

LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA



Miguel Ángel Martínez-Cortés Gimeno

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2008

Título: La fiducia sucesoria aragonesa
Autor: Miguel Ángel Martínez-Cortés Gimeno
Colección: El Justicia de Aragón
Edita: El Justicia de Aragón
D.L.: Z. 2844-08
I.S.B.N.: 978-84-895-10-95-1
Imprime: COMETA, S.A.

*A mis padres,
porque a ellos se lo debo todo.*

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
I. ASPECTOS GENERALES	17
A. Concepto	17
B. Naturaleza jurídica	19
C. Caracteres	22
1. Basada en la confianza	22
2. Personalísimo	23
3. Indelegable	24
4. Voluntario	26
5. Gratuito	27
6. Subsidiario	27
D. Finalidad de la institución en la actualidad	29
II. TIPOS DE FIDUCIA	31
III. ORIGEN	33
IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	35
A. Hasta el siglo XIX	35
B. La codificación y el Apéndice de 1925	37
C. La Compilación de 1967	42
D. Ley de sucesiones por causa de muerte	47
V. LA FIDUCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL	51
A. Código Civil	51
B. Navarra	54
C. Islas Baleares	62
1. Mallorca y Menorca	62
2. Ibiza y Formentera	65
D. Cataluña	66
E. País Vasco	72
1. Vizcaya	72
2. Álava	78

3. Guipúzcoa	80
F. Galicia	81
VI. LA FIDUCIA INDIVIDUAL	83
A. Constitución de la fiducia: el nombramiento	83
1. Elementos subjetivos.....	84
a. Condiciones personales del comitente	84
b. Condiciones personales del fiduciario	86
i. La mayoría de edad	89
ii. La capacidad de obrar.....	90
2. Forma del nombramiento	104
a. El testamento	105
b. La escritura pública	106
3. La revocación del nombramiento	108
4. La perfección del nombramiento	117
a. Momento en el que se perfecciona el nombramiento	117
b. La fiducia y el Registro de la Propiedad.....	120
B. Derechos y obligaciones del fiduciario	127
1. Derechos y facultades del fiduciario.....	127
2. Obligaciones del fiduciario	133
C. La herencia pendiente de asignación	140
1. La administración. ¿A quién corresponde?	144
2. Composición del patrimonio relicto	153
a. Bienes que integran el patrimonio relicto	153
b. Cargas y obligaciones del patrimonio relicto	156
3. Las facultades de administración y representación.....	159
4. Las facultades de disposición.....	164
D. Ejecución de la fiducia.....	175
1. Límites y prohibiciones	175
a. Derivados de las disposiciones del causante	175
b. Derivados de las instrucciones del comitente.....	176
c. Derivados de la existencia de hijos del causante....	180
2. Forma y procedimiento de ejecución de la fiducia	183
3. Ejecución parcial	187
4. Plazo para el cumplimiento del encargo por el fiduciario.....	191
a. Plazo	191

b. Cómputo	197
c. Prórroga	199
d. Reducción	200
5. Efectos de la ejecución	204
E. Extinción	209
VII. LA FIDUCIA COLECTIVA	217
A. Regulación	217
B. Personas que la integran.....	218
C. Ejecución de la fiducia.....	221
D. Extinción de la fiducia colectiva	227
E. La sucesión en la casa	229
VIII. ASPECTOS FISCALES.....	231
A. El momento del fallecimiento	231
B. La herencia pendiente de asignación.....	246
1. El Impuesto sobre el Patrimonio	247
2. El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas	248
C. La ejecución de la fiducia	249
BIBLIOGRAFÍA.....	251

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- art., arts. artículo, artículos
- BOA Boletín Oficial de Aragón
- CA Compilación de Derecho Civil de Aragón
- Cc Código Civil
- CE Constitución Española
- cfr. confer* (véase, compruébese)
- CSC Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña
- FN Fuero Nuevo de Navarra (Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra)
- ibid. ibidem* (en el mismo lugar)
- IRPF Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
- LDCFPV Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco
- Ldp. Ley de derecho de la persona
- LGT Ley General Tributaria
- Lh. Ley hipotecaria
- LISD Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
- Lrem. Ley de régimen económico matrimonial y viudedad
- Lsuc. Ley de sucesiones por causa de muerte
- núm. Número

ABREVIATURAS UTILIZADAS

op. cit. *opus citatum* (obra citada)

R.D. Real Decreto

Rh. Reglamento hipotecario

RISD Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

ss. siguientes

PRÓLOGO

Hay pocas instituciones tan típicamente aragonesas como la fiducia. La configuración de la casa y el antiguo reino de Aragón se deben en gran parte a ella, porque ha permitido durante muchos siglos que el cónyuge sobreviviente pudiera ordenar la sucesión a favor del pariente más idóneo para que la familia se mantuviera indivisa y todos pudieran vivir en ella.

Sin embargo, como dijo Jesús Martínez Cortés en la Comisión Asesora de Derecho civil, hoy suele cumplir una finalidad diferente: reforzar la autoridad del cónyuge sobreviviente permitiéndole dejar, antes de que llegue el final de los días, todos o la mayoría de los bienes, a los hijos que más se ocupan de él. Es verdad que la mayoría de los hijos se ocupan de sus padres por cariño y reciprocidad a lo que ellos hicieron cuando eran pequeños, pero no es menos cierto que en algunos casos puede resultar disuasorio saber que gracias a la libertad de testar que otorga la legítima, el que se desvincula de sus padres cuando éstos más le necesitan también puede quedar fuera del reparto de bienes. Funciona como una garantía para proteger al que más vive.

Esta idea es fundamental para entender la nueva regulación de la fiducia. Como lo son otras, que también en la Comisión expuso José García Almazor, el ponente de la subcomisión de fiducia: que no es bueno que los bienes estén pendientes de adjudicación durante mucho tiempo y que habría que hacer más ágil la administración del patrimonio durante ese periodo de interinidad para que no perdiera valor. La regulación hecha por la nueva

PRÓLOGO

ley es más extensa que la anterior pero sin duda es mas innovadora no solo sobre el derecho anterior sino sobre la de otras instituciones semejantes de otras Comunidades Autónomas.

Hay un planteamiento nuevo de una vieja institución que hace que sea más necesario, difícil y sugestivo volverla a estudiar, como hace en este importante libro Miguel Ángel Martínez-Cortés Gimeno. El autor, aunque es joven, lleva en sus genes un importante patrimonio jurídico porque es hijo, sobrino y nieto de notarios y registradores de la propiedad. Pero con ello no basta; ha acrecentado ese acervo: entre otras cosas, es premio extraordinario de la Facultad de Derecho y tiene el premio que la cátedra Cervantes de la Academia General Militar concede cada año a los mejores expedientes. En este momento está preparando notarias. Todo ello lo ha conseguido con método, disciplina y esfuerzo; y no puedo dejar de recordar que esta tierra es especialmente exigente con los de aquí. Da la impresión de que muchas veces cuando se trata de reconocer méritos se quiere probar que el que los tiene que reconocer es más independiente y justo contra más duro es con el que conoce o tiene fama y prestigio. Y no es verdad, es todo lo contrario.

Hay algunas cuestiones que recomiendo especialmente de este libro. Lo mas innovador es el estudio de las diferencias que existen entre las funciones del fiduciario y las de administrador del patrimonio de la fiducia, algo que antes tenían forzosamente que coincidir y que ahora con buen criterio pueden ser independientes, en aras a una mejor gestión de un patrimonio. Otra cuestión novedosa de la ley es que, excepto cuando es fiduciario el cónyuge viudo, trata de limitar los plazos para revelar la confianza porque se entiende acertadamente que hay que evitar que la situación de pendencia se perpetúe, ya que va en contra del principio de seguridad jurídica que es la base de un Estado moderno. Por eso se ocupa especialmente el autor de la prórroga y reducción del plazo. Viene el texto legal a recoger una vieja

PRÓLOGO

práctica según la cual basta con el consentimiento de uno de los legitimarios para poder enajenar. El autor del libro estudia con detenimiento la forma y consecuencias de esta forma de disposición. Es muy interesante el análisis que se hace en esta obra del acceso al Registro de la Propiedad de la fiducia y de los actos relacionados con ella.

Trata otros muchos temas como el nombramiento y su revocación, la diferencia entre fiducia plural mancomunada y la solidaria, no permitida. Los problemas que supone el conocer la voluntad en una fiducia colectiva. ¿Qué personas la integran? ¿Es posible que lo sea el consejo de administración de una sociedad?, parece que sí. El carácter indelegable, llegando a la conclusión de que no es posible que el fiduciario nombre sustituto. Otra cuestión es la interpretación del art. 126 de la Lsuc. planteándose si, conforme al texto legal, puede el causante autorizar que contradigan una disposición que él mismo había previsto. Estudia con detenimiento los problemas a los que da lugar la ejecución de la fiducia, especialmente los límites y prohibiciones derivados de las disposiciones del causante, de las instrucciones del comitente y de la existencia de hijos con derecho a la legítima. La obra se completa con un detenido estudio de la institución en el derecho histórico y en otros territorios.

Dedica un apartado final a examinar los aspectos fiscales de la fiducia y la interpretación que la DGA hace del asunto, a mi juicio, de una forma equivocada, porque puede más la preocupación por recaudar que la de aplicar la ley según la voluntad del legislador. Solo en el momento de la adjudicación de los bienes es cuando se debería tributar, porque ¿cómo se puede pedir a alguien que tribute sin aún haber recibido nada? Eso lleva a que quien normalmente está pagando es el viudo o la viuda que normalmente es el más débil, lo que contradice el principio de igualdad; además, se le hace pagar por algo que él no recibe. La política tributaria debería estar al servicio del desarrollo de las

PRÓLOGO

Instituciones forales, porque dependiendo de cómo se apliquen las normas su utilización será posible, o no.

Es una obra con una sistemática y claridad destacable, la de un opositor a notarías, que hace un estudio exhaustivo de la doctrina hasta ahora existente y de las soluciones jurisprudenciales. Se nota que no es un libro que se ha escrito de un tirón, ha llevado tiempo hacerlo y de ello soy testigo. No sobra nada y está muy compensado. El autor plantea numerosos problemas; unas veces los resuelve utilizando a la doctrina especializada sobre el tema; en otras muestra, de forma siempre prudente, su opinión. Es un libro cuyo interés no pasará pronto: está destinado a durar.

Y quiero terminar mostrando mi reconocimiento como Justicia a dos personas cuya presencia planea de forma distinta sobre este libro. A Jesús Martínez Cortés, que sigue estando entre nosotros, y a José García Almazor. Con los dos, formé parte de la subcomisión encargada de preparar la fiducia. El inspirador de esta institución fue José García Almazor. Los dos forman parte del grupo de los mejores juristas que ha habido en Aragón en los últimos veinticinco años porque unen profundos conocimientos teóricos y sentido práctico del Derecho. La generosidad de ambos sólo es comparable con su discreción. José García Almazor ha tutelado a Miguel Ángel en este libro, como lo hizo antes con sus hijas que también son notarios. Es un orgullo para Aragón tener estos juristas y para los que los apreciamos, tan buenos amigos.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
JUSTICIA DE ARAGÓN

ASPECTOS GENERALES

A. CONCEPTO

En todos conceptos de fiducia aragonesa ofrecidos por nuestros distintos autores se aprecia que se trata de una institución del derecho de sucesiones y se pone el acento en la facultad concedida por el causante a otra persona para designar heredero y distribuir la herencia; pero entre ellas existen también matices diferenciadores derivados de otros aspectos que al autor le interesa destacar o de estar muy ligado a la regulación legal existente en el momento en que se formula.

Joaquín COSTA se refería a ella como una «práctica aragonesa en virtud de la cual un cónyuge confiere al otro facultad para hacer en su nombre la designación de heredero y distribución de sus bienes entre los hijos»¹.

Francisco PALÁ MEDIANO, por su parte, la define como la potestad de actuar sobre los bienes de una herencia, por voluntad y según declaraciones del causante, en beneficio de sus herederos y sin derechos ni interés o beneficio para el fiduciario.

Según Adolfo CALATAYUD, la fiducia sucesoria aragonesa es un instrumento por el que una persona (comitente) puede nombrar a otra u otras personas (fiduciarios) para que se encarguen de ordenar, en todo o en parte, su sucesión por causa de muerte, una vez ha fallecido el primero.

¹ COSTA MARTÍNEZ, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Guara, Zaragoza, 1881, pág. 106.

Conforme a la regulación en la Lsuc. podemos definirla como institución del derecho de sucesiones que permite al causante ordenar su sucesión a través de otras personas, supeditadas siempre a la voluntad de quien las nombra, en la que la delación de la herencia se difiere hasta que los nombrados ejecutan la ordenación.

En la jurisprudencia no encontramos una definición de la figura pero sí distintas sentencias que ponen de relieve diferentes aspectos; por ejemplo la de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de abril de 1998, que destaca que se trata de un acto de disposición *mortis causa*, su carácter individual y la esencia de la fiducia, que es conceder a un tercero la facultad de ordenar tu sucesión: «la fiducia sucesoria es en Aragón un acto de disposición "*mortis causa*" de carácter individual, por el que el causante otorga a otro la facultad de ordenar su propia sucesión, aunque haya sido formalizada en capitulaciones matrimoniales o en testamento mancomunado». Respecto de la misma figura, la Audiencia Provincial de Teruel, en sentencia de 9 de febrero de 2002, lo que destaca es el carácter de «confianza» que tiene la institución, al señalar que «la fiducia sucesoria es un negocio, como lo es toda fiducia, cualquiera que sea su naturaleza, basada en la confianza que una persona tiene en otra y en la que deposita la misma, para que en su nombre ejecute o realice uno o varios negocios jurídicos».

Se trata, por lo tanto, de una delegación de la facultad de disponer por causa de muerte, constituyendo una manifestación más de la amplísima libertad que tiene el causante para ordenar su sucesión, de acuerdo con el art. 3 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, que dice lo siguiente: «*el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae*».

Para una mejor comprensión de la institución conviene diferenciarla de otras figuras con las que presenta puntos de contacto,

principalmente de la sustitución fideicomisaria y de la herencia de confianza:

En la sustitución fideicomisaria regulada en los arts. 781 y siguientes concordantes del Código Civil, tanto en la pura como en la de residuo o incluso en el fideicomiso de elección, el heredero fiduciario adquiere los bienes desde el fallecimiento del causante hasta que los transmite al fideicomisario; hay así dos vocaciones hereditarias. Constituye, por lo tanto, un supuesto radicalmente distinto del que estamos estudiando, ya que en la fiducia aragonesa el fiduciario no es heredero, no hay dos vocaciones a la herencia y en el momento del fallecimiento del causante no existe, conforme a la esencia de dicha figura, ninguna persona que esté llamada a adquirir la condición de heredero o que reciba algún incremento patrimonial.

En la herencia de confianza, regulada en el Fuero Nuevo de Navarra y en el Código de sucesiones de Cataluña, el testador faculta a una o más personas para hacerse cargo de la herencia y darle el destino que confidencialmente le haya confiado aquel. El heredero de confianza sólo es un heredero aparente, más bien un testigo cualificado, que no hace sino exteriorizar una voluntad ajena. Por el contrario en la fiducia aragonesa, el fiduciario no es heredero aparente y al ordenar la sucesión del que le ha nombrado expresa una voluntad propia, formada y elaborada por él mismo.

B. NATURALEZA JURÍDICA

Zubiri pone de relieve los escasos estudios existentes entre los autores aragoneses tradicionales en torno a la naturaleza jurídica de la fiducia, tema que sí abordan otros autores españoles en relación con figuras análogas a la fiducia aragonesa dentro de nuestro ordenamiento jurídico como el poder testatorio, el heredero de confianza, la institución de heredero por fiduciario, el heredero distribuidor, y el fiduciario-comisario; y en el Código

Civil con los arts. 671, 831 y 1.057. Pero han sido fundamentalmente autores italianos los que se han planteado la cuestión. Entre las diversas tesis formuladas podemos destacar las siguientes:

La tesis que defiende que el fiduciario es un representante del causante está sustentada en la doctrina del testamento por comisario; así lo concibe ADRIÁN CELAYA² respecto del derecho de Vizcaya. Pese a que el fiduciario actúa según su voluntad, lo hace para que los efectos jurídicos se produzcan en la sucesión del causante; pero debemos rechazar esta posibilidad por la complejidad que conlleva la idea de la representación del difunto, al no poder gestionarse un interés de quien ya ha fallecido.

En una segunda posición se encuentra la teoría que configura la figura como un mandato *post mortem*, defendida por los italianos COVIELLO y GIAMPICOLO. El primero concibe la fiducia como una disposición de última voluntad en la que el testador pide al heredero que transmita los bienes a un tercero, lo que no coincide con la regulación aragonesa en la que el fiduciario no es heredero. El segundo, entiende que hay un mandato *post mortem* por el que el causante confiere a otro sujeto un poder para un tiempo a partir de su fallecimiento. Sin embargo, debemos descartar esta tesis, dado que el mandato se extingue a la muerte del mandante (art. 1732 Cc).

Otra concepción (DÍEZ-PICAZO) considera al fiduciario como un arbitrador de un negocio jurídico ajeno. El causante dispone su sucesión pero de forma indeterminada, y encomienda al fiduciario la facultad de elegir entre un grupo de personas quien ha de ser el beneficiario de la sucesión. Sin embargo, presenta el inconveniente de que no es aplicable a todas las fiducias; en efecto, hay supuestos, en los que el causante habrá determinado entre quiénes tiene que elegirse el beneficiario; así se observa en el pro-

² CELAYA IBARRA, *El testamento por comisario*, A.D.C., 1972, págs. 738-739; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVI (Vizcaya), págs. 154 y 157.

toloco número 533 de 1958 del entonces Notario de Graus, Sr. Díez Cabezudo: «nombrar heredero al hijo o hija... que consideren más conveniente para la casa y familia», o en el número 108 de 1976 del Notario de Boltaña, Sr. Castiella: «a uno de los hijos de este matrimonio, siendo útil física y moralmente, a juicio de las personas que hayan de hacer la designación». E incluso el actual art. 142 Lsuc. dispone que existiendo descendientes del causante la elección deberá hacerse entre ellos. Pero habrá otros en los que no haya hijos o descendientes o, cuando el causante así lo haya dispuesto, en los que el fiduciario, respetando siempre la legítima, tiene una libertad omnímoda en su actuación sin que tenga que elegir como beneficiarios de la sucesión entre los integrantes de un grupo determinado. A estos últimos casos no puede aplicarse esta tesis, porque para que haya arbitrio deben de haberse dado unos criterios de determinabilidad en los que pueda basar su decisión, pues si hay absoluta indeterminación no puede haber arbitrio (no hay regla ninguna por la que se puede regir) y, como la naturaleza jurídica de una figura es la misma para todos los supuestos, no podemos aceptar esta teoría.

Queda, por último, la tesis que la configura como un negocio que necesita un elemento integrativo. La fiducia sucesoria implica la existencia de un acto jurídico *mortis causa* del causante, válido y eficaz que, sin embargo, para producir el efecto que lo caracteriza, la delación de la herencia, necesita el concurso de un tercero. LACRUZ entiende que el nombramiento de fiduciario no es «un negocio incompleto o imperfecto, sino, más exactamente, uno que no basta para la producción de su efecto propio —señalar la dirección del fenómeno sucesorio— y necesita de un elemento integrativo».

Esta teoría seguida también por la profesora PARRA LUCAN es, a mi juicio, la que mejor se ajusta a la naturaleza de la fiducia aragonesa y a todo el proceso de ordenación de la sucesión por medio de fiduciario, además de acomodarse a la regulación de la

figura en la Lsuc. En una sucesión en la que no hay fiducia, en el momento del fallecimiento del causante se abre la sucesión y se produce la delación porque los llamados tienen la posibilidad de aceptar o repudiar el llamamiento. En la sucesión en la que existe fiducia, en el momento del fallecimiento del causante se abre la sucesión, pero, pese a ser válida y perfecta la designación de fiduciario, la delación solo tiene lugar cuando este ejecute la fiducia. Así lo expresa el art. 133.1 Lsuc. al disponer que *«a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción»*. De acuerdo con este precepto, para que pueda producirse la transmisión por voluntad del causante de determinados bienes, finalidad que pretende toda sucesión *mortis causa*, es precisa la concurrencia de dos actos sucesivos: el nombramiento de fiduciario por el causante y, tras la muerte de éste, la ejecución de la fiducia por parte del fiduciario. De manera que la voluntad del causante de ordenar su sucesión manifestada por el nombramiento de fiduciario es sólo parcialmente eficaz para el efecto pretendido, ordenar su sucesión, dado que debe ser completada con los actos de un tercero. Así, la voluntad del fiduciario integra y completa la del causante.

C. CARACTERES

De acuerdo con la regulación de la institución en la Lsuc., podemos señalar los siguientes:

1. BASADA EN LA CONFIANZA

Como todo negocio fiduciario, su fundamento radica en la confianza; y concretamente en la fiducia aragonesa, en la que el instituyente tiene en el fiduciario para que ordene adecuadamente su sucesión. Este carácter fundamental hace que el instituyente o comitente pueda revocar el nombramiento en cualquier momento; así se recoge en el art. 128 del Lsuc. que permite su revocación

en testamento o escritura pública cualquiera que sea la forma en que se haya efectuado el nombramiento. Y ese mismo carácter hace que el legislador declare que, salvo disposición del comitente, sea ineficaz el nombramiento en supuestos que permiten suponer que la confianza ha desaparecido.

Esta característica fundamental, de las que derivan las otras notas que exponemos a continuación, no impide que el fiduciario, al ejecutar la fiducia, emita su propia y autónoma voluntad. No se trata de reproducir la voluntad del causante, que podría haber sido comunicada de algún modo; el causante contaba, precisamente, con el acierto del fiduciario en su decisión, razón por la que le permite incidir en la esfera de decisión del causante en relación con su sucesión puesto que, una vez fallecido él, va a dejar en sus manos la ordenación y reparto de sus bienes. Hay que tener en cuenta la importancia de este factor: no por la cuantía de los bienes o por tratarse de una cuestión patrimonial, sino porque ello puede ser el último «modo de protección» del causante para con aquellos a los que más quería en su vida. Es decir, desde un punto de vista «paternalista» trataría, con su patrimonio, de «dejar todo arreglado» para el bienestar de sus más allegados.

2. PERSONALÍSIMO

Anteriormente, el carácter personalísimo del cargo de fiduciario era una cuestión defendida doctrinalmente, pero carente de apoyo o tipificación legal; debía deducirse implícitamente del art. 110 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. En el mismo sentido que la doctrina, la jurisprudencia —pese a no haber disposición expresa que lo estableciese— se ha inclinado siempre por el carácter personalísimo de dicha figura; en este sentido podemos indicar las antiguas sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 19 de octubre de 1859 y 25 de abril de 1860 que ya destacan su carácter personalísimo.

Dicha laguna ha sido corregida en la vigente Ley de sucesiones por causa de muerte, cuyo art. 125 —en su tercer apartado— establece que «*las facultades del fiduciario se entenderá que tienen carácter personalísimo*». Esto implica que, dada la relación de confianza en que se sustenta la institución, deba ser el propio fiduciario quien ejecute por sí solo la ordenación de la sucesión.

Sin perjuicio del carácter personalísimo del cargo, el fiduciario podría encargar gestiones concretas para desempeñar mejor las funciones que le han sido encomendadas. Así, por ejemplo, para la valoración de determinados bienes, nombramiento de procuradores para ejercer las acciones de defensa del patrimonio hereditario, ordenar el pago a una entidad de crédito (como ejecutor material de una determinada atribución) de cierta cantidad a un determinado sujeto, designar contador-partidor o albacea, etc.

3. INDELEGABLE

El carácter personalísimo de la fiducia determina su indelegabilidad. Al tratarse de un cargo de confianza, la finalidad que busca el comitente al encargar la ordenación de su sucesión a un sujeto determinado se vería traicionada de encargarle éste, a su vez, a un tercero, el ejercicio de dicho cometido.

Posiblemente la cuestión que puede suscitar mayores discrepancias es el nombramiento de sustituto. Podemos plantear tres opciones:

- Nombrado por el causante para el caso de que el nombrado no quiera o no pueda aceptar el cargo: Es evidente que cabe puesto que la ley lo admite en el art. 124 (fiducia sucesiva) y regula en el art. 130 el momento desde el que debe computarse el plazo para cumplir el encargo.

- No le ha concedido facultad alguna para nombrar sustituto: como es personalísimo, no puede.
- El causante le autoriza para nombrar sustituto. Es la opción que presenta mayor dificultad, su admisión dependerá del carácter imperativo o dispositivo que se atribuya al art. 125 Lsuc.

Con anterioridad a la publicación de la Ley, ZUBIRI estimaba que el carácter personalísimo no obstaba para que el instituyente pudiera establecer sustitutos o permitir al fiduciario la delegación de todas o alguna de sus facultades; para él, el instituyente podía autorizar expresamente al fiduciario para delegar, permiso que podría conferirse al amparo de la libertad civil que rige en Aragón (en este sentido indica que parecía pronunciarse la citada sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 19 de octubre de 1859).

M^a Ángeles PARRA LUCÁN deduce del tenor literal del precepto «*se entenderá*» que se trata de un criterio interpretativo de la voluntad del causante y, por lo tanto, dispositivo. Sin embargo, considera que para que el causante pueda autorizar al fiduciario la delegación de alguna de sus facultades, será necesario un poder especialísimo.

ADOLFO CALATAYUD considera que «no puede delegarse su ejecución ni cederse el cargo a terceras personas, ni siquiera aunque el comitente así lo haya previsto; es decir, no cabe nombrar a una persona encargada de determinar quién será el fiduciario».

En mi opinión, no es posible que el fiduciario pueda nombrar sustituto. El carácter personalísimo que proclama el art. 125 Lsuc. es consecuencia de que el nombramiento está basado en la confianza; confianza que no puede afirmarse de un sustituto que el comitente puede incluso desconocer. La existencia de un poder especial otorgado por el causante, con independencia de su extinción a su fallecimiento, se asemeja más a un nombramiento de sus-

tituto hecho por el causante si consta el nombre del designado. Si el poder es otorgado por el fiduciario para que el apoderado nombre heredero a una persona determinada, como dicen varios autores, no se está nombrando sustituto, sino ejecutando la fiducia.

Esta solución es la que se desprende también de otros derechos de nuestro ordenamiento jurídico que regulan figuras análogas. El art. 19 de la Compilación Balear establece que «*el distribuidor ha de ejercitar dichas facultades [elección y distribución] personalmente, pero la ejecución de lo que en uso de las mismas disponga puede encomendarse a otra persona*». Igualmente, el art. 39 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco prevé, para Vizcaya, que —pese a ser personalísimas sus facultades— el fiduciario podrá «*designar albacea y contador-partidor de la herencia del comitente*». Y, finalmente, la ley 282 de la Compilación de Navarra, indica que «*la función de fiduciario es personalísima, pero la simple ejecución o formalización del acto podrá delegarse en otra persona, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad*».

Como conclusión, conviene destacar que el contenido esencial de la fiducia, la ordenación de la sucesión del causante, es totalmente indelegable, en tanto que la mera ejecución de dicho mandato podría encomendarse a un tercero ajeno a dichas funciones.

4. VOLUNTARIO

La voluntariedad del cargo de fiduciario —antes ausente del texto legal— se encuentra ahora incluida en el párrafo tercero del art. 125 Lsuc., que reza: «*el cargo es voluntario...*»; es por ello que puede ser renunciado libremente, como estudiaremos más adelante, sin necesidad de alegar razón alguna [art. 147.d) Lsuc.].

5. GRATUITO

También ese mismo art. 125 Lsuc., en su tercer epígrafe, contempla la gratuidad del cargo, con la salvedad de «*que el causante hubiese previsto que fuera retribuido*».

No parece que el hecho de que el cargo sea gratuito o retribuido sea más o menos conveniente a la naturaleza de la institución; se trata, nada más, que de una opción legislativa que desde el punto de vista teórico no influye en la configuración de la institución. Con la actual normativa, queda claro que si el comitente no establece ninguna previsión que implique una cierta retribución, ganancia o beneficio para el fiduciario, éste no tendrá derecho alguno a exigirlos, aunque hubiere cumplido satisfactoriamente con su función. Se nos podría plantear aquí la duda de si la gratuidad impuesta por la norma no podría tener efectos perjudiciales a la hora de ejecutar el encargo; es decir, que con motivo del descontento que puede suponer para el fiduciario no recibir pago o compensación alguna por el esfuerzo realizado y el tiempo dedicado a la realización del encargo, proceda éste de modo negligente.

6. SUBSIDIARIO

La subsidiariedad de la fiducia radica en que es una institución cuya función, la ordenación de la sucesión del causante, sólo puede ejercerse por disposición expresa del comitente, y respetando no sólo las instrucciones, sino también las posibles disposiciones realizadas personalmente y con carácter previo al fallecimiento por el propio causante.

Esta característica igualmente ha quedado legalmente tipificada en el art. 126 Lsuc., que reza: «*salvo expresa autorización del comitente, el fiduciario, cualquiera que sea la forma en que haya sido designado, no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento*».

Esta cuestión, que puede parecer un tanto desconcertante ¿por qué iba el causante a autorizar que contradigan una disposición que él mismo había previsto?, adquiere sentido si profundizamos en el auténtico sentido de la fiducia. Actualmente, sirve para ordenar la sucesión del causante del modo más apropiado, generalmente entre sus descendientes; esto podría incluir tanto favorecer a quien más lo necesite, como no hacerlo con quien no tuvo una conducta apropiada para con el comitente.

El precepto, al referirse a las disposiciones del comitente que el fiduciario debe respetar, lo hace de una manera general, de modo que comprende tanto las relativas a disposiciones en las que el comitente ordena por sí mismo su sucesión como aquellas que se limitan a establecer instrucciones sobre la forma de actuar del fiduciario. Unas y otras pueden ser previas, simultáneas o posteriores al nombramiento de fiduciario; y todas ellas han de ser respetadas por éste. Ahora bien las disposiciones por las que el causante ordena su sucesión pueden plantear problemas de interpretación en todos los casos de nombramiento de fiduciario.

En relación a las disposiciones testamentarias del causante anteriores al nombramiento hay que determinar si éste produce la revocación de aquéllas. Para ello aplicaremos las reglas generales de interpretación de los arts. 101 y 110 Lsuc., teniendo en cuenta, además, el art. 117 Lsuc para averiguar si la forma en que se ha designado fiduciario es la adecuada para producir su revocación. Cuando las disposiciones y el nombramiento son simultáneas habrá que averiguar su grado de compatibilidad; y toda disposición testamentaria posterior plantea el problema de averiguar qué ocurre con el fiduciario; su revocación parece clara si el causante dispone de la totalidad de su patrimonio. En relación a estas últimas, el art. 128 Lsuc., dispone que el nombramiento de nuevo fiduciario produce la revocación de los anteriores salvo que resulte claro que la voluntad del causante es que actúen conjunta o sucesivamente.

D. FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD

Como veremos a continuación, el origen de la fiducia aragonesa está muy vinculado a la Casa y a la necesidad de mantener unido el patrimonio familiar. En esa situación puede ser importante aplazar el nombramiento de heredero de manera que la elección pueda realizarse en mejores condiciones; se contaría así con mayores elementos de discernimiento para una correcta elección sobre cuál de los hijos o familiares está más cualificado para ejercer dicho cargo.

En la actualidad ha ganado importancia la idea de la igualdad de los hijos y que hay que distribuir los bienes y ordenar la sucesión del modo más acorde con las necesidades de los descendientes. Ante esta nueva situación se invierte la finalidad de la fiducia que ya no será el mantenimiento del patrimonio familiar sino su distribución de acuerdo con la situación en que se encuentren los descendientes del causante. Al conferirse dicha facultad a un tercero, es previsible que éste pueda recopilar más datos, lo cual le permitirá hacer una distribución más justa y proporcional a la situación de cada uno de dichos sujetos.

Pese a la pérdida de la destacada posición que anteriormente ostentaba la Casa aragonesa, todavía hay casos en los que se siente la necesidad de conservarla y en los que la fiducia estará plenamente justificada. Pero hoy su principal ámbito de aplicación puede ser en las empresas familiares, para preservar la identidad de un patrimonio familiar constituido, en su mayor parte, por una explotación mercantil o industrial; es aquí donde se pone de manifiesto su relevancia en el uso que de ella se puede hacer para conseguir esa finalidad, como método alternativo a la constitución de sociedades. Su uso en estos casos posibilita gestionar el patrimonio hereditario del causante sin solución de continuidad por quien lo venía administrando en vida del mismo.

Sin duda, la finalidad que se persigue hoy en la mayoría de los casos en los que se constituye la fiducia es consolidar la posición del cónyuge superviviente a quien el otorgamiento de la facultad de decidir el destino de los bienes del causante otorgaría un mayor respeto y autoridad dentro de la familia. En la Lsuc. se aprecia claramente el reforzamiento de la posición del cónyuge superviviente. Hay que tener en cuenta que la legítima aragonesa es global y está integrada por todos los descendientes, por lo que al poder elegir heredero o distribuir la herencia desigualmente se coloca al cónyuge viudo en una posición preeminente en relación con sus hijos y nietos. Por otra parte, en nuestro derecho el cónyuge superviviente tiene, en general, el usufructo de todos los bienes relictos, por lo que tendrá su administración; pero si se le nombra fiduciario esas facultades se amplían, ya que tendrá también las de disposición en los términos previstos en la Ley. Por último, su posición privilegiada se pone de manifiesto en que, salvo previsión del causante, su nombramiento se entiende hecho de por vida, puede ejecutar el encargo en testamento, no tiene que formalizar inventario y forma parte de la fiducia colectiva aunque no se le haya nombrado.

Respecto a su importancia, es evidente que en la actualidad la fiducia es, junto con la viudedad, una de las instituciones más características del derecho aragonés: podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el testamento más frecuentemente otorgado en Aragón es el testamento mancomunado en el que los cónyuges se conceden viudedad universal y se designan recíprocamente fiduciarios. Cabe decir, como expresaba Adolfo CALATAYUD SIERRA, que la gran extensión de su aplicación práctica ha permitido profundizar en ella y ha llevado al legislador aragonés a ampliar su ámbito y regular minuciosamente los detalles de la misma. Especialmente característica de la regulación actual de la fiducia es la gran flexibilidad de su regulación y el amplísimo ámbito que se concede a la autonomía de la voluntad, directamente relacionado con el principio de libertad civil, plasmado en el *standum est chartae*.

II. TIPOS DE FIDUCIA

En función de las personas designadas para ejercer el cargo, la fiducia es individual cuando el causante designa a un único fiduciario para que actúe individualmente. Es fiducia plural cuando el causante nombra a varios fiduciarios para que actúen bien: de modo sucesivo, en caso de que el primero no quiera o no pueda hacerlo; de forma solidaria, no tipificada legalmente, o mancomunada denominada fiducia colectiva. La fiducia colectiva y la plural son, por lo tanto, distintas: la colectiva es un tipo de fiducia plural en el que los fiduciarios actúan conjunta o mancomunadamente. Actualmente, la fiducia plural cabe para todo; y la colectiva ya no se limita a la sucesión de la casa.

La Ley de sucesiones por causa de muerte regula únicamente la fiducia colectiva o fiducia plural mancomunada debido a que el legislador, ante las complicaciones que puede suponer la fiducia plural solidaria, decidió omitir ésta de la tipificación legal.

A efectos de delimitar el tipo de fiducia ante el que nos encontramos, el art. 124 Lsuc. establece que «*nombrados varios [fiduciarios] sin señalar cómo deben actuar, se entenderá que el llamamiento es conjunto*» es decir fiducia colectiva; esta disposición constituye una aplicación más de la regla general del art. 1137 del Código Civil, a favor de la mancomunidad.

Un supuesto especial de fiducia en una escritura de pacto sucesorio es el que podríamos, informalmente, denominar «fiducia legal». Así, el art. 81.2 Lsuc., al hablar de la institución recíproca, señala que «*a falta de disposición expresa sobre este particular,*

la institución no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan descendientes del premuerto que no lo sean del supérstite. Habiendo sólo descendientes comunes, el pacto equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia». Este nombramiento legal como fiduciario tendría, por lo tanto, el mismo fundamento que el art. 142.1 Lsuc.: proteger a los descendientes del premuerto, asegurándose de que el patrimonio hereditario se distribuye entre ellos, puesto que en dicha distribución se entiende que el fiduciario «legal» quedaría vinculado por lo dispuesto en el art 142 Lsuc.

III. ORIGEN

El origen de la fiducia está muy vinculado al de la Casa aragonesa³. Como dice SÁNCHEZ PASCUAL, «la Casa aragonesa requiere el apoyo y el sacrificio de todos los que la componen; [...] Podemos decir que en Aragón no son las Casas para los familiares, sino los familiares para las Casas; y porque éstas vivan, se desarrollen y prosperen, renuncian a la porción que les pudiera corresponder en la división de sus bienes, y nombran heredero al que reúna mejores condiciones para llevar el timón de la Casa, a través de todas las dificultades de la vida, [...]; y, como todo *pequeño Estado*, disponen de un poder legislativo, que les permite dictar libremente su Derecho, en virtud del principio *Standum est Chartae*, Derecho que plasma en las capitulaciones matrimoniales...»⁴.

La necesidad de conservar indivisos los pequeños patrimonios rurales, para que puedan cumplir su finalidad de sustentar una familia, hace que la Casa en la sucesión *mortis causae* se transmita a un solo heredero.

Es en esta circunstancia como surge la figura de la fiducia: cuando el titular de la Casa no puede hacer la designación de su sucesor con garantías de acierto por ignorar en ese momento las eventuales cualidades de cada uno de los posibles herederos. Precisamente en esa dificultad radica la importancia histórica de dicha

3 Sobre la Casa aragonesa, ver el Prólogo de Juan MONEVA Y PUYOL a la obra *La casa en el Derecho aragonés*, de MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Zaragoza, 1944.

4 SÁNCHEZ PASCUAL, *El «casamiento en casa»*, Anuario de Derecho Aragonés, 1944, pág. 436.

institución; se encomienda entonces esa labor a otras personas: su cónyuge, sus parientes, o incluso un extraño. Y, pese a todas las objeciones que se puedan plantear, como decía OTTO, «si bien es cierto que nadie puede sustituir al causante en el conocimiento íntimo de sus necesidades, y en la posesión de afectos absolutamente personales y en el sentimiento de sus deberes más sagrados, no lo es menos que el empleo del comisario se hace precisamente para que cuando él falte, sea su cónyuge o el pariente más cercano quien le sustituya en el desempeño de aquella delicada misión y en la apreciación en aquel difícil momento de la aplicación a ejercicio del mandato de todas las circunstancias necesarias para dar realidad a las previsiones y deseos del comitente, a quien sustituye pudiendo aquilatarlos... si bien en vez de otorgarse el mandato sería más cómodo y definitivo otorgar testamento, no hay que olvidar que quizás las prevenciones que se adoptan al otorgarse el testamento, no tendrían aplicación ni oportunidad en aquel momento, y sin embargo sería de gran utilidad al tiempo de ocurrir las circunstancias previstas. Si todo hubiese de quedar como en el momento en que el testador expresa su voluntad, holgaría el encargo que sólo se confiere para evitar ciertos y determinados sucesos, o en previsión de los mismo, si ocurrieran».

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el estudio de la evolución histórica de la figura, dividiré su análisis en cuatro períodos.

A. HASTA EL SIGLO XIX

Todos los autores aragoneses están de acuerdo en que su origen es totalmente consuetudinario, nacida al amparo del principio *standum est chartae*, y que su desarrollo normativo se produce en tiempos más recientes. Como indica Mariano ALONSO Y LAMBÁN nace de la libertad civil aragonesa, creciendo —a través de los protocolos notariales— podríamos decir que «abrigada» al calor de la costumbre.

Encontramos antecedentes de dicha figura en encomiendas y pactos recogidos en documentos de fecha muy remota (siglos XII y XIII)⁵. Pese a que nos consta, pues, su existencia desde el siglo XII, los primeros datos normativos conocidos son de una fecha mucho más tardía.

El hecho de que la fiducia no se recoja propiamente en los Fueros y Observancias puede deberse a que considerasen innecesario dar una mayor formalidad a una institución que ya gozaba, de por sí, de una amplia aceptación en la vida cotidiana. Podemos entender que si en otros reinos, como el de Castilla, el tes-

5 MALLO FRONTIÑÁN y PRADAS ARNAL, en el capítulo relativo a «La fiducia sucesoria» del libro *Estudios sobre Derecho sucesorio aragonés* (Trabajos del Seminario de Derecho Foral, Curso 1985-1986), Universidad de Zaragoza, 1986, págs. 349 y 350.

tamento por comisario o la fiducia sucesoria fueron regulados expresamente, se debió a la voluntad de proteger dichas figuras de la corriente jurídica contraria procedente de la recepción del derecho romano (que, como hemos indicado con anterioridad, tuvo escasa importancia en Aragón).

Como señala ALONSO Y LAMBÁN, pese a que en fueros como *De donationibus*, y observancias como *De iure dotium*, podemos encontrar figuras con cierta analogía el auténtico fundamento de la fiducia «se debe buscar en las observancias 16 *de fide instrumentorum* y 6ª *De confesis*, consagradoras de la autonomía de la voluntad, piedra angular donde se apoyó la institución». En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1882 fundamenta también el testamento por comisario en varias observancias (Observancia 6ª «*De confesis*» y 16ª, «*De fide instrumentorum*»). Pero, además, dicha sentencia añade que «conforme al Fuero único *Ei quae dominus rex*, y al privilegio general otorgado por el Rey Pedro en las Cortes de Zaragoza de 1283, forman parte integrante de la Legislación foral las costumbres de uso general y las prácticas constantes del Reino» y, por lo tanto, si dicha figura no estuviese admitida en base a dichas observancias, lo estaría por la constante e inmemorial costumbre; vuelve pues a incidir en ese origen consuetudinario.

Dada la concreción de los textos mencionados, debemos buscar la fundamentación de tan importante y amplia figura jurídica en argumentos distintos. Llegamos, en este punto, al principio *standum est chartae* (estar a la carta), que refleja la libertad civil de que gozaban los aragoneses y que, junto a la reiteración de los actos con la intención de otorgarles eficacia jurídica, dieron fuerza consuetudinaria a la fiducia. Ello va a suponer una especialidad, puesta de manifiesto por PORTOLÉS que, tras hacer referencia a los postglosadores, que negaban la validez de los testamentos en los que la institución de heredero era conferida a una voluntad ajena, añade que la necesidad de «estar a la carta», propia del

reino de Aragón va a conferir validez al testamento en el que la institución de heredero penda de la voluntad de otro, opción que, en efecto, estaba muy aceptada en la práctica.

Son varios los autores que, junto con Portolés, hacen referencia a la figura: Sessé⁶, Blas⁷, Molino... Todos ellos entendían que en Aragón se puede testar por comisario, en tanto que no está prohibido por las disposiciones forales, y éstas marcan la obligación taxativa de estar a la carta o instrumento en que se contenga el poder, que debe ser especial⁸.

B. LA CODIFICACIÓN Y EL APÉNDICE DE 1925

La elaboración de un Código Civil único para toda España era una aspiración generalizada entre los juristas españoles del siglo XIX. En Aragón se estima que el Código único debe recoger no sólo la legislación castellana, sino también las de las demás regiones y, en concreto, la aragonesa. En este sentido se pronunciaron MARTÓN Y GAVÍN, SANTAPAU⁹, SAVALL, PENÉN, GIL BERGES o el propio Joaquín COSTA¹⁰.

Ante el retraso de la promulgación del Código civil español, GIL BERGES manifestó que se debía realizar un Código Civil aragonés «completo, ordenado y metódico». Con esa finalidad fue convocado en 1880 el Congreso de Jurisconsultos aragoneses pero sus trabajos quedaron muy condicionados por otros acontecimientos. De manera que en la última sesión se constituyó una Comi-

6 SESSÉ Y PIÑOL, "Decisionum...", núm. CCXXXI, tomo 3, folios 8 vuelto y 9, 1621.

7 BLAS Y MELENDO, *Derecho civil aragonés*, 1873, págs. 284 y 295.

8 DE OTTO ESCUDERO, *Derecho foral*, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, pág. 429.

9 Autores de un tratado de Derecho aragonés del s.XIX que, pese a su elevadísima calidad, quedó incompleto.

10 COSTA MARTÍNEZ (*Derecho Consuetudinario y economía popular de España*; 1880; págs.28 y 61, edición de 1902) buscó instituciones jurídicas existentes al margen de la norma escrita y recogió la fiducia a favor del cónyuge y la colectiva en la que son fiduciarios los parientes.

sión codificadora para que redactase un Proyecto de Código civil aragonés, pero limitado «al especial de Aragón que debe quedar vigente como excepción del derecho común de España».

En las conclusiones del Congreso, se rechazó la llamada «herencia de confianza» y se afirmó que «2. *Debe sostenerse la práctica aragonesa en virtud de la cual, un cónyuge confiere a otro facultad para hacer en su nombre designación de heredero y distribución de sus bienes entre los hijos*».

Entre los acontecimientos a que hemos hecho referencia destaca el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, que agregó a la Comisión General de Codificación un vocal de cada región foral para efectuar las Memorias correspondientes a las instituciones que debían subsistir en los distintos derechos forales. En el caso aragonés, se nombró a Luis FRANCO Y LÓPEZ que realizaría dicha tarea al margen del Congreso y redactó una Memoria el 31 de diciembre de 1880. Él mismo publicó en 1893 una *Adición* a dicha Memoria, para adaptarla al nuevo Código,

El artículo sexto de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888 recogía la creación de apéndices «en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen». Por una Real Orden de 15 de octubre de 1889 se instó a las Corporaciones provinciales a elaborar el informe previsto en la Ley de Bases. Ante esta exigencia, la Diputación de Zaragoza convocó una reunión, el 26 de octubre del mismo año, en la que se creó una comisión de ocho ponentes, para que presentase el citado informe sobre la «Memoria» de FRANCO Y LÓPEZ, así como un proyecto de Apéndice del Derecho Civil aragonés. Dicha comisión la constituyeron: GIL BERGES, MARTÓN, ESCOSURA, CASAJÚS, RIPOLLÉS, ISÁBAL, SASERA y Luciano SERRANO. El Proyecto redactado, es conocido, en atención a su máximo impulsor, como «Proyecto Ripollés», y se publicó en 1899.

En 1989 se publica otro Real Decreto por el que se constituye en Aragón, como en los demás territorios con derecho civil propio, otra comisión, dependiente de la General de Codificación, encargada de redactar un Proyecto de Apéndice. La Comisión presidida por GIL BERGES publicó en 1904 un «Proyecto de ley en el cual se contienen como Apéndice del Código civil general las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en el concepto de excepción del mismo Código para el Territorio de Aragón». Este Proyecto carecía de normas imperativas, ya que se aplicaba únicamente en defecto de acuerdo de las partes, o de costumbre.

En cuanto atañe a la figura estudiada, la fiducia sucesoria fue incluida en todos los proyectos, tratándose de recoger en una norma escrita lo que hasta entonces se había reconocido consuetudinariamente.

La Memoria de FRANCO Y LÓPEZ¹¹, se refería expresamente a la fiducia, en el art. 117, completado en cuanto al plazo por el art. 118. En la *Adición* a dicha Memoria, que trataba de adaptar ésta al nuevo Código y en la que se reformaba parcialmente la regulación que había dado a la fiducia, el art. 99 dice que *«puede asimismo el testador delegar en su consorte, o en sus parientes o en otras personas, la facultad de hacer entre sus descendientes la distribución de los bienes que constituye la legítima de éstos, así como el nombramiento de heredero universal a favor de sus descendientes, imponiéndole la obligación de asignar a los restantes una cantidad o porción de bienes que no sea inferior a lo que constituye la legítima de éstos. Podrá también en el caso de no tener descendientes, facultar a la persona delegada, para nombrar heredero a cualquier otro pariente o extraño. Esta delegación no sólo puede hacerse en testamento, sino consignarse también en la capitulación matrimonial y en cualquier otro acto entre vivos,*

11 FRANCO Y LÓPEZ y GUILLÉN Y CARABANTES, autores de las *Instituciones de Derecho Civil aragonés* (1841).

pero sólo para el caso de que no estableciera otra cosa en disposición testamentaria que posteriormente otorgare. El delegado deberá proceder con sujeción a las facultades que se le hayan concedido».

En el «Proyecto Ripollés», el art. 59 autorizaba a los ascendientes a *«delegar en su cónyuge, o en uno o más parientes o extraños, la facultad de instituir heredero o herederos y hacer la distribución de sus bienes entre sus hijos y descendientes legítimos. Esta delegación podrá hacerse en última voluntad o en acto intervivos y será siempre revocable».* Este proyecto concretaba aspectos tales como la revocabilidad de la delegación, el momento de efectuar la elección del heredero en función de la edad de los hijos (reforzándose así el carácter familiar que se le había atribuido tradicionalmente a dicha institución), y la caducidad de la delegación por no uso de la facultad concedida.

En el Proyecto GIL BERGES la delegación de las disposiciones *mortis causa* se regulaba en los arts. 99 y 260, que indica que *«puede en Aragón un cónyuge encomendar al otro, sólo o asistido de parientes, o únicamente a parientes y aún a personas extrañas, que ordenen y regulen a modo de fiduciarios-comisarios su sucesión universal, elijan al heredero o herederos y distribuyan los bienes, ora libremente y sin más limitaciones que las que la ley impone como necesarias en razón de la existencia de descendientes con derecho a legítimas, ora bajo determinadas condiciones de extensión y tiempo. Igualmente pueden los aragoneses encomendar a otra u otras personas con tal que sean éstas mayores de veinte años, la ordenación y regulación de sus sucesiones con las cláusulas que estimen convenientes y no resulten imposibles o contrarias al Derechos natural. Los encargos objeto de este artículo y el cumplimiento o desempeño de ellos habrán de constar en el testamento u otro acto público».*

En este artículo se autorizaba la fiducia con una gran amplitud, al poder delegarse en extraños, y poder realizarlo «los aragoneses», sin exigencia de un estado civil concreto. También es destacable la utilización del término fiduciario-comisario para

referirse a quienes han sido facultados para hacer la designación, puesto que dicha terminología, que venía siendo usada tradicionalmente por la doctrina, acabaría imponiéndose posteriormente.

El Proyecto se remitió a las Cortes en 1904, pero hasta 1922 la Comisión General de Codificación no comienza a redactar el Anteproyecto de Apéndice Aragonés, que culmina a mediados de 1923. El 27 de febrero de 1924 se somete a información pública el Proyecto de «Apéndice al Código Civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón»¹², que fue aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1925.

En su art. 29, el Apéndice dispone que *«el testador puede encomendar a su cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes que, a modo de fiduciario-comisario, ordene y regule la sucesión de aquel, elija al heredero o los herederos¹³ y distribuya los bienes, ora libremente y sin otras cortapisas que los derechos atribuidos, con carácter forzoso, por la ley; ora dentro de los límites que el testador señale y que no sean imposibles ni contrarios al derecho natural. Los actos del fiduciario-comisario, en cumplimiento de este encargo, habrán de constar en escritura pública. Valdrá la última voluntad cuando ellas consistan en disposiciones testamentarias, y serán irrevocables los que otorgue entre vivos»*. Este precepto toma, como base, el del anterior Proyecto de Apéndice de 1904 (GIL BERGES). Sin embargo, difiere en que los testadores han de estar, necesariamente, casados, cuestión

12 Publicado en la Gaceta de Madrid el 2 de marzo de 1924, págs. 1130-1142.

13 A este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1982 decía que «el art. 58 del mencionado "Apéndice" correspondiente al Derecho Foral de Aragón hay que relacionarlo, para determinar su alcance, con lo dispuesto en su art.34, prohibitivo de que tenga lugar la sucesión legítima si [...] la sucesión del causante está ordenada por capitulación matrimonial, de lo que se deduce la posibilidad de que la necesaria designación de heredero [...] sea facultad que correctamente pueda atribuir la capitulación matrimonial a los fiduciarios comisarios». Dicha designación de heredero la podrá hacer, pues, el fiduciario, «en escritura pública, para cuya formalización no es necesaria la concurrencia de los testigos instrumentales» que exigía el art. 21 del Apéndice para otorgar testamento.

ésta que fue intensamente criticada por Mariano ALONSO Y LAMBÁN¹⁴ en atención a su carácter eminentemente restrictivo.

Podemos sintetizar las principales características del art. 29 del Apéndice en las siguientes:

- Se recoge la institución de origen consuetudinario procedente del Alto Aragón y la extiende a todo el territorio en que rige el derecho foral, que alcanza a lo que en la división de Javier de Burgos serían las provincias de Zaragoza, Huesca y Teruel.
- Dicha regulación carece de sistemática y deja sin resolver muchos de los problemas que plantea la propia institución.
- Carácter personalmente restrictivo, en cuanto que sólo los casados pueden hacer uso de dicha figura.
- El fiduciario debe ser el cónyuge; la posible asistencia de los parientes, sin concretar la proximidad de éstos (línea, grado, o clase de parentesco), no parece suficiente para entender aceptada la fiducia colectiva.
- Multiplicidad de facultades del fiduciario, con la única restricción de la intangibilidad de las legítimas.
- Las disposiciones hechas por el fiduciario en cumplimiento del encargo son irrevocables cuando se realicen *inter vivos*.

C. LA COMPILACIÓN DE 1967

En el largo camino que lleva a la Compilación hemos de resaltar varios hitos que gozan de gran importancia para el derecho civil aragonés y, con él, para la fiducia. El 15 de junio de 1935 se nombra la Comisión de Juristas aragoneses reestructurada por el Decreto de 23 de mayo de 1947. En una sesión de dicha Comisión

14 ALONSO Y LAMBÁN, *Un punto en el tema de la fiducia sucesoria*, págs. 535 y ss.

celebrada en 1953, Martín Ballestero propuso encargar la redacción del Anteproyecto de Apéndice bien a un grupo de vocales, o bien a otra entidad constituida o por constituir. Dicha propuesta fue aceptada, concretándose en la creación de un Seminario, presidido por el profesor LACRUZ BERDEJO, que aportaría a la Comisión propuestas articuladas sobre las diversas instituciones.

El Seminario realizó tres redacciones distintas, producto de las cuales fue el texto definitivo incorporado al Anteproyecto. La evolución de dichos textos muestra como los miembros del Seminario optan por una regulación más concisa, pero completa, eliminando elementos superfluos o fácilmente deducibles pese al riesgo, finalmente materializado, de dejar sin resolver ciertos asuntos (por ejemplo, la forma del nombramiento, regulada en la primera redacción, pero olvidada en las posteriores).

En la redacción del texto incorporado al Anteproyecto no se imponía restricción alguna a la persona del instituyente, ni tampoco se exigía que el fiduciario tuviese vínculo alguno con el causante por lo que se amplía a toda clase de personas. Sí que se exige que el fiduciario hubiere alcanzado la mayoría de edad, que entonces estaba en 23 años, en el momento del ejercicio del encargo. Se preveía la pérdida de la condición de fiduciario para el cónyuge viudo por haber contraído posterior matrimonio.

Establecían un límite en cuanto al contenido, y es que sólo se podía ordenar la sucesión entre los descendientes y parientes consanguíneos del fiduciario dentro del cuarto grado, tal como lo preveía el art. 52 del Anteproyecto.

Los criterios de interpretación siguen, invariablemente, la voluntad del causante en cuanto no sea contraria a una norma imperativa o prohibitiva (art. 53 del Anteproyecto) y siguiendo el espíritu y finalidad de la institución.

En cuanto a la forma de disponer (art. 55 del citado texto), se exige que sea por documento público *inter vivos*; pero, siendo

el cónyuge viudo fiduciario único, podrá optar también por testamento de cualquier clase. Hay que resaltar la similitud que dicha redacción tiene con la actual normativa vigente.

Recogieron también, en el art. 56 del Anteproyecto, la facultad de cualquier interesado para solicitar del Juez de Primera Instancia el establecimiento de un plazo temporal que limite dicha actuación, salvo cuando el fiduciario sea el cónyuge supérstite.

En el art. 58 del Anteproyecto se remite, como luego hará el precepto correlativo de la Compilación —el 113—, a las normas de la comunidad hereditaria para la administración y representación de la herencia pendiente de asignación por el fiduciario.

La Comisión publicó su primer anteproyecto en 1962, elevándolo a la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia en 1963. En dicha Comisión se constituyó una Sección Especial que se encargó de la revisión y elaboró un Anteproyecto que remitieron al Pleno de la Comisión General de Codificación en 1966. El Pleno, basándose en dicho texto, aprobó el Anteproyecto que posteriormente fue remitido por el Gobierno de la Nación como proyecto de ley a las Cortes Españolas. La Compilación de Derecho Civil de Aragón fue finalmente promulgada por Ley 15/1967, de 8 de abril.

Pese a que el contenido fundamental de dicho texto procedía del propuesto por la Comisión aragonesa, basado a su vez en el del Seminario, la regulación de la fiducia sufrió, al igual que otras instituciones, notables alteraciones con cambios de gran relevancia realizados al margen de aquella propuesta lo que, sin duda, fue una de las razones por las que la regulación de la figura en la Compilación de 1967 resultó manifiestamente incompleta e insatisfactoria desde el punto de vista aragonés.

La Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 1967, regulaba la fiducia en el Título IV del Libro II, en los arts.110 a 118;

pero adolecía, sin embargo, de algunas carencias que la hacían insuficiente.

Respecto a las condiciones del instituyente, la Compilación no recogía exigencia alguna de capacidad, pero sí que limitaba la institución de fiduciario al cónyuge. No obstante, varios autores aragoneses, siguiendo la interpretación flexible propugnada por ALONSO Y LAMBÁN¹⁵, consideraban que dicha norma únicamente establecía una limitación para los cónyuges, dejando abierta dicha posibilidad para el resto de los supuestos. Fundamentaban dicha postura en el origen consuetudinario de la figura, así como en que ni el Apéndice ni la Compilación habían afectado a dicha figura, puesto que derogaron «los Fueros y Observancias del Reino de Aragón», pero no el citado derecho consuetudinario. Asimismo, el art. 3 CA establecía que se estaría a la voluntad de las partes *«siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón»*. Coincidió, pues, con LACRUZ BERDEJO y ZUBIRI en que en derecho aragonés cabía una fiducia sucesoria instituida por cualquier causante capaz, a favor de un tercero, para que regule su sucesión en la forma que tuviese por conveniente, salvando siempre la intangibilidad de las legítimas.

El nombramiento (art. 111 CA) se hacía de igual modo que en la regulación actual: en testamento o escritura pública. La ejecución del encargo, por su parte, podía hacerse también en testamento, coincidiendo, pues, con la regulación vigente, ya que con

15 Dicho autor defendió una interpretación flexible del citado art. 29 del Apéndice 1925, provocando un cambio de criterio. En esta misma línea, el Seminario, en sus tres redacciones, admitía la posibilidad de nombrar fiduciario sin restricción alguna relativa al estado civil del comitente:

- Primera redacción: *«pueden usar esta forma de disponer, tanto los casados, como quienes no lo son»*.
- Segunda redacción: *«los aragoneses, cualquiera que sea su estado, podrán nombrar [...] fiduciario o fiduciarios»*.
- Tercera redacción: *«todo causante puede nombrar uno o varios fiduciarios comisarios»*.

la Compilación únicamente podían ser fiduciarios los cónyuges. He de destacar, que para que el cónyuge viudo pudiese ejecutar la fiducia en testamento mancomunado era necesaria la autorización expresa del causante; la razón es la siguiente: el art. 94 de la Compilación sólo admitía el testamento mancomunado entre cónyuges por lo que, al estar fallecido el anterior, debía haber contraído nuevo matrimonio; pero, al constituir el nuevo vínculo una causa de pérdida de la condición de fiduciario (art. 110.2 CA), se requeriría una disposición expresa del causante admitiéndolo¹⁶.

Para la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación, el art. 113 de la Compilación remitía a las normas de la comunidad hereditaria¹⁷, que no son las de la comunidad conyugal continuada, ni las del consorcio foral, sino las del Código Civil, que resultan, sin embargo, insuficientes.

Por último, la fiducia colectiva (art. 114 CA) se usaba tradicionalmente para la ordenación de la casa; esta forma de fiducia —no regulada hasta entonces— se incorporó finalmente a la Compilación, quedando muy ligada a la Junta de Parientes, y teniendo como finalidad resolver ciertas cuestiones dentro de la propia estirpe, sin acudir a órganos judiciales.

16 Actualmente, el art. 147.e) Lsuc. exige también disposición expresa del causante para que el fiduciario no pierda tal condición por matrimonio posterior, o llevar vida marital de hecho; no obstante, el art. 102 Lsuc. permite otorgar testamento mancomunado entre sujetos que no tengan vínculo matrimonial entre sí, de modo que dicha problemática ha sido resuelta.

17 La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2003, en cumplimiento de dicha remisión, aplica la doctrina establecida por el Alto Tribunal en las Sentencias de 22 de marzo de 1990 y 11 de febrero de 1994: «el expresado vínculo de solidaridad, impuesto por imperativo legal, entre todos los herederos del causante respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por éste, excluye toda posibilidad de surgimiento del litisconsorcio pasivo necesario, cuando el acreedor demande a alguno o algunos de los herederos y no a todos».

D. LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

Tras la aprobación de la Constitución, las distintas Comunidades Autónomas se pusieron en marcha para hacer uso de las competencias relativas a los correspondientes derechos forales. El gobierno aragonés inició las tareas para la adopción de la Compilación al texto constitucional y las tendentes a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés; para ello el R.D. 1006/81, de 22 de mayo, actualiza la Comisión Compiladora de Juristas de Aragón integrada por juristas de reconocido prestigio.

La Comisión de Juristas de Aragón trabajó regularmente un par de años hasta que finalizaron su propuesta de reforma de la Compilación. Pero el Estatuto de Autonomía de 10 de agosto de 1982 no contenía precepto alguno que diera continuidad a dicha Comisión, teniéndose ésta por disuelta.

Una vez dotada la Comunidad Autónoma de instituciones propias, convenía crear un órgano especializado, constituido por expertos en Derecho civil aragonés, que asesorase al ejecutivo sobre posibles reformas en dicha materia. El Decreto 24/1984, de 5 de abril, de la Diputación General de Aragón, crea la Comisión Asesora sobre el Derecho civil aragonés, configurándola como un órgano consultivo de carácter permanente, adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales (art. 1 R.D. 24/1984), cuyas funciones consistían, según el art. 2 de la citada norma, en asesorar en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, especialidades procesales derivadas de éste, evaluación del grado de aplicación, y emisión de informes.

A la Comisión Asesora sobre Derecho civil se le encomendó la primera reforma autonómica de la Compilación, en base a los trabajos de la anterior Comisión de Juristas, con el fin de su necesaria adaptación constitucional. Elaborado éste, la Diputación

General lo presentó a las Cortes aragonesas como «Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón» en diciembre de 1984, y dio lugar a la Ley 3/1985, de 21 de mayo, promulgada para adecuar el texto foral a la CE, y a las nuevas normas de aplicación general en toda España, como la Ley del divorcio. En materia de fiducia y en lo relativo a las causas de pérdida de la condición de fiduciario, incluyó un tercer apartado en el art. 110 CA referente a la sentencia firme de nulidad, divorcio o separación.

El Decreto 162/1994, de 12 de julio, de la Diputación General de Aragón, (BOA núm. 90, de 17 de julio) creó la Comisión Aragonesa de Derecho civil, constituyéndola (siguiendo el precedente R.D. 14/1984, al que deroga) como un órgano consultivo adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, con la finalidad de asesorar a la Diputación General en las materias relativas a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés.

El Decreto 10/1996, de 20 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (BOA núm. 24, de 28 de febrero), deroga el anterior Decreto 162/1994, y pretende tipificar la diversidad de procedencias de los miembros de la Comisión, incluyéndolo en su normativa reguladora. Así, el Decreto de 19 de abril de 1996, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón (BOA núm. 47, de 24 de abril), nombra los vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (en adelante, «la Comisión»). De esta Comisión formó parte desde el principio mi padre, Jesús Martínez Cortés, que participó en todos los trabajos para la redacción de los anteproyectos de ley que finalizaron con la publicación de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, y la Ley de Derecho de la Persona.

Ese mismo año (1996), la Comisión publicó una Ponencia General sobre «Objetivos y método para una política legislativa

en materia de Derecho civil en Aragón» que proponía la formación de un Cuerpo legal del Derecho civil de esta Comunidad Autónoma, que vendría a sustituir, completándola, a la Compilación vigente.

La Comisión preparó un anteproyecto que el Gobierno de Aragón envió a las Cortes como Proyecto de Ley. En la tramitación parlamentaria se presentaron, por lo que respecta a la regulación de la fiducia, cuarenta y cinco enmiendas, de las cuales la Ponencia aprobó trece, que introducían mejoras de redacción o contenido pero no suponían una alteración importante de la configuración que de la fiducia hacía la Ley. Las restantes, o no se presentaron, o fueron rechazadas por el pleno. Tras la aprobación por las Cortes, el BOA de 4 de marzo de 1999 publicó la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, que deroga el Libro II de la Compilación y en cuyo Título IV (arts. 124 a 148) se contiene la regulación de la fiducia en la actualidad.

Después de la publicación de la Ley, los trabajos de la Comisión fueron la base de dos leyes importantes.

La primera de ellas la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, que derogó los títulos IV, V y VI y los arts. 7 y 22, y reformó el 20.1 y el 149.3, y que en materia de fiducia modifica —en la Disposición Final Primera— el art. 139 Lsuc., sobre la «disposición habiendo legitimarios».

La segunda, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona, que derogó el Libro Primero, del «Derecho de la persona y de la familia», y contiene regulación relativa a la fiducia en el art. 157, apartado 2º.

Ya hemos dicho que la Lsuc. dedica a la fiducia el Título IV (*De la fiducia sucesoria*) que se estructura en los siguientes Capítulos:

- Capítulo Primero: «Disposiciones generales» (arts. 124 a 133 Lsuc.).

- Capítulo II: de la «la herencia pendiente de asignación» (arts. 134 a 140 Lsuc.).
- Capítulo III: relativo a la «ejecución de la fiducia» (arts. 141 a 146 Lsuc.).
- Capítulo IV: sobre la «extinción» (arts. 147 y 148 Lsuc.).

Su regulación se considera completa y plenamente satisfactoria, tal y como indica el propio preámbulo de la Ley, que establece que «*se atiende con detalle a algunos problemas que la práctica venía señalando*», especialmente, los relativos a la administración y disposición de los bienes durante el tiempo en que la herencia está pendiente de asignación y, por tanto, necesariamente yacente. El preámbulo reitera una idea a la que ya hemos hecho referencia: que la fiducia es un instrumento «*que tiene notorio arraigo y frecuente uso entre nosotros*»; resaltan así su origen consuetudinario y su frecuente aplicación.

Como dice Adolfo Calatayud, «los objetivos de la nueva ley en este punto han sido tres. Por un lado, ampliar el ámbito subjetivo de la fiducia, que en la Compilación fundamentalmente se limitaba a los cónyuges. En segundo lugar, regular con precisión la situación del patrimonio pendiente de asignación. Y por último, resolver problemas que la práctica había puesto de manifiesto y aclarar dudas que la doctrina había planteado».

V. LA FIDUCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Todos los derechos civiles españoles al regular la sucesión *mortis causae* contienen figuras basadas en la confianza que el causante deposita en otras personas. Algunas de ellas presentan más o menos semejanzas con la fiducia aragonesa, por lo que en un estudio relativo a esta última figura parece oportuno referirnos a aquellas, lo que sin duda producirá un mejor conocimiento de la institución aragonesa.

A. CÓDIGO CIVIL

En los momentos en los que se inicia la codificación española primó la idea de que la ordenación de la sucesión era un acto personalísimo que no podía encomendarse al arbitrio de un tercero. Por eso el art. 670 del Código Civil establece que *«el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario»*.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente».

Como excepción, el artículo siguiente permite que el testador confíe a un tercero la distribución de los bienes que deje a un grupo de personas o personas y la elección de aquellas entre las que debe realizarse la distribución. Establece el art. 671 Cc: *«Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los*

pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse».

También el art. 1.057 Cc permite al testador encomendar a un tercero *«la simple facultad de hacer la partición»*. Pero es sin duda la delegación de la facultad de mejorar la que presenta mayores analogías con la fiducia aragonesa. En línea con lo dispuesto en el art. 670 Cc, el art. 830 Cc dispone: *«La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro»* para, a continuación, establecer en el art. 831 (redactado nuevamente por Ley 41 / 2003, de 18 de noviembre) lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior¹⁸, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa».

Y en el apartado quinto, el mismo artículo impone un límite muy similar al que nos encontraremos en el art. 147.e) Lsuc. al indi-

¹⁸ El art. 830 del Código Civil establece que *«la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro»*.

car que «*las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa*».

Según GARCÍA GOYENA este precepto está inspirado en la «delegación sucesoria» de los antiguos derechos forales, por lo que se ha defendido que necesita para su adecuada comprensión, una interpretación integradora, como decía GARRIDO DE PALMA, «por medio de la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a dichas instituciones forales»¹⁹; es decir, que para comprender correctamente dicho precepto se debería realizar una compleja actividad de selección de elementos procedentes, de los ordenamientos en los que se han inspirado para su creación.

Como se desprende de su redacción, el art. 831 Cc regula la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente, manifestando su propia voluntad, intervenga en la sucesión del premuerto para decidir, aunque con muchas limitaciones, el destino del patrimonio relicto. De ahí que presente ciertas similitudes con la regulación de la fiducia sucesoria, con la que sin embargo le separan profundas diferencias. La más importante es que en la fiducia, el fiduciario está llamado para que «ordene la sucesión del causante» y sus facultades son las que tenía este último con dicha finalidad; por el art. 831 Cc, en cambio, el cónyuge solo puede mejorar a los hijos comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición.

De su regulación también merece destacar:

- La delegación sólo puede hacerse entre cónyuges; aunque dicha exigencia también se recogía en la Compilación (art. 110). El actual art. 125 Lsuc. no prevé imposición alguna en cuanto al estado civil de fiduciario.

¹⁹ GARRIDO DE PALMA, *Visión notarial del artículo 831 del Código Civil*, en Libro homenaje a Roca Sastre, volumen III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, pág. 392.

- La delegación hay que hacerla en testamento, mientras que en Aragón cabe también en escritura pública.
- En ambas regulaciones cabe la ejecución parcial y la posibilidad de incluir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada.
- Para que el cónyuge pueda utilizar su propio testamento debe conferírsele esa facultad; en caso contrario y si no se ha señalado plazo, tendrá el de dos años desde la apertura de la sucesión. En la regulación aragonesa, el cónyuge, salvo disposición en contra del causante o que la fiducia se haya sujetado a plazo, podrá hacerlo en testamento y su nombramiento se entiende hecho de por vida.
- En el art. 831 Cc, el cónyuge tiene la administración de los bienes sobre los que no se haya utilizado la facultad de mejorar, mientras que en la regulación aragonesa al cónyuge se le concede la administración del patrimonio relicto y facultades de disposición a título oneroso en los términos que veremos.

Estas diferencias nos llevan a considerar que la facultad de mejorar a que se refiere el art. 831 Cc, pese a constituir una excepción a la prohibición general de nombrar fiduciario, dista mucho de la fiducia aragonesa, puesto que ha sido configurada con una serie de restricciones impropias de ésta.

B. NAVARRA

Los fueros y costumbres navarros fueron respetados por los Reyes Católicos al anexionarse dichos territorios en 1512, tal y como dice la Novísima Recopilación de Navarra: «en las Cortes Generales que se celebraron en la Ciudad de Burgos el año 1515, donde expresamente se dice, que la incorporación de este Reino a los de León y Castilla fuese, quedando salvos, e ilesos todos sus Fueros,

Leyes y costumbres para gobernarse por ellos». En la actualidad su Derecho civil se recoge en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973, también denominada Fuero Nuevo —término que utilizaremos en adelante—, modificada por la Ley Foral 5/1987 de 1 de abril, que contiene en su LIBRO II «De las donaciones y sucesiones» tres figuras basadas en la confianza que el causante tiene en determinadas personas.

La ley 151 FN establece que «*el causante puede delegar en fiduciarios-comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, bien libremente, bien conforme a instrucciones reservadas*». Estas dos figuras, fiduciarios-comisarios y herederos de confianza, son junto al fideicomiso de elección a que se refiere la ley 236, las que exponemos a continuación.

1º.- FIDUCIA. Fiduciarios-comisarios. El Fuero Nuevo destina el Título XI del Libro II, comprensivo de las leyes 281 a 288 a regular esta figura. Como dice VICTORIANO LACARRA, «en Navarra el testamento es un acto personalísimo, pero está admitida la costumbre²⁰..., por cierto muy extendida, de facultar en capitulaciones matrimoniales un esposo a otro, si fallece intestado, para distribuir los bienes del premuerto entre sus hijos, como mejor le parezca, y si ambos esposos mueren sin testar, suelen facultar a los dos parientes más próximos, uno de la línea paterna

20 Un ejemplo de esa costumbre a que hace referencia LACARRA es la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1863, que se refería a un testamento en el que el testador instituía herederos a su esposa e hijos, pero a éstos de modo conjunto según el arbitrio y voluntad de la madre, a quien facultaba para que eligiese heredero de entre ellos. Así, fallecido el testador, la viuda otorgó testamento en el que «actuando en su propio nombre y en el de su difunto esposo», nombró heredero a uno de los hijos. El Alto Tribunal estableció que «según la ley 16, título XIII, libro 3º de la Novísima Recopilación de Navarra, los padres tienen libertad absoluta de disponer como quieren de sus bienes [...] haciendo uso de este derecho en su testamento, [...] dispuso de sus bienes del modo que tuvo por conveniente, dejando al arbitrio de su mujer [...] la elección de heredero entre sus hijos». El Tribunal Supremo entendió, pues, correctamente, que no se había infringido la norma que exigía que en ausencia de Fuero y leyes se juzgue por el derecho común, ya que la costumbre en Navarra prevalece en todo caso, incluso contra el derecho escrito.

y otro de la materna, y tercero en discordia nombrado por ellos, para designar heredero entre sus hijos»²¹. LACARRA entiende, pues, restrictivamente esta figura, al considerar que no se trata sino de una facultad, concedida entre cónyuges, de distribuir bienes entre los hijos; de modo que no cabe ni para otras personas, ni hay libertad para efectuar una auténtica «ordenación de la sucesión del causante» (como reza el art. 124 Lsuc.).

En la regulación actual está configurada con un carácter mucho más amplio, la ley 281 dispone: «*Para el caso de fallecer el causante sin haber ordenado de otro modo su sucesión, puede aquél delegar en fiduciario-comisario, por testamento, capitulaciones matrimoniales u otra escritura pública las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente título. La delegación puede conferirse al cónyuge u otras personas individual conjunta o subsidiariamente...*». Como podemos apreciar se le da un carácter «extrafamiliar» al ampliar el abanico de sujetos que pueden ostentar el cargo de fiduciario-comisario, pudiendo conferirse con independencia de su vecindad civil.

Del examen de la normativa aplicable debemos destacar:

- Sus caracteres son similares a los de la fiducia aragonesa: está basada en la confianza; el cargo es personalísimo como señala la ley 282 FN: «*la función de fiduciario-comisario es personalísima*»; también es indelegable, lo cual no impide que se pueda conceder a otro poder para ejecutar y formalizar la disposición sucesoria que el poderdante realice en representación del causante, como señala la citada Ley; voluntario, ya que admite su renuncia; y gratuito, pues, a diferencia con lo dispuesto para los herederos de confianza, no se contempla que puedan asignarse una retri-

21 LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho Civil navarro*, Biblioteca de Derecho Foral, VI, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1965, pág. 318.

bución. Naturalmente, dado el carácter dispositivo de la mayoría de la regulación, hay que estar en todo caso a la voluntad del causante.

- Objeto de la delegación. Los autores nos ofrecen distintas opiniones:
 - Para MERINO, «el fiduciario-comisario tiene unas atribuciones circunscritas esencialmente al ámbito patrimonial y, aunque no exactamente, se aproxima más a un mero “distribuidor de bienes”»²².
 - CÁMARA LAPUENTE, sin embargo, entiende que también puede realizar cualesquiera disposiciones, incluso de carácter no estrictamente patrimonial, de igual forma que podría haberlas efectuado el causante, siempre que éste le habilite a ello de forma genérica, ya que dicha ley 281 debe ponerse en relación con la citada ley 151 FN.
- Plazo. Es de destacar que, al contrario que en el art. 129 Lsuc., no se establezca plazo alguno para la ejecución.
- Delegación. Hemos visto anteriormente el carácter personalísimo e indelegable de la función, si bien la ley 282 FN permite al fiduciario-comisario delegar la ejecución de la elección que realice, lo que resulta muy útil en caso de que se encuentre ausente, en el extranjero, o físicamente imposibilitado para acudir a la notaría para la firma de la correspondiente escritura pública. Pero aún va más allá el legislador navarro, permitiendo que se excepcione el carácter personalísimo al disponer el párrafo segundo de la ley 281 que «*salvo que otra cosa se hubiere establecido, se observarán las leyes siguientes*»; cabe, por tanto, que el causante

²² MERINO HERNÁNDEZ, *La fiducia sucesoria en Aragón*, Colección El Justicia de Aragón, 1994, págs. 47 y ss.

confíe, fuera de los casos de la ley 282, en el fiduciario e, indirectamente, en quien éste hubiere considerado idóneo para ordenar la sucesión.

- Capacidad del fiduciario. Según la ley 284 FN «*deberá ser mayor de edad en el momento de ejercer dicha su función...*», no en el del nombramiento, «*...pero si es el cónyuge, bastará que tenga capacidad para testar*». En relación a los nombramientos a favor del cónyuge, la misma ley establece que quedará sin efecto por la declaración, por sentencia firme, de nulidad, separación o divorcio.
- Esto da lugar, según MERINO, a una dilación excesiva de la actuación; en su opinión, dejar la exigencia de la mayoría de edad al momento del ejercicio de dicha facultad, convierte la cuestión de la capacidad en un problema de aplazamiento; entiende, consecuentemente, que dicho requisito debería satisfacerse en el momento del fallecimiento del causante. Con dicha redacción se amplía, por un lado, el abanico de sujetos susceptibles de ostentar dicho cargo; pero, por otro, al permitir que se nombre fiduciario a un menor de edad, da lugar a un obligado período de inactividad hasta que alcance la mayoría de edad, lo cual puede resultar perjudicial.
- Forma. De acuerdo con la ley 281 el nombramiento ha de constar en testamento, capitulaciones matrimoniales u otra escritura pública; y, conforme a la ley 286, la ejecución deberá hacerse en testamento o escritura pública aunque el fiduciario que actúe no sea el cónyuge.
- Modo y efecto de la ejecución. La ley 285 FN permite que antes de efectuar las designaciones el fiduciario-comisario pueda hacer señalamientos y entregas de dotaciones. La ejecución efectuada en escritura pública es irrevocable (ley 286).

- Una cuestión de gran relevancia la constituye la conservación y administración del patrimonio hereditario en tanto que no se ejerza dicha facultad. El Fuero Nuevo prevé que si los fiduciarios son el cónyuge o los ascendientes del causante, sean éstos los que ostenten las facultades de administración y disposición de los bienes cuyo destino aún no ha sido decidido; si dicho cargo recayese sobre otros sujetos, éstos tendrán (de acuerdo con la ley 287) respecto de dichos bienes las mismas facultades que los coherederos en la comunidad hereditaria.
- El Fuero Nuevo admite junto a la fiducia individual otra plural, que puede ser conjunta o subsidiaria. En cuanto a la fiducia colectiva, la ley 285 prevé que las decisiones se adopten mancomunadamente y por mayoría, sin perjuicio de lo dispuesto por el causante. Y se exigirá que la designación se haga en escritura pública, por la remisión a la ley 144 FN, cuando los fiduciarios-comisarios sean los Parientes Mayores y la atribución afecte a bienes inmuebles o pactos consignados en escritura pública; dicho precepto deberá coordinarse con la ley 286 FN, de modo que también se exigirá la constancia en escritura pública en los demás casos.
- Por último, son causas de extinción de la delegación al fiduciario el fallecimiento, la renuncia o imposibilidad del fiduciario y, cuando sea el cónyuge quien ostente el cargo (ley 283), la celebración por parte de éste de nuevo matrimonio. CÁMARA LAPUENTE estima, conforme a la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, que equipara la vida marital de hecho a la situación de matrimonio, que en tal supuesto se produce la pérdida de la cualidad de fiduciario. Los efectos de dicha extinción se recogen en la ley 288, de contenido muy similar al consuetudinario: el hijo mayor del causante podrá pedir que se le nombre heredero.

2º.— HEREDEROS DE CONFIANZA. El FN destina el Título XII del Libro II que comprende las leyes 289 a 295. La primera de ellas nos ofrece el concepto de la figura al decir: «*el testador puede instituir herederos de confianza o fiduciarios a personas individuales o jurídicas a quienes faculte para hacerse cargo de toda o parte de la herencia y a disponer de ésta conforme al destino expresado en las instrucciones escritas o verbales que confidencialmente les haya dado*». Se ponen de relieve las dos notas características de la figura: el fiduciario antes de revelar la confianza es considerado como heredero y debe dar al patrimonio recibido el destino que confidencialmente le haya comunicado el causante.

De su regulación podemos destacar que, a diferencia de lo que ocurre con los fiduciarios-comisarios, se admite expresamente que los herederos de confianza puedan ser tanto personas individuales como jurídicas, y también que las instrucciones otorgadas confidencialmente —no reveladas— pueden ser escritas o verbales (ley 289 FN).

Salvo disposición en contrario, el heredero de confianza no está obligado a revelar la confianza ni a dar cuenta de su gestión, y el testador puede disponer que en caso de contienda sobre su gestión o eficacia de la institución sea considerado como heredero puro y simple (ley 290). El cargo es normalmente retribuido ya que, si el testador no ha dispuesto otra cosa, aunque haya recibido alguna liberalidad, puede asignarse la retribución que estime adecuada a su trabajo (ley 294 FN).

Se destacan las dos fases de la institución: antes de revelar la confianza, puede ejercitar todos los derechos propios del heredero; una vez revelada, tiene todas las facultades como albacea, contador partidario y representante de la herencia (ley 291). Conforme a la ley 292 FN, los herederos de confianza deben actuar: por mayoría, si son más de dos; conjuntamente, si son dos; y por sí, cuando sólo quede uno. Además, si el testador le ha autori-

zado expresamente puede delegar su función, total o parcialmente, por acto *mortis causa*, en otra u otras personas.

3º.— EL FIDEICOMISO DE ELECCIÓN. La ley 236 del Fuero Nuevo permite al disponente autorizar al fiduciario para elegir libremente el fideicomisario o fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual o desigualmente. Salvo que el disponente lo hubiere autorizado, el fiduciario no podrá imponer limitaciones a los fideicomisarios a no ser que resulten en beneficio de otros de los fideicomisarios señalados por el disponente. Dicha elección puede hacerse tanto *inter vivos* como *mortis causa*, siendo esta última libremente revocable, mientras que «*si la hiciere por contrato sucesorio o acto inter vivos, será irrevocable, sin perjuicio de la facultad de nombrar otro fideicomisario en caso de que el nombrado falleciere o deviniere incapaz o renunciare antes de deferirse el fideicomiso*». Si el fiduciario no hiciera uso de esa facultad, todos los fideicomisarios lo serán por partes iguales.

Se trata, como dice MEZQUITA GARCÍA-GRANERO de «una sustitución fideicomisaria establecida por el fideicomitente, en la cual el disponente no nombra a los sustitutos fideicomisarios sino indirectamente por medio del fiduciario»²³.

La ley 237 FN prevé que «*el fiduciario y el fideicomisario podrán ceder sus respectivos derechos. [...] La cesión a favor de tercero no confiere a éste en caso alguno la cualidad de heredero, y será aplicable lo dispuesto en el título XIX de este libro para la cesión de herencia*». Esta ley es conforme con lo previsto en la ley 325 del mismo texto legal, que niega —aunque el objeto de la enajenación sea una universalidad de bienes— que la cesión de herencia confiera al cesionario la cualidad de heredero, dado que no se transmite ni el título de heredero ni la herencia (sentencia Audiencia Provincial de Navarra, de 4 de octubre de 1997).

23 MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *De las sustituciones en «Comentarios al Fuero Nuevo»* (Aranzadi, Navarra 2002).

C. ISLAS BALEARES

El Derecho civil de Baleares se regula actualmente en la Compilación del Derecho Civil de Baleares, reformada por la Ley 8/1990, de 28 de junio, con redacción actual del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre. La Compilación se estructura en Título Preliminar y tres Libros destinados, respectivamente, a las disposiciones aplicables a la isla de Mallorca, a la de Menorca y a las de Ibiza y Formentera; pero dada la remisión que el art. 65 hace a las disposiciones del Libro Primero, nos permite que la exposición la hagamos en dos grupos.

1. MALLORCA Y MENORCA

Juan VERGER GARAU²⁴ atribuye a la «delegación sucesoria» en Mallorca y Menorca carácter consuetudinario, confiriendo gran importancia al «heredero distribuidor» balear. La normativa que actualmente regula la figura se encuentra en los arts. 18 a 23 de la Compilación. El art. 18 prevé que *«el testador podrá encomendar al instituido heredero, aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, así como al legatario llamado al usufructo universal de la misma, que [...] los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o del propio distribuidor, o elija, entre todos ellos, heredero o herederos, en partes iguales o desiguales resultando excluidos los no elegidos»*.

El mencionado Verger Garau entiende que se trata de un cargo basado en la confianza que el causante quiere retribuir: afirmación que coincide con la idea de que, si bien el cargo le habría sido atribuido en atención a la confianza que ese sujeto suscitaba en el causante, también parece lógico que se le quiera retribuir en cierto modo por la «molestia» que supone el ejercicio de dicha

²⁴ VERGER GARAU, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, T. XXXI, vol. 1º, Madrid, 1980, pág. 338.

tarea (por ejemplo, concediéndole el usufructo de dichos bienes), siendo esta última la opción por la que ha optado el legislador balear: que el comisario sea usufructuario de aquellos bienes que reparte.

No hemos de confundir, sin embargo, esta figura con el «heredero de confianza», ya que el «heredero distribuidor» balear supone una facultad extraordinaria concedida al heredero; ello, según el propio Verger Garau, le asimila más a la sustitución fideicomisaria²⁵. Parece ser esa también la idea del legislador balear que, en el mismo precepto, establecía que *«la distribución o elección han de hacerse libremente o con las condiciones que el testador haya establecido, sin que, en ningún caso, puedan sobrepasarse los límites señalados para las sustituciones fideicomisarias»*.

En cuanto a las facultades del heredero distribuidor, la Compilación, en su versión de 1961 no recogía mención alguna, de modo que fueron concretadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1977, que indicaba que las facultades de elección y distribución eran personalísimas, no así la efectiva realización de las previsiones del causante. Ello ha quedado regulado, tras la reforma de 28 de junio de 1990, en el actual art. 19 de la Compilación: *«el distribuidor ha de ejercitar dichas facultades personalmente, pero la ejecución de lo que en uso de las mismas disponga puede encomendarse a otra persona»*.

En cuanto al contenido de la «delegación sucesoria», la Compilación prevé dos posibilidades: que tenga las facultades de elección y distribución conjuntamente, o que sólo tenga la distribución. El art. 18 indica que *«el encargo comprenderá las facultades de distribución y elección, salvo que la voluntad expresa del testador fuere limitarlo a una sola de ellas»*. Y el art. 19 concreta que *«en el caso que tenga facultades de elección o elección y distribución al mismo tiempo, la herencia no se deferirá a los parientes hasta que quede efectuada defi-*

25 VERGER GARAU, *ibid.*, págs. 356 y ss.

nitivamente la elección o distribución; no obstante, si el elegido o el adjudicatario de los bienes por acto inter vivos renunciase a la elección o adjudicación, el distribuidor podrá de nuevo hacer uso de tales facultades». Y también desarrolla la posibilidad de que dichas facultades se encuentren restringidas: «cuando el heredero distribuidor tenga el encargo limitado, exclusivamente, a la distribución de los bienes entre los parientes que se señalen en el testamento, la herencia debe deferirse en el plazo señalado por el testador para efectuar la distribución y en su defecto, al tiempo de su muerte». Por otro lado, el heredero distribuidor puede distribuir los bienes o nombrar heredero a cualquier persona dentro del grupo que haya señalado el causante.

Respecto a los sujetos susceptibles de delegación, al permitir el art. 18 de la Compilación que se encomienden dichas facultades «al instituido heredero», entiende Verger Garau —acertadamente— que «cualquier persona que tenga capacidad para ser nombrado heredero puede ser, en principio, instituido heredero distribuidor».

De la actuación del «heredero distribuidor», indica el art. 19 de la Compilación que «*la distribución o elección deberán efectuarse por el distribuidor, ya sea indicando expresamente que usa de dicha facultad ya sea adoptando disposiciones que necesariamente impliquen el uso de tal facultad. Las realizadas por acto de última voluntad serán revocables; no así las instrumentadas en acto inter vivos, que necesariamente se formalizarán en escritura pública*».

En cuanto a la administración de la herencia yacente, «*el distribuidor tendrá los derechos y obligaciones que le correspondan como heredero fiduciario*» (art. 23 de la Compilación balear).

Finalmente, el cargo de heredero distribuidor se extingue, según Verger Garau, por: cumplimiento del plazo impuesto al heredero distribuidor para la ejecución; premoriencia del distribuidor (que daría lugar a la aplicación del art. 22 de la Compilación), o el fallecimiento de éste sin haber hecho uso de dicha dele-

gación (en cuyo caso se estará a lo previsto en el art. 20); la renuncia al cargo por el encargado; o, incluso, la renuncia de éste a su condición de heredero o legatario que, como ya hemos visto, es condición indispensable para tener el carácter de «heredero distribuidor» (art. 18).

Queda referirse a la donación universal de bienes regulada en los arts. 13 y 65. El citado art. 13 dice que «*el donante podrá encomendar al donatario universal las facultades de distribución previstas en los artículos 18 y siguientes*». El art. 65 Compilación se encuentra en el Libro II, relativo a las «disposiciones aplicables a la isla de Menorca», y establece que «*rige en la isla de Menorca lo dispuesto en el Libro I de esta Compilación [...] en lo referente a la donación universal de bienes y futuros, del Capítulo II del Título II...*». De modo que le será aplicable también el régimen del citado art. 13.

2. IBIZA Y FORMENTERA

Respecto del origen de la fiducia sucesoria, José CERDÁ GIMENO²⁶ no duda en destacar su carácter consuetudinario. La regulación de la Compilación de 19 de abril de 1961 fue posteriormente reformada por una Ley de 1990. Actualmente, la regulación de esta figura se encuentra inserta dentro de las disposiciones especiales aplicables en las islas de Ibiza y Formentera, en el título relativo a las sucesiones (art. 71 de la Compilación, en su versión del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre).

Se trata de un precepto no muy extenso, que reza lo siguiente: «*cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes. La designación de fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento del encargo, deberán constar en testamento o en escritura pública. La ejecución del encargo hecho por acto inter vivos será irrevocable*».

²⁶ CERDÁ GIMENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, T. XXXI, vol. 2º, Madrid, 1981, págs. 384 y 385.

Pese a su brevedad, el artículo se caracteriza por haber supuesto un cambio muy importante respecto de la regulación anterior, ya que antes sólo se le concedía al fiduciario la distribución de los bienes, mientras que actualmente se le confiere la amplísima facultad de «ordenación de la sucesión» al igual que hace el art. 124 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, lo que le otorga atribuciones que van más allá de las meramente patrimoniales.

No obstante, dicho precepto tiene también un ámbito muy restringido en lo referente a los sujetos que pueden ser fiduciarios: lo limita al cónyuge viudo, el cual deberá ordenar la sucesión únicamente entre los descendientes comunes con el causante. Esto último supone también una restricción respecto de las facultades conferidas al fiduciario aragonés que, conforme al art. 142.1 Lsuc., puede elegir entre los descendientes del causante, sean o no comunes, y el comitente puede autorizarle a traspasar dicho límite.

La ejecución de la fiducia deberá realizarse en testamento o escritura pública, siendo irrevocable el encargo ejecutado *inter vivos* (art. 71 de la Compilación). Esta línea seguida por el legislador se ve reforzada con el art. 73 de la Compilación que, al hablar de los pactos sucesorios, dispone que «*la institución podrá hacerse [...] delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión*».

D. CATALUÑA

La fiducia sucesoria, como tal, no existía en el Condado de Cataluña: ni los textos legales, ni los «usatges» recogían dicha figura, ni ninguna otra similar, como el «testamento por comisario» o el «poder testatorio».

Dicha ausencia se fundamenta en que, como decía Pedro NOLASCO VIVES, «por derecho canónico y civil se halla prohibido el nombramiento de una persona incierta o con dependen-

cia de la libre voluntad de un tercero»²⁷; y continúa: «en Cataluña... no son conocidos los comisarios testamentarios». Pero, pese a la prohibición existente, sí que podemos encontrar una cierta «delegación sucesoria» con base consuetudinaria, ya que, respecto de la fiducia sucesoria, indica que «acostumbran muchas veces los maridos conceder a sus consortes la elección de heredero o herederos, lo que se hace de varios modos: nombro heredera a mi mujer durante su vida natural con obligación de disponer de mis bienes entre los hijos, nombrando heredero a aquel de los hijos que comunes que mejor le pareciere, con los pactos, vínculos y condiciones que quisiere ponerle o ponerles; si empero, muriere mi mujer sin hacer tal elección, quiero [...]» y el testador explica qué es lo que quiere que se haga de sus bienes. Queda, no obstante, patente que dicha delegación queda restringida al cónyuge viudo, sin poderse extender a terceros (ni siquiera a parientes).

Esa delegación confería al «fiduciario» el carácter de heredero, aproximándole a la figura del heredero de confianza, y la facultad de realizar la elección de heredero a lo largo de su vida, es decir, sin plazo alguno; tenía, eso sí, la limitación en cuanto a los sujetos a los que se podía nombrar heredero: los hijos comunes de ambos. Para Tristany y Gilbert, cuando el causante, pese a nombrar fiduciario, había establecido una ordenación determinada, aquel no podía apartarse de ésta, de modo que su función quedaba limitada a la mera entrega o distribución de los bienes de conformidad con la voluntad expresada por el causante con anterioridad a su fallecimiento, lo cual le asimila al heredero de confianza, institución ésta defendida por Pedro Nolasco.

El vigente Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento Catalán, regula

²⁷ NOLASCO VIVES, *Traducción al castellano de los usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Barcelona, 1989, pág. 197.

tres figuras similares a las recogidas en el Derecho navarro: la institución de heredero por fiduciario; el heredero de confianza; y el fideicomiso de elección. Las dos primeras integran el contenido del Capítulo IV, bajo la denominación de «Disposiciones fiduciarias», del Título III de dicha Ley, y la última se desarrolla en los arts. 201 y 202 de su Capítulo VII, destinado a los fideicomisos.

1º.- INSTITUCIÓN DE HEREDERO POR FIDUCIARIO. Los arts. 148 y 149 del citado Código de Sucesiones recogen la doctrinalmente conocida como «heredero distributivo», y regulan dos clases de fiducia: el primero se refiere a la individual y el segundo a la colectiva. Ambas regulaciones reflejan una concepción de la fiducia como sustitución o integración de la voluntad del causante por la del fiduciario. Conviene destacar que, al igual que ocurre en la Lsuc., los arts. 148 y 149 disponen expresamente que la herencia no se deferirá hasta que se realice la elección.

- a) Fiducia individual. Se regula en el art. 148 CSC que comienza diciendo: «*el cónyuge podrá instituir heredero al descendiente que su consorte elija entre los hijos comunes y sus descendientes aunque viva su ascendiente...*». Como vemos, a diferencia de la legislación aragonesa, en esta figura sólo puede ser fiduciario el cónyuge, y sus facultades de elección también se hallan mucho más limitadas: no se trata de «ordenar la sucesión» sino de elegir quién es el heredero instituido por el causante o instituir a los hijos en las partes iguales o desiguales que estime conveniente.

No se regula plazo alguno para el ejercicio de la fiducia por parte del cónyuge. Tradicionalmente se entendía que se le nombraba heredero de por vida, para que eligiese un sucesor, y creo que esta misma solución, el nombramiento de por vida, es la que se desprende de la regulación actual. En cuanto al modo de ejercer dicha facultad,

el cónyuge viudo deberá indicar expresamente su uso, salvo que se pueda deducir claramente de sus actuaciones, y podrá hacerlo por testamento, heredamiento o escritura pública; en estas dos últimas formas su decisión es irrevocable.

El aludido art. 148 se refiere también a lo relativo a la administración de la herencia yacente para establecer que mientras no se haga uso de las mencionadas facultades, es decir, mientras no se defiera la herencia, quedará ésta bajo la curatela de la persona o de las personas que a tal efecto hubiera designado el testador; y, a falta de designación, ejercerá la curatela el cónyuge sobreviviente. Se le conceden también al cónyuge viudo, *«plenas facultades dispositivas [...] para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados»*, así como para *«satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes y pagar deudas, cargas y legítimas»*, *«con las limitaciones establecidas por el testador»*.

Las causas de extinción están recogidas de una manera indirecta. De acuerdo con el art. 148 podemos considerar como tales el fallecimiento y la renuncia en escritura pública del cónyuge fiduciario. En estos casos, salvo que haya previsión de fiducia a favor de parientes, *«la herencia será deferida a los hijos por partes iguales, y entrarán en lugar del difunto sus descendientes por estirpes»* (art. 148).

- b) Fiducia colectiva. El art. 149 CSC indica que *«el testador podrá instituir heredero a aquél de entre sus hijos que elijan los dos parientes más próximos»*.

Respecto a los sujetos en quienes se puede delegar el Código de Sucesiones de Cataluña ha pasado de la exclusividad del cónyuge, en la regulación anterior, a

extenderlo a los dos parientes más cercanos (consanguíneos y procedentes, uno de la línea paterna, y otro de la materna). Sin embargo, esta aparente apertura se ve nuevamente restringida a la hora de establecer las facultades del fiduciario, dado que, cuando éste es el cónyuge viudo, podrá elegir heredero y distribuir los bienes hereditarios entre los descendientes, mientras que cuando se trata de los parientes más próximos, sólo podrán instituir heredero a uno de los hijos del causante y no pueden «saltarse» a estos y nombrar, por ejemplo, a un nieto.

El art. 149 CSC no contiene normas sobre administración de la herencia. Encontramos aquí una clara laguna en la regulación de esta materia, dado que no se recoge solución alguna para el caso de que no haya designación expresa por parte del causante y haya fallecido el cónyuge viudo; en otras regulaciones se prevé que sea el propio fiduciario quien ejerza dicha función (art. 134.1.2º Lsuc.).

La elección debe efectuarse en el plazo señalado por el testador. Si no se ha señalado tendrán: cinco años desde el fallecimiento del comitente; pasado ese plazo, *«cualquier interesado en la sucesión podrá requerir a los parientes electores que la hagan en los seis meses siguientes al requerimiento»*. Los parientes, por el contrario, deberán, según el art. 149 del mismo texto legal, hacer uso de dicha facultad personalmente y en escritura pública —no por testamento—. La elección es irrevocable, pero al igual que ocurre en la legislación aragonesa, podrá reiterarse el llamamiento siempre que el elegido no quiera o no pueda ser heredero.

Para facilitar la elección se admite que, en caso de divergencia en la elección, puedan delegar en otro pariente

la elección entre los hijos que hayan designado; elección ésta, muy limitada, dado que sólo podrá escoger de entre los dos propuestos por los dos parientes, no pudiendo decidirse por un tercero.

2º.- HEREDERO DE CONFIANZA. El CSC destina los arts. 150 a 153 a la regulación de la figura, con un contenido muy similar al que se contiene en el Fuero Nuevo de Navarra; con todo, conviene destacar una diferencia importante: que en Cataluña parece que no cabe que el heredero de confianza sea una persona jurídica. El art. 150 CSC dice que «*el testador podrá instituir o designar herederos o legatarios de confianza a personas individuales para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito*».

El mismo precepto faculta al testador para que puedan elegir un sustituto quien fallezca antes de revelar la confianza. Según el art. 151 CSC tienen derecho a resarcirse de los gastos que les ocasione el encargo, así como a la retribución que les hubiera fijado el testador y, en su defecto, al 10% del valor de la herencia de confianza. Como obligación tienen la de hacer inventario en el plazo de un año y si no lo hacen pierden la retribución.

Se destacan las dos fases que atraviesa la herencia de confianza: antes de revelar la confianza tienen la consideración de herederos con facultades dispositivas para actos entre vivos, revelada la confianza tienen la condición de albaceas, universales o particulares, según sean herederos o legatarios (art. 153 CSC).

3º.- FIDEICOMISO DE ELECCIÓN. Se refiere a la figura el art. 189 CSC, que remite para su desarrollo al art. 201 del mismo Código. Podemos definirlo como la concesión por el causante al fiduciario de la facultad para elegir al fideicomisario entre las personas que aquel designe por sus nombres o circunstancias, o que formen un grupo determinado. De acuerdo con el citado art. 201 la elección puede recaer en una, varias o todas las personas desig-

nadas, salvo que se trate de hijos en cuyo caso solo podrá elegir a nietos de padres fallecidos. La elección debe efectuarse personalmente en testamento, codicilo o heredamiento; si es por acto entre vivos debe constar en escritura pública y será irrevocable. En defecto de elección los elegibles serán fideicomisarios por partes iguales.

E. PAÍS VASCO

La Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, derogó la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959 y contiene todo el Derecho privado foral del País Vasco. La Ley se estructura en un Título Preliminar y tres libros, Primero, II y III destinados respectivamente a Vizcaya, Álava y Guipúzcoa; en todos ellos, al regular la sucesión *mortis causa* se incluyen figuras basadas en la confianza que el causante tiene en determinadas personas.

1. VIZCAYA

El denominado «poder testatorio» (o «*alkar poderoso*») se regula por vez primera en el Fuero Viejo, recopilación foral vizcaína aprobada por Enrique IV en 1454. El «testamento por comisario» permitía dar poder a otros para hacer testamento y nombrar herederos tras la muerte del testador. Se habla de «poder» porque aún no había surgido el concepto de «comisario», y se le conceden al apoderado amplias facultades para «ordenar la sucesión» del testador. Junto a esta concepción tan amplia de la figura del apoderado, conviene destacar también la ausencia de restricciones en cuanto al estado civil, dado que se podía conferir el poder a «parientes y amigos» (no sólo al cónyuge).

El Fuero de Vizcaya aprobado en abril de 1526 y sancionado por Carlos V el 7 de junio de 1527 regula dicha materia en la Ley III del Título XXI, introduciendo ya el término «comisario» y con-

cediéndole unas facultades más amplias que las recogidas en la Ley XXXI de Toro para Castilla.

Esta regulación se utilizó hasta la Compilación de 30 de julio de 1959, que incluyó el «testamento por comisario» en el capítulo II, del Título III, del Libro Primero (que abarca los arts. 15 a 20, inclusive). Derogada la Compilación por la LDCFPV, la regulación vigente se encuentra en los arts. 32 a 48 del Libro Primero, destinados al poder testatorio y al testamento por comisario, que desarrollan una figura con bastantes similitudes con la fiducia aragonesa. Sus principales caracteres son:

- Capacidad del testador y del comisario. La Ley no dice nada respecto a la capacidad necesaria para designar comisario, pero del silencio legal puede deducirse, según GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE²⁸, que basta la capacidad para testar. En cuanto a quiénes pueden ser designados comisarios, dicha posibilidad alcanza a todo tipo de sujetos, sin mención alguna a su relación con el comitente, aunque, como indicaba ADRIÁN CELAYA, la figura del comisario no consorte es algo extraña al Derecho realmente vivido en Vizcaya. Según el art. 34 de la Ley el comisario «*habrá de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar al tiempo de ejercitar el poder testatorio*». Observamos, pues, en la regulación vizcaína, un doble requisito: la capacidad exigida para el acto que se deba realizar, y que ésta se ostente en el momento de realizar el encargo del comitente. CELAYA y OLEAGA entienden, que debería tenerse en cuenta, como momento en que el comisario había de ser capaz, el del fallecimiento del causante; «tampoco sirve que adquiriera la capacidad después de la muerte, en un momento distinto, pues el testamento debe

28 GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Especialidades testamentarias: el poder testatorio*, en «El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992», Aranzadi, 1994, pág. 118.

cobrar toda su eficacia en el momento de la muerte del testador y no es concebible un tiempo muerto en una situación de total incertidumbre». GIMENO, sin embargo, considera acertada la opción del legislador, en cuanto que «lo único que adquiere el comisario al óbito del causante es una titularidad de disposición y una situación de privilegio que no exigen ni siquiera su aceptación, que se producirá tácitamente a través del ejercicio del poder».

Podemos apreciar como en el punto de la capacidad del comisario se produce una diferencia importante respecto de la regulación de la fiducia en Aragón, ya que, de acuerdo con la Lsuc., el fiduciario debe tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante.

- Contenido de la delegación. Conforme al art. 32 abarca «*la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan [al testador] en orden a la transmisión sucesoria de los mismos*». Estimo que esta redacción es equivalente a la de ordenar la sucesión que emplea la Lsuc. y coincido con A. CELAYA en considerar que los comisarios vizcaínos tienen todas las facultades que corresponden al testador, es decir, amplísimas, incluyendo el apartamiento de herederos, imposición de gravámenes y sustituciones, legados, etc.
- Forma. El nombramiento ha de hacerse por testamento ante Notario, y se permite que se haga mediante capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio cuando dicho nombramiento sea recíproco entre los cónyuges; a esta designación la denomina el propio art. 33 LDCFPV «*alkar-poderoso*»; no basta que se nombren mutuamente comisarios, sino que debe hacerse en la forma legalmente prescrita, ya que no hay que olvidar que «*alkar*» quiere decir «recíproco».

29 CELAYA IBARRA, *op. cit.*, pág. 166.

MERINO y CELAYA critican²⁹ dicha restricción, al considerar que para una persona que se encuentra en peligro de muerte y quiere realizar un testamento ológrafo o «*hil buruko*» es más sencillo nombrar un comisario que proceder a la completa y ordenada distribución de todos sus bienes. Debemos destacar, sin embargo, con GIMENO, que dada la facilidad con la que hoy en día se puede recurrir a un notario, los supuestos a los que hacen referencia dichos autores pueden ser considerados residuales.

Encontramos aquí otra diferencia importante con la Lsuc., cuya regulación de la fiducia permite optar tanto por el testamento, de modo genérico sin exclusiones, como por cualquier tipo de escritura pública, aunque no tenga carácter testamentario (art. 127).

En cuanto a la forma de la ejecución, el art. 46 LDCFPV permite que pueda hacerse «*por actos inter vivos o mortis causa, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador*». El cónyuge podrá hacer uso en su propio testamento del poder testatorio concedido por el premuerto, pero sólo para disponer a favor de los hijos y descendientes comunes

- Caracteres y facultades. El cargo de comisario es voluntario, gratuito, personalísimo e intransferible (art. 39 de la Ley). Del tenor del art. 38 LDCFPV se deduce que cabe el nombramiento de un presunto heredero del testador como comisario; de acuerdo con el citado precepto, el comisario podrá adjudicarse por sí mismo los bienes que le hubiese dejado el causante en el testamento y los que le corresponderían en casos de sucesión intestada.
- Obligaciones. Se le impone al comisario la obligación de hacer (en los seis meses desde que, fallecido el comitente, tenga conocimiento de su designación) inventario de todos

los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión (art. 36 LDCFPV). Dicha obligación la impone también el art. 135 Lsuc. aragonesa, pero no al fiduciario, sino al administrador de la herencia pendiente de asignación. Se prohíbe también revocar o modificar el testamento del comitente, salvo expresa autorización de éste (art. 37 LDCFPV). Además, el art. 42 de la misma ley prevé que *«el comisario está obligado a promover la constitución de la tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante, menores no emancipados e incapacitados»*.

- Administración hasta la aceptación de la herencia. Se regula en el art. 40 LDCFPV que dice: *«mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal la persona que el testador hubiere designado en su testamento, con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga. A falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo y, en defecto de éste, el propio comisario»*. Este precepto viene a resolver los problemas planteados en torno a la administración y representación de la herencia, concediéndola en primer lugar al administrador nombrado por el testador, en su defecto al cónyuge viudo y si éste no existe al comisario. El orden de prelación es, como veremos, el que resulta aplicable en Aragón, pero sin los problemas de interpretación que pueden plantearse en la Lsuc.
- Ejecución. El art. 45 LDCFPV modifica el régimen anterior, permitiéndose actualmente una multiplicidad de actos de disposición, incluso, a juicio de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, a favor del mismo beneficiario. A la hora de la ejecución hay que tener en cuenta que conforme al art. 35 LDCFPV, *«el sucesor designado habrá de ser capaz para suceder en el momento de dicho ejercicio [del poder testatorio o fiducia], o en la fecha del fallecimiento del causante»*.

Ello permite el nombramiento de personas no nacidas (*nasciturus*) o no concebidas (*concepturus*), pero plantea igualmente conflictos en relación con supuestos como el de la indignidad. Según el art. 46 de la Ley, párrafo segundo, serán irrevocables las disposiciones efectuadas por el comisario, salvo la realizada por el cónyuge sobreviviente en su propio testamento usando el poder testatorio concedido por el premuerto, respecto de los descendientes comunes, en las que expresamente puede determinar su revocabilidad (art. 47 LDCFPV).

- Plazo. El «poder testatorio» deberá ser ejercitado en el plazo concedido por el causante que, si el comisario es el cónyuge, podrá ser indefinido o de por vida. A falta de indicación, el plazo será de un año: desde la muerte del testador, o la declaración judicial de su fallecimiento, siempre que los presuntos herederos sean mayores de edad; y desde que alcancen todos ellos la mayoría de edad, si alguno no lo es, excluyéndose expresamente la emancipación. La existencia de un plazo constituye, por ser contraria a la costumbre existente en Vizcaya, una de las novedades más relevantes de la LDCFPV. LEZÓN considera acertado no establecer plazo máximo alguno, quedando así al arbitrio del comitente. En cualquier caso, los actos realizados más allá de dicho plazo, sea el legal o el impuesto por el comitente, son nulos de pleno derecho, no cabiendo su ulterior ratificación³⁰.
- Pluralidad de comisarios. Al igual que en Aragón, se admite el nombramiento de varios comisarios, que des-

³⁰ En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1969, que indica que «la caducidad del poder testatorio lleva consigo la nulidad radical y absoluta —a causa de la inexistencia por falta de consentimiento— de los actos jurídicos reflejados en las escrituras en que el comisario hizo uso del poder carente ya de toda virtualidad».

empeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa (art. 43 LDCCFPV). Los acuerdos se adoptarán por mayoría y, en caso de empate, decidirá el nombrado en primer lugar. No se regula el problema de la eficacia de los actos realizados por uno solo de los comisarios mancomunados sin el consentimiento de los demás, pero de la interpretación de los arts. 895, 1714 y 1727.2 del Código Civil entiende GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE que el acto quedaría afectado de nulidad relativa, pudiendo ganar eficacia por el posterior consentimiento de los comisarios omitidos.

- Extinción. Entre las causas de extinción de la «delegación sucesoria» recogidas en el art. 48 LDCCFPV encontramos supuestos similares a los del art. 147 Lsuc. Se regula también para el caso, al que no se refiere la Lsuc., del cónyuge comisario que tenga un hijo no matrimonial; y no incluye la renuncia tácita ni la privación de la plena administración de sus bienes.

2. ÁLAVA

En Álava también debemos distinguir el territorio histórico, constituido por el Condado de Ayala, y el resto de la provincia. En el Condado de Ayala se aplicaba el Fuero aprobado en 1373 por D. Fernán Pérez de Ayala (ampliado el 24 de julio de 1469), y en el resto de la provincia, el Fuero Real de la Corona de Castilla, a la que se hallaba incorporado. Pero en 1470, los habitantes del Condado pidieron que les fueran otorgadas como propias las leyes de Castilla, quedando a salvo la libertad de testar de su Fuero particular. El Libro II de la LDCCFPV, que contiene el Derecho civil foral de Álava, dedica los arts. 140 a 145 a regular el usufructo poderoso, figura que define el art. 140 al decir: «*El usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio*

del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito «inter vivos» o «mortis causa», de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo».

El delegado tiene que ser, por definición, usufructuario; al tener una cierta titularidad sobre los bienes objeto de la sucesión, dicha institución se asimila, en cierto sentido, al «trust» anglosajón. Según CELAYA IBARRA, «el fundamento en que se inspira el usufructo poderoso es la idea, tan arraigada en las legislaciones forales, de reforzar la situación del viudo con firmes poderes... La casa y la hacienda familiar se continúan en el superviviente, y para lograrlo se refuerza su posición con instituciones como la viudedad aragonesa, la lealtad navarra o el poder testatorio de Vizcaya»³¹; entiende, pues, el usufructo poderoso como una institución ecléctica entre estas últimas.

Una importante característica de este «usufructo poderoso» es que no se ha restringido al cónyuge del causante, sino que el sentido ayalés de la libertad de testar ha permitido su extensión a cualquier otra persona. Ese mismo sentido es el que lleva al art. 141 LDCFPV a disponer que «el constituyente del usufructo estará facultado para señalar las personas entre las cuales el usufructuario poderoso pueda designar al o a los destinatarios de los bienes, así como para ampliar, restringir o concretar su contenido». Dicha restricción aparta la figura de una auténtica delegación sucesoria, para acercarla a la de un mero distribuidor de bienes, similar al existente en el derecho mallorquín y menorquín.

El usufructo poderoso es, eso sí, un derecho personalísimo que no puede ser enajenado ni gravado por título alguno, salvo autorización del constituyente (art. 142 LDCFPV) y salvo imposición expresa del causante no está obligado a prestar fianza (art. 145 de la misma ley).

31 CELAYA IBARRA, *op. cit.*, pág. 432.

Como usufructuario que es, correrán de su cuenta *«todas las reparaciones, gastos, cargas y contribuciones de los bienes objeto del usufructo poderoso»* (art. 144 LDCFPV).

3. GUIPÚZCOA

El Libro III de la LDCFPV, que contiene el Derecho civil foral de Guipúzcoa, dedica los arts. 164 a 171, dentro del Título III destinado a regular la «Ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano», a «la ordenación por comisario». Así, el citado art. 164 dispone que *«1. El causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio.*

2. El nombramiento de comisario únicamente será válido en los dos siguientes supuestos:

Si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación.

Si, a falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos».

Se faculta, por lo tanto, únicamente al cónyuge, para dicha designación, pudiendo ésta abarcar también el resto de su patrimonio.

El nombramiento ha de realizarse en testamento abierto ante notario o escritura pública (art. 165 LDCFPV) y el comisario ha de realizar la designación en escritura pública y en testamento si dispone de bienes sobre los que tiene el usufructo vitalicio. La designación efectuada en escritura es irrevocable pero podrá revocar la efectuada en testamento (art. 170 LDCFPV).

El art. 166 de la misma ley le obliga, al igual que la ley aragonesa, a desempeñar el cargo conforme a lo establecido por el causante, y el art. 168 atribuye al comisario la administración del caudal, a falta de nombramiento de otra persona por parte del comitente.

Las causas de extinción se enumeran en el art. 171 LDCFPV y son muy similares a las que el art. 147 de la Lsuc. recoge para la pérdida de la condición de fiduciario.

F. GALICIA

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia contiene en este momento la regulación de esta materia.

Según el art. 196 de la Ley 2/2006, «se llama testamento por comisario al que uno de los cónyuges otorga en ejercicio de la facultad testatoria concedida por el otro»; queda, por lo tanto, restringido a sujetos unidos por vínculo matrimonial. El art. 197 prevé que pueda válidamente «pactarse en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán». Los modos de nombramiento son, por tanto, algo más restrictivos que los del art. 127 Lsuc., ya que no permite realizar el nombramiento, además de en testamento, en cualquier escritura pública, sino sólo en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al contenido de la ejecución dicho precepto contiene una disposición similar a la del citado art. 71 de la Compilación balear, restringiendo el nombramiento a los descendientes comunes y privando al comitente de la facultad de autorizarle a distribuir la herencia entre sujetos distintos de los descendientes comunes

En el ejercicio de dicha facultad testatoria, deberán respetarse, además de las legítimas, las disposiciones del cónyuge atribuyente (art. 198). El art. 199 de la Ley permite al cónyuge ejercitar la facultad testatoria mientras viva, salvo que el atribuyente le hubiere impuesto un plazo. La adjudicación de los bienes del difunto podrá hacerse, conforme al art. 200, por actos *inter vivos* irrevocables, o *mortis causa* revocables. La adjudicación podrá comprender bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liqui-

dada; en tal caso el valor de las adjudicaciones se computará por mitad en el patrimonio de los cónyuges.

Respecto a los poderes de administración de la herencia del fallecido, en tanto no se haga uso de dicha facultad, el art. 201 se los confiere al cónyuge viudo: «*en tanto el cónyuge no ejercite la facultad testatoria, se entenderá que la herencia del fallecido está bajo su administración*». Salvo que se le exonere expresamente, el cónyuge sobreviviente está obligado a rendir cuenta de su gestión. Por último, el art. 202 de la Ley 2/2006 recoge las causas de extinción de la facultad testatoria, debiendo destacarse la mención a la separación de hecho, con el problema probatorio que conlleva tener que justificar una situación de hecho.

Con respecto a la regulación anterior (contenida en los arts. 141 a 143 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo), encontramos un cambio significativo en cuanto al plazo —que pasa de estar limitado a un año, a ser vitalicio—, así como respecto de las facultades, que están más especificadas en la nueva normativa; y es que antes se hacía referencia, únicamente, a la distribución de los bienes del difunto, así como a la posibilidad de mejorar a los hijos comunes —opción actualmente recogida en los arts. 214 y siguientes—.

LA FIDUCIA INDIVIDUAL

A. CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA: EL NOMBRAMIENTO

Desde el Título I se contempla ya la posibilidad de nombrar fiduciario. Así, el art. 3 Lsuc. establece *«el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae»*.

Reitera esta posibilidad el art. 92.1 Lsuc. —que regula la sucesión testamentaria— al disponer que *«el testamento es acto personalísimo, no susceptible de ser hecho por medio de representante, si bien las personas capaces de testar pueden encomendar a fiduciarios que, tras su muerte, ordenen su sucesión»*.

La Ley de sucesiones por causa de muerte desarrolla la ordenación de la sucesión del causante por medio de «uno o varios fiduciarios» en su Título IV, que se destina íntegramente a la regulación de la fiducia sucesoria. El art. 124 Lsuc., primero con el que comienza dicha regulación, reza: *«todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente»*. No es de extrañar, por lo tanto, por la interacción de ambos preceptos, que la disposición inicial relativa a la fiducia, contenga una referencia a la capacidad para testar, puesto que el art. 92.1 Lsuc. contiene una excepción que viene a ser una suerte de «preludio» de lo que posteriormente vemos descrito en los arts. 124 Lsuc. y siguientes concordantes.

1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

a) Condiciones personales del comitente

El art. 124 de la Ley de sucesiones por causa de muerte establece que «*todo aragonés capaz para testar*» puede nombrar uno o varios fiduciarios.

El primer requisito es, por lo tanto, que el comitente tenga la vecindad civil aragonesa. Este precepto concuerda con el art. 9, en su apartado segundo, del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón), que establece que «*el Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial*».

Al ser la fiducia una institución propia de la sucesión hereditaria del comitente, se le aplicaría el art. 9.8 del Código Civil, conforme al cual «*la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento*». Sin embargo, puede darse el supuesto de que, en virtud del hoy tan frecuente cambio de vecindad civil, quien nombró fiduciario —en testamento o escritura pública— deje posteriormente de ser aragonés, de modo que incumpliría el primer requisito exigido por el citado art. 124 Lsuc.: que el comitente sea aragonés.

La doctrina, con autores como MERINO³², CALATAYUD, LATORRE o ZABALO³³, entiende que el problema queda resuelto si continuamos leyendo el citado art. 9.8 del Código Civil (reformado por Ley 11/1990, de 15 de octubre): «*sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados con-*

32 MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 104 y 105.

33 ZABALO ESCUDERO, en *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho Civil aragonés*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. 2005.

forme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

PARRA LUCÁN, por su parte, y no obstante su conformidad con dicho argumento, matiza que «no es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas generales sobre conflictos de leyes, puesto que el art. 9.8 del Código Civil, al no tener presente la institución de la fiducia, sólo se cuida de dejar a salvo las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley personal del momento de su otorgamiento, aunque sea otra la ley que rija la sucesión»³⁴.

Aún así, coincido con los citados autores en la procedencia de la aplicación del citado art. 9.8 Cc, dado que parece que su finalidad es la de dar eficacia a todas las disposiciones hechas por el causante con arreglo a su antigua ley sucesoria. El problema que encontramos en la interpretación literal de dicho precepto es su aplicación a las disposiciones de carácter sucesorio otorgadas en escritura pública, conforme al art. 127 Lsuc. Pero no parece adecuado hacer depender la aplicación de dicho precepto, el 9.8 del Código Civil, de la forma en que se haya ordenado la sucesión.

El segundo requisito, la exigencia de una capacidad específica, se resuelve por remisión a la capacidad para testar, recogida en el art. 93 de la misma Ley de sucesiones por causa de muerte en sentido similar al art. 663 del Código Civil: «*pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar testamento sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural*». Por lo tanto, basta ser mayor de catorce años y tener capacidad natural —estar en tu cabal juicio— para nombrar fiduciario. Ello no obsta a que,

³⁴ PARRA LUCÁN, «La fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Ed. Justicia de Aragón, 2007, pág. 588.

para hacerlo en testamento ológrafo o pacto sucesorio, se deba tener la capacidad específica necesaria para otorgar estos actos (arts. 93.2 y 63 Lsuc.): la mayoría de edad.

Cabría plantearse si un mayor de edad conforme al art. 1 de la Ley de derecho de la persona, antiguo art. 4 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, podría nombrar fiduciario utilizando las dos formas anteriormente citadas, testamento ológrafo y pacto sucesorio. No sería necesario recurrir a la dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio, otorgada por el Juez de Primera Instancia (prevista en el art. 48 del Código Civil y sobre la que nos detendremos más adelante), en atención a la capacidad para contraer matrimonio, dado que los citados arts. 93.2 y 63 Lsuc. no exigen ser mayor de 18 años, sino «mayoría de edad», condición que cumplen todos los comprendidos en el mencionado art. 1 de la Ley de derecho de la persona.

Con la regulación del Apéndice y de la Compilación se planteaba la duda de la necesidad de que el comitente estuviese casado, ya que había una relación entre dicho estado civil y la posibilidad de nombrar fiduciario, pudiendo ocupar dicho cargo únicamente el cónyuge viudo. Este punto suscitó no pocas controversias a las que hemos aludido al analizar la evolución histórica de la figura. La cuestión está resuelta por la regulación actual al permitir que pueda nombrar fiduciario *todo aragonés*, a cualquier persona y queda claro que los únicos requisitos que se exigen al comitente son ser aragonés y tener capacidad para testar.

b) Condiciones personales del fiduciario

El art. 125.1 Lsuc. dispone que «*el fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante*». No se exige, por lo tanto, un vínculo matrimonial con el comitente, como establecía el art. 110 CA.

La doctrina³⁵ había venido solicitando una ampliación de quiénes podían tener la condición de fiduciarios, cuestión ésta que fue abordada en la ponencia sobre las «Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria»³⁶ por NAVARRO VIÑUALES, el cual planteaba tres opciones:

- Inclusión de la pareja de hecho entre los sujetos que pueden ser fiduciarios: planteaba el problema de cómo probar una situación de carácter fáctico. Esto ha sido resuelto por el art. 2 de la Ley de parejas estables no casadas³⁷, que crea un registro administrativo en el que deberán inscribirse aquellas.
- Permitir la designación de cualquier pariente: se mantendría así el carácter familiar del cargo.
- Dejar que cualquier persona pueda ostentar el cargo de fiduciario. Era, en opinión del citado autor, la decisión más acertada, y por la que, finalmente, optó el legislador. Las razones en las que se basaba eran: que la exigencia de vínculo matrimonial había sido impuesta por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, al regular que «cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro»; que la fiducia es una institución de confianza, de modo que el causante debe tener total libertad a la hora de desig-

35 LACRUZ BERDEJO, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Vol. 1º, pág. 294. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, Tomo XXXIV, Vol I, pág. 279. MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 105 y ss. ZUBIRI SALINAS, *Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, publicados por el Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, págs. 75 y ss.

36 NAVARRO VIÑUALES, *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria*, en las «Actas de los cuartos encuentros del Foro de Derecho Aragonés», publicadas por El Justicia de Aragón, 1994 págs. 104 y ss.

37 El art. 2 Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas dispone que «toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera».

nar a quien en un futuro ordenará su sucesión; y que los sistemas jurídicos vasco y navarro habían introducido con éxito dicha posibilidad.

A este respecto, en el coloquio que tuvo lugar tras dicha ponencia, DELGADO ECHEVERRÍA³⁸ (coponente en aquella sesión) recurrió a la evolución que sufrió el Anteproyecto «en los despachos» para explicar el tratamiento dado a esta materia. El Seminario admitía que el comitente designase fiduciario a quien considerara oportuno, y así lo recogió también la Comisión aragonesa. Pero la política de la Comisión General de Codificación era la de regular únicamente aquello que tuviese antecedentes, precedentes y costumbres; de modo que como la fiducia sólo la encontraban en las capitulaciones del Alto Aragón, sólo se admitirían éstas. Por lo tanto, se admitía la fiducia con el cónyuge siempre, y la fiducia colectiva sólo para la continuidad de la casa. Es decir, que el Seminario pretendía legislar en abstracto y la Comisión sólo quería regular como Derecho Aragonés lo que ya era Derecho Aragonés.

Finalmente, la Ley de sucesiones por causa de muerte optó por darle a esta institución un carácter extrafamiliar, ya que puede ser fiduciario cualquier sujeto en quien el comitente deposite su confianza, ya sea por motivos afectivos (en la práctica, la mayoría de las ocasiones recae sobre el cónyuge del causante), profesionales o de amistad; esto ha conducido a una «universalización» de los sujetos susceptibles de ser nombrados fiduciarios, puesto que cualquier persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar puede designarlos, ya sea con carácter singular o plural, actuando mancomunada o solidariamente.

En cuanto a los requisitos necesarios para ser nombrado fiduciario, el citado art. 125.1 Lsuc. exige dos: mayoría de edad y tener

³⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, en el coloquio sobre las *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria*, en las «Actas de los cuartos encuentros del Foro de Derecho Aragonés», publicadas por El Justicia de Aragón, 1994, pág. 132.

plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante. Aquí son relevantes dos cuestiones: la primera, la relativa a la mayoría de edad; y la segunda, el momento temporal fijado para la existencia de la plena capacidad. De esta norma podemos deducir un presupuesto, y es que el fiduciario sea una persona física, que es de las únicas de las que se puede aseverar que son mayores de edad.

i. La mayoría de edad

En lo relativo a la mayoría de edad, la regulación anterior no exigía al fiduciario ser mayor de edad puesto que, al tener que estar casado para ostentar dicha condición, habría alcanzado, necesariamente, dicha mayoría en virtud del antiguo art. 4 de la Compilación, sustituido por el vigente art. 1.1.b) de la Ley de Derecho de la persona. Es decir, que todo fiduciario, por el mero hecho de haber contraído matrimonio con el causante, sería mayor de edad.

Actualmente, en cambio, al suprimirse la exigencia de vínculo matrimonial entre comitente y fiduciario, adquiere mayor relevancia la previsión del mencionado art. 1 de la Ley de derecho de la persona, que reconoce dicha condición a los que hubieren contraído matrimonio (circunstancia ésta que, como hemos indicado, ya no se da en todos los fiduciarios). A este respecto, conviene recordar el art. 46 del Código Civil, que dice que «*no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados*»; ello excluiría a los menores de edad mayores de catorce años y menores de dieciséis, pero cabe que el Juez de Primera Instancia dispense del impedimento de edad, con justa causa y a instancia de parte, a partir de los catorce años.

Puede plantearse la cuestión de qué ocurre con el menor de edad mayor de catorce años que hubiere sido nombrado fiduciario cuando, habiéndose casado, no gozase en ese momento de dispensa por parte del Juez de Primera Instancia. En principio, el art. 73 del Código Civil dispone que el matrimonio sería nulo y

no produciría efecto alguno. Sin embargo, si no fuere impugnado el nombramiento, persistiría la apariencia de matrimonio y se podría aplicar el art. 48 del Código Civil, que dispone que: «*la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes*». Si la convalidación se produjese antes de fallecer el comitente no se plantearía problema alguno, dado que la Ley de sucesiones por causa de muerte exige los requisitos al tiempo de la muerte del causante. Más dudosa sería la efectividad de la convalidación que hubiere tenido lugar tras el óbito, puesto que en ese momento no se habría cumplido los requisitos y el llamamiento habría devenido ineficaz.

ii. La capacidad de obrar

La exigencia de plena capacidad de obrar, no explicitada antes de la Compilación, hace innecesarias posteriores interpretaciones doctrinales, excluyendo supuestos como aquel en que el fiduciario fuere declarado en concurso de acreedores, al tener restringida su capacidad de obrar y verse notablemente afectada su capacidad para tomar correctamente decisiones sobre el patrimonio propio o ajeno. Dicha exigencia de capacidad debe cumplirse tanto en el momento del fallecimiento del causante conforme a lo dispuesto en el art. 125 Lsuc. porque, de lo contrario, el nombramiento sería ineficaz, como al ejecutar la fiducia puesto que, en otro caso, el acto realizado sería nulo. Por eso el art. 147.c) Lsuc., en relación con el art. 148 de la misma ley, declara que la fiducia se extingue cuando el fiduciario fallezca, sea declarado ausente o fallecido (puesto que la existencia es presupuesto de la capacidad), privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente.

En cuanto al momento tomado para la comprobación de los citados requisitos, la legislación aragonesa ha optado por el del fallecimiento del causante.

Esta cuestión ha suscitado cierta polémica en la doctrina. En el derecho comparado podemos encontrar opciones distintas a la del legislador aragonés; por ejemplo, la ley 284 del Fuero Nuevo de Navarra se inclina por el momento de ejecutar la fiducia, lo cual permite nombrar fiduciario a un sujeto menor de edad, siempre que éste hubiere alcanzado la mayoría antes de ejercer dichas funciones. En el mismo sentido, el art. 149.1 del Código de Sucesiones de Cataluña³⁹ atiende «*al tiempo de ejercerla*» para comprobar el cumplimiento de las condiciones exigidas. Esta última opción no limita en modo alguno la voluntad del causante, pero sí que da lugar al mencionado retraso. Igualmente, en Aragón, ya en el Seminario se alude, en todos los textos presentados, al momento de «*ejercer su función*» o «*cumplir su cometido*»; de ahí que el art. 114.2 de la Compilación tomara como momento el del ejercicio del cometido para referirse a la mayoría de edad de los fiduciarios colectivos.

La solución adoptada por el legislador aragonés limita en cierto sentido la libertad del causante, al restringir los sujetos que pueden ser fiduciarios. La doctrina, empero, ha justificado esta decisión. Así, MERINO entiende que se trata de una decisión acertada, dado que se evita una dilación excesiva de la actuación, que se produciría en caso de exigirse dicha capacidad en el momento del ejercicio de sus funciones. PARRA LUCÁN añade, por su parte, otra razón al indicar que «la exigencia de que el fiduciario sea capaz en el momento del fallecimiento del causante resulta además coherente con todas las facultades de administración y dis-

39 Dicho precepto establece que «*El testador podrá instituir heredero a aquél de entre sus hijos que elijan los dos parientes más próximos, sin individualizarlos, aunque no haya confiado esta facultad con carácter preferente al consorte sobreviviente, de conformidad con lo previsto por el testador o por la costumbre y, supletoriamente, de acuerdo con las siguientes reglas:*

1.— *Esta facultad de elección corresponderá a los dos parientes consanguíneos, de uno u otro sexo, que, al tiempo de ejercerla, gocen de plena capacidad para disponer, no hayan renunciado a tal facultad y pertenezcan uno a la línea paterna y el otro a la materna y, dentro de cada una de ellas, el de parentesco más próximo en relación a los hijos o descendientes, y con preferencia el de más edad.*

posición que, de acuerdo con la ley, pueden corresponder al fiduciario hasta el momento en que se ejecuta la fiducia»⁴⁰. El citado art. 125.1 Lsuc. es imperativo, de modo que cualquiera que sea el modo de nombramiento, esté sujeto a término inicial o a condición suspensiva, los citados requisitos deberán cumplirse en el momento del fallecimiento. Entiende CALATAYUD que dichas exigencias son también aplicables a los fiduciarios sucesivos.

Podría pensarse que la demora en la ejecución no es un argumento suficiente para elegir el momento del fallecimiento del causante, porque el propio legislador aragonés «tipifica» dicho retraso en el art. 129 Lsuc. Pero podemos considerar que, siendo fiduciario el cónyuge supérstite, la finalidad de protección justificaría la admisión del citado retraso, cosa que no ocurre cuando el fiduciario es otra persona; se ve así el tratamiento privilegiado que en la fiducia se da al cónyuge viudo para protegerle frente a posibles actuaciones perjudiciales por parte de los herederos, los cuales, al ser él quien ordenará la sucesión, deberán mostrarse respetuosos. Además, exigir que tenga plena capacidad de obrar en el momento de ejecución de la fiducia puede impedir la ejecución parcial, que podría resultar conveniente en determinadas circunstancias.

A diferencia de lo que ocurre con el comitente, en la regulación actual no se exige que el fiduciario tenga vecindad civil aragonesa.

Anteriormente, no era infrecuente el nombramiento del párroco como fiduciario, en base a la confianza que los feligreses tenían en él; sin embargo, las circunstancias históricas y sociales han variado y tanto la creciente laicidad de la sociedad como la reducción del número de parroquias han hecho que dicha posibilidad prácticamente desaparezca.

40 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 589.

Como hemos dicho con anterioridad, la vigente Ley de sucesiones por causa de muerte no recoge ninguna limitación en cuanto a los sujetos que pueden adquirir la condición de fiduciarios, de modo que podrán serlo no sólo los cónyuges (la cuestión del estado civil la abordaremos más adelante), sino también los parientes, o incluso extraños. Es indiscutible, pues, que el vigente art. 125 Lsuc., en su apartado primero, no impone a quien ostente la condición de fiduciario mantener ningún tipo de relación con el comitente: ni relativa al estado civil, ni mediante exigencias de vínculo, línea o grado al referirse a los parientes. Conviene, por lo tanto, destacar que este cambio ha implicado la superación del carácter eminentemente familiar que tenía dicha institución, para reforzar el de la confianza, que permite que dicho cargo recaiga sobre un sujeto ajeno a la familia. No es sino una muestra más de la importancia que el principio de libertad tiene en Aragón: anteriormente el legislador «tutelaba» al causante a la hora de elegir en quiénes podía depositar dicha confianza, lo que supone a su vez una restricción, mientras que ahora queda exclusivamente a su voluntad.

No obstante, hay que indicar que la situación del cónyuge en la fiducia sucesoria aragonesa sigue siendo privilegiada. Cuando el consorte ha sido elegido fiduciario, las situaciones de crisis matrimonial que pueden suponer pérdida de la confianza que en su cónyuge tenía el comitente, inciden en dicho nombramiento. A estas cuestiones se refiere el art. 125.2 Lsuc. (que ha sustituido al derogado art. 110.3 CA), conforme al cual *«salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin»*. El legislador presume, por lo tanto, que el fundamento de la delegación es la subsistencia de la confianza, lo cual explica esa confirmación del llamamiento incluso en casos de crisis matrimonial.

Con esta proposición, la Ley trata de solucionar el problema que se plantearía en una institución como la fiducia, basada en la confianza, en caso de crisis matrimonial: establece que, salvo disposición en contrario del comitente, en estas situaciones en que la confianza que el causante había depositado en su cónyuge ha desaparecido, el nombramiento pueda quedar sin efecto. El precepto contempla los siguientes supuestos: nulidad, divorcio y separación.

Respecto de la nulidad, hay que apuntar que la declaración de la misma implica que el matrimonio no ha existido nunca. En relación con esta situación hay que precisar que no sólo los tribunales ordinarios pueden declarar la nulidad de un matrimonio, sino que también los eclesiásticos pueden hacer lo propio con el celebrado en forma religiosa (art. 49 del Código Civil); conforme al art. 80 del mismo cuerpo legal, para que dicha resolución tenga efectos civiles es necesario que la sentencia sea declarada conforme al derecho del Estado por un juez civil. Se nos plantea aquí la cuestión de si dicho supuesto es subsumible en el mencionado art. 125.2 Lsuc. y desde cuándo. Entiendo que sí que lo sería, puesto que la obtención de la declaración de nulidad del matrimonio por los tribunales eclesiásticos supone el primer paso para obtener la nulidad civil, pudiendo por lo tanto entender que se encuentran «*en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin*» (la nulidad, en este caso).

El mismo artículo prevé que estas situaciones puedan no afectar a la fiducia, subsistiendo el nombramiento si el causante así lo ha previsto. Considero muy oportuna y relevante esta salvedad inicial, que permite obviar las consecuencias de una crisis matrimonial. El comitente puede conseguir que la previsión legal en orden a la extinción de la fiducia en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio quede sin efecto de tres modos distintos:

- El escenario más frecuente es que el causante prevea en el propio nombramiento la subsistencia del mismo pese a cualquier circunstancia de crisis matrimonial.

- También puede ocurrir que, una vez producidas la nulidad, separación o divorcio, el comitente —por las razones que considere oportunas— reitere el llamamiento, reafirmando, pues, su confianza en el fiduciario inicialmente designado. Esta reiteración deberá cumplir los requisitos de forma previstos para el nombramiento (testamento o escritura pública), por lo que no parece admisible que pueda hacerse en los convenios reguladores del divorcio otorgados por los interesados en documento privado y aprobados judicialmente, puesto que no son escritura pública.
- Otra situación se daría cuando, pese a tener conocimiento de la sentencia de separación, o encontrándose en trámite los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, el causante proceda a nombrar fiduciario a quien todavía ostenta la condición de cónyuge. En cualquiera de estos casos, el nombramiento debería persistir aunque no hubiere salvado expresamente dichas situaciones en el nombramiento, puesto que era evidente que conocía la situación en que se encontraban.

Un último supuesto es el del nombramiento de fiduciario una vez se hubiese dictado sentencia de nulidad o divorcio. En este caso, la designación de quien anteriormente ostentaba la condición de cónyuge valdría como nombramiento hecho a un tercero.

Una cuestión conflictiva en esta materia es qué régimen habría que aplicar a una persona que en el momento del nombramiento está casada o lo había estado con anterioridad, pero al fallecimiento no lo está. CALATAYUD remite, en primer lugar, a la voluntad del causante; pero si ésta no constase con claridad, distingue dos supuestos:

- Que el nombramiento de fiduciario se realice una vez firme la sentencia en el proceso matrimonial: al no haber matrimonio o encontrarse en una situación de separación

legal, no cabría aplicar al fiduciario el régimen especial del cónyuge.

- Si el llamamiento se produjese antes de la sentencia, lo más conforme con la voluntad del causante parece ser mantener la aplicación de dicho régimen privilegiado.

En efecto, en todo supuesto en que la voluntad del causante esté clara es ésta la que habrá que aplicar. Como modo de averiguar cuál ha sido esa voluntad, parece útil atender al momento del nombramiento y también a la situación del matrimonio.

Si el nombramiento ha tenido lugar antes de la crisis del matrimonio y el comitente ha previsto que éste se mantenga a pesar de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, parece que la voluntad del causante es que se aplique la misma situación existente en el momento del nombramiento, y por tanto mantener el régimen aplicable al cónyuge.

También en caso de reiteración de llamamiento parece lo más correcto, salvo que sea muy clara la voluntad del causante en contrario, aplicar el régimen del cónyuge puesto que la reiteración supone la voluntad de mantener una situación jurídica determinada existente con anterioridad.

Si el nombramiento tiene lugar con posterioridad a la sentencia, conviene distinguir nulidad y divorcio de separación.

En las dos primeras situaciones, nulidad y divorcio, el comitente ya no estaba casado al hacer el nombramiento; de modo que éste se habrá hecho a favor de quien no ostenta la condición de cónyuge, por lo que parece que se le debería aplicar el régimen general.

El caso de separación es el más dudoso: están casados en el momento del nombramiento y, salvo divorcio previo, seguirían casados al tiempo del fallecimiento del causante; y, pese a que indudablemente la separación puede haber influido en el grado de confianza, ésta existe ya que, de lo contrario, no se habría efec-

tuado el nombramiento. Esta circunstancia, junto a otras como la existencia de hijos comunes, pueden aconsejar la aplicación del régimen privilegiado.

Como caso paradigmático, este precepto sería aplicable al sujeto que, pudiendo o no haber contraído múltiples matrimonios, únicamente tuviere hijos con el causante; en este caso sería comprensible que, aun estando divorciados, el comitente siguiese depositando su confianza en el otro progenitor ya que, en condiciones normales, tendrá los mismos propósitos que el fallecido, procediendo a repartir la herencia entre sus hijos de modo equitativo. A esto debemos añadir que el art. 142.1 Lsuc., que estudiaremos más adelante, obligaría al fiduciario a ordenar la sucesión del difunto a favor de alguno de los descendientes de éste porque el comitente, normalmente y dadas las citadas razones para mantener la confianza en el otro progenitor, no excepcionalmente la obligación del mencionado precepto.

La nulidad y el divorcio suponen la ruptura definitiva del vínculo matrimonial. La separación, en cambio, aunque no dé lugar a la disolución del matrimonio, sí que destruye la relación de confianza que había entre los cónyuges; por ello, el legislador aragonés la ha considerado causa suficiente para dejar sin efecto el nombramiento de fiduciario a favor del cónyuge.

El principal problema que se plantea en los casos de separación es la posible reconciliación posterior, después de dictada la sentencia. Dicha figura está regulada en el art. 84 del Código Civil: *«la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio»*.

El legislador aragonés, a diferencia de lo que ocurre con la regulación de la viudedad, en la que la reconciliación está expresamente contemplada, no recoge explícitamente dicho supuesto al regular la fiducia.

La doctrina aragonesa ha mantenido dos posturas sobre los efectos que la reconciliación produce en el nombramiento de fiduciario: a) quienes entienden que la fiducia se ha extinguido y hay que reiterarla; b) quienes consideran que la fiducia no se ve afectada.

En la regulación de la viudedad, el art. 94.2 Lrem, dispone que *«se extingue también [el derecho de viudedad] por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. El derecho de viudedad nace de nuevo cuando el proceso finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados, o así lo pactan éstos»*.

Este precepto, en relación al problema que examinamos, admite interpretaciones en ambos sentidos. Quienes estimen que la fiducia se ha extinguido entenderán que el legislador aragonés se habría posicionado respecto de los efectos de la reconciliación en la fiducia, al regular expresamente el resurgimiento automático —por la mera finalización del procedimiento de nulidad, separación o divorcio— en el derecho de viudedad, pero no en la fiducia. Y los que consideren que la reconciliación opera como si nunca hubiese habido separación, es decir, sin que se haya extinguido la fiducia, entenderán que si el art. 125 Lsuc. no se refiere a ella, es porque hay que esperar al momento del fallecimiento para saber si el nombramiento surte o no efecto.

LATORRE, con MERINO, entiende que la fiducia se extingue por la sentencia de separación, quedando ineficaz el nombramiento; consecuentemente, consideran que, en caso de reconciliación, no opera el restablecimiento de la fiducia de forma automática sino que, siguiendo a los profesores LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA, lo que quedaría sin efecto sería lo resuelto en el proceso de separación, pero no lo resuelto por la ley para el caso de separación judicial. Por lo tanto, se requeriría una nueva declaración de voluntad del comitente o de ambos cónyuges con-

juntamente, ya sea en nuevo testamento o en escritura pública, en la que, con fecha posterior a la reconciliación, se estableciera de nuevo la fiducia.

En esta línea, CÁMARA LAPUENTE considera dudoso, para el caso navarro, que la reconciliación producida entre los separados judicialmente traiga consigo el resurgimiento de las facultades fiduciarias, pues el efecto *ope legis* de la extinción del cargo con la sentencia firme es claro y el art. 106 Cc confirma el carácter definitivo de esa revocación al decir que «*la revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva*».

CALATAYUD, por otro lado, argumenta que el art. 125 Lsuc. dice que el nombramiento quedará ineficaz si *al fallecimiento del comitente* concurrieren dichas circunstancias. En apoyo de la opinión de Calatayud, entiendo que el testador ha podido hacer una designación que fuere eventualmente ineficaz: nombrar un sujeto que en ese momento fuere menor de edad, pero que haya alcanzado la mayoría al tiempo del óbito; o que estuviere incapacitado, pero que hubiese recuperado la plena capacidad en dicho momento. Por lo tanto, si en el momento del fallecimiento se han reconciliado los cónyuges separados, dicha reconciliación «*deja sin efecto ulterior lo en él resuelto*», de modo que no estarían separados en ese momento. Podemos concluir, siguiendo esta tesis, que el hecho de que hayan estado separados carece de efectos respecto de la eficacia del nombramiento.

En cuanto a la cuestión de si se extingue la fiducia o queda ineficaz el llamamiento, debemos inclinarnos por esta segunda opción, dado que del art. 125.2 Lsuc., según el cual «*no surtirá efecto el nombramiento*», se deduce que no habría accedido al cargo: al comprobarse que en el momento del fallecimiento concurrían dichas circunstancias, el llamamiento habría devenido ineficaz.

El antiguo art. 110.3 CA (añadido por Ley 3/1985, de 21 de mayo) sólo hacía referencia a la sentencia firme; pero la doctrina

se planteó ampliar los efectos a los supuestos en que, al fallecer el causante, estuviese presentada la demanda dirigida a obtener dicha sentencia, ya que ese sólo hecho puede provocar una pérdida de confianza similar a la que se da cuando ya existe sentencia firme. Así, ZUBIRI consideraba que el citado art. 110 CA sería aplicable, por analogía, al supuesto de que se encontrase en trámite el procedimiento para obtener dicho pronunciamiento, por la similitud que la fiducia tiene con la figura del poder. Por ello, la doctrina mayoritaria entendía que los herederos podían continuar el procedimiento con objeto de obtener la sentencia, en cuyo caso nos encontraríamos en la situación prevista por dicho art. 110 CA.

La vigente Ley de sucesiones, en el mismo sentido que los arts. 48.3 y 171.3 Ley 3/1992 del País Vasco⁴¹, sí que vincula, acertadamente, a dicha circunstancia la consecuencia de dejar sin efecto el nombramiento de fiduciario; por consiguiente, la redacción del apartado segundo del art. 125 Lsuc. supone una mejora con respecto de la regulación anterior, ya que hoy basta con la interposición de la demanda dirigida a obtener cualquiera de estas tres situaciones, nulidad, divorcio o separación, para que se pueda entender quebrada la confianza que sustenta la figura de la fiducia sucesoria. Esto encaja con la previsión del art. 102 del Código Civil, que dispone que *«admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio: 2º. quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro»*.

Conviene aclarar que si se presentase demanda instando la nulidad, separación o divorcio, pero el actor desistiere antes del

⁴¹ Según el art. 48.3 Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, en Vizcaya *«el poder testatorio se extinguirá: 3º En el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio»*. Y el art.171.3 de la misma ley, dispone —para Guipúzcoa— que *«el poder testatorio se extinguirá: 3. por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder»*.

fallecimiento del comitente, no se daría el supuesto del art. 125 Lsuc., y el llamamiento sería plenamente eficaz. Lo mismo ocurrirá cuando, presentándose alguna de las citadas demandas, éstas fuesen desestimadas con anterioridad a la defunción del causante, porque en ambos casos no se darían los requisitos del citado art. 125.2 Lsuc., que exige que los procedimientos se encuentren en trámite en el momento del fallecimiento del comitente.

Otra cuestión es la planteada por la separación de hecho. Esta situación, no prevista legalmente, implicaría unas ciertas desavenencias entre los cónyuges; sin embargo, para no verse incluidos en la coletilla que encontramos al final de dicho precepto, «*o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin*», ninguno de los dos cónyuges debería haber recurrido a los tribunales para iniciar dicho proceso. De ello podemos deducir que se trataría de una situación en la que los cónyuges no dan por finalizada su relación y tienen, pues, intención de solucionar sus diferencias. Por eso el legislador ha optado por no equiparar dicha situación a las anteriormente citadas, ya que ésta no produce la ineficacia de la designación, exigiéndose para ello revocación expresa, o nombramiento de nuevo fiduciario, por parte del cónyuge comitente. Ello evita, además, al legislador el tener que buscar una vía para encauzar los problemas probatorios que podrían encontrarse al tratar de demostrar una situación de hecho.

Procede aquí hacer referencia a una cuestión aplicable tanto a los sujetos susceptibles de ser nombrados fiduciarios, como a aquellos que pueden efectuar dicho encargo (los comitentes). La redacción del art. 124 Lsuc. resuelve el problema suscitado por las parejas estables no casadas: al ampliar la libertad de disposición por causa de muerte del testador, hace innecesario el art. 17 de la aragonesa Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que establece que «*cada miembro de la pareja estable no casada podrá ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia de acuerdo con lo regulado en la legislación sucesoria aragonesa*».

Lo curioso de dicha regulación es que, siendo prescindible el referido artículo, al ser dicha norma posterior a la Ley de sucesiones por causa de muerte, el legislador aragonés podría haberlo omitido, a sabiendas de la anteriormente aprobada regulación relativa a la fiducia.

No obstante, la generalidad de la doctrina entiende que dicho art. 17 de la Ley de parejas estables no casadas no llega a equiparar a los miembros de la pareja con los cónyuges, por lo que, como dice Adolfo CALATAYUD, no se aplicará a las parejas estables no casadas las reglas previstas para los cónyuges en la Ley de sucesiones por causa de muerte. Y es que dicha Ley de parejas estables no casadas, regula una fiducia a favor de tercero, y no a favor del cónyuge, porque no lo son; por lo tanto, no se les aplicarán las especialidades recogidas en la Ley de sucesiones para los cónyuges fiduciarios, porque la Ley de parejas estables no casadas no contiene previsión expresa al respecto.

Por tanto, al regular la ley una fiducia a favor de tercero, la situación de separación que, de acuerdo con el art. 6 de la Ley 6/1999, produce la extinción de la pareja estable no casada no afectará al nombramiento de fiduciario hecho a favor de uno de sus miembros, a menos que éste haya sido revocado conforme a lo dispuesto en el art. 128 Lsuc.

A este respecto se plantea la cuestión de qué ocurre si se sujeta el nombramiento de fiduciario a favor de la pareja de hecho del causante a la condición resolutoria de no contraer matrimonio con un tercero, condición ésta que se tiene por no puesta en derecho común (art. 793 Cc), pero admitida en derecho foral aragonés (art. 161 Lsuc.). Dicho supuesto no se encuadraría en el art. 147.e) Lsuc., al no ser el fiduciario cónyuge viudo, por lo que su regulación será la del nombramiento de cualquier fiduciario sujeto a condición resolutoria.

Ante la cuestión de si pueden ser fiduciarios las personas jurídicas, podemos observar que el causante puede confiar deter-

minadas cuestiones —como la administración— a una persona jurídica, pero no ocurre lo mismo con la ordenación de la sucesión puesto que, si bien hay personas jurídicas especializadas en la realización de determinadas funciones (como por ejemplo, la tutela o el acogimiento de menores o incapaces) no es así con la elección del sucesor.

El propio Código Civil admite en su art. 242 que puedan ser tutores las personas jurídicas. En sentido similar, art. 102.g) Ley de derecho de la persona dispone que *«para designar al titular de las funciones tutelares, el Juez preferirá: g) a la persona jurídica que considere más idónea, incluida en última instancia la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores o incapacitados»*. Y según el art. 110 de la misma ley, *«también podrá ser titular de funciones tutelares la persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores o incapacitados, siempre que no incurra en causa de inhabilidad»*. Igualmente, autores como ALBALADEJO, ROCA SASTRE y DÍEZ PICAZO entienden que también puede ser albacea. Por lo tanto, cabría pensar que, al igual que la Junta de Parientes decide en determinados supuestos, o que puede constituirse una fiducia colectiva, ¿por qué no podría nombrarse fiduciario a una persona jurídica? En ese caso sería el órgano de admón., de funcionamiento quizás similar al de la Junta quien decidiría el destino de los bienes.

No obstante, el legislador se inclinó por no admitir esta posibilidad por la esencia de dicha figura: la confianza que el causante tiene en determinada persona. En todo caso, lo que sí que puede hacer el comitente es constituir una fiducia colectiva a favor de los integrantes del Consejo de Administración de una persona jurídica. Así, al igual que antes se podía nombrar al párroco como fiduciario individual o integrante de una fiducia colectiva, nada impide que, al amparo del principio del *standum est chartae*, el comitente designe como integrantes de una fiducia colectiva a los que ostenten determinados cargos.

El art. 124 Lsuc prevé el nombramiento de varios fiduciarios para que actúen de modo sucesivo en caso de que el fiduciario nombrado en primer lugar muera sin ejecutar el encargo, o se niegue a hacerlo al señalar que: *«todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente»*. Parece una idea acertada que no infringe su carácter personalísimo; se trata de un supuesto de fiducia plural que no debe descartarse, ya que una cosa es que el fiduciario no pueda delegar sus funciones, y otra que el propio comitente prevea una solución alternativa para el caso de que aquel en quien inicialmente depositó su confianza no pueda o no quiera cumplir el encargo. Aunque es un supuesto de fiducia plural, en su funcionamiento se convierte en una fiducia individual, pues sólo uno de los llamados ejercerá efectivamente el cargo con la especialidad de la forma de computar el plazo en los llamamientos sucesivos.

2. FORMA DEL NOMBRAMIENTO

El nombramiento es un acto unilateral que no requiere la concurrencia del fiduciario. Sin embargo, sí que se exigirá ésta para adquirir dicho cargo, puesto que es voluntario, conforme al art. 125.3 Lsuc.

El derogado art. 111 CA exigía, tanto para el nombramiento de fiduciario como para los actos de ejecución, que constasen en testamento o escritura pública. La vigente Ley de sucesiones por causa de muerte ha optado por regular la forma del nombramiento y de la ejecución en dos preceptos distintos. Por una parte, el art. 127 Lsuc. dispone que *«la designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, sobre ejecución de la fiducia, o administración y disposición de los bienes sujetos a ella, deberán constar, necesariamente, en testamento o escritura pública»*. Como vemos, se refiere, únicamente al nombramiento y no a la ejecución y abarca

también las instrucciones del causante, omitidas en el derogado art. 111 CA. Y, por otra, el art. 141 Lsuc. dice que:

«1. La fiducia deberá ejecutarse necesariamente por acto inter vivos formalizado en escritura pública.

2. Cuando se haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste podrá cumplir su encargo también en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo».

Como vemos, se mantiene el criterio de la Compilación en cuanto a las exigencias formales para la ejecución: el testamento y la escritura pública.

Respecto a las instrucciones, ya hemos comentado que la norma vigente amplía a éstas los requisitos de forma exigidos en el nombramiento. No valdrán, por lo tanto, aquellas que el causante hubiere entregado al fiduciario en un sobre cerrado, de modo manuscrito a través de un tercero, o de cualquier otro modo confidencial, no quedando éste obligado por ellas.

a) El testamento

Aunque en los trabajos preparativos de la Compilación de Derecho Civil de Aragón se barajaron varias fórmulas, se acabó optando por una similar a la actual, exigiendo testamento sin ninguna otra precisión. Ello no dejaba lugar a dudas de que cabía cualquier tipo de testamento: desde el notarial, al ológrafo, pasando por el marítimo, militar, ante párroco, ante testigos, etc., incluidos los dos tipos admitidos por el Derecho aragonés, unipersonal y mancomunado. Hay que aclarar, no obstante, que tanto para el testamento ológrafo como para el contrato sucesorio no valdrá la capacidad general exigida por el art. 124 Lsuc., sino que deberán tener la especial correspondiente: dieciocho años.

Tomando en consideración la complejidad de los problemas que puede plantear la fiducia, es aconsejable la intervención nota-

rial; por ello se planteó la posibilidad de exigir el otorgamiento de la fiducia en testamento notarial, y así se refleja en las actas de la Comisión, aunque finalmente se optó por mantener la fórmula de la Compilación, que admitía toda clase de testamento.

Como señala MERINO⁴², no habría razón alguna para permitir al causante ordenar por sí mismo la sucesión, y no permitirle hacerlo más que en testamento notarial; aunque, más recientemente, por las razones de complejidad antes esgrimidas, ha estimado que debería restringirse al testamento notarial.

En mi opinión, dicha restricción sería incongruente, ya que si se considera capaz para conferir dicha facultad a un tercero, también debería dársele la posibilidad de hacerlo, por ejemplo, por testamento ológrafo, militar, marítimo, etc. Limitándolo al testamento notarial se restringiría, además, a los sujetos la posibilidad de nombrar fiduciario en ciertas circunstancias que, si bien no son muy frecuentes (como el testamento militar, marítimo, o en peligro de muerte), no tienen porqué implicar una limitación de derechos. Pero, al hacer referencia únicamente al «testamento» y no al «testamento notarial» como hace el art. 33 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, se admite no sólo el testamento notarial, sino también las formas excepcionales de testamento del art. 677 del Código Civil desarrolladas en los arts. 716 a 736 del mismo cuerpo legal.

b) La escritura pública

Vamos a examinar ahora la referencia a la escritura pública. El Seminario aragonés utilizó el término «documento público notarial», expresión similar, pero no idéntica, a la de «escritura pública», ya que alude a cualquier tipo de documento notarial, mientras que este último es más concreto y restringido al excluir las actas, y especifica un tipo determinado de documento: la escri-

42 MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 126.

tura pública, que según el párrafo segundo del art. 17 de la Ley del Notariado y el art. 144 de su Reglamento, «tiene como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases»⁴³. Y, al no concretarse tampoco el tipo de escritura, valdrá cualquiera de sus clases, siendo especialmente relevantes tres modalidades: las capitulaciones matrimoniales, los pactos sucesorios, y el apoderamiento.

Como señala LATORRE, se entiende «por escritura pública el documento público notarial con exclusión de cualquier otro tipo de instrumento público, como el documento judicial o el administrativo»⁴⁴.

Históricamente, las escrituras públicas más frecuentes eran las de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Como dice CRISTÓBAL MONTES, «es normal que en las capitulaciones matrimoniales se pacte que uno de los hijos del matrimonio a celebrar será el heredero universal, procediéndose —en su día— a la elección mediante acuerdo de los padres, por voluntad del sobreviviente, a través de la fiducia que al efecto se le confiere y asistido o no de parientes, o bien, faltando tal designación, por éstos solos»⁴⁵. Tanto en la Compilación como en la Ley de sucesiones por causa de muerte, además de la escritura pública de otorgamiento de capitulaciones, cabe la escritura de pacto sucesorio y cualquier otra escritura pública cuyo contenido sea sólo la designación de fiduciario.

43 Y el párrafo 3º del mismo art. 17.1 Ley del Notariado (de 28 de mayo de 1862), especifica que «es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario».

44 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, «De la fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Sucesorio Aragonés*, coordinado por José Luis Merino Hernández, Ed. Sonlibros, 2006, pág. 384.

45 CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión contractual aragonesa*, Pórtico, Zaragoza, 1978, pág. 63.

Es evidente que, en el caso de que el nombramiento se realice en testamento, supuesto más habitual en la práctica, se procederá a su comunicación al Registro General de Actos de Última Voluntad. El problema se suscita cuando dicho nombramiento se realiza en escritura pública, instrumento éste que, aunque no se trate de capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio, es apto para recoger la designación de fiduciario o las instrucciones, si las hubiere (art. 127 Lsuc.). Dicha escritura no sería, desde el punto de vista formal, un acto de disposición por causa de muerte, sino *inter vivos*, rigiéndose en cuanto a su forma y requisitos por la legislación notarial general, como dispone el art. 143 del Reglamento Notarial⁴⁶. Pero es indudable que participa en cierto modo de la naturaleza de los actos de última voluntad, puesto que contiene un acto que afecta directamente a la ordenación de la sucesión, debiendo, pues, el Notario dar razón del mismo al Registro General de Actos de Última Voluntad conforme al art. 3º.a) del Anexo Segundo del Reglamento Notarial, que dispone que *«en el Registro general se tomará razón: a) De los testamentos abiertos, de la autorización del acta de otorgamiento y protocolización de los cerrados o sus respectivas revocaciones, de las donaciones mortis causa y, en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizado por Notario de la Península e islas adyacentes, posesiones del Norte de África y demás territorios de soberanía nacional; por Cura párroco, en los puntos en que por ley, fuero o costumbre tenga esta facultad, o por Agente diplomático o consular de España en el extranjero»*.

3. LA REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO

En íntima relación con el estudio de la forma del nombramiento está la cuestión de la posibilidad y forma de revocación.

⁴⁶ Dicho precepto dispone que *«los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, teniendo ésta el carácter de norma supletoria de aquélla»*.

La designación de fiduciario, como negocio unilateral fundado principalmente en la confianza que el comitente tiene en la persona que ha nombrado fiduciario, es esencialmente revocable.

Hay que señalar que, al no ostentarse el cargo de fiduciario hasta la muerte del causante, la revocación del nombramiento realizada por el comitente, que necesariamente ha de tener lugar con antelación a dicha defunción, habrá impedido el llamamiento a favor del inicialmente designado.

Durante la vigencia de la Compilación los problemas de la revocación plantearon numerosas dudas. Esta cuestión fue resuelta por la vigente Ley de sucesiones por causa de muerte, en una muestra más de una regulación plena, íntegra y satisfactoria. En efecto, el vigente art. 128 Lsuc., dispone: «*el nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública*». De modo que, tanto si el nombramiento ha tenido lugar en testamento como en escritura pública *inter vivos* podrá —en caso de que el comitente cambie de forma de pensar tras haber constituido la fiducia— dejar sin efecto una designación de fiduciario hecha en testamento o pacto sucesorio, así como cambiar al fiduciario nombrado, dar instrucciones al que allí se designó, o cambiar las que se dieron.

Al ser un cargo que tiene su fundamento en la confianza, es lógico que, al perderla el comitente respecto de la persona previamente designada, deba poder revocarlo. Así, al igual que el fiduciario tiene la posibilidad, legalmente tipificada en el art. 147 Lsuc. y que veremos más adelante, de desvincularse de la obligación de ordenar la sucesión del comitente mediante la simple renuncia al cargo, con más razón debe poder el comitente retractarse de la confianza depositada en dicho sujeto. Una vez más, el respeto a la voluntad del causante lleva a conferirle las más amplias facultades para ordenar su sucesión; y ello no incluye únicamente variar las «reglas del juego» modificando atribuciones o corri-

giendo ciertas disposiciones, sino también la revocación del nombramiento de fiduciario realizado.

En cuanto a los requisitos formales de la revocación, ésta no tiene por qué hacerse, imperiosamente, en la misma forma en que se haga la designación, sino que, como dice el citado art. 128 Lsuc., cualquiera que sea la forma en que se haya realizado, el nombramiento podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública. El legislador, con una impecable lógica jurídica, admite que ésta se lleve a cabo por los mismos instrumentos con que, conforme al art. 127 Lsuc., se había atribuido dicha condición al comitente.

El hecho de que la revocación sea un negocio jurídico unilateral explica que, aunque en el nombramiento hayan intervenido varias personas (pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o testamento mancomunado) la Ley de sucesiones por causa de muerte reconozca al causante la posibilidad de revocar dicho nombramiento en cualquier momento y de forma unilateral, no siéndole de aplicación a la fiducia lo dispuesto en los arts. 18 Lrem.⁴⁷, 106.4 Lsuc.⁴⁸ y 86 Lsuc.⁴⁹, para las capitulaciones matrimoniales, el testamento mancomunado y los pactos sucesorios, respectiva-

47 El art. 18 Lrem. dice que *«la revocación unilateral de los pactos sucesorios precisará de los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley de sucesiones por causa de muerte»*. Vid. nota 57.

48 Según el art. 106.4 Lsuc., *«toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario. El otorgante hará saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante, a quien el Notario notificará, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho del nuevo otorgamiento. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación»*.

49 El art.86 Lsuc. indica que *«el disponente sólo puede revocar unilateralmente su disposición paccionada:*

a) *Por las causas expresamente pactadas.*
b) *Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si ésta hubiera sido pactada.*
c) *Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legítimo, implicaría causa de desheredación»*.

mente. Es decir, que aunque en el instrumento hayan intervenido varias personas, el comitente es siempre y únicamente un sujeto, puesto que el fiduciario —o fiduciarios— son designados para ordenar su sola sucesión; por lo tanto, la subsistencia del nombramiento queda en manos del comitente hasta el momento de su fallecimiento.

En este sentido, entiende MARTÍNEZ CORTÉS que «en cuanto al hecho de que posteriormente se otorgue un testamento instituyendo unilateralmente uno de ellos heredero, parece que la revocación de la fiducia puede hacerse siempre y en todo momento; es más, se puede hacer de forma unilateral e incluso, aunque la fiducia se había dispuesto en un documento previo bilateral no sólo testamentario, sino también *inter vivos* como capítulos o escritura pública. La fiducia siempre tiene como sustrato la confianza y la voluntad que una persona merece a otra [...] si posteriormente cambia la forma de pensar al respecto, puede revocar la fiducia aunque se refleje en un testamento mancomunado o en documento público *inter vivos* de carácter bilateral; por lo tanto, quedará en vigor la disposición del cónyuge, pero la del otro que otorga testamento unilateral revoca la fiducia»⁵⁰.

Esta opinión la matiza LATORRE según que el nombramiento se haya hecho en testamento mancomunado, capitulaciones matrimoniales, o pacto sucesorio:

— Cuando se ha hecho en testamento mancomunado, dicho precepto tiene que precisarse. Así, «si no hay establecido un pacto de correspectividad, la fiducia constituida es revocable unilateralmente como establece el art. 106 de esta Ley [la Ley de sucesiones por causa de muerte] en su punto 2. Más problemática será la revocación unilateral si se ha pactado correspectividad en todo el testamento o exclusivamente a la constitución de la fiducia»⁵¹.

⁵⁰ MARTÍNEZ CORTÉS, en el coloquio que siguió a la ponencia sobre «La fiducia sucesoria», en el *Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, publicados por el Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, pág. 60.

Y después, añade que «si los otorgantes de un testamento mancomunado nombran a un fiduciario ajeno a ellos y atribuyen a este nombramiento el carácter de correspectividad o pactan la correspectividad para la totalidad del testamento, ampliar uno de ellos las facultades del fiduciario o concretarlas supone una modificación de la cláusula de constitución y por ello entiendo que no será eficaz salvo que los Tribunales de Justicia entiendan que no ha producido la modificación de la cláusula».

Sin embargo, como manifestaba MARTÍNEZ CORTÉS, los tratadistas que se ocupan de esta materia consideran que no existe correspectividad por el hecho de que en el testamento mancomunado se establezca por ambos cónyuges este nombramiento de fiduciarios. En la misma línea, PARRA LUCÁN pensaba que «debe excluirse la posibilidad de atribuir a la designación de fiduciario el carácter de disposiciones correspectivas, dado que no tiene en sentido estricto contenido patrimonial (art. 105 Lsuc.). En consecuencia, tampoco será de aplicación lo dispuesto en el art. 106.3 Lsuc. (limitación de la revocación a las causas de revocación del pacto sucesorio), siendo posible la revocación sin alegación de causa alguna»⁵². Y es que LATORRE obvia que para que una disposición sea correspectiva no sólo es necesario que ambos otorgantes expresen su voluntad en tal sentido, sino que deberá tener, conforme al art. 105 Lsuc., contenido patrimonial, requisito éste que no se cumple en el nombramiento de fiduciario, siéndole de aplicación el art. 106.2 Lsuc.: «también puede cada testador revocar o modificar unilateralmente sus propias disposiciones no correspectivas».

CALATAYUD, partiendo del carácter de confianza de la institución, admite que el nombramiento es esencialmente revocable. Considera, por lo tanto, plenamente aplicable el art. 128 Lsuc., sin perjuicio de la necesidad de notificar notarialmente dicha revo-

51 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *op. cit.*, pág. 388.

52 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 591.

cación al otro otorgante, con pleno respeto, en la medida en que sean compatibles con el precepto que nos ocupa, de los requisitos del art. 106 Lsuc. En cuanto a las especialidades que supondría la revocación hecha en testamento ológrafo y cerrado, se aplicaría el art. 106.4 Lsuc. *in fine*, según el cual «*la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación*».

— Y si la fiducia se ha constituido en escritura de capitulaciones matrimoniales, considera LATORRE que «habrá que tener en cuenta que una convención recíprocamente pactada no puede romperse por la declaración de voluntad de una de las partes en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros, ni tan siquiera el testamento mancomunado es cauce para revocar lo pactado por ambos cónyuges»⁵³. PARRA, por su parte, considera que el comitente no necesita la intervención de ninguno de los participantes en el otorgamiento, aunque afecte a bienes y derechos recibidos; ni tampoco la del otro cónyuge, como exige el art. 1331 del Código Civil.

— Si se ha constituido en pacto sucesorio, entiende LATORRE, conforme al art. 18.3 Lrem., que la revocación sólo podrá hacerse unilateralmente con las condiciones del art. 86 Lsuc. ya que, de lo contrario, sólo podría revocarse por pacto celebrado por las mismas personas que lo otorgaron o sus herederos, o en testamento mancomunado, de acuerdo con el art. 85 Lsuc.

PARRA, en cambio, fundamenta la no intervención de todos los que intervinieron en aquel en la naturaleza de confianza de dicha figura. CALATAYUD puntualiza que, si bien cabría la revocación unilateral del pacto sucesorio, ésta debería hacerse conforme a las exigencias del art. 86.2 Lsuc.⁵⁴, con la salvedad de la

53 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *op. cit.*, pág. 389.

54 Según dicha norma, «*la revocación unilateral deberá hacerse en escritura pública. El Notario la notificará a los demás otorgantes, dentro de los ocho días hábiles siguientes. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación*».

escritura pública (por el citado art. 128 Lsuc.); de modo que debería también realizarse la correspondiente notificación notarial a los demás otorgantes. Plantea el problema de la revocación hecha en testamento ológrafo o cerrado, porque el Notario no podrá conocer la existencia de la revocación de cara a poder practicar la notificación; pese a ello, cree que lo correcto, para evitar posteriores responsabilidades, es instar expresamente la notificación.

Podemos concluir, por lo tanto, que al ser la confianza el fundamento de la fiducia, perdida aquélla, no se puede obligar al comitente a mantener el nombramiento. Por esa razón el art. 128 Lsuc. deja tan claro al principio que dicha revocación podrá tener lugar *«con independencia de la forma en que se haya efectuado [el nombramiento]»*.

Por último, el mismo art. 128 Lsuc. recoge, en su segundo epígrafe, una suerte de «revocación tácita»: *«2.— El nombramiento de nuevo fiduciario producirá la revocación de los anteriormente designados, a no ser que resulte clara la voluntad del causante de que actúen conjunta o sucesivamente»*. Se trata, por lo tanto, de una regla general, aunque se da nuevamente prevalencia a la voluntad del comitente, cuando de su interpretación se deduzca claramente que pretendía que dicho nombramiento tuviere carácter conjunto o sucesivo respecto del efectuado en primer lugar.

Entiende CALATAYUD que, pese a la literalidad del precepto, la compatibilidad de nombramientos prevista en el inciso final de este apartado, debería también extenderse al supuesto en que de la voluntad del comitente se desprenda de modo indubitado que el primero y el nuevo deban actuar solidariamente, dado que el nombramiento de varios fiduciarios también puede hacerse, según el art. 124 Lsuc., para que actúen de forma individual o solidaria.

A este supuesto de la designación de nuevo fiduciario podemos añadir aquel en que el causante, sin mencionar el anterior nombramiento de fiduciario, concreta, en un instrumento sucesio-

rio posterior, la ordenación de su sucesión que, hasta ese momento, había quedado al arbitrio del fiduciario. En este caso, la libertad de ordenación del fiduciario se habría visto restringida en cuanto que no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante. De modo que si el testamento posterior contuviere la completa ordenación de la sucesión del causante, se produciría la revocación del nombramiento en virtud del art. 117 Lsuc.⁵⁵. Sin embargo, en el supuesto de que dichas disposiciones contuviesen únicamente instrucciones (art. 126 Lsuc.) el fiduciario deberá cumplirlas; y si el comitente sólo hubiese realizado una disposición parcial de su sucesión se entiende, en la línea del citado art. 117 Lsuc. *in fine*, que queda vigente el nombramiento respecto de la parte no dispuesta, salvo que del propio testamento se deduzca claramente la revocación.

Es importante aclarar que la ausencia de revocación constituye un presupuesto del llamamiento, dado que la eficacia del cargo es absolutamente potestativa para el comitente, al no configurarse como un pacto vinculante entre ambos y tener, además, su base en la confianza del causante. La revocación sólo puede hacerse en vida del causante y por él mismo, de modo que éste podrá, hasta su fallecimiento, decidir si el escogido accederá finalmente al cargo de fiduciario, en función de que el nombramiento mantenga o no su eficacia.

En cuanto al «modo» de nombrar fiduciario, si bien no se incluye estrictamente en la «forma» del nombramiento, sí que quedaría subsumido en ella desde un punto de vista más abstracto, por lo que me ha parecido adecuado referirme a ello en este apartado. No se exige ninguna fórmula específica; por ejemplo, la sen-

55 De acuerdo con el art. 117 Lsuc., «el testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamento posteriores perfectos, salvo que del contenido de éstos se infiera la subsistencia del anterior testamento en todo o en parte. Se presume la subsistencia cuando el pacto sucesorio o testamento no tienen contenido patrimonial o éste se limita a sólo una parte del caudal hereditario».

tencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 24 de mayo de 2002 reconoce tal validez a un testamento mancomunado por el que los cónyuges se concedían mutua y recíprocamente «facultad para que el sobreviviente distribuya los bienes del premuerto»⁵⁶. Además, tal y como se planteó en el Seminario aragonés, la designación se puede hacer tanto de forma indirecta («nombro sustituto vulgar o fideicomisario a quien instituya heredero la persona X —mi cónyuge—»), como tácita («instituyo heredero de mis bienes y derechos a aquel de mis hijos que reciba mayor porción en la herencia de la persona X —mi cónyuge—»).

Como curiosidad, debemos señalar que cabe nombrar fiduciario sujeto a condición aunque sin decirlo expresamente. Así, por ejemplo, en caso de que el comitente nombre heredero sujeto a condición suspensiva y después nombre fiduciario sin hacer mención adicional alguna, en caso de que la condición permanezca incumplida, adquiriría eficacia el nombramiento fiduciario. Cabría también nombrar fiduciario sujeto a condición suspensiva o resolutoria. Aunque en el sujeto a condición, ésta debería cumplirse dentro del plazo, legal o voluntario, que tuviere para ejecutar el encargo.

Por último, debemos señalar que tanto el testamento como la escritura pública serán válidos aunque su único contenido sea la designación de fiduciario; así lo señala el art. 90.2 Lsuc. respecto del testamento, al indicar que *«el testamento podrá contener cualesquiera disposiciones relativas a la ordenación de la sucesión del testador o testadores»*.

⁵⁶ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) de 24 de mayo de 2002, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez, se refería a un testamento mancomunado otorgado el 22 de julio de 1949, por el que los cónyuges se concedían «mutua y recíprocamente viudedad universal, con expresa relevación de las obligaciones de formalizar inventario y prestar fianza, y facultad para que el sobreviviente distribuya los bienes del premuerto entre los descendientes comunes en el tiempo, forma y proporción que tenga por conveniente, instituyendo heredero o herederos y asignando legítimas».

4. LA PERFECCIÓN DEL NOMBRAMIENTO

Nos vamos a referir al momento en el que el nombramiento se entiende perfeccionado, los derechos y facultades que el fiduciario adquiere por la perfección y a las obligaciones que de ella se derivan.

a) Momento en el que se perfecciona el nombramiento.

El cargo de fiduciario se entiende *deferido* en el momento en que adquiere plena eficacia el acto en el cual se ha producido el nombramiento, ya sea el testamento o la escritura pública. Y, al igual que ocurre con toda disposición sucesoria revocable, ésta se produce en el momento del fallecimiento del causante; porque es en ese momento cuando el designado tiene la posibilidad de aceptar y ejecutar la fiducia.

En cuanto a la adquisición de la cualidad de fiduciario, encontramos dos teorías: quienes entienden que ésta se produce de modo automático; y quienes exigen la aceptación, ya sea expresa o tácita, por parte del designado. Ambas posturas pueden tener fundamento, puesto que la Lsuc. no se manifiesta expresamente por una de las dos.

Como argumento a favor de la automática podemos recurrir a la regulación legal (el art. 147.d) Lsuc.) que le exige renunciar para perder la condición de fiduciario; en contra de esta opinión, dice LATORRE que «la renuncia al cargo de fiduciario expresada al momento de abrirse la sucesión no es causa de extinción de la fiducia, sino que ésta no llega a nacer, salvo previsión del causante estableciendo sustitutos»⁵⁷. Además, decir que la adquisición del cargo es automática parece que otorga mayor seguridad jurídica, porque desde que fallece el causante se conoce quién es el fiduciario.

⁵⁷ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *op. cit.*, pág. 453.

No obstante, la mayoría de los tratadistas aragoneses consideran que para la perfección del nombramiento se necesita su aceptación, ya sea expresa o tácita, lo cual no implica inseguridad jurídica, puesto que aquellos que tuvieren vocación a la herencia podrían instar al designado a que diga si acepta o no dicho cargo; además, en un patrimonio mediano se van a exigir actos de administración, con lo cual enseguida se va a saber si acepta o no, puesto que los actos de gestión implican aceptación tácita del cargo.

Así, dicha aceptación se facilita con la posibilidad de la aceptación tácita, que es la relativa a aquellos actos que no habría podido realizar sino en su calidad de fiduciario; no se considera, por lo tanto, aceptada, por el ejercicio de actos de administración sobre la sociedad disuelta y no liquidada, puesto que éstos los habría realizado en su condición de cónyuge. De modo que se entendería aceptado el nombramiento con la ejecución de la fiducia, algún tipo de actuación dirigida a la ejecución, o cualesquiera otros que la ley le permite hacer como tal fiduciario (administración o disposición de bienes).

Puede suceder que el elegido fiduciario, por su propia iniciativa o porque el comitente se quiera asegurar de la aceptación cuando el designado sea un sujeto distinto de su cónyuge, acepte el nombramiento en un acto separado al de la ejecución y con carácter previo al fallecimiento del causante-comitente. No obstante, tal aceptación carece de efecto jurídico alguno, puesto que ni existe obligación de aceptar, ni la aceptación deviene irrevocable dado que esta institución no está configurada como un pacto jurídico vinculante para ambas partes.

Por otro lado, como cargo voluntario que es (art. 125.3 Lsuc.) y que tiene su fundamento en la confianza recíproca, la fiducia puede renunciarse, lo cual implicaría la pérdida del cargo: «*la condición de fiduciario se pierde por renuncia del fiduciario*» (art. 147.d Lsuc.). Y la renuncia puede tener lugar en todo momento, incluso habiendo mediado aceptación expresa en escritura pública.

En caso de renuncia, perdería la condición de fiduciario conforme al art. 147 Lsuc., produciéndose, si se trata de fiducia individual y quedando a salvo los casos de fiducia sucesiva, la extinción del encargo (art. 148 Lsuc.); de modo que no se habría ordenado la sucesión del causante, como hubiera sido su voluntad, y tendrá lugar la apertura de la sucesión legal de conformidad con el art. 201 Lsuc.: *«en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal»*. En cambio, el efecto sería distinto, de acuerdo con el art. 148.2 Lsuc., si la fiducia fuese plural: *«cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos [...] no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes...»*.

No podemos decir que la ausencia de renuncia conlleva aceptación, ya que ésta sólo se puede producir de modo expreso o tácito; y tácitamente sólo se daría si realizase algún tipo de actuación dirigida a la ejecución o, como también puede ser administrador, por cualquier acto de gestión. La renuncia ha de ser expresa, si bien el art. 147.d) Lsuc. equipara ésta a la falta de aceptación al disponer que *«se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios los que requeridos notarial o judicialmente por cualquier persona con interés legítimo no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales siguientes a la notificación»*.

Así pues, si el fiduciario no aceptase ni renunciase a su cargo, podría ocurrir que transcurriera el plazo señalado, bien legalmente o bien por el causante, para el ejercicio de dicho encargo sin que éste hubiere realizado acto alguno. Como la citada voluntariedad del cargo impide que se le obligue a actuar, el designado fiduciario quedaría exento de responsabilidad, pero se habría derivado un daño considerable al patrimonio hereditario, que habría quedado «abandonado» durante todo ese tiempo. Para evitar esta situación claramente perjudicial para quienes tienen una vocación a la herencia, regula la Lsuc. (en el citado art. 147.d) de la misma) ciertas medidas. Esta disposición implica que el designado puede

verse compelido a aceptar o rechazar dicho cargo a instancia de quienes tienen interés legítimo. LATORRE considera que, en este precepto, «interesado» podrá ser cualquiera que tenga alguna expectativa en la herencia; y que, si bien dependerá de la voluntad del comitente, a falta de ésta, podrían considerarse como tales «los llamados a la sucesión legal, así como los acreedores del causante, permitiéndoles que mediante acta notarial o denuncia judicial, soliciten al llamado a ocupar el cargo de fiduciario»⁵⁸. Y si, pasado el plazo de sesenta días, sigue sin haber emitido manifestación alguna, se le otorga a su silencio el valor de la renuncia, resolviendo así cualquier posible duda sobre si el fiduciario tiene intención de cumplir el encargo de comitente o no.

b) La fiducia y el Registro de la Propiedad

Hay unanimidad entre nuestros tratadistas hipotecarios, CHICO Y ORTIZ, GARCIA GARCIA, ROCA SASTRE, en considerar inscribible en el Registro de la Propiedad la fiducia aragonesa, al igual que otras figuras similares de nuestro ordenamiento, al amparo del amplio criterio sustentado por nuestra legislación hipotecaria en cuanto a la inscripción de los actos y contratos que modifican, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio.

En este sentido el art. 7 Rh., señala que *«conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales»*.

58 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *ibid.*, pág. 453.

Y, en relación con las instituciones reguladas en los derechos forales, el art. 8 Rh. dispone que *«los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales, y producen, respecto a los bienes inmuebles o derechos reales, cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior estarán también sujetos a inscripción»*.

Para inscribir dichos actos y contratos se presentarán en el Registro los documentos necesarios, según las disposiciones forales y, en su caso, los que acrediten haberse empleado los medios que establece la legislación supletoria».

Es conveniente destacar que en la Lsuc. la figura del fiduciario no se restringe al cónyuge sobreviviente, y que, como se pone de relieve en todo este trabajo, en la fiducia se pueden distinguir los siguientes momentos: nacimiento, situación de pendencia, ejecución total y extinción; todas ellas susceptibles de reflejarse en los libros del Registro, con lo que el abanico de posibles cláusulas de inscripción se amplía en buena medida. Por consiguiente al examinar la inscripción de la fiducia podemos distinguir:

1º.- FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE. En ese momento y en función de la persona que haya sido nombrada fiduciario encontramos tres situaciones distintas.

- Cónyuge viudo nombrado fiduciario. Es en la práctica la situación más generalizada, por lo que podemos considerarlo el supuesto normal. En el caso de que los cónyuges estuvieran casados bajo el régimen de consorcio foral aragonés, el cónyuge sobreviviente, al fallecimiento de su consorte, tiene derecho a la mitad del patrimonio consorcial, por lo general al usufructo vidual sobre los bienes del premuerto y facultades fiduciarias para ordenar la sucesión del premuerto sobre todo su patrimonio.

La inscripción de los bienes privativos del causante no presenta problemas en una cláusula como la siguiente

“En su virtud INSCRIBO esta finca a favor de ... , en usufructo vidual y su nuda propiedad como fiduciario del causante”. En el caso de que el título de constitución de la fiducia contenga limitaciones o instrucciones sobre su ejecución se puede añadir «en los términos antes expresados»; y para el supuesto de que el causante haya previsto el destino de los bienes de no ejercitarse la fiducia se añadiría «con el llamamiento reseñado en el testamento o escritura pública para el caso de no ejecución».

Como el Registro se lleva por fincas y determina la titularidad sobre cada una, la inscripción de los bienes consorciales puede plantear algún problema antes de la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, por estimar que hasta que ésta no se produce no es posible determinar si la finca registral pertenece a los futuros herederos del causante, al cónyuge sobreviviente o en qué proporción corresponde a cada uno de ellos. En la práctica, el problema se soluciona porque, como hay que liquidar el impuesto de sucesiones, el viudo otorga una escritura en la que: se liquida la sociedad conyugal, se adjudican los bienes conforme a la proporción en la que son titulares del patrimonio de la sociedad disuelta de acuerdo con el art. 77.3 Lrem.; se adjudica el usufructo vidual y acepta la fiducia sobre los bienes que integran el patrimonio relicto.

Pero en mi opinión también es posible la inscripción antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal en base a los amplios términos en que se pronuncian los arts. 7 y 8 del Rh. A favor de esta opinión podemos aducir los siguientes argumentos: hay que procurar que los pronunciamientos del Registro se correspondan lo más posible a la realidad extrarregistral y es evidente que la fiducia existe en la realidad; las facultades de disposición

sobre el patrimonio de la sociedad conyugal disuelta han cambiado y no solo por la muerte de uno de los titulares, sino porque la Ley configura una nueva forma de disposición sobre ese patrimonio; para comprobarlo basta examinar el antes citado art. 77 Lrem.; en la actualidad en la situación de sociedad conyugal disuelta pero no liquidada acceden al Registro anotaciones de embargo sobre los derechos que en la sociedad disuelta tiene uno de los cónyuges; y, por último, el art. 142.3 Lsuc. que admite la validez, y por tanto el acceso al Registro, de un acto del cónyuge por el que dispone de bienes de la sociedad conyugal disuelta sin necesidad de su liquidación y parece que no tiene sentido que su única forma de acceder sea a través del tracto abreviado.

En esta situación el Registro publicará los derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente sobre una finca integrada en el patrimonio de la comunidad disuelta, el derecho de usufructo vidual y las facultades fiduciarias. Tras la liquidación, la inscripción de los bienes consorciales dependerá de la forma en que se haga la adjudicación: a favor del cónyuge sobreviviente si se le adjudica en su totalidad; en forma similar a la expresada anteriormente si se adjudica al patrimonio del causante; y reflejando la parte que se adjudica al cónyuge en plena propiedad, su derecho de usufructo sobre la restante, y sus facultades fiduciarias sobre esta última en los demás casos.

- Cónyuge usufructuario que no ha sido nombrado fiduciario. Sobre los bienes privativos del causante, el Registro reflejará el derecho de usufructo a favor del cónyuge sobreviviente y las facultades fiduciarias a favor de la persona nombrada como fiduciario. Sobre los bienes consorciales, en forma similar a la anteriormente expresada con la diferencia que el Registro publicará que las facul-

tades corresponden a quien haya sido nombrado fiduciario.

- Que no exista cónyuge, en cuyo caso el Registro sólo publicará las facultades fiduciarias a favor de quien haya sido nombrado fiduciario.

En todos los casos, para que el nombramiento de fiduciario pueda tener acceso al Registro es preciso presentar el testamento o escritura pública de la que aquél resulte, junto con el certificado que acredite el fallecimiento del causante y el del Registro General de Actos de Última Voluntad que, en principio, justifica que el nombramiento no ha sido revocado.

2º.- Durante la FASE DE LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN, las actuaciones del fiduciario con posible acceso al Registro son:

- Las enajenaciones a título oneroso de bienes integrantes del caudal relicto con los requisitos exigidos por los arts. 138 y 139 Lsuc. para su inscripción; si la fiducia está inscrita bastará presentar la escritura pública otorgada por el fiduciario; en otro caso habrá que acompañar los documentos señalados anteriormente para la inscripción del nombramiento.
- Las ejecuciones parciales de la fiducia que el fiduciario puede realizar si el comitente no se lo ha prohibido. Para su inscripción deberá presentarse la escritura pública de ejecución en la que conste la aceptación del beneficiario o el documento que acredite ésta, junto con los indicados para la inscripción del nombramiento si éste no consta en el Registro.
- Además de esas actuaciones del fiduciario, durante la situación de pendencia también puede acceder al Registro el nombramiento de nuevo fiduciario cuando en las fiducias sucesivas pierde su condición el que estaba en el

ejercicio del cargo. Para su inscripción, habrá que acreditar la causa que provocó la pérdida y presentar los mismos documentos exigidos para la inscripción del nombramiento anterior. No será necesario presentar los certificados de defunción ni el del Registro General de Actos de Última Voluntad cuando consten en el Registro con anterioridad.

3º.- EJECUCIÓN TOTAL DE LA FIDUCIA. Con ella se cumple el encargo recibido y se ordena totalmente la sucesión del causante. Tiene acceso al Registro con la presentación de la escritura o testamento en que se haya formalizado. En el primer caso, lo normal es que en ella conste la aceptación del heredero o legatario designados; de lo contrario habrá que acompañar el documento que la acredite, junto con los indicados para la inscripción del nombramiento si éste no consta en el Registro. En la ejecución por testamento, lo normal es que el cónyuge ordene a la vez su propia sucesión; la inscripción a favor del heredero o legatario designados no presenta especialidades; para practicarla se debe presentar la escritura de aceptación de herencia en unión del testamento y los certificados de defunción de cónyuge-fiduciario y el del Registro General de Actos de Última Voluntad. En el supuesto que no estuviera inscrito su nombramiento, deben presentarse los documentos que lo acrediten.

4º.- EXTINCIÓN. La extinción de la fiducia provoca la apertura de la sucesión legal. No es nada frecuente que, antes de presentarse la escritura de aceptación de herencia otorgada por los herederos legales, conste en el Registro la extinción de la fiducia. Sin embargo, del mismo modo que tiene acceso el nombramiento de fiduciario, se puede inscribir la pérdida de la condición de fiduciario, en base a la misma argumentación, y con la presentación de los documentos que acrediten alguna de las causas que según el art. 147 Lsuc. ocasionan la pérdida.

Hay que volver a insistir en que el fiduciario no es heredero ni adquiere sobre los bienes una titularidad que los haga ingresar en su patrimonio. Por eso en la ordenación de la sucesión por medio de fiduciario no hay una doble transmisión, de manera que un bien no pasa del causante al fiduciario y de éste al heredero, sino que pasa del causante al heredero. De ahí que en la inscripción de toda transmisión en la que interviene el fiduciario en el Registro sólo constaran las facultades de disposición que tenga derivadas de la voluntad del causante o subsidiariamente de la regulación legal.

Por todo ello, en las adquisiciones como consecuencia de los actos realizados por el fiduciario cabe el tracto abreviado del art. 20 de la Ley Hipotecaria, según el cual: *«para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada»*. Pero más adelante añade que *«no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes»*.

En consecuencia, entiende GARCÍA CANO que hay una única inscripción, no siendo preciso que esté inscrito a su favor el nombramiento de fiduciario ni para ejecutar, ni para realizar actos de disposición de bienes permitidos por la ley, ya que no es titular de dichos bienes, y el citado art. 20 Lh. recoge las previsiones necesarias para que pueda disponer de dichos bienes sin constar en el Registro.

B. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

1. DERECHOS Y FACULTADES DEL FIDUCIARIO

CÁMARA LAPUENTE distingue dos haces de facultades de los fiduciarios: elegir a los sucesores del comitente y distribuir la herencia conforme a dicha elección en la proporción que estime oportuno.

Respecto a las facultades del fiduciario, NAVARRO VIÑUALES⁵⁹ entendía que no se debía diferenciar en función del parentesco que el fiduciario tuviese con el causante, ya que la fiducia, antes que familiar, es una institución de confianza, de ahí que no se restrinja a los cónyuges y demás parientes; y optar por dicha posibilidad en cuanto al reparto de facultades sería, por lo tanto, incongruente. En este sentido, la actual regulación concede a todos los fiduciarios las mismas facultades, cualquiera que sea su condición (sea o no cónyuge viudo); sin perjuicio de que el propio comitente haya limitado las facultades del fiduciario.

El principal derecho que tiene el fiduciario es el de la ordenación de la sucesión del causante, elección y distribución, para la cual gozará de las mismas facultades que éste. Esta ordenación tendrá lugar mediante la ejecución de la fiducia, que veremos más adelante.

En cuanto a los actos en que podrá consistir la ejecución, el fiduciario podrá realizar los mismos que le habrían correspondido al comitente, quedando a salvo las citadas instrucciones y previas distribuciones por él realizadas: instituir heredero o herederos; reconocer y fijar la legítimas; disponer legados; imponer cargas, gravámenes o sustituciones; encargar la administración de los bienes integrantes del patrimonio hereditario; establecer términos suspensivos o resolutorios, cargas o modos; nombrar alba-

⁵⁹ NAVARRO VIÑUALES, *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria*, op. cit., pág. 105.

ceas; realizar la partición; e incluso mencionar a alguien para evitar la posible preterición del art. 188.1 Lsuc.

A las disposiciones que realice el fiduciario para ordenar la sucesión del causante les serán de aplicación las normas que la Lsuc. contiene en el Capítulo destinado a la «Designación de sucesor», integrado por los arts. 149 a 161. De modo que, ante la cuestión de si cabría que el fiduciario nombrase heredero bajo condición, debemos contestar afirmativamente, puesto que puede ordenar la sucesión en los mismos términos que el causante.

Y, ante el supuesto de nombrar conjuntamente a varios herederos, ¿podrían unos serlo puramente y otros bajo condición? En principio no hay obstáculo para ello puesto que el fiduciario puede ordenar la sucesión «*con la misma libertad con que podría hacerlo el causante*». Así, en tanto la condición no se cumpla, la herencia permanecerá yacente, siguiéndose las previsiones de los arts. 9 Lsuc.⁶⁰ y siguientes respecto de su administración y conservación.

No obstante, conviene hacer una matización en relación con las denominadas condiciones captatorias reguladas en el último inciso del art. 161 Lsuc. En mi opinión no cabe que el fiduciario (A) designe heredero a un sujeto (B) con la condición de que éste (B) nombre heredero suyo de entre los descendientes del primero (A); se trataría de una condición captatoria (admitida en derecho aragonés), que parece que sería contraria a la voluntad del cau-

60 El art. 9 Lsuc. dispone que:

«1. Desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación del llamado la herencia carece de titular.

2. La administración de la herencia yacente corresponderá a la persona que hubiera designado, en su caso, el causante.

3. A falta de administrador los llamados como herederos podrán realizar exclusivamente actos posesorios, de conservación, vigilancia y de administración de la herencia. Dichos actos por sí solos no implican la aceptación de la misma.

4. Asimismo, los llamados como herederos podrán instar el nombramiento de un administrador judicial de la herencia de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales.

5. La situación jurídica de la herencia yacente en los casos de fiducia se regirá por sus propias normas».

sante, puesto que si éste hubiese querido beneficiarle (aunque fuese indirectamente) o restringir a los descendientes de éste los posibles beneficiarios, lo habría hecho mediante una disposición expresa, impidiendo así la aplicación del art. 142.1 Lsuc. Además, por los términos en que está redactado el art. 161 Lsuc.⁶¹ parece que, al hablar de *disponente*, se refiere al causante, puesto que cuando el fiduciario ejecuta la fiducia lo que está ordenando es la sucesión del comitente.

Acabamos de decir que el fiduciario está facultado para nombrar albaceas, contadores partidores y realizar la partición, lo que ocurrirá si además de nombrar herederos o legatarios les asigna bienes concretos. En relación a la partición efectuada por el fiduciario, se plantea la cuestión de si puede realizarla una vez efectuada la designación de los beneficiarios (por ej., por partes iguales) con lo que se podría considerar concluida su función. En mi opinión dependerá de la forma en que se realiza la designación: si la hace el cónyuge en testamento, como es revocable, cabe que en un testamento posterior la realice; pero si se hace en escritura pública no es posible pues iría en contra del carácter irrevocable que tienen los actos de ejecución realizados de esa forma.

Al igual que el causante, el fiduciario está facultado para desheredar por aquellas causas que, relativas al causante, enumera la Ley, a las que hay que añadir las que introduce referidas específicamente al fiduciario, por el art. 195 Lsuc. en relación con el art. 13 de la misma Ley. Así, el citado art. 13 Lsuc. dice que «*son capaces de suceder por causa de indignidad:*

[...]

b) *El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida*

61 Según el art. 161 Lsuc., «*es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona*».

del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno.

[...]

f) El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias.

[...]

g) El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterar otros posteriores».

El art. 17 Lsuc. atribuye expresamente al fiduciario, en su apartado segundo, la facultad de rehabilitar al indigno: «*el fiduciario podrá dejar ineficaces las causas de indignidad por los mismos actos que el causante, salvo que éste expresamente se lo haya prohibido*».

También podrá subsanar las pretericiones en que hubiere podido incurrir el comitente, facultad ésta que se deduce del art. 188.1 Lsuc. *a contrario*: «*se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia*».

A estas facultades relativas a la ordenación de la sucesión que acabamos de exponer, hay que añadir otros derechos o facultades como el derecho a retribución, ya que si bien la Lsuc. considera el cargo como gratuito, admite que el causante lo configure como retribuido; y hay señalar que cuando el fiduciario no sea el cónyuge puede ser conveniente fijar una retribución por constituir un estímulo para la realización del encargo. El fiduciario tiene también facultades de disposición a título oneroso sobre los bienes que integran el caudal pero las expondremos en el apartado sobre herencia pendiente de asignación.

En íntima relación con la ordenación de la sucesión se encuentra la liquidación de la sociedad conyugal, ya que mien-

tras ésta no se realiza el fiduciario no podrá cumplir correctamente sus funciones. Por eso el art. 140 Lsuc faculta al fiduciario para «solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta». De acuerdo con esa posibilidad, la Lrem. resolvió las diversas posibilidades de intervención del fiduciario en la partición en el art. 77 Lrem. y distingue dos supuestos:

1º.- Que el fiduciario sea una persona distinta del cónyuge, el art. 77.2 Lrem. dispone que «el fiduciario o contador partidario de la herencia del premuerto, actuando junto con el cónyuge viudo que no ejerza dichos cargos, pueden practicar la liquidación y división de la comunidad matrimonial disuelta sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes».

2º.- Que el cónyuge sea el único fiduciario. NAVARRO VIÑUALES ya había indicado que el viudo-fiduciario no puede por sí solo (prescindiendo de posibles herederos) liquidar la sociedad conyugal, al ser la «ordenación de la sucesión» una facultad independiente de la liquidación de la sociedad conyugal y posterior a ésta, no pudiéndose ejecutar la fiducia en tanto no se sepa con claridad cuál es el patrimonio que se debe repartir, puesto que las facultades del fiduciario se limitan al caudal relicto. Igualmente, ROMERO HERRERO consideró que había que admitir que el cónyuge fiduciario pudiera liquidar la sociedad conyugal con un sólo legitimario. Esto se reguló en el apartado tercero del citado art. 77 Lrem., conforme al cual, si el fiduciario es el cónyuge supérstite «para realizar la liquidación y división, necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez». No obstante, continúa el precepto, «dichas autorizaciones no serán necesarias cuando se limite a adjudicar pro indiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio».

Observamos, pues, cómo dicho precepto considera la liquidación como un acto de disposición y exige el mismo requisito que para dichos actos determina el art. 139 Lsuc.: la intervención de un legitimario. Pero así como en este último la disposición da lugar a una subrogación total, en el art. 77 Lrem. nos encontramos ante una concreción, pasándose de una comunidad germánica, con una participación sobre el total del patrimonio, a una romana, sin que haya perjuicio para nadie, puesto que se atribuye la misma participación que se tenía en el total sobre cada uno de los bienes que componen el patrimonio.

Por consiguiente, el art. 77 Lrem. supone un desarrollo del art. 138 Lsuc. y recoge una subrogación distinta o impropia, no de un bien en lugar de otro, sino de bienes en la participación que le correspondía a cada parte, teniendo, pues, las mismas cargas, destino o vinculación que recaían sobre dichas cuotas.

Para concluir la exposición de los derechos y facultades del fiduciario debemos referirnos a los que le corresponden en el caso de que el cónyuge viudo no haya sido designado fiduciario pero tenga el usufructo viudal. La Lrem. concede a los nudo propietarios en la regulación del derecho de viudedad una serie de derechos que, en mi opinión, podrá ejercer el fiduciario puesto que, como aquellos aún no existen, es lógico que en representación de éstos, sea el fiduciario quien los ejercite. Y es que, aunque el fiduciario no sea titular de la herencia, sí que es su representante, y a él le corresponde la defensa de la misma, pudiendo, por lo tanto, ejercer dichas facultades en defensa de aquella. Son las siguientes:

- La posibilidad de «*instar del Juez la adopción de medidas de aseguramiento respecto de los bienes sujetos al usufructo*» cuando proceda el inventario y hasta que éste se formalice y, en su caso, se constituya la fianza (art. 105 Lrem.).
- Requerir al viudo obligado a formalizar inventario para que lo termine cuando no lo hubiere concluido dentro del

plazo, percibiendo, con carácter definitivo, «los disfrutes de viudedad, desde el día del requerimiento y hasta la terminación del inventario» (art. 106 Lrem.).

- Pactar con el viudo usufructuario «la transformación, modificación y extinción del usufructo como estimen oportuno» (art. 109 Lrem.).
- Acudir al Juez para que dicte las medidas oportunas —incluida la transformación del usufructo— «cuando los nudo propietarios estimen que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan graves perjuicios para ellos» (art. 110 Lrem.).

2. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO: EL INVENTARIO

Hemos dicho, al exponer los derechos del fiduciario, cómo entre ellos se encuentra el de ordenar la sucesión del causante; pero esta facultad, que constituye el contenido esencial de la fiducia, tiene una doble vertiente de manera que el cumplimiento del encargo recibido es a la vez su principal obligación. Pese a ello, hay que destacar que no es necesario instituir heredero, porque tal y como señala ZUBIRI, «no es, sin embargo, esencia de la fiducia, que se establezca para tal cometido»⁶², y es que del art. 150 Lsuc. se desprende claramente que para la validez de los documentos mediante los que se ordena la sucesión no es necesario que contengan institución de heredero o ésta comprenda todos los bienes. Por lo que puede ocurrir que sea el causante quien designe heredero, correspondiéndole al fiduciario la asignación de las legítimas o legados, o que este último se limite a disponer de toda la herencia en legados o no disponga de la totalidad de los bienes.

⁶² ZUBIRI SALINAS, «De la fiducia sucesoria», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, publicados por el Gobierno de Aragón, págs. 353 y ss.

Esta obligación precisa de una aclaración. Es cierto que se puede entender que el fiduciario está obligado, máxime si ha aceptado el cargo, a ejecutar la fiducia en plazo y de conformidad con las instrucciones que a tal efecto le hubiese impuesto el comitente. Sin embargo, no hay que olvidar que se trata de un cargo voluntario, renunciable en todo momento; de modo que si el fiduciario no ejecuta la fiducia nadie puede obligarle a ello, ni hay medio alguno para compelerle a la ejecución, ni tampoco sanción por la falta de cumplimiento.

Históricamente se planteó en la doctrina la posibilidad de exigirle al fiduciario el otorgamiento de alguna garantía, pero en la ponencia sobre las *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria*, realizada por D. José María NAVARRO VIÑUALES⁶³ se planteaba, en relación con el fiduciario que no tenía la condición de cónyuge usufructuario, la realización de un inventario notarial en un período de tiempo determinado, y proponiendo una sanción ante la falta de cumplimiento de dicha obligación.

Actualmente, el legislador ha seguido esta directriz exigiendo la realización de inventario en los casos que estudiaremos a continuación, si bien no ha estimado oportuno que su incumplimiento fuese sancionable.

El inventario.

Respecto al inventario, quienquiera que sea el administrador, con la salvedad prevista en el párrafo tercero, deberá elaborar en escritura pública, «*en el plazo fijado por el comitente o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, [...] un inventario comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión*» (art. 135.1 Lsuc.).

⁶³ Publicada por el Justicia de Aragón en las «Actas de los cuartos encuentros del Foro de Derecho Aragonés», págs. 106 y 107.

Según el art. 135.3 Lsuc., «cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste quedará exonerado de la obligación de realizar el inventario, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario». No obstante, la práctica enseña que el cónyuge nunca impone dicha obligación, de modo que la citada exigencia sólo tendrá lugar en caso de que lo hubiese acordado el Juez.

Puede ocurrir que o bien el plazo fijado por el comitente o el de seis meses desde su fallecimiento se antojen insuficientes para el administrador, en previsión de lo cual, el legislador ha admitido que el gestor pueda, mediando justa causa, «solicitar del Juez una prórroga para su realización» (art. 135.2 Lsuc.). Dicho precepto faculta al Juez para conceder dicha prórroga cuando medie causa justificada, quedando —ante la ausencia de límite o indicación temporal alguna— a su libre albedrío tanto la estimación de que la causa es suficiente para conceder la prórroga, como la fijación del plazo que ésta debe tener.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del plazo fijado en dicho art. 135.1 Lsuc., el apartado 4 del mismo precepto establece que «transcurrido el plazo para realizar el inventario sin que el administrador lo haya formalizado, cualquiera de los parientes del causante dentro del cuarto grado, o cualquier otro interesado en la herencia, podrá solicitar del Juez que le requiera para que lo formalice. El Juez, previa audiencia del administrador, le concederá un nuevo plazo por el tiempo que estime oportuno, con apercibimiento de que, si no lo hace, lo realizará a su costa un tercero designado judicialmente, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir». Se trata, por lo tanto, de una llamada de atención, puesto que no implica consecuencia alguna, sino solamente la amenaza de que, ante un nuevo incumplimiento, se nombraría a un tercero que le sustituyese en el cargo para realizar el inventario. Hay que recordar que el objetivo de los plazos, requerimientos, etc., no es exigir responsabili-

dad al incumplidor, sino hacer inventario; de ahí que, si no lo hace el administrador, designe el juez un tercero que lo haga a su costa, lo cual le puede suponer un quebranto económico.

Vemos, pues, en relación con el plazo, como la regulación realizada por la Ley de sucesiones por causa de muerte es ciertamente generosa con el administrador, ya que le concede tres oportunidades para realizar dicho encargo:

- en primer lugar, el administrador podrá solicitar del juez, mediando causa justificada, una prórroga sobre el tiempo que se le haya concedido;
- a continuación, la previsión del párrafo cuarto actúa, digamos a modo de «amonestación», ya que no implica consecuencia perjudicial alguna, sino únicamente la concesión, previa audiencia del administrador que ha incumplido, de una nueva prórroga;
- y sólo tras un hipotético tercer incumplimiento del plazo (primero, del inicialmente fijado; segundo, de la prórroga solicitada a instancia del propio administrador; y tercero, de la prórroga concedida judicialmente a instancia de los parientes u otros interesados), se procedería a la realización del inventario a costa del administrador, pudiendo imponerle algún tipo de sanción como responsable de los perjuicios en que hubieren podido incurrir.

Sin embargo, el precepto concluye con un escueto «*sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir*». En principio, no parecería exagerado privar del cargo a quien incumple (no una, ni dos, sino tres veces) la obligación de inventariar en el plazo impuesto. En esta línea, un sector doctrinal, entre los que se encuentra PASTOR EIXARCH, admite la posibilidad de inhabilitar a dicho sujeto para el ejercicio del cargo de administrador, procediendo al nombramiento de otro en su lugar. Como hemos dicho, esto podría no juzgarse descabellado, dada la reiteración

del incumplimiento; no obstante, en la regulación legal sólo le permite al juez practicar él mismo el inventario y si se pusiese en peligro el patrimonio, reducir el plazo conforme al art. 132 Lsuc., que luego veremos.

En todo caso, en relación con la posibilidad de inhabilitar al fiduciario, conviene destacar lo siguiente: en primer lugar, que la fiducia es una institución basada en la confianza que el causante tiene en determinadas personas, por lo que sustituir al nombrado por el comitente por otro sujeto iría en contra de la naturaleza de la fiducia, pues no hay forma de averiguar si la persona nombrada para sustituir al fiduciario y ordenar la sucesión del causante le merecía a éste tal confianza. Por otra parte, se pone de manifiesto en repetidas ocasiones que con la fiducia se pretende excluir la sucesión legal y el procedimiento propuesto puede llevarnos a una ordenación de la sucesión con soluciones parecidas a las ofrecidas por aquélla. Finalmente, de la lectura del art. 135 Lsuc. parece muy clara cuál es la finalidad del precepto: no se trata de sustituir un fiduciario por otro sino conseguir que se practique el inventario, finalidad que se consigue en todo caso con su aplicación, y la sanción que impone queda limitada a la imposición de las costas del inventario y a la responsabilidad exigible.

En la práctica, en la mayoría de los casos el fiduciario será el cónyuge sobreviviente, de modo que tendrá, generalmente, el usufructo de viudedad sobre todos los bienes relictos. La Lrem., en la regulación más similar en cuanto a la obligación de formalizar inventario y consecuencias de su no realización que encontramos respecto de la de la fiducia, le obliga a practicar inventario de los bienes; y, para el caso de que no cumpliera, el art. 106 Lrem. prevé una sanción económica, sin hacer alusión alguna a la privación de la administración. Por lo tanto, cuando el fiduciario sea el cónyuge sobreviviente con usufructo universal, se aplicará la sanción prevista en el mismo y, ante la inexistencia todavía de nudo propietarios, desde que cualquiera de los parientes

o interesados que pueden solicitar la reducción del plazo de ejecución, hubiere solicitado del Juez que le requiera para que lo formalice. Y en caso de que el fiduciario no fuese el cónyuge, podría también aplicarse la solución que predica el art. 106 Lrem., ya que estaríamos ante dos fiduciarios, cónyuge sobreviviente y tercero, que han incumplido la misma obligación y, en consecuencia, se suprimirían temporalmente los beneficios económicos que le haya atribuido el causante, en tanto no cumpla la obligación de hacer inventario.

E incluso si la falta de inventario pusiese en peligro la herencia pendiente de asignación la ley sólo autoriza, en el art. 132 Lsuc., a acudir al juez para que reduzca el plazo de ejecución, a diferencia de lo que ocurre con la regulación del usufructo en el que el art. 110 Lrem., que permite la transformación del usufructo, lo que conlleva la pérdida de la administración de los bienes. Es clara, pues, la postura del legislador de no permitir la alteración de la voluntad del causante en cuanto al nombramiento de administrador en la fiducia.

Cuando el administrador sea una persona distinta del cónyuge, puede surgir un problema grave con la obligación de hacer inventario. En este caso, los cargos de administrador del patrimonio hereditario y el de la comunidad que continúa tras la disolución recaerían en sujetos distintos: el primero, en un tercero nombrado administrador; y el segundo, en el cónyuge supérstite. Como señala el propio PASTOR EIXARCH, puede que el cónyuge, al ser requerido por el administrador a realizar inventario, se oponga y no lo haga, o incluso que acepte hacerlo, pero disientan en cuanto al contenido (lo cual, de tratarse de un objeto relevante, debería solucionarse judicialmente); de modo que el gestor deberá efectuar un inventario provisional, carente de efecto alguno, sólo para satisfacer la obligación legal de hacerlo en el plazo fijado en el art. 135.1 Lsuc., y que perderá toda validez cuando proceda a realizarlo el cónyuge, puesto que este último inventario será el que

fije, en realidad, qué bienes tienen la consideración de comunes y cuáles privativos.

En cuanto a la obligación de prestar garantías y rendir cuentas, ya hemos visto como en los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, se inclinó la doctrina únicamente por la formación de inventario.

A este respecto hay que destacar que la institución de la fiducia está basada en la confianza que el causante tiene con determinadas personas, circunstancia ésta que no encaja con la exigencia de unas garantías para el ejercicio de una función que, además, es voluntaria. De todos modos, en la mayoría de los casos, el fiduciario será el cónyuge viudo, al que le corresponderá el usufructo universal; y como tal usufructuario sí que podrán exigírsele las garantías que le impone la Lrem.

Y en cuanto a la responsabilidad, cuando el fiduciario sea también administrador, responderá, como todo administrador de patrimonio ajeno, de los daños y perjuicios que se causen al patrimonio administrado por su culpa o negligencia. Conviene aclarar que, en este caso, la responsabilidad es consecuencia de la administración, y no de la ejecución de la fiducia (por ej., nombrar heredero a una persona inadecuada). Además, si el fiduciario es el cónyuge viudo, normalmente será el usufructuario universal de los bienes, correspondiéndole, por lo tanto, las obligaciones que como tal le impone la Lrem. (arts. 103 a 107 Lsuc., y 111 y siguientes concordantes).

En cuanto al ejercicio de la acción de responsabilidad, pese a no estar claramente determinados los sujetos activamente legitimados para ejercerla, por no haberse ejecutado aún la fiducia, podrían los interesados dirigirse al Ministerio Fiscal para que sea éste quien actúe.

Y, pese a que la ley no lo regula, en caso de exigirse —como hemos explicado anteriormente— responsabilidad por concurrir

dolo o culpa, sería conveniente que los interesados pudiesen solicitar previamente la rendición de cuentas porque facilita sobremanera la determinación de la responsabilidad.

Concluimos reiterando que, incluso en caso de que la situación de herencia pendiente de asignación conlleve un grave riesgo para el patrimonio hereditario, el legislador faculta únicamente para pedir la reducción del plazo (art. 132 Lsuc.).

C. LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN

El concepto «herencia pendiente de asignación» se refiere a la situación del patrimonio hereditario entre el fallecimiento del causante y la ejecución de dicha institución.

En toda sucesión hay un lapso de tiempo, el que transcurre entre el fallecimiento del causante y la aceptación por los herederos, en el que la herencia se encuentra yacente. Como dice José Antonio SERRANO GARCÍA, en la fiducia sucesoria la yacencia es forzosa porque, al no haber todavía delación, que queda diferida al momento en que el fiduciario haga la designación de heredero, no hay nadie que pueda aceptar la herencia, y esta situación de ausencia de titular puede durar todo el tiempo que tarde el fiduciario en cumplir su encargo o, en su defecto, el que tarde en extinguirse la fiducia (arts. 6.4 y 133 Lsuc.).

La diferencia que, en la situación de yacencia, existe entre las sucesiones en las que se ha nombrado fiduciario y las que no se utiliza la institución de la fiducia es importante. En estas últimas, desde el fallecimiento del causante hay unos herederos llamados que, en cambio, no existen en las que interviene fiduciario. De ahí que el legislador haya optado, cuando hay fiduciario, por denominar a la situación de yacencia como «herencia pendiente de asignación», y que el art. 9.5 Lsuc. disponga que *«la situación jurídica de la herencia yacente en los casos de fiducia se regirá por sus propias normas»*.

La regulación de la herencia pendiente de asignación se planteó en atención a la necesidad de mantener activo el patrimonio que constituye la herencia hasta que se ejecute la fiducia. La situación de pendencia existe desde que se abre la sucesión, por la muerte del causante, hasta que se defiere la herencia por el cumplimiento del encargo. La ausencia de un sujeto con facultades para administrar y gestionar todo el patrimonio relicto daría lugar a un entorpecimiento del tráfico normal del caudal hereditario claramente perjudicial para todos aquellos con derecho legítimo a la herencia.

En esta situación confluyen, por lo tanto, tres factores de especial relevancia:

- Se trata de un patrimonio dinámico, cuya inmovilidad se traduciría en grandes pérdidas, que no tienen por qué asumir los potenciales herederos.
- La fiducia es una institución que se prolonga en el tiempo, cuyo ejercicio puede extenderse a lo largo de varios años.
- Durante ese tiempo hay que proteger los intereses de los beneficiarios, procurando que el patrimonio no sólo no se vea disminuido, sino que pueda incluso incrementarse, de presentarse alguna posibilidad para hacerlo.

Históricamente, ZUBIRI pone de manifiesto que no hay abundancia de pleitos relativos a esta cuestión de fecha anterior al Apéndice foral, por lo que, a su juicio, es probable que se resolviese en el ámbito familiar, por acuerdo de la Junta de Parientes.

El Apéndice regulaba la fiducia en el art. 29, que no contiene ninguna previsión sobre este aspecto. En los trabajos preparatorios de la Compilación, esta materia se recogía en el art. 57 del anteproyecto de 1961, que remitía a las reglas de administración del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En el anteproyecto de 1962 se modificó, remitiendo su art. 58 a la normativa reguladora de la comunidad hereditaria, remisión ésta que

se mantiene en el art. 54 del anteproyecto de 1963. Finalmente, los anteproyectos de 1965 y 1966 recogían ya una redacción que pasaría a ser la definitiva del art. 113 de la Compilación: «*mientras el fiduciario no haya cumplimentado totalmente el encargo recibido, la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria*». Remitía, por lo tanto, a las normas de la comunidad hereditaria presentes en el Código Civil, de extensión breve y contenido insuficiente. Además, se trata de una figura de contenido distinto, ya que en la fiducia aún no cumplida no hay una comunidad hereditaria; en ésta, varias personas determinadas concurren en una herencia por partes alícuotas sin haberse producido todavía la partición, mientras que la herencia yacente se produce una vez abierta la sucesión, pero estando aún indeterminada la persona del heredero⁶⁴. Es por ello que, al proponerse la revisión de la normativa relativa a la fiducia, apareciese como imprescindible incluir en dicha reforma la cuestión de la administración de la herencia yacente hasta la ejecución de la fiducia.

En relación con el antiguo art. 113 de la Compilación, Emilio LATORRE opina que se trata de una norma que «solamente tendrá... vigencia si el cónyuge viudo renuncia al usufructo viudal aceptando la fiducia, en cuyo caso pierde todas las facultades de administración, o se trata de fiduciarios distintos del cónyuge viudo»⁶⁵.

MERINO⁶⁶, por su parte, considera que la citada norma carecía de carácter imperativo, y que prevalece la libertad civil, de modo que, de designar el comitente un administrador, le corresponderá a éste la gestión y representación del patrimonio.

64 Cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, 1988, págs. 49 y 122.

65 LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1987, T. XXXIV, vol. 1º, pág. 301.

66 MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 171.

Los Derechos españoles ofrecen distintas soluciones, pero en todos ellos destaca la posición privilegiada concedida al cónyuge viudo. En el art. 831 del Cc y la Compilación gallega conceden al viudo la administración de los bienes mientras no hagan uso de las facultad de disposición *mortis causa* que le conceden.

El art. 40 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco confiere la representación y administración de la herencia, mientras no se defiera la sucesión y sea aceptada la herencia, a «*la persona que el testador hubiera designado en su testamento, con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga. A falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo, y, en defecto de éste, el propio comisario*». Se trata, pues, de un sistema plenamente respetuoso con la voluntad del causante. Incurre, no obstante, en el mismo error que comentaremos más adelante en cuanto al cónyuge viudo, al conferirle, a falta de designación, la administración antes que al comisario.

En Navarra, la ley 287 FN dice que «*siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de éstos es menor o incapaz, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios*». Vemos aquí cómo el legislador supone, en los dos primeros casos, que los designados como fiduciarios van a ser quienes mejor ejerzan de administradores, confiriéndoles a éstos dicha facultad, omitiendo en todo momento la voluntad del comitente. Y encontramos, a renglón seguido, una remisión, al igual que en el ya derogado art. 113 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, a las normas de la comunidad hereditaria, con los inconvenientes previamente mencionados.

En cuanto al derecho catalán, el art. 148 del vigente Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) esta-

blece que «mientras no se difiera la herencia, quedará ésta bajo la curatela de la persona o de las personas que a tal efecto hubiera designado el testador, con las facultades y limitaciones que este haya establecido, y, en su defecto, con las propias del curador a que se refiere el artículo 143. A falta de designación del testador, ejercerá la curatela el cónyuge sobreviviente, que tendrá la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios, para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados, así como para satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes y pagar deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador». Vemos cómo se respeta, como primera opción, la voluntad del causante, con las facultades por éste atribuidas. No obstante, dicha regulación es claramente insuficiente, dado que — pese a prever una regla general a falta de disposición expresa por el causante— no se recoge solución alguna para el supuesto de que no le sobreviva el cónyuge, esté divorciado, etc.

La Ley de sucesiones por causa de muerte regula la herencia pendiente de asignación en el Capítulo II del Título IV, que contiene los arts. 134 a 140. En su examen analizaremos los siguientes aspectos:

1. LA ADMINISTRACIÓN. ¿A QUIÉN CORRESPONDE?

La primera cuestión que debemos examinar es a quién corresponde ejercer las facultades de administración sobre el patrimonio relicto. Cuando el causante estuviere casado en el momento del fallecimiento, las posibles facultades de administración del patrimonio relicto de la Lsuc. hay que conjugarlas con las normas que regulan la administración del patrimonio de la disuelta comunidad conyugal hasta que se liquide, y las que corresponden al cónyuge sobreviviente como usufructuario de los bienes del causante.

En efecto, al cónyuge sobreviviente le corresponden legalmente distintas facultades en orden a los bienes que van a integrar el patrimonio relicto. Así, el art. 71.1 Lrem. dispone que *«disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio»*. Y según el art. 101.1 Lrem., *«el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores»*. Por tanto, las facultades de administración que sobre todos o parte de los bienes que integran el patrimonio relicto se conceden en el ordenamiento aragonés al cónyuge sobreviviente, no pueden sufrir alteración por la existencia de la fiducia.

Al plantearse las diversas posibilidades en torno a quién conferir la gestión y representación, se consideró la atribución de la administración al cónyuge viudo, en determinadas condiciones, como la más adecuada con el resto de instituciones familiares y sucesorias aragonesas. Con ello, según expresaba PASTOR EIXARCH⁶⁷, se reforzaba el papel de administrador de la comunidad conyugal continuada tras la disolución del consorcio por causa de muerte.

La Lsuc. trata de solucionar el problema que plantea la pregunta de quién debe ser la persona que se encargue de la administración y representación de la herencia pendiente de asignación en el art. 134 Lsuc., conforme al cual: *«1. Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá:*

⁶⁷ PASTOR EIXARCH, *La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria*, en las Actas de los novenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, de noviembre de 1999; publicados por el Justicia de Aragón, págs. 141 y ss.

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

2.º *Al fiduciario o fiduciarios.*

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

El principal problema que plantea esta regulación es la posibilidad de que el comitente pueda nombrar una persona para administrar el patrimonio relicto distinta de aquella que ha elegido como fiduciario.

A este respecto, conviene indicar que el primer aspecto que llama la atención en el art. 134 Lsuc. que acabamos de citar es que sólo se refiere expresamente a la facultad de nombrar administrador para el caso de la fiducia colectiva. Por consiguiente, deja abierta la opción de que en la fiducia individual también quepa esa posibilidad.

Parece clara la posibilidad de nombrar administrador en la fiducia colectiva, que incluye la conjunta y la sucesiva, puesto que así lo recoge el art. 134 Lsuc. en su apartado segundo. El problema surgiría respecto de la fiducia individual, pero si se admite para la sucesiva, ¿qué diferencia habría con la individual si, en la práctica, su funcionamiento es similar?

Como acertadamente indica PASTOR EIXARCH, «la aparente limitación de poder nombrar administrador sólo para los casos de fiducia colectiva queda ya inicialmente ampliada para todos los supuestos en que los fiduciarios sean varios. Sin exclusión alguna»⁶⁸. Esta interpretación extensiva de la mencionada disposición es coherente con la intención de evitar eventuales compli-

68 PASTOR EIXARCH, *ibid.*

caciones en la toma de decisiones cuando la administración recaerá sobre una pluralidad de personas.

En este sentido, el mismo PASTOR EIXARCH entiende que, aunque el anterior precepto no diga nada respecto de la individual, parece que pese a que incentiva de algún modo nombrar un administrador tercero en la fiducia colectiva, alega que «no cabe deducir que sea contrario a su texto admitir también en el caso de fiducia individual, el nombramiento de administrador tercero». Frente a esto, también cabría pensar que, de haber querido incluir esa posibilidad también para la fiducia individual, el legislador podría haber omitido el adjetivo «colectiva», refiriéndose únicamente a «la fiducia» (lo cual habría dejado abierta la puerta a dicha posibilidad), o incluso añadir el término «individual», para que no hubiese dudas sobre dicha opción. No obstante, dicha omisión no puede interpretarse como una prohibición, puesto que cabe que el legislador sólo hubiera querido estimular el uso de dicha figura en la fiducia colectiva, pese a su admisión también en la individual.

También advierte CALATAYUD que la posibilidad de separar las funciones del fiduciario y el administrador puede ser especialmente útil para la sucesión de empresas, puesto que cabe que el encargado de determinar quién va a ser el sucesor no sea el más adecuado para gestionar la empresa hasta que se determine quién va a heredarla.

La práctica totalidad de los autores que se ocupan de esta cuestión (Calatayud, Latorre, Merino, Pastor...) admiten que, en todo caso, el comitente puede nombrar un administrador distinto del fiduciario. Los principales argumentos para su admisión son el *standum est chartae*, el principio de que la voluntad del causante es ley de la sucesión, y el art. 127 Lsuc., que habla de las «instrucciones del comitente sobre la administración».

En mi opinión, la posibilidad de nombrar un administrador distinto del fiduciario tanto en la fiducia individual como en la colectiva, se desprende de la propia regulación legal.

En la fiducia colectiva parece lógico que, si lo que se pretende es simplificar las gestiones, se permita nombrar administrador a un tercero cuando haya varios fiduciarios con el objeto de evitar discusiones o retrasos por la toma de decisiones en común, pero no cuando haya uno sólo. Pero hay que recordar que el fiduciario individual es nombrado por la confianza que el causante deposita en él, en aras de la distribución y ordenación de su sucesión, y no en cuanto a sus capacidades técnicas, de modo que no debería impedirse al comitente que elija a una persona idónea para esa labor de gestión. Esto no obsta para que el legislador presuma que, en caso de no haber nombrado administrador a un tercero, el comitente habría considerado al fiduciario apto para llevar a cabo la administración de la herencia pendiente de asignación (siempre con los límites impuestos por la ley).

También se podría deducir la admisión de la citada administración del art. 138.3 Lsuc., según el cual *«el fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados»*; y es que, de lo contrario, dicho precepto carecería de sentido.

Asimismo nos lleva a inclinarnos a favor del nombramiento de administrador la redacción del art. 9.2 Lsuc.: *«la administración de la herencia yacente corresponderá a la persona que hubiera designado, en su caso, el causante»*. Y es que, en definitiva, la herencia pendiente de asignación no es más que un supuesto matizado de herencia yacente, con lo cual no parecería lógico que dicha facultad se viese restringida en el caso de la fiducia. Además, el art. 157.2 de la Ley de derecho de la persona prevé como principal criterio regulador, para el supuesto de fiducia a favor de parientes, la voluntad del causante y sólo supletoriamente, o para complementarlas por su regulación legal, dispone el citado precepto: *«la fiducia a favor de parientes se regirá, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, por lo dispuesto en su normativa espe-*

cífica y, supletoriamente, por las normas de este Título» (Título IV, «De la Junta de Parientes»).

Podemos concluir, por lo tanto, que el comitente podría nombrar un administrador distinto del cónyuge viudo tanto en la fiducia individual como en la colectiva, si bien determinados bienes quedarían excluidos de dicha gestión por disposición legal, ya que el causante no puede limitar los derechos —a los que ya hemos hecho referencia— conferidos por la ley al cónyuge supérstite.

En resumen, podemos señalar que la administración del patrimonio pendiente de asignación corresponderá:

Al administrador nombrado por el causante, sin perjuicio de las facultades de administración que se conceden al cónyuge sobreviviente en la Lrem. Como dice PARRA LUCÁN, «naturalmente, el administrador designado por el causante sólo estará llamado a desempeñar sus funciones en defecto del cónyuge viudo, cuando a éste no le corresponda la administración»⁶⁹; es decir, cuando exista régimen de separación de bienes o régimen de comunidad ya liquidada, y no exista usufructo vidual.

A falta de nombramiento de administrador, se aplicará el art. 134 Lsuc.; la administración corresponderá:

- al cónyuge elegido fiduciario, sin límite alguno, ya que las citadas restricciones (usufructo y comunidad que continúa tras la disolución) operan únicamente respecto de personas distintas del cónyuge supérstite y, precisamente, para reservarle a aquél la gestión de determinados bienes.
- si el cónyuge no ha sido nombrado fiduciario, la administración sólo corresponderá al cónyuge sobreviviente mientras no se liquide la sociedad conyugal; y, una vez liquidada, únicamente sobre los bienes sujetos a usufructo

69 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 594.

(art. 101 Lrem.), y al fiduciario distinto del cónyuge, sobre el resto de bienes a los que no se extiende el usufructo.

— si no hay cónyuge sobreviviente, la administración corresponderá al fiduciario.

A los potenciales herederos no se les reconoce, pues, ninguna facultad de administración; únicamente gozan del derecho de pedir la reducción del plazo de ejecución de la fiducia cuando la situación de pendencia pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario (art. 132 Lsuc.). En cualquier caso, parece que quien sea elegido fiduciario procurará atender del modo más adecuado la explotación o conservación de dichos bienes.

Otro problema que ha preocupado a la doctrina es que, conforme al citado art. 134 Lsuc., si el cónyuge viudo tiene la condición de administrador de la comunidad que continúa tras la disolución (es decir, hasta que se produzca la liquidación conforme al citado art. 71 Lrem.), tendrá también la administración y representación de todos los bienes y derechos del premuerto, y ello a pesar de que no haya sido nombrado fiduciario.

Ese primer apartado del art. 134 Lsuc. atiende a un criterio temporal: en tanto no se liquide la comunidad conyugal (primer supuesto), el cónyuge será administrador de todo el patrimonio del causante; una vez liquidada ésta (segundo caso), sólo podrá administrar aquellos bienes a los que alcance el usufructo de viudedad porque este precepto sólo entra en juego cuando el fiduciario no sea el cónyuge.

Para evitar, que en los casos que el cónyuge viudo no haya sido nombrado fiduciario, se dilate la liquidación de la sociedad conyugal disuelta y conserve la administración de bienes privativos del causante sobre los que no le corresponde el usufructo viudal, el legislador ha previsto que quien ostente el cargo de fiduciario pueda, para hacerse cuanto antes cargo de la administración, solicitar la liquidación de la disuelta comunidad conyu-

gal (art. 140 Lsuc.): «*el fiduciario podrá solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta*». En el mismo sentido, el art. 76.1 Lrem. dice que «*disuelto el consorcio, cualquiera de los cónyuges o partícipes tiene derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial. También se hallan legitimados para ello el fiduciario y el contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe*». Así, una vez liquidada la comunidad conyugal, en los supuestos de viudedad limitada, se podrán distinguir los bienes administrados por el cónyuge viudo y los gestionados por el fiduciario.

La posibilidad de que el cónyuge sobreviviente que no ha sido nombrado fiduciario pueda administrar la totalidad del patrimonio relicto por aplicación del art. 134.1.1º Lsuc., al no estar previsto el nombramiento de administrador, ha sido criticada por nuestra doctrina al poner de manifiesto que no es lógico que la administración del sobreviviente alcance a los bienes que integran el patrimonio privativo en el supuesto de que no haya sido nombrado fiduciario y el usufructo no sea universal. Los tratadistas entienden, en ese caso, que parece que se vulnera la voluntad del causante, quien, si no le ha designado fiduciario, es por estimar que no reúne las condiciones para ello (por ejemplo, por haber perdido la confianza del causante, carecer de facultades para administrar, no ser suficientemente objetivo...); y si tampoco tiene el usufructo viudal, la administración del patrimonio relicto no debe comprender otros bienes que aquellos que le correspondan por aplicación estricta de la Lrem.

Tal vez sea por ello que la totalidad de nuestra doctrina se inclina porque el comitente pueda nombrar en todo supuesto de fiducia un administrador distinto del fiduciario, que tendrá la administración de todos los bienes que integren el caudal relicto, excluyendo únicamente aquellos en que, por disposición legal, corresponda su administración al cónyuge sobreviviente: bienes que integran la sociedad conyugal hasta que se liquide y, una vez

liquidada, bienes sobre los que tiene usufructo vidual. De todas maneras, se pone de relieve que en los casos en que el causante se haya limitado a nombrar fiduciario a una persona distinta de su cónyuge sin nombrar un administrador, en el supuesto de que el matrimonio disuelto se rigiese por un régimen de comunidad, al cónyuge sobreviviente le corresponderá la administración de todo el patrimonio relicto, tanto de los bienes consorciales como de los privativos, lo que puede ser contrario a la voluntad del causante.

En este sentido, estima PASTOR EIXARCH que pese a que el causante nombre fiduciario, ante la ausencia de administrador, mientras no se liquide la sociedad disuelta y no liquidada, todos los bienes del causante se administrarán, conforme al art. 134 Lsuc., por el cónyuge viudo que gestionare aquella ya que el testador no puede limitar los derechos que le han sido conferidos por la ley. E incluso, partiendo de la posibilidad de nombrar administrador, por no tener dicho precepto carácter imperativo, quienquiera que ostente dicho cargo (ya sea el propio fiduciario u otro sujeto) podrá ejercer la administración de los bienes privativos del causante antes de la liquidación con exclusión, eso sí, de los afectos al usufructo de viudedad, porque no puede privar al cónyuge viudo de dichas facultades, al estarle atribuidas legalmente.

En mi opinión, el problema queda resuelto a través de la aplicación del *standum est chartae* y del art. 127 Lsuc. relativo a las instrucciones del causante; y es claro que, si a juicio de la generalidad de la doctrina puede nombrar un administrador al que le correspondería la gestión de los bienes privativos a los que no alcance el usufructo vidual, también podrá, con mayor razón, establecer que es al fiduciario al que corresponde la administración de los bienes excluidos del usufructo.

Es precisamente debido a la difícil interpretación de este precepto, y a que no es suficiente el nombramiento de fiduciario a

un tercero para que a éste le correspondan las facultades de administración sobre bienes que el ordenamiento concede expresamente al cónyuge viudo, por lo que adquiere relevancia la función del notario cuando, habiendo el cliente nombrado fiduciario al cónyuge y administrador a otra persona, deba especificarse la configuración de dicha gestión, de modo que el nombramiento sea completo y sin lagunas: rendición de cuentas, posibilidad de revocación (quién la puede pedir y cuándo), eventual responsabilidad en caso de actuación negligente, etc.

2. COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO RELICTO

Solucionada la cuestión de quiénes pueden ser administradores, nos corresponde atender ahora otro asunto: cuál es la composición del patrimonio relicto; lo que nos llevará a determinar qué bienes son objeto de administración, y las cargas y obligaciones que recaen sobre dicho patrimonio.

a) Bienes que integran el patrimonio relicto

Es claro que el patrimonio de la herencia pendiente de asignación estará integrado por los mismos bienes y derechos que integran el patrimonio relicto. En el caso de que el comitente estuviese casado al tiempo del fallecimiento, dado que generalmente estará sujeto al régimen de consorciales, para saber qué bienes concretos integran su patrimonio habrá que proceder a la liquidación de la sociedad conyugal; de ahí que el art. 140 Lsuc. conceda al fiduciario la facultad de «solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta».

Pero nos podemos encontrar ante el problema de que la administración se prolongue excesivamente, por ej., al suscitarse un litigio para proceder a la liquidación, con multitud de incidentes (que explica PASTOR EIXARCH en el trabajo previamente nom-

brado⁷⁰). Parece que dichos problemas sí que podrían plantearse puesto que el legislador, aunque exceptúa los casos en que estén en trámite la nulidad del matrimonio o el divorcio, no prevé excepción alguna para los separados de hecho.

De todos modos, dichas circunstancias deberían tenerse en cuenta en una futura remodelación, dado que, como hemos visto, con la regulación actual se puede dar una demora innecesaria en la liquidación; e incluso aunque ésta sea inintencionada, puede

70 PASTOR EIXARCH, *op. cit.*, págs. 146 y 147.

«Las normas procesales previstas para liquidación de la comunidad conyugal, junto con las sustantivas aplicables (artículos 1054 a 1093 de la LEC, 55.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y 1059 del Código Civil), remiten para la intervención jurisdiccional en la liquidación de la comunidad, al procedimiento previsto para la testamentaria. Este procedimiento pretende, en primer lugar, la formación voluntaria del inventario y, luego, conseguido el acuerdo sobre el inventario de bienes, el nombramiento de encargados de la valoración y partición final del caudal. Caso de haber acuerdo entre los interesados, el procedimiento acaba. Pero, como la práctica demuestra, cuando existe la disconformidad previa que obliga a acudir a este procedimiento judicial, los desacuerdos en él casi siempre están presentes.

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

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

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

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

dejar la administración en manos de un sujeto, el cónyuge, que no esté preparado para realizar eficientemente dicha administración.

Pero hay que tomar en consideración que, ante esta situación de prórroga indefinida, el art. 71.4 Lrem. dispone que «*el cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. Cualquiera de los partícipes podrá, entonces, solicitar la aplicación de las mismas caute- las previstas para el usufructo viudal*». Por consiguiente, será el fiduciario, en representación de los futuros herederos partícipes de la comunidad, el que podrá instar las medidas que previenen los arts. 103, 105 y 106 Lrem.⁷¹ frente el cónyuge viudo.

Puede suceder que el fiduciario haya hecho, conforme a los arts. 142.2 o 142.3 Lsuc., salvo cuando se lo haya prohibido expresamente el comitente, uso parcial de sus facultades. De ser así, encontraríamos una parte de los bienes cuyo titular ya conoceríamos (por ejemplo, los legados), de modo que la gestión no alcanzaría a dichos bienes. Pero en cuanto al heredero de parte alícuota que hubiere aceptado, sabríamos quién es, pero no sobre qué bienes recae su titularidad (por ej.: un tercio, pero no los bienes que lo

71 Según el art. 103 Lrem., «*el cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza:*

a) Cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público.

b) Cuando lo exijan los nudo propietarios, salvo disposición contraria del premuerto.

c) Cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario».

El art. 105 Lrem. prevé que «*cuando proceda el inventario y hasta tanto éste se formalice y, en su caso, se constituya la fianza, los nudo propietarios podrán instar del Juez la adopción de medidas de aseguramiento respecto de los bienes sujetos al usufructo*».

Y conforme al art. 106 Lrem., «*cuando el viudo obligado a formalizar inventario no lo concluya dentro del plazo, podrá ser requerido por los nudo propietarios para que lo termine. Los disfrutes de viudedad, desde el día del requerimiento y hasta la terminación del inventario, corresponderán definitivamente a los nudo propietarios*».

integran). En este caso, el heredero pasaría a ser titular del patrimonio relicto, formado ahora por la parte atribuida al heredero y la herencia pendiente de asignación, y se aplicarían las reglas de la comunidad hereditaria. Esta situación puede acabar aplicándose las reglas de la partición.

b) Cargas y obligaciones del patrimonio relicto

En cuanto a las obligaciones y cargas se recogen en el art. 136 Lsuc.: *«se pagarán con cargo al caudal relicto:*

- a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas.*
- b) Las cargas y deudas de la herencia.*
- c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario».*

Por lo que respecta a la obligación de alimentos, está en la línea de lo dispuesto en el art. 200.1 Lsuc., que dice que *«los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les corresponderían, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos»*. Parece lógico que si el causante está obligado a alimentos y sus herederos también, para atender esta obligación desde la defunción del causante hasta el nombramiento de herederos, recaiga esta obligación sobre la herencia pendiente de asignación.

Cabe destacar que el citado precepto se refiere a los legitimarios de grado preferente, mientras que el art. 136 Lsuc. habla

de hijos y descendientes sin restricción. Asimismo, la obligación del art. 200 Lsuc. surge «*al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias*», es decir, al fallecimiento del causante, en tanto que el art. 136 Lsuc. abarcaría también al descendiente concebido durante la pendencia del patrimonio hereditario. La obligación de alimentos respecto de los hijos y descendientes del causante tan sólo alcanza al administrador de la herencia «*cuando esta obligación no corresponda a otras personas*». Dicha exclusión se dará siempre que, conforme al Código Civil, corresponda a ascendientes, descendientes, hermanos y, concretamente, al cónyuge viudo, que queda obligado a alimentarles en las circunstancias del art. 116 Lrem.: «*la obligación de alimentos, con las condiciones y el alcance con que corresponde a los ascendientes, se extiende para el viudo usufructuario respecto de los descendientes no comunes del cónyuge premuerto*». De modo que, frente al art. 150 del Código Civil⁷², el citado art. 136 Lsuc. supone, indirectamente, que la muerte del causante no implica la extinción del derecho a alimentos de sus hijos o descendientes (que subsistirá con cargo al patrimonio hereditario, pudiendo éstos cubrir dichas necesidades sin necesidad de esperar a la ejecución de la fiducia).

El art. 71.2 Lrem. se refiere a los alimentos en relación con el patrimonio común (la comunidad disuelta y no liquidada); cuando se liquide, le corresponderá al usufructuario en los términos del art. 116 Lrem. y, en su defecto, y no estando obligados a ello otras personas, se aplicará el art. 136 Lsuc., en su apartado a).

La referencia a las deudas y cargas de la herencia no supone, por un lado, un gran cambio, puesto que, evidentemente, dichas deudas deben ser satisfechas para no perjudicar a los acreedores del fallecido. Sí que implica, por otra parte, una aclaración, dado

⁷² El art. 150 del Código Civil establece que «*la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme*».

que al establecerse el pago de éstas como una obligación que debe afrontar el administrador, queda ahora claro que los acreedores saben que han de dirigirse contra el administrador, por representar el patrimonio hereditario.

Por último, se hace alusión al pago de los gastos necesarios y de administración incluidos los de conservación, tributos, seguros... Pero al final del precepto se excluyen aquellos a los que deba hacer frente el viudo usufructuario (los comprendidos en los arts.112 a 115 Lrem.), que serán bastantes, debido a la amplitud que tiene dicho beneficio. También relevante es la mención a «*las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación*»; ello nos remite a otra de las facultades del administrador (art. 137 Lsuc.), que es «*la gestión de los negocios que formen parte del capital*». Adolfo CALATAYUD considera que entre esos gastos derivados de la gestión de los negocios del causante se puede incluir una retribución para el administrador, de modo que se garantice así su correcta dedicación a dicha función.

Esta obligación de continuar la gestión o explotación de los negocios del causante es acorde con el importante depósito de confianza en el fiduciario que supone la fiducia, y no sólo en cuanto a su capacidad para ordenar la sucesión, sino también para administrar dicha herencia en tanto no se ejecute dicho encargo y se encuentre en situación de pendencia. Pero el objetivo no es el mero mantenimiento o conservación de dicho patrimonio, sino continuar con su dinamismo y desarrollo; y es que, hoy en día, mantener un patrimonio inmóvil supone, si no grandes pérdidas, sí la pérdida de pingües beneficios. La opción de facultar al administrador para continuar con esa gestión de los negocios es, en mi opinión, muy acertada y, de hecho, ha sido adoptada también por el legislador estatal en la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que regula de modo expreso las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial o profesional del con-

cursado⁷³. Dicha actitud, adoptada en relación con un sujeto cuyo patrimonio es insuficiente para la satisfacción de las deudas que debe pagar, nos hace pensar con cuánto más fundamento se debe no sólo continuar sino incluso, planteada la disyuntiva, expandir un negocio incluido en una herencia, puesto que la situación de pendencia no debe ser óbice para el normal funcionamiento de ésta (cualquier otra actitud resultaría perjudicial para los herederos). Y, en esta línea, el citado art. 136 Lsuc. tipifica el pago de las obligaciones que puedan surgir en la gestión de negocios, ya que cualquier traba u obstáculo para el cobro de dichos créditos va a suponer un perjuicio, en cuanto que prevendría a los terceros de contratar con ellos.

3. LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN

Acabadas de examinar las obligaciones y cargas que gravan el patrimonio pendiente de asignación, corresponde ahora examinar cuál es el contenido de la administración.

73 Conviene señalar que entre los efectos patrimoniales que la declaración de concurso tiene sobre el deudor, encontramos la constitución de una administración concursal que va a actuar (bien en régimen de intervención, o en el de suspensión), atendiendo a la conservación de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 Ley concursal). Es muy esclarecedor que, con la protección de dicho patrimonio como objetivo, se regule expresamente la continuación de la actividad empresarial; y no sólo eso, sino que el art. 43.3 de dicha Ley prevé, como única excepción a la prohibición general de enajenar bienes integrantes de la masa activa, «los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente».

Y el art. 44 Ley concursal acoge las previsiones relativas a la continuación de dichas actividades: «1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.

2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

[...]

3. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional y empresarial».

Del examen de la ley se pone de relieve que la Lsuc. ha separado las facultades de administración y representación, que concede al administrador, y las de disposición, que asigna al fiduciario, independientemente de que normalmente coincidirán en el mismo sujeto la condición de administrador y fiduciario.

El art. 127 Lsuc. prevé que el causante haya dejado instrucciones sobre cómo administrar el patrimonio hereditario; instrucciones éstas que deberán respetar las facultades de administración que correspondan al cónyuge viudo (arts. 89 y ss., y 71 y siguientes concordantes de la Lrem.).

El contenido de las facultades de administración se desprende del art. 137 de la ley, y es de destacar que, en este aspecto, lo hace por remisión al art. 136 Lsuc. Parece que dichos artículos recogen el contenido mínimo de esas funciones, y prueba de ello es la frase *«así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir»*; la utilización de la expresión *«así como»* implica adición, unas atribuciones extraordinarias que, de otro modo, no se tendrían. Entendido así, no podemos considerar como *«subsidiarios»* los arts. 136 y 137 Lsuc., sino complementarios. Al administrador se le puede privar de determinadas facultades y atribuírselas al fiduciario, pero nunca desnaturalizando la figura.

El art. 137 Lsuc., dispone que *«1.- El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior [136 Lsuc.], gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir.*

2.- En el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario».

Comienza el art. 137 Lsuc. refiriéndose a la satisfacción de las obligaciones y cargas recogidas en el citado art. 136 Lsuc., a las que ya nos hemos referido.

Y continúa haciendo referencia a las facultades de gestión de la herencia pendiente de asignación, que se ven ampliadas para facilitar una gestión del caudal ágil y dinámica. Esto se traduce en que, en vez de limitar sus facultades a la mera conservación, añade también las de gestión y explotación de los negocios; de ahí que el art. 136 Lsuc. incluya entre los gastos del caudal relicto los que se deriven de la continuación de los negocios que pertenecían al causante. Se permite, por lo tanto, no sólo la mera venta de productos para la obtención de ganancias y mantener el funcionamiento de la empresa, sino también la realización de actos de disposición para mejorar la explotación empresarial.

¿Qué ocurre con la venta de bienes que constituyan el tráfico normal de la empresa? No se tendrá como un acto de disposición, sino como gestión de la empresa, al igual que la adquisición de los bienes y servicios necesarios para su explotación, y como tal acto de administración o gestión no tendrá la consideración de acto de disposición, de modo que queda excluida del ámbito del art. 138 Lsuc., al contrario que toda enajenación o acto de disposición que quede fuera del tráfico normal del establecimiento, que sí quedaría sujeto a dicho precepto.

La coordinación entre los arts. 137 y 138 Lsuc. se fundamenta en que el pago corresponde al administrador pero, cuando no haya bienes suficientes y sea necesaria la enajenación de parte del caudal para obtener líquido, dicha venta corresponderá al fiduciario.

Por otro lado, si el patrimonio empresarial fuere de tipo societario, el administrador podrá ejercer todos los derechos del socio: participar con voz y voto en las juntas, ejercer el derecho de información, cobrar dividendos (que pasarán a integrar el patrimonio

hereditario), ejercer derechos de suscripción preferente, etc. En el ejercicio de derechos de tipo societario se plantea el problema de si el de suscripción preferente es un acto de administración que, como tal, correspondería al administrador, o por el contrario se trata de un acto de disposición, en cuyo caso incumbiría al fiduciario. Si tenemos en cuenta que para ejercerlo y cubrir la suscripción se necesita disponer de dinero procedente del patrimonio hereditario, parece más un acto de disposición cuyo ejercicio, correspondería al fiduciario.

También estará facultado el administrador para «*cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador...*». Con dicha proposición recoge el legislador las atribuciones propias de la gestión común de un patrimonio, haciéndose incluso referencia a ello al incluir, en el último inciso, un *cajón de sastre*: «*cualesquiera otros actos propios de todo administrador*». Se consideran, con carácter general, actos de administración, todos aquellos que no supongan menoscabo en la naturaleza jurídica del bien. La referencia a la «*cancelación de las fianzas y los derechos que los garanticen*» está pensada para que el administrador pueda, por ejemplo, cancelar hipotecas, pese a ser éste un acto de disposición. Y culmina dicho apartado con una referencia a «*las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir*», lo cual deja, nuevamente, la puerta abierta a la voluntad del comitente, remarcando que estas facultades son supletorias a las conferidas por éste. En principio, se excluye la atribución de la facultad de disposición, puesto que ello desnaturalizaría el cargo; aunque surgen dudas sobre si al amparo del principio del *standum est chartae* se podría conferir al administrador las facultades de disposición, distinguiéndose según se trate de disposición a título oneroso, que podría ser admisible, o a título gratuito, que al ser un acto de ejecución de la fiducia nunca puede corresponder al administrador.

En cuanto a la compatibilidad de dicho precepto con la administración por parte del cónyuge superviviente de los bienes sobre los que recaiga el usufructo de viudedad, es una cuestión que habría quedado zanjada en el art. 134 Lsuc. De modo que no habría conflicto, puesto que serían dos administraciones distintas, cuyos titulares deberán respetar las funciones del otro.

Queda, por último referirse a las facultades de representación en el ámbito procesal del administrador. Éstas han sido también incluidas en la completa regulación del art. 137 Lsuc., cuyo segundo apartado dice lo siguiente: «*en el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario*». Se suprimen así los frecuentes problemas que se planteaban, en la práctica, cuando se demandaba a una herencia yacente: notificaciones por edictos, demandas contra «los que sean herederos de P.», etc. Como representante que es de la herencia pendiente de asignación, en virtud del art. 134 Lsuc., le corresponderá al administrador la legitimación activa para ejercer cualquier acción en beneficio de la herencia; igualmente, y como ya indicaba anteriormente, tendrán los acreedores la posibilidad de dirigirse contra él en reclamación de las deudas pendientes de satisfacción.

En relación con la administración tenemos que referirnos a algunos supuestos dudosos, que podrían encajar tanto en un acto de admón., que sería ejercitado por el administrador, o de disposición, en cuyo caso correspondería al fiduciario. Como más típicos podemos citar:

- Extinción de la comunidad. Se trata de un acto de administración ya que el patrimonio quedaría invariable; variarían las «condiciones» o características del mismo, pero no la cuantía. No obstante, al ser un supuesto dudoso, parece más seguro aplicar las reglas de la disposición de los arts. 138 y 139 Lsuc.

- Agrupación, segregación y declaración de obra nueva. El tratamiento que les da el Reglamento Hipotecario a estas operaciones permite considerarlas como actos de administración, quedando, pues, facultado para su ejercicio el administrador.

4. LAS FACULTADES DE DISPOSICIÓN

La cuestión de la facultad de disposición sobre los bienes o derechos pertenecientes a la herencia pendiente de asignación ha sido objeto de discusiones doctrinales. Resulta imprescindible destacar que la facultad de disposición reconocida en los arts. 138 y 139 Lsuc. se confiere, no al administrador, sino al fiduciario; esto lo aclara Adolfo CALATAYUD explicando que «la Ley la desvincula [la realización de actos de disposición] de la administración del caudal, de modo que no se encomienda al administrador, sino al fiduciario. Ello es debido a que se ha partido de la base de que en estos casos estamos más próximos del ejercicio de la fiducia que de la facultad de mera administración. No obstante, para una correcta coordinación de ambas funciones, se dispone que el fiduciario que no sea administrador dará cuenta a éste de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados (art. 138.3 Lsuc.)».

La regulación recogida en el art. 138 Lsuc. se refiere únicamente a los actos de disposición a título oneroso, puesto que los realizados a título gratuito se entienden como parte de la ejecución misma de la fiducia, debiendo por lo tanto reunir los requisitos exigidos para ésta.

Dicha norma dispone que «1. El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 136, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas,

a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad.

2. La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.

3. El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados».

El primer epígrafe sólo permite, pues, que el fiduciario disponga del patrimonio hereditario a título oneroso y en determinadas condiciones:

- Mediando autorización del comitente.
- Para atender al pago de las obligaciones y cargas del art. 136 Lsuc.
- Cuando convenga sustituirlos por otros, por ser estos más rentables, o más adecuados para la continuación de los negocios.

El legislador contempla tres posibilidades de disposición. La primera de ellas, cuando el comitente le haya autorizado, lo cual no hace sino reforzar la importancia de la voluntad del causante como criterio regulador de las facultades del fiduciario. Y las otras dos, independientes ambas de la voluntad del comitente, atienden a criterios meramente económicos: la necesidad de cumplir las obligaciones y la conveniencia de obtener los mayores beneficios posibles.

El segundo inciso del art. 138.1 Lsuc. concede al fiduciario facultades de disposición para «atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 136» que, curiosamente, es una de las obligaciones que el art. 137.1 Lsuc. impone al administrador: «el administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior». La doctrina ha criticado que se haya impuesto la obli-

gación de pago al administrador, conforme al art. 137 Lsuc., y la facultad de disponer de bienes para hacer efectiva dicha obligación al fiduciario, en virtud del precepto que ahora nos ocupa.

En cuanto al tercer supuesto, que «*lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros*», implica un profundo cambio respecto del sistema anterior, superándose el que imperaba en la práctica hasta la Ley de sucesiones por causa de muerte. Dicho sistema consistía en hacer una previa ejecución de la fiducia, normalmente parcial, referida sólo al bien de que se quiere disponer, asignándolo a alguno o incluso a todos los hijos o descendientes, para a continuación llevar a cabo la disposición; era un sistema insatisfactorio, que encarecía los costes y obligaba a una ejecución de la fiducia que podía ser que no interesase.

En relación con la voluntad del causante, se plantea también la cuestión de si el causante puede expresar también su voluntad contraria al ejercicio de la facultad de disposición incluso en los dos últimos casos. PASTOR EIXARCH entiende que el testador es libre para ordenar su sucesión en testamento del modo que le convenga, dándole a la fiducia el contenido que estime pertinente: «la prohibición de disponer no sólo la veo posible, sino que además, en bastantes casos, puede ser conveniente» (entendida esta facultad de disposición, evidentemente, dentro de los límites que tenía el causante para ordenar su propia sucesión). El supuesto normal de prohibición es el de la venta para sustituir unos bienes por otros cuando lo estime conveniente el fiduciario. Pero, en cuanto a si cabe prohibir toda enajenación con carácter absoluto, y no sólo en determinadas circunstancias o respecto de determinados bienes, debemos inclinarnos por la solución negativa, puesto que quedaría a salvo de dicha prohibición la enajenación que tenga por objeto el pago de deudas.

Considero, por lo tanto, que sí que se le puede privar de la facultad de disposición pero, en cualquier caso, habría que solventar dicha cuestión «sobre el terreno» (es decir, en el ámbito

notarial), informando al comitente de la posibilidad que tiene de restringir las facultades del fiduciario, y del alcance de dicha restricción.

Los requisitos para la enajenación se regulan en los arts. 138 y 139 Lsuc. El primero de ellos se refiere a los requisitos de carácter general, y exige los siguientes:

- Que la enajenación sea a título oneroso (lo cual está muy vinculado a la posterior exigencia de subrogación).
- En caso de que se trate de fiducia plural, los acuerdos de venta se tomarán por unanimidad de todos los fiduciarios.
- Que la contraprestación obtenida por la enajenación de dichos bienes pase a subrogarse en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya hecho para el pago de las cargas y deudas del art. 136.
- Que si la venta fue realizada por el fiduciario no administrador, se dé cuenta a éste tanto de la enajenación, como de la posterior sustitución.

El art. 138.3 Lsuc. distingue entre el fiduciario-administrador y el que no tiene la condición de administrador; aunque dicha distinción no influye en la facultad de disposición, sino que implica, para estos últimos una obligación adicional: la de dar cuenta al administrador de dichas enajenaciones, y de la subrogación de los bienes obtenidos a cambio, en sustitución de los enajenados. Esto se hace con el objetivo de facilitar el correcto ejercicio de las funciones del administrador, al haber cambiado los bienes de cuya administración se encarga, y mantener el equilibrio en el inventario.

A pesar de la obligación de informar sobre la enajenación para coordinar dichas facultades, la diversidad de sujetos que las ejercen y la facilidad para la enajenación de los bienes que inte-

gran el patrimonio relicto, puede complicar la labor del administrador, ya que éste vería gravemente dificultada su función gestora, puesto que la variabilidad del patrimonio, por la que unos bienes pasarían a ser sustituidos por otros al ritmo que el fiduciario considerase oportuno, le impediría ejercer correctamente dicha tarea de organización.

Además de los requisitos anteriores, para el caso de que existan legitimarios, el art. 139 Lsuc. señala que *«si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente»*.

Como bien expresa PARRA LUCÁN, dicha norma articula *«un control externo a las facultades de disposición del fiduciario en relación a los bienes de mayor trascendencia del patrimonio y que, transformados en dinero, serán de más fácil distracción»*⁷⁴. De enajenarse los bienes sin la preceptiva autorización, los legitimarios podrán hacer valer su ineficacia y, en defecto de estos, podrán los parientes con expectativas impugnar los actos que defrauden la finalidad de la fiducia.

También señala acertadamente PARRA que *«el precepto es aplicable en todos los supuestos de disposición que afecte a tales bienes: por tanto, también cuando medie autorización del comitente. En todo caso, además, la contraprestación obtenida queda sujeta a lo dispuesto en el art. 138.2»*. De modo que incluso cuando el comitente hubiere autorizado al fiduciario para disponer a título oneroso en cualquier caso, conforme al primer inciso del art. 138.1 Lsuc., estará sujeta la enajenación a dicho mandato, porque es una protección a la legítima que no puede salvar el causante, dado el carácter imperativo del precepto.

74 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 597.

Dicho precepto contenía, en su redacción original, una remisión al art. 39 CA⁷⁵ para exigir también el consentimiento de los legitimarios en la enajenación de los bienes muebles que dicho precepto consideraba como sitios. Con la publicación de la Lrem. se derogaron los artículos correspondientes de la Compilación y se suprimió, en consecuencia, la lista de muebles por sitios que recogía el citado art. 39 CA; lo cual hacía necesaria la reforma del art. 139 Lsuc.⁷⁶, para dejar claro en qué supuestos hacía falta el consentimiento de los legitimarios.

Las citadas exigencias no ponen, como se puede observar, muchas trabas a una posible enajenación por parte del fiduciario. Esto tiene un lado positivo, como es la eliminación de las dificultades que anteriormente se encontraba el fiduciario que quisiese vender un bien con el fin de satisfacer las cargas y gravámenes propios del caudal hereditario.

Pero también produce efectos perjudiciales, consistentes en una excesiva dependencia del fiduciario por parte de los distintos sujetos con algún interés en la herencia (cónyuge, sujetos que puedan ser nombrados herederos, etc.), ya que aquel podría ven-

75 El citado art. 39 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón disponía que «a los efectos del artículo anterior se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario:

- 1º. Las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras.
- 2º. Los vehículos y máquinas cuya titularidad debe constar en documentación intervenida por oficina pública.
- 3º. Los valores mobiliarios, las participaciones en sociedad y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público.
- 4º. Los derechos de propiedad intelectual e industrial.
- 5º. Los archivos de familia, así como las alhajas, obras artísticas y demás objetos preciosos.
- 6º. El dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro».

76 El párrafo tercero del punto XIV de la Exposición de motivos de la Lrem. justifica la modificación que la Disposición Final 1ª de la misma hace del art. 139 Lsuc. «por haber desaparecido el precepto de la Compilación a que se remitía y no ser posible hacer ahora la remisión a otro equivalente».

der cualquier bien a su elección. Por ejemplo, en caso de que las deudas ascendiesen a una cuantía considerable, es posible que tuviesen que venderse ciertas alhajas o joyas; pero no sería de extrañar que algunas de ellas tuviesen más utilidad que la puramente material, por atribuírseles un importante valor sentimental, dependiendo únicamente de la voluntad del fiduciario cuáles de entre todas las joyas serán las que se vendan.

Finalmente, también podrán verse perjudicados los acreedores o potenciales herederos ante una venta que consideran perjudicial o irregular, por haberse realizado a un precio inferior al de mercado. Cuando se trate de los acreedores, podrán ejercitar la acción de nulidad de la citada venta por haberse realizado ésta en fraude de su derecho. Y los posibles herederos se podrán dirigir contra el fiduciario; al ser el acto de disposición a título oneroso, sólo podrá ser atacado si el adquirente ha sido de mala fe (por ej., cómplice del fraude); en otro caso, la adquisición realizada por éste será inatacable, pero conservarán su acción contra el fiduciario para exigirle la correspondiente responsabilidad.

Podemos observar que la defensa de los derechos que corresponden al legitimario en el art. 139 Lsuc. introduce un régimen muy poco restrictivo en cuanto a las facultades de disposición del fiduciario. Por un lado, encontramos una restricción material: sólo se aplicará a la venta de «*inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios y objetos preciosos*». En segundo lugar, dicho régimen sólo será de aplicación cuando haya legitimarios. Además, basta obtener la autorización de cualquiera de ellos, a elección del fiduciario, salvo que todos los legitimarios fueren menores o incapaces, en cuyo caso se necesitará autorización de la Junta de Parientes o del Juez competente.

La posibilidad de elegir a uno cualquiera de los legitimarios facilita mucho la enajenación, puesto que no hay que olvidar que a ninguno le interesa enfrentarse con el fiduciario, que sigue conservando la facultad de ordenar la sucesión; y un posible enfren-

tamiento podría llevar aparejada la exclusión del legitimario enfrentado de la sucesión del comitente. Dicha norma es aplicable cualquiera que sea el fiduciario; pero como, en la práctica, la mayoría de los casos será el cónyuge sobreviviente, el resultado será que la situación jurídica de éste en las relaciones con los hijos y descendientes del causante, únicos legitimarios, se verá considerablemente reforzada.

Conviene aclarar que el hecho de que puedan intervenir no sólo uno sino varios legitimarios no implica, en ningún caso, elección tácita de sucesor ya que ésta se debe hacer expresamente, sin lugar a equívocos y expresándose el título en virtud del cual se hace la atribución, en calidad de heredero o legatario, o si debe imputarse a la legítima.

En dicho art. 139 Lsuc., quien vende es el fiduciario, y el hecho de que uno de los legitimarios le autorice para hacerlo no implicaría, según Tomás GARCÍA CANO⁷⁷, ni ejecución por parte del fiduciario, ni aceptación por parte del legitimario que interviene, porque dicha autorización por parte del legitimario responde, únicamente, a una exigencia legal; y además, porque ni siquiera ha sido declarado heredero.

Hay que tener en cuenta que cuando del bien dispuesto sólo pertenezca a la herencia la nuda propiedad, para la enajenación de la plena propiedad se exige⁷⁸ la concurrencia del viudo usufructuario con el nudo propietario. La facultad de disposición referente a los bienes sujetos al usufructo de viudedad sólo alcanza,

⁷⁷ Coloquio sobre «la herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria»; publicado en las Actas de los novenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés; el Justicia de Aragón, 1999, págs. 180 y 181.

⁷⁸ El art. 108.2 Lrem. establece que «puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario. Salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado». Es decir, que sólo si el viudo presta su conformidad se extinguirá el usufructo viudal sobre ese bien (y, en tal caso, percibirá éste —salvo pacto en contrario— el precio a cambio).

por su parte, a la nuda propiedad, manteniendo el cónyuge viudo el citado usufructo.

Estamos en condición de concluir, por lo tanto, que la amplitud con que ha sido concebida la facultad de disposición del fiduciario en la Ley de sucesiones por causa de muerte, puede alterar, en cierto modo, el objeto de la fiducia. Sería conveniente, pues, informar al causante de las amplísimas facultades de disposición de que goza el fiduciario para que, en caso de que lo considerase oportuno y conforme a la facultad que le concede el art. 138 Lsuc. («*si el comitente le hubiera autorizado para ello*»), procediese a su modalización o restricción parcial.

Otra cuestión relativa a dicha facultad de disposición es la exigencia, en la práctica notarial, de probar la condición de fiduciario del vendedor y hacer referencia a ella en la escritura de compraventa; para ello, el notario debe exigir siempre el documento en el que conste el nombramiento junto con los documentos complementarios exigidos para el otorgamiento de cualquier escritura de aceptación de herencia y, en el otorgamiento por el que se formalice el acto dispositivo, alusión a que actúa en su condición de fiduciario. Y como cabe que el fiduciario hubiera procedido a la aceptación de su cargo en una escritura pública anterior, será conveniente su presentación, para su reseña en la que ahora se autoriza.

Así, en una hipotética escritura de compraventa o cualquier otro acto necesario para la ejecución del encargo, se haría referencia a la previa escritura de aceptación: «el Sr. X, en su condición de fiduciario, cargo que aceptó por escritura otorgada ante el notario D. Y, de fecha...». E incluso, en caso de que no hubiere habido aceptación expresa, la mera voluntad de vender o de realizar el acto de que se trate bastaría como expresión de la aceptación por parte del sujeto designado de aceptar el mencionado cargo. Por lo tanto, en la escritura pública de ejecución de la fiducia sería absolutamente imprescindible la constancia de la condición de

fiduciario de la persona que actúe, puesto que ello permitiría entender aceptado dicho cargo.

Parece evidente que la condición de fiduciario, en cuanto que se trata de un cargo que faculta para disponer de los bienes del causante, puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad. No ocurre lo mismo con el administrador de la herencia pendiente de asignación, puesto que éste carece —como hemos visto con anterioridad— de facultades de disposición sobre dichos bienes.

Como ya hemos indicado anteriormente, los actos sobre los que recae esta facultad deben ser actos de disposición a título oneroso, quedando, pues, excluidas las enajenaciones a título gratuito, que equivaldrían a un acto de ejecución de la fiducia, debiendo reunir los requisitos de ésta. Pero hay supuestos en los que se duda si son negocios jurídicos a título oneroso o lucrativo y, como consecuencia, quién puede realizarlos; algunos de ellos son los siguientes:

- Condonación de deuda: como acto a título gratuito que es, queda excluida de las facultades de disposición del fiduciario.
- El aplazamiento de una deuda ya vencida: aunque en principio se trata de un acto a título gratuito, puede haber motivos, como la mayor posibilidad de cobro, que aconsejen incluirlo en las facultades de disposición que pueda realizar el fiduciario.

También creo que entra dentro de las facultades de disposición conceder «quitas» en los procedimientos concursales, ya que la finalidad que su concesión representa para el cobro de la deuda, justifica sobradamente esta posibilidad.

- La renuncia pura y simple a la propiedad de determinados bienes: con carácter general, equivale a un acto a título gratuito, de modo que también se excluye. Sin embargo,

CALATAYUD entiende que «la cuestión no está tan clara en la renuncia a derechos limitados (servidumbre, arrendamiento, opción de compra, etc.). Estos casos ya no son asimilables a la ejecución de la fiducia y, por ello, aunque reconociendo lo dudoso de la cuestión, creo que, aunque sea por analogía, debería permitirse su realización, incluso aunque no hubiera contraprestación; de otro modo, se crearía una situación perturbadora de inmovilidad. Además, estas renunciaciones en muchos casos estarán ligadas a una situación más amplia, en la que los límites entre onerosidad y gratuidad se oscurecen. Concretamente, creo que la renuncia sería posible si lo autorizara el legitimario a que se refiere el art. 139 Lsuc. (aun no refiriéndose a bienes de los comprendidos en el precepto) y, en defecto de legitimarios, si el causante hubiera autorizado a ello».

- Aceptación de herencia: El fiduciario podrá aceptar la herencia a beneficio de inventario, pero no pura y simplemente puesto que este último caso podría comportar un perjuicio para el caudal relicto al tener que responder de las deudas que integraban la herencia deferida con los bienes propios. Si es un supuesto de derecho aragonés hay que tener en cuenta que —en virtud del art. 40.1 Lsuc.⁷⁹— como el patrimonio propio nunca responde de las deudas que gravan el caudal relicto, el fiduciario podrá aceptarla siempre.

La repudiación de la herencia deferida a favor del comitente queda, igualmente, excluida.

⁷⁹ El art. 40.1 Lsuc. dispone que «el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario».

D. EJECUCIÓN DE LA FIDUCIA

Hay que destacar que la principal facultad del fiduciario es, evidentemente, la de ejecución, cuyo estudio abordamos a continuación en relación con sus límites, forma, la ejecución parcial, y los efectos que produce la ejecución.

1. LÍMITES Y PROHIBICIONES

Como hemos indicado, el fiduciario tiene las mismas facultades en orden a la ejecución de la herencia que el comitente, pero no debemos olvidar que se trata de un cargo supeditado a la voluntad del causante; de ahí que, en la ejecución, sus facultades puedan ser más limitadas que las que tenía el mismo, como se desprende del examen de los arts. 126, 127 y 142.1 Lsuc. Los límites a la actuación del fiduciario pueden derivar de:

- las disposiciones realizadas por el causante;
- las instrucciones que, en orden a la ejecución, haya establecido el causante;
- la existencia de hijos del comitente.

a) Derivados de las disposiciones del causante

El carácter subsidiario que el nombramiento de fiduciario tiene respecto de la voluntad del causante, hace que aquel deba respetar las disposiciones hechas por el comitente, no pudiendo modificarlas por cauce alguno, salvo que el propio comitente le haya facultado expresamente para ello. Así lo prevé el art. 126 Lsuc., que dice: «*salvo expresa autorización del comitente, el fiduciario, cualquiera que sea la forma en que haya sido designado, no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento*». Esto supone, por lo tanto, un límite a su libertad de ordenación de la sucesión, ya que deberá respetar dicha voluntad.

El precepto se refiere a las disposiciones sucesorias del causante, lo que es lógico ya que las disposiciones realizadas por el causante durante su vida que no tengan ese carácter son irrevocables y al imponer de modo tajante el respeto a la voluntad del causante, impide también que el fiduciario, en uso de las atribuciones recibidas, revoque disposición alguna realizada por el comitente en vida.

Dicho precepto se refiere tanto a disposiciones anteriores como a posteriores al nombramiento de fiduciario y permite su revocación si el comitente le autoriza para ello. Si se trata de disposiciones anteriores hay que tener en cuenta que el nombramiento debe realizarse en testamento porque si se efectúa en escritura pública, carece de eficacia para provocar su revocación y, cualquiera que sea la forma de nombramiento, no puede revocar un pacto sucesorio o las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado. Las disposiciones sucesorias posteriores al nombramiento de fiduciario, por su parte, plantean el problema de determinar si suponen la revocación de ese nombramiento; esto ocurrirá, por ejemplo, si el causante, por disponer de la totalidad de sus bienes, no deja margen a la actuación del fiduciario.

b) Derivados de las instrucciones del comitente

El mismo carácter subsidiario que tiene el nombramiento de fiduciario respecto a la voluntad del causante obliga también a que en la ejecución de la fiducia se respeten íntegramente las instrucciones que el causante hubiera previsto para ello, siempre que guarden la forma ordenada por el legislador.

De acuerdo con el mencionado art. 127 Lsuc., «*la designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, sobre ejecución de la fiducia, o administración y disposición de los bienes sujetos a ella, deberán constar necesariamente en testamento o escritura pública*». El fiduciario deberá pasar, necesariamente, por dichas

instrucciones, quedando obligado a cumplirlas; si bien, únicamente las que el comitente haya consignado en testamento o escritura pública, ya que las consignadas en documento privado o transmitidas verbalmente son irrelevantes y el fiduciario es libre para seguirlas o no sin que su incumplimiento produzca efecto alguno. El causante tiene absoluta libertad en cuanto al contenido de éstas, pero en todo caso debe respetar los derechos que la ley conceda a otras personas; por eso, como hemos indicado anteriormente, las instrucciones sobre la gestión del patrimonio relicto no pueden interferir en las facultades de administración que por ministerio de la ley correspondan al cónyuge viudo sobre todos o alguno de los bienes que lo integran (arts. 71 y siguientes concordantes, y 89 y ss. Lrem.).

En cuanto a los tipos de instrucciones con los que nos podemos encontrar, hay que recordar que el supuesto más conflictivo de la fiducia es el régimen de la herencia pendiente de asignación, de modo que es previsible que gran parte de ellas se refieran a dicha materia. Así, es frecuente la existencia de instrucciones relativas a:

- La administración y disposición de bienes, nombrando un administrador, ampliando o reduciendo sus facultades de administración o requisitos para disponer.
- Formalidades que se deben realizar (inventario público, qué bienes comprende, plazo para hacerlo, etc.).
- Plazo y forma de la ejecución.
- La elección entre un determinado grupo de personas para concretar entre quiénes debe realizarse la elección.
- Más que instrucciones son realmente previsiones, las que el causante determine sobre la pérdida de la condición de fiduciario.

Un supuesto especial de limitación a la actuación del fiduciario derivado de instrucciones del causante es aquel en que se

haya ordenado mantener la indivisión de la herencia o de alguno de los bienes de que la componen por un tiempo determinado. Así, el art. 50 Lsuc. dispone que:

«2. No obstante, el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo. Igualmente, los partícipes podrán convenir unánimemente la indivisión por un plazo máximo de quince años. En ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años.»

3. Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida.»

La obligación de respetar dicho deseo del causante estaría doblemente asegurada: por un lado, por el propio precepto y, por otro, por la obligación que incumbe al fiduciario de someterse a las instrucciones del comitente (art. 127 Lsuc.). Dicha indivisión supone, pues, una limitación a las facultades del fiduciario, que se verán afectadas de manera distinta según que la prohibición de realizar la partición se refiera a la herencia o a alguno de los bienes que la componen. En el primer caso, podrá atribuir la herencia nombrando a varios herederos en participaciones indivisas, herederos que se verán obligados a respetar la prohibición por el tiempo que haya ordenado el causante, aunque podrán dejarla sin efecto por autorización judicial, conforme al art. 51.3 Lsuc. En el segundo caso, habrá que averiguar cuál ha sido la voluntad del causante, dado que la prohibición de mantener un bien indiviso puede interpretarse en el sentido de que se adjudique a varios herederos de esa forma, sin olvidar que también se cumple la prohibición de dividir si se adjudica a un solo heredero, impidiéndole segregar o dividir la finca.

¿Cabría, por tanto, si el disponente hubiere ordenado la indivisión de la herencia durante un tiempo, hacer una atribución de un bien concreto por el art. 142.2 Lsuc.? Parece que la respuesta debe ser negativa, puesto que al hacer una atribución parcial se está cambiando la situación jurídica del bien y vulnerando la voluntad del causante, que la había prohibido.

En caso de que incumpliesen la obligación de indivisión el bien no revertiría al patrimonio del causante, sino que la atribución sería nula.

Se plantea qué ocurre en el caso de que el causante hubiere dejado instrucciones y el fiduciario se apartare de ellas. ¿Tendrían los posibles beneficiarios algún tipo de acción de impugnación? ¿Y los legitimarios? En principio nos encontramos con una actuación realizada fuera del marco que el causante ha previsto para ello, por lo que será ineficaz. Así, si se apartase incumpliendo cualquier cuestión de forma, plazo o extralimitándose en sus funciones (por ejemplo, realizando la adjudicación fuera de plazo, o a alguien de fuera del grupo que él hubiese designado), dicha adjudicación sería nula y cualquiera podría instar dicha nulidad. Cuando se haya prohibido la enajenación de determinados bienes, o ésta se realizase sin cumplir los requisitos fijados para ello, la venta será nula; pero, a falta de otra previsión por el comitente, el fiduciario conservará sus facultades para la ejecución de la fiducia. En los casos que se refieran a formación de inventario, parece, a falta de otra previsión, que el Juez debe ordenar su formalización.

Estas cuestiones ponen de manifiesto que, si el causante ordena instrucciones para el cumplimiento del encargo, sería conveniente que las desarrollase con suficiente claridad, indicando cuál sería la sanción para el caso de incumplimiento.

De modo que, al tener que ajustarse el fiduciario a esas coordenadas institucionales, sus disposiciones podrán ser revisadas e

impugnadas cuando se incumplan aquéllas. En cuanto a quién tiene acción, los legitimarios podrán ejercitar la acción de nulidad en todo caso, al igual que los posibles beneficiarios dentro del círculo de parientes próximos entre los que pueda elegir. También podrán ejercer dicha acción otros interesados y, para delimitar quiénes tienen dicha condición remitimos a aquellos que puedan pedir la reducción del plazo.

Podríamos concluir, por lo tanto, diciendo que el fiduciario deberá actuar respetando las posibles instrucciones o limitaciones que le hubiere impuesto el comitente; y es que si, como dice el aforismo, la voluntad del causante es la ley de la sucesión, también lo será para quien, delegadamente, deba complementar o suplir dicha voluntad.

c) Derivados de la existencia de hijos del causante

El art. 110 de la Compilación imponía que se ordenase la sucesión «entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado». Actualmente, sin embargo, esta limitación ha desaparecido; pero teniendo en cuenta que, en el caso de que el causante tenga hijos lo más acorde con su voluntad es que sean éstos los beneficiarios de la herencia, el art. 142.1 Lsuc. prevé que «salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante».

El legislador se ha basado, pues, en la presunción de que habiendo descendientes suyos, el causante habría querido que su caudal recayese en alguno de ellos. Hay que señalar que, en la práctica, el comitente no suele excepcionar la previsión de dicho precepto.

La exigencia de la existencia de hijos la refiere el legislador al momento de ejecutar la fiducia, lo cual nos lleva a considerar,

por una parte, que el fiduciario no se haya constreñido a distribuir la herencia entre los descendientes que existan en el momento del fallecimiento; y, de otra, que si en ese momento no existen descendientes, el fiduciario podrá distribuirla libremente.

Además del momento fijado para la existencia de hijos del art. 142.1 Lsuc., hay que destacar en dicho precepto el principio y el final del mismo. Comienza destacando que, «*salvo disposición en contra del comitente*», con lo que el legislador da preferencia, una vez más, a la voluntad del causante, que puede haber previsto, en virtud de diversos motivos, que la distribución se rija por alguna regla especial, o que se amplíe o restrinja el grupo de sujetos favorecidos, siempre respetando la regulación de la legítima. El inciso final dispone que podrá hacer la distribución entre los hijos «*con la misma libertad con que podría hacerlo el causante*»; es decir, que podrá distribuir el caudal relicto de manera desigual, excluir a alguno de los descendientes, o instituir herederos a los nietos aunque vivan sus padres.

Con anterioridad a la publicación de la Ley de sucesiones por causa de muerte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de febrero de 1989 estimó que pese a que el causante hubiese autorizado al viudo la distribución igual o desigual del patrimonio entre los hijos, en función de las necesidades de cada uno, ello no facultaba para excluirles. El último inciso del vigente art. 142.1 Lsuc. solventa el problema y vuelve a la postura tradicional aragonesa defendida por ZUBIRI, permitiendo el último inciso, «*con la misma libertad con que podría hacerlo el causante*», apartar a alguno de los hijos.

Es preciso hacer hincapié en que, al haber omitido el legislador en este apartado toda referencia al matrimonio, la protección otorgada a favor de los hijos alcanza a todos ellos, sin distinción entre matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, tal y como propugnan los arts. 39 de la Constitución española y 108 del Código Civil.

En caso de ausencia de descendientes (no siendo, pues, aplicable el art. 142.1 Lsuc.), si el comitente le hubiere impuesto la distribución de la herencia entre un grupo determinado de personas, convendría establecer además normas subsidiarias para el caso de no poder cumplirse dicha previsión (por ej., por fallecimiento de todos los sujetos incluidos en dicho grupo).

Y, por último, el art. 142.1 Lsuc. también se aplica cuando el único fiduciario sea el cónyuge, por ser ésta una limitación de tipo general, cualquiera que sea el fiduciario, y porque la única restricción que se recoge es la disposición en contrario del comitente, entendiéndose aplicable, con carácter general, en todos los demás supuestos en que se den dichas condiciones. Se trata, por tanto, de una regla interpretativa de la presunta voluntad del causante.

Como resumen de lo anteriormente expuesto podemos decir que la libre ordenación de la sucesión, que se corresponde con la plena libertad que se confiere al causante, queda limitada por la voluntad del comitente en dos sentidos: primero, con los actos dispositivos o de atribución que éste hubiere realizado tanto por actos *inter vivos*, como por actos *mortis causa* que sean eficaces; y en segundo lugar, con las instrucciones que, de acuerdo con el citado art. 127 Lsuc., éste le hubiere dejado.

Relacionado con los límites a la actuación del fiduciario se encuentra de la posibilidad de que el fiduciario pueda ejecutar el encargo en beneficio propio. La Lsuc. no contiene un pronunciamiento directo sobre la cuestión pero por su regulación en la citada Ley y la esencia de la figura la respuesta ha de ser negativa. Si el fiduciario ejecuta la fiducia en su propio beneficio iría en contra de la voluntad del causante, que de querer concederle algún beneficio lo hubiese hecho directamente; por otra parte, vulnera el art. 125.3 Lsuc.: «*el cargo es... gratuito, salvo que el causante hubiese previsto que fuera retribuido*»; y por último una obviedad, el fiducia-

rio al ordenar la sucesión del causante ocupa su lugar, por lo que podrá hacer las cosas que éste hubiera podido realizar.

Lo que sí parece posible es que el causante, al realizar el nombramiento de fiduciario, le autorice a ejecutarlo en su beneficio, pero en este caso estaremos ante una institución directa del causante condicionada a que el fiduciario realice a su favor alguna atribución.

Quedan por último cuestiones marginales, porque la intervención notarial en la mayoría de los supuestos hace difícil que se produzcan, como son: que se nombre fiduciario al único descendiente; éste tendrá dos opciones: podrá renunciar a su cargo, en cuyo caso se procedería a abrir la sucesión *abintestato*, correspondiéndole a él la totalidad de la herencia, o aceptar el nombramiento y ejecutar la fiducia en cuanto a la mitad, puesto que la otra mitad le correspondería a él conforme al art. 171 Lsuc. Cuando existan varios descendientes el nombrado tiene las mismas opciones, pero en caso de aceptar puede disponer de la totalidad del caudal.

2. FORMA Y PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA FIDUCIA

La ejecución, como acto unilateral que es, no requiere aceptación alguna por parte del beneficiario, sin perjuicio de que ésta sea requisito indispensable para la adquisición de la atribución hereditaria realizada por el fiduciario. Los fiduciarios podrán, por lo tanto, hacer uso de sus facultades sin oposición alguna por parte de quienes tengan vocación a la herencia o se crean con interés en la misma, que deberán pasar por aquello que decida el fiduciario único o la mayoría de los fiduciarios integrantes de la fiducia colectiva, respetando su voluntad como si fuese la del propio causante. Otra cuestión serían los acuerdos a que pudieren llegar con posterioridad los efectivamente beneficiados por dicha atribución, cuestión ésta que queda al margen de la institución de la fiducia.

No hay ningún modo de obligar al fiduciario a actuar; únicamente podría solicitar del juez la reducción del plazo alegando graves daños al patrimonio hereditario (art. 132 Lsuc.). En realidad, y desde el punto de vista práctico, la mejor manera de asegurarse que la fiducia va a ser ejecutada es, además de nombrar a alguien de auténtica confianza, establecer una retribución para cuando ejecute el encargo.

La cuestión de la forma de actuar ha quedado resuelta, con carácter general, en el art. 141 Lsuc., que establece, para cuando el fiduciario sea una persona distinta del cónyuge del causante, que «*la fiducia deberá ejecutarse necesariamente por acto inter vivos formalizado en escritura pública*».

En cambio, si el fiduciario es el cónyuge supérstite, el art. 141.2 Lsuc. recoge una particularidad: podrá ejecutar el encargo tanto por acto *inter vivos*, como *mortis causa*, salvo que el comitente se lo haya prohibido o que la fiducia se haya sometido a plazo. A pesar de que el legislador presenta la regulación de la forma utilizable por el cónyuge viudo como una excepción a la regla general de exigencia de escritura pública, debemos destacar que, en la práctica, la abrumadora mayoría de las fiducias (en un porcentaje superior al 90%) se constituyen a favor del cónyuge, por lo que, de hecho, la excepción se convierte en regla general.

No obstante, conviene precisar que, en este caso, la forma de cumplir el encargo es independiente del medio por el que haya sido nombrado; de modo que, habiendo sido designado en testamento, podrá ejecutarlo en escritura pública; y si lo ha sido en escritura pública, podrá utilizar el testamento, cuestión que ni se plantea en relación a tercero porque éste, como hemos visto, deberá necesariamente ejecutar la fiducia en escritura pública.

El requisito formal recogido en el citado art. 141 Lsuc. es *ad solemnitatem*, puesto que constituye un presupuesto de la validez

y eficacia de la ejecución, exigible tanto en la parcial como en la total y cualquiera que sea el tipo de bienes a que se refieren.

Antes de la Lsuc. se discutía si cabía la ejecución de la fiducia en contrato sucesorio. Actualmente, sin embargo, el art. 62 Lsuc. dice que «*son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto*»; de modo que debe tratarse de la sucesión de uno de los contratantes; no cabe, pues, sobre la de un tercero. Además, para solucionar el problema el art. 141 Lsuc. emplea expresamente el término *acto*.

Cuando la ejecución sea realizada por un tercero distinto del cónyuge viudo, deberá hacerse necesariamente en escritura pública. Pero puede plantearse la cuestión de qué ocurre con la ejecución realizada en documento privado que, en vida del fiduciario, ha sido elevado a público. En principio, éste tendrá validez desde que la certeza de la fecha; sin embargo, al exigirse en la ejecución de la fiducia una forma *ad solemnitatem*, lo hecho incumpliendo ésta es nulo; de modo que con la elevación a escritura pública habría, en realidad, un nuevo ejercicio de la fiducia que sólo sería válida y produciría efectos desde ese momento, que es en el que se habrían cumplido los requisitos legales; es decir, la constancia en escritura pública.

Pero carecería de validez el nombramiento realizado por el fiduciario no cónyuge en su testamento ológrafo, puesto que, aunque cumpliera los requisitos para poderse elevar a público y se consiguiera su elevación, la fiducia no estaría ejecutada en escritura pública y se vulneraría lo dispuesto en el art. 141.1 Lsuc.

En caso de que se haya nombrado como único fiduciario al cónyuge, el art. 141.2 Lsuc. señala que «*éste podrá cumplir su encargo también en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo*». Esta excepcional facultad de ejecutar la fiducia por acto *mortis causa* puede derivarse del art. 129

Lsuc. que prevé que, en caso de que el cónyuge sea el único fiduciario y el causante no le haya impuesto límite temporal alguno, su nombramiento se entenderá hecho de por vida. En cuanto a las salvedades, siguen la lógica del legislador: la primera de ellas, referente a una disposición en contrario del comitente, responde a la libertad de testar del causante; y la segunda, a razones de claridad y seguridad jurídica, porque si se hubiese sometido a plazo, no se puede saber —en el momento de otorgarse el testamento— cuando va a fallecer el otorgante y, por consiguiente, la fecha en que serán eficaces sus disposiciones.

La especialidad de ejecutar la fiducia en testamento faculta al fiduciario para hacer uso de cualquier tipo de éstos: los notariales, en peligro de muerte, ológrafo, militar, marítimo, etc. Y es que podríamos argumentar lo mismo que respecto de la forma del nombramiento: el legislador optó por aludir al testamento, con carácter general, y no al «testamento notarial», por el que han optado otras legislaciones forales. Además, restringir el ejercicio de esta facultad al testamento notarial supondría una incongruencia, puesto que la excepción de permitir al cónyuge viudo ejecutar la fiducia en testamento, en atención a la cercanía y confianza que se le suponía con el causante, se vería gravemente perjudicada por una limitación carente de fundamento.

En caso de hacer uso de dicha facultad y ejecutar la fiducia en testamento, nada impide que el cónyuge viudo pueda disponer, en el mismo instrumento, de sus propios bienes. El testamento contendría entonces dos declaraciones de voluntad autónomas sobre dos herencias distintas, en un solo instrumento sucesorio. Pero si el fiduciario dispone únicamente de su propia herencia, sin hacer referencia alguna a la sucesión del comitente, no cabe extender las disposiciones realizadas a los bienes del comitente.

Y, tal y como dispone la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 22 de noviembre de 1985, si en un testamento

se dispone *mortis causa* por un lado de los bienes propios, y por otro de los del cónyuge premuerto en ejercicio de las facultades fiduciarias, y en un testamento posterior se modifica el precedente en cuanto a lo dispuesto sobre los bienes propios, ello no revoca ni modifica la disposición realizada en ejecución de la fiducia concedida.

La exigencia de que la fiducia sea eficaz en el momento en que llegue el plazo concedido justifica la necesidad, recogida en el art. 141 Lsuc., de efectuar la ejecución por acto de disposición *inter vivos*. Sigue esta línea la Ley de sucesiones por causa de muerte al decir, por ejemplo, del cónyuge, que «*su nombramiento se entenderá hecho de por vida*»; estricta y literalmente, «de por vida» le impediría, siguiendo esa interpretación, ejecutar la fiducia mediante testamento, salvo que el comitente le facultase expresamente a ello. Pero, en este caso, en cambio, la ley lo configura a la inversa, permitiéndole ejecutar la fiducia en testamento, porque éste adquiere eficacia en el momento en que fallece el fiduciario, y desde ese mismo momento adquieren también eficacia los actos de ejecución de la fiducia.

Muy relacionada con todo lo dicho anteriormente está la cuestión de si el fiduciario debe, al ejecutar el encargo, declarar que actúa en calidad de tal, haciendo uso de la delegación fiduciaria. Al no exigirlo la ley, cosa que sí que hacen otras legislaciones forales, no parece que pueda exigirse, sino que bastaría que del acto de ejecución (la escritura pública, o el testamento para la especialidad del art. 141.2 Lsuc.) se infiriese que actúa en cumplimiento de su encargo.

3. EJECUCIÓN PARCIAL

El párrafo segundo del art. 142 Lsuc. dice que «*el fiduciario podrá hacer uso total o parcial, y aun en tiempos distintos, de sus facultades, a menos que el causante haya dispuesto otra cosa*». El legisla-

dor nos remite, una y otra vez, a la voluntad del causante, poniendo nuevamente de manifiesto ese principio de libertad que tanta importancia tiene en el derecho aragonés. Se admite, por lo tanto, salvo disposición en contrario, la ejecución parcial del encargo, incluso en momentos temporales distintos.

En principio, para saber si un bien va a formar parte del patrimonio hereditario, es precisa la previa liquidación de la comunidad conyugal; pero es muy frecuente, en la práctica, cuando se ha nombrado fiduciario al cónyuge, que éste haga uso parcial de la fiducia adjudicando bienes que tienen el carácter de consorciales antes de liquidar la sociedad conyugal disuelta. Este problema se planteó y fue resuelto en el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de octubre de 1989, que admitió esta posibilidad; y el art. 142.3 Lsuc., haciéndose eco de la doctrina emanada del mismo, dispone que *«cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación»*. Constituye, por lo tanto, una especialidad pensada para permitir la citada ejecución parcial cuando aún no se ha disuelto la comunidad conyugal. Viene a ser, por lo tanto, como una doble exclusión, puesto que el bien sale del patrimonio consorcial, no teniéndose en cuenta cuando se haga efectiva la liquidación de dicho patrimonio, y también del hereditario.

Aunque dicho precepto habla de la atribución de bienes *«en uso parcial de la fiducia»*, estimo que la misma solución será también aplicable en los supuestos de ejecución total de la fiducia. En este sentido entiende CALATAYUD que dicha posibilidad no quedaría —pese a la literalidad del precepto— restringida al supuesto de la ejecución parcial; ése sería, sin duda, el supuesto más frecuente, pero *«podría suceder que se tratara de un uso total de la fiducia si el único bien o bienes fueran éstos; no se ve razón para que en tal caso el tratamiento sea diferente»*. Coincido, pues,

con dicho autor, dado que parece que la especialidad de dicho apartado es, no la ejecución parcial, sino la adjudicación sin liquidación en caso de que el único fiduciario fuese el cónyuge viudo.

Pero, ¿sería posible que esa ejecución parcial fuese todo lo que habría ejecutado el fiduciario, de manera que no se completase la ejecución total de la fiducia dentro del plazo? Si se diese la ejecución parcial y luego, sin más actuaciones, llegase el plazo o el fiduciario incurriese en alguno de los supuestos recogidos en el art. 147 Lsuc., perdería tal condición y la fiducia se extinguiría en virtud del art. 148 Lsuc. ¿Qué ocurriría entonces con las actuaciones parcialmente efectuadas por el fiduciario? ¿Tendrían algún tipo de validez? La cuestión queda resuelta por el art. 148.1 Lsuc.: «*en todo caso, conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario...*». Entiendo, por lo tanto, que se habría producido un supuesto de ordenación parcial de la sucesión y, de acuerdo con el art. 201 Lsuc.⁸⁰, procedería abrir la sucesión legal respecto al resto del patrimonio sobre el que no existe disposición. Precisamente para evitar que la ordenación quede sólo parcialmente ordenada y haya que recurrir a la sucesión legal, el causante puede haber impuesto, como expresa dicho precepto, la obligación de hacer uso dicha facultad «completamente», sin dejar «cabos sueltos», y de una sola vez, es decir, en un mismo acto temporal y no en varios momentos separados en el tiempo.

También es posible que antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal, el fiduciario, sea el cónyuge supérstite o un tercero, pueda proceder a nombrar herederos por partes alícuotas, solución que ya había propugnado NAVARRO VIÑUALES en los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés al decir que el viudo fiduciario puede ejecutar la fiducia por sí solo si no se hace

⁸⁰ El citado art. 201 Lsuc. recoge la compatibilidad de la sucesión legal con la testada, siguiendo la línea del art. 2.2 Lsuc., relativo a los modos de delación: «*la sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la ley. Los distintos modos de delación son compatibles entre sí*».

sobre bienes concretos, sino nombrando herederos. Por lo tanto, serán los herederos nombrados quienes procederán a la liquidación de la comunidad conyugal junto con el cónyuge viudo.

Cuestión distinta es la eficacia de los actos de ejecución de la fiducia sobre bienes consorciales efectuados por un fiduciario no cónyuge. El art. 56 Lrem. trata de resolver el problema de las disposiciones *mortis causa* de bienes consorciales realizadas por los cónyuges. Es un precepto de carácter interpretativo, en principio no aplicable a las disposiciones ejecutadas por un tercero, puesto que la facultad conferida en el art. 56 Lrem., está pensada para el supuesto en que ambos cónyuges estuvieren aún con vida, de modo que sería inaplicable al caso de la fiducia; sería, pues, un supuesto diametralmente opuesto al del art. 142.3 Lsuc., puesto que el primero está pensado para cuando el consorcio se encontrare aún vigente, y el segundo para la sociedad conyugal disuelta. La diferencia es que en la ejecución parcial de la fiducia del art. 142.3 Lsuc., los bienes que se adjudican dejan de formar parte de la comunidad conyugal, de modo que no se tienen en cuenta en la liquidación (ya no se plantea el supuesto de si está ejecutándola, o si hay legado de cosa ajena...). En el art. 56.2.c) Lrem.⁸¹, en cambio, siguen formando parte de ésta y el legado se sujeta a la condición de que, efectivamente, se atribuyan al patrimonio del testador. En este sentido, si se integran en éste, se hará efectivo el legado; y, en caso contrario, se entenderá como un legado del valor del mismo; pero en ambos casos, el bien o el valor de que se trate habrá formado parte tanto de la comunidad conyugal, como de su liquidación.

⁸¹ Dicho art. 56.2 Lrem. dispone que «a la disposición por causa de muerte de bienes determinados del patrimonio común, en defecto de otra previsión, le serán de aplicación las siguientes reglas:

c) Cuando se realice por uno solo de los cónyuges a favor de persona distinta del otro, sólo producirá sus efectos si al liquidarse el consorcio los bienes fueran adjudicados a la herencia del disponente; en caso contrario, se entenderá legado el valor que tuvieran al tiempo de la delación».

No obstante, hay que tener en cuenta que la solución ofrecida por dicho precepto, estimar que sea legado cuando los bienes se adjudiquen a su patrimonio y, en caso contrario, legado de valor, parece una solución aceptable que también emplea el art. 1380 Cc.

4. PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO POR EL FIDUCIARIO

La Compilación de Derecho Civil de Aragón se refería al plazo de ejecución en el art. 118; de este precepto y del art. 111 se desprendía que el plazo era el fijado por el comitente; a falta de señalamiento de plazo, el cónyuge podía cumplir su encargo de por vida; y, en defecto de cónyuge, el citado art. 118 disponía que «*si el causante no hubiere fijado plazo de cumplimiento del encargo y no existe cónyuge fiduciario, cualquier persona con interés legítimo podrá pedir su señalamiento al Juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión, quien lo hará previa audiencia del Ministerio Fiscal*».

La Ley de sucesiones por causa de muerte contiene una extensa regulación sobre este punto, al que dedica cuatro preceptos: los arts. 129 a 132, que se ocupan del plazo, forma de cómputo y las posibilidades de prórroga y reducción.

a) Plazo

Ante el posible interrogante de si el fiduciario está sujeto a algún plazo de cumplimiento, el art. 129 Lsuc. indica que «*deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente*». Rige, por lo tanto, como regla general, la voluntad del causante, que —al igual que en el régimen anterior— carece de límite legal alguno para fijar dicho plazo. Esta solución, consistente en el respeto de la voluntad del causante, es la misma por la que optaron tanto el Seminario aragonés en todas sus redacciones como la Comisión aragonesa, en el Anteproyecto, y la defi-

nitiva del art. 118 de la Compilación. Si bien, debemos señalar que, en la práctica, es muy poco habitual la fijación de plazo por parte del comitente. Así lo entiende también el legislador, que ha regulado, para el caso de falta de señalamiento, el plazo en que debe ejecutarse la fiducia.

Como expresa Adolfo CALATAYUD⁸², la amplia autonomía de la voluntad es muy adecuada para regular el mecanismo de elección del sucesor en la empresa: el comitente podrá determinar el plazo en el que el nombramiento debe producirse, atendiendo, por ejemplo, a la edad de los posibles llamados a la sucesión, su formación o sus capacidades.

Entiende también dicho autor que cabe designar un plazo para un fiduciario y otro para otro u otros. Y, aunque más compleja, admite también la fijación de varios plazos para un mismo fiduciario, en función de los actos de ejecución que realice, al considerar que no habría razones suficientes para excluir dicha posibilidad.

Hay que indicar que el causante podría también señalar un plazo de ejercicio en acto posterior al nombramiento de fiduciario, dada la libertad que tiene el causante para ordenar su sucesión (art. 3 Lsuc.), pero siempre que lo haga en un testamento posterior o escritura pública; es decir, guardando las formas que deben cumplir todas las instrucciones del causante.

Cabe también la imposición de un plazo inicial con la intención de impedir que disponga de los bienes hasta que no llegue una determinada fecha, o haya transcurrido cierto tiempo.

Pese a que la primera regla es la voluntad del causante, cabe plantearse si se permite que el nombramiento se haga «de por

⁸² CALATAYUD SIERRA, «La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa», en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, del III Congreso de Derecho Civil Catalán, publicado por el Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2006, pág. 229.

vida», cuando se hace expresamente a un sujeto que no ostenta la condición de cónyuge. MERINO entiende que no, que la facultad de actuar de por vida sólo puede recaer en el cónyuge porque, como será también titular del usufructo viudal, no se perjudicará el patrimonio de nadie. Además, aunque estrictamente el plazo existe si se otorga a una persona «de por vida» (*certus an, incertus quando*) parece que la intención del legislador es que se trate de un plazo cierto y determinado, lo que puede deducirse del hecho de que se imponga, con carácter subsidiario (salvo para el caso del cónyuge que sea único fiduciario), un plazo *certus an, certus quando* de tres años. Igualmente, del art. 141.2 Lsuc. resulta una interpretación del término «plazo» como uno determinado en cuanto al tiempo de duración. También apoya esta explicación el art. 129.4 Lsuc., que dispone que «los plazos que establece este artículo son de caducidad» (preclusivos) y sólo de un plazo cierto en el *quando* se puede predicar que es preclusivo.

Disiento, sin embargo, de dicha opinión, dado que siguiendo la letra de la ley parece clara la intención del legislador de priorizar la voluntad del causante cualquiera que sea ésta, incluso si pretende otorgar el cargo con carácter vitalicio a quien no es su cónyuge, máxime cuando el segundo apartado del art. 129 Lsuc. comienza reiterando la prioridad de cualquier posible indicación por parte del causante. De haber sido de otra manera, no habría tenido ningún reparo el legislador en haber dejado constancia de dicha intención, imponiendo el citado límite cuando el fiduciario no fuese el cónyuge viudo.

Es también de esta opinión CALATAYUD, que considera que «el comitente podrá disponer el plazo que quiera, tan corto o largo como desee, incluso toda la vida del fiduciario, a pesar de no ser el cónyuge»⁸³. Aunque plantea también el inconveniente de que

⁸³ CALATAYUD SIERRA, Comentarios a la Ley de sucesiones por causa de muerte, pendiente de publicación.

dicha amplitud «tal vez sea excesiva en los casos en que el fiduciario no es el cónyuge, porque puede llevar a alargar excesivamente el tiempo durante el cual el patrimonio hereditario esté pendiente de asignación».

LATORRE⁸⁴, por su parte, no opta claramente por ninguna de ambas opciones, considerando que existe una contraposición de intereses: por un lado, la necesidad del fiduciario de ejecutar con calma su encargo; y, por otro, el juego de las legítimas, cuya entrega puede verse retrasada por la existencia de la fiducia, afectando a su intangibilidad temporal, ya que se retrasa el momento en que los legitimarios perciban lo asignado o por asignar. Y continúa citando, en este sentido, a NAVARRO VIÑUALES: «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».

La falta de señalamiento del plazo por el comitente, se regula en el apartado segundo del citado precepto, que dispone que «a falta de señalamiento expreso, la fiducia deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años, pero si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida». Como se ve, el párrafo incluye una regla general y una excepción que, curiosamente, en la práctica constituye el supuesto más numeroso.

La regla general se contiene en la primera parte de ese segundo párrafo, que introduce una novedad como consecuencia de la posibilidad de que el comitente pueda nombrar fiduciario a persona distinta del cónyuge: «a falta de señalamiento expreso, la fiducia deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años». Es decir, que en ausencia de fijación de plazo por el comitente, éste será de tres años para todo fiduciario que no tuviere la condición de cónyuge del falle-

⁸⁴ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, «De la fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Sucesorio...*, pág. 390.

cido. Con ello se sigue, más o menos, la redacción que le dio el Seminario, al regular la fijación supletoria de un plazo, aunque difieren en el modo de establecerlo, puesto que el Seminario, la Comisión y la propia Compilación preveían el recurso al Juez de Primera Instancia para que fuese éste quien lo fijase.

El inciso final que, como hemos dicho, será la regla general por tratarse del supuesto más frecuente, regula, como excepción, la hipótesis de que el único fiduciario sea el cónyuge del comitente: *«si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida»*. Es decir, que si el causante no ha previsto otra cosa y el único fiduciario es el cónyuge superviviente, no habrá límite temporal alguno para el cumplimiento del encargo; hasta aquí coincide también con la regulación anterior. Se pretende así reforzar la posición del cónyuge viudo, puesto que el poder de ordenar la sucesión del causante va a facilitar que los potenciales herederos adopten una postura de respeto hacia él. Una vez más, conviene recordar, aun a riesgo de ser reiterativo, que ello no impide que el comitente le imponga un plazo, puesto que dicho carácter vitalicio sólo actúa a falta de disposición expresa del comitente.

La existencia de un plazo, ya sea fijado por el comitente o por imposición legal, obliga al fiduciario a ejecutar el encargo antes de que aquél expire. De no hacerse así, se pondría de manifiesto el carácter preclusivo de la institución, que daría lugar a la extinción de la fiducia de acuerdo con el art. 148 Lsuc. en relación con el art. 147 Lsuc., que recoge, entre las causas de pérdida de la condición de fiduciario, la expiración del plazo establecido para su ejecución. Por lo tanto, los actos realizados por el fiduciario una vez finalizado el plazo son nulos de pleno derecho, no produciendo efecto alguno, al haberse ejecutado por una persona que no tiene la condición de fiduciario.

Puede ocurrir que el fiduciario o fiduciarios hayan ejecutado la fiducia dentro de plazo pero que la ejecución no haya logrado

los efectos de transmisión sucesoria perseguidos, bien porque los beneficiarios de las atribuciones hereditarias las repudian, por ser incapaces de suceder, o porque el acto de ejecución ha sido declarado nulo. Ante esta situación se plantea la duda de la posible extinción de la fiducia, dado el carácter irrevocable de la ejecución *inter vivos*, lo que llevaría consigo la apertura de la sucesión legal.

Para un supuesto de nulidad de actuación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de septiembre de 1992⁸⁵ declaró que «la hipotética nulidad de la designación de heredero por los fiduciarios no abre la sucesión intestada sino que origina la continuación de la situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplan el encargo en la forma adecuada».

En esta línea, y con carácter general para todo supuesto de ineficacia del acto de ejecución, el art. 143.2 Lsuc. dispone que: «*no obstante [la irrevocabilidad de los actos *inter vivos* que en ejecución de su encargo realicen los fiduciarios], podrá reiterarse el llamamiento si resulta ineficaz la atribución porque los beneficiarios llamados no quieran o no puedan aceptarla, o porque sea declarada nula*». Podemos deducir de este epígrafe que el fiduciario no pierde tal

85 El Fundamento de Derecho séptimo de dicha sentencia decía lo siguiente:

«En cuanto al documento público otorgado ante el Notario de Jaca, señor Ferrer, en 21 de agosto de 1985, con la finalidad de designar e instituir heredero en relación a los bienes integrantes de la repetida institución fiduciaria, en favor de doña Ascensión Rasal Aso, por quienes se atribuyen la condición de parientes más cercanos de los consocios instituyentes, nada es preciso declarar, a los fines de la resolución de este litigio, pues su eficacia no ha sido directamente impugnada o solicitada reconvencionalmente; ni siquiera se hacen reservas a las personas actuantes como fideicomisarios o al contenido de su actuación; y, como se afirma en la sentencia de instancia en su cuarto Fundamento de Derecho, aunque a efectos meramente dialécticos se afirmase su nulidad, no por ello podría darse lugar a las pretensiones de los recurrentes de que se daría un inmediato acceso a la sucesión intestada, pues por el contrario volvería a originarse una situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplieran el encargo en forma adecuada; y sin poder desconocer que el tema de la oposición a la designación efectuada se ha basado en la efectividad del documento de 1980 que, por todo lo dicho y como ya afirmó la sentencia recurrida, no puede admitirse».

condición por el mero ejercicio del encargo, sino cuando dicha ejecución deviene eficaz por la aceptación del designado.

Esta solución pretende evitar el juego de la sucesión legal que resultaría (en caso de inclinarse por otra solución) de un posible rechazo por parte de algún heredero a la atribución realizada. Así, sólo en el momento en que el encargo ha sido completa y eficazmente cumplido se producirá la extinción de la fiducia, solución ésta que parece más acorde con la voluntad del causante, el cual —con el nombramiento de fiduciario— pretendía excluir el recurso a la sucesión legal.

Transcurrido el plazo concedido legalmente o por voluntad del causante, el nombramiento habrá caducado y el fiduciario carecerá de facultad alguna para ejecutar la fiducia. Sin embargo, de acuerdo con la idea de evitar la sucesión legal y para lograr un mayor acierto en el ejercicio de las facultades otorgadas al fiduciario en los casos de reiteración de llamamiento, la ley regula un supuesto especial en el que se permite la actuación del fiduciario a pesar de haber pasado el plazo inicialmente concedido. Señala el art. 129.3 Lsuc. que *«en los casos en que el llamamiento deba reiterarse y haya caducado el plazo, el fiduciario deberá ejecutar su encargo en un nuevo plazo de dos años»*. Se resuelve así el problema que se plantea cuando, ejecutada la fiducia dentro de plazo, su ineficacia se produce (por ejemplo, por repudiación del designado) sin tiempo para un nuevo ejercicio.

b) Cómputo

En cuanto al cómputo del plazo, el art. 130 Lsuc. establece que *«los plazos expresados en el artículo anterior [a la sazón, el 129 Lsuc.] se computarán:*

- a) Desde el fallecimiento del causante. Si al fallecimiento del causante existen legitimarios de grado preferente menores de edad, el plazo de ejecución de la fiducia no finalizará hasta que trans-*

curran tres años desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos.

- b) En las fiducias sucesivas, desde que legalmente sea posible su ejecución.*
- c) En el caso de reiteración del llamamiento, desde que el anterior resulte ineficaz».*

La previsión, contenida en el párrafo primero, de prorrogar el plazo en el caso de existan legitimarios de grado preferente menores de edad (los que señala el art. 173 Lsuc.) se debe a que, gracias a ese aplazamiento del cómputo, el fiduciario va a tener más elementos para adoptar una decisión más acertada.

No obstante, autores como LATORRE critican dicho retraso en el cómputo, al entender que, aun alcanzada la mayoría de edad, «la edad de dieciocho años no conlleva la suficiente madurez para determinar la actuación futura, tanto personal como patrimonial»⁸⁶. Posteriormente añade que es una prolongación en el tiempo de la fiducia que «no hará ningún bien a nadie y por el contrario perjudicará a descendientes mayores, que tendrán que esperar a que un *tardano* cumpla la mayoría de edad». Y concluye con una recomendación: «es aconsejable, por todo lo expuesto, que en el documento de constitución de la fiducia se especifique el momento de su comienzo o, en su caso, señalamiento de plazo imperativo».

En el mismo sentido, CALATAYUD considera que pretender que el fiduciario pueda tener más elementos de juicio es una justificación insuficiente para dicha especialidad, puesto que se podría pasar de un plazo de tres años (con arreglo al art. 129.2 Lsuc.) a otro de veintiún años. Además, si el comitente hubiese ordenado que la elección tenga lugar únicamente entre algunos de los legitimarios de grado preferente, la edad de los excluidos no debería afectar al ejercicio de la fiducia puesto que «una interpretación

⁸⁶ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *op. cit.*, pág. 399.

teleológica restrictiva creo que impone que se les ignore»⁸⁷. Por último, se apoya también en el principio *standum est chartae*, que podría exigir la inaplicación de dicha regla cuando el comitente hubiere señalado un plazo determinado para el ejercicio de la fiducia.

Hay que aclarar que el segundo inciso del apartado «a» supone una excepción que, como bien señala CALATAYUD, no modifica el inicio del cómputo (que tendrá lugar conforme a la regla general) sino su final.

c) Prórroga

También se regula, en el art. 131 Lsuc. la prórroga del plazo: «*en todo caso, los fiduciarios podrán solicitar antes de que caduque al Juez la prórroga del plazo establecido, quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá concederla, mediando justa causa, hasta un máximo de dos años*». La admisión de dicha prórroga tiene por objeto abrir una vía para evitar una excesiva rigidez a la hora del cómputo de los plazos. Se observan en este punto influencias de la regulación anterior, dado que el art. 118 de la Compilación remitía al Juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión (también con audiencia del Ministerio Fiscal) para la fijación del plazo de ejecución de la fiducia. La razón por la que se exige audiencia del Ministerio Fiscal es que se están protegiendo también los intereses de terceros a los que perjudicaría la indebida extensión de la pendencia de la herencia, y por ello se impone, igualmente, que haya una causa justificada. Debe solicitarse por escrito dirigido al Juez, en el que se debe fijar la justa causa que, a su juicio, es suficiente para conceder la prórroga. Hay que advertir que el juez tiene una amplia libertad a la hora de tomar su decisión: el precepto dice que «*podrá concederla*». De manera que

87 CALATAYUD SIERRA, *op. cit.*

podrá denegarla cualquiera que sea la causa alegada por los fiduciarios si no la estima suficiente y aunque el informe del Ministerio Fiscal hubiese sido favorable.

LATORRE critica, en general, la prórroga del plazo prevista legalmente. A su juicio, ésta sólo debería aplicarse a los supuestos de plazo legal supletorio, pero no al fijado por el causante, entendiéndose que «si quiere prevenir algunas contingencias puede hacerlo libremente, pero si no lo ha reflejado en testamento o escritura pública, como marca el art. 127, no valdrá y si no se ha podido cumplir el encargo en el tiempo decretado se cumplirá el dictado como supletorio, y si tampoco lo ha hecho se abrirá la sucesión legal»⁸⁸.

En mi opinión, la prórroga podrá solicitarse tanto si se trata del plazo establecido por el causante, como del supletorio legal, pues así se desprende de la redacción del artículo, que comienza diciendo «*en todo caso*» con lo que deja claro que no hay supuestos excluidos. Y esa misma redacción y la finalidad que persigue lo convierte en un precepto imperativo que debe ser respetado por el comitente.

d) Reducción

En sentido contrario a la prórroga, el art. 132 Lsuc. regula la reducción del plazo: «*salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo, cualquier persona con interés legítimo puede solicitar del Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, señale un plazo más breve del que en principio corresponda, si la situación de pendencia pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario*».

Destaca, una vez más, la privilegiada situación del cónyuge viudo fiduciario, ya que el precepto declara expresamente que no es aplicable cuando él fuera el único fiduciario.

⁸⁸ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *op. cit.*, pág. 393.

Con la finalidad de salvaguardar el patrimonio hereditario, la Ley introduce un sistema que permite reducir el plazo de ejecución de la fiducia al considerar que la situación de pendencia puede resultar perjudicial y es aplicable, con la citada excepción del cónyuge fiduciario único, al plazo fijado por el causante y al legal supletorio.

Respecto a quiénes pueden solicitar la reducción del plazo, el precepto alude a «*cualquier persona con interés legítimo*»; pero, ¿quién se entiende que tiene «interés legítimo»? LATORRE enumera varios grupos de personas:

- i. Todos aquellos parientes que puedan ser llamados a la herencia, según las disposiciones del comitente; y, si entre los llamados hubiere menores o incapacitados, también estarían legitimados para ello sus representantes legales.
- ii. Sin duda alguna, los legitimarios. Está, en este punto, en desacuerdo con MERINO, que duda que lo sean cuando hay una porción de la herencia de libre disposición.
- iii. Los propios fiduciarios en la fiducia colectiva, si ven que se perjudica la asignación y no pueden imponer su criterio a los demás.
- iv. El cónyuge viudo, si ha sido expresamente apartado por el cónyuge de la fiducia, tendrá derecho a solicitar la reducción si ve perjudicados sus derechos o los de los presuntos herederos, con los que le unan lazos de sangre.
- v. Otras personas que, sin ser necesariamente parientes, puedan tener interés en que dicha elección se realice sin dilaciones injustificadas, como los albaceas, contadores-partidores, acreedores, etc.
 - El albacea tiene una función ejecutiva respecto del patrimonio del causante, que sólo podrá ejercer cuando el fiduciario haya ordenado la sucesión de aquel (y con

más premura cuando le hayan impuesto un plazo para dicho ejercicio).

- Los acreedores, ya sean del causante o de quienes tienen una expectativa en la herencia. De los primeros dice que si no ven satisfecho su crédito, podrán reclamar judicialmente su reembolso, de modo que no les afecta el plazo de ejecución de la fiducia. Y de los segundos, entiende que no tienen un interés legítimo suficiente para solicitar el amparo judicial, ya que el mecanismo de la fiducia impide, precisamente, la existencia de posibles herederos.

En este sentido, MERINO⁸⁹, al comentar el art. 118 CA hacía referencia a quiénes podían tener interés legítimo para solicitar del Juez de Primera Instancia el señalamiento de un plazo para los casos en que no se hubiere fijado éste. Entiendo que su opinión al respecto es trasladable a este supuesto, dado que ambos tienen por objeto evitar la excesiva prolongación de la situación de pendencia. Coincide con LATORRE en la alusión a los descendientes del causante, albacea, contador-partidor, y miembros de la Junta de Parientes. Añade también al cónyuge que no haya sido designado fiduciario, en cuanto que le interesará saber quiénes son los nudo propietarios de los bienes que él tiene derecho a usufructuar. Igualmente, el administrador expresamente nombrado tendrá interés legítimo, en cuanto que le concierne que el patrimonio hereditario salga de la interinidad en que se encuentra. Por lo que respecta a la última referencia que hace al administrador, hay que tener en cuenta la condición que recoge el precepto: «*si la situación de pendencia pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario*»; y parece que, principalmente, a quien le incumbe la protección del mismo es al administrador (ya sea el propio fiduciario, o un tercero explícitamente escogido).

89 MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 156.

CALATAYUD, por su parte, considera que tienen legitimación los posibles beneficiarios en la sucesión, bien por estar determinados en el título sucesorio, o por ser parientes que por su grado de parentesco puedan ser favorecidos en el ejercicio de la fiducia. Sin embargo, se ha alegado que dicha solicitud puede pre-disponer al fiduciario en su contra y, por ello, considera que también debe estar legitimado el Ministerio Fiscal, al que los anteriores podrían acudir para no ser directamente ellos quienes instaran la solicitud. Añade, igualmente, a los fiduciarios en caso de fiducia colectiva, para poner fin al bloqueo en el ejercicio de la fiducia que se daría en caso de falta de acuerdo. Y, posiblemente, también tendrían dicho interés los titulares de cuotas de copropiedad, acciones o participaciones que existan en el caudal relicto, cuando dicha pendencia pueda causar graves perjuicios a la comunidad o la sociedad en cuestión. Excluye, sin embargo, a los acreedores de los posibles beneficiarios —negándoles incluso la vía del art. 1.111 del Código Civil—, por no haberse producido aún la delación de la sucesión (art. 133 Lsuc.), que es de la que surgirían sus posibles derechos.

La solicitud presentada deberá contener los motivos que, según el solicitante, prueban el riesgo de graves daños que se pueden derivar para el patrimonio hereditario de dilatarse la situación de pendencia. Deberá ser oído el Ministerio Fiscal —cuyo informe no es vinculante— y, previsiblemente, también los fiduciarios.

Si el Juez estimare la solicitud por considerar demostrado el riesgo, señalará un plazo más breve del que en principio correspondería. En ese caso, quedaría siempre al fiduciario la citada facultad de renunciar a su condición de tal.

Otra cuestión que se nos puede presentar es si, a instancia de todos los posibles interesados en la herencia (fundamentalmente, los legitimarios), podría compelerse al fiduciario a cumplir su encargo. Entiendo que dicha posibilidad no estaría admi-

tida, dado que, al tratarse de un cargo «voluntario y gratuito», el fiduciario tendría siempre la facultad de renunciar a éste, lo cual sería causa de pérdida de la condición de fiduciario (art.147 Lsuc.), con la consiguiente extinción de la fiducia (art.148 Lsuc.), en caso de fiducia individual de carácter no sucesivo.

En cuanto a la cuestión de si el plazo conferido influye en el instrumento en que debe ejercitarse la fiducia, la respuesta es que sí. Así, para hacerlo por testamento, el fiduciario debe ser el cónyuge viudo, y que no se le haya sometido a plazo alguno, o que éste sea de por vida: «*cuando se haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste podrá cumplir su encargo también en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo*» (art. 141.2 Lsuc.). Y es que, si es por testamento, éste sólo surtirá efecto una vez fallecido el fiduciario, y eso puede ser más allá del plazo concedido.

El incumplimiento del plazo no produce responsabilidad alguna; la única sanción que prevé el legislador para dicho supuesto es la extinción de la condición de fiduciario conforme a los arts. 147 y 148 Lsuc., que veremos a continuación.

Y, aunque la Ley no haga referencia a ello en el art. 147 Lsuc., el cumplimiento completo y eficaz del encargo conlleva la pérdida de la condición de fiduciario, con la consiguiente extinción de la fiducia.

5. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN

El efecto más importante de la ejecución de la fiducia es determinar el momento en que se produce la delación y es posible aceptar o repudiar la herencia.

Como nos recuerda el art. 5 Lsuc., «*la sucesión se abre en el momento del fallecimiento del causante*»; la regla general, recogida en el art. 6 Lsuc., es que desde ese momento se produce la dela-

ción; pero como señala ese mismo precepto, «en la sucesión contractual y en la fiducia, el momento de la delación se rige por sus propias normas». Y, en su desarrollo, el esencial art. 133.1 Lsuc. dispone que: «a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción».

De esta manera el legislador ha seguido el criterio defendido por la doctrina aragonesa que también seguían las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de diciembre de 1973 y 13 de abril de 1984 al decir que el momento de la delación de la herencia es aquel en el que ésta se ejecuta.

La redacción de dicho precepto está pensando en que hasta el momento de la ejecución o extinción de la fiducia no se sabe quiénes van a ser los herederos, de modo que ninguno de los que tiene expectativas de serlo ni sus acreedores podrán reclamar los derechos derivados de la condición de herederos (que aún no ostentan).

Ahora bien, como hemos visto anteriormente, la fiducia puede ejecutarse en escritura pública o en testamento, por lo que conviene precisar en que momento se produce la ejecución según la forma que se haya utilizado.

En relación con la ejecución en escritura pública el art. 143.1 Lsuc. dispone —en sentido similar al derogado art. 111.2 *in fine* CA— que «los actos *inter vivos* que en ejecución de la fiducia realicen los fiduciarios serán irrevocables»; aunque, a continuación, permite reiterar el llamamiento «si resulta ineficaz la atribución porque los beneficiarios llamados no quieran o no puedan aceptarla, o porque sea declarada nula». Se pretende, con esta norma, dar facilidades al fiduciario para alcanzar uno de los fines de la fiducia: evitar la rígida sucesión legal, dándole más opciones de distribuir el patrimonio pendiente de asignación conforme a la que se cree que habría sido la voluntad del causante.

El carácter irrevocable que el art. 143 Lsuc. proclama respecto a los actos de ejecución de la fiducia formalizados en escritura pública hace que el art. 148 Lsuc., al regular la extinción de la fiducia, disponga que conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario.

En cuanto a la ejecución en testamento, el art. 143.3 Lsuc. dispone que «*los actos de ejecución de la fiducia en forma testamentaria son siempre revocables y no impiden la eficacia de los actos de disposición realizados por el viudo fiduciario con posterioridad*». Dicha revocabilidad confirma el hecho de que el testamento no produce efectos hasta el momento de la muerte del otorgante, y enlaza con el otorgamiento de eficacia a los actos de disposición posteriores. Por consiguiente, en esta forma de ejecución el momento de la delación es el del fallecimiento del fiduciario. Este precepto es igualmente aplicable a los testamentos mancomunados, ya que —como citábamos anteriormente— al tratarse de una norma especial, prevalece sobre las normas generales de revocación de los testamentos mancomunados del art. 106 Lsuc. Así, un testamento puede verse revocado por otro posterior; pero esto no ocurre invariablemente, puesto que si no dispusiese nada sobre la distribución fiduciaria contenida en el primero, el nuevo testamento (en que el fiduciario sólo dispone de sus propios bienes y no del patrimonio del causante) no revoca el anterior en cuanto a las atribuciones fiduciarias.

Puede ocurrir que el cónyuge viudo que ha ejecutado la fiducia en testamento pierda después de su otorgamiento la condición de fiduciario por aplicación del art. 147 Lsuc. Ya hemos visto cómo el art. 148 Lsuc. declara, como norma general, la eficacia de los actos realizados por el fiduciario antes de que haya perdido dicha condición, pero el propio precepto, al regular el supuesto que examinamos establece una excepción al decir «*salvo los [actos] de disposición que el cónyuge viudo fiduciario hubiere efectuado en su testamento en los casos de las letras e) y f) del artículo anterior*» (art.

148.1 Lsuc. *in fine*), que hacen referencia a la pérdida de la condición de fiduciario por haber contraído éste nuevas nupcias o llevar vida marital de hecho (correspondientes al apartado e) del art. 147 Lsuc.), o haber incurrido en una causa de desheredación o indignidad para suceder (apartado f) del mismo artículo). Sin perjuicio de un posterior estudio en profundidad, cabe indicar que ambos casos son situaciones previsiblemente perjudiciales para el reparto conforme con las intenciones del causante. En el apartado e), cabría que el fallecido hubiere ratificado su confianza en el fiduciario pese a que incurriese en dichas situaciones; pero en caso de que haya dejado de ser fiduciario, la pérdida de eficacia de sus actos resulta directamente de la voluntad del causante de no confiar más en dicho sujeto. Por último, en el apartado f) es evidente que un individuo que incurre en las citadas causas podría haber abusado de la confianza que en él ha depositado el causante, lo cual lleva a la privación de efectos a los mencionados actos.

El acto de ejecución de la fiducia es —en sí mismo— unilateral, de modo que no es necesaria la concurrencia de todos los genéricamente llamados por el comitente para que acepten las decisiones del fiduciario; pero es evidente que éste puede exigir al beneficiario que acepte o repudie en un plazo concreto, como requisito de eficacia del acto declarativo. No obstante, el acto jurídico es perfecto aunque no se produzca la aceptación por los beneficiarios, la cual, en caso de producirse, otorga plena eficacia a la transmisión. Hay que tener en cuenta que, en este último caso (es decir, cuando no se haya producido la transmisión del bien —que es, en última instancia, lo querido por el comitente-) la ley, antes de dar entrada a la sucesión, permite, conforme al art. 143.2 Lsuc., que el fiduciario reitere el llamamiento.

Relacionada con los dos modos de ejecutar la fiducia está la aceptación de la herencia que, si bien no es un elemento imprescindible para aquella, sí que lo es para adquirir la condición de

heredero o legatario. Si la fiducia se ejecuta por acto *inter vivos*, la aceptación de la herencia podrá ser simultánea o posterior; pero si es por acto de última voluntad, deberán esperar al fallecimiento del fiduciario.

El que en la fiducia el momento de la delación sea el de su ejecución, produce importantes consecuencias en el orden sustantivo y en el fiscal. De la parte tributaria de la fiducia nos ocuparemos más adelante, ya que le hemos dedicado un apartado específico. En el orden sustantivo, el hecho de que en la fiducia el momento de la delación sea el de la ejecución, hace que el juego de la retroacción de los efectos de la aceptación de la herencia no pueda aplicarse. Como regla general, el art. 28 Lsuc. establece que los efectos de la aceptación de la herencia se retrotraen al momento del fallecimiento del causante. Sin embargo, en la sucesión ordenada por el fiduciario, no puede retrotraerse a dicho momento, porque en ese instante no existe vocación sucesoria y hay que retrotraerlos al momento de la ejecución de la fiducia.

Otra diferencia importante en relación a la sucesión no ordenada por el fiduciario, la encontramos en que en la fiducia la capacidad del sucesor habrá que apreciarla en el momento de la ejecución y no en el del fallecimiento del causante. Como dice CALATAYUD⁹⁰ este distinto alcance de la retroacción hace que la fiducia constituya una excepción al art. 10.1 Lsuc., según el cual «*tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante. No obstante, en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión*». En la fiducia, sin embargo, puede ser heredero el nacido en cualquier momento durante la vigencia de la misma, sin necesidad de que sus progenitores vivan en el momento del fallecimiento del causante, porque para juzgar la capacidad

90 CALATAYUD SIERRA, *op. cit.*

de los herederos en la sucesión ordenada mediante fiducia, sólo hay que atender al tiempo en que ésta se ejecuta.

E. EXTINCIÓN

La Compilación, al referirse principalmente a la fiducia a favor del cónyuge viudo sólo en el art. 110 CA, hacía alusión a las nupcias como causa de pérdida de la condición de fiduciario. La nueva Ley dedica el Capítulo IV a «*La extinción*», y diferencia entre la «pérdida de la condición de fiduciario», como cualidad personal, de la «extinción de la fiducia», como institución; y, como veremos más adelante, podemos entender la primera como un «subapartado» dentro de la extinción de la fiducia individual.

La pérdida de la condición de fiduciario se recoge en el art. 147 Lsuc., conforme al cual «*la condición de fiduciario se pierde:*

- a) Por las causas establecidas por el causante.*
- b) Por expirar el plazo establecido para su ejecución.*
- c) Cuando el fiduciario fallezca, sea declarado ausente o fallecido, privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente.*
- d) Por renuncia del fiduciario. Se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios los que requeridos notarial o judicialmente por cualquier persona con interés legítimo no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales siguientes a la notificación.*
- e) Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa.*
- f) Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder».*

Como se ve, lo que regula el artículo no son los supuestos, recogidos en el art. 125 Lsuc., en que no ha alcanzado efectividad el llamamiento, sino la pérdida de la condición de fiduciario, es decir, aquellos en que, habiendo adquirido tal condición, se ve privado de ella después por alguna de las causas legales.

Al ser la fiducia una institución cuya existencia depende de la voluntad del causante, el apartado a) señala que la condición de fiduciario se pierde por las causas previstas por el causante; ello reincide en la importancia que se da al respeto a la voluntad del fallecido, presente a lo largo de toda la ley como principio rector de esta institución. Y es que, como venimos indicando con insistencia, la voluntad del causante es la ley de la sucesión.

El apartado b) está directamente vinculado al art.129 Lsuc., que prevé que «*el fiduciario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente*» y, en su defecto, en el legalmente previsto.

La tercera causa hace referencia a la muerte del fiduciario, que se le haya declarado ausente o fallecido, le hayan privado de la plena administración de sus bienes, o haya sido incapacitado judicialmente, causas todas ellas que se podrían considerar, en cierto modo, evidentes. Las tres primeras se refieren a la desaparición del fiduciario, o supuestos en que se le tiene por tal, en cuyo caso no podría cumplir dicha función, proponiendo el legislador esta solución para evitar la prolongación de una situación de incertidumbre. De las dos últimas, por su parte, hay que distinguir:

- la alusión al supuesto de que le hayan privado de la plena administración de sus bienes abarcaría todo supuesto de privación de la plena administración recogido en la Ley concursal, incluido el régimen de intervención.
- la incapacitación judicial, por su parte, produce la pérdida de la condición de fiduciario como continuación de

la exigencia inicial de que el fiduciario tenga plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante (art. 125.1 Lsuc. *in fine*).

Ambas atienden a la realidad de que, si no está capacitado para gestionar su propio patrimonio o su persona, en menor medida lo estará para ordenar un patrimonio ajeno ya que el causante, de haberse producido dicha situación, probablemente no le habría nombrado fiduciario.

En cuanto a la renuncia, la hemos estudiado previamente: uno no puede ser obligado a actuar en contra de su propia voluntad. Cabría plantearse si existe algún tipo de requisito o se debe alegar alguna circunstancia excepcional para hacer uso de dicha posibilidad, pero el art.147.d) Lsuc. la configura del modo más amplio posible, de manera que es totalmente libre.

Para evitar situaciones prolongadas de incertidumbre en las que no se sabe si el fiduciario aceptará el cargo y que en nada benefician al patrimonio relicto, la Ley ha previsto una forma para forzar la aceptación que puede llevar a la pérdida de la condición de fiduciario. En efecto, este apartado prevé una «renuncia tácita»: todo aquel que sea requerido notarial o judicialmente a aceptar o rechazar y no acepte pura y simplemente en el plazo de sesenta días, e igual forma, se entenderá que renuncia.

El requerimiento debe hacerse al fiduciario en forma notarial o judicial para que acepte o repudie, y trascurrido el plazo marcado sin que acepte pura y simplemente la Ley estima que ha renunciado y, por tanto, se pierde la condición de fiduciario.

Quedan, por último, los dos motivos cuya justificación radica en que consisten en una actuación con un fondo perjudicial para el causante.

El de la letra e) se refiere a contraer nuevo matrimonio o llevar vida marital de hecho; esta causa puede ser eximida con carácter previo por el causante, ya que ello no supone siempre una

vulneración de su confianza ni, según PARRA LUCÁN, «un obstáculo para el cumplimiento imparcial del encargo (por ej., si hay que repartir los bienes entre los hijos comunes)»⁹¹. La vida marital de hecho abarca, sin lugar a dudas, el supuesto de la unión de hecho que, pese a la dificultad que conlleva darle un concepto, se podría definir «la unión libre, pública y estable de dos personas con independencia de su orientación sexual, siempre que guarden entre sí una relación de afectividad análoga con el matrimonio»⁹². Y es que, pese a la estrecha relación que mantenían, de ahí que haya depositado su confianza en él, es comprensible que, si el fiduciario comenzare una relación de tal carácter con un tercero, puedan surgir dudas, quizás no de su buena fe, pero sí de si continuaría actuando conforme a lo que habría deseado el fallecido. Se pretende que su voluntad sea lo más independiente posible, de modo que en el ejercicio de las funciones fiduciarias, el cónyuge superviviente no se vea materialmente condicionado por su nueva situación ni en las facultades de elección ni en las de administración y disposición.

En cuanto a la posibilidad de que el comitente confirme expresamente la subsistencia de la condición de fiduciario aunque el cónyuge viudo contraiga nuevas nupcias, podemos entender que pretende reforzar su situación frente a los herederos del primer matrimonio que, ante el nuevo matrimonio de su progenitor, pueden guardar un cierto recelo hacia éste.

Además, dicha excepción responde a una previsión de nuestro derecho anterior (y como tal causa histórica de extinción de la institución fue recogida en el anterior art. 110.2 Compilación). Es destacable la referencia a la vida marital de hecho, puesto que en otras legislaciones forales (como la navarra), al aludir única-

91 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 604.

92 Si bien el art. 3 Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas exige para que se den éstas «convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública».

mente al nuevo matrimonio, ha tenido que ser la doctrina la que extendiese dicho supuesto a quien mantuviere establemente con otra persona una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Y el último —letra f)— castiga, por su parte, aquellas actuaciones del fiduciario perjudiciales para el causante o sus herederos, que revisten gravedad suficiente como para retirar la confianza previamente depositada en ellos y que podemos considerar «traicionada». Esto es lógico, puesto que es impensable que quien lleve a cabo dichos actos pueda luego ordenar la sucesión del causante del modo más adecuado (cumpliendo así su voluntad y tomando la decisión más apropiada para las circunstancias de sus descendientes).

El art. 195 Lsuc. dice que «son causas legales de desheredación:

- a) *Las de indignidad para suceder.*
- b) *Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.*
- c) *Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado.*
- d) *Haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación».*

Y el art. 13 Lsuc., por su parte, dispone que «son incapaces de suceder por causa de indignidad:

- a) *Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes.*
- b) *El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno.*
- c) *El que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad fami-*

liar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes.

- d) El que fuere condenado por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una pena grave.*
- e) El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.*
- f) El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias.*
- g) El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterar otros posteriores».*

Curiosamente, las causas de indignidad (y también de desheredación, por la referencia del art. 195.a) Lsuc.) no son exclusivas del causante, sino que hay algunas específicas del fiduciario, como son las de los apartados b, d, f y g del mencionado art. 13 Lsuc.

Como hemos visto antes, la Ley distingue entre la pérdida de la condición de fiduciario como cualidad personal y la extinción de la fiducia como institución. Expuesta la primera, corresponde entrar en el examen de la extinción de la fiducia como institución.

La Compilación carecía de precepto alguno relativo a este supuesto, porque todos se referían a la pérdida de la condición de fiduciario. Actualmente, las causas de extinción de la fiducia se encuentran recogidas en el art. 148 Lsuc., que diferencia dos supuestos: los de fiducia individual (recogidos en el primer epígrafe) y los de fiducia colectiva (en el segundo).

Dicho precepto comienza diciendo que *«en la fiducia individual, la pérdida de la condición de fiduciario producirá la extinción de la misma, salvo que proceda el llamamiento de otro fiduciario en los casos de fiducia sucesiva»*. Todo ello sigue una impecable lógica, dado que si en un supuesto de fiducia individual el fiduciario pierde tal condición, no quedaría otra opción que extinguir dicha institución ante la falta de sujeto alguno apto para el ejercicio del encargo. Se recoge, eso sí, la salvedad de que se trate de un caso de fiducia sucesiva del art. 124 Lsuc. (habiéndose previsto, pues, un sustituto para el caso de renuncia o imposibilidad del inicialmente designado).

Tras estudiar el que parece ser el motivo principal de extinción de la fiducia (la pérdida de la condición de fiduciario —ausencia de elemento personal—), continuamos con el estudio del primer epígrafe del art. 148 Lsuc.: *«en todo caso, conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario, salvo los de disposición que el cónyuge viudo fiduciario hubiere efectuado en su testamento en los casos de las letras e) y f) del artículo anterior»*. El legislador completa aquí la regulación relativa a la ejecución parcial del encargo, poniendo de manifiesto la firmeza de los actos realizados por el fiduciario en cumplimiento de su encargo, para el caso de que éste fallezca o renuncie antes de culminar dicha ordenación. Excluye, no obstante, la de los actos de ejecución realizados en testamento por quien incurre en los supuestos del art. 147.e) y f). Y es que, como dice PARRA LUCÁN, *«parece razonable que no se mantengan los actos que no desplegarían su eficacia hasta la muerte de quien los ha otorgado pero ha perdido la condición de fiduciario por razones relacionadas con la confianza»*. Esta solución no produciría, además, perturbación alguna, puesto que todavía no habría surtido efecto el acto de ejecución de la fiducia.

Conviene aclarar que en el caso de que el viudo que hubiese contraído matrimonio tras haber ejercitado completamente la fidu-

cia en escritura pública, la extinción de su condición de fiduciario se produce en un momento posterior al ejercicio total y eficaz de la misma, y los actos realizados no pierden su eficacia por dicho matrimonio, al haber devenido firmes al cumplir todos los requisitos exigibles en el momento de la ejecución.

Por último, debemos considerar —como hemos aludido ya con anterioridad— el cumplimiento como causa de extinción, pero para ello debe cumplir un requisito esencial: ser eficaz. Y es que si la persona elegida no acepta, habría que reiterar el llamamiento, posibilidad ésta difícilmente ejecutable si se hubiese extinguido la fiducia, de no ser por el mencionado art. 143.2 Lsuc.

Si la fiducia se extingue, se produce la apertura de la sucesión legal (arts. 201 Lsuc. y siguientes concordantes) para los bienes pendientes de asignación, quedando a salvo los actos de ejecución ya realizados (art. 148.1 Lsuc. *in fine*) ya que, a no ser que el comitente haya dispuesto lo contrario, cabe la ejecución parcial de la fiducia (art. 142.2 Lsuc.).

El segundo apartado se refiere a la extinción de la fiducia colectiva, que estudiaremos a continuación.

VII. LA FIDUCIA COLECTIVA

A. REGULACIÓN

Esta clase de fiducia se usaba tradicionalmente para la ordenación de la casa y con esa finalidad se recogió (por vez primera, puesto que no había sido regulada con anterioridad) en el Capítulo II del Título IV (arts. 114 a 118 CA); en ellos se hacían dos remisiones expresas a la regulación de la Junta de Parientes. Además, su art. 22 CA disponía que *«la Junta de Parientes en funciones de fiducia sucesoria se regirá por las normas del título IV del libro II de esta Compilación»*. De la regulación que la Lsuc. contiene de la fiducia colectiva han desaparecido dichas remisiones; por otra parte, la Disposición derogatoria única de la Lrem. derogó el art. 22 CA, lo que podría inducir a pensar que, en la fiducia colectiva a favor de parientes, no actuaban éstos como Junta de Parientes.

La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, disipa las posibles dudas al señalar, en su art. 157.2, que *«la fiducia a favor de parientes se regirá, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, por lo dispuesto en su normativa específica y, supletoriamente, por las normas de este Título»*; es decir, las relativas a la Junta de Parientes. Como, además, el art. 168 de la citada ley dispone que *«cuando por acto jurídico fueran llamadas personas determinadas o determinables, aunque no sean parientes, para intervenir en asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, serán aplicables en lo pertinente las normas de este Título»*; consecuentemente, las disposiciones relativas a la Junta de Parien-

tes contenidas en la Ley de Derecho de la Persona, son aplicables —como supletorias— a las normas que en la Lsuc. regulan la fiducia colectiva (sean o no parientes las personas que la integren).

Como hemos dicho, la regulación de la Compilación se refería únicamente a la fiducia colectiva en la sucesión de la casa. Sin embargo, en la actualidad se ha modificado sustancialmente el contenido de la fiducia colectiva, que ya no se limita a la sucesión de la casa, sino que se extiende a cualquier otro supuesto de ordenación de la sucesión.

El régimen jurídico aplicable, se regula en los arts. 144 a 146 Lsuc., que se refieren a las personas que están llamadas a integrar la fiducia, forma de ejecutarla y sucesión de la casa. Esta regulación se completa con los arts. 148.2 Lsuc. —relativo a la extinción de la fiducia— y el inciso final del art. 138.1 Lsuc. —que regula la disposición de bienes en la fiducia colectiva—.

B. PERSONAS QUE LA INTEGRAN

El art. 144 Lsuc. establece que *«1. De la fiducia colectiva formará parte también el cónyuge viudo si el comitente no lo ha excluido expresamente y existen solamente descendientes comunes.*

2. Establecida la fiducia a favor de parientes, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, se entenderán llamados, hasta un número de tres, los que tengan capacidad para ser fiduciarios, con el siguiente orden de prelación:

- 1º. Ascendientes más próximos del causante de menor edad de una u otra línea.*
- 2º. Hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante, con preferencia del mayor sobre el menor.*
- 3º. Los colaterales que dentro del cuarto grado nombre el Juez, oído el Ministerio Fiscal».*

De esta regulación se desprende que se contemplan tres supuestos distintos en cuanto a las personas llamadas a integrar la fiducia colectiva:

- a) Que el causante haya nombrado a los fiduciarios, incluyendo o excluyendo expresamente al cónyuge. La fiducia estará integrada por todos los fiduciarios designados.
- b) Que el causante haya designado fiduciarios de cualquier modo sin excluir expresamente al cónyuge y existan solamente descendientes comunes. En este caso la fiducia se integrará por los llamados y el cónyuge viudo, de acuerdo con el primer epígrafe del art. 144 Lsuc.

La lógica del legislador le lleva a entender que, en caso de que haya sólo descendientes comunes, y si el cónyuge supérstite no se halla incurso en ninguna de las situaciones a que se refiere el art. 125.2 Lsuc., formará parte éste de la fiducia colectiva, porque se entiende que es el más indicado tanto para la defensa del patrimonio hereditario, como para la correcta elección de los posibles herederos.

- c) Que el comitente no hubiere concretado los parientes llamados a integrar la fiducia colectiva, o no hubiere dejado instrucciones para proceder a su nombramiento. En este caso, integrarán la fiducia las tres personas a las que corresponda por el orden de prelación establecido en el segundo epígrafe del art. 144 Lsuc.

Hay que destacar que en este supuesto sólo los parientes hasta el cuarto grado pueden ser llamados a integrar la fiducia, por lo que si no existe ninguno que reúna las condiciones de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante, no se podrá constituir la fiducia y se abrirá la sucesión legal.

A la hora de constituir la fiducia colectiva se había suscitado la duda de si la palabra «grado» era preferente al término «vecindad», debiendo ser llamados en primer lugar los más próximos en grado, o si debían acomodarse ambas exigencias de modo que se pudiese llamar a un pariente más cercano por vecindad aunque fuere de grado más lejano. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de mayo de 2005, se refiere a un supuesto en el que el cargo se ha hecho recaer sobre los parientes «más cercanos en grado y vecindad», procediendo a interpretar dicha cláusula. La sentencia indica que «este tribunal siempre ha pensado que, conforme a la carta, la expresión de los parientes “más cercanos en grado y vecindad” no debía interpretarse en el sentido de que el pariente tiene que ser el más próximo en grado y que sólo ante una igualdad de grado actuaría la vecindad, sino que ambos criterios debían actuar combinadamente [...] a la función fiduciaria llamaban a los parientes más cercanos; y, segundo, que para determinar la cercanía había que estar a los dos criterios dichos (la cercanía en grado y la cercanía en vecindad)». La explicación que más adelante se da a dicha interpretación es que «en Aragón siempre ha pesado, junto con la proximidad en grado, la relación más o menos estrecha existente con la familia, con su entorno, con su problemática y con su realidad social, económica y jurídica, buscando la mayor inmediatez posible, que es lo que los causantes querían al emplear la fórmula antes indicada que, como es obvio, no quiere decir que ante una mínima distancia haya que saltar de grado, pero que permite que ante un gran distanciamiento se pueda considerar más cercano a un pariente más lejano en grado». Conviene recordar, para reforzar esta argumentación de la Audiencia, el origen de la fiducia, cuyo objetivo sería la conservación de la casa; en atención a dicha finalidad, lo más lógico sería que —respetando, en lo posible, la cercanía de grado— quien mejor conociese las circunstancias, fuese quien decidiese sobre su destino.

La Ley de sucesiones por causa de muerte sigue un sistema muy similar a la citada sentencia al dar preferencia a los «*hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante*» y a los «*colaterales que dentro del cuarto grado nombre el Juez*», el cual deberá —atendiendo a los datos y circunstancias de cada caso— hacer la mejor elección posible (para lo cual se supone que recurrirá a criterios similares a los fijados en la citada sentencia).

Doctrinalmente se plantea la duda de si «hasta número de tres» incluye al cónyuge, en caso de que así proceda, o el cómputo es con independencia de éste. En principio, parece que se refiere sólo a los parientes —con la intención de facilitar la toma de decisiones—, si bien en caso de unirse el cónyuge en las condiciones del apartado primero, quedaría inútil dicha previsión.

En cuanto a qué ocurre cuando sólo uno de los parientes se encuentra en alguno de los casos del art. 144.2 Lsuc., se le nombrará, ejerciendo dicho cargo como fiduciario colectivo por sí solo (cuando se haya excluido al cónyuge) o junto con éste, ya que lo que se ha pretendido es evitar la sucesión legal. Aunque en el primer supuesto, sería incongruente con dicha denominación por ser, en realidad, un fiduciario único. En este caso, en la práctica, los resultados son los mismos que resultarían de aplicar las reglas de la fiducia individual.

C. EJECUCIÓN DE LA FIDUCIA COLECTIVA

Respecto de la forma, rige la regla general del art. 141.1 Lsuc., que exige que la ejecución se lleve a cabo, necesariamente, «*por acto inter vivos formalizado en escritura pública*». Se evita así la divergencia entre la forma de ejecutar el encargo por el fiduciario único, al margen de la especialidad prevista para el cónyuge superviviente en el apartado segundo del mismo artículo, y por la pluralidad de fiduciarios que constituyen la fiducia colectiva, situación ésta

que sí que se da en otras legislaciones forales como la navarra, en la que tiene que salvarse dicha diferencia doctrinalmente.

Y no podrá ser ejecutada por acto *mortis causa*, pues si bien la fiducia colectiva no pierde su efectividad cuando quede como único fiduciario el cónyuge, «salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente» (art. 148.2 Lsuc.), éste no podrá utilizar la forma testamentaria, porque el art. 141.2 Lsuc. exige para ello que el cónyuge haya sido designado como único fiduciario, circunstancia ésta que no puede darse nunca en la fiducia colectiva.

La Ley destina a la ejecución el art. 145, que dice: «1. A falta de instrucciones del causante, los acuerdos sobre ejecución total o parcial de la fiducia se tomarán por mayoría de los fiduciarios en acto al que habrán de ser convocados todos ellos.

2. Al otorgamiento de la escritura pública concurrirán todos los fiduciarios. No obstante, bastará con que concurra la mayoría de ellos si los comparecientes manifiestan bajo su responsabilidad que la decisión se adoptó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios».

De manera que se regulan en dos apartados distintos: el acto de ejecución de la fiducia, al que se refiere el apartado 1, y el otorgamiento de la escritura en que se haga constar la decisión adoptada, al que se destina el segundo.

- i) *El acto de ejecución.* El art. 145 Lsuc. dice que para la ejecución de la fiducia colectiva deberán ser convocados todos los fiduciarios; procede aclarar, sin embargo, que estando presentes todos ellos, no será necesaria la convocatoria si deciden, por unanimidad, reunirse para ejecutar la fiducia. La convocatoria, que deberá contener el lugar, la hora y el motivo de la reunión, la realizará normalmente uno de los fiduciarios por los medios que estime oportunos, con la antelación suficiente para que puedan acudir. Si se ausenta algún fiduciario, deberán probar que

le avisaron; de modo que lo más adecuado parece ser que la notificación se haga por escrito en los respectivos domicilios, siendo aconsejable que tenga lugar por conducto notarial.

Como exige el precepto, a falta de unanimidad, el acuerdo deberá ser tomado por mayoría de los fiduciarios en una reunión a la que hayan sido convocados todos. El inciso inicial del artículo permite al comitente alterar el valor ordinario de los votos de cada uno de los miembros de la fiducia colectiva, dando más peso en las decisiones al parecer de alguno de los fiduciarios. Esto parece ser una solución no solo admisible, sino también conveniente, como modo de resolver conflictos en caso de que el número de fiduciarios sea par.

La Ley de sucesiones no exige un *quorum* mínimo para su constitución, pero deberá asistir al menos la mayoría de los fiduciarios para poder adoptar una decisión (art. 145.1 Lsuc.). Del párrafo segundo se deduce que el acuerdo debió ir precedido no sólo de la oportuna convocatoria de todos los integrantes de la fiducia colectiva, sino también de las procedentes deliberaciones e intervenciones de éstos. Nada dice la Ley respecto al procedimiento de la reunión, entiendo aplicables como supletorios los arts. 161 y 163 de la Ley de Derecho de la Persona; la decisión se tomará conforme al leal saber y entender de los asistentes y con libertad de procedimiento y al final de la reunión se levantará acta que firmarán todos.

En caso de que los fiduciarios no alcanzasen acuerdo alguno, la regla 3ª del art. 117 de la Compilación declaraba aplicables los números 3 y 4 del art. 20 CA, relativo a la Junta de Parientes. En su redacción original se atribuía, en caso de empate, la decisión al Párroco en las localidades en que sea costumbre, y en los demás casos deci-

día el Juez Municipal, Comarcal o de Paz. Tras la reforma de la Compilación en 1985 se dio nueva redacción a los arts. 20 y 21 CA, y es en los números 2 y 3 de este último donde se regulaban los casos de empate o falta de acuerdo de los miembros de la Junta. En la actualidad han desaparecido de la Lsuc. esas remisiones y, en mi opinión, no es aplicable el art. 167 de la Ley de Derecho de la Persona⁹³ que prevé la opción de acudir al Juez por falta de acuerdos de la Junta de Parientes porque esa posibilidad se concede en los casos de competencia preferente o alternativa de la Junta, algo que no ocurre en el caso que examinamos (la competencia para decidir es exclusiva de los componentes de la fiducia colectiva).

- ii) *El otorgamiento de la escritura.* El art. 145.2 Lsuc., por su parte, dispone que «*al otorgamiento de la escritura pública concurrirán todos los fiduciarios. No obstante, bastará con que concurra la mayoría de ellos si los comparecientes manifiestan bajo su responsabilidad que la decisión se adoptó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios*». Se exige que esté presente al menos la mayoría de todos los fiduciarios, y no sólo de los asistentes, porque serán éstos los que, conforme al apartado primero de este mismo artículo, habrán adoptado la decisión. Como explica Adolfo CALATAYUD⁹⁴, si la reunión no se realizó simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública, con vendrá redactar un acta en la que, al principio de la reunión, firmen todos los asistentes y, al final, al menos aquellos que votaron a favor, para dejar constancia de

93 Dicho art. 167 dispone que «*en los casos de competencia preferente o alternativa de la Junta de Parientes, si solicitada su intervención transcurre un mes sin haber obtenido acuerdo, se podrá optar por acudir a la decisión judicial o, en su caso, al nombramiento de un defensor judicial*».

94 CALATAYUD SIERRA, «La nueva regulación...», pág. 235.

que la decisión se adoptó por acuerdo de la mayoría exigida. Confirma este criterio el art. 161.3 de la reciente Ley de Derecho de la Persona, aplicable como derecho supletorio, que dice que *«de los acuerdos se levantará acta, que firmarán todos»*.

La presencia en el otorgamiento de todos los fiduciarios sanará los posibles defectos que pudieran haber concurrido en la adopción del acuerdo, siempre que hayan sido convocados todos y no se hubiese alcanzado la mayoría requerida.

En cuanto al plazo en que debe ejercitarse, se aplica la regla general del art. 129 Lsuc., de modo que regirá el impuesto por el comitente y, *«a falta de señalamiento expreso, deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años»*, no pudiendo aplicarse la previsión especial dispuesta para el cónyuge, puesto que no sería el único fiduciario, pero sí solicitar la prórroga del plazo o su reducción conforme a los arts. 131 y 132 Lsuc.

Podría resultar dudoso qué ocurre si el acuerdo se adopta dentro del plazo, pero la escritura se otorga fuera de éste. En principio, de acuerdo con los arts. 129 Lsuc. y siguientes, la ejecución de la fiducia se habría realizado dentro del plazo y, por lo tanto, será válida. Por otra parte, si no concurrieren al otorgamiento fiduciarios que representen la mayoría del total, podría instarse judicialmente el otorgamiento de dicha escritura, sin perjuicio de que se exigiese demostrar que, efectivamente, el acuerdo se adoptó válidamente.

Si no están todos convocados, el acuerdo será nulo; y la asistencia de todos ellos, más que una subsanación de la convocatoria anterior, constituiría un nuevo acto de ejecución de la fiducia. También será nulo el acuerdo si se toma por personas en quienes no concurra la condición de fiduciario, por existir otros con mejor derecho, o no se toma por la mayoría exigida.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1969, en recurso de casación contra sentencia de la AT de Zaragoza —supuesto de ejecución de fiducia sucesoria—, declaró que faltaba el consentimiento si el negocio jurídico se prestaba sin haber intervenido alguna de las personas que debían haberlo hecho para formar la voluntad, declarándose el acto nulo de pleno derecho al fallar el consentimiento de todas las personas que debían haber intervenido en su otorgamiento, predicable al caso por la omisión de llamamiento del hermano del instituyente.

En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de mayo de 2005, en la que se delimita más específicamente el supuesto: «el recurso del actor sí que debe prosperar cuando pone de manifiesto una indebida formación de la mayoría para la ejecución de la fiducia. El art. 145 Lsuc. dispone que, a falta de instrucciones del causante, los acuerdos sobre ejecución de la fiducia “se tomarán por mayoría de fiduciarios”. [...] En el caso sólo intervinieron dos fiduciarios de los que uno, sin renunciar al cargo, se abstuvo y el otro designó heredero al hijo que tuvo por conveniente [...] Es cierto que el art. 148.2 Lsuc. permite la ejecución de la fiducia por un solo pariente cuando sólo quede uno después de agotarse las posibilidades de designación del art. 144, pero en el caso no quedaba un solo fiduciario, sino al menos dos [...]. Y, siendo que la cuestión no se resuelve por la opción más votada sino “por mayoría de los fiduciarios” lo cierto es que en el caso, aunque hubo una opción más votada, ésta no obtuvo el respaldo de la mayoría de los fiduciarios sino únicamente, la de la mitad de los fiduciarios presentes por lo que éstos no llegaron a un acuerdo válido ordenando la sucesión...». No obstante, el recurso de casación presentado frente a dicha sentencia y resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia de 13 de febrero de 2006⁹⁵, reconoció que la voluntad de los fiduciarios había sido correctamente formada, ya que

el que se abstuvo mostró más tarde su conformidad al suscribir finalmente el documento otorgado, quedando, pues, satisfecha la exigencia del citado art. 145 Lsuc. Pero, pese a la resolución que finalmente tuvo dicho caso, nos sirve la argumentación esgrimida por la Audiencia Provincial en atención a la concurrencia de la mayoría de los fiduciarios —no de los votos— para ejecutar válidamente el encargo.

A la misma solución se llega por aplicación del art. 165.2 de la Ley de Derecho de la Persona, que dispone que *«los defectos formales en la constitución o funcionamiento de aquella [la Junta de Parientes], que no sean de mero trámite, acarrearán la nulidad absoluta de sus acuerdos»*.

D. EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA COLECTIVA

A los fiduciarios integrantes de aquélla les son plenamente aplicables las causas de pérdida de la condición de fiduciario tipificadas en el art. 147 Lsuc.

Aclarada esta cuestión, la regulación específica para este tipo de fiducia la encontramos en el art. 148.2 Lsuc. según el cual: *«cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos, una vez agotada la posibilidad de designación en el supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo 144, no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes, aunque sólo quede uno, salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto*

95 Dicha Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón establece, en su fundamento de derecho tercero, que *«debe concluirse que aun cuando el fiduciario don Jorge exteriorizó y así hizo que se recogiera en el acta, su abstención, tanto sus actos del momento como los posteriores a él muestran su plena conformidad con lo que el otro fiduciario decidía en el otorgamiento, sin atisbo de incapacidad personal o de error en lo que sabía se otorgaba.*

Esta voluntad real del fiduciario don Jorge, conforme con la exteriorizada por la fiduciaria doña Sofía debe ser la respetada, por lo que el motivo del recurso que se estudia debe ser estimado, reconociendo validez al documento otorgado y procediendo, [...] a la casación de la sentencia recurrida».

otra cosa». Es decir, que implícitamente se prevé, al igual que en la modalidad sucesiva para la fiducia individual, que cuando un fiduciario pierda tal condición se recurrirá al art. 144.2 Lsuc. para designar un sustituto; así pues, no se produce de modo inmediato la extinción de la fiducia. Y cuando no sea posible la designación de un sustituto, si aún quedase algún fiduciario, incluso en caso de que sólo quedare uno, en vez de decretarse su extinción se permitirá que sean los restantes los que ejecuten dicho encargo. Esta sucesión de opciones plasma claramente la presunta voluntad del causante de eludir, en la medida de lo posible, la sucesión legal.

Se exceptúan, únicamente, dos supuestos: a) que así lo haya dispuesto el comitente, lo cual constituye un nuevo reflejo de la importancia que se le da a su voluntad; o b) que el único fiduciario restante sea el cónyuge nombrado conforme al art. 144.1 Lsuc., al entenderse que, de haber querido el causante que ejecutare él sólo el encargo, lo habría dispuesto así explícitamente; no parece, pues, apropiado que sea él, en solitario, quien finalmente decida sobre la ordenación de la sucesión del causante.

Hemos indicado en varias ocasiones que las normas de la Ley de Derecho de la Persona que regulan la Junta de Parientes son aplicables como supletorias a las que regulan la fiducia colectiva en la Lsuc. En aquella Ley se establece que *«serán de aplicación supletoria a los miembros de la Junta de Parientes, en la medida que su naturaleza lo permita, las normas relativas a los cargos tutelares, especialmente en materia de causas de inhabilidad, excusa, remoción y responsabilidad»*. La aplicación de dicho precepto, como regulación supletoria, al caso de los fiduciarios, no es posible por la distinta naturaleza del cargo de fiduciario ya que para admitir esa posibilidad habrá que tener en cuenta siempre la exigencia del art. 157 Ley de Derecho de la Persona: *«en la medida en que su naturaleza lo permita»*.

E. LA SUCESIÓN EN LA CASA

En cuanto a la sucesión en la casa, no constituye ya, como hemos explicado anteriormente, el único supuesto en que se puede dar la fiducia colectiva. Al igual que en la Compilación, la Lsuc. no limita el supuesto a la «casa» típica aragonesa sino que lo extiende a todo patrimonio.

Actualmente se regula en el art. 146 Lsuc., que dice que «1. En los supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando resulten de imposible cumplimiento, la elección deberá efectuarse por el cónyuge sobreviviente, y, en su defecto o cuando éste hubiere fallecido sin realizarla, por las personas llamadas a integrar la fiducia colectiva conforme al artículo 144». Normalmente se tratará de un patrimonio productivo, fundamentalmente agrario o ganadero, que proporciona el sustento de la familia; pero de la redacción del precepto se desprende que caben los de cualquier clase. No obstante, la delimitación de sus contornos puede plantear problemas prácticos (por ej., respecto del dinero que no esté claramente afecto a dicha explotación), en mi opinión, y salvo casos excepcionales, deben incluirse todos los bienes.

Se entiende que la casa o un patrimonio deben deferirse a un solo heredero cuando así se prevea en testamento o, más frecuentemente, en capitulaciones matrimoniales.

De acuerdo con el art. 146 Lsuc. se procederá, en primer lugar, según la voluntad del causante, pues así lo prevé el citado precepto de modo indirecto al subordinar la previsión en él contenida a que no haya «determinación de normas para su nombramiento o cuando resulten de imposible cumplimiento».

A falta de normas o si son de imposible cumplimiento, será el cónyuge supérstite —si lo hay— quien tome la decisión; se trata, por lo tanto, de un supuesto de nombramiento de fiduciario *ex lege* al cónyuge viudo. Y, en último término y a falta del

anterior, serán los integrantes de la fiducia colectiva del art. 144 Lsuc. quienes decidan.

Por lo que respecta a la atribución al cónyuge —aunque sea con carácter subsidiario— de la facultad de elección en la sucesión de la casa, la doctrina ha puesto de manifiesto la posible vulneración de la voluntad del causante al atribuir la condición de fiduciario único a una persona a la que aquel no había nombrado. A este respecto destaca CALATAYUD que pueden plantearse inconvenientes, como el supuesto de que junto a los hijos comunes, hubiese otros que lo fuesen únicamente del causante; en este caso, la postura legal de que sea el cónyuge sobreviviente quien realice la elección podría no resultar acertada, ya que de haber querido el causante que fuese su consorte quien decidiera al respecto, lo habría dispuesto expresamente.

En el mismo sentido LATORRE critica que lo sea el viudo en todo caso, «por el mero hecho de serlo, y aunque no haya sido llamado a la fiducia»⁹⁶: ya sea de primeras o segundas nupcias, con o sin hijos comunes, conviviendo o no con hijos de anteriores matrimonios o incluso con hijos no matrimoniales. Dicho autor considera muy arriesgada dicha interpretación puesto que, de no haberlo previsto explícitamente el causante, no parece que el cónyuge casado en segundas nupcias sea el más indicado para decidir (máxime cuando podría haber hijos de distintos matrimonios).

El segundo epígrafe del citado art. 146 Lsuc. se refiere a los límites de la elección y dispone que «2. La elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes del causante y, en su defecto, en uno de los parientes de éste con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado». Esta limitación entronca directamente con el origen de la fiducia: el mantenimiento de la unidad de la casa, que deberá atribuirse a uno solo de los descendientes del causante para evitar su fragmentación.

96 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, *op. cit.*, pág. 448.

VIII. ASPECTOS FISCALES

Vamos a estudiar ahora los aspectos tributarios de la fiducia sucesoria aragonesa y los diversos problemas fiscales que respecto de ella se plantean. La dificultad de ajustar dicha figura a la normativa fiscal se pone de manifiesto en las tres situaciones existentes en toda fiducia aragonesa: nacimiento de la institución, que coincide con el fallecimiento del causante; situación de pendencia del patrimonio relicto hasta la ejecución; y extinción, bien por la ejecución o por otras causas, que determina la apertura de la sucesión legal.

A. EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO

En relación con el momento del fallecimiento, el problema fundamental que se plantea es la exigencia o no del devengo del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. En el actual marco competencial diseñado por la LOFCA y la Ley de Cesión de Tributos a las CCAA, el Impuesto de Sucesiones se configura como un impuesto estatal cuyo rendimiento se cede a las CCAA, delegándose la gestión y una cierta competencia normativa (tipos de gravamen, reducciones en la base imponible...). En cualquier caso, la competencia normativa estatal no le faculta para desconocer las peculiaridades del derecho civil propio de Aragón, gravando instituciones que no responden al hecho imponible regulado en la ley del impuesto y, mucho menos, crear reglamentariamente un hecho imponible «*ad hoc*».

La normativa estatal en esta materia está integrada por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones

y Donaciones, en adelante LISD, y el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, y que en adelante denominaremos RISD.

El art. 1 LISD afirma que *«el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley»*. Y, al configurar el hecho imponible, el art. 3 LISD establece que *«constituye el hecho imponible: a) la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio»*. Al momento en que es exigible el Impuesto se refiere el art. 24.1 LISD al disponer que *«en las adquisiciones por causa de muerte..., el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante...»*; sin embargo, consciente el legislador de que hay numerosos supuestos en que la adquisición patrimonial, que constituye el hecho imponible conforme al citado art. 3 LISD, no se produce en el momento del fallecimiento, añade en el apartado 3 del art. 24 LISD que *«toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un termino, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan»*.

El art. 24.3 LISD recoge un principio tradicional de nuestro derecho fiscal que permitía y, como veremos más adelante, permitiría hoy, de desaparecer las normas especiales sobre la fiducia aragonesa, un tratamiento fiscal correcto de la figura; pero el legislador estatal, al regular por vez primera la fiducia aragonesa, introduce —sin duda por desconocimiento de la institución— el desajuste que todavía continúa, al establecer que en el momento del fallecimiento del causante se girarán, con carácter provisional, liquidaciones a cargo de todos los herederos y, al formalizarse la institución por el fiduciario, se girarán las liquidaciones complementarias a que hubiere lugar.

La LISD no contiene ninguna referencia a la fiducia aragonesa pero, al dejar vigente el reglamento anterior, hizo que, tras su publicación, se siguiese aplicando su normativa por lo que, al momento del fallecimiento del causante, se giraban liquidaciones provisionales a cargo de los posibles herederos sin que éstos tuviesen derecho a devolución en el caso de que, al ejecutarse la fiducia, no fueran beneficiarios en la herencia, o que su participación fuese menor de la que se les había atribuido en la liquidación provisional.

El incorrecto tratamiento de la institución y la injusticia que suponía exigir el pago del tributo a quien no había recibido nada en la sucesión hizo que la totalidad de la doctrina aragonesa mostrase su descontento y se solicitase que el futuro Reglamento que desarrollase la Ley de 1987, si se ocupaba de la fiducia aragonesa, lo hiciese con una regulación conforme con su esencia, para exigir el pago del Impuesto cuando la delación se haya producido.

Pero, a pesar de estas consideraciones, el art. 54.8 RISD, regula expresamente la figura de la fiducia introduciendo el principal elemento de conflicto en esta materia. Dicho precepto dispone que *«en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras con carácter provisional, a cargo de todos los herederos con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el fiduciario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente»*.

Publicado el Reglamento, la práctica unanimidad de los autores aragoneses criticaron el art. 54.8 RISD por desconocer la naturaleza de la figura y porque el sistema impositivo que configura podía resultar inconstitucional por vulnerar:

- el art. 31.1 de la Constitución Española dispone que *«todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio»*.
- el art. 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, relativo a la reserva de ley tributaria, según el cual *«se regularán en todo caso por Ley:*
 - a) *La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario.*
 - [...]
 - c) *La determinación de los obligados tributarios previstos en el apartado 2 del artículo 35 de esta Ley y de los responsables»*.

Así, Jesús SOLCHAGA LOITEGUI entiende que el art. 31.1 de la Constitución Española proclama «el principio de capacidad económica como fundamento último de toda obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Y en la situación de pendencia que contemplamos, no se ha producido la atribución patrimonial que permitiría apreciar tal capacidad económica»⁹⁷. Dicho principio se estaría ignorando cuando se exige el gravamen sucesorio con anterioridad al momento en que legalmente se produce la adquisición hereditaria. La STC 194/2000, de 19 de julio dice que «se estaría sometiendo a tributación una riqueza irreal o inexistente que, como tal, no puede ser objeto de gravamen sin vulnerar el artículo 31.1 CE».

⁹⁷ SOLCHAGA LOITEGUI, en «Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón», publicados por el Gobierno de Aragón, volumen 3º, 1996, pág. 488.

Manuel PARDO TOMÁS considera que, como decía MERINO⁹⁸, el citado art. 54.8 RISD tiene «todos los defectos técnicos propios de una inadecuada adaptación de la norma fiscal a la verdadera naturaleza de la institución civil». Se denomina herederos a quienes no lo son, dado que aún no se ha procedido a la ejecución de la fiducia, de modo que no ha habido ordenación de la sucesión del causante; aquéllos a quienes dicho precepto se refiere como «herederos» no son sino sujetos que aspiran a serlo, puesto que, como hemos indicado, carecen de derecho alguno sobre dichos bienes. También POZUELO ANTONI defiende esta postura al señalar que «herederos lo son en el exclusivo parecer de la norma fiscal. Realmente son posibles, potenciales o presumibles herederos. Pero no más»⁹⁹.

En palabras de Adolfo CALATAYUD, «no debería haber liquidación de dicho impuesto mientras esté pendiente la fiducia, ya que no hay hecho imponible, puesto que de momento no hay adquisición de bienes y derechos ni posibilidad de tal adquisición, ni por tanto hay sujeto pasivo del impuesto»¹⁰⁰.

Este ambiente tan desfavorable a la regulación de la fiducia aragonesa por el art. 54.8 RISD fue recogido por la Lsuc. que trató de remarcar que hasta la ejecución de la fiducia no puede hablarse de herederos y el incorrecto tratamiento fiscal de la institución. El art. 133.1 Lsuc. dispone, de un modo terminante, que «*a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción*». Y la Disposición Adicional única de la Lsuc., relativa al régimen tri-

98 MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 204.

99 POZUELO ANTONI, «Comentarios fiscales» dentro del Título «De la fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Sucesorio Aragonés*, coordinado por José Luis Merino Hernández, Ed. Sonlibros, 2006, pág. 461

100 CALATAYUD SIERRA, «De la fiducia sucesoria», en *Ley de Sucesiones: Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, págs. 113 y 114.

butario de las instituciones civiles aragonesas, prevé que «el Gobierno remitirá en el plazo de un año un Proyecto de Ley que regule las particularidades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón, ya a través de la Ley de medidas tributarias, financieras y administrativas, ya mediante una ley específica atendiendo a nuestras peculiaridades de Derecho foral y actual realidad socioeconómica».

Es de destacar cómo la expresión «a todos los efectos legales» que emplea el primer párrafo del art. 133 Lsuc., a pesar de que el legislador aragonés no tiene plena competencia en materia tributaria, deja muy claro que con la muerte del causante no se produce ningún hecho que pueda suponer una alteración patrimonial susceptible de devengo del impuesto. Y la Disposición Adicional muestra, también claramente, el insatisfactorio tratamiento fiscal de la fiducia en el momento de su publicación, al instar al Gobierno de Aragón a tomar las medidas necesarias que regulen las particularidades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004 supone una reafirmación en el incorrecto tratamiento de la figura, al declarar la constitucionalidad del art. 54.8 RISD.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de abril de 2003 declaró inaplicable el citado art. 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones por ser contrario a la ley, anulando las liquidaciones dictadas en virtud del mismo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón —Sección 2ª— planteó, mediante Auto de 13 de junio de 2003, una cuestión de ilegalidad de dicho precepto alegando que su tratamiento fiscal de la fiducia sucesoria desconocía la naturaleza, contenido y efectos de dicha institución. Dicha cuestión fue resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004, que —tras abordar el tratamiento tributario de la fiducia sucesoria aragonesa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones— termina declarando la validez de la norma.

La sentencia utiliza varios argumentos: unos, que analizan la posible inconstitucionalidad de la norma; y otros, de tipo práctico, que justifican la aplicación del precepto reglamentario.

El Tribunal Supremo establece que exigir el impuesto a quien no es heredero «no desvirtúa la legalidad de la norma, porque la obligación tributaria surge desde el fallecimiento del causante por el art. 24.1 Ley 29/1987, con lo que la atribución de la condición de obligado tributario a quien sería heredero conforme a las normas de la sucesión legal “es una solución razonable”».

Sorprende comprobar cómo considera «razonable» tener por herederos a aquellos que lo serían conforme a la sucesión legal (cuando, de hecho, están regulando una institución cuya finalidad es —precisamente— evitar ésta); y más teniendo en cuenta que el art. 7 RISD indica que «*el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato que sea causa de la adquisición*».

También estima el Tribunal Supremo que el art. 54.8 RISD «no es sino un desarrollo de unos criterios generales que presiden toda la legislación del Impuesto sobre Sucesiones». Alega, además, que el criterio seguido por las normas fiscales respecto al momento en que se da la transmisión hereditaria es —siguiendo el sistema germánico— el del fallecimiento del causante (y entiende que así lo refleja el art. 24.1 LISD: «*en las adquisiciones por causa de muerte..., el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante...*»). Asimismo, el art. 10.2 RISD, relativo al hecho imponible, dispone que «*las adquisiciones a que se refiere la letra a) del apartado anterior [adquisiciones por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio] se entenderán realizadas el día del fallecimiento del causante, por lo que para exigir el impuesto bastará que esté probado el hecho originario de la transmisión, aunque no se hayan formalizado ni presentado a liquidación los documentos, inventarios o particiones*».

A este respecto conviene destacar que no se da el presupuesto de hecho que es, precisamente, la adquisición: al no haber llamamiento alguno, no hay herederos y no se produce adquisición alguna, no habiendo, por lo tanto, incremento patrimonial. Y es que, como pone de manifiesto Joaquín ORIA, «si el impuesto grava (como dice el art. 1 de la Ley 29/1987) el incremento patrimonial obtenido, no se puede gravar a quien no ha recibido incremento alguno; y no se produce el hecho imponible sujeto a impuesto hasta que reciba realmente tal incremento»¹⁰¹. El fiduciario «sustituye» la voluntad del comitente por expreso deseo de éste, pero no hay ni llamamiento ni adquisición hasta la ejecución de la fiducia.

En este sentido, LACRUZ BERDEJO dice que «para que una persona sea heredero no le basta ser llamado: ha de ofrecérsele asimismo la herencia para su aceptación, y ha de aceptarla»¹⁰².

En esa misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 12 de enero de 1993 señaló, en un supuesto de fiducia sucesoria en el que uno de los cónyuges era el fiduciario, que «los hijos del matrimonio no tienen la condición de herederos ciertos, sino una expectativa de derecho a ser llamados a la sucesión por el fiduciario...».

Analiza después el Tribunal Supremo la posible contradicción del precepto reglamentario con los arts. 1 y 3 LISD y, a este respecto, entiende que «no existe, tampoco, contradicción del citado precepto reglamentario con los artículos 1 y 3 de la Ley 29/1987, pues, determinándose en los mismos que el hecho imponible del Impuesto se produce al tiempo de la muerte del causante (con la consecuente delación y transmisión hereditaria), queda así justificada la virtualidad del artículo 54.8, en cuanto, si civilmente la aceptación de la herencia se retrotrae a la fecha del fallecimiento,

101 ORIA ALMUDÍ, *El tratamiento de la fiducia aragonesa en el impuesto de sucesiones*, Revista de Derecho Civil Aragonés, 1996-I, pág. 78.

102 LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1971, pág. 53.

es obvio que la decisión contenida en dicho artículo es consecuente con los efectos civiles de la adquisición hereditaria».

No tiene en cuenta, empero, que el problema con dichos artículos no radica en el momento de devengo del impuesto (art. 24 LISD), sino en que no se da el hecho imponible.

El Tribunal Supremo también pone de manifiesto que el art. 36 LGT indica que la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico privadas; para él, si sólo se devengara el impuesto cuando el fiduciario ejecutase la fiducia, aunque sólo fuese parcialmente, dependería todo de la voluntad del fiduciario y se vulneraría, por tanto, el art. 36 LGT.

Sin embargo, olvida que es una disposición legal (el citado art. 133 Lsuc.) y no la voluntad del fiduciario la que establece cuándo se produce la delación de la herencia. Además, si posponer voluntariamente el devengo es contrario al art. 36 LGT, cosa que como hemos explicado no ocurre, la «anticipación» del devengo en relación con quienes no han sido llamados a la sucesión, es contraria al principio constitucional de capacidad económica como fundamento de la obligación de contribuir.

Utiliza después argumentos de tipo práctico para defender que sea el momento del fallecimiento y no el de la ejecución el que produzca el devengo del Impuesto, y estima que, en este último caso, se originaría un retraso en el pago del Impuesto que produciría problemas de prescripción del tributo por posibles enajenaciones del fiduciario no declaradas a la Hacienda Pública e, incluso, en su caso, graves fraudes fiscales. En cambio, opina que del art. 54.8 no parece que se generen situaciones injustas, ya que la liquidación provisional inicial resulta corregida por una posterior liquidación adicional complementaria.

Discrepo en esta cuestión del criterio manifestado en dicha sentencia, ya que considero una injusticia evidente que se obli-

gue a efectuar un pago a quien no es sujeto pasivo; a lo que debemos añadir que el hecho de que procedan a realizar una devolución no quita para que le hayan provocado una pérdida de tiempo, de dinero (que podría haber invertido en otros negocios) y ciertas molestias en absoluto insignificantes.

Respecto a los posibles perjuicios para la Hacienda Pública, sería suficiente para evitarlos imponer al fiduciario la obligación de notificar a la Administración Tributaria (en los seis meses siguientes al fallecimiento) la existencia de una fiducia pendiente de asignación, acompañando los documentos que la acrediten. De esta manera, cuando se cumpla el encargo y se ordene la sucesión —atribuyéndose los bienes concretos a los herederos electos— se girarían las correspondientes liquidaciones a los beneficiarios de una manera correcta y dotando de medios suficientes a la Administración para evitar el fraude.

Puestas de manifiesto las críticas a la sentencia del Tribunal Supremo, estimo que una solución adecuada sería la supresión del art. 54.8 RISD. Conforme a los arts. 1 y 3 LISD, el devengo del Impuesto de Sucesiones no debería producirse hasta el momento de la delación, puesto que hasta ese instante no hay adquisición patrimonial ni nadie tiene la posibilidad de aceptar la herencia. Esta misma solución fue defendida por SOLCHAGA al decir: «la supresión de la norma reglamentaria comentada [el art. 54.8], que permitiría acoger la fiducia aragonesa en el ámbito del art. 24 apartado 3º de la vigente Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, otorgando a dicha institución foral el tratamiento tributario adecuado»¹⁰³.

Considero que una futura reforma fiscal para un adecuado tratamiento de la fiducia puede llegar por dos caminos:

Una iniciativa de las Cortes aragonesas para que el Gobierno estatal regule la fiducia aragonesa de modo correcto, para lo que

103 SOLCHAGA LOITEGUI, *op. cit.*, pág. 498.

—como hemos dicho— sería suficiente la supresión del art. 54.8 RISD ya que, en tal caso, conforme a la LISD se aplazarían las liquidaciones hasta que la fiducia se ejecute. En efecto, la supresión de la norma reglamentaria conllevaría la aplicación del art. 24.3 LISD, según el cual *«toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un termino, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan»*. Obsérvese la redacción tan parecida que este precepto tiene con el art. 23.3 del Decreto Foral Normativo 3/1993 (por el que se aprueba el Texto Refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) que dispone que *«toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso, un «alkar poderoso» o poder testatorio o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan»*; norma esta última que se suele poner como ejemplo de regulación conforme con la naturaleza de la institución.

Un incremento de la competencia aragonesa en materia del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que le permitiese regular totalmente el aspecto fiscal de la fiducia.

No se entiende cómo en un momento como el actual, en el que el Impuesto de Sucesiones ha desaparecido en muchas CC.AA., se obstina el legislador estatal en mantener una regulación contraria a la naturaleza de la institución foral, máxime cuando en la LISD existe un precepto legal (el art. 24.3) que regularía de modo plenamente satisfactorio la fiscalidad de dicha institución.

El Gobierno aragonés, en ejecución del encargo contenido en la Disposición Adicional única de la Lsuc., remitió a las Cortes la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas. En su Exposición de Motivos se pone de manifiesto el problemático tratamiento fiscal de la fiducia sucesoria y se expresa que se toman medidas para tratar de paliar el problema; así, según el punto segundo: *«para coadyuvar a solventar el princi-*

pal problema fiscal de la fiducia (hacer tributar a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión) se arbitra la solución de posibilitar el pago de su deuda con cargo al caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria. Con ello, al no trasladar la carga tributaria al patrimonio del sujeto pasivo, se eliminan buena parte de los supuestos que la doctrina científica venía denunciando como injustificables».

Pese a las buenas intenciones de la Exposición de Motivos, al carecer el Gobierno aragonés de competencia suficiente en esta materia, el problema no se resuelve, pero se adoptan medidas, como la de permitir el pago del Impuesto a costa del caudal relicto, que ayudan a paliar el problema de la exigencia del pago en el momento del fallecimiento del causante. En general, los autores han acogido favorablemente las medidas correctoras adoptadas. No obstante, se critica que, como dice CALATAYUD SIERRA, se le dé rango legal a la solución propuesta por el Reglamento.

La regulación actual de la figura se contiene en el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos. El art. 133 de la misma (con una redacción idéntica al art. 11.2 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas), dispone que *«cuando en el plazo de presentación de la declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o, en su caso, en el plazo de presentación y pago de la correspondiente autoliquidación, no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas del fallecimiento corresponderá, respecto de la parte de herencia no asignada, a quien tuviera la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Título VII de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante».*

De este modo, en cuanto al momento de devengo, se mantiene la incorrecta solución denunciada por la doctrina, ya que se

exige el Impuesto al fallecimiento del causante, a los que en ese momento serían sus herederos legales.

El art. 133.2 del citado Decreto Legislativo, que analizaremos a continuación, trata de paliar el problema del comentado art. 54.8 RISD.

Dispone el apartado 5 del art. 133.2 (en sentido similar al antiguo art. 1.7 de la Ley 13/2000¹⁰⁴) lo siguiente: «5. *Los sujetos pasivos podrán satisfacer con cargo al patrimonio hereditario la deuda tributaria correspondiente al valor de los bienes o derechos pendientes de asignación fiduciaria que les haya sido imputado fiscalmente, siempre y cuando opten por la modalidad de autoliquidación del impuesto, mediante su presentación y pago dentro del plazo voluntario establecido, en las siguientes condiciones:*

- a) *Se exigirá el previo acuerdo de todos los sujetos pasivos de la liquidación provisional y, en su caso, de quien sea usufructuario de tal patrimonio. De igual modo, deberá constar la autorización del fiduciario o fiduciarios o, en el caso de la fiducia colectiva, la del administrador.*

No obstante lo anterior, la opción podrá ser individual, por cada sujeto pasivo, si se acompaña a la autoliquidación un documento firmado por el propio obligado tributario y por el administrador del patrimonio hereditario en el que se haga constar la autorización expresa de este último para satisfacer el importe de la autoliquidación con efectivo, bienes o derechos del patrimonio hereditario pendiente de asignación».

Hay que observar que se establece como requisito el consentimiento de todos los posibles interesados en ese momento, al exigir «*el previo acuerdo de todos los sujetos pasivos de la liquidación provisional*» y autorización del fiduciario y del posible usufructuario;

¹⁰⁴ El art. 1 de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas fue derogado por el Decreto Legislativo 1/2005.

y que, en aras a facilitar el pago de la liquidación por parte del caudal relicto, se permite a cada sujeto pasivo optar por esa solución, siempre que cuente con la autorización del administrador del patrimonio hereditario. También se dispone, como es lógico, que el pago de las liquidaciones no puede suponer disminución del caudal hereditario.

Se resuelve así el problema de la tributación por parte de quien nada ha adquirido. Como dice POZUELO «pudiendo pagar su deuda con los bienes del fallecido, resultará que si finalmente resulta heredero ya tiene el impuesto pagado. Y si no lo es, no habrá “prestado” dinero propio a la Administración durante ese período de tiempo».

En íntima relación con las cuestiones que venimos analizando se encuentra la del momento en el que deben aplicarse los beneficios fiscales. A este respecto, el art. 131.4 del citado Decreto Legislativo 1/2005, dispone que «1. Los beneficios fiscales relativos a adquisiciones sucesorias, estén previstos en la normativa general o en el ordenamiento jurídico aragonés, se aplicarán en la liquidación provisional que, conforme al artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se practique por la fiducia sucesoria regulada en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, sin perjuicio de que la delación de la herencia se produzca en el momento de ejecución de la fiducia o de su extinción, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 133 de la citada Ley». Regula, por lo tanto, la aplicación a la liquidación provisional de todos los beneficios fiscales que puedan existir en la normativa general o autonómica, pese a que ambas condicionen la aplicación de dichas reducciones a la adquisición *mortis causa* de cualquier derecho y a que el adquirente las mantenga durante un cierto tiempo. Se pretende con ello destacar que ni el hecho de ser provisional, ni la circunstancia de que la delación tenga lugar con posterioridad, obstan a la aplicación de los beneficios fiscales procedentes.

El apartado segundo de dicho precepto determina que la aplicación de los beneficios procederá en los siguientes casos de adquisición:

- a) De la vivienda habitual del causante, a todo sujeto pasivo que tuviera con el causante el parentesco exigido en la normativa del impuesto.
- b) De la empresa individual o del negocio profesional, a todos los sujetos pasivos que tuvieran el parentesco exigido por la norma cuando, al menos, uno de ellos continúe la actividad que realizaba el causante.
- c) De determinadas participaciones en entidades se aplicará a todo sujeto pasivo que tuviera con el causante el parentesco exigido en la normativa del impuesto.

Además del Impuesto de Sucesiones, que acabamos de ver, que centra su devengo en el momento del fallecimiento, también el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana fija ese momento como productor del devengo y de la exigibilidad del Impuesto.

El art. 104.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) dice: «*El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos*». En su desarrollo, el art. 12.g) de la Ordenanza Fiscal nº 9 del Ayuntamiento de Zaragoza, afirma que «*se practicará la correspondiente autoliquidación haciendo coincidir el momento del devengo y de la exigibilidad del Impuesto, en cuyo caso será sujeto pasivo, la Comunidad Hereditaria formada por los bienes pendientes de asignación*». Como vemos, la norma coincide con el citado art. 133.2 del

Decreto Legislativo 1/2005 en fijar el momento del devengo en la fecha del fallecimiento del causante y, a diferencia de la regulación del Impuesto de Sucesiones que no considera sujeto pasivo a la herencia pendiente de asignación y sólo permite que se pague por el caudal relicto con los requisitos que exige, la Ordenanza establece claramente que el sujeto pasivo será «*la Comunidad Hereditaria formada por los bienes pendientes de asignación*».

B. LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN

Hay que tomar en consideración que, desde el fallecimiento del causante hasta la ejecución de la fiducia hay un patrimonio relicto que la Lsuc. configura como un patrimonio dinámico susceptible de producir rendimientos y que en todo caso durante ese tiempo se puede producir el devengo de distintos impuestos.

El art. 133.2 Lsuc. señala que «*mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente*», lo que permite encajar la situación de la herencia pendiente de asignación en el supuesto del vigente art. 35.4 de la Ley General Tributaria, que establece que «*tendrán la consideración de obligados tributarios, en las Leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición*». De modo que la herencia pendiente de asignación podría ser sujeto pasivo de los impuestos que así lo prevean expresamente dado que la Ley General Tributaria así lo exige, debiendo el administrador, conforme al art. 136.c) Lsuc., atender los tributos que atañan a los bienes y derechos integrantes de la herencia, con cargo al caudal relicto.

De acuerdo con lo establecido en el art. 136 Lsuc. habrá determinados impuestos como el IBI o el IVA que serán satisfechos con cargo al caudal relicto, pero habrá otros como el impuesto sobre el Patrimonio o el sobre la Renta de las Personas Físicas cuyo devengo plantea difíciles problemas en la situación de pendencia.

1. EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

Conforme al art. 1 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, es éste *«un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas en los términos previstos en esta Ley»*.

A los efectos de este impuesto, constituirá el patrimonio neto de la persona física el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder».

En las situaciones, que podemos considerar como las más frecuentes, en las que el cónyuge sobreviviente sea usufructuario, no presentan problemas en cuanto al usufructuario, que en su declaración estará obligado a incluir los bienes usufructuados conforme a las reglas de valoración del usufructo.

Pero no ocurre lo mismo con los posibles nudo propietarios para el caso de que la herencia se defiera a su favor; la regulación del impuesto no contempla la posibilidad de considerar a la herencia yacente como sujeto pasivo, por lo que caben dos opciones: o considerar a los herederos legales como titulares de de la nuda propiedad y, por tanto, como sujetos pasivos del impuesto por el valor que representa; o estimar que en esa situación nadie está obligado al pago del impuesto.

La última solución parece encontrar apoyo en la regulación del impuesto, puesto que quienes tienen vocación a la herencia tienen una mera expectativa, carente de contenido económico, y los activos sin contenido económico son ajenos a dicho impuesto. Además, al tratarse de una mera esperanza, no existe titularidad jurídica alguna sobre los bienes relictos por parte de ninguna persona física. Y, según el art. 7 de la misma ley, *«los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según la normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso»*; y es claro que la incertidumbre

subjetiva por la ausencia de titulares de la nuda propiedad es un elemento esencial de la institución que nos ocupa.

Tampoco parece oportuna la aplicación extensiva de las reglas especiales del Impuesto de Sucesiones porque, como indica POZUELO ANTONI, «el alegato a favor de trasladar a otros impuestos lo que inspira la ley fiscal sucesoria presenta importantes lagunas»¹⁰⁵.

No obstante, a favor de considerar sujetos pasivos a los herederos legales también existen razones muy poderosas. En el momento del fallecimiento del causante se les han girado unas liquidaciones provisionales que les consideran beneficiarios de la sucesión y, en tanto esa provisionalidad no desaparezca, se ha creado una apariencia que permite considerarlos como sujetos pasivos del impuesto por la cuantía que represente la participación que se estimó como base en el impuesto de sucesiones. Por otra parte, no incluir en el impuesto bienes o participaciones sin que la propia Ley recoja la causa que lo permite parece una anomalía difícil de justificar.

2. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS (IRPF)

Por lo que respecta, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (regulado por Ley 35/2006, de 28 de noviembre), hay que tener en cuenta que en tanto no se ejecute el encargo se pueden obtener tanto rendimientos de los bienes que forman el caudal relicto como plusvalías obtenidas con la enajenación de alguno de sus bienes; y unos y otras integran la base de este impuesto.

La existencia de cónyuge sobreviviente con derecho de usufructo resuelve el problema que plantean los rendimientos del capital ya que al proceder su ingreso del derecho real de usufructo se imputarían al usufructuario; es decir, al cónyuge como titular del derecho del que procedan los rendimientos. En cuanto

¹⁰⁵ POZUELO ANTONI, *op. cit.*, pág. 469.

a la enajenación realizada, la posición del usufructuario no sufre alteración, pues conforme al art. 138 Lsuc., la contraprestación obtenida queda subrogada en el lugar del bien enajenado; de modo que si antes el cónyuge tenía el usufructo de aquél, tendrá ahora el mismo derecho sobre lo obtenido por la enajenación.

El problema se complica en lo referente a de los herederos legales respecto de los que se giró la liquidación provisional en el Impuesto de Sucesiones. De acuerdo con los argumentos expuestos en la última parte del apartado anterior las plusvalías obtenidas con la enajenación y todos los rendimientos en ausencia de usufructuario deben computarse en la declaración de renta de aquéllos. Esta solución es la que se impone en la práctica para la declaración del impuesto.

C. LA EJECUCIÓN DE LA FIDUCIA

Regula esta cuestión el citado art. 133.2 del Decreto Legislativo 1/2005, en su apartado cuarto, al establecer que *«4. Cuando, habiéndose ejecutado totalmente la fiducia, el destino de los bienes sea distinto del que fiscalmente se tomó en consideración, se girarán liquidaciones complementarias a las iniciales, atribuyendo a cada sujeto pasivo el valor del caudal relicto que realmente se le defirió»*. Dicho precepto sigue, por lo tanto, la línea del art. 54.8 RISD *in fine*, que dispone que *«al formalizarse la institución por el fiduciario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente»*.

La ejecución de la fiducia determinará la concreción de los titulares de los diversos bienes, de modo que puede haber lugar a girar liquidaciones complementarias. Conforme al citado art. 133, con la ejecución de la fiducia se producirán alguna de las siguientes situaciones:

- Que con ella resulten beneficiarios los herederos legales y con las mismas participaciones por las que se giraron las liquidaciones provisionales. En este caso no habría problema alguno.
- Que alguno de los herederos legales a los que se les giró la liquidación provisional se les adjudique, en la ejecución de la fiducia, una participación mayor que la que sirvió de base para practicar la liquidación provisional. En este caso se girará una liquidación complementaria por lo que haya recibido.
- Que los herederos legales a los que se giró la liquidación provisional no hayan recibido nada con la ejecución o se les adjudique una participación menor a la que se tuvo en cuenta al girar las liquidaciones provisionales. En este caso tendrán derecho a la devolución por lo que hubiesen pagado de más.

La redacción del precepto permite solucionar los posibles problemas de la ejecución parcial de la fiducia pues, al condicionar el giro de las liquidaciones complementarias a que se haya ejecutado totalmente la fiducia, nos indica que la ejecución parcial no tiene consecuencias fiscales en el momento que se realiza.

Hemos visto antes que el Decreto Legislativo 1/2005 permite aplicar las reducciones legales al girarse las liquidaciones provisionales; el punto tercero del art. 133 regula los efectos que la ejecución de la fiducia tiene en dichas reducciones: «3. *La definitiva procedencia de las reducciones liquidadas provisionalmente, según lo dispuesto en los apartados anteriores, quedará condicionada a que el bien objeto del beneficio forme parte del caudal relicto una vez liquidada la comunidad conyugal y a que, en la ejecución fiduciaria, y conforme al principio de igualdad en la partición del artículo 56 del Reglamento del Impuesto, dicho bien se atribuya a quien tenga derecho a la reducción*».

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO Y LAMBÁN, M.: *Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa*, Revista Temis, n° 12.
— *Un punto en el tema de la fiducia sucesoria*.
- BLAS Y MELENDO, A.: *Derecho civil aragonés*, 1873.
- CALATAYUD SIERRA, A.: «La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa», en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, del III Congreso de Derecho Civil Catalán, publicado por el Colegio Notarial de Cataluña, (Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales), Madrid, 2006.
— «De la fiducia sucesoria», en *Ley de Sucesiones: Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1999.
— *Comentarios a la Ley de sucesiones por causa de muerte*, pendiente de publicación.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: «Comentarios a las leyes 281 a 299 FN», en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXVII, vol. 2°. Madrid, EDERSA, 2001.
- CASADO BURBANO, P.: *Problemática registral de la fiducia sucesoria aragonesa*, publicada por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1988.
- CELAYA IBARRA, A.: *El testamento por comisario*, A.D.C., 1972.
— *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, Madrid, 1978.
- CERDÁ GIMENO, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, T. XXXI, vol. 2°, Madrid, 1981.
- COSTA MARTÍNEZ, J.: *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Guara, Zaragoza, 1881.
— *Derecho Consuetudinario y economía popular de España*, 1880.

- CRISTÓBAL MONTES, A.: *La sucesión contractual aragonesa*, Pórtico, Zaragoza, 1978.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.: coloquio sobre las *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria*, publicado en las «Actas de los cuartos encuentros del Foro de Derecho Aragonés», El Justicia de Aragón, 1994.
- DE OTTO ESCUDERO, N. S.: *Derecho foral*, Editorial Bosch, Barcelona, 1945.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, 1957.
— *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979.
- MALLO FRONTIÑÁN, A. y PRADAS ARNAL, J. A.: «La fiducia sucesoria», en *Estudios sobre Derecho sucesorio aragonés* (Trabajos del Seminario de Derecho Foral, Curso 1985-1986), Universidad de Zaragoza, 1986.
- FRANCO Y LÓPEZ, L. y GUILLÉN Y CARABANTES, F.: *Instituciones de Derecho Civil aragonés*, 1841.
- GARCÍA CANO, T.: coloquio sobre *La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria*, publicado en las «Actas de los novenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés»; El Justicia de Aragón, 1999.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, volumen III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: «Especialidades testamentarias: el poder testatorio», en *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Aranzadi, 1994.
- LACARRA Y MENDILUCE, V.: *Instituciones de Derecho Civil navarro*, Biblioteca de Derecho Foral, VI, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1965.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: en los *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Vol. 1º.
— *Derecho de Sucesiones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1971.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho de sucesiones*, 1988.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, Tomo XXXIV, Vol I.

- «De la fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Sucesorio Aragonés*, Ed. Sonlibros, 2006.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J.: coloquio sobre *La fiducia sucesoria*, en el «Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: *La fiducia sucesoria en Aragón*, colección El Justicia de Aragón, 1994.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a D.: «De las sustituciones», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- MONEVA Y PUYOL, J.: Prólogo de la obra *La casa en el Derecho aragonés*, de MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Zaragoza, 1944.
- NAVARRO VIÑUALES, J. M^a: *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria*, siendo colaboradores D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y D. José Luis BATALLA CARRILLA; en las «Actas de los cuartos encuentros del Foro de Derecho Aragonés», El Justicia de Aragón, 1994.
- NOLASCO VIVES, P.: *Traducción al castellano de los usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Barcelona, 1989.
- ORIA ALMUDÍ, J.: *El tratamiento de la fiducia aragonesa en el impuesto de sucesiones*, Revista de Derecho Civil Aragonés, 1996-I.
- PARRA LUCÁN, M^a A.: «La fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007.
- PASTOR EIXARCH, L. I.: *La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria*, en las «Actas de los novenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés», siendo coponentes D. Tomás GARCÍA CANO y D. Manuel PARDO TOMÁS, publicados por El Justicia de Aragón, 1999.
- POZUELO ANTONI, F. de A.: «Comentarios fiscales» dentro del Título «De la fiducia sucesoria», en *Manual de Derecho Sucesorio Aragonés*, Ed. Sonlibros, 2006.
- SÁNCHEZ PASCUAL, F.: *El «casamiento en casa»*, Anuario de Derecho Aragonés, 1944.

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO

- SESSÉ Y PIÑOL, J.: "Decisionum...", núm. CCXXXI, tomo 3, folios 8 vuelto y 9, 1621.
- SOLCHAGA LOITEGUI, J.: *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, publicados por el Gobierno de Aragón, volumen 3º, 1996.
- VERGER GARAU, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, T. XXXI, vol. 1º, Madrid, 1980.
- ZABALO ESCUDERO, E.: en *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho Civil aragonés*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2005.
- ZUBIRI SALINAS, F.: «De la fiducia sucesoria», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. 3º, Ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996.
- *La fiducia sucesoria*, siendo colaboradores D.^a M.^a Pilar PALAZÓN VALENTÍN y D. Jesús MARTÍNEZ CORTÉS, en las «Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992.