norma: dice, o quiere decir, demasiadas cosas en sólo cuatro líneas.

Vamos a centrar nuestro estudio en las consecuencias que se derivan de aplicar la sustitución legal del artículo 141 Comp. a los distintos tipos de sucesión.

## II. - SUSTITUCION LEGAL Y SUCESSION TESTADA.

La aplicación del precepto a la sucesión testada provoca varias dificultades:

1.- En primer lugar hay que determinar si se aplica también a los legatarios no legitimarios. La norma solo se refiere a "heredero o legítimo", por lo que parece que la respuesta ha de ser negativa.

2.- El artículo sirve, entre otras cosas, para evitar pretericiones<sup>63</sup>. Por ello surge la duda en caso de que el testador haya legado veinte duros al hijo que le premuere con descendientes: si juega la sustitución no hay preterición de tal descendencia (ya que el sustituto vulgar nunca es preterido), pero, por otro lado, la porción que se asigna a la descendencia del hijo premuerto sería meramente simbólica.

Por ello pienso que si los descendientes de tal hijo premuerto están preteridos

---

(63) En tal sentido, y para el supuesto de premoriencia del descendiente no preterido que deja descendencia, juega un papel equivalente al del artículo 814.3 Código Civil.

erróneamente no procede aplicar, en el supuesto visto, la sustitución legal. De este modo en este concreto caso de premoriencia existirá preterición, y tales descendientes podrán ejercitar la acción oportuna para reclamar la porción que les corresponda.

3.- La sustitución legal no siempre es fácil de compaginar con la sustitución vulgar expresa. Veamos, en tal sentido, estos dos casos:

a.- Si el testador ya previó una sustitución vulgar expresa en relación a un heredero para un caso concreto -digamos premoriencia- se plantea si debe jugar la sustitución legal del artículo 141 Comp. en caso de que el instituido -por seguir con nuestro ejemplo- renuncie a la herencia o sea incapaz. Pienso que no: la sustitución legal se limita a presumir la voluntad del causante, por lo que no procedería su aplicación si consta la voluntad expresa de aquél indicando en que casos quiere que juegue la sustitución.

Esto es, la imposición de cualquier tipo de sustitución vulgar expresa a un instituido para un caso concreto debe impedir, en relación al mismo, el juego de la sustitución legal para casos distintos.

b.- Imaginemos ahora que el testador prevé una sustitución vulgar expresa en relación a cierto heredero. Éste renuncia pero invoca la aplicación del artículo 141 Comp. que permite renunciar a los efectos de la sustitución, de modo que su porción, en su caso, acrezca a los coherederos. En mi opinión tal actuación no es posible ya que la renuncia se regula en relación a la sustitución legal pero no en relación a la sustitución expresa, donde prevalece el destino de los bienes previsto por el testador.

4.- El alcance personal de la sustitución legal.

Este punto es común a todo tipo de sucesiones y volveremos a encontrárnoslo al estudiar la sustitución legal en la sucesión intestada. Ahora haremos una referencia a la sucesión testada.

- En la redacción original de 1.967 el alcance personal del precepto era más limitado: se exigía que el instituido fuera hermano o descendiente del causante. Fue la reforma de la Comp. de 21 de Mayo de 1.985 la que eliminó el requisito del parentesco entre causante y causahabiente.

- Quizás fuere oportuno volver a introducir la necesidad de que el heredero sea hermano o descendiente del causante. La sustitución legal beneficia a los descendientes del instituido porque se presume que esa es la voluntad del causante (lo cual es razonable si tal heredero es su pariente cercano). Pero tal presunción no tiene lógica si el instituido es un pariente lejano o incluso un extraño; en este caso ¿por qué beneficiar a sus descendientes en caso de que, por ejemplo, renuncie?.

### III. - EL ARTICULO 141 Y LA SUCESION INTESTADA <sup>64</sup>.

1.- El primer tema que hemos de resolver es si procede su aplicación a este tipo de sucesión:

a.- En favor de su aplicabilidad cabe invocar su ubicación sistemática en sede de normas comunes a los diversos tipos de sucesión.

(64) Sobre el tema de la sustitución legal del artículo 141, y en particular su aplicación a la sucesión intestada, ver Adolfo Calatayud, La sustitución legal en Aragón, Boletín del Colegio de Abogados, número 120, de 1 de Enero de 1.991.

b.- En contra la remisión al Código civil que determina la Comp. para sucesión intestada, salvo aspectos regulados expresamente; el término sustitución, que es propio de la sucesión testada; sobre todo las consecuencias ilógicas que, tras la supresión del requisito de parentesco, se producirían en el orden sucesorio.

2.- La sustitución legal del artículo 141, cuando nos movemos en la sucesión intestada -y prescindiendo de disquisiciones terminológicas-, viene a identificarse con un derecho de representación.

Pues bien tal derecho de representación sería muy peculiar por dos razones:

- Procede en caso de repudiación (algo insólito, en contra ver los artículos 923 y 929 del Código civil).

- Jugaría en la línea ascendente; en la línea colateral lo hace en favor de cualquier descendiente del hermano, no sólo de los hijos del hermano. Todo ello en contra de los criterios establecidos por el artículo 925 Código civil.

3.- Además, tal y como hemos dicho, al no exigir parentesco entre causante y heredero se distorsionan los principios que rigen el orden sucesorio, ya que los ascendientes y colaterales serían sustituidos por sus descendientes sin límite. Por ejemplo: si el heredero ab intestato que repudia no tiene descendencia, y su padre ha muerto, la madre solo heredaría la mitad ya que la otra mitad correspondería a sus hermanos por aplicación del artículo 141 Comp. (o si han éstos fallecidos los sobrinos). Y se pueden poner más ejemplos. Todo ello además en perjuicio de los derechos del viudo, que queda postergado.

Tales soluciones, pese a tener apoyo en el texto legal, han de ser rechazadas por vulnerar el principio de proximidad de grado.

#### IV. - EL ARTICULO 141 Y LA SUCESION CONTRACTUAL.

Corresponde ahora confrontar la sustitución legal con el régimen jurídico de la sucesión paccionada. Ésta contiene un precepto específico -el artículo 105 Comp.- previsto solo para el supuesto de premoriencia del instituido que tiene descendientes. Pese a la existencia de dicho artículo 105 ¿se aplica el 141 a los restantes supuestos?:

- Una primera línea doctrinal responde afirmativamente <sup>65</sup>.

- Una segunda postura considera que no cabe aplicar el artículo 141 a la sucesión contractual dado que el artículo 105 tiene carácter específico frente a aquél <sup>66</sup>.

La cuestión es debatible. Pienso que el legislador debería solucionarla expresamente.

#### V.- OTRAS SUCESIONES. -

Hemos visto cómo la sustitución legal del artículo 141 planteaba diversas dificultades al insertarla en las sucesiones testada, intestada y contractual, ¿es posible un nuevo conflicto? Pues sí: con las sucesiones especiales. Vayamos al recobro de liberalidades regulado en sede de sucesión intestada.

---

(65) Merino Hernández, Comentarios, op. cit., Tomo XXXIV, Vol 2º, pag. 169.

(66) Adolfo Calatayud, La sustitución legal,, ..., op. cit., pag 14.

La cuestión es determinar si se aplica la sustitución legal en favor de los descendientes del recobrante que repudia o es incapaz<sup>67</sup>. Cabe alegar argumentos en ambos sentidos; entiendo que el legislador debe definir de modo más satisfactorio el ámbito de la sustitución legal y dejar solucionado este problema.

## VI. - CONCLUSIÓN.

El artículo 141 Comp. es un precepto complejo y en modo alguno cabe decir que se limita a regular una sustitución legal.

En sede de sucesión testada cabe equiparlo con una sustitución vulgar de origen legal (y con sus propias peculiaridades). En sucesión intestada recoge un derecho de representación que plantea, tal y como está configurado, problemas insolubles. Por lo que respecta a la sucesión contractual y al recobro de liberalidades ni siquiera se sabe con seguridad si es o no aplicable. Además el artículo 141 Comp. tiene normas de aplicación general: el párrafo segundo -de carácter fiscal- y la posibilidad de que el causante o causahabiente renuncien a los efectos de la sustitución legal.

Todo ello dota de una densidad excesiva al precepto. Pienso que el legislador tiene que determinar qué aspectos del precepto le interesan y cuáles son rechazables, y a continuación hacer una regulación separada de aquellas partes aprovechables (diferenciando sucesión testada e intestada, aclarando la aplicabilidad a otro tipo de sucesiones). Tal reforma habría que acompañarla de las correspondientes normas de Derecho transitorio, para evitar los problemas que se plantean al reformar una institución<sup>68</sup>.

Nada más, muchas gracias.

### Intervención de D. Jesús DELGADO ECHEVERRIA.

Coponente.

Buenas tardes. Hablar de cómo hay que legislar, cómo se puede legislar o de cómo convendría hacerlo, es un tema que puede llevar muy lejos y puede llevar mucho tiempo. Con el buen propósito de ser breve leeré unas líneas.

El enunciado de esta sesión, es decir, "Instituciones forales necesitadas de urgente reforma", evoca inmediatamente aquel planteamiento decimonónico sobre las "instituciones forales que conviene conservar" (art. 7 de la Ley de Bases del Código Civil de 1888) o que excepcionalmente deben conservarse (Real Decreto de 1880) o, con mayor similitud aún, las "Instituciones del Derecho Civil vigente en Aragón que deben quedar subsistentes con las reformas y las adiciones que en ellas es conveniente establecer", (que es el título de la Memoria de Franco y López en 1880).

(67) No se plantea en caso de premoriencia ya que es *conditio iuris* del recobro que el recobrante sobreviva al descendiente o hermano donante (ver artículo 130 Comp.).

(68) Pondremos un ejemplo sobre tales problemas de Decreto Transitorio. La sustitución legal se introdujo, como hemos visto, por la Comp. de 1967. La posibilidad de que el causahabiente renunciara a la aplicación de la sustitución legal procede de la reforma de la Comp. de 1985. Se planteó la duda de si cabía ejercitar tal renuncia en relación a las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Comp. pero antes de la reforma de 1985, duda que se resolvió jurisprudencialmente en el sentido de que regía la ley existente al tiempo de fallecer el causante y por tanto no cabía tal renuncia en el supuesto mencionado.

el título de la Memoria de Franco y López en 1880).

En definitiva, se trata de un planteamiento adecuado y coherente con unas determinadas premisas, las de la Ley de Bases del Código Civil, que prolongan su eficacia hasta la culminación de los procesos compiladores en los años setenta. En este contexto, una vez plasmadas en la Compilación de 1967 las Instituciones que se entendieron de imprescindible conservación, podría plantearse en momentos posteriores el análisis de las "dudas y dificultades que puede haber originado la aplicación de los preceptos de esta Compilación, así como las omisiones y deficiencias observadas, elevando al mismo tiempo, si procediera, el oportuno proyecto de reforma". Esta última frase corresponde a la Disposición Adicional de la Compilación de 1967, que encomendaba a la Comisión Compiladora formular cada 10 años una Memoria comprensiva de los aspectos indicados.

Esta Disposición Adicional fue derogada por el legislador aragonés en 1985; abrogación (pues no fue sustituida esta previsión reformadora por ninguna otra) que sin duda tiene también otras implicaciones, pero que invita a reflexionar, en primer lugar, si no será consecuencia del cambio de las premisas de política legislativa sobre los Derechos forales sentadas hace más de un siglo, con la codificación civil.

El enunciado de esta sesión habla de "urgente reforma", con pretensiones todavía más modestas que las enunciadas en aquella disposición abrogada. Puede ser prudente hacerlo así y no es mi intención criticarlo, sino suscitar la reflexión sobre las premisas implícitas en este planteamiento y, en definitiva, sobre las opciones de política legislativa que hoy se nos ofrecen.

Promulgados la Constitución y el Estatuto de Autonomía, e integrado el Derecho civil aragonés en el Ordenamiento autonómico, la cuestión no es ya qué instituciones hay que reformar con más o menos urgencia, sino cómo debe formularse una política del Derecho civil en Aragón, sin más condicionantes previos que los establecidos en el bloque de constitucionalidad. Simplificando, creo que es cuestión de objetivos y de procedimientos.

Por objetivos entiendo cosas tales como si queremos construir un Código civil aragonés tan completo como la Constitución permite; si, por el contrario, preferimos mantener sólo algunas instituciones más o menos tradicionales y dejar lo demás a la aplicación del Código civil español; o si nos parece adecuado legislar mediante leyes sectoriales o especiales. Pero también, y quizás más importante, si queremos potenciar el principio de libertad civil o, por el contrario, introducir mayores limitaciones en atención al bien público o a principios más concretos, como podría ser el de igualdad; si fomentamos los pactos sucesorios; cómo creemos que debe ser tratado el cónyuge viudo en la sucesión del premuerto; si los hijos han de tener mayores o menores derechos legitimarios en la herencia de sus padres y así sucesivamente.

No son cuestiones técnicas o solución de problemas de la práctica profesional las que quiero suscitar con estas palabras, sino las directrices básicas de la legislación civil de un país como Aragón para el siglo XXI; de un país con una historia jurídica brillante y un futuro abierto que las leyes deben contribuir a encauzar y hacer igualmente brillante.

Cuando hablo de medios o procedimientos, no me refiero sólo a lo que es obvio, es decir, a la competencia legislativa de las Cortes de Aragón, representantes del pueblo aragonés, y los procedimientos reglados de iniciativa legislativa, proyectos y proposiciones de ley y su correspondiente tramitación, sino a la puesta en marcha del imprescindible y complejo debate en la sociedad y, señaladamente, pero en modo alguno exclusivamente, entre los profesionales del Derecho en Aragón. Sólo un amplio debate plural y en foros diversos suscitará en la abundancia necesaria ideas y puntos de vista y permitirá discernir

lo deseable y lo posible, proporcionando los elementos precisos para formular una política del Derecho civil en Aragón.

Está claro que la Constitución y el Estatuto suponen la clausura de la época de la codificación unificadora del Derecho civil español, en que el legislador único buscaba en lo posible el Código asimismo único, cediendo sólo ante lo inevitable en la conservación de ciertas instituciones -más o menos necesitadas de reforma y puesta al día- como excepciones al Código. Con la Constitución y el Estatuto se abre una época nueva, con premisas distintas, sobre las que, a mi parecer, aún no hemos tenido la necesaria reflexión colectiva.

En un momento clave de la etapa codificadora, en 1880, los juriconsultos aragoneses se reunieron en un Congreso (el que narró luego Costa en aquella obra con el título "la Libertad Civil y el Congreso de Juriconsultos de 1880-81"), cuyos trabajos se desarrollaron durante varios meses, para plantearse cómo debía procederse a la redacción del Código del Derecho civil de Aragón. En la estela de aquel Congreso hemos navegado hasta ahora. Quizás sea llegado el momento en que, con fórmula similar a la de aquella magna reunión, u otra más adaptada a los tiempos, las prisas y los medios de comunicación actuales, los juriconsultos aragoneses reflexionen y debatan organizadamente sobre el Código de Derecho civil del Aragón del siglo XXI.

Esta era la idea fundamental que quería transmitirles y, de momento, aquí termina mi intervención.

#### **Intervención de D. José Luis Batalla Carilla .** Coyente.

Buenas tardes. En mi breve intervención, tras las de los dos compañeros de ponencia quisiera, en cierto modo, conjugar lo expuesto por ellos, aludiendo a dos palabras que en el título de la ponencia parecen atribuirse a una futura reforma de nuestra legislación foral de derecho civil, aunque refiriéndose más expresamente a las instituciones sucesorias aragonesas. Reforma necesaria. Reforma urgente. Las dos expresiones me preocupan. Parece necesaria, pero ¿ello obliga a la urgencia? Lo necesaria que estimemos la reforma nos debe llevar a la urgencia en emprenderla, pero no al apresuramiento en formularla. Antes incluso de emprenderla, habrá que pensar y resolver sobre algunas cuestiones que me parecen fundamentales.

En primer lugar, habrá que discurrir sobre los principios en que se base la reforma. No se olvide que, como ha señalado Jesús Delgado, el enfoque tiene que ser totalmente distinto de aquél con el que hasta ahora se ha legislado en Aragón. La legislación que hemos producido en Aragón, el Apéndice y la Compilación, obedece a unos criterios totalmente distintos a los que se derivan ahora de la capacidad legislativa que tiene Aragón.

Podemos fijarnos en una frase, por ejemplo, del Preámbulo de la Compilación de 1967 cuando dice: "Se ha tratado de aproximar este derecho especial al derecho general". Pues bien, este criterio está expresamente derogado. Obsérvese que en estos momentos nos encontramos en la situación paradójica de que nuestra Compilación no tiene preámbulo, no tiene exposición de motivos, porque la Ley Aragonesa de 21 de mayo de 1.985, que reforma la Compilación, expresamente dice: "excluyendo de la misma (de la Compilación) aquellos aspectos que, como el Preámbulo, se consideran incompatibles con la nueva situación nacida al amparo de la Constitución vigente". Es algo realmente curioso. Tenemos una Compilación en la cual los reformadores del 85 dicen expresamente que aquellos principios que

inspiraban la Compilación del 67 y que se reflejaban en el Preámbulo, no rigen. No rigen, aunque curiosamente, en todos los textos de legislaciones forales que manejamos aparece dicho Preámbulo, a pesar de estar derogado.

No nos ata, pues, el pasado, en la tarea de emprender la reforma de nuestro derecho foral. Falta de ataduras en la tarea, a la que habrá que añadir las alas que la Constitución, y más expresa y concretamente la doctrina del Tribunal Constitucional, dan a los territorios con legislación civil foral propia, cuando, por ejemplo, atribuye al órgano legislativo propio de la Comunidad, en Sentencias de 12 de marzo y 6 de mayo de 1.993, la primera referida al artículo 19 de nuestra Compilación y la segunda a Baleares, la facultad de regular el "crecimiento orgánico" de las disposiciones que corresponden al derecho foral, atribuyéndosele también la regulación de las instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del derecho foral.

Desde este presupuesto, la consideración que hacía Jesús Delgado sobre lo que debe ser nuestro derecho foral, sobre qué bases debe asentarse la reforma que se haga, adquiere especial relevancia y no puede ser eludida.

Llegados a este punto, me parece interesante hacer una observación. En el conjunto de lo que constituye nuestro derecho civil propio pueden distinguirse, a mi juicio, como dos partes diferenciadas. Una, que serían las que llamamos modalidades del Derecho aragonés que, necesariamente, por la utilización de la expresión "modalidades", hace una referencia a otro derecho, al derecho general del Código Civil; y otra, que son las Instituciones propias del Derecho aragonés. Pues bien, hasta ahora, casi siempre se ha legislado en Aragón como si todo fueran modalidades, es decir, no se han regulado instituciones concretas. Yo no sé si hemos heredado, en cierto modo, el esquema de las Observancias, resolución de situaciones y casos, más que regulación de instituciones.

En definitiva, nuestro derecho civil parte de una estructura, la del Código Civil, y en ella se introducen piezas de derecho foral. Lo que ha hecho, como muy bien ha puesto de relieve José María Navarro en su ponencia, que cuando se regula la sucesión contractual, no se distinguen los efectos, las consecuencias, la manera de actuar según las atribuciones sean de presente o de futuro, según se refiera a todos los bienes o a algunos concretos... etc., o que, con otro ejemplo que a mí me gusta destacar, en la fiducia no tengamos más norma para la situación de pendencia que la que dice que se administrará como la comunidad hereditaria. Eso, ¿qué quiere decir? Que se ha legislado a retazos, que no se ha contemplado la sucesión contractual, la fiducia, como instituciones regulables en todo su conjunto desde Aragón y para Aragón.

Desde este enfoque, habría una primera pregunta que deberíamos formular. Nuestro derecho foral aragonés, ¿debe consistir en una regulación de modalidades o de instituciones? Y después deberían seguir otra serie de preguntas que nos ayudarían a pensar sobre cómo debería ser nuestro derecho propio. Yo lanzo aquí alguna a modo de ejemplo:

¿Interesa regular y estructurar en Aragón un sistema de disposiciones "mortis causa" en el que se marquen claramente tres modalidades? Es decir, una sucesión contractual, que implica una vinculación legal, una vinculación fuerte a lo establecido; un testamento mancomunado, con una vinculación algo menos fuerte, sobre todo, si introducimos el escape de las disposiciones "inter vivos"; y un testamento individual, libremente revocable y sin ninguna vinculación. Descendiendo algo más: ¿Debe regularse dentro de ese esquema la sucesión paccionada de forma que sirva tanto para el mantenimiento de la Casa en el Alto Aragón, como para el mantenimiento del negocio en Zaragoza?

¿Cómo encajar esa paralización de los efectos derivados de la muerte del causante, que significa la fiducia sucesoria, con las necesidades y exigencias del tráfico?

¿Qué debe inspirar nuestro sistema sucesorio? La libertad de testar, quizás limitada, o la imposición legitimaria, quizás ensanchada? Que no es lo mismo, ni mucho menos.

¿La sucesión troncal, constituye todo un sistema de transmisión "mortis causa" que aplicado a un grupo de bienes coexiste con otro sistema aplicado a otro grupo de bienes, o es simplemente una corrección de este último sistema, es decir, del Código Civil?

En temas de sucesión, en la línea de lo que aquí se está apuntando, contemplando el lugar que ocupa en la sucesión "ab intestato", parece paradigmático lo que ha ocurrido con el cónyuge. La remisión al Código Civil ha hecho introducir ahí al cónyuge, en medio, después de los ascendientes y antes de los colaterales, sin haberse reflexionado seriamente sobre lo que eso significaba.

Son algunas sugerencias, a las que yo añadiría alguna otra cosa muy concreta. Por ejemplo, pienso que el legislador aragonés, cuando redacte cada artículo, cuando se enfrente con cada disposición, deberá plantearse lo que yo llamo el "test del standum est chartae", ¿esta norma es dispositiva o es imperativa? Que primen las dispositivas. Por todo esto, tengo tanto miedo a lo de urgente. A lo mejor el miedo se deriva de mis años y a que recoja - y además lo recojo todavía con mucho más gusto cuando he visto entrar en la sala a Don José Lorente Sanz- lo que se decía en una de las Actas de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses para la Reforma del Apéndice del día 16 de mayo de 1.953. Voy a leer los nombres porque me parece que, con ello, hago un homenaje a las personas que la integraban y a los miembros que asistieron a la reunión referida en dicha Acta, toda una generación de foralistas: Laguna Azorín, Palá, Lorente, Batalla (padre), Muñoz Salillas, Albareda, Bermúdez, Martín Clavería, Coarasa, Lozano, Poza, Sancho Izquierdo y Martín Ballester. Considerando fracasado el anterior método de trabajo, dice el Acta, intervino Martín Ballester para sugerir que sería conveniente encargar la realización de un Anteproyecto, etc. Palá interviene para decir que estimaba la propuesta no sólo acertada, sino indispensable si cristalizaba en un Seminario constituido desde la Comisión y adscrito a su Secretaría. Recogiendo la sugerencia del Sr. Martín Ballester, completada por el Sr. Palá, se aprobó crear el dicho Seminario. Y nombraron Director del mismo al Doctor Lacruz Berdejo. Aceptado el cargo de la dirección por el Doctor Lacruz, a su propuesta, fueron nombrados como integrantes del Seminario los señores siguientes, es decir, la generación siguiente y aquí también hay nombres: Sancho Rebullida, Aranda, Sainz de Varanda, Asensio, Albalate, Caballero, Burgos, Pérez Martínez, Molins, Arregui, Aragüés, Rivas, Infante, Moret y Alonso Lambán. Propongo, me gustaría, que en la reforma de nuestro derecho aragonés, que quizás no sea tan urgente, se trabaje con métodos semejantes a éste.

## COLOQUIO

**Ignacio Murillo García-Atance. Moderador.**

Bueno, creo que hay suficientes cuestiones para que el coloquio sea animado. Para facilitar la claridad de los diálogos, rogamos que cada persona que intervenga se presente, diga su nombre y luego comience la intervención. Gracias.

**José Manuel Enciso Sánchez. Notario.**

Mi primera pregunta es al Profesor Jesús Delgado, porque efectivamente lo fundamental es hablar de principios o de métodos o de objetivos y de ese debate social del que deben surgir los principios rectores de una posible reforma. Pero yo me fijo en los ejemplos más próximos como son los casos del País Vasco y Cataluña en que se ha seguido la vía de la hipertrofia legislativa. Cataluña tiene textos que realmente no hacían falta, algunos son mera transcripción. En el País Vasco están reinventando -en el sentido latino de volver a encontrar-, no sé hasta qué punto está justificado. Esto realmente no es una búsqueda de principios. Se hace, sin embargo, por motivos políticos, exclusivamente. El derecho en Aragón está dotado de principios inspiradores más claros que estos dos derechos. Yo creo que es así. Sin embargo, hay claros motivos políticos de los que se derivan consecuencias muy graves. A nosotros nos ha llegado el primer volumen del derecho de sucesiones de Cataluña en el que el prologuista dice barbaridades como que los catalanes no están dotados ni para ser mano de obra ni para ser multinacionales, sino empresarios medianos. Se ve que la mano de obra se tiene que importar de fuera; eso que lo diga un jurista es realmente grave.

¿Realmente es un debate social?

Yo creo que el Profesor Delgado coincide en que no se trata de elaborar texto por elaborar texto y, sin embargo, se está produciendo así. Su tesis me parece excelente, es decir, si queremos desarrollar un sistema jurídico más completo con algunos principios inspiradores que realmente existen en el Derecho Aragonés. Pero en una cuestión como ésta, que actualmente hay una proliferación de intereses políticos y no me refiero a unos intereses determinados, hoy crean unos, mañana otros... Digo que el poder político substraer a la sociedad algo que solamente a ella interesa.

Yo quiero simplemente señalar la distinción que existe entre crear un cuerpo de legislación civil aragonesa más completo como desarrollo de los principios que evidentemente existen, y -lo digo como crítica hacia esos sistemas- lo que se ha producido recientemente en Cataluña, la legislación sobre régimen económico de los cónyuges y -mucho menos- en el País Vasco. Pero sin embargo, esto se ha hecho así con urgencia para presentar algo, para tener más elementos diferenciadores e introduciendo, desde luego, matices que como he dicho con relación al prólogo del Código sobre Sucesiones de Cataluña, que lo suscriba un jurista me parece de una gravedad extraordinaria. Es una idea o una reflexión mía, nada más.

**Jesús Delgado Echeverría. Coponente.**

En realidad es una pregunta ómnibus que trata de todo y quizás para todos.

Creo que podemos dejar aparte la desafortunada expresión de un jurista particular que puede hacer un prólogo de lo que quiere, pero distingamos lo que es; no he leído tal prólogo y distingamos lo que es obra legislativa.

Por lo demás, las manifestaciones del señor Enciso me parecen la expresión de una idea acerca de la política sobre el Derecho civil aragonés del futuro. Que es posible que sea la que yo comparta más o menos, pues no estoy tan seguro..., depende. Pero en todo caso, es una en la que conviene profundizar y ver si hay otras también. Explico algo, o trato de explicar algo... (hay un trozo que no fue grabado)

**José María Navarro Viñuales. Ponente.**

Ciertamente en Aragón, desde el siglo pasado, creo yo, que la idea de Código Civil Español era una idea que era oída sin desagrado por los foralistas aragoneses.... (hay un trozo que no fue grabado)

...Digamos, la idea de separación quiebra la confianza, si el fundamento de la fiducia es la confianza, entonces difícilmente puede haber fundamento para ello. Yo personalmente no lo veo nada claro. Yo no daría el paso adelante de autorizarlo.

**Honorio Romero Herrero. Notario.**

Yo es que entiendo que cabe, exclusivamente.

**José María Navarro Viñuales. Ponente.**

Pero por prudencia. O sea, es perfectamente defendible, lo que pasa es que puesto en la posición de profesional, detrás de la mesa del despacho, por prudencia, no lo haría.

**Margarita Pomar.**

José María, perdona, es que es un tema muy bonito y que se presenta en los despachos. Lo único que rompe el vínculo matrimonial es la nulidad y el divorcio, no la separación. Es más, en un divorcio se extingue la fiducia y no hay posibilidad de recuperarla, porque para eso tienen que ser cónyuges. En la separación se extingue la fiducia, pero ustedes siguen siendo cónyuges, ahora, si ustedes se la quieren conceder luego, no hay ningún problema.

**José María Navarro Viñuales. Ponente.**

Bueno, pienso que podemos estar dándole vueltas al tema, depende de la perspectiva que adoptes. Si efectivamente se trata de que exista vínculo matrimonial, sigue existiendo en el caso de separación, porque sigues hablando de que el otro tiene la condición de cónyuge fiduciario. Ahora, si lo miras desde la perspectiva de la finalidad, desde el fundamento y piensas que la separación, aun cuando siga existiendo vínculo, a efectos del artículo 110.3 supone que queda sin efecto el nombramiento de fiduciario, si esa idea de que la separación es contraria al mantenimiento de la fiducia la llevas más allá, pues bueno... Aunque tienes razón que si hay una nueva manifestación de la voluntad, si es un nuevo testamento posterior ...

**Honorio Romero Herrero. Notario.**

Es que estás diciendo que quedará sin efecto el nombramiento de fiduciario, es decir, el nombramiento anterior queda sin efecto. En caso de nulidad y divorcio no lo puedes nombrar de nuevo, porque ya no es tu cónyuge. Sin embargo en separación sí.

**José María Navarro Viñuales. Ponente.**

Sí, quizás, quizás, a medida que lo voy pensando más, me da menos miedo.

**Margarita Pomar.**

Claro, es que además podría ser que los cónyuges ni siquiera manifestaran al notario que hay una sentencia de separación. Y me estoy refiriendo a un caso muy normal de cónyuges separados que vuelven a vivir juntos y sin embargo no comunican al juzgado esta situación, son cónyuges y no tienen porqué manifestar al notario que hay una sentencia de separación anterior. Y bueno...

**Jesús Delgado Echeverría. Coponente.**

Menos mal que se lo han preguntado al señor Navarro, que es notario y sabe. Yo quería plantearlo en la actitud de legislador, que parece que es en la que deberíamos estar. Estamos muy poco formados para ello como juristas de Derecho Continental, que creemos que todo lo que tenemos que hacer es interpretar y aplicar leyes ya dadas, esa es nuestra formación, nadie nos ha dicho que tenemos que discurrir sobre las leyes futuras, pero si no lo discurren los juristas, ¿quién lo hará? No digo que la competencia, naturalmente el legislador es otra cosa, pero el legislador en su caso, o en fin, el poder público decide dónde hacer una presa de un pantano, pero claro llama a los ingenieros para saber si allí se puede y de qué tamaño hay que hacerla, ¿verdad? Si no somos los juristas los que reflexionamos sobre cómo debe ser el derecho del futuro, no hay otros en la sociedad, no hay ningún otro experto posible. Pues bien, pensando un poco como legislador, si regulamos la fiducia como estaba en el proyecto del Seminario, todo es muy sencillo, cada uno confía en quien quiere. La limitación de la fiducia al caso del cónyuge y luego la creación de la fiducia colectiva, eso se hizo en las instancias madrileñas: no digo que mal, pero sí se hizo allí. Mientras que el planteamiento del seminario era un planteamiento de cómo regular tendencialmente, de cómo regular en abstracto, en general la institución jurídica de la fiducia, la limitación que vino de Madrid, coherente con la política del Derecho Civil de la época consistía en que sólo se puede regular en la medida en que pueda decirse que hay antecedentes, precedentes o costumbres, y sólo eso. ¡Hombre naturalmente!, luego hay un tira y afloja, y entonces había que argumentar, ¡ah! es que esto está así en capitulaciones del Alto Aragón, y dice: ¡Ah, bueno!, pues en la medida en que esté, pero esas, sólo esas. Por lo tanto, con el cónyuge siempre y si no, la colectiva, pero sólo para la continuidad de la casa, todo eso es la limitación del molde, que en éste caso es puesto desde fuera también por aragoneses, algunos que estaban en la Comisión de Codificación en particular, que dicen: "No, no, sólo se puede legislar como Derecho Aragonés lo que es ya Derecho Aragonés, no el planteamiento genérico", que es el que venía del Seminario.

Y lo mismo en la sucesión contractual, por cierto. El planteamiento del Seminario sobre la sucesión contractual era la primera vez en España en que una ley hacía la teoría general del contrato sucesorio. Muy difícil de hacer, porque no había antecedentes ni más doctrina que las notas de José Luis Lacruz, con eso se hizo la Teoría General del Contrato Sucesorio en una ley española, en la Compilación aragonesa. En Madrid dijeron no, no, esto es muy peligroso, esto no es aragonés, no es histórico, ¿qué es lo que hay de histórico?, tiene que ser sólo en capitulaciones - eso no lo decía el Proyecto de Seminario -, tiene que ser sólo, o bien, en fin, a favor de parientes en el marco de las instituciones consuetudinarias. Ese artículo tan barroco, es un apaño de última hora, un acuerdo telefónico al parecer de última hora para decir, ¡hombre! que no nos lo destruyan del todo, porque lo que se quería era el planteamiento, digamos del instrumento general para todo el que quiera utilizarlo para lo que quiera, mucho más abierto.

Bueno pues yo, por decir algo como pensando en legislador diría: no, eso otro me gusta más, más que el ser simplemente - aunque es importante- el derecho supletorio de los pactos tradicionales, que es lo que viene a ser la regulación actual, y diría no, no, se trata

del instrumento abierto a todos, ofrecido a todos los ciudadanos para las finalidades que quieran. Por lo tanto, fiducia, cada uno confía en quien quiere, y ya está. Se puede decir que teniendo cónyuge, al menos en un principio no podrá excluirlo. También puede ser razonable, pero eso nos solucionaría todos esos problemas y muchos más, probablemente. Gracias.

**José Manuel Enciso. Notario.**

Puesto que he expresado, como es lógico, con absoluta precisión mi posición y sin embargo tengo la impresión de que se me ha contestado algo que yo no he planteado, sin duda, quien ha expuesto la cuestión equivocadamente he sido yo, y quiero matizar mi exposición. Me parece que hablamos de cosas distintas, se me ha respondido como si yo discutiera las facultades legislativas de las Comunidades Autónomas, en absoluto. Bien, cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con el poder político imperante, puede desarrollar su derecho en la forma que crea conveniente, esto es indudable y, además, es una obviedad desde luego. Yo a lo que me refiero es que a lo largo del Derecho Foral, ese derecho que tiene su justificación en su vigencia histórica y así se entiende en principio, sin llegar a quedarnos en la historia, porque, evidentemente, algo más vivo que el Derecho, pocas cosas existen y la realidad va por delante del Derecho, y lo que entiendo es que sí cabe, y en ese sentido también teóricamente podríamos apartarnos de los principios tradicionales históricos, desde luego y optar por un sistema de libertad y por un sistema contrario. Bien, por lo que me pregunto, discuto y extendiendo mi crítica al legislador catalán y al legislador vasco no es, por supuesto, porque les deniegue esta facultad, o porque me parezca bien o mal, esto es una cuestión, bueno, que ellos deciden. Lo que a mí no me parece correcto, o no me parece adecuado, mejor dicho, es rellenar por rellenar textos legales para subrayar un hecho diferenciador. Evidentemente, legislar siempre es hacer justicia, pero a mí lo que no me parece adecuado, y yo lo siento así, es que se legisle de esta manera en materia de Derecho Foral, tal como lo entendemos.

Yo creo que es criticable acudir a la producción legislativa para subrayar simplemente el hecho diferencial; producir normativa civil, cualquiera que sea su origen para adaptarla a un sistema legislativo propio, eso es lo que me parece criticable, pero vamos.

**Jesús Delgado Echeverría. Coponente.**

Muchas gracias, eres muy amable conmigo y te pido disculpas porque en efecto, es verdad que he contestado a cosas que no eran las que tú planteabas, es cierto. Quizá porque yo las quería plantear. Aún con todo, tampoco has dicho exactamente ahora lo mismo que antes, por lo cual a lo mejor también sirve de algo el diálogo entre todos. Bueno, yo no voy a defender al legislador catalán, allá ellos, ni al legislador vasco, allá ellos. Sin embargo, debo señalar que, en efecto, viven de otra manera su Derecho; tú dices, lo decimos nosotros -y no le damos importancia- que se trata de desarrollar nuestro derecho foral. Pero si oyes a un catalán, éste te dice: Aquí en Cataluña no hay Derecho Foral, nunca lo ha habido, y es verdad. Aparte de que les moleste que se hable de Derecho Foral Catalán, porque nunca han tenido fueros. Mejor dicho, han tenido fueros en el sentido muy alto medieval de cartas de población, privilegios; luego tuvieron "constituciones". Por lo tanto dicen, bueno eso será su tradición, no la nuestra; la nuestra es otra, es por ejemplo la de la 2ª República, donde ya legislaron de la misma manera, es decir, iniciaron el mismo camino que ahora; no tenían Apéndice ni quisieron tenerlo, esto fue un debate político entre la Lliga y Esquerra, parece. Entonces, unos decían compilar sí, y otros decían que no, que leyes para los ciudadanos de hoy: por ejemplo, capacidad de la mujer casada; por ejemplo, Ley de la mayoría de edad, que estaba en los veinticinco años de derecho romano, y alguna otra inconstitucional muy posiblemente, pero ya en la Guerra

Civil, divorcio, y no recuerdo si alguna más.... Por tanto, es una tradición distinta que no es foral y que la desarrollan como tal. Eso me da pie, no para llevarte la contraria sino para, al hilo de otras cosas que también se han dicho, hacer notar que tienen necesidad de legislar, sí que hay una razón política, esta sí, no de derecho civil, sino genérica de política, distinta, que es que queremos que el texto oficial sea el catalán o al menos a la par que el texto castellano, eso es explícito también, vamos es explícito que quisieron que fuera el texto catalán, pero eso les ha llevado también a algo de técnica legislativa, aspecto en el que, la verdad, nosotros lo hemos hecho muy mal, bueno, creo yo. No tenemos texto oficial de la Compilación. ¿Han caído en la cuenta de eso? bueno, supongo que sí, ¿verdad? no hay texto oficial de la Compilación, hay un texto del año 1967, publicado en el Boletín Oficial del Estado y una ley del año 1985, que dice que lo incorpora al Ordenamiento Jurídico Aragonés sin su preámbulo, no lo dice así, sino que el texto normativo excluye el preámbulo. La cuestión de si está vigente o no..., es que los preámbulos yo no creo que estén vigentes nunca, ¿verdad? o tanto, a saber. Resulta que toda edición de la Compilación es una edición privada, caso quizá, desde luego, que me parece que único en España, al menos de una ley civil. Es posible que haya normas administrativas, campo en el que yo no me muevo bien, pero ya es raro. De modo que, en el caso aragonés puede que sea el único de una Ley del Siglo XX en el que podamos discutir cuál es el texto vigente. No he visto qué Compilación es (la que hay encima de la mesa) porque hay muchas en el Colegio de Abogados. Ya veo, la de las de tapas duras, azules de la primera edición, rojas de la segunda, edición privada, de Jesús Bergua, buen amigo que suprime una parte de un artículo que, en esta otra edición está (Tecnos) y en ésta también. No está por cierto en la edición, no oficial, de la Diputación General, que es otra versión privada publicada, y muy bien, vamos, muy bien en el sentido de que es la más barata que hay, y está muy bien que se publique. Pero como no existía tampoco la finalidad política de ponerla en otra lengua, por eso y por otras razones, y a pesar de que el Justicia en su momento lo dijo en alguna Recomendación o en algún otro documento público, los dos publicados, pues no se le encomendó al Ejecutivo que hiciera texto articulado oficial. Bueno pues los catalanes lo habían hecho inmediatamente en texto refundido que está todo en catalán. En fin, no era contestándote a ti, en el sentido de llevarte la contraria, sino el mostrar que así como cuando estudiábamos el Castán leíamos "Derecho Civil Común y Foral" y hasta alguien pudo creer que es que había un derecho foral frente al Derecho Común, debo decir que esto no lo ha habido nunca, nunca. Pareció de alguna manera, en fin, pudo parecer durante la codificación pues que había un frente foralista por llamarlo de alguna manera; pero son derechos distintos, el navarro tiene sus fuentes y su tradición totalmente distinta del aragonés, y la aragonesa de la catalana y todas ellas del derecho vizcaíno, y por otra parte el derecho balear, en fin, son las tradiciones fundamentales: la navarra, la catalana y la aragonesa, totalmente distintas. En el momento en que además hay competencia legislativa cada Comunidad Autónoma sigue por su camino distinto. Pues la impresión macroscópica que tenemos es que están siguiendo caminos distintos los legisladores, porque el legislador vasco ciertamente se ha tomado, podemos decir, muchas libertades, llama a su Ley de "Derecho Civil Foral Vasco", Foral, expresamente, y otra cosa es que además lo llama vasco, también lo dice su Estatuto; nos puede parecer bien o mal, pero lo dice su estatuto, para empezar ¡Ah, es que eso no es la historia, es que sólo había derecho vizcaíno!, de acuerdo, lo dice el Estatuto y tiene una política determinada de cómo conseguir que sea Derecho Vasco. Allí sí que hay claramente un planteamiento real en el prólogo de los profesores Jacinto Gil y Javier Hualde, correspondiente a la Ley Vasca, donde dice todo lo que se ha hecho, cómo se ha hecho y dicen que muy mal, porque se ha hecho con mentalidad foralista, y lo que hay que hacer es con mentalidad autonomista. Claro eso dicho en el País Vasco, en el que inmediatamente van detrás los partidos políticos... Evidentemente, saben de qué hablan, hay política del derecho, mala en el País Vasco en mi

opinión. También lo digo porque creo que hay muchos problemas pero es que, claro, es un derecho que no ha tenido ningún autor publicado hasta el siglo XIX. Por lo tanto, eso es otra cosa. Creo que ya he dicho lo que quería decir, gracias.

**José Luis Batalla. Coponente.**

Sí, yo quería no sé, decir que a lo mejor mis anteriores palabras, llevadas desde un cierto apasionamiento, han podido inducir a pensar que yo soy partidario de una proliferación legislativa y yo quiero decir que no, vamos, que hay que pensar mucho sobre eso. Yo creo que el reto que me parece que tenemos los juristas es que debemos preparar el camino a los políticos, en cuanto deben de pensar mucho sobre ello. Para mí el gran reto que tiene ahora el Derecho Foral es cómo llegar a la sociedad industrial, a esa sociedad industrial masificada de nuestro tiempo. Yo creo que ese es el gran reto que tiene en este momento nuestro Derecho Foral, y el gran reto que tenemos, creo, los juristas.

**Jesús Delgado Echeverría. Coponente.**

Para terminar, por mi parte, enlazando con lo que tú decías, yo no sabría por ejemplo, cómo arreglar el problema que puede parecer urgente de la preterición, simplemente como está legislada y que puede hacerse en las notarías, cómo arreglarlo legislativamente sin plantearme primero a fondo hasta dónde queremos que llegue la libertad de testar y eso no es un debate de técnica, para empezar, sino de aclararnos para el futuro si creemos que los particulares pueden en su testamento designar heredero a quien quieran, como han creído muchos juristas aragoneses históricos, sin la menor duda, a quien quieran aún teniendo hijos, o si pensamos que las legítimas son algo así como de derecho natural, con ese nombre o con otro, como probablemente creen muchos juristas también aragoneses y sobre todo de la ciudad de Zaragoza, ya ocurría en 1881, lo señaló Costa, que las herencias tienen que ser a todos los hijos por igual. Claro, visto desde otros sitios no, ese debate sigue pendiente, vamos estará siempre pendiente, pero creo que yo no sabría cómo resolver la preterición sin esa premisa. Otro ejemplo, un mal ejemplo, me parece que es el artículo ciento cuarenta y uno, de la llamada sustitución legal. Tenía problemas, podíamos estar de acuerdo muchos en que era urgente reformarlo; se reformó urgentísimamente y ahora no es que tenga problemas, ahora es un ciempiés. Quiero decir que no fue a propuesta ni de la primera Comisión que presidió Lacruz, ni de la segunda, o sea la Comisión del Ejecutivo Aragonés. Salió urgentemente de las Cortes. Podríamos estar de acuerdo en la urgencia, pero el resultado a mí me parece bastante peor que lo que había.

**Honorio Romero Herrero. Notario.**

En lo que estoy también de acuerdo es en cómo reformar el articulado. Hay que reformar lo que haya que reformar pero a la vez.

**José Manuel Enciso. Notario.**

Una última muy concreta.

Además aprovecho que está aquí Carmen Sánchez-Friera que ha publicado un estupendo trabajo sobre el consorcio foral aragonés y es una reflexión también. El consorcio foral se repescó o se recuperó en la Compilación de 1967, porque no estaba en el Apéndice, pero sigue produciendo en la vida muchas sorpresas. Sorpresas en el público, en la gente, a veces en los mismos profesionales, los interesados se confunden a veces, incluso juristas también, a veces se prescinde de él y no pasa nada. ¿Qué pasa, que por estar olvidado en el Apéndice y haber sido repescado, estaba la institución ya también olvidada? Vamos a dirigirnos a todo en general, no sé si es también un abuso de confianza dirigirme a

cualquiera de los miembros de la ponencia.

**José María Navarro Viñuales. Ponente.**

José Manuel, no hemos tratado eso porque como eran tantas materias había que seleccionar, ahora mi opinión personal, también después de haber dedicado algún tiempo a pensar sobre ello, es que únicamente debería jugar cuando se previera expresamente por el transmitente, esto es invertir el sentido de la regulación actual. Pero aquí tenemos a la especialista.

**Carmen Sánchez-Friera. Profesora de Derecho Civil.**

No, no, de especialista nada, yo creo que lo que expone usted, pues es justamente una opción política como ha dicho el profesor Delgado, muy personal. Yo tal como está ahora puesta creo que es de carácter imperativo, pero claro habría que discutir mucho. Y respecto a lo que me ha preguntado el señor Enciso pues, yo creo que muchos de los problemas que presenta la figura es porque no está bien incardinada, es decir, que cuando se redactó quizá no se intentó sistematizar. Con relación a que si estaba olvidada, pues yo creo que entonces no, pero quizá aunque en los pueblos no, sí en la ciudad, incluso por gente experta en leyes, sí. Y presenta problemas como la ineficacia de actos dispositivos celebrados contra él, problemas graves, y si son "mortis causa" más graves todavía, pues se ha muerto el causante. así que, creo que por lo menos habrá que conocerla antes de decir si se quiere o no se quiere; pero en un principio habrá que analizarla, pienso. No voy a ser una defensora acérrima, pero vamos, me gustaría que se analizara y no se le tuviera esa fobia, que no es para tanto, de verdad, que yo creo que la fobia es un arrastre histórico. Quiero decir, Portolés está con fobia frente al consorcio, yo también se la tuve al principio, pero después cambié, así que yo pienso, ¡Ah no! pero es que si dice que es una materia odiosa, así expresión "Materia odiosa", le queda a la medida. Claro, nunca dirán porque era odioso, era odioso porque era una excepción al Derecho Común, como todos los institutos que eran una excepción al Derecho Común, recibían ese nombre, pero de que es odioso, el que es odioso, odioso es el que crea odio, odio ¡Hombre! pues no tiene vinculación ni nada, será en unos casos beneficioso y en otros perjudiciales, si se quiere mantener una industria yo pienso que es muy beneficioso o sea que todo depende, es una mano común, no tiene más problemas, así que nada. Y que además se disuelve cuando se quiera, así que, ¿Qué problema se ve? ninguno. Gracias.

**Ignacio Murillo García-Atance. Moderador.**

Bueno, con esto, si nadie más quiere expresar nada, concluimos los IV Encuentros y os convocamos al año que viene en los próximos V Encuentros del Foro. Gracias a todos.